



Universidad Nacional Autónoma de México

Programa de Posgrado en Derecho
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Formación de un Sistema Jurídico Híbrido Nacional

Tesis que para optar por el grado de:

Doctora en Derecho

Presenta:

Noemí Campos Becerra

Tutor Principal:

Dr. Héctor Felipe Fix Fierro, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

Miembros del Comité Tutor:

Dr. Mario I. Álvarez Ledesma, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey

Dr. Juan Manuel Vega Gómez, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

Ciudad Universitaria, CD. MX., agosto de 2017



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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 Dios y a Paty M. V.

Por su inspiración e invaluable Presencia
en cada segundo de mi existencia.

AGRADECIMIENTOS

Al Dr. Héctor Fix Fierro, por darme siempre su tiempo para escuchar mis dudas, leer mis avances, pero sobre todo por aventurarse conmigo en el riesgo latente de una inconclusa finalización que significó desde su origen esta investigación. Su guía me condujo no sólo a conocer a Luhmann, a Teubner, a Calliess, a Stichwech, a Ferrari y a otros muchos autores, sino que con cautela siempre finalizaba nuestras reuniones con las palabras siguientes: “sigue escribiendo... te recuerdo que te metiste a un tema complejo... pero, veamos a donde nos lleva”. Al final estoy segura de que el tema llegó a buen puerto, incrementando más mi interés por la Sociología jurídica y el Derecho como comunicación.

Al Dr. Mario I. Álvarez Ledesma, quien desde las aulas de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho no sólo ha sido mi mentor, sino con el paso del tiempo me distinguió con su confianza para impartir cátedra en el ITESM y acompañarlo como incipiente investigadora en el Derecho bajo su tutela al haber formado parte de mi Comité tutorial en esta investigación que incluyó, por sus sugerencias, además de los autores Santi Romano, Norberto Bobbio, Cippitani, y al propio Álvarez Ledesma, entre otros, conceptos como cumplimiento de Contratos, Justicia Global, publicaciones como Doing Business y el análisis de la situación del tema en la naciente era Trump.

Al Dr. Juan Vega, también integrante de mi Comité, por su tiempo, su guía y sus atinadas correcciones que encauzaron profundamente la tarea analítica de este trabajo, enriqueciéndolo totalmente.

Al Instituto de Investigaciones Jurídicas y a mi Universidad Nacional Autónoma de México, por la formación tan sólida que me han brindado como Abogada desde que me recibieron como integrante de la comunidad universitaria hace tantos años.

A los Doctores Francisco Ibarra Palafox y Susana Dávalos Torres, Coordinadores de la Unidad de Estudios de Posgrado de este Instituto, quienes siempre me brindaron todo el apoyo y guía para la culminación de esta investigación, lo mismo a los entrañables María Esther Chávez, Francisco Barbosa y Carla Barrera, excelentes miembros de dicha Unidad, quienes hacen que toda la tramitología que implica este logro sea llana para todo doctorante. Quiero también agradecer a dos admirables mujeres: Toñita y Lulú Mendieta, quienes con su invaluable apoyo contribuyeron de forma importante a la existencia de este trabajo académico.

Al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT) México, cuyo apoyo financiero durante el inicio de mis estudios de Doctorado en este Instituto, garantizó mi sustento económico durante los años que duró dicho apoyo y me brindó la estabilidad necesaria para la realización de esta investigación, que junto con el apoyo monetario recibido por el propio Instituto de Investigaciones Jurídicas, me llevó a estudiar un semestre en el Center for Transnational Legal Studies de la Universidad de Georgetown con sede en Londres, lugar en el que interactué con profesores y alumnos que enriquecieron sin lugar a dudas la presente investigación.

FORMACIÓN DE UN SISTEMA JURÍDICO HÍBRIDO NACIONAL

ÍNDICE

Introducción.....	I
-------------------	---

CAPÍTULO PRIMERO

LA SOCIEDAD MUNDIAL, MODERNA, MULTIDIMENSIONAL, RED DEL SIGLO XXI Y SUS INNOVACIONES ESTRUCTURALES Y EVENTOS ACCIDENTALES

I. La Sociedad Mundial: Sistémica, Moderna, Multidimensional, Horizontal y Red.....	1
1. La sociedad, un sistema social de comunicación.....	1
2. Origen, evolución y definición de la Sociedad Mundial.....	7
3. La sociedad Mundial: Moderna.....	9
4. La Multidimensionalidad de la Modernidad o las múltiples modernidades en la Sociedad Mundial.....	15
5. De una Aldea local “Estado-nación” a la Aldea global “Sociedad Horizontal y Red” en un nuevo espacio de flujos	19
II. Las Innovaciones Estructurales de la Sociedad Mundial Moderna: origen del nuevo Estado Red-Administrador.....	25
1. La diferenciación funcional en la división del trabajo.....	27
2. El origen de las organizaciones modernas-formales a partir de la participación ciudadana o Actorhood del siglo.....	28
2.1. Características y Clasificación de la Organización Moderna-Formal en la sociedad mundial-red.....	33
A. Organismos Internacionales originados en la firma de un tratado o convenio internacional (Olt’s)...	37
B. Organismos Internacionales con base en un marco de Cooperación (Olc’s).....	40
C. Organizaciones Regulatoras originadas en Redes transgubernamentales informales basadas	

	en un Acuerdo Ejecutivo (ORedii's).....	41
	D. Organizaciones Regulatoras originadas en Mecanismos de Cooperación y Coordinación intergubernamentales, internacionales y nacionales (OCC's).....	42
	E. Organizaciones Regulatoras Privadas Internacionales Lucrativas (INGO's).....	45
	F. Organizaciones Regulatoras Privadas Internacionales No-Lucrativas (INNGO's).....	57
	G. Organizaciones Regulatoras Híbridas (OH).....	61
	3. El Estado-nación.....	64
	4. La Gobernanza o New Public Managament.....	64
	5. El Contrato.....	64
III.	Los Eventos Accidentales de la Sociedad Mundial Moderna Multidimensional en torno al nuevo Estado Administrador-Red.....	65
	1. La difusión global de los patrones institucionales.....	65
	2. La interrelación mundial.....	67
	3. La descentralización en función de los sistemas.....	69
	4. La globalización como proceso cultural.....	70
	5. Los avances tecnológicos de información y comunicación.....	73

CAPÍTULO SEGUNDO
EL NUEVO ESTADO ADMINISTRADOR-RED DIRIGIDO POR LA
GOBERNANZA CONTRACTUAL Y LAS REDES SISTÉMICAS
GLOBALES

I.	El Estado-nación moderno continental: Eigenstructure o Innovación estructural.....	81
	1. Orígenes del Estado-nación moderno continental.....	83

2.	El papel de la Nación, la Identidad y la Tradición en el fortalecimiento del Estado-nación moderno continental.....	90
II.	La Gobernanza (Governance) New Public Management, Newtworks y Public Private Partnerships.....	92
1.	Los orígenes de la gobernanza en la forma de gobierno e idea Primitiva del Estado en la Inglaterra Medieval de los siglos XI y XII.....	93
2.	La interacción de los Sistemas Normativos francés e inglés: Antesala de la Gobernanza actual.....	98
	A. Sistema Normativo Francés (Administración Pública Centralizada).....	101
	B. Sistema Normativo Inglés (Administración Pública de autorregulación).....	102
3.	La Gobernanza o Governance.....	104
	A. Definición.....	104
	B. Elementos y modos de la Gobernanza.....	109
	C. La Gobernanza Jerárquica o Hierarchical Governance.....	109
	D. La Cogobernanza o Co-governance: Networks y Public Private Partnerships.....	110
	E. La Auto-gobernanza o Self-governance.....	112
	F. Órdenes de la Gobernanza: la Metagobernanza y sus Principios.....	112
III.	La fragmentación del Estado-nación en un Estado-Administrador Red.....	114
1.	La evolución del Estado de Bienestar en un Estado Dirigista, un Estado Benefactor y un Estado Administrador-red.....	114
2.	Características del Estado Administrador-Red.....	122
3.	La evolución del Poder, la Soberanía, la Legitimidad y la Autoridad.....	124
4.	La facultad de Delegación.....	133

5. El papel de la nueva gobernanza global.....	143
IV. El Contrato.....	148
1. La contratación como innovación estructural en los Regímenes legales Público y Privado.....	149
A. Contratación Pública.....	150
B. Contratación Privada origen de la empresa.....	156
a. La Corporación Empresarial: innovación estructural originada en el Contrato y su evolución.....	162
b. Las Asociaciones Publico Privadas.....	170
a. Características y etapas.....	176
b. Tipología de la Asociación Público-Privada.....	179
V. Las Redes Sistémicas.....	183
1. El Debilitamiento de la verticalidad y la jerarquía del Estado-nación.....	184
2. La horizontalidad sistémica y heterárquica de la aldea global...	185

**CAPÍTULO TERCERO
EVOLUCIÓN, INTERACCIÓN Y FRAGMENTACIÓN EN
ORDENAMIENTOS JURÍDICOS NACIONALES DEL SISTEMA JURÍDICO
HÍBRIDO GLOBAL, PLURAL Y SUAVE (SOFT)**

I. El Derecho y su naturaleza de acción social o comunicación.....	189
II. Las normas sociales y el Sistema Jurídico Híbrido Global autopoietico.....	195
1. Las normas sociales autónomas de la Sociedad Mundial.....	196
A. Orígenes del Soft law.....	199
B. Definición y funciones.....	201
C. Características y clasificación.....	202

2.	El Sistema Jurídico Híbrido Global y sus características.....	204
A.	La noción de Sistema Jurídico o Legal.....	207
B.	El Ordenamiento Jurídico.....	209
3.	Los trasplantes Legales, el Pluralismo Jurídico y el Pluralismo Constitucional Global.....	212
4.	La autopoiesis, la autorreferencialidad, la clausura operativa, el código bivalente, los Programas y la evolución hacia Sistema Jurídico Híbrido Global o Constitución Social transnacional.....	215
A.	Su Juridificación.....	222
B.	La fragmentación y la policontextualidad del Sistema Jurídico Híbrido Global en Ordenamientos Jurídicos nacionales.....	223
C.	Las interacciones hipercíclicas y ultracíclicas entre el Sistema Jurídico Híbrido Global con los Ordenamientos Jurídicos Nacionales y los demás Ordenamientos Normativos Sociales autónomos a nivel global.....	226
III.	Normas Jurídicas Híbridas Globales.....	227
1.	Definición y Características.....	227
2.	Las Reglas de Gobierno Corporativo: Guías o Códigos de conducta Privados y Gubernamentales.....	230
3.	Reglas de Monitoreo Contractual: Doing Business.....	232
4.	Reglas que Establecen la Agenda: Declaraciones de compromiso entre Estados-nación (autoobligaciones)	233
5.	Reglas de Competitividad: Las Mejores Prácticas	235
IV.	Casos de soft law y normas híbridas en el Ordenamiento Jurídico mexicano: ¿Un Sistema Jurídico Híbrido Nacional?...	238
1.	El Pacto por México.....	238
2.	Las Reglas producto de la actividad Contractual Público-Privada: Asociaciones y Alianzas Estratégicas en el sector energético.....	242

3. Las Reglas de Competitividad: las Mejores Prácticas en el sector energético.....	246
4. Las Reglas del Internet y de los nombres Dominio en México...	250
5. El concepto de resiliencia en el proceso de creación de la Constitución de la Ciudad de México	256
V. La Legalidad “Hard/dura” de los Tribunales en la colisión de normas híbridas en la era Trump: ¿Futuro más allá de la catástrofe?.....	258
VI. Conclusiones	273
VII. Bibliografía.....	282

I. INTRODUCCIÓN

Palabras como Derecho Global, Derecho Global Administrativo, Derecho Transnacional, Derecho Global Transnacional, sociedad moderna, sociedad mundial, sociedad red, sociedad multidimensional, sociedad global, procesos de organización, acoplamiento, interacción, interdependencia, interlegalidad, heterarquía (*heterarchical*)¹, jerarquía, fragmentación, hibridización, Pluralismo Jurídico Global, policontextualidad, soft law (Derecho suave), hard law (Derecho duro), gobernanza global (o New Public Management en su acepción inglesa) entre otros, constituyen algunos de los neologismos jurídicos que son hoy día tema recurrente de discusión en el ámbito académico. Su mención no es mero capricho o moda pasajera, por el contrario, son vocablos a los que se hace referencia de manera mucho más cotidiana en artículos jurídicos nacionales e internacionales.

Lo mismo se discuten ante audiencias multiculturales, transnacionales, e incluso globales reunidas en diversos Congresos y Simposios Jurídicos Mundiales, que en aulas nacionales y en Centros de Estudios de Derecho Transnacional, como es el caso del Center for Transnational Legal Studies² (CTLS), integrado por más de veinte Universidades cuyas Facultades de Derecho e Institutos de Investigación Legal, son mundialmente reconocidas, entre las que destacan la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y el Instituto Tecnológico de Estudios Superiores de Monterrey (ITESM) por parte de México.

¹ Término introducido por Warren Sturgis McCulloch en 1945, un neurólogo y cibernético estadounidense, en su artículo "A Hierarchy of Values Determined by the Topology of Nervous Net" relativo a las redes neuronales, define a la heterarquía como la situación de interdependencia existente entre niveles y subsistemas diferentes en los cuales se desarrollan procesos distintos de forma simultánea, *Cfr.*, Morales Barragán, José Federico, *Los conceptos de jerarquía y heterarquía en el análisis del desarrollo local*, disponible en http://proimmse.unam.mx/doctos/Morales_UAMI0406.pdf

² El Centro para Estudios Legales Transnacionales en Londres, es una asociación global en la educación jurídica que integra a más de 25 facultades de Derecho de nivel mundial, y estudiantes, provenientes de diversas tradiciones legales, que ofrece un ambiente multicultural, para la exploración de problemas comunes globales de manera singular. Esta asociación es una innovación estructural en la educación jurídica mundial, que nació en los pasillos del Centro Estudios Legales de la Universidad de Georgetown, Estados Unidos en el año 2008. Disponible en <http://ctls.georgetown.edu/>

Asimismo, estos vocablos son objeto de debates legales en sitios web o videotecas virtuales³, como un claro ejemplo del fenómeno evolutivo que está siendo cada día más visible en el Derecho, y como consecuencia directa de la interacción transfronteriza virtual y real de la conducta humana en la sociedad mundial en red.

Es decir, son más comunes las menciones a tales neologismos en investigaciones y literatura jurídica, tal es el caso del concepto de *soft law*, el cual no sólo comenzó a ser citado literalmente en las discusiones acaloradas que en su labor diaria realizan los integrantes de la Cámara de Diputados de nuestro país⁴, sino que fue mencionado incluso en recientes tesis emitidas por nuestros Tribunales Colegiados *como esa la ley suave, esas normas ligeras, dúctiles y blandas*, que lo identifican medularmente como Principios empleados ante la falta de eficacia obligatoria y en oposición al *hard law o derecho duro o positivo*⁵.

Estas discusiones legales acontecen por la presencia cada vez más tangible de la aparente obligatoriedad de las normas pertenecientes a regímenes *normativos privados transnacionales*⁶, compuestos de *normas sociales, normas híbridas y normas privadas autónomas*⁷, todas ellas *no estatales*. Así como también, por el surgimiento de novedosos órganos o mecanismos de solución de diferencias independientes en línea—Online Dispute Resolution (ODR)—, como los que aparecen por el uso del internet, tal es el caso de las transacciones de comercio electrónico

³ Algunos ejemplos de ellos son <http://iilj.org/default.asp>, http://ulaw.tv/videos/non-state-governance-symposium-towards-a-jurisprudence-of-hybridity/0_d0pmaa0w, <http://www.juridicas.unam.mx/vjv/>, entre otros.

⁴ Disponible en <http://cronica.diputados.gob.mx/DDEbates/60/2do/2P/Ord/mar/00L60A2P212.html>

⁵ Tesis aislada cuyo rubro señala: "SOFT LAW". LOS CRITERIOS Y DIRECTRICES DESARROLLADOS POR ÓRGANOS INTERNACIONALES ENCARGADOS DE LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SON ÚTILES PARA QUE LOS ESTADOS, EN LO INDIVIDUAL, GUÍEN LA PRÁCTICA Y MEJORAMIENTO DE SUS INSTITUCIONES ENCARGADAS DE VIGILAR, PROMOVER Y GARANTIZAR EL APEGO IRRESTRICTO A LOS DERECHOS HUMANOS. Tesis XXVII.3o.6 CS (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. III, marzo de 2015, p.2507.

⁶ Llamados por Teubner "transnational private regimes". Cfr., Teubner, Günther, "Fragmentend Foundations: Societal Constitutionalism beyond the Nation State", en Petra Dobner and Martin Loughlin (eds.), *The Twilight of Constitutionalism? 2010*, Oxford, Oxford University Press, p. 331.

⁷ Gessner, Volkmar, "Comparación Jurídica y Pluralismo Jurídico Global", en Caballero Juárez, José Antonio, et al. (coords.), *Sociología del Derecho. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, vol. I: Globalización y Derecho, Justicia y Profesión Jurídica, Sociología del Derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 96.

(e-commerce) o respecto a los nombres de dominio *.com*, *.gob*, *.gov*, *.mx*, etc. Incluso, mecanismos alternos de solución vía internet –Alternative Dispute Resolution (ADR) ante las entidades encargadas del registro de dominio nacional y Centros de Mediación y Arbitraje supranacional como el de la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual)– tal y como son los provistos por los propios sitios electrónicos como eBay y PayPal, aunado a otros sitios de mercadeo virtual, cuyas *normas suaves e híbridas* protegen a los consumidores en el campo del e-commerce o comercio electrónico global.

Esta nueva clase de *normas suaves híbridas* abarcan también, las certificaciones de calidad, los lineamientos, los criterios, los protocolos, las recomendaciones, los estándares mundiales, las guías, los códigos de conducta privados –como el Reglamento del Comité Olímpico Internacional o el Reglamento de Antidopaje–, las calificaciones internacionales de riesgos financieros⁸, las reglas de monitoreo, las subcontrataciones, y las Declaraciones conjuntas de compromisos –productos de Cumbres como el G-8 o el G-20, por citar algunos–, que organizaciones no gubernamentales⁹, organismos internacionales, empresas multinacionales y Estados-nación emiten indistintamente e interactúan entre ellos a diario.

Inclusive, los tribunales y órganos jurisdiccionales nacionales -como hemos señalado en párrafos anteriores ha ocurrido en México-, internacionales, supranacionales y transnacionales han hecho mención a esta clase de reglas sociales. La referida mención ocurre no sólo en las sentencias que emiten, sino también durante los procesos jurisdiccionales, como sucedió en el caso “Laurent Piau vs Commission of the European Communities” ante el Tribunal de Primera

⁸ Algunas agencias calificadoras de riesgos crediticios sobre deudores públicos y privados son Standard & Poor’s, Moody’s Investor Service y Fitch Rating son las empresas clasificadoras de mayor prestigio y con una amplia cobertura de mercado.

⁹ Algunos ejemplos son el Consejo de Administración de Bosques (Forestry Stewardship Council “FSC” por sus siglas en inglés), o la Organización Internacional de Estandarización (mejor conocida como International Organization for Standardization o por sus siglas “ISO”) y la Compañía de Internet para nombres y números asignados (ICANN por sus siglas en inglés), Amnistía Internacional, Greenpeace, entre otros.

Instancia Europeo T-193/02¹⁰, concerniente a la obligatoriedad reconocida por dicha Corte a la posesión de licencia como agente de jugadores de fútbol que exige el recién modificado Reglamento de la FIFA (Fédération Internationale de Football Association) para desempeñarse como tal.

A dicho Reglamento, el propio Tribunal le reconoce su naturaleza como instrumento de *soft law*, en dos momentos. El primero, cuando declara procedente el cumplimiento del requisito de licencia que exige, a los sujetos que deseen desempeñar la función de agentes de jugadores de fútbol, ante la FIFA como empresa privada. Y el segundo, al momento que le reconoce al Reglamento de la FIFA su carácter vinculatorio a respetar las normas de Derecho Comunitario de la Competencia (*hard law*), mientras no sea contrario y esté en concordancia con él.

Es decir, la importancia de este tipo novedoso de normas, radica también en que a pesar de que no son producidas por el actor nacional que faculta el ordenamiento jurídico del país en cuyo territorio se localiza su cumplimiento, éste último se acata como si lo fueren.

Entonces, la obligación de obedecerlas por parte de las empresas, ciudadanos y gobiernos se basa en la pretensión de cimentar en los consumidores/ciudadanos percepciones de credibilidad y confianza, a través de la persuasión.

Percepciones que buscan obtenerse mediante el cumplimiento de los estándares sociales –salud, salarios, servicios médicos, educación, respeto a derechos humanos–, ambientales, de sustentabilidad, de calidad, seguridad, confiabilidad y eficiencia, que los mercados mundiales exigen. Incluso de justicia social que la población civil del orbe comienza a exigir.

Un claro ejemplo de las interacciones y consecuencias de este tipo de normas a nivel nacional e internacional, así como su trasplante legal de un sistema jurídico diverso al nuestro, es el Comunicado Conjunto SCT-DGAC_01 de fecha 24

¹⁰ Documento disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d0f130de7a2820b397f54131aa1cb345d664346c.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4NchuOe0?docid=65947&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=14713>

de noviembre de 2001, emitido por la Secretaría de Comunicaciones y Transportes de México (SCT). Por el cual, la SCT estableció nuevas medidas de seguridad aérea en equipaje de viajeros, que entraron en vigor el 1º de diciembre de 2010, las cuales son idénticas a las disposiciones contenidas en el Reglamento CE 1546/2006 del 04 de octubre de 2006, emitido por la Comisión de las Comunidades Europeas y publicado en su periódico Oficial el 17 de octubre de ese mismo año¹¹. Normas que convergen en la permisión de transportar en el equipaje de mano:

... líquidos, geles, aerosoles, cremas o sustancias de consistencia semejante en envases individuales de capacidad inferior a 100 mililitros, metidos todos ellos en una bolsa de plástico transparente resellable de capacidad no superior a 1 litro (20x20 cm), cerrada con un cierre reutilizable.

Ante tal similitud de contenido normativo, la SCT expresó que dicha actualización se hacía como respuesta a las recomendaciones de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), así como a la modernización de las medidas de seguridad para estandarizar criterios, medios y procedimientos, entre otras razones¹², un ejemplo irrefutable de la sociedad red en la que estamos inmersos.

Sin embargo, este acto gubernamental de “actualización” no puede surtir los efectos de acto administrativo vinculante y obligatorio legalmente, por no cumplir con los

¹¹ Reglamento por un lado mantiene las medidas de seguridad aérea comunes existentes hasta ese momento, establecidas en el anexo del anterior Reglamento CE 622/2003, de 4 de abril de 2003, y modifica dicho Anexo para añadir algunas medidas nuevas. Amplía la lista de artículos prohibidos y, por otro, establece normas para el control de determinados equipajes de mano. Prohíbe los Líquidos, geles, cremas o sustancias de consistencia semejante, que se lleven en el equipaje de mano, excepto los que se presenten contenidos en envases individuales de capacidad inferior a 100 mililitros, metidos todos ellos en una bolsa de plástico transparente, de capacidad no superior a 1 litro (20x20 cm), cerrada con un cierre reutilizable.

¹² En la página 1 de dicho Comunicado quedo asentado expresamente que las medidas expresadas en ese documento quedaban integradas en la “Circular Obligatoria que establece la cantidad, características y embalajes de artículos y accesorios en equipaje de mano, en cabinas de pasajeros y de pilotos de aeronaves comerciales” como respuesta a “ordenamientos y recomendaciones de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI) y a normas mexicanas en materia de seguridad aérea y seguridad aeroportuaria... paralelamente la modernización de las medidas de seguridad busca estandarizar criterios, medios y procedimientos entre autoridades, empleados, pasajeros y otros interesados en la materia, así como facilitar los modos de inspección, restricción y/o aceptación de los equipajes de mano y de carga de los viajeros...” Comunicado Conjunto disponible en <http://www.sct.gob.mx/despliega-noticias/article/comunicado-conjunto-instrumenta-sct-nuevas-medidas-de-seguridad-aerea-en-equipaje-de-viajeros/>

requisitos establecidos en la Ley Federal del Procedimiento Administrativo¹³, como si sucede en el caso del Reglamento CE 1546/2006, frente a su legislación aplicable. Pero la naturaleza del referido Comunicado Conjunto, por otro lado reúne todas las características de una norma de *soft law*.

Este ejemplo casuístico, junto con otros más relacionados con la Gobernanza global, la subcontratación gubernamental basada en contratos que promueven las asociaciones y alianzas estratégicas público-privadas –que motivaron el resurgimiento del uso del contrato privado–, y la *lex mercatoria*, son algunos de los fenómenos jurídicos que han propiciado cambios recientes en los ordenamientos jurídicos nacionales.

Pero al mismo tiempo, estos casos permiten suponer la existencia de un sistema legal que trasciende fronteras físicas nacionales, en el que interactúan normas de diversos tipos, en los ámbitos global y nacional, que rebasa los bordes de las teorías monista y dualista del Derecho. Y nos motiva a buscar los argumentos y bases teóricas que permitan responder a la interrogante sobre ¿quién regula el mundo?, en este inicio de nuevo siglo XXI.

Si bien es cierto, esta realidad nos obliga a cimentar nuestro estudio y análisis descriptivo en un enfoque jurídico específico, esta tarea no es nada fácil, porque fenómenos reales como el que nos ocupa, pueden ser observados desde enfoques muy diversos, que ofrecen las variadas corrientes filosóficas de la teoría jurídica mundial. Teorías legales múltiples y diferentes, que nos han aportado una extensa variedad de conceptos sobre el Derecho mismo, sin que a la fecha nos hayan provisto de una única postura homogénea y unificada que lo defina.

Por lo que, siguiendo la postura que el propio Joseph Raz asumió al dar respuesta a la interrogante sobre ¿qué es el Derecho?, en las líneas y capítulos siguientes, se intentará dilucidar nuestro propio concepto de Derecho, dentro de un

¹³ Pues a pesar de ser emitido por una institución gubernamental no reúne las características de coercitivo ni obligatorio, mucho menos de certeza y seguridad jurídicas que debía revestir, ya que no consta en oficio o circular en que funde y motive legalmente su competencia y actuar. Ni siquiera fue publicado en el Diario Oficial de la Federación, como sí ocurrió con la normatividad del Reglamento CE 1546/2006, en el ámbito de la Unión Europea.

marco sociológico descriptivo que engloba la realidad multidimensional de la sociedad mundial, moderna y red en que vivimos, cuya firme intención es alcanzar la comprobación sobre la existencia de un sistema jurídico híbrido global y nacional en formación actual.

La realización de esta comprobación no ha sido llana, debido a que la noción misma del Derecho a lo largo del tiempo ha sufrido una nutrida y constante evolución que durante el tiempo de realización de esta investigación se ha profundizado de manera acelerada, cuya descripción acertada o equivocada podrá calificar su lector final, a través de los juicios y críticas que le formule. En razón de que, como trabajo sociológico-jurídico que es, está sujeta a la constante interacción que viven nuestra sociedad y el Derecho mismo.

Sin embargo, esa pluralidad de concepciones alrededor del Derecho y los sucesos reales descritos en líneas anteriores, nos han conducido a abordar el desarrollo del presente estudio, como hemos mencionado con anterioridad, desde una perspectiva sociológica o socio-jurídica, que analiza al Derecho en acción, en la realidad. Es decir, a través de la acción social humana que integra a la sociedad mundial moderna.

Abordaremos entonces, la presente investigación concibiendo al Derecho como una *comunicación*, que conforma un todo denominado sistema social, el cual se integra de comunicaciones dentro de un ámbito global, en el que se determina *heterárquicamente en forma colateral y al mismo tiempo estructura las inmediaciones en forma de redes*¹⁴ o nodos que se conectan.

Por lo que al igual que Vincenzo Ferrari, observaremos al Derecho como un *acto de comunicación o acción social expresado en mensajes que se dirigen de una o varias fuentes -comunicaciones sociales provenientes de subsistemas económicos, políticos, científicos, tecnológicos, etc.- hacia uno o varios destinatarios, pasando a través de uno o más filtros que se interponen en el espacio*

¹⁴ Luhmann, Niklas, *El derecho de la sociedad*, 2ª edición, México, Herder, 2005, pp. 201-202.

*físico o virtual que separa a las fuentes de los destinatarios y que reciben, interpretan y retransmiten el mensaje*¹⁵.

Inclusive, habremos de observar al Derecho en esta investigación, como lo propone el Doctor Héctor Fix-Fierro, un Derecho que *pone menor énfasis en la sanción, mayor énfasis en la persuasión, menor atención al aparato coactivo y mayor atención al discurso, así como a sus efectos en las expectativas de los actores sociales*¹⁶.

Lo anterior, en razón de que como lo afirman Fix-Fierro y Ferrari, *estamos ante procesos comunicativos complejos en los que quienes participan lo hacen en la medida en que comparten los códigos que permiten interpretar y dar sentido a los mensajes y en los que tienen un peso cada vez mayor los medios de comunicación, que modulan o deforman, en función de sus propios intereses, las informaciones, el lenguaje y los símbolos vinculados al Derecho*¹⁷.

Lo cual, nos conduce a concluir siguiendo a Ferrari que, si el medio de la *acción social es comunicativo, el Derecho por lo tanto, más que un instrumento represivo y coactivo, es un instrumento o estrategia persuasiva, respaldado socialmente*¹⁸.

En ese sentido, el hecho de observar al Derecho como un *sistema de normas o acciones sociales*, pretende concebirlo desde su elemento esencial que es *la norma o regla jurídica*, la cual asumiremos como *una comunicación social*, que desde el punto de vista de la Teoría de sistemas de Niklas Luhmann, es producida por el sistema social del Derecho y se contextualiza dentro de una sociedad mundial moderna en red, que a su vez se concibe como sistema.

¹⁵ Fix Fierro, Héctor, "Derecho y gobernanza en la Sociedad mundial. Algunas aportaciones de la Sociología del derecho, con especial referencia al cambio jurídico en México", en Serna de la Garza, Jose Ma., *Gobernanza Global y cambio estructural del Sistema Jurídico Mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 226.

¹⁶ *Ibidem*, p. 224.

¹⁷ *Ídem*.

¹⁸ Ferrari, Vincenzo, *Primera Lección de Sociología del Derecho*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. XIV.

De lo que se colige que estas normas jurídicas observadas como *comunicaciones legales*, interactúan dinámica y constantemente en nuestra sociedad, produciendo con ello un sistema normativo transnacional que podríamos incluso visualizar como global, el cual se fragmenta y materializa en diferentes ordenamientos jurídicos nacionales.

Las *comunicaciones legales* –vistas como normas jurídicas– además de interactuar e interrelacionarse entre ellas, también lo hacen con otro tipo de *comunicaciones no-legales o normas sociales –denominadas reglas no legales suaves o soft law, a las que se definen como aquellas reglas de conducta establecidas en instrumentos que no han sido dotados de fuerza legalmente obligatoria como tal, pero que sin embargo podrían tener efectos de certeza legal indirecta, y estar dirigidos a producir efectos prácticos*¹⁹– producidas por otros sistemas cuasi-jurídicos privados globales y locales, e incluso con *códigos o comunicaciones legales híbridas y comunicaciones no-legales híbridas* -es decir, códigos o comunicaciones producidas por la interacción misma de las comunicaciones legales y no legales- todas, diversas en cuanto a su origen formal dentro del sistema del Derecho. Las cuales, están conduciendo a todos los ordenamientos jurídicos nacionales y sus sistemas legales nacionales y cuasi-legales hacia un periodo de *transición jurídica*²⁰.

Una transición jurídica que dentro de los ordenamientos jurídicos nacionales posee una naturaleza *amplia*²¹, ya que anuncia cambios en la configuración de las nuevas funciones del actual Estado-nación. Transformaciones que han sido el

¹⁹ Senden, Linda, *Soft law in European Community Law*, Oxford, Hart Publishing, 2004, p. 112

²⁰ La palabra *transición* se refiere a la acción y efecto de pasar de un modo de ser a otro distinto... al estado intermedio entre el inicial y al que se llega con el cambio. Pero el término de transición jurídica se refiere a la transformación de una forma de gobierno o incluso de Estado; de un conjunto de prácticas relativas al ejercicio del derecho o de la forma de interpretar la Ley. González, María del Refugio y López Ayllón, Sergio (eds.), *Transiciones y diseños institucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p.7.

²¹ La transición jurídica puede concebirse de dos formas: una, amplia, se refiere a cambios en las "formas de Estado" ... la otra, restringida... el cambio de un sistema jurídico en función de la sustitución de la norma primera. *Cfr.*, Huerta Ochoa Carla, "Constitución, Transición y Ruptura", en González, María del Refugio y López Ayllón, Sergio (eds.), *Transiciones y diseños institucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 49-50.

resultado de la globalización de nuestra sociedad mundial, y que sugieren con ello, reformular los nuevos ámbitos de validez de las normas jurídicas –multi-nivel (nacionales, internacionales, transnacionales y globales)– al interior de las fronteras territoriales, en atención a su constante interacción.

Aunado a lo anterior, la interrelación de estas reglas multi-nivel, está urgiendo a la modificación del *diseño institucional*²² del *Estado-nación a nivel global*. En el cual, estas normas multi-nivel comenzarían a forjar una unión transnacional entre los ordenamientos jurídicos nacionales y su símil internacional, mediante su transmutación²³ en un sistema jurídico híbrido global y quizás replicado a nivel nacional en sus ordenamientos y sistemas jurídicos híbridos nacionales.

A su vez, ese sistema híbridizado podría ser avalado con la *mutación constitucional*²⁴ que cada Estado realizase y que fuese acorde a los nuevos retos y problemáticas del siglo XXI²⁵.

Un sistema que por un lado, sería producto directo del *Pluralismo Jurídico Global –Global Legal Pluralism–*, así denominado por Paul Schiff Berman, ante la observación algunas veces impávida del Derecho nacional. Y que, por el otro lado, adoptaría las nuevas formas híbridas de la gobernanza –*hybrid forms of governance*–, como lo señalan Niels Akerstrom e Inger Sand.

²² “Es el procedimiento que modifica la operatividad y significado de una o varias instituciones de conformidad con un criterio prevaleciente en el modelo vigente y que responde a diversas razones de oportunidad... El fin del diseño institucional puede ser corregir la operatividad de instituciones disfuncionales o modificar el sistema jurídico conforme a un criterio del modelo para poderlo materializar, por lo que el proceso de diseño requiere el establecimiento previo del criterio en cuestión, la consideración de los medios existentes o viables para lograr los objetivos... la atribución de las funciones o potestades necesarias para lograr el objetivo planteado”. Huerta Ochoa, Carla, *Teoría del Derecho: Cuestiones relevantes*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, p. 60.

²³ Proveniente del verbo *transmutar* que significa mudar o convertir algo en otra cosa, Diccionario de la Real Academia Española, <http://buscon.rae.es/drae/>

²⁴ Figura jurídica que dentro de la doctrina alemana se entiende como “la posibilidad de alterar el sentido de la norma constitucional sin modificar el enunciado lingüístico”, que “produce un cambio en el interior del precepto” ya que es “la modificación del contenido de la Constitución mediante su interpretación con efectos generales por los órganos competentes, sin que se produzca una alteración de su texto”, *Cfr.*, Huerta, *op. cit.*, nota 22, pp. 72-73.

²⁵ Tal como sucede en la Unión Europea, en la que existe un crecimiento en la interacción entre el derecho internacional y nacional. *Cfr.*, Slaughter, Anne-Marie y Burke-White, William, “The future of International Law is Domestic (or, The European Way of Law)”, *Harvard International Law Journal*, Estados Unidos, 2006, Number 2, Volume 47, p. 333.

Por ello, para el logro de tal empresa, trasladaremos el estudio del Derecho desde el Estado-nación, a la sociedad, ante la evidente presencia de una multiplicidad de órdenes estatales y no-estatales normativos en el Capítulo I.

Por ello, para entender dentro de nuestro actual tiempo el origen de todos los fenómenos jurídicos interactuantes de origen estatal y no estatal, se analizará a la Sociedad misma como un sistema social mundial de la mano de la Teoría de Sistemas de Niklas Luhmann, es decir como una unidad -organización social- constituida por los fragmentos -subsistemas sociales como el Derecho, la Economía, la Tecnología, la Ciencia, las Finanzas, por citar algunos- que constituyen a esa unidad misma.

Para ello, abordaremos el estudio de la sociedad mundial sistémica, como una sociedad diferenciada funcionalmente de las anteriores formas societales que la precedieron y cuyo contraste radica en las funciones que cada individuo integrante de ella -*persona física, entidad o colectividad*-, realiza conforme a los papeles asignados en la sociedad misma.

De ahí que visualicemos a nuestro sistema social mundial integrado por Estados-nación, por **organismos supranacionales públicos** –Organización de las Naciones Unidas, Organización Mundial del Comercio, OCDE, Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional, Comité de Basilea II, Unión Europea–, por **organismos supranacionales privados** –ISO 9000, FSC, ICANN, Star-K Kosher Certification, KMD Kosher, KA-Kosher, Standard & Poor’s, FIFA, Comité Olímpico Internacional–, y por **organizaciones no gubernamentales** –Greenpeace, Amnistía Internacional, Médicos sin fronteras, Iglesia–, quienes al comunicarse constantemente formulan una *política mundial*, atribuyendo con ello la característica de sistémica a nuestra sociedad.

También habremos de abordar el origen histórico y la evolución misma de nuestra sociedad mundial, hecho que nos conducirá a discutir sobre si el mejor calificativo que denota su actual temporalidad es estimarla *Posmoderna, Hipermoderna o Altermoderna*, como varios Lyotard, Gilles Lipovetsky, Antonio Negri y Michael Hardt y Anthony Giddens, han afirmado debe ser considerada. O

basados en Luhmann y Lawrence Friedman, debemos tomar en cuenta que su *pluralismo, relativismo, heterarquía, policontextualidad, multidimensionalidad, libertad, sus consecuencias, su flexibilidad y persuasión coactiva -soft power y soft law-, así como el latente riesgo y su constante evolución*, nos conducen a seguirla denominando *Moderna*.

Entraremos también a analizar la evolución que nuestra sociedad ha vivido para transformarse de una aldea local visible a través de la figura territorial del Estado-nación en una aldea global que nos conmina a llamarla sociedad horizontal y red, de conformidad al nuevo espacio de flujos de comunicación interactuantes, en los que las *Megaciudades* son el ejemplo idóneo del intercambio constante y repetitivo de los actores sociales físicamente inconexos dentro de las estructuras económicas, políticas y simbólicas de la sociedad.

En el último apartado de este primer capítulo abordaremos las innovaciones estructurales o eigenstructures -así nominadas por Stichweh- de esta sociedad, mundial moderna que han provocado el surgimiento de un nuevo Estado Administrador Red, cuya existencia y presencia esperamos quede representada en la mente del lector.

Por ello, se explicarán cada una de estas innovaciones estructurales, concebidas como aquellos enlaces que logran que una operación se produzca a sí misma a partir de una determinada situación en la que la operación real (presente) intenta hacer enlaces con otra que todavía no existe (futuro) y que, en el caso particular de nuestro estudio, estas eigenstructures van allanando el camino hacia una sociedad mundial (presente) en la que observamos el nacimiento de un nuevo Estado administrador-red (futuro).

Entre las eigenstructures que se analizarán están 1) *la diferenciación funcional en la división del trabajo*, 2) *las organizaciones formales-modernas como los organismos internacionales, las organizaciones privadas internacionales lucrativas, las organizaciones privadas internacionales no-lucrativas y, las organizaciones híbridas –integradas por la participación conjunta de actores públicos y privados nacionales e internacionales-*, 3) *los avances tecnológicos de*

información y comunicación, así como 4) *el Estado-nación*, 5) *la Gobernanza (gobierno) o New Public Management* y 6) *el contrato*, dentro de las cuales, las últimas tres serán abordadas con mayor profundidad en el capítulo siguiente de este trabajo.

Dentro de éste último apartado de nuestro primer capítulo, también discutiremos sobre como 1) la difusión global de los patrones institucionales, 2) la interrelación mundial, 3) la descentralización en función de los sistemas, 4) la globalización como proceso cultural y 5) los avances tecnológicos de información y comunicación en su naturaleza de mecanismos complementarios, a partir de los siglos XV y XVI han llevado a un constante dinamismo a la sociedad mundial, los cuales el mismo Stichweh ha llamado *eventos accidentales*. Eventos que han preparado el contexto social mundial moderno y en red en que podemos vislumbrar la formación no sólo de un sistema jurídico híbrido nacional, sino la presencia tangible de un sistema jurídico híbrido global.

Seguidamente en el Capítulo II tratamos de aproximarnos al nuevo Estado Administrador-red, dirigido por la gobernanza contractual y las redes sistémicas globales, basados en la *innovación estructural o eigenstructure* que representa el constructo social y político del *Estado-nación moderno continental*.

Por lo que para ello, apoyados en los trabajos desarrollados por Marcos Kaplan localizamos el origen de este constructo en la Revolución Industrial del Medioevo, así como en el nacimiento del derecho contractual que regía en las interacciones mercantiles italianas del año 1100, y que era divulgado junto con el *ius commune o derecho común* medieval, a través de la lengua latina -idioma con el cual se comunicaban los estudiantes y docentes en la incipiente Universidad [organización formal, vigente hasta nuestros días] y en el cisma sufrido dentro del Poder temporal de la Iglesia, representado en la figura Papal, el cual produjo el movimiento de Reforma que a su vez, devastó la unidad religiosa, fragmentándola en una multiplicidad de centros espirituales de la Europa Medieval.

Un Estado-nación continental que formal y legalmente nació a través de los Tratados de Paz de Augsburgo en 1555 y de Westfalia -incluía los Tratados de

Münster y de Osnabrück de 1648-, signados por cerca de doscientos representantes provenientes de las provincias, aldeas y territorios que integraban la Europa de ese tiempo -dejando fuera a la insular Bretaña y a su Estado monárquico *sui generis*-.

Tratados, que al momento de consagrar la ruptura de la unidad cristiana y el principio de *cuius regio eius religio*, incluyó reformas y reglas seculares económicas y tributarias que sentaron las bases de la Paz Westfaliana.

Destacando ésta última, al haber sido la convención internacional que, al haber establecido la integridad territorial como fundamento de la existencia del Estado-nación moderno, para que preservase sus fronteras de toda influencia exterior -es decir la *soberanía nacional*-, reconoció *su legitimidad, su perímetro de defensa, y su base impositiva. Una legitimidad que desde entonces se fundó en acuerdos transterritoriales ratificados.*

Con esta ficción representada en el Estado-nación, se inició la construcción de los ordenamientos jurídicos nacionales, por medio de una lengua nacional, las instituciones y conceptos legales, la identidad y la tradición nacional, bajo el amparo de ese Poder político que le atribuyó desde ese origen la capacidad para elaborar colectivamente decisiones obligatorias y vinculantes, mediante las instituciones creadas por dicho Estado para tal efecto, posibilitando el incremento de su cumplimiento por ser una Autoridad reconocida plenamente.

De igual modo aludimos en dicho capítulo al papel que la nación, la identidad y la tradición desempeñaron para fortalecer la consolidación y evolución del Estado-nación moderno.

Acto seguido, a fin de entender la transformación que ha sufrido el Estado-nación, nos aproximamos al estudio de la gobernanza -governance en inglés-, la Nueva Administración Pública -en inglés New Public Management-, las Redes - Networks en inglés- y las Asociaciones Público Privadas o Public Private Partnerships materializadas en contratos o convenios de asociaciones y alianzas estratégicas.

Por lo que habremos de remontarnos a los orígenes de la Gobernanza en la primitiva idea del Estado inglés medieval de los siglos XI y XII, dentro del cual

encontraremos los antecedentes inmediatos de la sociedad civil -la denominada en idioma inglés *civility of society*, sobresaliente por su pujante emprendedurismo- y la participación ciudadana -*actorhood*- que condujeron a la sociedad inglesa marcadamente individualista -pensando en término de sociedad y bien común- a su empoderamiento medieval, que llevó al pueblo inglés a buscar los recursos humanos y financieros para satisfacer sus necesidades, auto organizándose y autorregulándose espontáneamente mediante la formación de organizaciones y asociaciones voluntarias, programas sociales, y reglas sociales suaves y flexibles.

Esta sociedad civil, no sólo evolucionó, sino que fue replicada en varias partes del mundo, y hoy día tenemos un ejemplo innovador de ella, en los Acuerdos de Beneficios Comunitarios -Community Benefit Agreements or CBAs- que comprometen a participar a la comunidad local en un bloque, para negociar con el gobierno y el sector empresarial privado, la implementación de proyectos de inversión y generación de empleo que beneficien directamente a sus localidades y a sus familias, para que con ello, estos proyectos de inversión vean beneficiados con el acceso a financiamiento público del Estado-nación. Sujetando el cumplimiento de los citados acuerdos a la supervisión de *normas sociales* de gobernanza eficientes, transparentes, flexibles y efectivas.

Posteriormente expondremos la interacción de los sistemas normativos francés e inglés como la antesala de la Gobernanza actual, a fin de observarla como un constructo social nacido en la Inglaterra y la Francia del Medievo, cuya sola mención implica un cambio novedoso, la idea de transformación hacia nuevos procesos para gobernar a la sociedad a través de regulaciones interdependientes entre las redes de actores que materializa la fragmentación y la dispersión de la autoridad central de nuestra sociedad mundial.

Lo cual nos llevará a concebir a la gobernanza al mismo tiempo como *una estructura* –sistema de reglas, leyes, decisiones y prácticas administrativas, que engloba instituciones multinivel y en red, no jerárquicas y regulatorias-, *un proceso* –conduce y mejora la capacidad institucional para guiar hacia las nuevas estructuras-, *un mecanismo* – establece procedimientos institucionales novedosos

en la toma de decisiones y elaboración de políticas, su cumplimiento y control- y una *estrategia interactiva* –representa el esfuerzo de los actores para gobernar y manipular el diseño de las instituciones y mecanismos para dar forma a través de la adopción y creación de sistemas descentralizados, informales y colaborativos de la gobernanza, como son la redes, los instrumentos normativos suaves, flexibles y hiperinnovadores como el soft law- *que tiene un origen policéntrico y multinivel* [desde el local hasta el supranacional o global], *cuyas reglas y formas de administración y control impactan en la vida diaria del hombre.*

Aunado al hecho de que la flexibilidad e informalidad de sus normas, permite que sean vigentes y permanezcan el mayor tiempo así, al continuamente estarse reinventando con el propósito de ser altamente eficientes y legítimas a través de la hibridización de los modos de control que permiten la producción del orden multidimensional y fragmentado dentro, fuera, por, sin y más allá de la figura estatal central.

En el último apartado de este segundo capítulo analizaremos la fragmentación del Estado-nación en un Estado-Administrador Red, siguiendo para ello su evolución de un Estado de Bienestar a un Estado Dirigista y de un Estado Benefactor al actual.

Un Estado cuyos *Poderes, Soberanía, Legitimidad y Autoridad*, ha ido delegando -*delegación ejecutiva, delegación legislativa y delegación judicial*, de las cuales se exponen algunos ejemplos dentro de nuestro país-, empujado por la nueva gobernanza global reinante, utilizando como mecanismos idóneos para el logro de esa meta a la libertad contractual pública y privada, a la corporación empresarial, a las asociaciones pública Privadas materializadas en asociaciones y alianzas estratégicas, a las redes sistémicas y al debilitamiento de la verticalidad y la jerarquía del Estado-nación que está siendo sustituida por la horizontalidad sistémica y heterárquica de la aldea global que representa la sociedad mundial moderna y red, en la que vivimos regida por *un Poder suave o Soft Power*.

Como se podrá apreciar hasta este momento, los dos capítulos anteriores fueron la antesala conceptual necesaria para entender que la interacción y evolución

del sistema jurídico global con otros sistemas normativos sociales nos ha llevado ante la posible formación de un sistema jurídico híbrido no sólo nacional, como se dispuso demostrar al inicio de este trabajo, sino que nos condujo el desarrollo mismo de la investigación a replantear nuestra hipótesis e ir más allá.

De ahí que proyectemos nuestro estudio hacia la formación de un sistema jurídico híbrido global, plural y suave que se resquebraja en ordenamientos jurídicos nacionales que bien podríamos llamar híbridos y globales, los cuales al mismo tiempo conforman la columna y base sobre la cual se edifica nuestro sistema jurídico híbrido nacional.

Es por ello que, en nuestro Capítulo III ubicando plenamente a nuestro lector dentro del contexto temporal de la sociedad mundial moderna y red actual en que vivimos, comenzaremos a exponer los resultados encontrados hoy, en el área del Derecho, como consecuencia inmediata de los sucesos sociales, políticos, económicos y tecnológicos, inesperados que ocurrieron en los años sesenta y noventa en el mundo y cuyas consecuencias estamos atestiguando en nuestro presente.

A finales de los años sesenta, época del apogeo del crecimiento sostenido y el pleno empleo, estallaron como crítica a la sociedad consumista del mundo industrial, movimientos sociales-culturales de manera casi simultánea en todo el orbe. Su objetivo era cambiar el modo de vida, más que transformar y tomar las instituciones del Poder. Surgieron como una reacción en contra de la autoridad represora, la injusticia y la dictadura política reinante de la época.

Los cambios que se produjeron, como la Historia ha registrado, no colapsaron al sistema, más bien, establecieron los cimientos de varias *innovaciones culturales* como son *el feminismo, el ecologismo, la defensa de los derechos humanos, la liberación sexual, la igualdad étnica, la democracia*²⁶. Así como también lo son, la defensa de los derechos del consumidor, la competitividad y productividad empresarial acrecentada mediante el exponencial crecimiento de la figura

²⁶ Castells, Manuel, *La era de la información: Economía, sociedad y cultura*, Vol. III: Fin de Milenio, México, Siglo XXI Editores, 1999, pp. 373-374.

empresarial transnacional, acompañada de sus reglas de gobierno corporativo, el movimiento de slow food y la comida orgánica sustentable.

Estas innovaciones que como expusimos en los capítulos I y II de esta investigación, se fueron materializando en organizaciones no gubernamentales sociales y empresariales, cuya actividad hoy día, produce normas *soft law*, que son cumplidas tanto por empresas, como por los Estados a nivel mundial.

Posteriormente, entrada la década de los noventa, la caída del muro de Berlín, marcó el derrumbe del régimen político y económico comunista, vigente hasta ese momento en muchos países europeos. Evento que a su vez llevó al triunfo del sistema capitalista en todo el orbe, lo que promovió la interdependencia de todas las economías mundiales.

Adicionalmente, como consecuencia de la penetración de la tecnología de la información en toda actividad humana a partir de los años setenta, se vivió un auge masivo del uso del internet a partir de 1990.

Finalmente, esta sucesión de eventos inesperados, *plasmaron, por un lado una nueva sociedad y la relación de ésta con la economía, la cultura y el Estado*²⁷, e inyectaron su dinamismo acelerado y evolutivo a todas las reglas sociales y jurídicas que emergieron en su seno.

Pero por otro lado, dichos eventos crearon la percepción en el ciudadano de todo Estado-nación, de que su vida cotidiana estaba siendo regulada por normas pertenecientes a diferentes sistemas jurídicos.

Pues, mediante la práctica comunicativa inherente a la naturaleza humana, conforme al código legal/ilegal o estatal/no estatal, se crearon normas que, al momento de establecer relaciones de intersección, se mezclaban e interrelacionaban entre ellas.

Interacción normativa que comenzó a ocurrir en un espacio social determinado, otorgándoles a esos ciudadanos -como agentes involucrados-, la

²⁷ Castells, Manuel, *La era de la información: Economía, sociedad y cultura*, Vol. I: La Sociedad Red, México, Siglo XXI Editores, 1999, pp. 27-31.

facultad de otorgar a tales prácticas y comunicaciones sociales, su carácter jurídico y de obediencia²⁸.

En el primer apartado de este tercer capítulo analizaremos la naturaleza del Derecho como una comunicación social, que le atribuye características de viviente, emergente, intuitivo, implícito y hasta dúctil, que trasciende territorios, fronteras y soberanías, reduciendo el rol central del Poder coactivo y será elemento central del Derecho Global, cuya presencia en el mundo actual nos proponemos explicitar.

En el siguiente apartado se expondrá la naturaleza de las multitudes de normas sociales autónomas, originadas en el seno del Contrato, la organización formal, la estandarización, el subsistema financiero, el subsistema económico y tecnológico.

Reglas a las que se atribuye mayor eficiencia en la reducción de costos, comparándolas con los producidos por las comunicaciones legales; normas sociales que se conciben como aquellas reglas generadas en órdenes normativos institucionalizados, cuyo fin es regular sectores privados como la industria, la tecnología, el deporte, la construcción. Las cuales, son ejemplificadas a través de las normas Antidoping, las del Comité Olímpico Internacional, las del ICANN y las técnicas y de estándares de la ISO, entre otras. Pero al mismo tiempo, son normas que pertenecen a órdenes normativos no institucionalizados, como podrían ser los Planes sociales de Responsabilidad Social de las empresas, sus Reglamentos Internos, sus Códigos de Conducta, por citar algunos casos.

Estas normas también denominadas híbridas por Volkmar Gessner, las localizamos entre el orden jurídico estatal abarcando el ámbito internacional e incluso el transnacional que, sin tener el origen en los procedimientos legislativos reconocidos nacionalmente, muchas veces funcionan como normas de Derecho Público.

²⁸ Ariza Higuera, Libardo y Bonilla Maldonado, Daniel, "El Pluralismo Jurídico. Contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico" en Bonilla Madonado, et., al., (eds) *Pluralismo Jurídico*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2007, pp. 69-70.

Aunado a lo anterior, estas normas híbridas son definidas como normas suaves o soft, cuyo origen en el Método de Coordinación Abierto -OMC- será expuesto, al tiempo que también serán analizadas sus características y las funciones pre-legales, pos-legales y para-legales que revisten.

Lo anterior con la firme convicción de alcanzar una definición del sistema jurídico híbrido global, explicando las características de transterritorialidad, de su origen policéntrico, de independencia, de policontextualidad y de unidad que llevan a denominarlo en un primer plano como un Derecho Global, al cual nosotros pretendemos reconocerle una naturaleza de sistema jurídico.

Pues al abordarlo como sistema jurídico, pretendemos demostrar el reflejo que produce de la forma en la que el Derecho se organiza, se estructura y regula sus procedimientos de modificación establecidos en las Reglas y Principios así contenidos en las normas jurídicas que determinan su funcionamiento.

Refiriéndonos entonces al contenido, la estructura, la dinámica y al modo en que operan y se relacionan las comunicaciones sociales legales que integran ese Derecho. De lo que colegimos que este concepto de sistema jurídico, es el idóneo para referirnos al fenómeno jurídico global y transnacional que observamos a través de la interacción y producción normativa estatal, privada y social de los sistemas del Derecho, de la Economía, la Ciencia, la Tecnología y la Política, y calificarlo como un sistema jurídico híbrido global, que a nivel micro en forma de ordenamientos jurídicos nacionales podría ser denominado como un sistema jurídico híbrido nacional, tal y como en las páginas siguientes intentaremos demostrar.

De igual manera, explicaremos como es que a través de los trasplantes legales podemos entender el cambio legal sufrido en los ordenamientos jurídicos nacionales a los que se incorporan las normas suaves híbridas del sistema jurídico híbrido global, así como la relación de los diversos conceptos e instituciones dentro de los ordenamientos jurídicos nacionales, que en su naturaleza de soft law o derecho suave, los códigos de conducta, las mejores prácticas, las normas que regulan el nombre dominio, los convenios jurídico-políticos como el Pacto por

México, han aperturado con mayor rapidez su inserción en el sistema social del Derecho.

Lo anterior, en razón de que los trasplantes fungen como nodos en la red infinita que integra la Sociedad Mundial, a través de los cuales, las multifacéticas comunicaciones legales se enlazan e interactúan persuadiendo y eficientando las conductas a regular en dicha Sociedad.

Dando paso al análisis del Pluralismo Jurídico intrasistémico e intersistémico, además de policéntrico; un fenómeno legal cuya presencia estamos atestiguando ante la concurrencia masiva de normas estatales, internacionales, supranacionales y transnacionales en ámbitos como los Derechos Humanos, la protección al Medio Ambiente, las Telecomunicaciones, el Derecho de la Competencia, la normatividad del comercio electrónico y de los nombres de dominio, así como en la seguridad alimentaria.

Incluso, vamos más allá al profundizar en el estudio de un Pluralismo Constitucional Global/Transnacional que el propio Teubner en los últimos dos años ha propuesto en varios de sus trabajos académicos, al afirmar que dicho Pluralismo busca el reconocimiento de la constitucionalización de las diversas normas sociales transnacionales, híbridas y suaves en una sola Constitución, en la que converjan todos los actores y sectores que producen tales normas.

De igual modo, hacemos una breve referencia de la autoreproducción, la autorreferencialidad, la clausura operativa, el código bivalente y los programas del Derecho, observado con base en la Teoría de Sistemas desde un segundo orden, como una comunicación social que evoluciona hacia un Sistema Jurídico Híbrido Global, cuya materialización formula Teubner podría reflejarse en la forma de una Constitución Social Transnacional. Bajo el amparo de los mecanismos de variación, selección y estabilización de la Teoría de la Evolución.

Por ello, el lector observará el cambio gradual que ocurre en la interacción entre las comunicaciones legales y sociales que coexisten progresivamente (policontexturalidad) y entre quienes se establecen conexiones nodales desde un policentrismo normativo transnacional.

Cambio que, considera las nuevas formas o estructuras evolucionadas ya juridificadas como normas legales híbridas, materializadas en una institución o concepto novedoso, mediante el cual podemos observar la formación de un Sistema Jurídico Híbrido Global y suave. Un sistema que quizás podría transformarse en una Constitución unitaria y holística como propone Teubner.

Asimismo, se expondrán las interacciones hipercíclicas y ultracíclicas entre el sistema jurídico global y los ordenamientos jurídico nacionales, que nos conducirán en el siguiente apartado a definir las normas jurídicas híbridas globales y sus características, así como a explicitar algunos de los ejemplos que de ellas encontramos en las Guías o Códigos de Conducta Privados y Gubernamentales, en las Reglas de Monitoreo Contractual global que ocurre mediante la publicación Doing Business elaborada por el Banco Mundial, así como en las Reglas que establecen la Agenda: Declaraciones de compromiso entre Estados-nación (autoobligaciones) y en las mejores prácticas internacionales como reglas de competitividad.

En el penúltimo apartado del tercer capítulo se expondrán casos de soft law y normas híbridas en el ordenamiento jurídico mexicano, como son el Pacto por México, las Reglas producto de la actividad contractual Público Privada en lineamiento de asociaciones y alianzas estratégicas entre el sector público y privado y los servicios en la nube. Así como las Reglas de Competitividad que representan las Mejores Prácticas en el sector energético, las reglas de internet y de los nombres de Dominio en México.

Asimismo, se expondrá la inclusión del constructo social de *resiliencia*, en la Constitución de la Ciudad de México como un Principio que regirá las normas duras que integran la citada Constitución, a manera de ejemplificar otro caso de norma híbrida. Pues la resiliencia, además de ser un concepto concebido en instrumentos de soft law y dentro del seno de una organización reguladora privada internacional no lucrativa -auspiciada a su vez por otra de su misma clase como lo es Fundación Rockefeller-, es un constructo que se integra en normas híbridas globales y se aterriza como se expondrá en las páginas siguientes a normas duras mexicanas.

Seguidamente en el último rubro de este capítulo, abordaremos la eficacia del sistema propuesto, la cual se materializa en la legalidad hard o dura que el Dr. Héctor Fix-Fierro observa que ocurre en la actividad diaria que realizan los Tribunales de los Estados-nación; órganos jurisdiccionales que al momento de resolver las colisiones surgidas entre las normas jurídicas híbridas de nuestro actual tiempo y las normas estatales, les reconocen la validez y juridificación necesaria para su cumplimiento y eficacia dentro del ordenamiento jurídico nacional. Por ello, se analizará el papel de los tribunales en los Estados Unidos de América y en México.

Es el caso de los Tribunales norteamericanos, quienes ejerciendo esa legalidad hard o dura de la nos habla el Dr. Fix Fierro, han validado la existencia de su Estado de Derecho, ante la catástrofe inminente que ha representado la llega de Donald Trump, al pináculo del Poder Ejecutivo de la nación más poderosa del mundo y una de las más activas en la producción de normas híbridas y globales, que hoy por hoy enfrenta una violación expresa y flagrante a los Derechos Humanos consagrados en su Constitución; derechos universales que han caracterizado a su ordenamiento jurídico nacional como uno Cosmopolita y le han otorgado el sobrenombre de la nación de las libertades.

Esta catástrofe política, juridificada a través de la firma y emisión de los actos legales que representan las diversas Órdenes Ejecutivas que ha firmado el titular de su Ejecutivo -violatorias de la libertad a la no discriminación, la libre circulación de personas y la destrucción de la frágil protección al medio ambiente-, vislumbraría una destrucción lenta al *crecimiento desorbitante de multiplicidades de normas internacionales y globales*²⁹ *cosmopolitas*, cuyo cumplimiento observan el mayor número de naciones en el mundo, muchas de ellas forzadas por la entonces potencia americana, ungida con la autoridad moral y jurídica para ello, que deriva

²⁹ Cfr., Poiaras Maduro, Miguel, "Courts and Pluralism: Essay on a Theory of Judicial Adjudication in the context of Legal and Constitutional Pluralism", en Dunoff, Jeffrey and Trachtman, Joel P., (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, New York, Cambridge University Press, 2009, p. 357.

muchas veces de la autoridad delegada y reconocida a su favor en tratados internacionales -basta recordar el número de asientos y las facultades de decisión que tiene dentro de las organizaciones y organismos transnacionales gubernamentales- y otras de su propia auto justificación.

Sin embargo, y contrario a lo esperado, los Tribunales y Cortes estadounidenses han sabido ser un muro de contención de los efectos destructivos del actuar presidencial, al resolver como violatoria de la Primera y Quinta Enmiendas constitucionales y del interés público que representa la libre circulación de las personas para viajar sin discriminación alguna para hacerlo dentro del territorio estadounidense, la Orden Ejecutiva 13769 -prohibía por 90 días la entrada al territorio de los Estados Unidos a nacionales de Irak, Irán, Libia, Somalia, Sudán, Siria y Yemen, la suspensión por 120 días del Programa de admisión de refugiados, que priorizaba únicamente a personas de religión cristiana y la suspensión indefinida de la entrada de todos los refugiados nacionales de Siria-, en razón del daño irreparable que causaría la vigencia de dicha orden a la realización de la misión de compromiso global de lograr las metas educativas por las que existían las Universidades de Washington y Minnesota -cuyos claustros académicos y de investigación, así como los integrantes de su comunidad estudiantil, se integran de personas nacionales de estos 7 países restringidos- que recurrieron dicha Orden, representando el citado interés público protegido.

De ese modo, las Cortes americanas han sabido legitimar el Derecho concebido en su naturaleza de acción o comunicación social, a través de esta decisión judicial. Pues a pesar de que dicha decisión sea recurrida en un futuro, ha dejado consecuencias para los disputantes actuales en el futuro, creando el Derecho que validarán en su sentencia final.

Ya que como Cippitani ha afirmado, los tribunales de las organizaciones regionales iberoamericanas han convergido en la elaboración de conceptos jurídicos, tratando de responder a la interrogante de cuál será el impacto de estos

conceptos en el Derecho de la región³⁰, el Tribunal de Apelaciones del 9º Circuito ha imitado a cabalidad el actuar de las cortes regionales iberoamericanas, al mostrar en su resolutive final, destellos del Cosmopolitismo vigente en la Sociedad Mundial moderna.

Sociedad de la cual ese país americano forma parte y cuya evolución hacia un mayor bienestar, auspiciado en mucho por las normas híbridas globales que hoy día buscan homogenizar en todo el orbe un mayor respeto a la Dignidad humana, es un proceso que nada ni nadie detiene, como se pretende comprobar.

Este hecho, sin embargo nos confirma una vez más, la formación que está en proceso de un sistema jurídico híbrido global y nacional en cada ordenamiento jurídico nacional, que a través de sus Tribunales nacionales, busca ante la existencia de multiversos de identidades hibridizadas -mezcladas o mestizadas- de la raza humana, representados como un círculo expansivo e incluyente en cuyo centro el individuo, quien es la unidad fundamental de su interés, acelerar los pasos que conduzcan a la culminación del proceso de Cosmopolitización que inició la humanidad a partir de 1948, a la firma de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Un proceso social caracterizado por la apertura de un horizonte en el que la formulación de preguntas existenciales sobre qué hacer para vivir en un mundo bueno, al que se aspira y que conduzca a la civilización actual lejos del riesgo latente de su autodestrucción -como lo es la Orden Ejecutiva 13769.

Por lo tanto, al haber resuelto en ese sentido el Tribunal en comento, se buscó reforzar el establecimiento de normas y valores mínimos universales y multiculturales, que operan desde su universo y contexto social-local hasta el multiverso global reinante en la sociedad actual, cuyos efectos no sólo alcanzaron a los seres humanos que habitan dentro de sus territorios, sino a aquellos que siendo nacionales de terceros países son vistos como personas, cuya presencia en

³⁰ Cippitani, Roberto, "Interpretación de las Cortes regionales", en Álvarez Ledesma, Mario I., y Cippitani, Roberto (Coords), en *Diccionario Analítico de Derechos Humanos e Integración Jurídica*, Italia, ISEG, 2013, p. 314.

ese espacio territorial, es vital para el alcance de las metas que esa nación se ha fijado en un mundo cosmopolita como el actual a través de la misión global que sus Universidades se han fijado alcanzar en cumplimiento a las libertades que consagra su Constitución.

Ahora bien, por lo que se refiere al proceso de juridificación que han realizado los órganos jurisdiccionales mexicanos de normas blandas o soft law, destaca el reconocimiento y obligatoriedad por parte de los tribunales sobre normas sociales emitidas por entes privados o supranacionales, como son las mejores prácticas internacionales y las Reglas de Beijing, entre otros.

Finalmente, en el último apartado de la tesis abordaremos las conclusiones de este trabajo de investigación que buscan ante todo estimular el interés del lector no sólo en este fenómeno jurídico, sino que pretende despertar la curiosidad del mismo, para que continúe e incluso profundice en el estudio y análisis de otros ejemplos de normas híbridas globales, que este pequeño esbozo que intenta ser científico y que no vislumbró.

CAPÍTULO PRIMERO

LA SOCIEDAD MUNDIAL, MODERNA, MULTIDIMENSIONAL, RED DEL SIGLO XXI Y SUS INNOVACIONES ESTRUCTURALES Y EVENTOS ACCIDENTALES

SUMARIO: I. La Sociedad Mundial: Sistémica, Moderna, Multidimensional, Horizontal y Red. 1. La sociedad, un sistema social de comunicación. 2. Origen, evolución y definición de la Sociedad Mundial. 3. La Sociedad Mundial: Moderna. 4. La multidimensionalidad de la Modernidad o las múltiples modernidades en la Sociedad Mundial. 5. De una Aldea local “Estado-nación” a la Aldea global “Sociedad Horizontal y Red” en un nuevo espacio de flujos. II. Las Innovaciones Estructurales de la Sociedad Mundial Moderna: origen del nuevo Estado Red-Administrador. 1. La diferenciación funcional en la división del trabajo. 2. El origen de las organizaciones modernas-formales a partir de la participación ciudadana o Actorhood del siglo XX. 2.1. Características y Clasificación de la Organización Moderna-Formal en la sociedad mundial-red. A. Organismos Internacionales originados en la firma de un tratado o convenio internacional (OIt’s). B. Organismos Internacionales con base en un marco de Cooperación (Olc’s). C. Organizaciones Reguladoras originadas en Redes transgubernamentales informales basadas en un Acuerdo Ejecutivo (ORedii’s). D. Organizaciones Reguladoras originadas en Mecanismos de Cooperación y Coordinación intergubernamentales, internacionales y nacionales (OCC’s). E. Organizaciones Reguladoras Privadas Internacionales Lucrativas (INGO’s). F. Organizaciones Reguladoras Privadas Internacionales No-Lucrativas (INNGO’s). G. Organizaciones Reguladoras Híbridas (OH). 3. El Estado-nación. 4. La Gobernanza o New Public Management. 5. El contrato. III. Los Eventos Accidentales de la Sociedad Mundial Moderna Multidimensional en torno al nuevo Estado Administrador-Red. 1. La difusión global de los patrones institucionales. 2. La interrelación mundial. 3. La descentralización en función de los sistemas. 4. La globalización como proceso cultural 5. Los avances tecnológicos de información y comunicación.

I. LA SOCIEDAD MUNDIAL: SISTÉMICA, MODERNA, MULTIDIMENSIONAL, HORIZONTAL Y RED

1. La sociedad, un sistema social de comunicación

Para entender el origen de los actuales fenómenos de interacción normativa legal y no legal, en este apartado comenzaremos por abordar a la sociedad, vista como un sistema social, bajo la Teoría de Sistemas. Una sociedad a la que atribuimos las características de ser por ende sistémica, además de moderna, multidimensional, horizontal y red. Atributos que, pretendemos demostrar le corresponden a nuestra sociedad actual, en los siguientes párrafos.

En ese sentido, bien vale que comencemos observando a nuestra sociedad actual conforme a la Teoría Social, es decir, circunscrita a *tendencias de alcance*,

*impacto o conexión mundial de los fenómenos sociales, a una conciencia mundial entre los diversos actores que conforman la pluralidad de todos los procesos sociales, es decir a la globalización*³¹. Hecho por el cual, nuestra sociedad ha sido objeto de investigaciones diversas que han fijado su observación en la incidencia de tales procesos sociales más allá de las fronteras nacionales.

Teorías, como las desarrolladas por *Immanuel Wallerstein, Niklas Luhmann, Lawrence Friedman, y John Meyer*, abordan a la sociedad como un sistema mundial horizontal. Otras más, la conciben como un sistema autopoiético policéntrico moderno –*Anthony Giddens, Niklas Luhmann, Günther Teubner, Galf-Peter Callies y Rudolf Stichtweh*–, e incluso Manuel Castells la define como la nueva sociedad red o de la información.

Pero, aunque diversas en sus conclusiones, estas teorías convergen en un punto: todas hacen de los conceptos de *sistema y comunicación* sus elementos centrales, los cuales son el punto de partida del presente análisis.

La razón por la cual en esta investigación consideramos a la sociedad un sistema, reside en el hecho de que como *conjunto complejo de partes coordinadas y en interacción para alcanzar determinados objetivos*³², es el constructo sociológico más idóneo para intentar demostrar la existencia de un sistema jurídico híbrido global y nacional –integrado por *normas o comunicaciones legales y por normas o comunicaciones no-legales o soft law*–, en constante interacción y evolución. Pues como el propio Luhmann afirma, la sociedad es un sistema mundial, concebido

³¹ Therborn, Göran, define a la globalización como “*tendencies to a world-wide reach, impact, or connectedness of social phenomena or to a world-encompassing awareness among social actors... Globalization can cover an infinite number of the aspects of social life. It can vary in degree of extension, from multi-continental only to planetary... The concept refers to a plurality of social processes, and the word has therefore better be used in plural: globalizations. Cfr., Therborn, Göran, “Globalizations: Dimensions, Historical Waves, Regional Effects, Normative Governance” , International Sociology, England, 2000, vol. 15, núm. 2, p. 154.*

³² Definición atribuida a constructo sistema, y que está relacionada al trabajo de Ludwig von Bertalanffy, biólogo alemán que desarrollo la Teoría de Sistemas Abiertos en 1925. Cfr., Bertoglio, Oscar Johansen, *Introducción a la Teoría General de Sistemas*, México, Editorial Limusa, 1987, p. 54.

como una *unidad reconstruida de las partes del todo*³³, es decir, integrada por *todas las comunicaciones posibles que tiene la humanidad*³⁴.

En este sentido, siguiendo a Kenneth E. Boulding quien en su artículo *General Systems Theory: The skeleton of Science*³⁵ estableció que todos los sistemas tenían una clasificación de acuerdo a su propia complejidad –medida dentro de una escala que va del uno al nueve, y dentro de la cual, el sitio uno corresponde al nivel más simple y el nueve al de mayor complejidad–, coincidimos con él, al calificar a la sociedad actual, como *organización social*, misma que ocupa el octavo nivel de su clasificación.

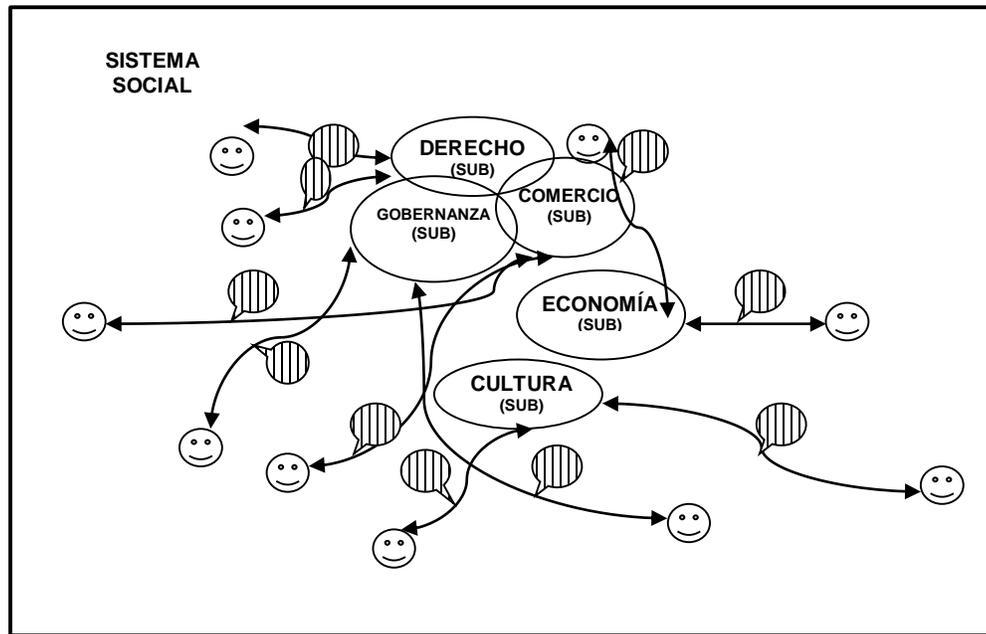
En otras palabras, nuestra sociedad como organización social que es, debe concebirse como ese sistema o unidad que se fragmenta en *subsistemas funcionales* como el Derecho, la Economía, la Cultura, el Comercio, la Gobernanza, la Política. Los cuales, producen mediante sus códigos binarios especializados – conforme a Derecho/no conforme a Derecho, económico/no económico–, las comunicaciones que integran a la sociedad. [CUADRO 1].

³³ Cfr., Luhmann, Niklas, “Globalization or World Society: How to conceive of Modern Society?”, *Revue Internationale de Sociologie*, vol. 7, núm. 1, March 2005, p. 68.

³⁴ Luhmann, Niklas, *op. cit.*, nota 14, p. 40.

³⁵ El economista Kenneth E. Boulding, revolucionó con este artículo el pensamiento científico crítico de 1956, al aportar la clasificación de los sistemas de acuerdo a la jerarquía de la complejidad de los “individuos de los diversos campos empíricos del conocimiento”, con base en la Teoría General de Sistemas. Según Boulding, la sociedad como organización social ocupa el octavo nivel “... (vii) ... the... level, that of **social organizations**... So essential is the symbolic image in human behavior that one suspects that a truly isolated man would not be "human" in the usually accepted sense, though he would be potentially human. Nevertheless **it is convenient for some purposes to distinguish the individual human as a system from the social systems which surround him, and in this sense social organizations may be said to constitute another level of organization. The unit of such systems is not perhaps the person - the individual human as such - but the "role" - that part of the person which is concerned with the organization or situation in question, and it is tempting to define social organizations, or almost any social system, as a set of roles tied together with channels of communication. The interrelations of the role and the person however can never be completely neglected - a square person in a round role may become a little rounder, but he also makes the role squarer, and the perception of a role is affected by the personalities of those who have occupied it in the past. At this level we must concern ourselves with the content and meaning of messages, the nature and dimensions of value systems, the transcription of images into a historical record, the subtle symbolizations of art, music, and poetry, and the complex gamut of human emotion. The empirical universe here is human life and society in all its complexity and richness**”. Disponible en http://emergentpublications.com/eco/ECO_other/Issue_6_1-2_18_CP.pdf?AspxAutoDetectCookieSupport=1.

CUADRO 1
INTERACCIONES DEL SISTEMA SOCIAL "SOCIEDAD"



 : Enlace o conexión secuencial y constante

Pues, la acción comunicativa del hombre, denominada *comunicación* es una *operación social provista de la capacidad de autoobservarse...*³⁶, a través de la cual, *se comparten significados mediante el intercambio de información*³⁷, y con ello, se producen *operaciones comunicativas* constantes que originan a la sociedad.

La comunicación como elemento esencial de la sociedad, es el producto final que se produce por la interacción constante entre los seres humanos (subsistemas psíquicos³⁸) y los subsistemas sociales (Derecho, Comercio, Gobernanza, Cultura, etc.).

³⁶ Para ello, habrá que partir del hecho de que cuando se observa, se efectúa una diferencia, pues al momento en que se observa "un objeto o sujeto" se usa la diferencia para designar un lado que es el que se expresa o comunica y no el otro de aquello que se observa. *Cfr.*, Luhmann, Niklas, *Introducción a la Teoría de Sistemas*, México, Universidad Iberoamericana, 2007, p.17

³⁷ Castells, Manuel, *Comunicación y Poder*, Barcelona, Alianza Editorial, 2010, p. 87

³⁸ Luhmann, define a estos subsistemas psíquicos como el entorno del sistema, acotando que el entorno es "... la diferencia funcional, producto de la diferenciación hecha de la comunicación entre el sistema y el entorno." Luhmann, *op. cit.*, nota 14, pp. 78 y ss.

Pero ¿por qué afirmamos que la comunicación construye a la sociedad?, en primer lugar, porque *el acto de comunicación selecciona la información, a fin de elegir qué es lo que se va a comunicar (acto de comunicar); hecha la selección mediante el acto de entendimiento o no entendimiento, se acepta o rechaza la comunicación*³⁹.

Esto es, la comunicación nace del enlace o conexión secuencial e ininterrumpido⁴⁰ –denominado por Luhmann *operación*–, entre los actos de comunicación, por medio de los cuales los seres humanos expresan sus roles⁴¹ diversos (*diferenciación funcional*) a los subsistemas sociales y que califican a nuestra actual sociedad como una sociedad funcionalmente diferenciada.

La diferenciación funcional atribuida a nuestra sociedad, alude al hecho de que nuestra sociedad se diferencia de las anteriores sociedades –segmentada⁴², de

³⁹ Luhmann, *op. cit.*, nota 36, p. 306

⁴⁰ Stichweh, Rudolf, *Luhmann Niklas (1927-1998)* disponible en <http://www.unilu.ch/files/37stwnliesbs.pdf>

⁴¹ Los roles de los seres humanos, en propias palabras de Castells "...se refieren al hecho de ser trabajadora, madre, vecina, militante socialista, sindicalista, feligresa y fumadora al mismo tiempo, se definen por normas estructuradas por las instituciones y organizaciones de la sociedad. Su peso relativo para influir en la conducta de la gente depende de las negociaciones y acuerdos entre los individuos y esas instituciones y organizaciones... En términos sencillos... los roles organizan las funciones". Castells, Manuel, *La era de la información: Economía, sociedad y cultura*, Vol. II: El poder de la Identidad, México, Siglo XXI Editores, 1999, pp. 28-29.

⁴² La segmentación diferenció a la sociedad en subsistemas iguales; es decir refiriéndose a principios de formación sistémica autoselectiva. Ejemplo de ello lo son las sociedades arcaicas, basadas en los principios relativos al "origen étnico" o a la "residencia", o a una combinación de ambos. En esta sociedad segmentaria la "desigualdad" es decisiva para la diferenciación evolutiva de las sociedades, al no tener una función sistemática. *Cfr.*, Rodríguez, Darío, "La Teoría de la Sociedad invitación a la sociología de Niklas Luhmann", *Revista Metapolítica*, vol. 5, núm. 20, Octubre-Diciembre 2001, pp. 46-47.

diferenciación centro-periferia⁴³, estratificada⁴⁴— por las funciones diferentes que realiza cada ser humano como integrante de su entorno de acuerdo a sus roles. Esto significa que la sociedad es un *sistema social* en el que los Estados-nación interactúan entre ellos como subsistemas y entre subsistemas denominados **organismos supranacionales públicos** —Organización de las Naciones Unidas, Organización Mundial del Comercio, OCDE, Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional, Comité de Basilea II, Unión Europea—, organismos **supranacionales privados** —ISO 9000, FSC, ICANN, Star-K Kosher Certification, KMD Kosher, KA-Kosher, Standard & Poor’s, FIFA, Comité Olímpico Internacional—, **organizaciones no gubernamentales** —Greenpeace, Amnistía Internacional, Médicos sin fronteras, Iglesia—, a través de la comunicación constante y secuencial —elemento esencial de la sociedad—, que resulta y que a su vez, crea una *política mundial*, y que por tanto, hace procedente que califiquemos a este sistema social como una *sociedad sistémica*.

Esta política mundial es la que da origen operacionalmente hablando a nuestra *sociedad mundial*, debilitando las identidades históricas, las diferencias

⁴³ En esta sociedad, se utiliza la desigualdad. Se crea por un lado, “un centro por la ciudad, la fortaleza o el templo y por el otro, la periferia en la que reina el criterio de la igualdad. Esta clase de diferenciación se halla en algunas sociedades segmentarias que desempeñan un rol dominante en el comercio. Sin embargo, no se cuestiona la diferenciación de esas sociedades hasta que la posición dominante del centro es usada para construir en él otras formas de diferenciación, para originar diferenciaciones de roles más específicas. El centro es más dependiente que la periferia de la diferenciación, pero la periferia mantiene la diferenciación segmentaria de las familias. Pero también, la periferia podría experimentar nuevas diferenciaciones según el contacto que tenga con el centro: una periferia cercana, con estrecho contacto con el centro puede encontrar oportunidades de diferenciación. Por lo cual, en estas sociedades puede haber múltiples centros, de los que uno es hegemónico. Es decir, la nobleza va particularizando unas pocas familias, en tanto en la periferia se mantiene vigente un principio de similitud segmentaria”. Luhmann, *op. cit.*, nota 14, pp. 43-44

⁴⁴La diferenciación basada en el principio de estratificación, parte de las diferencias de riqueza aceptadas socialmente. Esto es, una sociedad estratificada es aquella representada como un orden de clases, en la que existe una centralización política relacionada con la necesidad de gobernar del estrato superior, el cual a pesar de ser muy pequeño debe ser capaz de controlar y dirigir al resto de la sociedad mediante el sistema político centralizado. De conformidad con Luhmann la estratificación es el producto de la diferenciación y clausura del estrato superior, es decir, el hecho de que el estrato superior sea menor y poderoso en comparación con el estrato inferior —que destina su energía a su supervivencia—, origina la *diferenciación*, y al mismo tiempo al mantenerse cerrado hacia no miembros del estrato superior lo *clausura al interior u operacionalmente*.

La rebelión surgida en la sociedad estratificada, debido al empeoramiento de las condiciones de vida propias del estrato que se rebela, condujo a la sociedad hacia su diferenciación funcional. Cfr., Rodríguez, *op. cit.*, nota 42, pp. 46-47.

culturales⁴⁵ y la tradición nacional de cada Estado-nación, a través de la nueva gobernanza global o gobierno global, que algunos académicos han llamado innovación estructural. Asimismo, el referido debilitamiento va empujando a la transformación de la figura estatal en un Estado administrador-red, fomentado por la interacción constante de las comunicaciones de todos los subsistemas en tiempo real y virtual.

2. Origen, evolución y definición de la Sociedad Mundial

Nuestra sociedad es tan antigua como la presencia del hombre en la tierra. A fin de comprender su actual estado, es vital abordarla desde su origen en los párrafos siguientes.

El surgimiento de la sociedad mundial se originó en un proceso que comenzó alrededor de hace 150,000 años, con la aparición del llamado Homo Sapiens,⁴⁶ primer antecedente que se tiene del hombre actual como ser social (comunicativo) y económico, que fundó las primitivas poblaciones humanas e inició las migraciones a territorios aún no habitados.

La migración del hombre por razones relacionadas con el abastecimiento de comida y agua, provocó su diseminación geográfica en el mundo y con ello produjo una enorme diversificación cultural entre las diferentes regiones. De tal modo que, cada una de estas poblaciones conformó territorial y estructuralmente un sistema social heterogéneo que mantenía comunicaciones esporádicas –relaciones comerciales, religiosas, militares, etc.,– con sus similares en otras latitudes del orbe, sin que dichas comunicaciones tuvieran un impacto decisivo en la cultura⁴⁷ o estructura de cada una de las sociedades involucradas.

⁴⁵ Cfr., Stichweh, Rudolf, *Science in the System of World Society* disponible en <http://www.unilu.ch/files/43stwscienceworldsoc.pdf>

⁴⁶ Cfr., Stichweh, Rudolf, *Evolutionary Theory and the Theory of World Society* disponible en <http://www.unilu.ch/files/evolutionary-theory-and-world-society.pdf>

⁴⁷ Aspecto social consistente de valores, actitudes y conductas aprendidas, así como de formas institucionalizadas de respuesta individual, que al lograr su estabilización construye las estructuras

Al paso del tiempo, y a raíz del descubrimiento de nuevos territorios durante los siglos XV y XVI⁴⁸, se incrementó aún más la actividad comercial entre estas sociedades heterogéneas.

Hecho que generó cambios culturales-estructurales en las sociedades en contacto. Sin embargo, estos cambios ya no eran atribuidos solamente a las diferencias accidentales de los recursos naturales o a la producción local de cada sistema social, sino a la división del trabajo tan marcada entre ellos.

Fue en ese momento histórico, cuando la sociedad euro-atlántica colonizadora, se percató del control que tenía sobre los recursos económicos, de la disponibilidad que ostentaba de técnicas (marítimas, de navegación y militares) o tecnologías necesarias para su expansión, así como de los valores culturales que poseía.

Con ello, tomó plena consciencia de que debía diferenciarse del resto de los sistemas sociales existentes en esa época. Por esta razón, se transformó en un sistema social imperial, que mediante el colonialismo impuesto a las sociedades conquistadas, absorbió a estas sociedades dentro de su sistema societal, diferenciándolas al mismo tiempo en razón de las funciones que les impuso como proveedoras de materias primas, minerales y alimentos⁴⁹.

Este momento de concientización europea, marcó el nacimiento de la sociedad mundial moderna.

sociales del sistema. *Cfr.*, Gessner, Volkmar, "Global Legal Interactions and Legal Cultures", *Ratio Juris*, vol. 7, núm. 2, July 1994, p.132

⁴⁸ Según Immanuel Wallerstein, el sistema mundial moderno comienza en el siglo XVI. *Cfr.*, Stichweh, Rudolf, *On the Genesis of World Society: Innovations and Mechanisms*, disponible en <http://www.unilu.ch/files/26stwworldsoc.pdf>

⁴⁹ La sociedad euro-atlántica del siglo XVI no fue la primera en absorber a los sistemas económicos, culturales y sociales dominados al suyo. Pues por cuanto hace al sistema del Derecho, existe evidencia suficiente sobre el hecho de que desde las civilizaciones más antiguas —como el imperio romano, el otomano, el egipcio, el español, el británico, el chino y el estadounidense, por citar algunos—, el hombre ha utilizado a manera de préstamos algunos principios, instituciones y estructuras de un país a otro. Los cuales transmitió y asimiló por medio de la figura de los trasplantes legales. Los trasplantes legales no sólo eran impuestos por la cultura dominante a la dominada. Por el contrario, algunas veces la cultura dominante de la época observaba los beneficios que ciertas normas originadas en los territorios conquistados producían al sistema legal dominado y decidía importar tales figuras o conceptos legales que desde su visión generarían frutos al sistema jurídico dominante. Ejemplo de ello lo encontramos en el "Derecho Romano en su calidad de conquistador, tomo prestados varios conceptos y figuras legales del Derecho Griego, el cual a su vez, las importó del Derecho Egipcio y así sucesivamente". H.R. Hahlo, E., Kahn, *The South African Legal System and its Background*, Johannesburg, Juta & Co., 1973, pp.465-470

Una sociedad que se calificó como *mundial* por su *racionalización es decir, por haber fincando el diseño de la vida diaria de los individuos, dentro de reglas impersonales estandarizadas que a su vez, dieron vida a estructuras organizacionales formales*⁵⁰ -*sistemas de actividades coordinadas y controladas, surgidos en el momento en el que la división del trabajo se incrustó en relaciones complejas de redes técnicas y abarcó intercambios fronterizos*⁵¹- *mediante las cuales se perfiló a sí misma como el medio idóneo del propósito colectivo. Un fin colectivo, que hoy se traduce en alcanzar el progreso y la justicia mundiales*⁵².

Es decir, nuestra sociedad se denomina como *mundial*, por constituir un sistema social circundado e incluyente de estructuras organizacionales formales, de interacciones, originado, unificado y enlazado al actor social moderno: los individuos, las organizaciones y los Estados-nación.

Un actor social encarnado en la figura y las ideas del hombre, como especie única sobre la tierra, que cambia irreversiblemente las condiciones de vida de la mayoría de las otras especies, reduciendo en ocasiones su diversidad.

3. La Sociedad Mundial: Moderna

Existen varios calificativos atribuidos a la sociedad mundial de finales del siglo pasado y principios de este, como son *Posmoderna*, *Hipermoderna* e incluso *Altermoderna*.

Lyotard⁵³ a fines de los años setenta calificó a la sociedad como *Posmoderna*, definiéndola como un momento histórico cultural, en el que todas las trabas institucionales que obstaculizaban la emancipación individual se resquebrajaban y desaparecían.

⁵⁰ Cfr., Meyer, John W., et al., "World Society and the Proliferation of Formal Organization", en Drori, Gili, Meyer, John W., and Hwang, Hokyu (eds.), *Globalization and Organization*, New York, Oxford University Press, 2006, p.25

⁵¹ Krücken, Georg and Drori, Gili S., (eds.), *World Society: The writings of John W. Meyer*, New York, Oxford University Press, 2010, p. 89.

⁵² *Ibidem*, p. 76

⁵³ Cfr., Trueti Anderson, Walter, *The Truth about the Truth: De-confusing and Re-constructing the Postmodern World*, A New Consciousness Reader, United States of America, Penguin Putnam Inc., 1995, pp. 18-30.

La época en la que además, las grandes estructuras socializadoras perdían su autoridad, el campo social era la prolongación de la esfera privada y, permeaba una ausencia total en un método estándar para la medición y comparación del conocimiento dentro de los diferentes idiomas y paradigmas. Pues el conocimiento se convirtió en la habilidad para realizar acciones efectivas.

Por su parte, Gilles Lipovetsky, identifica a nuestra sociedad de finales del siglo XX como un sistema social inmerso en “*tiempos hipermodernos*”. Es decir, como una *sociedad hipermoderna o época culmen de “la modernidad en el liberalismo universal, la explotación de la razón instrumental, la individualización vertiginosa y el exceso en el consumo”*⁵⁴.

Asimismo, filósofos como Antonio Negri y Michael Hardt, por su parte han denominado a la actual época que experimenta nuestra sociedad como “*altermodernidad*”. Un momento en que reina “*un antagonismo productivo que está constantemente en el proceso de constitución de una riqueza común cooperativa y comunicativa*”⁵⁵.

A su vez, Anthony Giddens, al observar los orígenes y consecuencias de la Modernidad actual, la llama *alta modernidad o modernidad radicalizada*, y concibe a la Modernidad como:

... aquellos *modos complejos institucionales de vida u organización social que surgieron en Europa alrededor del siglo XVII en adelante y cuya influencia... los han convertido en más o menos mundiales*⁵⁶.

No obstante, en el mes de abril del año 2009 durante la celebración de la cuarta Trienal realizada en la Galería de Arte Moderno Tate de Londres, el subsistema social del Arte, consciente del peso e importancia de su papel en la cultura mundial

⁵⁴ Lipovetsky, Gilles, *Los Tiempos Hipermodernos*, Barcelona, Anagrama, 2004, pp.23-54.

⁵⁵ Meyers, Jeffrey B., *Reading Hardt and Negri's Commonwealth for a theory of 'three modernities': hyper, post and alter*, The Critical Legal Conference, Utrecht, Septiembre 2010. El calificativo de altermodernidad fue introducido en el ámbito de las Ciencias Sociales por Michael Hardt y Antonio Negri, en su trilogía de libros titulados Imperio, La Multitud y la Guerra y Bien Común, a partir del año 2000.

⁵⁶ Modos institucionales, que la mayoría de los autores identifican con la figura del Estado-nación y la producción capitalista sistemática. Cfr., Giddens, Anthony, *Consecuencias de la Modernidad*, Londres, Alianza Editorial, 1993, pp. 15 – 162.

y en voz del crítico de arte francés Nicolas Bourriaud, se refirió a la época actual como “*altermodernidad global*”.

A new modernity is emerging, reconfigured to an age of globalisation – understood in its economic, political and cultural aspects: an altermodern culture.

Increased communication, travel and migration are affecting the way we live

Our daily lives consist of journeys in a chaotic and teeming universe

Multiculturalism and identity is being overtaken by creolisation: Artists are now starting from a globalised state of culture

This **new universalism** is based on translations, subtitling and generalised dubbing

Today’s art explores the bonds that text and image, time and space, weave between themselves

Artists are responding to a new globalised perception. They traverse a cultural landscape saturated with signs and create new pathways between multiple formats of expression and communication.

The Tate Triennial 2009 at Tate Britain presents a collective discussion around this premise that postmodernism is coming to an end, and we are experiencing the emergence of a global altermodernity...⁵⁷

⁵⁷ Cfr., *Altermodern Manifiesto*, “...Many signs suggest that the historical period defined by postmodernism is coming to an end: multiculturalism and the discourse of identity is being overtaken by a planetary movement of **creolisation**; cultural relativism and deconstruction, substituted for modernist universalism, give us no weapons against the twofold threat of uniformity and mass culture and traditionalist, far-right, withdrawal. The times seem propitious for the recomposition of a modernity in the present, reconfigured according to the specific context within which we live – crucially in the age of globalisation – understood in its economic, political and cultural aspects: an altermodernity. If twentieth-century modernism was above all a western cultural phenomenon, altermodernity arises out of planetary negotiations, discussions between agents from different cultures. Stripped of a centre, it can only be polyglot. Altermodernity is characterised by translation, unlike the modernism of the twentieth century which spoke the abstract language of the colonial west, and postmodernism, which encloses artistic phenomena in origins and identities. We are entering the era of universal subtitling, of generalised dubbing. Today’s art explores the bonds that text and image weave between themselves. Artists traverse a cultural landscape saturated with signs, creating new pathways between multiple formats of expression and communication. The artist becomes ‘homo viator’, the prototype of the contemporary traveller whose passage through signs and formats refers to a contemporary experience of mobility, travel and transpassing. This evolution can be seen in the way works are made: a new type of form is appearing, the journey-form, made of lines drawn both in space and time, materialising trajectories rather than destinations. The form of the work expresses a course, a wandering, rather than a fixed space-time. Altermodern art is thus read as a hypertext; artists translate and transcode information from one format to another, and wander in geography as well as in history. This gives rise to practices which might be referred to as ‘time-specific’, in response to the ‘site-specific’ work of the 1960s. Flight-lines, translation programmes and chains of heterogeneous elements articulate each other. Our universe becomes a territory all dimensions of which may be travelled both in time and space. The Tate Triennial 2009 presents itself as a collective discussion around this hypothesis of the end of postmodernism, and the emergence of a global altermodernity. *Nicolas Bourriaud*”, disponible en <http://www.tate.org.uk/whats-on/tate-britain/exhibition/altermodern/explain-altermodern/altermodern-explainedmanifesto>

Bourriaud acuñó dicho calificativo para referirse únicamente al proceso cultural reconfigurado por la era de la globalización, que traspasaba fronteras, tiempos y tradiciones.

Es decir, como un movimiento conectado a la *creolización*⁵⁸ o *hibridización* de diversas culturas y a la lucha por la autonomía de éstas, así como a la posibilidad de producir singularidades en un mundo cada vez más estandarizado de redes, enfatizándose su oposición a la estandarización y a la comercialización en masa.

Aunque diversas, las denominaciones anteriores atribuidas a nuestra sociedad, todas coinciden en dos hechos substanciales que caracterizan:

- La presencia de un resquebrajamiento de la autoridad y las estructuras a nivel transnacional, y
- El rápido crecimiento de un individualismo y de un exceso del consumo estandarizado por la *creolización* de las diversas culturas;

No obstante lo anterior, ninguna de ellas nos describe una nueva época o era, en la que la sociedad haya modificado el modo en que se diferencia de la anterior, como lo hizo la nuestra, con la sociedad medieval.

Ante la ausencia de un quebrantamiento con el sistema de división de trabajo, con la función del dinero, con los roles o funciones de los seres humanos y con las estructuras institucionales de gobierno y administración que dieron nacimiento a la sociedad Moderna, estos calificativos únicamente se limitan a ser meras descripciones, ricas en variantes y resultados de la Modernidad. De ahí que, algunos sociólogos y académicos hayan afirmado, que nuestro actual sistema social

⁵⁸ Utilizaremos algunas veces de manera indistinta los vocablos *creolización* e *hibridización* en esta investigación. Pero habremos de señalar al lector, que por *creolización*, entendemos a aquél *proceso de formación cultural tendiente hacia una normativización u homogeneidad... que no tiene periodo de finalización, pero sí de recambio*, que también podría entenderse como *la habituación de diferentes grupos a un paisaje compartido, en donde unos se articulan como dominantes y los otros como legalmente subordinados... es una fuerza actuante en toda la sociedad que induce a la gente a reproducir ciertos comportamientos que luego asume como propios y en los cuales cree*. Término así definido por el profesor de Literatura de Barbados, Edward Kamau Brathwaite. Cfr., Rodríguez, Ileana, "Hegemonía y Dominio: Subalternidad, un significado flotante", en Castro-Gómez, Santiago y Mendieta Eduardo (eds.), *Teorías sin disciplina (latinoamericanismo, poscolonialidad y globalización en debate)*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1998, disponible en <http://www.ensayistas.org/critica/teoria/castro/rodriguez.htm>

sigue siendo moderno o viviendo en la Modernidad. Niklas Luhmann fue uno de ellos.

Después de las observaciones que formuló Luhmann a la sociedad, concluyó que nuestra *sociedad se identifica como moderna para diferenciarse del pasado, y con ello contextualizarse en una dimensión temporal*,⁵⁹ en el aquí y el ahora, que no es el pasado inmediato, ni el futuro próximo, definiéndola por tanto como:

“... un sistema mundial altamente complejo en que los diversos subsistemas se diferencian en procesos de auto catálisis, generando nuevas condiciones para sí mismos y para los demás subsistemas en su entorno interno a la sociedad.”⁶⁰

No obstante la definición que propuso, Luhmann fue más allá al observar como características esenciales de la Modernidad las siguientes:

1. La ausencia de una descripción unitaria del mundo y una razón vinculante para todo, ante el mundo y la sociedad. (*Pluralismo*)
2. La ausencia de conclusiones permanentes e inamovibles. (*Relativismo*)
3. La ausencia de un único centro u origen de la sociedad, a partir del cual sea descrita por sí misma y del cual se formen vínculos para realizar la comunicación: conocimiento, creencia, razón y observación. Por lo que lo múltiple toma el lugar de lo uno⁶¹. (*Policontextual*)
4. La fragmentación de la unidad del mundo, en una multitud de sistemas y discursos comunicativos, que convierten a la modernidad en multidimensional. (*Multidimensionalidad*)
5. Su descripción mediante la proyección de su futuro que exige más:
 - a. Democracia
 - b. Emancipación

⁵⁹ Luhmann, Niklas, *Observaciones de la Modernidad: Racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*, 1997, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, p.16

⁶⁰ Lumann, *op. cit.*, nota 14, p. 50. Asimismo Luhmann establece que la sociedad moderna “...is on one hand a functionally differentiated system that generates social classes as a uselessly by product of the selective operations of its function systems... and on the other hand is a boundary-drawing operation, that produces the difference between the system and its environment and thereby produces the possibility of observing the system, that is the distinction between the system and its environment.” *Cfr.*, Luhmann, *op. cit.*, nota 33, pp. 50-71

⁶¹ Luhmann, *op. cit.*, nota 59, pp. 41-49.

- c. Posibilidades de autorrealización y mejora técnica.
 - d. De lo prometido como futuro.⁶²
6. Se describe a través de sus consecuencias. Es decir, consideramos que para Luhmann, la sociedad Moderna es descrita a través de fenómenos que son las consecuencias inmediatas de las características que tiene la sociedad Moderna. Fenómenos que se refieren a la globalización, la flexibilidad del entorno, la virtualidad de la comunicación en tiempo real, la extrema pobreza, el cambio climático, el ecologismo, las redes heterárquicas, entre otros.
 7. La inexistencia o pérdida del concepto de Autoridad, ésta última entendida como la capacidad de representar el mundo en el mundo y convencer a otros a través de reglas. Ausencia, ante la cual la “*política de entendimientos*” tomó su lugar.

Es decir, en la Modernidad a través de una política de entendimientos, se negocian las situaciones provisionales, con una vigencia temporal, sin afirmar consensos, ni soluciones correctas a los problemas.

Los entendimientos no se pueden desacreditar ya que se fijan en puntos de referencia común, lo que les permite ser negociados una y otra vez.⁶³ (*Flexibilidad y Soft Law*)

8. La presencia permanente y constante del *riesgo*⁶⁴, pues la sociedad vive su futuro en la forma del riesgo, con el cual se toman las decisiones presentes. (*Riesgo*)
9. Las estructuras se modifican más rápido que antes, por su constante dinamismo.⁶⁵ (*Evolución*)

⁶² *Ibidem*, pp.42-125.

⁶³ *Ibidem*, p. 131.

⁶⁴ Para algunos académicos legales el riesgo define el límite entre la era moderna y el pasado, es decir “... risk has been described as the idea that defines the boundary between modern times and the past... we are faced with a situation of “risk” when circumstances may (or importantly, may not) turn out in a way that we do not wish for...” *Cfr.*, Steele, Jenny, *Risks and Legal Theory*, Oxford, Hart Publishing, 2004, pp. 3-4.

⁶⁵ Luhmann, *op. cit.*, nota 59, pp. 133-171.

A su vez, Lawrence Friedman, coincide con Luhmann, al denominar también a nuestra sociedad como moderna y concebirla:

“the growth and diffusion of a set of institutions rooted in the transformation of the economy by means of technology”, ... it has its technological side and its economic side; these... lead to political, cultural and psychological changes... All aspects of modernization move in tandem... And in one direction: toward ending the narrow isolation of traditional life... is a process of connections: a process of linking, the small, molecular units of human life into larger ones...”⁶⁶

Tal y como ha quedado explicitado a través de las características y las conceptualizaciones aportadas por Luhmann y Friedman sobre la Modernidad, es inmediato colegir que nuestra sociedad mundial debe seguir siendo diferenciada como Moderna, hasta nuestros días.

Porque si bien, la conciencia de vivir en un tiempo de presente continuo que circunda a todas las comunicaciones producidas dentro de la sociedad, nos permite observar las comunicaciones del Derecho en el momento en que nacen, también nos permite realizar esa observación, a través de la proyección que a futuro plantea de sus anhelos y de los efectos inmediatos de la globalización, de los avances tecnológicos y de comunicación virtuales, así como de la explosión de las redes heterárquicas por citar algunas.

De igual modo, nuestro análisis jurídico no debe olvidar el continuo relativismo, la evolución y el dinamismo imperante en una sociedad plural, que con diversos orígenes fragmenta su unicidad de sistema social, en múltiples normas.

Unas normas jurídicas flexibles, temporales, evolutivas, obligatorias (hard o duras), no obligatorias (soft o suaves), elaboradas en diversos centros normativos –nacional, internacional, supranacional o global, gubernamental y no gubernamental–. Siempre, buscando resolver situaciones futuras que incluyen un riesgo latente de surgir en el futuro proyectado; riesgo, que se busca evitar ocurra en el presente en el que se crean estas normas jurídicas.

Empresa difícil dentro de una sociedad que rinde culto a la competencia económica y democrática, a la técnica, a la ciencia, a la comunicación en tiempo real, al consumo y a los derechos de los individuos. Pero que al mismo tiempo,

⁶⁶ Friedman, Lawrence M., *The Horizontal Society*, New Heaven, Yale University Press, 1999, p. 8.

también homogeniza y diferencia su multidimensionalidad y policontextualidad en una sola sociedad mundial moderna.

4. La multidimensionalidad de la Modernidad o las múltiples modernidades en la Sociedad Mundial.

La Modernidad entonces, no es sólo un proyecto cultural, artístico o político que comenzó a partir del siglo XVII y ha finalizado. Es un proceso social, en el que a través de conexiones y redes, se han expandido y difundido algunas de las más importantes instituciones sociales originadas en la economía y la tecnología.

Este proceso social, también ha introducido cambios políticos, culturales y psicológicos desde las unidades moleculares del sistema social, es decir, desde el individuo social, generador del proceso de comunicación.

Sin embargo, tal y como afirma Luhmann, la connotación de Modernidad no se limita a la posibilidad de que únicamente exista una sola modernidad para todo el mundo. Por el contrario, en razón de que la sociedad moderna no tiene un solo origen o centro, sino que es policéntrica –no tiene un solo origen o centro, ni autoridad– y multidimensional.

Es decir, si consideramos que nuestra sociedad mundial, se compone de *naciones que a su vez, están integradas por diferentes grupos religiosos y étnicos, clubs, organizaciones gubernamentales y no gubernamentales*⁶⁷, organismos transnacionales e incluso internacionales, etc., que influenciados por sus tradiciones y orígenes históricos, han implementado sus propios programas culturales. Entonces estamos ante la presencia de una modernidad múltiple, policéntrica y diversa.

La posibilidad de esa multiplicidad o multidimensionalidad, es visible en la exaltación que hoy día cada región, nación o grupo social hace de su Modernidad como la única que debería prevalecer⁶⁸, tal y como ocurre en las sociedades musulmanas.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 9.

⁶⁸ Además del deseo de apropiarse de la nueva escena global internacional, celebrando su modernidad a modo, basada en sus tradiciones, intentando desasociar al Occidente de la modernidad, negándole el monopolio en su creación y desarrollo, rechazando además el programa

En palabras de Samuel N. Eisenstadt, la expresión de *modernidades múltiples o multidimensionalidad de la modernidad*, se originó en el surgimiento de diversos patrones ideológicos y patrones institucionales –calificados también por Rudolf Stichweh como *eigenstructures*⁶⁹–, que no eran la continuación de la modernidad occidental de la posguerra, la cual fue el punto de referencia global, en el que se basó la construcción y reconstrucción de lo social en la mayoría del orbe.

Por el contrario, estos patrones desarrollaron dinámicas y modos de interpretación diferentes del modelo occidental⁷⁰, debido al reconocimiento de la legitimidad de individuos e intereses variados en la *elaboración de interpretaciones múltiples sobre el bien común*⁷¹.

Así, el crecimiento y la apropiación de patrones institucionales como el Estado-nación y el sistema capitalista de producción por las sociedades no occidentales, innovaron y enriquecieron no sólo a esos patrones, sino también a la modernidad mundial, con *nuevos programas culturales y políticos, dando paso a la aparición de nuevas ideologías y patrones institucionales*.

Bajo la influencia de la globalización, los flujos financieros y comerciales, migraciones y el crimen organizado, se originaron movimientos sociales de protesta a veces benéficos –movimientos de mujeres, estudiantes y ecológicos de finales de los años sesenta y principios de los setenta, así como los étnicos de finales del siglo XX- y otros de corte fundamentalista.

cultural occidental como la única síntesis de la modernidad, *Cfr.*, Eisenstadt, Shmuel N., *Multiple modernities*, 2nd edition, New Jersey, Transaction Publisher, 2005 p. 22.

⁶⁹ Con este término traducido como “única estructura”, Stichweh pretende reconocer en los patrones estructurales su función de reproductor de la diversidad pre-existente y remitirla al pasado, con la finalidad de crear nuevos patrones sociales y culturales de dichos patrones estructurales. *Cfr.*, Stichweh, Rudolf, *Structure Formation in World Society, The Eigenstructures of World Society and the Regional Cultures of the World*, disponible en <http://www.unilu.ch/files/5stwworldsociety.eigenstructures.1.pdf>

⁷⁰ La modernidad occidental significó entre otras cosas la transformación radical de las concepciones y premisas del orden político, la constitución de una nueva arena política y de las características del proceso político central, la aparición de rebeliones o protestas que permitieron una nueva formación cultural y construcción de instituciones, como componente continuo del proceso político. Así como también representó la tendencia hacia la politización de las demandas de varios sectores de la sociedad y los conflictos entre ellos, destacándose por su capacidad para la autocorrección continua. Eisenstadt, *op. cit.*, nota 68, pp. 5-11.

⁷¹ *Ibidem*, pp. 2-4.

Estos movimientos sirvieron para consolidar las nuevas bases y marcos sociales en un mundo en el que son día a día más visibles las nuevas dispersiones tanto de flujos migratorios como de instituciones y normas jurídicas en las culturas musulmanas, chinas, indias, latinoamericanas y europeas.

En la actual reformulación del concepto de Modernidad, se ha estado construyendo una visión multidimensional de ella. En la que se incluyan a todos los actores de la sociedad mundial horizontal –redes, organizaciones sociales nuevas, gobiernos, asociaciones–, y en la que el individuo o actor materializado en esos novedosos actores, continuamente impulse la interacción incesante de movimientos y sociedades diferentes localmente, pero similares globalmente.

Por tanto, la gran virtud de la multidimensionalidad de la Modernidad estriba en su potencial para autocorregirse, reinterpretarse, innovarse y nutrirse de las variadas propuestas de soluciones elaboradas para los problemas que aquejan al mundo.

Problemas que están presente en cada Estado-nación, como las consecuencias directas del cambio climático, el acceso a la justicia, el respeto a los derechos humanos y a la justicia social, la responsabilidad social empresarial, el respeto a las minorías –mujeres, migrantes, homosexuales, indígenas, por citar algunos–, el desempleo, la depresión social y la pobreza, maximizados estos últimos por la crisis económica de 2008 y la crisis político-democrática y social de 2011.

Debido a esa multidimensionalidad, movimientos de rebelión política y protesta social como: *No más Sangre* –en México–, la *Primavera Árabe* –en Túnez, Egipto, Libia y Siria–, *los Indignados* –en España, después replicados en Grecia y Tel Aviv–, y *Occupy Wall Street* –en Nueva York, Estados Unidos– y protestas violentas en Londres, Reino Unido⁷², que han tenido origen en las calles de latitudes diversas, y han sido replicados en otras más, ocupando las plazas públicas de sus metrópolis, con el mismo propósito: establecer un nuevo conjunto de principios y

⁷² Cfr., Hardt, Michael and Negri Antonio, *Declaration*, Argo Navis Author Services, New York, 2012, pp. 1-9.

significados sobre la libertad y el *bien común*⁷³, se perfilan como la fuerza social que está empujando a la transformación de las formas jerárquicas políticas y jurídicas globales y nacionales.

La aparición de estos fenómenos de protesta social durante el año 2011, demostraron que los mecanismos horizontales de administración y organización social que los individuos o comunes utilizaron para el nacimiento y difusión de sus protestas –el uso de la mensajería de teléfonos celulares, la utilización de las redes sociales como facebook, twitter, así como otros mecanismos en la red de internet– incluyeron verdaderas prácticas de representación democrática.

Algunas de estas nuevas formas de organización heterárquica nacieron en el seno de Asambleas en las que se discutieron y consensuaron las decisiones. En las cuales, fueron instalados grupos de trabajo y comisiones sobre temas inherentes a las protestas. El funcionamiento y la autorregulación de cada Asamblea, estaban limitados a sus propias reglas y técnicas en la toma, discusión y expresión de sus decisiones. La figura de la Asamblea dentro de estos movimientos de rebelión, sirvió como una herramienta principal en la creación de un poder legislativo democrático entre miles y miles de participantes.

Incluso, la agitación de manos al aire o el simple marcado a través de un click al botón de “follow” en la red de Twitter o “like” en la de facebook, fueron utilizados como mecanismos de aprobación a la propuesta dada a conocer por las Asambleas

⁷³ Para Hardt y Negri, el *bien común* y el *individuo común* son la premisa básica, sobre la cual se puede materializar como alternativa real, un nuevo proyecto constitucional mundial, que debe replicarse por cada país. Para ambos, el novedoso poder alcanzado por los revolucionarios y las rebeliones ocurridas en el año 2011 alrededor del mundo, considerando los orígenes medievales e ingleses del término “commoners” –como uno de los tres estratos del orden social eran quienes trabajaban–, logró definir al *commoner* o *individuo común* como: “...the term *commoner* to designate a person without Rank or social standing, an everyman or everywoman... *commoners* are not just common for the fact that they work but, rather and more important, because they work on the common. We need to understand the term *commoner*... as we do the designations of other occupations, such as Baker, weaver, and miller... a *commoner* “*commons*”... makes *the common*. The *commoner* is thus an ordinary person who accomplishes and extraordinary task: opening private property to the access and enjoyment of all; transforming public property controlled by state authority into the common; and in each case discovering mechanisms to manage, develop, and sustain common wealth through democratic participation. The task of the *commoner*, then, is... to create a means for the free exchange of ideas, images, codes, music and information... The *commoner* is a constituent participant, the subjectivity that is foundational and necessary for constituting a democratic society based on open sharing of the *common*”. *Ibidem*, pp.99 y ss.

en dichos medios de comunicación. Hecho que demuestra la horizontalidad y representación de las mayorías en la toma de decisiones.

5. De una Aldea local “Estado-nación” a la Aldea global “Sociedad Horizontal y Red” en un nuevo espacio de flujos.

En la realidad sistémica de la sociedad actual, tal y como hemos descrito con antelación, no existe una única Modernidad, sino una visión múltiple o de *multidimensionalidad*.⁷⁴

Nuestra sociedad, permanece siempre interconectada por comunicaciones sociales, producidas por individuos y otros subsistemas, que modifican y transforman al Estado-nación y al Derecho, a través de sus normas.

Estos individuos, son cada vez más libres para entablar relaciones con personas que piensan del mismo modo en un plano de igualdad –aparente o reales decir, en un ámbito de recíproca *correspondencia entre un grupo de diferentes elementos que tiene las mismas cualidades en por lo menos algún aspecto*⁷⁵.

Esta igualdad, les ha permitido a esos individuos a través de la comunicación que establecen, transformar su sentido de pertenencia, identidad y participación activa respecto al grupo horizontal que durante muchos siglos se ha denominado *nación*⁷⁶.

⁷⁴ Término con el que Anthony Giddens propone a nivel de las instituciones de la sociedad actual. Giddens, *op. cit.*, nota 56, p. 24.

⁷⁵ La igualdad entendida como principio de justicia, que desde la concepción de sus raíces griega *isotes* y latina *aequitas*, *aequalitas*, se le define como “la correspondencia entre un grupo con diferentes elementos que tiene las mismas cualidades en por lo menos algún aspecto”. Por tanto, la igualdad es un elemento fundamental de la justicia, pues ésta última sólo puede existir entre personas que son tratadas de la misma manera, en iguales circunstancias y cuyas relaciones en tales circunstancias son gobernadas por reglas fijas, es decir, los iguales deben ser tratados igual y los desiguales deben ser tratados teniendo en cuenta sus diferencias relevantes. *Cfr.*, Pérez Portilla, Karla, *Principio de Igualdad: Alcances y Perspectivas*, México, UNAM, Instituto de Investigación Jurídicas UNAM, 2005, p. 5.

⁷⁶ Es también una de las fuentes de conflicto étnico, que une a un grupo vasto de individuos a través del reconocimiento de un único idioma particular, una historia y cultura a compartir. Pero al mismo tiempo esa unión, origina un sentimiento de exclusión de grupos minoritarios de individuos que no comparten ninguno de tales identidades, por razones de origen étnico y migratorio, dando paso a la formación de subnaciones. De ahí que se hable en este párrafo de un plano de igualdad aparente. Subnaciones que a pesar de que desempeñan importantes roles en el crecimiento económico y el incremento del producto interno bruto de la nación, no son consideradas dignas de participar en las tomas de decisión, con voz y voto en la organización y ejecución de las políticas públicas de la nación

Esta transformación ha provocado el cambio de una comunicación local, basada en una misma y permanente identidad, una autoridad vertical, jerárquica, rígida y limitada de la aldea local representada por la figura del Estado-nación, a través de la *desnacionalización*⁷⁷ de la autoridad política, siempre monopolizada por la figura estatal, hacia una comunicación multicultural.

Esa multiculturalidad de la comunicación global, ocurre en diversos niveles horizontales, bajo el mando de una autoridad heterárquica y flexible. Dentro de un contexto comunicativo difuso, efímero, virtual y al mismo tiempo atemporal, que origina una identidad colectiva o cosmopolita única, cuya portabilidad de sus derechos humanos le es reconocida en la mayoría de países en el orbe. Todas estas, características propias de la aldea global personificada en la Sociedad Mundial, moderna, multidimensional, horizontal y red. (CUADRO 2).

Para Castells nuestra sociedad debe ser llamada red⁷⁸, porque las redes además de ser la unidad, son *conjuntos de estructuras comunicativas “nodos interconectados”*, cuyo funcionamiento se asemeja a nuestro sistema social.

Al igual que las redes, nuestra sociedad no tiene *límites fijos, está abierta, posee numerosos vértices* o centros –es decir es *policéntrica*–, y su *expansión o contracción depende de la compatibilidad entre los intereses y valores que programa como red, con los de otras redes cuando interactúan, a través de sus nodos.*⁷⁹

CUADRO 2
CARACTERÍSTICAS DE LA ALDEA LOCAL Y DE LA ALDEA GLOBAL HORIZONTAL-RED

ALDEA LOCAL/ESTADO-NACIÓN	ALDEA GLOBAL/SOCIEDAD MUNDIAL
----------------------------------	--------------------------------------

a la que pertenecen. Por lo que tales minorías se vuelven más impacientes, se revelan o demandan más espacio y poder.

⁷⁷ Término que se utilizará durante esta investigación desde la concepción que Gensche, Philipp and Zangl Bernhard, quienes recurren a dicho vocablo para indicar cualquier cambio gradual de la autoridad política del Estado a entidades no estatales.

⁷⁸ El propio Castells define a las redes como “... *las pautas de contacto creadas por el flujo de mensajes entre distintos comunicadores en el tiempo y el espacio, que a su vez procesan flujos (corrientes de información) entre nodos que circulan por los canales que conectan los nodos.* Cfr., Castells, *op. cit.*, nota 37, p. 45

⁷⁹ *Ibidem*, p. 44.

<i>Autoridad Vertical</i>	<i>Autoridad Horizontal</i>
<i>Jerarquía</i>	<i>Heterarquía en Red</i>
<i>Límites definidos</i>	<i>Límites difusos</i>
<i>Duradero</i>	<i>Efímero</i>
<i>Entorno real</i>	<i>Plano virtual</i>
<i>Simultaneidad</i>	<i>Atemporalidad</i>
<i>Inmovilidad de derechos fundamentales</i>	<i>Portabilidad de derechos fundamentales⁸⁰</i>
<i>Identidad local "nacionalismo"</i>	<i>Identidad colectiva de "humanidad compartida"⁸¹</i>
<i>Elección individual dirigida</i>	<i>Libertad de elección individual</i>

Los nodos de la sociedad red se clasifican de menor a mayor importancia⁸², denominándose a los de gran escala *centros*, por su capacidad para contribuir a la eficacia de la red, en el logro de sus objetivos.

Para el caso de nuestra sociedad mundial red, algunos de estos centros nodales, son las *megaciudades*⁸³, conectadas globalmente y desconectadas

⁸⁰ El sujeto que vive en la sociedad mundial horizontal cree firmemente en la equidad y el individualismo, por lo que al migrar de una nación a otra, piensa que los derechos humanos que le son reconocidos en su nación de origen, cruzan las fronteras ilimitadamente sin excepción alguna, lo cual ha puesto en la mesa de la discusión global el respeto y reconocimiento de los derechos humanos y su acceso a la justicia global.

⁸¹ Término abordado por Hans-Jörg-Trenz de la Universidad de Oslo, en su artículo "*Identity formation and the democratic reconstitution of Europe, Testing the applicability and the consistency of the RECON models in relation to collective identity*" disponible en http://www.reconproject.eu/main.php/Trenz_PaperWP8_RECONworkshop_Mar09.pdf?fileitem=5423280.

⁸² Los nodos existen y funcionan solamente como componentes de las redes. Son denominados centros cuando absorben más información de relevancia y la procesan eficientemente. De ahí que cuando los nodos dejan de ser necesarios para cumplir los objetivos de las redes, las redes se reconfiguran, eliminando algunos de esos nodos y añadiendo otros nuevos. *Ibidem*, p. 45

⁸³ En propias palabras de Castells, las megaciudades "... son las depositarias de todos los segmentos de la población que luchan por sobrevivir, así como de los grupos que quieren hacer visible su abandono. Concentran lo mejor y lo peor, desde los innovadores y los poderes existentes, hasta gente sin importancia estructural, dispuesta a vender su irrelevancia o a hacer que los demás paguen por ella. Sus principales como centros nodales son:

- a) Ser centros de dinamismo económico, tecnológico y social en sus países y a escala global. Son los motores reales del desarrollo. El destino económico de sus países... depende de los

localmente. Las megaciudades, se conectan al exterior con redes globales y segmentos de sus propios países y se desconectan en su interior a las poblaciones locales que son funcionalmente innecesarias o perjudiciales socialmente desde el punto de vista de los individuos que conforman la esfera dominante de la sociedad, como ocurre con las megaciudades de Nueva York y la Ciudad de México⁸⁴.

En las megaciudades se conectan las redes informacionales-tecnológicas, económicas, sociales y políticas del poder mundial. También en su seno, se controlan los medios de comunicación, el poder, la política real y la capacidad de crear y difundir mensajes⁸⁵. Es decir, las megaciudades son los centros del contexto espacial de la era de la información: *el espacio de los flujos*⁸⁶.

Este *espacio de flujos*, es el lugar en el que interactúan e intercambian de manera constante y repetitiva, las tres capas de actores sociales que físicamente están inconexos⁸⁷, dentro de las estructuras económicas, políticas y simbólicas de la sociedad, y que son:

1. La primera, integrada por la microelectrónica, las telecomunicaciones, el procesamiento informático, los sistemas de radiodifusión y telefonía, así como el transporte de alta velocidad; todos, basados en las tecnologías de la información, que conjuntamente son la base material de los procesos cruciales en la sociedad mundial red.
2. La segunda, está compuesta por los nodos, como las megaciudades, y los ejes. Ambos, organizados de forma jerárquica, de acuerdo a la importancia

resultados de las megaciudades, a pesar de la ideología de pueblo pequeño que aún es dominante para algunos países.

- b) Ser centros de innovación cultural y política.
- c) Ser los puntos de conexión con las redes globales de todo tipo. Internet no puede saltarse a las megaciudades: depende de las telecomunicaciones y los “tele comunicadores” ubicados en esos centros.”
- d) Ser posibles centros de epidemias a gran escala y de desintegración del control social, que las harán menos atractivas.
- e) Ser áreas en las que se está jugando el futuro de la humanidad y del país al que pertenece.

Cfr., Castells, *op. cit.*, nota 27, pp. 437-444.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 437.

⁸⁵ *Ibidem*, pp. 438.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 444.

⁸⁷ *Ibidem*, pp. 445-446.

de cada uno en ella. La jerarquía, puede cambiar dependiendo de la evolución de las actividades procesadas a través de la red⁸⁸.

3. La última, se refiere a la organización espacial de las elites gestoras dominantes en la sociedad mundial, esto es: las elites que son cosmopolitas y el resto de la gente, que es local.

El espacio del poder y la riqueza se cimienta en la creación de un estilo de vida más homogéneo entre la elite de la información que trasciende fronteras culturales de todas las sociedades. Con la finalidad de unificar su entorno simbólico en todo el mundo, suplantando la especificidad histórica de cada localidad⁸⁹, buscan crear un sentimiento de familiaridad para el individuo, al tiempo que lo induce a la abstracción del mundo circundante.

Esa meta, la logran con el establecimiento de accesos móviles, personales y en línea a las redes de telecomunicaciones en todos los aeropuertos; con la práctica del jogging usando ropa deportiva de marcas internacionales y estilo unisex como Puma®, Reebok®, Nike®, Adidas® o New Balance®; con la portabilidad como insumos de primera necesidad del ordenador portátil o la tableta electrónica y el teléfono celular de última generación, siempre conectado a la red; con la dieta obligatoria de productos orgánicos y de ensalada verde; con el consumo de accesorios y vestimentas, que en su conjunto simbolizan la pertenencia a los círculos gestores de la economía informacional, en una cultura mundial.

En este espacio de flujos interactuantes en los diversos centros nodales, como las megaciudades, la sociedad del Estado-nación individualizado se ha transformado vertiginosamente.

Fue transmutando de una sociedad de límites definidos dentro de sus fronteras territoriales, con una cultura e identidad nacional, así como valores morales, que la diferenciaban individualmente de su entorno, a una sociedad de límites más difusos, cuya identidad nacional fue suplantada por una identidad

⁸⁸ *Ibidem*, p. 448.

⁸⁹ *Ibidem*, pp. 449-451.

colectiva, multicultural o cosmopolita a través de la interacción de sus nodos en redes horizontales y heterárquicas en un espacio de flujos en constante evolución.

Una sociedad cuya interacción hoy, ocurre dentro del espacio de flujos en la sociedad red, en *un tiempo atemporal*, un tiempo que sustituyó al tiempo de reloj de la era industrial.

Momento, en el que la sociedad escapa del tiempo a través de lo *efímero*, *instantáneo* y *simultáneo*⁹⁰. Para lo cual, construye una *virtualidad real* como *sistema en el que la propia realidad (existencia material/simbólica de la gente) está inmersa en un escenario de imágenes virtuales y de representación, en el que los símbolos son la experiencia real*⁹¹ de nuestra realidad.

Una realidad virtual en la que construimos conceptos, derechos y obligaciones, como sucede en nuestra interacción al comprar y vender bienes y servicios en el comercio electrónico y sitios web como Amazon® y iTunes® por citar algunos. Al mismo tiempo, también construimos en esa virtualidad imágenes, categorías, conductas, relaciones, sentimientos y adherencias a causas a través de redes y plataformas sociales –como Facebook®, LinkedIn®, Twitter®, Youtube®, Wikipedia®, Wikileaks®, -, o mediante la utilización que hacemos de servicios de teleconferencia en tiempo real a través de Skype® y FaceTime HD® e incluso en metaversos –mundos virtuales ficticios– en los que los seres humanos interactúan social y económicamente como *iconos*, dentro del ciberespacio, a manera de metáfora del mundo real, siendo un claro ejemplo el sitio de Second Life®.

Por lo tanto, al estarse desarrollando nuestra sociedad, en una virtualidad construida a través de los medios de comunicación omnipresentes, interconectados y diversificados, así como de las megaciudades y el espacio de flujos, en un tiempo atemporal, las sociedades nacionales han quedado interconectadas globalmente y

⁹⁰ La virtualidad en propias palabras de Luhmann: “... *simultaneidad y atemporalidad... la información inmediata por todo el globo, mezclada con reportajes en directo del barrio, proporciona una inmediatez temporal sin precedentes a los acontecimientos sociales y las expresiones culturales... la comunicación a través del ordenador hace posible el diálogo en tiempo real, uniendo a la gente en torno a sus intereses, en una charla escrita, interactiva y multilateral... nuevas tecnologías de la comunicación proporcionan un sentido de la inmediatez, con una mayor flexibilidad...*” Cfr., *Ibidem*, p. 496.

⁹¹ Castells, *op. cit.*, nota 26, p. 384.

entrelazadas culturalmente, para con ello, materializar y hacer visible a la sociedad mundial moderna y red en la que vivimos.

II. LAS INNOVACIONES ESTRUCTURALES DE LA SOCIEDAD MUNDIAL MODERNA: ORIGEN DEL NUEVO ESTADO ADMINISTRADOR-RED.

Las *innovaciones estructurales únicas o estructuras únicas*, también llamadas “*eigenstructures*”⁹² por Stichweh, son aquellos enlaces que logran que una operación se produzca a sí misma a partir de una determinada situación en la que la operación real (presente) intenta hacer enlaces con otra que todavía no existe (futuro)⁹³. Es decir, son patrones estructurales, cuya función principal es reproducir la diversidad pre-existente y remitirla al pasado, con la finalidad de crear nuevos patrones sociales y culturales de los anteriores patrones estructurales.

Estas innovaciones estructurales se basan en un modelo acumulativo de estructura social que no describe el cambio social como una sustitución de estructuras primitivas por nuevas. Por el contrario, tales *eigenstructures* hipotetizan niveles plurales de formación estructural en los sistemas sociales, lo que significa que las nuevas estructuras recubren a las primitivas, más no las extinguen. Por lo tanto, las *eigenstructures* de la sociedad mundial no son invenciones recientes, pues efectivamente algunas de ellas son patrones estructurales de la antigüedad y de la Edad Media Europea.

Si bien es cierto, a lo largo de la historia del hombre viviendo en sociedad y acuerdo a la época, se han originado diversas innovaciones estructurales que a su vez han sido sustituidas por otras nuevas.

Es a partir del año 1100 y hasta entrada la era Moderna en la que emergieron las nuevas *eigenstructures* que sustituyeron a las medievales, entre las que destacan el Estado-nación, las universidades, las órdenes eclesiásticas, las compañías comerciales y las compañías de estudiantes. Algunas de las cuales,

⁹² Cfr., Stichweh, *op. cit.*, nota 69.

⁹³ Cfr., Luhmann, *op. cit.*, nota 14, p. 337.

aunque debilitadas hoy día, siguen siendo un claro ejemplo de las primeras organizaciones formales existentes en la Europa.

Las nacientes organizaciones, se concibieron entonces como *cuerpos extranjeros respecto de las principales estructuras de las sociedad euro-atlántica*⁹⁴ que conforme a la *teoría evolutiva*⁹⁵, se fueron transformando en asociaciones libres y organizaciones formales durante los siglos XIX y XX. Pero, para que esta transformación fuese una realidad, el sistema social europeo debió construir *innovaciones estructurales sociales*, que a su vez originaron *eventos accidentales*, los cuales utilizaron a fin de afianzar su permanencia.

Entre las *innovaciones estructurales* que el propio Stichweh menciona han allanado el camino hacia la actual sociedad mundial y la aparición del nuevo estado administrador-red destacan 1) *la diferenciación funcional en la división del trabajo*, 2) *las organizaciones formales-modernas como los organismos internacionales, las organizaciones privadas internacionales lucrativas, las organizaciones privadas internacionales no-lucrativas y, las organizaciones híbridas –integradas por la participación conjunta de actores públicos y privados nacionales e internacionales-*, 3) *los avances tecnológicos de información y comunicación*⁹⁶, y deberían agregarse también 4) *el Estado-nación*, 5) *la Gobernanza (gobierno) o New Public Management* y 6) *el contrato*. Estas tres últimas innovaciones se abordarán con mayor profundidad en el capítulo segundo.

1. *La diferenciación funcional en la división del trabajo.*

La diferenciación funcional como proceso de diferenciación interna (diferenciaciones sistémicas) del sistema global, es el producto final de la evolución socio-cultural, que implica el aumento en la complejidad.

⁹⁴ Cfr., Stichweh, *op. cit.*, nota 45.

⁹⁵ Esta teoría es de vital importancia para desarrollar una teoría sobre la sociedad mundial, sus orígenes y transformaciones actuales. Pues la teoría evolutiva tiene como fin principal, analizar la interacción de los mecanismos de *variación, selección y estabilización*, sobre los cuales Luhmann intentó demostrar como los sistemas sociales se administran para construir estructuras sociales al hacer uso de eventos accidentales. Stichweh, *op. cit.*, nota 40.

⁹⁶ Cfr., Stichweh, *op. cit.*, nota 46.

La diferenciación funcional organiza los procesos de comunicación en torno a funciones especiales⁹⁷, es decir diferenciando roles⁹⁸ dentro de la sociedad, estableciendo funciones desiguales, y determinando el acceso a las funciones iguales⁹⁹.

Una sociedad diferenciada funcionalmente, pretende ser una sociedad de iguales, incrementando sus interdependencias internas, así como especificando y especializando las funciones de sus subsistemas, ya que los subsistemas se relacionan entre sí mediante las prestaciones recíprocas que se prestan entre ellos. El primer ejemplo de esta diferenciación funcional dentro de nuestra sociedad moderna, es la *división del trabajo* surgida en las relaciones comerciales iniciadas en los siglos XV y XVI entre territorios diferenciados funcionalmente como fueron las potencias colonizadoras y los territorios colonizados –España y la Nueva España, Inglaterra y la India, Holanda y varios países de África–. En este caso, se asignó el rol o función del proveedor de materias primas (territorios descubiertos=sistemas sociales locales) y del creador de la tecnología para transformarlas en bienes comercializables (colonizadores=sistema social dominante).

Los posteriores casos de este tipo de diferenciación que han tenido un alto impacto en el establecimiento de la sociedad mundial, han sido la *ciencia* y el *conocimiento* a partir del siglo XVI hasta el actual siglo XXI.

Estas innovaciones, definieron los roles de naciones dominantes hasta el día de hoy de Alemania, Francia, Rusia, Inglaterra, Estados Unidos de Norteamérica, China e incluso Brasil, la India y algunas naciones del Medio Oriente. Esta posición dominante, se ha reflejado en el papel protagónico y de dirección que han ejercido estos países dentro de la interacción con los subsistemas económicos, educativos, culturales, de comunicación, tecnológicos, institucionales y del Derecho de la

⁹⁷ Además de que la función se convierte en el punto de referencia obligado para la autorreferencia del sistema funcional. *Cfr.*, Rodríguez, nota 42, p. 48.

⁹⁸ Se refiere a la actividad que realiza o el lugar que ocupa el individuo en la sociedad. *Cfr.*, Krücken, *op. cit.*, nota 51, p. 297.

⁹⁹ *Cfr.*, Luhmann, Niklas, De la complejidad a la modernidad: De la unidad a la diferencia, España, Editorial Trotta, 1998, pp. 79-80.

sociedad mundial, que incluye a los países en vías de desarrollo, entre los cuales esta México.

2. El origen de las organizaciones modernas-formales a partir de la participación ciudadana o Actorhood en el siglo XX.

La formación de asociaciones por el hombre, es una tendencia propia que comparte toda la humanidad. Al igual que las primitivas *eigenstructures* de la Europa medieval –entiéndase universidades, monasterios, las órdenes eclesiásticas, ciudades y corporaciones– fueron consideradas como cuerpos innovadores y necesarios en la evolución hacia la sociedad moderna, las asociaciones libres y representadas en las organizaciones modernas-formales actuales, son las nuevas *eigenstructures* de la sociedad mundial red en que vivimos.

La transformación de las estructuras medievales en modernas aconteció medularmente por el papel o rol del individuo en tales estructuras. En el Medievo, la sociedad estratificada elaboró sus estructuras de organización hacia arriba, en torno a reyes y dioses, en las que la participación del individuo era nula.

Por el contrario, en la temprana Modernidad, dichas estructuras organizativas fueron elaboradas alrededor del individuo, conforme al rol o función que éste desempeñaba en la organización social (sociedad diferenciada funcionalmente)¹⁰⁰ debido al reconocimiento que se hizo del individuo como titular de derechos humanos.

Respecto a las *organizaciones modernas-formales* vigentes John W. Meyer, afirma que nacieron como consecuencia directa de dos principales secuelas de la Segunda Guerra Mundial.

La primera secuela fue el brusco cambio en el equilibrio de la participación ciudadana –también denominada en inglés como *Actorhood*– legitimada por el Estado-nación hacia los individuos en sus políticas públicas que durante el fascismo alemán e italiano fue escasa y se incrementó con el advenimiento del nuevo Estado-nación.

¹⁰⁰ Frank, John David and Meyer, John W., “The Profusion of Individual Roles and Identities in the Postwar Period”, *Sociological Theory*, United States of America, 2001, vol. 20, núm. 1, p. 91.

La segunda consecuencia fue la decolonización y la expansión del sistema del Estado-nación en todo el mundo, como *una asociación de individuos, al servicio de los bienes públicos de la sociedad, en pos de alcanzar las metas del progreso y la justicia para su pueblo, este último visto como un conjunto de individuos*¹⁰¹.

La finalidad de estas nuevas estructuras de recubrir el arquetipo primitivo de la *burocracia*¹⁰², erigiendo al *actor*¹⁰³ como su elemento central, implicó la transformación de la noción que se tenía del individuo-persona, del grupo e incluso del Estado-nación, al asimilarlos como actores individuales y colectivos.

Por lo que toca a la difusión del modelo político del Estado-nación, estuvo acompañada de tres patrones estructurales inherentes: el sistema político democrático, la economía capitalista y las instituciones científicas culturales. Estructuras que, a su vez, ayudaron a reestructurar la anacrónica sociedad, de un sistema social estratificado a un sistema social funcionalmente diferenciado.

Pero, al tiempo que estas tres estructuras, promovían la legitimación de la persona individual como ciudadano y la legitimación de la naturaleza del Estado-nación como una comunidad colectiva y corporativa (actor colectivo), debilitaron su soberanía. Pues, el individuo organizado en una comunidad de individuos o actores, trabajando juntos –*Actorhood*–, exigía una mayor participación en la elaboración y toma de decisiones de la autoridad nacional.

Por lo que comenzó a perfilarse la participación ciudadana o *Actorhood* en una característica esencial relacionada a los participantes –trabajadores o participantes– que toda organización moderna-formal ostentaba.

¹⁰¹ *Ibidem*, pp. 87-88.

¹⁰² Una estructura que se caracteriza por una clara jerarquía, división del trabajo, personal profesionalizado, que solía ser el instrumento de la autoridad soberana del estado. Y que además, al ser inerte, estática, generadora de problemas de efectividad, implementación y jerarquía normativa, se ha considerado un sistema defectuoso, vigente todavía en varios países en desarrollo. *Cfr.*, Meyer, *op. cit.*, nota 50, p. 39

¹⁰³ De acuerdo con John W. Meyer el término “actor” se volvió común en los artículos académicos a partir de 1960 y hasta las recientes décadas. Por **actor** debemos entender al sujeto más autónomo, consciente, coherente, propositivo, más vinculado y directamente conectado con fronteras claras, con propósitos más articulados, con una tecnología más elaborada y racionalizada, y con un sistema de control interno más fuerte. *Cfr.*, Meyer, John, “Word Society, Institutional Theories, and the Actor”, *Annual Review of Sociology*, United States of America, 2010, vol. 36, núm 1-20, p. 3.

De ahí que, a partir de que estos actores individuales –con educación superior que los distinguió del simple campesinado, proactivos, con propósitos más articulados sobre su *empoderamiento individual* en la sociedad y en el mundo al que pertenecían–, comenzaron a tomar su responsabilidad en el *establecimiento de las tareas y objetivos de las organizaciones que integraban, publicitaron su autoridad mediante una actitud proactiva al elaborar y difundir las directrices y normas suaves o soft laws*¹⁰⁴ en nuestra actual sociedad mundial red¹⁰⁵.

Con ello, el actor-ciudadano moderno, legitimó sus intereses para obtener beneficios dentro de las reglas del sistema de manera individual o colectiva. Y lo hizo, mediante la creación de estructuras u organizaciones-formales con la autoridad legítima que les proporciona su naturaleza de *actor social*, delegada por el actor-ciudadano.

De modo tal, que las actuales organizaciones modernas-formales como actores colectivos legítimos, representan los intereses del actor-ciudadano, que busca su participación activa en la elaboración de las normas sociales y con ello, una mayor responsabilidad representativa para alcanzar una vida efectivamente colectiva en sociedad. Es decir, la organización formal-moderna, ostenta una soberanía unificada por haberse convertido en un actor social y autoridad en la toma de decisiones *en el sector social público y privado, así como en el sector lucrativo o no lucrativo*¹⁰⁶.

Adicionalmente ésta nueva eigenstructure, cumple con tres tendencias en su difusión y permanencia dentro de la sociedad moderna-red. En primer lugar, ser *universal*. Meta, cuyo alcance es facilitado por el fenómeno de la globalización y por los principios generales y racionalizados.

La segunda tendencia se refiere a la estandarización que logra en la sociedad, mediante el establecimiento de normas estandarizadas y sistemas

¹⁰⁴ Cfr., Meyer, *op. cit.*, nota 50, p. 40

¹⁰⁵ Sociedad Mundial que el propio John W. Meyer define como: (1) continuing efforts to systematize social life around standardized rules and schemes that explicitly differentiate and then seek to link means and ends; (2) the ongoing reconstruction of all social organization- both social activities and social actors, ... as means for the pursuit of collective purposes, these purposes themselves subject to increasing systematization”, *Ibidem.*, p. 14.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 41

diferenciados funcionalmente para vincular medios y fines, que culminan con la realización de los propósitos colectivos de la organización.

Y la última, es el surgimiento de ideologías representativas de la participación ciudadana o actorhood. Estas tendencias representan principios comunes de organización administrada, para ser establecida en cualquier lugar, que debe tener toda organización moderna-formal.

De ahí que estas nuevas organizaciones modernas-formales como *maestras de normas o exportadoras de normas*, hayan comenzado a introducir cambios notables hacia estructuras-red coordinadas y flexibles, en lugar de estructuras jerárquicas de mando estáticas como lo fueron las burocráticas. Además de haber *fomentado el cumplimiento de sus estándares –modelos para las entidades gubernamentales que buscan una evolución– en las instituciones locales sociales y gubernamentales*¹⁰⁷.

Esta expansión de la *organización moderna-formal* ha alcanzado a todo tipo de sociedades nacionales, e incluso al propio Estado-nación, a través de la sustitución de las anteriores estructuras. Las clases de organización moderna formal, van desde las de naturaleza privada, pública, gubernamental, lucrativa, no lucrativa, nacional, internacional, transnacional, hasta la híbrida. De acuerdo a los actores que participan en ellas y que comparten los intereses y objetivos que persigue la organización conformada.

Esta nueva organización moderna-formal, incluye también a profesionistas de manera global, como son las firmas de arquitectos, ingenieros, contadores públicos, médicos, abogados, consultores, por citar algunos; también incorpora fundaciones, tribunales arbitrales, organismos internacionales, empresas o corporaciones transnacionales –llamadas igualmente multinacionales–, organizaciones de negocios, asociaciones de universidades, organizaciones no gubernamentales, organizaciones de participación gubernamental y privada, entre otras.

¹⁰⁷ Cfr., Drori, Gili, S., “Governed by Governance. The New Prism for Organizational Change”, en Drori, Gili, Meyer, John W., and Hwang Kohyu (eds.), *Globalization and Organization*, United States, Oxford University Press, 2006, p. 96.

Todas ellas, como nuevos actores y representantes de las innovadoras estructuras básicas, van empujando hacia procesos de mayor autonomía, rendición de cuentas, eficiencia, competitividad, elaboración de normas, estándares e indicadores globales¹⁰⁸ que perfilan el advenimiento de un gobierno mundial y posibilita la materialización del Derecho Cosmopolita, evocado por Immanuel Kant en su epítome *Hacia la Paz Perpetua: Un proyecto filosófico*, e incluso un Derecho Global o nuevo *ius commune*.

Estas nuevas organizaciones modernas-formales, están siendo auxiliadas para conquistar esas tareas de gobierno y de regulación normativa, por la moderna lengua de los negocios, el idioma inglés, el cual realiza las funciones que en otrora el latín.

2.1 Características y Clasificación de la Organización Moderna-Formal en la sociedad mundial-red.

La *organización moderna-formal* entendida como el *sistema de actividades coordinadas y controladas, surgido en el momento en el que la división del trabajo se incrustó en relaciones complejas de redes técnicas y abarcó intercambios fronterizos*¹⁰⁹, refleja las reglas, las normas e ideologías de la sociedad mundial, como consecuencia directa de sus relaciones con los modelos culturales con lo que interactúan.

Fue a partir de su *institucionalización –proceso por el cual un conjunto de unidades y un patrón de actividades se establecen normativa y cognitivamente en un lugar, a fin de ser replicados para garantizarlos como legítimos o legales*¹¹⁰– en la década de 1960, que comenzaron a surgir un sinnúmero de ellas, tanto al interior de la organización administrativa del Estado-nación, como también en el sector

¹⁰⁸ Cfr., Teubner, Günther, *Global private regimes: Neo-spontaneous law and dual constitution of autonomous sectors in world society?*, disponible en http://www.jura.uni-frankfurt.de/ifawz1/teubner/dokumente/global_private_regimes.pdf

¹⁰⁹ Krücken, *op. cit.*, nota 51, p. 89.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 68.

internacional y transnacional, desde la esfera pública y privada con fines lucrativos y no lucrativos¹¹¹.

Todas ellas, poseen algunos elementos que les son comunes, y que permitieron a John W. Meyer delinear las características esenciales que toda organización moderna-formal tiene:

1. Es *racional, transparente y obediente* de las leyes e instrumento de la modernidad compartida¹¹².
2. *Capacidad legal legítima en la toma de decisiones en beneficio de las metas de la organización*¹¹³, dentro de su competencia técnica y en una línea particular de trabajo. Esta cualidad, les faculta para la elaboración de reglas o normas suaves, a través de normas estandarizadas, criterios contables, certificaciones, calificaciones de riesgo, entre otras.
3. *Establece sus propias metas legitimadas*¹¹⁴.
4. La *explicación minuciosa de las estructuras de tecnología*¹¹⁵ por medio de las cuales fija las metas que deben alcanzarse.
5. La *medición, contabilidad y rendición de cuentas*¹¹⁶ que hace de los recursos empleados y desplegados en la búsqueda, establecimiento y alcance de las metas demandadas por la organización.
6. La *incorporación de las personas que la integran como individuos con derechos en las gráficas organizacionales*¹¹⁷, a los que monitorea según sus

¹¹¹ Algunos filósofos-políticos como Will Kymlicka califican a estas organizaciones como necesarias para afrontar la globalización económica, los problemas medio ambientales comunes y las cuestiones de seguridad internacional, pues van más allá de las barreras lingüísticas y nacionales. Aunque por otro lado, también el mismo Kymlicka advierte sobre su déficit democrático, engloba a estas organizaciones en su totalidad como transnacionales, atribuyéndoles por tanto un mismo origen. Finalmente, atribuye a las relaciones intergubernamentales que han establecido estas organizaciones, el fomento de una “*governabilidad cosmopolita*” (término acuñado por David Held). Cfr., Kymlicka, Will and Straehle, Christine, *Cosmopolitismo, Estado-nación y nacionalismo de las minorías: Un análisis crítico de la literatura reciente*, México, Ensayos Jurídicos, Núm. 3, IJ-UNAM, 2001, pp. 79-81.

¹¹² Cfr., Krücken, *op. cit.*, nota 51, p. 50.

¹¹³ Cfr., Meyer, *op. cit.*, nota 50, p. 44.

¹¹⁴ *Idem.*

¹¹⁵ *Idem.*

¹¹⁶ *Idem.*

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 45.

capacidades (conocimiento) individuales, los roles y responsabilidades que desempeñan dentro de la organización.

7. La *incorporación de sus miembros como participantes activos en sus estructuras de decisión*¹¹⁸, aunque lejanos de la jerarquía interna de la organización.
8. La *limitación de su participación como actor social, según las fronteras simbólicas que se autoimpone la organización, a través de sus sistemas de contratación, rendición de cuentas y monitoreo*¹¹⁹. Fronteras que en la práctica se traspasan y no se respetan.
9. Obligan a sus redes de relación inmediata, a adaptarse a sus estructuras y relaciones, en virtud de que intentan construir sus metas y procedimientos directamente dentro de la sociedad como reglas institucionales¹²⁰.

Estas características, las tienen todas las organizaciones modernas-formales actuales. Las cuales, han recibido diversas clasificaciones atendiendo a su naturaleza privada, pública, internacional, nacional e incluso híbrida¹²¹. Pero, para los fines perseguidos en el presente estudio de investigación, y basándonos en la clasificación de los cinco tipos de gobernanza global que nos provee Kingsbury¹²², las organizaciones modernas-formales las englobamos en siete tipos. (CUADRO 3)

CUADRO 3

	TIPOS	EJEMPLOS
	Organizaciones Reguladoras Públicas Supranacionales (intergubernamentales) denominadas	OMC, ONU, OEA, CPI, UE, OCDE y ECHR.

¹¹⁸ *Idem.*

¹¹⁹ *Idem.*

¹²⁰ *Cfr.*, Krücken, *op. cit.*, nota 51, p. 96.

¹²¹ Según lo publicado por el Yearbook of International Organizations de la Union of International Associations (UIA), existen 15 subtipos de organizaciones internacionales en las que se incluyen Federaciones de organizaciones internacionales, organizaciones de membresía universal y regional, organizaciones originadas por lugares, personas, productores de mercancías, fundaciones y fondos. Siguiendo a Kingsbury, Lorenzo Casini, clasifica a las organizaciones modernas formales atribuyéndoles su naturaleza de administración global, en cuatro que son: *organizaciones intergubernamentales formales, organizaciones híbridas (público-privadas) y cuerpos privados que ejecutan funciones públicas, las redes transnacionales e intergubernamentales y finalmente complejas formas de gobernanza*. *Cfr.*, Casini, Lorenzo, "Beyond the State: The emergence of Global Administration" en Cassese, Sabino, et., al., (Eds) *Global Administrative Law: The Casebook*, 3rd edition, IRPA, Rome, 2012, pos. 2498-2777. Edición Kindle.

¹²² *Cfr.*, Kingsbury, Benedict, Krisch, Nico and Stewart, Richard, *The emergence of Global Administrative Law*, disponible en [http://www.law.duke.edu/shell/cite.pl?68+Law+&+Contemp.+Probs.+15+\(summerautumn+2005\)](http://www.law.duke.edu/shell/cite.pl?68+Law+&+Contemp.+Probs.+15+(summerautumn+2005))

ORGANIZACIONES MODERNAS-FORMALES EIGENSTRUCTURES DE LA SOCIEDAD MUNDIAL ACTUAL	también Organismos Internacionales originadas en la firma de un tratado o convenio internacional (Olt's o OIG's).	
	Organizaciones Reguladoras Transnacionales intergubernamentales, denominadas Organismos Internacionales con base en un marco de Cooperación (Olc's).	FMI, BM, G-20 y G-7.
	<i>Organizaciones Reguladoras originadas en Redes transgubernamentales informales basadas en un Acuerdo Ejecutivo por sus siglas (ORedii's).</i>	Comité de Basilea II.
	Organizaciones Reguladoras originadas en Mecanismos de Cooperación y Coordinación intergubernamentales, internacionales y nacionales (OCC's).	Financial Stability Forum (FSF), mecanismos de cooperación internacionales de ASPAN e Iniciativa Mérida, Pacto por México, Proyecto Mesoamérica, la CONAGO y la Cumbre de Presidentes de Cortes Supremas, Constitucionales y Regionales.
	Organizaciones Reguladoras Privadas Internacionales Lucrativas (INGO's).	Empresas multinacionales, Standard & Poor's, Moody's Investor Service y Fitch Rating, IASB (Accounting) Star K-Kosher Certification, International Kosher Certification y la FIFA.
	Organizaciones Reguladoras Privadas Internacionales No-Lucrativas (INNGO's).	Amnistía Internacional, Greenpeace, World Wild Life, Oxfam, Médicos sin fronteras, Cruz Roja, Foros Económicos como Davos, BOAO y el Comité Internacional Olímpico
	Organizaciones Reguladoras Híbridas (OH), originadas en la participación conjunta de actores públicos y privados para su composición.	ICANN, Certificadoras de Bosques como FSC, ISO, Codex Alimentarius Commission, Secretariado Ejecutivo del TLCAN.

1. *Organizaciones Reguladoras Públicas Supranacionales (intergubernamentales) denominadas también Organismos Internacionales originadas en la firma de un tratado o convenio internacional (Olt's o IGO's)*, en las cuales destacan como ejemplos la Organización Mundial del Comercio (OMC), la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la Organización para los Estados Americanos (OEA), la Corte Penal Internacional (CPI), la Unión Europea (UE), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (ECHR por sus siglas en inglés), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), por citar algunos ejemplos.
2. *Organizaciones Reguladoras Transnacionales intergubernamentales, denominadas Organismos Internacionales con base en un marco de Cooperación (Olc's)*, tales como el Fondo Monetario Internacional (FMI), el

Banco Mundial (BM), el G-20 o Grupo de los Veinte, el G-7 o Grupo de los 7, entre otros.

3. *Organizaciones Regulatoras originadas en Redes transgubernamentales informales basadas en un Acuerdo Ejecutivo por sus siglas (ORedii's)*, el Comité de Basilea II, es un claro ejemplo.
4. *Organizaciones Regulatoras originadas en Mecanismos de Cooperación y Coordinación intergubernamentales, internacionales y nacionales (OCC's)*, algunos ejemplos a nivel internacional son el Financial Stability Forum (FSF), los mecanismos internacionales de ASPAN, Iniciativa Mérida e incluso el Proyecto Mesoamérica. Mientras que algunos ejemplos nacionales son el Pacto por México y la Conferencia Nacional de Gobernadores (CONAGO), entre otros.
5. *Organizaciones Regulatoras Privadas Internacionales Lucrativas (INGO's)*, entre las cuales destacan las empresas multinacionales, las Calificadoras de riesgo crediticias sobre deudores públicos y privados –Standard & Poor's, Moody's Investor Service y Fitch Rating, entre otros –, las empresas Certificadoras –Star K-Kosher Certification, International Kosher Certification, IASB (accounting)– e incluso la Federaciones Internacionales Deportivas como la de fútbol (FIFA).
6. *Organizaciones Regulatoras Privadas Internacionales No-Lucrativas (INNGO's)*, entre las que destacan Amnistía Internacional, Greenpeace, World Wild Life, Oxfam, Médicos sin fronteras, la Cruz Roja, el Foro Económico Mundial (Davos, Suiza), el Foro Económico Boao (China) y el Comité Olímpico Internacional (OIC).
7. *Organizaciones Regulatoras Híbridas, originadas en la participación conjunta de actores públicos y privados para su composición* y, denominadas en este trabajo como (OH). Las hay nacionales y transnacionales, como son la Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN, por sus siglas en inglés), las certificadoras de bosques –Forest Stewardship Council (FSC, por sus siglas en inglés), ISO (Organización Internacional de

Normalización), Codex Alimentarius Commission, el Secretariado Ejecutivo del TLCAN, entre otros.

A. Organismos Internacionales originados en la firma de un tratado o convenio internacional (Olt's o OIG's)

Estas organizaciones, también son conocidas como organismos intergubernamentales internacionales (IGO's por sus siglas en inglés). Algunos teóricos, datan el surgimiento de estos organismos internacionales desde finales del siglo XIX y principios del siglo XX como *uniones administrativas internacionales*¹²³. Sin embargo, a finales de la Segunda Guerra Mundial, se buscó diferenciar su naturaleza no política y sus funciones de coordinación sobre ciertos temas administrativos, calificándolas como *instituciones* ante la sociedad moderna.

La nominación que reciben como instituciones en el siglo XX, simbolizó su reconocimiento como *reglas culturales con significado colectivo, pues al tratarse de entidades particulares sus actividades fueron reconocidas, integradas y valoradas dentro de las comunicaciones o reglas que regían a la sociedad moderna*¹²⁴.

Este tipo de organizaciones institucionalizadas, son una asociación entre soberanías territoriales y democráticas (países) dirigida a extender una sociedad civil sobre una escala mundial¹²⁵, siguiendo el modelo clásico del Estado. Estos organismos se integran por miembros asociados (países), a los que imponen lineamientos y disposiciones que emiten y otorgan derechos entre los cuales los reconocen como miembros activos.

El modo de gobierno de estos organismos se define como una “actividad de relaciones transgubernamentales” es decir, un conjunto de interacciones directas entre subunidades de diferentes gobiernos que no son controladas o guiadas por las políticas de los gobiernos o los titulares del ejecutivo de tales gobiernos.

¹²³ La mayoría de ellas originadas por grupos privados o agencias administrativas nacionales. Como es el caso de la Organización Mundial del Turismo, surgida a través de los esfuerzos de organizaciones gubernamentales oficiales. *Cfr.*, Casini, op., cit., nota 121, pos. 2445

¹²⁴ *Cfr.*, Krücken, op. cit., nota 51, p. 97.

¹²⁵ *Cfr.*, Ladeur, Karl-Heinz, “Globalization and the Conversion of Democracy to Polycentric Networks: Can Democracy survive the End of the Nation State?”, en Ladeur, Karl-Heinz (ed.), *Public Governance in the Age of Globalization*, United States, Ashgate, 2004, p. 97.

Esta forma institucionalizada de organización, es de naturaleza intergubernamental, pues su dirección ejecutiva corresponde a los ejecutivos nacionales de los países miembros de tales organismos. Aunque evaden a los Parlamentos nacionales y la forma de los mismos, los gobiernos nacionales están mucho más alineados a las directrices y a sus jurisdicciones que a las que establece su propio ordenamiento jurídico nacional¹²⁶. Sin embargo, todas las organizaciones de este tipo poseen las siguientes características¹²⁷:

1. Están integradas por dos o más estados soberanos como miembros, quienes signan su estructura, responsabilidades y poderes en el Tratado que les da vida.
2. Los altos funcionarios de los gobiernos nacionales que participan en ellas, lo hace dependiendo el rubro del área de su campo de especialización (comercio, finanzas y valores, medio ambiente, migración). Es decir, la representación del Estado sucede a través de sus Ministros de Economía, Hacienda, Relaciones Exteriores, etc., a cargo del área a tratar.
3. Institucionalizan la toma de decisiones estatales y la supervisión en la forma de gobernar, señalando la periodicidad de sus reuniones, la forma de la toma de decisiones, las sanciones, y produciendo normas vinculatorias internacionales para sus miembros, de conformidad con las reglas dispuestas en los tratados o convenciones internacionales que les dieron origen. Una vez formalizada la membresía del Estado-nación y convocada la reunión del organismo, el alto funcionario representante oficial de los intereses nacionales ante dicha organización comienza a trabajar formalmente en ella, para negociar y alcanzar acuerdos que serán reportados a las legislaturas nacionales y a los gobernados de su país.
4. Provee una burocracia necesaria para asegurar la estabilidad de su administración, al contar con oficinas centrales o personal permanente, para ello.

¹²⁶ *Ibidem*, pp. 93-94.

¹²⁷ *Cfr.*, Volgy, Thomas et. al., "Identifying Formal Intergovernmental Organizations", *United States of America Journal of Peace Research*, 2008, Number 6, Vol. 45, pp. 851-852.

5. Posee una estructura gubernamental, compuesta por un secretariado permanente o alguna otra forma institucionalizada, que monitorea o reporta las acciones de sus miembros e incluso organiza la operación y ejecución de la voluntad colectiva de sus miembros.

La Organización Mundial del Comercio (OMC), la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la Organización para los Estados Americanos (OEA), la Corte Penal Internacional (CPI), la Unión Europea (UE), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, son algunos ejemplos de este tipo de organizaciones, la Organización para la Cooperación para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).

B. Organismos Internacionales con base en un marco de Cooperación (Olc's)

No todos los organismos internacionales públicos son creados mediante la firma de los instrumentos jurídicos llamados tratados o acuerdos internacionales. Existen también, aquéllos que nacen con base en un marco de Cooperación o relaciones transgubernamentales, con diversos objetivos como: la estabilidad financiera, la reducción de la pobreza, la facilitación del comercio internacional, o como palanca de financiamiento para sortear las crisis económicas.

La membresía o pertenencia a estas organizaciones deriva de los valores económicos y políticos comunes que comparten, sus miembros. Están integradas por los Jefes de Estado o de gobierno de los Estados-nación que son miembros de ellas.

El desarrollo de sus trabajos se realiza mediante discusiones informales y bajo un marco organizacional ligero y flexible, acordado por lo menos. El resultado de los trabajos realizados se traduce en recomendaciones o promulgaciones de códigos de modelo o fijación de metas y estándares para solucionar los problemas abordados en el seno de la institución. Por lo cual, se les observa como actores directos en la elaboración y toma de decisiones de la gobernanza en la arena global.

A este tipo de organizaciones se les etiqueta como “modelos club” de las instituciones internacionales. Ejemplos de estos organismos internacionales son el G-20 o Grupo de los 20, así como el G-7 o Grupo de los 7.

Aunque en el momento de su creación nacen bajo la acogida de las Naciones Unidas, quien mediante sus Resoluciones correspondientes les da vida, el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial (BM), después formalizaron su nacimiento a través de un Convenio constitutivo respectivo, que les otorga su status de organismo internacional, se les considera por su origen como un ejemplo de este tipo de organizaciones.

C. Organizaciones Regulatoras originadas en Redes transgubernamentales informales basadas en un Acuerdo Ejecutivo por sus siglas (ORedii's)

Este otro tipo de organizaciones queda enmarcado en el contexto de las *redes de gobierno dentro del marco de un Acuerdo Ejecutivo (negociado únicamente por altos funcionarios del gobierno)*.

Es una forma de gobierno que surge fuera de una institución formal internacional, en la que sus miembros operan dentro de un marco acordado al menos por los titulares de sus gobiernos. Algunos estudiosos como Lorenzo Casini, incluso a esta forma de organizaciones las denomina *redes transgubernamentales*, las cuales no son más que las diferentes maneras en que las instituciones gubernamentales de manera individual, interactúan con sus contrapartes, acompañadas de las interacciones tradicionales de Estado con Estado¹²⁸.

Sus principales características son la ausencia de una estructura formal y obligatoria para la toma de decisiones y el *predominio de la cooperación informal entre los reguladores estatales que participan en el seno de dichos Comités o Agencias creados*¹²⁹. Sus reuniones son *ad hoc*, con la participación de oficiales de bajo nivel, empresarios e inversionistas. Se discuten temas de preocupación común.

Ejemplos de estas redes con el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (BCBS, siglas en inglés) creado en 1974, el Comité interino del Fondo Monetario Internacional, los cuales están integrados por los Ministros de Finanzas y Hacienda de sus miembros.

¹²⁸ Cfr., Casini, *op. cit.*, nota 121, pos. 2729.

¹²⁹ Cfr., Kingsbury, *op. cit.*, nota 122.

El resultado del trabajo de estos organismos son recomendaciones políticas, nuevas normas o estándares, códigos modelos hechos por secretarios de finanzas, gobernadores de bancos centrales y otros funcionarios gubernamentales responsables de los diversos aspectos de la política económica nacional de los miembros. Trabajos que son aprobados por los titulares de sus gobiernos a veces con un acuerdo informal o alguna comunicación conjunta¹³⁰.

D. Organizaciones Regulatoras originadas en Mecanismos de Cooperación y Coordinación intergubernamentales, internacionales y nacionales (OCC's)

Las organizaciones de esta clase se originan en las redes de gobierno espontáneas nacionales e internacionales, entre gobiernos, organismos internacionales, organizaciones políticas o cualquiera de las organizaciones formales-modernas que hemos venido exponiendo.

Asimismo, esta clase de organizaciones surgen, fuera de cualquier marco jurídico formal o acuerdo intergubernamental sea tratado o Acuerdo Ejecutivo, reconocido por el Derecho Internacional o Nacional, según sea el caso. Es decir, las reglas y los compromisos alcanzados a través de este tipo de organizaciones, quedan fuera del ámbito de aplicación y reconocimiento de las normas *hard-law* – sea Derecho Nacional o Internacional–, que les obligan a rendir cuentas, fundamentar jurídicamente sus acciones, así como la producción normativa o normas de *soft-law*, que originan en su diario actuar. Las redes gubernamentales a través de las cuales nacen esta clase de organizaciones son de diversas clases o tipos.

Estas redes intergubernamentales espontáneas dan nacimiento a las OCC's a través de reuniones de trabajo o cumbres que son convocadas por sus propios miembros y que puede ser mediante:

- Reuniones de trabajo entre Estados-nación que han celebrado previamente entre ellos tratados o mecanismos de cooperación jurídicamente reconocidos

¹³⁰ Cfr., Slaughter, Anne-Marie, "Global Government Networks, Global Information Agencies, and Disaggregated Democracy", en Ladeur, Karl-Heinz (ed.), *Public Governance in the Age of Globalization*, United States, Ashgate, 2004, pp. 131-132.

por el derecho internacional; reuniones de trabajo que no están calendarizadas o previstas en dichos tratados, pero que son la ocasión idónea para establecer nuevos mecanismos de coordinación o cooperación. Ejemplo de ellas son las reuniones bilaterales o trilaterales que han dado origen a la Alianza para la Seguridad y prosperidad de América del Norte (ASPAN)¹³¹ en 2005 y las que han celebrado recientemente entre los gobiernos de Estados Unidos de América y México, que a su vez han dado origen a nuevos mecanismos de Cooperación¹³². Mecanismos que son dados a conocer mediante *Declaraciones Conjuntas* en las que se establece el calendario de reuniones, las obligaciones pactadas y los actores que participaran en su desarrollo e implementación.

- Reuniones de trabajo entre Estados-nación que han celebrado previamente tratados internacionales o mecanismos de cooperación multilaterales y jurídicamente vinculantes por el Derecho Internacional, bajo los cuales se apoyan para crear nuevos mecanismos de cooperación y coordinación en áreas de seguridad, economía, y combate al narcotráfico¹³³ (SFC, Iniciativa Mérida)

¹³¹ La ASPAN nació como un proceso trilateral calificado de permanente, que tenía el objetivo de ser evaluado por los Mandatarios cada seis meses. Por medio de esta alianza se marcaron los temas a discutirse en los rubros de prosperidad y seguridad, así como las autoridades gubernamentales de los tres países que llevarían la coordinación general del proyecto, su operación y seguimiento. Igualmente se determinaron los Secretarios y Subsecretarios de Estado, quienes como “Líderes Operativos” serían responsables de la presentación de los resultados alcanzados, mediante Planes de Acción semestralmente. Para mayor información puede consultarse el sitio web del ASPAN, disponible en <http://www.sre.gob.mx/eventos/aspan/faqs.htm>.

¹³² Dentro de estas reuniones, destaca la reciente reunión de trabajo entre los titulares de los gobiernos de México y de Estados Unidos de América, que dio como resultado la Declaración conjunta del 02 de mayo de 2013, mediante la cual se establecieron dos *nuevos mecanismos de coordinación*. El primero fue el *Diálogo Económico de Alto Nivel*, encabezado a nivel de gabinete, en el que participarán las dependencias correspondientes de ambos países, señalándose además que sesionarían por primera vez en el otro de 2013, y posteriormente anualmente. Finalmente el segundo mecanismo de coordinación establecido fue el *Foro Bilateral sobre Educación Superior, Innovación e Investigación*, coordinado también por las autoridades competentes de cada Estado, apuntando que sería a nivel subsecretario o equivalente, y con la participación de expertos profesionales, técnicos y líderes educativos, con reuniones a comenzar en 2013. Disponible en <http://saladeprensa.sre.gob.mx/index.php/es/comunicados/2578-138>

¹³³ Tal es el caso de la Iniciativa Mérida celebrada entre México y los Estados Unidos de América, por un lado. Y por el otro, el Financial Stability Forum (FSF), creado en 1999 por los Ministros de Hacienda y los gobernadores de los Bancos Centrales del G7, siguiendo las recomendaciones del entonces presidente del Banco Central Alemán. El FSF nació como un nuevo mecanismo para mejorar la cooperación entre los cuerpos supervisores nacionales e internacionales financieros y las

- Cumbres de encuentro entre representantes del poder Ejecutivo, Judicial o Legislativo con sus pares a nivel mundial, convocadas por ellos o por algún Organismo Internacional reconocido o bajo el amparo de convenios internacionales de cooperación o incluso de Mecanismos de Cooperación previamente aceptados. Los acuerdos finales de estas cumbres, a través de los cuales comunican los acuerdos, obligaciones, compromisos y metas a alcanzar quedan inscritos en las Declaraciones Finales o Conjuntas que se emiten, como sucedió en la *Cumbre de Presidentes de Cortes Supremas, Constitucionales y Regionales*¹³⁴, organizada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. Estas declaraciones algunas veces, significan el primer paso hacia la futura institucionalización de los Mecanismos de Cooperación a través de instrumentos vinculatorios internacionalmente, como es el caso del *Proyecto Mesoamérica*¹³⁵.

instituciones financieras internacionales, y así promover la estabilidad en el sistema financiero internacional. Para mayor información, puede consultarse el sitio web del FSF disponible en <http://www.financialstabilityboard.org/about/history.htm>

¹³⁴ La Declaración final de esta cumbre del 09 de noviembre de 2013, medularmente señala que a través de dicha Cumbre se propició un amplio diálogo sobre temas legales y se alcanzó de manera consensuada el compromiso de los participantes para:

- Desarrollar jurisprudencias que incorporen el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a fin de potenciar su protección.
- Se reconoce la existencia de un Pluralismo Jurídico y se expresa la tendencia para favorecer a través de los fallos de los órganos jurisdiccionales, el cumplimiento de mecanismos de protección a grupos vulnerables, de acuerdo a la identidad cultural de cada nación. También se reconoce la tendencia de que las autoridades están adoptando medidas para asegurar el respeto progresivo a los derechos económicos, sociales y culturales, según el marco normativo de cada Estado-Nación.
- Intensificar el diálogo jurisdiccional entre las diversas Cortes para alcanzar una armonización del Derecho nacional con el internacional. Lo cual implica, compartir los criterios, prácticas, sentencias o resoluciones que tomen en cuenta estándares internacionales en derechos humanos –lo cual significa la introducción del trasplante legal jurisdiccional–, para considerarlos como ejemplo a seguir.
- Plantear dentro de cada Corte la pertinencia de participar en la generación de parámetros comunes básicos apegados a la universalidad de los derechos humanos, que faciliten el intercambio de criterios, prácticas, sentencias o resoluciones que ilustren o dejen ilustrar a las diversas Cortes. Por lo que, cada Corte seleccionará los estándares internacionales que le permita generar datos útiles para el ejercicio de sus funciones.
- Posiblemente elaborar parámetros comunes según las particularidades de cada Corte, que faciliten el intercambio de acciones jurisdiccionales relevantes en materia de Derechos Humanos, con base en normas y principios internacionales.

Disponible en <http://www.sitios.scjn.gob.mx/cumbre/?q=noticias/242>

¹³⁵ Proyecto que en propias palabras de la Comisionada Presidencial del gobierno de Costa Rica, Embajadora de dicho país en México, Gioconda Ubeda, en su participación con el tema “Mesoamérica / Sistema de la Integración Centroamericana”, dentro de la conferencia realizada el

- Reuniones de trabajo a nivel nacional entre Ejecutivos locales, o entre el Poder Ejecutivo Federal y los partidos políticos nacionales, sobre las cuales buscan acordar conjuntamente la presentación y aprobación de iniciativas y reformas al ordenamiento jurídico nacional, que sean cimientos de políticas públicas benéficas en materia económica, social, de acceso a la justicia, democracia, e innovación tecnológica¹³⁶ para la población de la que son sus mandatarios.

Visto lo anterior, politólogos como Slaughter, clasifican estas redes en dos tipos. El primer tipo, está conformado por aquellas redes que se institucionalizan a sí mismas como organizaciones reguladoras transgubernamentales, cuyos miembros fundadores establecen oficinas locales o subnacionales en alguna provincia o establecen reguladores estatales¹³⁷. Este tipo de organización opera con un mínimo de infraestructura física y legal y bajo pocos objetivos a alcanzar. Asimismo, ninguna de sus metas es legalmente obligatoria para sus miembros, pues carecen de mecanismos que las hagan obligatorias o las implementen.

Y finalmente el segundo tipo de redes intergubernamentales, abarcan acuerdos entre organismos reguladores de 2 o más países, los cuales institucionalizan canales que regulan la cooperación entre países específicos.

E. Organizaciones Reguladoras Privadas Internacionales Lucrativas (INGO's)

día 6 de octubre de 2009 en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, “no es un proceso regular típico de cooperación, sino uno informal, creado a instancia de *Mandatos Presidenciales* entre las naciones participantes. Tales naciones son representadas por Comisionados Presidenciales que no están formalmente reconocidos en estructura ni legislación nacional alguna de las partes en dicho proyecto. Proyecto que fue heredero del Plan Puebla Panamá (PPP) y cuyos inicios, coincidimos con la citada Comisionada Presidencial costarricense fueron totalmente informales, fue institucionalizado mediante el Acta que lo institucionaliza en su artículo primero como “Proyecto de Integración y Desarrollo de Mesoamérica (Proyecto Mesoamérica)” de fecha 29 de julio de 2009. Cabe mencionar que en dicha acta de institucionalización que no tiene la naturaleza jurídica de tratado o convenio internacional, se determinó de manera puntual su organización, las facultades de cada una de las instancias creadas, los grupos de trabajo, las Cumbres o reuniones a realizarse, así como la entrega de reportes de trabajo y presentación de resultados.

¹³⁶ Ejemplos de ellos son la Confederación Nacionales de Gobernadores o CONAGO y el Pacto por México.

¹³⁷ Slaughter, *op. cit.*, nota 130, p. 133.

Este tipo de organizaciones comprende a las corporaciones transnacionales o multinacionales (TNCs o MNCs por sus siglas en inglés), las calificadoras de riesgo crediticias sobre deudores públicos y privados, las Federaciones y Organismos Internacionales Deportivos y las Empresas Certificadoras, por cuyo trabajo diario emiten normas no vinculatorias o *soft-law* que obedecen el resto de actores y subsistemas sociales de la sociedad mundial.

Por lo que se refiere a las corporaciones multinacionales, son un claro diseño funcional al servicio de la economía global, pues su impacto va más allá del comercio internacional y las transferencias internacionales de capital y personal.

Estas compañías de origen estadounidense, se expandieron después de la Primera Guerra Mundial *mediante una integración horizontal y vertical en el mundo, adoptando para ello una forma de organización multidivisional; forma que fue trasplantada a las compañías europeas, como parte de las políticas instauradas durante la reconstrucción europea, tras la Segunda Guerra Mundial*¹³⁸.

No obstante, el avance e innovación tecnológica que provocó el surgimiento del nuevo espacio industrial de *flujos de información que reunían y separaban al mismo tiempo sus componentes territoriales*¹³⁹. Así como la maximización de la *productividad originada en la innovación, y la competitividad derivada de la flexibilidad, durante la década de 1990, urgieron a estas empresas a satisfacer sus necesidades mayores ganancias a la subcontratación de trabajadores en red y a tiempo flexible*¹⁴⁰, lo que a su vez condujo a estas corporaciones transnacionales a adoptar como nueva forma de organización interna, la actual Organización-Red.

La Organización-Red de una corporación transnacional, comprende una red interna entre la propiedad intelectual que posee y que esta resguarda por sus oficinas centrales y la red contractual que tiene con sus socios manufactureros – empresas filiales o subcontratadas que proveen, fabrican y distribuyen las

¹³⁸ Cfr., Lundan, Sarianna M., “The Coevolution of Transnational Corporations and Institutions”, United States of America, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Summer 2011, Number 2, Volume 18, pp. 639-640.

¹³⁹ Pues tal y como lo afirma Castells, el desarrollo de la comunicación en los últimos dos lustros del siglo XX, permitieron la disociación de la proximidad espacial y la realización de las funciones de la vida cotidiana, lo cual a su vez permitió la diversificación de los lugares de trabajo para una gran parte de la población. Cfr., Castells, *op. cit.*, nota 27, p. 427.

¹⁴⁰ Cfr., Castells, *op. cit.*, nota 26, p. 376.

mercancías de la TNC, en localidades diversas de las oficinas centrales de la organización-red–.

Esta reorganizada corporación transnacional o multinacional y sus redes, trabajan en torno a una compañía matriz que controla y administra a sus subsidiarias –proveedoras, fabricantes o distribuidoras– *a través de los contratos que celebra con ellas. Estos contratos, son diferentes y especiales, según las necesidades particulares de cada mercado en que se localicen tales filiales*¹⁴¹. De igual modo, *ejerce control sobre sus filiales, mediante las acciones cuya propiedad comparte y está garantizada por las leyes corporativas, mercantiles y de propiedad de los Derechos Nacionales de los Estado-nación en que se asientan*¹⁴².

La empresa transnacional a fin de manejar adecuadamente su expansión global –la cual depende del conocimiento y las transferencias tecnológicas internas de la organización, representadas en sus áreas de Desarrollo e Investigación–, y los flujos y relaciones de comunicación con sus subsidiarias y accionistas, ha institucionalizado sus procesos en nuevas formas de normatividad corporativa al interior de su organización-red, denominados *Códigos de Conducta*¹⁴³ o Corporativos, normas y cultura corporativa también entendida como Responsabilidad Social.

Tales instrumentos contienen normas suaves o *soft law*, que a pesar de que no corresponden a la noción básica del Derecho nacional y vinculante, deben ser cumplidas al interior de la compañía y sus ramas corporativas, con base a una expectativa legítima declarada por la empresa transnacional.

Sin embargo, el valor agregado que poseen estos códigos de conducta o buenas prácticas al regular el establecimiento y el funcionamiento de los procesos de toma de decisiones (normas de organización y procedimiento) y la codificación de los límites de la organización con relación a las libertades y derechos civiles de

¹⁴¹ Lundan, *op. cit.*, nota 138, p. 642.

¹⁴² *Cfr.*, Calliess, Galf-Peter and Mertens, Jens, “Transnational Corporations, Global Competititon Policy, and the Shortcomings of Private International Law”, United States of America, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Summer 2011, Number 2, Volume 18, p. 846.

¹⁴³ Lundan, *op. cit.*, nota 138, p. 647.

sus integrantes (derechos fundamentales)¹⁴⁴, es el ser replicados por las instituciones nacionales de las localidades en donde ubican a sus subsidiarias – como la certificación de sus actividades con la ISO 9000, o la utilización de sistemas de administración homogéneos como el software SAP, por citar algunos ejemplos–. Lo cual, conduce a estos Códigos a ser considerados creadores de leyes globales sin intervención estatal.

Por lo que se refiere a las empresas o agencias calificadoras de riesgos crediticios, éstas son empresas hoy multinacionales o transnacionales, producto de la era industrial de principios del siglo XX.

Las cuales, desde sus inicios se dedicaron a *proporcionar únicamente dentro del territorio estadounidense, a los inversionistas la información necesaria para hacer inversiones exitosas, a cambio del pago de un modelo de suscripción para tener acceso a dicha información proporcionada*¹⁴⁵.

La primera calificadora que *surgió fue Moody's en 1909, seguida en 1916 por Standard and Poor's, y en 1924 por Fitch Publishing Company*¹⁴⁶. Estas calificadoras se constituyeron como simples compañías americanas que vieron en la combinación de datos estadísticos complejos, un novel nicho de negocio en la valoración de créditos.

Negocio que creció firmemente hasta 1970, momento en el que inesperadamente la empresa ferroviaria más grande del mundo, *Penn Central Transportation Co.* colapsó, debido a que ninguna de las tres Agencias Calificadoras citadas, los previno sobre la quiebra inminente, al haber calificado sus títulos con valoraciones que entre ellas discrepaban. Motivo que orilló a los inversionistas, a dudar sobre cuál de dichas valoraciones era la correcta para vender o conservar los valores en sus manos; evento por el cual, emergió el concepto de *riesgo del crédito* en la escena financiera y en las mentes de los inversionistas y que ha marcado la quiebra y crisis de las naciones occidentales a partir de esa década.

¹⁴⁴ Cfr., Teubner, Günther, The Corporate Codes of Multinationals: Company constitutions beyond corporate governance and co-determination, disponible en http://www.jura.uni-frankfurt.de/ifawz1/teubner/dokumente/CorporateCodes_eng.pdf

¹⁴⁵ Cfr., Abdurakhmanova, Sofya, "Using unsolicited ratings to regulate the credit rating Agencies", United States of America, *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, 2013, Vol. XVIII, p. 454.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 455.

Ante este acontecimiento en 1975, el gobierno americano a través de la Comisión Supervisora del Mercado de Valores (Securities Exchange Commission, SEC por sus siglas en inglés), decidió reconocer a las agencias calificadoras de valores como *organizaciones de valoración estadística nacionalmente reconocidas*¹⁴⁷ (NRSROs por sus siglas en inglés), determinando lo que significaba exactamente *grado de inversión (investment grade)*, con la finalidad de que solamente las valoraciones de las NRSROs fueran las únicas valoraciones legalmente válidas que podrían utilizarse en la regulación de los mercados financieros de títulos y valores, tanto a nivel estatal como el federal.

En la actualidad la mayoría de las reglas de inversión y regulatorias están basadas en las valoraciones a los títulos de crédito proporcionadas en su mayoría por las tres ya citadas agencias calificadoras que tienen presencia en todo el mundo, en su forma de empresas multinacionales calificadoras de riesgos crediticios. Las funciones de estas agencias calificadoras como organizaciones reguladoras privadas internacionales lucrativas, son:

1. *Proporcionar opiniones sobre la probabilidad de incumplimiento*¹⁴⁸ o *expectativas de pérdidas de compañías, gobiernos y una amplia gama de instrumentos financieros*. Estas opiniones son las calificaciones de los valores y se estandarizan en su mayoría en categorías, de las cuales la más alta se conoce como *grado de inversión* y la más baja como *grado especulativo*¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Estas organizaciones eran otorgantes de los permisos reglamentarios y los vigilantes del mercado de bonos, en virtud de que sus valoraciones estaban hechas de conformidad con la información más simple y accesible para inversionistas y oferentes. Los oferentes piden a uno o más NRSROs valorar sus bonos, a fin de que esta valoración refleje las tasas estandarizadas que están en correlación con el costo de capital del oferente. Una valoración alta asignada significa mayor liquidez, menor costo de capital y un amplio potencial para el inversionista. *Ibidem*, p. 456.

¹⁴⁸ La probabilidad de incumplimiento es lo que se conoce como "*riesgo de crédito u otros riesgos*", por ejemplo las tasas de riesgo de intercambio o las tasas de interés de riesgo que no son cubiertas por las opiniones de estas agencias calificadoras, *Cfr.*, Johansson, Tobias, "Regulating credit rating agencies: The issue of conflict of interest in the rating of structured finance products", United Kingdom, *Journal of Banking Regulation*, 2010, Number 1, Vol. 12, p. 2.

¹⁴⁹ Las calificaciones más conocidas son AAA y Aaa, las cuales simbolizan la probabilidad más baja de incumplimiento en los sistemas de calificación utilizado por las dos más grandes agencias calificadoras S&P y Moody's. *Idem*.

2. *Desempeñar la función de un ente certificador, en relación con la regulación de valores previamente establecida, cuyos estándares son vistos como un sello oficial de aprobación*¹⁵⁰.
3. *Al proporcionar las clasificaciones de valoración, proveen una estandarización –reduce los problemas derivados de diferentes normas e instrumentos financieros pertenecientes a emisores de valores de diversas jurisdicciones–, que facilita la administración del riesgo interno del mercado de valores, pero también se vuelve una fuente de homogenización y una amenaza a la estabilidad general del mercado, derivado de la disminución de la confianza del inversionista en sus calificaciones*¹⁵¹.

Estas actividades que cumplen el objeto de regular y estandarizar los valores de los mercados financieros a nivel mundial, han sido en cierta forma *normas suaves* o *soft law* que a pesar de no ser coercitivas ni obligatorias como lo son las normas vigentes de cada Estado, han sido obedecidas, consultadas y utilizadas por los inversionistas particulares y gubernamentales –representantes de las compañías en que tiene participación el Estado o del Estado-nación a nombre propio–, en razón de la confianza y credibilidad que las caracteriza.

Derivado de la crisis económica de 2008, a nivel global gobiernos, empresas multinacionales, la academia, organismos internacionales, organizaciones privadas internacionales lucrativas y no lucrativas, comenzaron a cuestionar estas funciones en cuanto a la imparcialidad, certeza y confiabilidad, que propiciaban a los mercados y economías mundiales. Estos debates, concluyeron que las causas del debilitamiento de las valoraciones o reglas estandarizadas que emitían estas agencias calificadoras en todo el mundo y que ha planteado su regulación global eran:

1. La falta de normas que regulasen su actividad de manera transparente y confiable.
2. La presencia del conflicto de intereses.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 3.

¹⁵¹ *Idem*.

3. La valoración de venta que proporcionan sobre los títulos que califican. Incluso, el día 13 de mayo de 2013, la Unión Europea aprobó mediante las modificaciones 69/12 y 70/12 a las Directivas y regulación correspondientes que norman la actividad de las agencias de calificación crediticia, una nueva reglamentación que busca aumentar la transparencia y mitigar el riesgo de los conflictos de intereses, que como hemos explicado con antelación encaran las agencias calificadoras hoy día.

Esta innovadora normatividad tuvo su origen en las dificultades que las tres agencias más influyentes en todo el mundo impusieron con sus calificaciones a varios países de la euro zona, lo cual deterioró su credibilidad en los mercados e impidió la financiación de sus deudas naciones a tasas razonables, provocando el declive drástico de sus deudas e ingresos.

Entre las más importantes modificaciones, se encuentran la obligación de los emisores de productos financieros que contratan y por tanto pagan a las calificadoras por las calificaciones crediticias, a cambiar de agencia cada cuatro años y a contratar al menos dos agencias calificadoras crediticias.

Igualmente, una misma agencia calificadora queda imposibilitada a volver a calificar los productos de un mismo emisor durante un periodo igual, al de la duración del contrato ya vencido, es decir durante más de cuatro años. Asimismo, se introduce la cláusula de revisión sobre la posible extensión de la rotación obligatoria a otros instrumentos en el futuro. De igual modo, se les reconoce el derecho a los inversionistas a reclamar una indemnización a la agencia de calificación, en caso de que sufriesen una pérdida debido a una infracción cometida por dicha agencia.

En cuanto a las revisiones de deuda soberana, se establece que obligatoriamente deben ser revisadas cada seis meses, en lugar de los doce meses que preveía la regulación comunitaria europea¹⁵².

En el caso de nuestro país, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, como entidad financiera competente, les reconoce a las tres mencionadas agencias calificadoras transnacionales, a través de sus oficinas constituidas conforme a las

¹⁵² http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ecofin/137078.pdf

leyes mexicanas, y a las que en un futuro autorice como tales, la calidad de Instituciones Calificadoras, registradas por la Comisión en el Anexo 01-B de la Circular Única de Bancos¹⁵³.

Agencias, cuyas calificaciones de valoración de riesgo, obliga a su utilización y consulta por parte de todas las Instituciones de banca y crédito múltiple y de desarrollo -comprendidas en el artículo 2 de la Ley de Instituciones de Crédito-, con fundamento en el artículo 2 Bis 23 de la Circular Única de Bancos. Reconocimiento que supone el reconocimiento expreso a cumplir el soft law que las referidas agencias calificadoras producen en su actividad diaria.

En cuanto a las empresas o agencias certificadoras de alimentos *Kosher o Kashrus*¹⁵⁴, son empresas privadas –en cuya organización se integran Rabinos, tecnologías alimentarias y supervisores con la experiencia y los recursos necesarios para vigilar el cumplimiento de las leyes Kosher– que buscan comprobar la calidad, la limpieza, la pureza y la salubridad de los alimentos a comercializarse en los diversos mercados tanto nacionales como mundiales.

Incluso algunas certificadoras Kosher –la mexicana, *Kosher Maguen David* y la norteamericana, *IKC "International Kosher Council"*, la inglesa KIR "Kosher certification", por citar algunas–, certifican además de los establecimientos en los que se producen y comercializan los alimentos, como restaurantes, panaderías, pescaderías, supermercados, carnicerías, tortillerías, los servicios de hoteles, de hospitales –incluso la elaboración de medicamentos denominados puros–, de spas y los servicios de banquetes, estos últimos únicamente por evento o día.

¹⁵³ Publicada en el DOF el día 02 de diciembre de 2005, y que ha sufrido constantes reformas, es una circular que compila como un solo instrumento jurídico las disposiciones aplicables a las Instituciones de Crédito expedidas por la CNBV, a fin de sistematizar su integración y homologar la terminología utilizada, a fin de brindar con ello certeza jurídica en cuanto al marco normativo al que las mencionadas entidades financieras deberán sujetarse en el desarrollo de sus operaciones, lo que también habrá de facilitar la consulta, cumplimiento y observancia de las disposiciones que les resultan ser aplicables.

¹⁵⁴ La palabra hebrea "Kashrut" se refiere a las leyes dietéticas judías, que se deriva de la palabra "Kosher", que significa apto o apropiado. El Kashrut se refiere a un sistema de revisión de alimentos de acuerdo al ritual judío y cuyo significado está determinado por un conjunto de criterios religiosos prescritos en la Tora (Pentateuco). Definición disponible en <http://www.kosher.com.mx/kosher.php>

Las leyes Kosher están establecidas en la Tora, y su inspección tiene como fin, la certificación de los alimentos que benefician al cuerpo y el alma, y con ello ayuden a obtener un equilibrio físico y mental.

El proceso de certificación tiene una duración de entre tres y cuatro meses, aunque puede llevar más tiempo según las particularidades del producto o proceso productivo o de servicios a certificar.

En la mayoría este tipo de certificadoras, el procedimiento para la obtención de dicha certificación y por tanto de la incorporación del símbolo Kosher en sus productos y en la comercialización de estos, consiste en los siguientes pasos¹⁵⁵:

1. La solicitud del inicio del procedimiento de certificación a través del llenado del formato proporcionado en el sitio web de la certificadora, el cual una vez concluido habrá que enviar mediante el mismo medio a la certificadora.
2. La certificadora Kosher contactará por mail o telefónicamente al solicitante para comenzar el proceso de revisión.
3. El solicitante proveerá una lista de todos los ingredientes y los nombres de los proveedores que participan en la elaboración del producto.
4. La certificadora, revisará los datos y calculará el cobro de los honorarios por la supervisión, la emisión del sello y certificación Kosher correspondientes, que enviará al solicitante.
5. La certificadora iniciará una primera inspección, la cual incluirá una revisión a través de todos los ingredientes, así como también de los equipos de procesamiento y de manufactura.
6. La certificadora comunicará los resultados de la inspección y los procesos a corregir, así como los proveedores que deberán excluirse, cuando así lo amerite el caso, al solicitante para que este a su vez, corrija en aras de obtener la certificación correspondiente.
7. Una vez hecha las correcciones por parte del solicitante, la certificadora emitirá la correspondiente certificación y la autorización para que a partir de esa fecha

¹⁵⁵ <http://www.star-k.org/ind-advantages-kosh101.htm>, <http://www.kosher.com.mx/kosher.php>, <http://www.ikckosher.com/contact.HTML>, <http://www.ka-kosher.com/>, <http://www.koshercertification.org.uk/GTC.html>

el símbolo Kosher, sea utilizado en la comercialización de los productos, al incluirse en los empaques, sitios de promoción -locales y sitios de internet- y en la página web de la empresa certificadora, quien mediante alertas comunica al consumidor el momento en que los productos antes certificados han dejado de cumplir con su respaldo.

En la mayoría de este tipo de certificadoras de alimentos y servicios, cada una de ellas, se declara la más confiable, la única autorizada por el rabino más importante de Israel, o aquella cuya certificación tiene una aceptación no sólo en el país en el que es otorgada, sino a nivel mundial.

Todas las certificadoras Kosher al fundamentar su certificación en el cumplimiento irrestricto de las leyes de la Tora, como ordenamiento normativo único -aunque religioso y moralmente obligatorio para la comunidad judía - por parte de los fabricantes, otorgan a dicha certificación y símbolo Kosher, la naturaleza de productos de soft law o normas suaves, a las que los fabricantes de productos y servicios, se someten voluntariamente para posicionarse en el mercado mundial y con ello, incrementar sus ventas e ingresos.

Sin embargo, ninguna de las referidas certificadoras Kosher sigue normas o reglas jurídicas emitidas por tal efecto por las leyes fitosanitarias de cada territorio en que se constituyen. Mucho menos ninguna de estas empresas esta supervisada por autoridad nacional o internacional alguna plenamente reconocida por el Derecho, incluso no existe normatividad que regule su actividad, sancione sus omisiones y responsabilidades frente al consumidor y el fabricante, cuando efectivamente la certificadora está deteriorando con su certificación el consumo de otros productos, afectando con ello los precios del mercado y la economía nacional. Urgiendo entonces su regulación nacional e internacional, así como su correspondiente transparencia.

Si bien es cierto, el sello Kosher que emiten cada una de estas empresas certificadoras posiciona a los productos y servicios de consumo como *de alta calidad, saludables y naturales*, frente a los riesgos que enfrentan las industrias agrícolas y de alimentos a nivel global. Algunos de estos riesgos, que han sido

sorteados por dichas empresas, son las pandemias de enfermedades virales en animales y vegetales, como la gripe aviar, la salmonela, y la enfermedad de las vacas locas, por citar algunos ejemplos.

Actualmente no sólo los consumidores judíos buscan que los productos y servicios que van a consumir sean Kosher, sino también musulmanes, vegetarianos, budistas, mormones, cristianos, es decir el público global en general, ante la falta de credibilidad en los procesos de supervisión y carente sofisticación, que cada Estado hace a través de sus autoridades fitosanitarias de estos bienes de consumo.

Ahora bien, por lo que respecta a la International Accounting Standard Board (IASB por sus siglas en inglés) o Consejo de Normas Internacionales de Contabilidad, es un organismo que está bajo la supervisión de la International Financial Reporting Standards Foundation o Fundación del Comité de Normas Internacionales de Contabilidad (IFRS Foundation¹⁵⁶, por sus siglas en inglés), encargado del desarrollo de un *conjunto único de normas de información financiera legalmente exigibles y globalmente aceptadas, comprensibles y de alta calidad, basadas en principios claramente articulados*. Normas *soft law* que a partir del año 2012 han sido requeridas para cumplimentarse en México¹⁵⁷, a través del Consejo Mexicano para la Investigación y Desarrollo de Normas de Información Financiera, A.C. (CINIG)¹⁵⁸ constituido en el año 2002, como una organización híbrida a nivel nacional, pues *cuenta con la participación de instituciones financieras privadas e instituciones públicas, como la Secretaría de Hacienda y Crédito Pública y la Secretaría de la Función Pública, como asociados*.

¹⁵⁶ *Organismo no lucrativo del sector privado global*, cuyos fondos para financiar los trabajos del IASB, provienen del financiamiento que recibe de los regímenes financieros de cada país, según su Producto Interno Bruto, así como también de las aportaciones que sufragan algunas compañías, y consultorías financieras y contables internacionales, además de los recursos provenientes de sus publicaciones y actividades relacionadas)

¹⁵⁷ Disponible en <http://www.ifrs.org/The-organisation/Documents/2013/Who-We-Are-Spanish-2013.pdf>

¹⁵⁸ Este Consejo sustituyó en junio de 2004 a la Comisión de Principios de Contabilidad (CPC) del Instituto Mexicano de Contadores Públicos, quien durante más de 30 años, desempeñó esta función. Cabe mencionar que en el mes de abril de 2003, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores determinó que las empresas registradas en la Bolsa Mexicana de Valores, estaban obligadas a preparar su información financiera siguiendo las normas establecidas por el CINIF. Disponible en http://www.cinif.org.mx/nosotros_funciones.htm

Lo destacable de esta normatividad financiera, reside en que es cumplimentada sin ser obligatoria a nivel nacional e internacional, tanto por las empresas transnacionales, consultoras financieras, instituciones financieras, como por gobiernos donadores como Alemania, China, Corea, Estados Unidos de Norteamérica, Canadá, Reino Unido, Arabia Saudí, y Brasil, por citar algunas. En el caso de México, aunque nuestro país no ha participado de manera directa como donante de recursos en la IFRS Foundation, ha aceptado su requerimiento en la contabilidad financiera de los participantes del mercado bursátil y bancario nacional.

Por lo que toca la Federación Internacional de Asociaciones de Fútbol –FIFA por sus siglas en inglés–, encargada de regular la actividad deportiva del fútbol a nivel mundial, destaca por ser una asociación o empresa privada, constituida conforme al Derecho Suizo en 1904, con sede en Zúrich, Suiza, cuyos fines lucrativos son a todas luces visibles, ya que se integra a su vez por 208 asociaciones nacionales de fútbol.

A fin de realizar sus tareas y objetivos, se organiza a través de un Congreso (órgano legislativo), un Comité Ejecutivo (realiza funciones de un órgano ejecutivo), una Secretaría General (ejecuta funciones administrativas) y Comisiones (auxilian al Comité Ejecutivo con sus labores).

La FIFA se rige por sus Estatutos y su reglamento, los cuales equivalen a una Constitución estatal para dicho órgano deportivo. De estos dos ordenamientos derivan leyes básicas mundiales sobre el fútbol, así como las reglas de las competencias, las transferencias de los jugadores, los asuntos de dopaje.

Normas suaves o de *soft law* que inciden directamente en los ordenamientos jurídicos nacionales o supranacionales –como la Unión Europea–, de donde son originarias las Federaciones Nacionales de fútbol que la componen. Normas que como hemos señalado con antelación han sido objeto de discusión y reconocimiento por parte de algunos órganos judiciales, como sucedió en el caso T-193/02 ante el seno del Tribunal de Primera Instancia Europeo¹⁵⁹. Incluso sus normas y reglamentaciones son objeto de estudio y difusión a través del Centro Internacional

¹⁵⁹ Caso explicitado en la introducción de este trabajo, que consta en página IV y cuya resolución jurídica se cita en la nota 10 de este trabajo de investigación.

para Estudios sobre el Deporte (CIES por sus siglas en inglés) en el cual se imparte algunos estudios de posgrado¹⁶⁰, para entender y dominar dichas reglamentaciones.

F. Organizaciones Reguladoras Privadas Internacionales No-Lucrativas (INNGO's)

Este tipo de innovaciones no gubernamentales internacionales (ONGI o INNGO's por sus siglas en inglés), que en número existen al menos 25,000 y cuyo interés está basado en sus alcances organizacionales con respecto a los problemas sociales y políticos en los que se especializan¹⁶¹, reciben muchas veces los nombres de sector no lucrativo, sector independiente, sector de caridad o tercer sector. Son organizaciones relacionadas a movimientos sociales, muchos de ellos anti-globalizadores, que esencialmente son movimientos globalizadores que se oponen al dominio y los efectos de la globalización del subsistema social de la economía¹⁶², en cuya membresía incluyen organizaciones locales débiles de países del tercer mundo.

Esta clase de organización es el ejemplo más exitoso del actor social que muchas veces trabaja en conjunto y otras en contra de los Estados, los Organismos Internacionales y las multinacionales, toda vez que funge como la consciencia de justicia social de la humanidad mundial.

A su vez, este tipo de organizaciones se autodefinen como *grupos de interés público, dedicados al fomento de los intereses de los pobres, los enfermos, los oprimidos o por la tierra misma, intereses que no están representados y que son despreciados por cualquier asociación con intereses de grupos, como los grupos industriales o de acción política, fundados por sus miembros para fomentar sus intereses particulares en procesos políticos pluralistas*¹⁶³. Incluso fundaciones como

¹⁶⁰ Uno de estos posgrados en la Maestría de la FIFA denominada "Maestría internacional en Administración, Derecho y Humanidades del Deporte", y el otro es la "Maestría en Derecho Deportivo", disponible en <http://www.cies.ch/es/education/about-cies-education/>

¹⁶¹ Cfr., Stichweh, *op. cit.*, nota 40.

¹⁶² Cfr., Meyer, *op. cit.*, nota 50, p. 267.

¹⁶³ Cfr., Slaughter, Anne-Marie, "International Law and International Relations", Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1923-2010, T. 285, The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 2000, p. 98.

el Foro Económico Mundial de Davos, el Foro Boao para Asia, y el Comité Olímpico Internacional, son organizaciones no lucrativas de interés público.

Hasta antes de 1945, las organizaciones no gubernamentales no tenían reconocimiento jurídico alguno nacional o internacional. Fue hasta que las Naciones Unidas en su artículo 71 de su Carta, les reconoció de manera general su existencia:

El Consejo Económico y Social podrá hacer arreglos adecuados para celebrar consultas con organizaciones no gubernamentales que se ocupen en asuntos de la competencia del Consejo. Podrán hacerse dichos arreglos con organizaciones internacionales y, si a ello hubiere lugar, con organizaciones nacionales, previa consulta con el respectivo Miembro de las Naciones Unidas.

En 1946 el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas (ECOSOC por sus siglas en inglés), al implementar su sistema de relaciones formales con las INNGO's las describió como:

“... any international organization which is not created by intergovernmental agreement”

Sin embargo, dichas definiciones seguían siendo vagas, por lo que, el ECOSOC en 1996, a través de la Resolución E/1996/96, 1996/31 párrafo 12, logró alcanzar una definición más puntual sobre las organizaciones no gubernamentales, al concebirlas como:

“... Any such organization that is not established by a governmental entity or intergovernmental agreement shall be considered a non-governmental organization for the purpose of these arrangements, including organizations that accept members designated by governmental authorities”.

Es decir una organización no gubernamental internacional es una innovación compuesta de miembros ciudadanos o asociaciones de uno o más países e incluso empresas multinacionales, y cuyas actividades están determinadas por la voluntad o interés común de sus miembros en respuesta a las necesidades de uno o más países con los que la organización coopera.

Existen tres modelos de INNGO's¹⁶⁴, de acuerdo a la actividad que realizan de crítica y controversia, las cuales son:

1. *INNGO's facilitadoras institucionalistas con el Estado-nación*, participan en el debate de los intereses que fomentan, los cuales son confrontados con las políticas, técnicas y procesos estatales. Facilitan los procesos de negociación, al discutir en espacios abiertos la información que investigan y desarrollan sobre las políticas públicas gubernamentales en debate, lo cual asegura la continuidad de las políticas gubernamentales. También realizan actividades de monitoreo como observadores de la celebración e implementación de tratados internacionales en áreas prioritarias para la humanidad como las ambientales, el respeto a los derechos humanos y el acceso a la justicia.
2. *INNGO's activistas en contra del Estado-nación*. Esta clase de organización no gubernamental está cimentada en las redes transnacionales de abogados unidos bajo valores compartidos, un discurso común y por el intercambio de información, que además luchan contra el abuso del poder del Estado-nación.
3. *INNGO's movilizadoras del poder del mercado, creadoras de leyes autónomas*. No son consideradas como grupos de interés público, sino grupos de interés que actúan mediante el boicot o amenaza del boicot al consumo. Los boicots se dirigen al consumidor, para que éste se movilice y tome acción directa en contra del consumo de bienes provenientes de la corporación que los produce. La meta es, causar un daño a la corporación e incluso a la economía nacional e internacional, para que tanto las empresas como el Estado-nación cambien la conducta perjudicial que realizan en contra del consumidor-ciudadano. El resultado de la actividad de esta INNGO es la producción de nueva regulación a través del mercado, mediante la promulgación de *códigos voluntarios de conducta –soft law–*, para que las multinacionales los adopten y aseguren con ello su calidad de ciudadanos globales responsables. Asimismo, estas INNGO's pueden participar en el

¹⁶⁴ *Ibidem* pp. 100-114.

monitoreo del cumplimiento y compromiso por parte de los sujetos involucrados de estos códigos de conducta. Incluso, en algunas ocasiones, este tipo de INNGO's son buscados por las propias multinacionales y Estados para que funjan con sus aliados invaluable en sus campañas de mercados y les den la legitimidad necesaria.

Es decir, su participación en el establecimiento de agendas, negociaciones de resultados, así como su atribución de legitimador social y la implementación de soluciones, representan las principales actividades que modifican las normas y procesos nacionales e internacionales, previamente establecidos y reconocidos por el Derecho, en la toma de decisiones y elaboración de nuevas reglas.

Derivado de estas actividades, es que hoy existen muchas voces que piden respecto a estas innovaciones organizacionales, un mayor compromiso con la *transparencia*¹⁶⁵ en las donaciones que, y de quienes las recibe, a fin de que sus fines originales no estén comprometidos por los de sus donadores, y como responsable del ejercicio que hace de su participación ciudadana en la sociedad civil mundial.

Algunos tipos de estas exitosas organizaciones en la neo-institucionalización global son Amnistía Internacional, Greenpeace, grupos ambientalistas, organizaciones de derechos humanos, Transparencia Internacional, e incluso los

¹⁶⁵ La transparencia tiene muchos significados y usos. Puede referirse a la transparencia financiera (la capacidad de la organización para asegurar y administrar sus recursos financieros), a la transparencia organizacional (la manera en que regula su organización interna, mediante procesos legítimos y transparentes), a la transparencia hacia sus donantes, y la transparencia como respuesta a sus beneficiarios, por los cuales nació la organización. *Cfr.*, Jenkins, Garry, W., *Nongovernmental Organizations and the forces against them: Lessons of the Anti-NGO movement*, United States of America, Brooklyn Journal of International Law, 2012, Number 2, Vol. 37, p.510.

Foros Económicos de Davos¹⁶⁶ y de Boao¹⁶⁷, así como el Comité Olímpico Internacional¹⁶⁸ –OIC, por sus siglas en inglés–, el cual junto con algunos Estados-nación ha creado la Agencia Mundial de Anti-dopaje –*World Antidoping Agency*, WADA por sus siglas en inglés–.

G. Organizaciones Reguladoras Híbridas (OH)

Son *organizaciones nacidas de la participación conjunta entre entes privados* – asociaciones de la sociedad civil, empresas transnacionales, organizaciones no gubernamentales lucrativas y no lucrativas, mecanismos de cooperación y coordinación, redes transgubernamentales informales basadas en un Acuerdo Ejecutivo–, y *Estados*¹⁶⁹ –actuando a nombre propio o mediante los Ministerios o

¹⁶⁶ Fundado en 1971 como el Foro de Administración Europeo, y cuyo actual nombre fue adoptado en 1987. Este foro está integrado por 1,000 *empresas miembro* –cada una de las cuales factura más de cinco mil millones de dólares y son líderes en su región o ramo industrial–, por *asociados estratégicos* –integrados por las 100 compañías líderes globalmente de las diversas regiones e industrias seleccionadas para su posicionamiento con el compromiso del Foro para mejorar la situación del mundo. Colaboran de manera cercana con el Foro para el establecimiento de la agenda y las reuniones, así como en la elaboración y publicación de las decisiones de negocios, compartiendo las mejores prácticas y comprometiendo a los accionistas de las empresas, más allá de los objetivos comerciales– y *asociados industriales* –empresas de los sectores de la construcción, aviación, tecnología, turismo, alimentos y bebidas, ingeniería y servicios financieros, entre otras– que conocen los problemas mundiales que mayormente afectan a su sector industrial.

El foro es una plataforma de discusión crítica en el que anualmente se reúnen líderes empresariales, de gobierno y de la sociedad civil, quienes a través del intercambio de ideas y diálogo disciernen los incipientes cambios que exige la sociedad mundial. Cambios en torno a los cuales se llegan a acuerdos contenidos en Iniciativas que son comunicadas en dicha reunión y a través de la publicación de los Reportes anuales. Para mayor información consultar su sitio web, disponible en <http://www.weforum.org/>

¹⁶⁷ Es una organización no lucrativa que reúne a los líderes de gobierno, negocios y académicos en Asia y otros continentes para compartir su visión sobre los temas más importantes en esta región dinámica y en el mundo. Tiene el mismo modelo que el Foro Económico Mundial de Davos, con la diferencia de que se desarrolla en Bo'ao China, y su Secretariado está localizado en Beijing. Este foro busca promover una mayor integración económica asiática desde su nacimiento en 1998 Para mayor información consultar su sitio web, disponible en <http://english.boaoforum.org/>

¹⁶⁸ Esta organización al igual que la FIFA es una organización constituida como una Asociación, reconocida por el Consejo Federal Suizo, de acuerdo con el acuerdo vigente a partir del 1º de noviembre del año 2000. Sin embargo, en su misma naturaleza radica su diferencia, ya que el OIC es una organización no gubernamental sin fines de lucro de duración ilimitada, según lo dispone el numeral primero del artículo 15 de la Carta Olímpica, encargada de regular el movimiento olímpico mundial.

Asimismo, el referido artículo 15, pero en sus siguientes numerales, señala que para la realización total de su misión y responsabilidades establecidas en dicha Carta Olímpica, el OIC, tendrá la facultad de establecer, asumir o ejecutar cualquier control sobre entidades jurídicas como fundaciones o corporaciones creadas para tal efecto. Disponible en http://www.olympic.org/Documents/olympic_charter_en.pdf

¹⁶⁹ Cfr., Kingsbury, *op. cit.*, nota 122.

Secretarías de Estado que los representan– u Organizaciones Internacionales intergubernamentales. Este tipo de organizaciones, existen tanto nacionales como transnacionales.

Este tipo de organizaciones, representan un claro ejemplo de como el uso de los instrumentos provenientes del Derecho Privado e incluso normas de *soft law* son de aplicación vigente y cumplimiento obligatorio a nivel global, sin ser coactivas, para llenar los vacíos de algunas funciones públicas del Estado-nación.

Estas lagunas administrativas nacionales, han dejado de ser cubiertas por el Estado debido en primer lugar a su incapacidad para adecuarse a las transformaciones que está sufriendo por la participación de diversos actores nacionales y globales en la elaboración de normas. Y en segundo lugar, a causa del incesante crecimiento de los fenómenos sociales y ambientales, tecnológicos y económicos que urgen nuevas reglas, para satisfacer el bien común de los ciudadanos que habitan su territorio, sino los de todo el mundo, actualmente interconectado.

Entre las organizaciones de este tipo transnacionales que destacan, están la Organización Internacional de Normalización (ISO por sus siglas en inglés), la Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN, por sus siglas en inglés), las certificadoras de bosques –Forest Stewardship Council (FSC, por sus siglas en inglés), el Codex Alimentarius Commission, y la Agencia Mundial de Antidopaje –*World Antidoping Agency, WADA* por sus siglas en inglés, y el Consejo Internacional de Museos, ICOM por sus siglas en inglés, por citar algunos ejemplos.

Por lo que se refiere a las organizaciones híbridas mexicanas, destacan el Secretariado Ejecutivo del TLCAN, el Consejo Mexicano para la Investigación y Desarrollo de Normas de Información Financiera, A.C, (CINIG), como ejemplos.

En general, todas estas organizaciones híbridas compuestas por sus propios miembros nacen a instancias de los fines, intereses y objetivos que las partes que convienen asociarse creando estas organizaciones, persigan y tienen las siguientes características:

1. Son constituidas como Asociaciones, Fundaciones u Organizaciones con carácter nacional o Internacional, a través de la suscripción de sus

Estatutos o al Amparo de algún artículo de un tratado internacional del que los miembros sean partes.

2. De acuerdo al lugar en que tendrán su sede, reconocen su personalidad jurídica, conforme al Derecho vigente del lugar en que tendrán su sede principal, como es el caso para la WADA Suiza, para la CINIG México, para la ICOM, París.
3. En esos Estatutos establecen su denominación, duración, objetivos, metas, financiamiento, quienes serán sus miembros. También designan sus órganos de gobierno y administración, además de los instrumentos jurídicos que se originarán conforme a dichos Estatutos, que tendrán carácter vinculatorio para los miembros de dichas organizaciones. De igual modo establecen las reglas de operación, discusión, participación de dichos miembros, las clases de miembros, sus derechos, responsabilidades, sanciones, así como los mecanismos de cooperación y trabajo de la organización híbrida con otros tipos de organizaciones, incluso los Estados-nación.
4. Buscan cumplir con sus objetivos a través de diversas funciones y roles que desempeñan a nivel global, que invariablemente inciden en las normas nacionales de los Estados-nación, mediante:
 - a. El establecimiento de estándares que de acuerdo a los objetivos de cada organización híbrida serán: éticos, profesionales, médicos, comerciales, de calidad, alimenticios, culturales, entre otros. (*gobernanza o governance global*)
 - b. La emisión de un amplio número de normas suaves o instrumentos de *soft law*, que incluyen recomendaciones, resoluciones, estándares, guías, códigos de conducta, códigos de ética, reglamentos, acuerdos sectoriales voluntarios e incluso sentencias que resuelven la controversia presentadas ante los cuerpos

judiciales¹⁷⁰ reconocidos dentro de cada organización híbrida, cuyos efectos vinculatorios afectan a sus miembros.

- c. Funciones de monitoreo y supervisión en cuanto al cumplimiento de los instrumentos de soft law, emanados en el seno de la organización híbrida, que complementan las regulaciones nacionales existentes o llenan las lagunas en las legislaciones de los Estados-nación o en el actuar diario de las organizaciones-miembros, como es el caso de la WADA con el OIC y la FIFA.
 - d. El objetivo de sus reglamentos, códigos de conducta, lineamientos, y guías es establecer un marco normativo armonizado que sea cumplimentado por el sector privado y el sector gubernamental (Estados-nación), en cuyas actividades incidan dichas regulaciones o *soft law*.
5. Finalmente, una de sus funciones principales es formar profesionistas y conocimiento especializado estandarizado y reconocido a nivel mundial, para ser cumplido en la esfera nacional y global.

3. *El Estado-nación*

El vocablo de *Estado* en su origen, después denominado *Estado-nación*, es una invención histórica, surgida como un aparato central de dominación, decisión y control, mediante la jerarquía por coacción y la organización compleja, que hoy día está sujeto a transformaciones que han conducido a hablar de su fragmentación.

Empero, el Estado es también una innovación estructural, que como tal, abordaremos con profundo análisis en el capítulo siguiente capítulo.

4. *La Gobernanza o New Public Management*

¹⁷⁰ Tal es el caso del Tribunal de Arbitraje para el Deporte o Court of Arbitration for Sport, CAS por sus siglas en inglés. Así como también ocurre ante los paneles de arbitraje estipulados en el TLCAN.

El término *governance* nació entre los siglos XVII o XVIII en la lengua española, inglesa y francesa¹⁷¹. En la actualidad se le relaciona con una forma de gestión pública implementada en la mayoría de los Estados nacionales en el orbe mundial.

El hecho de calificar a la gobernanza como una innovación estructural radica en su utilización a partir de su introducción y uso amplio con mayor difusión en la década de 1980. Pero habremos de profundizar en ello en el siguiente capítulo.

5. El Contrato

El contrato en su conceptualización de innovación estructural de la sociedad mundial se presenta a manera de una clase de meta-regulación y mecanismo instrumental idóneo del sistema multinivel de la gobernanza para crear nuevas reglas. Como tal, el contrato debe cumplir el objetivo de la meta-regulación, es decir tratar de alinear el Derecho contractual con la riqueza del Estado y las metas de inclusión social para coordinar su regulación con otros sistemas regulatorios, en lo cual, profundizaremos en el siguiente capítulo.

III. LOS EVENTOS ACCIDENTALES DE LA SOCIEDAD MUNDIAL MODERNA MULTIDIMENSIONAL EN TORNO AL NUEVO ESTADO ADMINISTRADOR-RED

Los *eventos accidentales*, son en términos de Stichweh aquellos *mecanismos complementarios que han motivado a partir de los siglos XV y XVI el dinamismo de la sociedad mundial*. Estos eventos son 1) la difusión global de los patrones institucionales, 2) la interrelación mundial y 3) la descentralización en función de los

¹⁷¹ La connotación actual de gobernanza o *governance* es utilizada a nivel internacional en el reporte del Banco Mundial de noviembre de 1989, denominado “El África subsahariana: de la crisis al desarrollo sustentable. Una perspectiva de largo plazo”, al referirse a ella como “buen gobierno o *governance* basado en una reforma política”. En 1993 el vocablo fue utilizado por la Agencia para el Desarrollo de los Países de Ultramar del gobierno británico al reconceptualizarlo como *good governance*. Posteriormente la Comisión de Ayuda al Desarrollo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) lo incorporó en muchas de sus recomendaciones. Finalmente el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) al utilizarlo en 1997 se convierte en su principal promotor al incluirlo en sus políticas de fomento al desarrollo sustentable. Sin embargo, fue el sector privado en los años ochenta a través del vocablo de *corporate governance* (gobierno corporativo o gobernanza corporativa). Aguilar Villanueva, Luis F., *Gobernanza y gestión pública*, México, Fondo de Cultura Económica, 2009, pp. 82-83.

sistemas. Sin embargo, deberíamos agregar otros dos eventos, que son 4) la globalización como proceso cultural y 5) los avances tecnológicos de información y comunicación.

1. La difusión global de los patrones institucionales.

La palabra *difusión*, proviene del verbo difundir, entendido como la acción de extender, esparcir, propagar o divulgar conocimiento, noticias, actitudes, costumbres, modas, etc.¹⁷² Sin embargo como término investigado por la sociología, la antropología y la comunicación, se concibe como *un fenómeno relacional, que nace cuando una innovación estructural es comunicada a través de ciertos canales a los miembros de un sistema social*¹⁷³.

Para William Twining, la difusión es *aquel cambio, influencia o interacción*¹⁷⁴, al que define como:

[A] bipolar relationship between two countries involving a direct one-way transfer of legal rules or institutions through the agency of governments involving formal enactment or adoption at a particular moment of time (a reception date) without major change...¹⁷⁵.

Entonces, la difusión puede definirse como *aquél proceso racional, cultural y espacial mediante el cual influencias externas establecidas y previamente teorizadas – reglas o instituciones, analizadas y estudiadas por teorizadores, científicos y organismos públicos– en un sistema social, determinarán las formas internas dentro del sistema social adoptante*¹⁷⁶, quien debe ajustar o adoptar de manera formal dichas reglas o instituciones en un momento particular del tiempo.

Para que determinados patrones estructurales como lo fueron en los siglos XIX y XX *la política de libre mercado, el Darwinismo social, la planeación económica, el respeto a los Derechos Humanos, el multilateralismo liberal, la*

¹⁷² Diccionario Real de la Academia Española disponible en http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=TEST

¹⁷³ Krücken, *op. cit.*, nota 51, pp. 136-137.

¹⁷⁴ *Cfr.*, Twining, William, "Diffusion and Globalization Discourse", *Harvard International Law Journal*, Estados Unidos, 2006, Number 2, Volume 47, p. 510.

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 511.

¹⁷⁶ Krücken, *op. cit.*, nota 51, p. 137

*privatización, las instituciones de educación masiva y la soberanía nacional*¹⁷⁷, puedan ser difundidos aceleradamente en una sociedad homogénea como la nuestra, deben haber sido teorizados previamente.

Lo anterior, en razón de que, a través de la teorización ejecutada por los científicos llamados teorizadores, se *desarrolla de manera autoconsciente patrones modelo de relaciones, y se especifican categorías culturales abstractas*, como cadenas de causa y efecto¹⁷⁸. Es decir, la teorización, se presenta como una estrategia para darle sentido al mundo, que constituye finalmente un mecanismo de la difusión.

Así pues, los modelos generales teorizados globalmente, posibilitan la homogeneidad de la sociedad mundial moderna y red, ya que facilitan la comunicación, la influencia, la interacción y las relaciones entre actores apenas relacionados. Con lo cual, inducen a procesos de difusión global, más amplios e interrelacionados, es decir, fomentan la diseminación de las innovaciones a nivel global sobre las organizaciones formales modernas, el individuo, el Estado, la gobernanza, por señalar algunos ejemplos.

La propagación rápida de cualquier novedad institucional que repercute en la construcción de identidad de cualquier Estado-nación, al mismo tiempo que genera su homogenización con el resto del mundo globalizado, dificulta precisar claramente su diferenciación funcional que lo distingue del resto de países.

En el subsistema del Derecho, la difusión global de estos patrones institucionales ha afectado descomunadamente a los ordenamientos jurídicos nacionales, quienes han venido adoptando los nuevos patrones institucionales, mediante la introducción de trasplantes legales sobre instituciones, figuras o conceptos jurídicos en su norma suprema o Constitución nacional.

2. La interrelación o incrustación global

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 138.

¹⁷⁸ *Ibidem*, pp. 140-141.

La interrelación mundial o en sus acepciones inglesas, *global interrelatedness* o *global embeddedness* es aquel mecanismo necesario para describir y explicar el dinamismo social que reina en nuestra sociedad.

Este mecanismo complementario, ilustra los enlaces creados por la *comunicación* constante o interconexión entre las localidades o nodos –territorios o Estados-nación– en los que se diseminaron las innovaciones estructurales mediante la difusión global, y la globalización, como dos puntos enlazados en el espacio de la red. Una red representada en la sociedad mundial.

La interrelación global y local, *implica un constante intercambio simétrico y asimétrico que ocurre no sólo entre estos dos, sino entre todos los participantes de la sociedad mundial, quienes repetidamente están en contacto entre ellos*¹⁷⁹. Es en estas relaciones de intercambio en las que se puede observar la diferenciación funcional que separa lo global de lo local.

Asimismo, la incrustación de lo global en el territorio local, requiere de la participación individual de los Estados-nación para obtener para sí, beneficios en la red de la sociedad mundial. Tal y como lo ha venido haciendo, al implementar mecanismos que transforman los asuntos locales como la inversión, el capital y la economía en globales, *mediante modificaciones de leyes, reglas, principios procesales en los tribunales, y órdenes dictadas por el Poder Ejecutivo*¹⁸⁰.

Para que ocurra la interrelación entre lo local y lo global, deben cumplirse las siguientes condiciones:

1. Debe existir el compromiso del Estado-nación en la implementación de los procesos globales dentro de su territorio o fronteras físicas delimitadas y reconocidas por la comunidad internacional.
2. El Estado-nación debe mostrar su disposición de ampliar los sectores de intercambio más allá de los que hubiese en el presente aceptado, a través de propuestas que formule al resto de los nodos globales de la sociedad actual¹⁸¹.

¹⁷⁹ Stichweh, *op. cit.*, nota 45.

¹⁸⁰ Sassen, Saskia, *A Sociology of Globalization*, New York, W. W. Norton & Company, 2007, pp.49-50.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 56.

3. La creación de canales de intercambio estructurales masivos, mediante los cuales opera, estableciendo las condiciones sobre las que los gobiernos y los ciudadanos puedan actuar en este nuevo mundo entre ellos y los otros nodos multidimensionales de la sociedad mundial¹⁸². Los dos canales más importante de intercambio estructural que implica la interrelación global son:
 - a. Las ciudades globales o *megaciudades*¹⁸³: surgidas dentro de un territorio con dinamismo transurbano, en el que la ciudad es una estructura compleja que puede articular una variedad de procesos transfronterizos y reconstituirlos como una condición parcialmente urbana. Este tipo de ciudad no puede ser localizada simplemente en una jerarquía de escala que la coloca debajo de lo nacional, regional y global. La ciudad es el nodo que une lo global y lo local dentro de un espacio de tierra determinado¹⁸⁴
 - b. El ciberespacio.
4. La transformación o desdibujamiento de las fronteras territoriales y naturales, en nuevas fronteras, cuyo origen no está resguardado por el Estado-nación como su centro a partir del cual se mide la extensión de dichas fronteras. Por el contrario, las nuevas fronteras tienen varios centros, a partir de los cuales su extensión va más allá de la línea geográfica internacionalmente reconocida por los tratados dentro de la red global de la sociedad mundial actual, regida por un Derecho global que a su vez está fragmentado en regímenes institucionales y legales transnacionales¹⁸⁵.

3. La descentralización en función de los sistemas.

La descentralización funcional, es un término sociológico que medularmente distingue entre el centro/periferia, jerarquizando al mismo tiempo entre civilizado

¹⁸² *Ibidem*, pp. 95-96.

¹⁸³ Calificativo dado a este tipo de ciudades por Manuel Castells, cuya explicación y ejemplificación se hizo previamente en este trabajo a nota de pie de página número 83.

¹⁸⁴ Sassen, *op. cit.*, nota 180, p. 102.

¹⁸⁵ Es la propia Saskia, quien define a los regímenes transnacionales como "...external reach of their jurisdiction along issue-specific rather than territorial lines, and which claim a global validity for themselves". *Ibidem*, p. 224.

(centro)/no civilizado (periferia), división a la que recurrió Wallerstein¹⁸⁶ para explicar el sistema mundial.

Este modo de diferenciación propuesto por Wallerstein, según Stichweh, fue definido como la globalización del mundo premoderno, en cuyo ámbito la interacción de las sociedades a nivel mundial era un fenómeno raro, ya que eran escasos los contactos posibles entre el centro y la periferia.

Sin embargo, durante la evolución de los sistemas sociales nacionales premodernos, se fueron erosionando los centros en tales sistemas, debido a la interacción de este mecanismo con *la difusión global y la interrelación global*, tal y como hoy lo observamos, con la multiplicidad de centros económicos, sociales, culturales y jurídicos presentes en la sociedad mundial moderna.

La erosión de estos centros ocurrió primero en los sistemas que constituían la primera diferenciación de la sociedad mundial, es decir, dentro de las sociedades líderes jerarquizadas, que en un principio tuvieron puntos privilegiados, pero que con el paso del tiempo y debido al éxito de los procesos de imitación o el crecimiento de redes, fueron desapareciendo (descentralización funcional).

Siguiendo a Stichweh, en nuestra sociedad actual, la descentralización funcional ocurre dentro de la multiplicidad de centros que se enlazan con otros nodos de la misma sociedad. Pero su presencia puede replicarse ilimitadamente a través de las redes –múltiples enlaces- que realiza, sin que por ello se llegue nuevamente a la homogeneidad que implica la centralización funcional¹⁸⁷.

4. La globalización como proceso cultural

A la globalización como evento accidental, se le relaciona íntimamente con la difusión o propagación global de los patrones institucionales entre diversos sistemas

¹⁸⁶ Para Wallerstein, los países del centro son los países desarrollados y ricos (explotadores), mientras que los países de la periferia están integrados por las naciones no desarrolladas y pobres (multitudes explotadas). No obstante, al mismo tiempo Wallerstein puntualiza que los países de la periferia ocupan de manera temporal la categoría de semi-periféricos, mientras eventualmente se mueven hacia arriba en el centro o hacia abajo en la periferia; movimientos que obedecen a la relatividad de su economía y al poder político de cada sociedad individual. *Cfr.*, Savchenko, Andrew, "Constructing a World fit for Marxism, Utopia and Utopistic of Professor Wallerstein", *American Journal of Economics and Sociology*, Estados Unidos, 2007, Number 5, Volume 66, p. 1034.

¹⁸⁷ Stichweh, *op. cit.*, nota 48.

sociales. Son variadas las perspectivas o definiciones en torno a ella, incluso algunas de ellas se remontan a su origen y evolución histórica¹⁸⁸, a fin de explicarla como un fenómeno social que ha sufrido una constante evolución que hasta hoy, sigue incidiendo en nuestro sistema social.

Algunas de estas definiciones como las de Keohane y Nye Jr., incluso han recurrido a otros conceptos sociológicos para explicitar este evento social, como el de *interdependencia*. Pues, para dichos autores, no debemos hablar de globalización, sino de globalismo –clase o tipo de interdependencia–. Lo anterior, en razón de que el globalismo es una condición relativa que puede incrementarse o disminuirse, con base en las redes de conexiones o múltiples relaciones de interdependencia, dentro de un contexto de distancias multicontinentales, entre países o actores cuyos efectos recíprocos son aceptados.

Otras definiciones como la de Robert Boyer, definen a la *globalización* como *la unificación política del mundo... e integración de las sociedades mundiales en un sistema global, político y económico dirigido por un poder amplio, así como un proceso socio – cultural como punto central de un solo mundo... movimiento globalista que abarca ciudadanos mundiales*¹⁸⁹.

Por su parte, Stichweh describe al fenómeno de la globalización como *aqué emanado de las migraciones humanas, vegetales y animales, que consiste en ser la habilidad para cooperar entre supercolonias (países) a largas distancias culturales y sociales bajo la premisa de estructuras separadas, que otorga una ventaja evolutiva a la supercolonia dominante sobre las más pequeñas y localmente establecidas*¹⁹⁰.

¹⁸⁸ George Modelski, a través de una analogía que formula entre las distancias que había hace más de 6000 años, entre las civilizaciones como Mesopotamia, Roma, China, India y Grecia, y los territorios hasta los que llegaba su control, influencia y dominio, busca representar las características de las interacciones que en otrora regían al mundo antiguo. Características que son similares a las interacciones que ocurren dentro de nuestra sociedad mundial, específicamente entre los Estados-nación, organizaciones e individuos que la componen. Interacciones que siguen siendo desde siglos atrás intermitentes, indirectas, de influencia no solamente política y verdaderamente globales. Cfr., Modelski, George, "Globalization" en Held, David and McGrew, Anthony, *The Global Transformations Reader: An introduction to the Globalization Debate*, 2nd edition, Oxford, 2003, p. 55

¹⁸⁹ Boyer, Robert y Drache, Daniel, *States against Markets, The limits of Globalization*, Londres – Nueva York, Routledge, 1996, p.66.

¹⁹⁰ Cfr., Stichweh, *op. cit.*, nota 46.

Göran Therborn¹⁹¹ y John W. Meyer¹⁹² coinciden en cuanto a afirmar que la globalización tiene 5 dimensiones o tipos de discursos, de entre los que el cultural, es el que nos interesa abordar como evento accidental.

En principio Therborn, explica que la globalización en su discurso cultural está concentrada sobre los flujos comunicativos-culturales transnacionales y globales respecto a las formas simbólicas, imágenes sociales, niveles de vida, que desembocan en una uniformidad provocada por las nuevas formas de diversidad alcanzadas, mediante la *creolización o hibridización de las diferencias*. (p. 153)

Por su parte, Meyer, coincide con Therborn al reconocer a la globalización como *un proceso cuya dimensión de flujo expansivo de cultura institucional*, la convierte en un proceso cultural que se extiende más allá de la expansión actual y la intensificación de las interdependencias mundiales, a través de la difusión de *modelos mundiales comunes*¹⁹³ de orden social –que unifican las imágenes sociales, los niveles de vida, la comunicación, etc.–, para convertirse en un referente de autoridad en muchos escenarios sociales, fortaleciendo con ello la idea de un mundo cosmopolita universal.

Los modelos estandarizados comunes difundidos en la sociedad mundial y que constituyen la globalización cultural, incluyen la fijación de la identidad nacional a través de las constituciones nacionales en las que se insertaron además los modelos sobre desarrollo socioeconómico con políticas públicas nacionales que

¹⁹¹ Göran Therborn, señala que existen cinco discursos sobre la Globalización: “el primero es el económico-competencial, enfocada en la competencia intensificada y sus implicaciones sobre las empresas, los trabajadores y los Estados. El segundo es un discurso sociocrítico, mediante el cual se expresa una preocupación crítica con una reacción negativa en su contra, pues las consecuencias sociales negativas de la globalización, son en ocasiones alentadas por términos morales y religiosos fluctuantes dentro de la sociedad mundial. El tercer discurso es el académico, centrado sobre la impotencia del Estado para fijar el destino de la Economía global, lo cual es percibido por algunos académicos como el fin del Estado-nación. El cuarto es el cultural y el último el movimiento ecológico”. Cfr. Therborn, op. cit., nota 31, pp. 151-153.

¹⁹² Meyer, a su vez afirma que la globalización tiene 5 dimensiones: “la primera dimensión es la interdependencia política y militar entre un conjunto de Estados soberanos, la siguiente es la dimensión de relativa a la interdependencia económica entre los Estados-nación y las organizaciones públicas y privadas multilaterales e internacionales. Una tercera dimensión, continúa apuntando Meyer es la correspondiente al flujo expandido de personas individuales entre las sociedades, por medio de la migración socioeconómica transfronterizas. Una cuarta es la interdependencia expansiva de la cultura expresiva, mediante la comunicación global intensificada en donde todos los actores –Estados, empresas, ONG’s e individuos– y la última corresponde al flujo expansivo de la cultura instrumental”. Cfr., Krücken, op. cit., nota 51, p. 156.

¹⁹³ Cfr., Meyer, op. cit., nota 50, pp. 25-31.

imitan los discursos mundiales sobre la nueva organización gubernamental y sus mecanismos jurídicos –*gobernanza, contrato y soft law*–, así como políticas educativas, de salud, de respeto a derechos humanos y minorías –*indígenas, mujeres, gays, lesbianas y transgénero*– y progreso social.

Sin embargo, ante la ausencia de un actor colectivo legitimado (p. 159), que controle y establezca los citados modelos globalizados, los Estados-nación, las organizaciones pública y privadas nacionales e internacionales, y los individuos, son los *actores modernos*¹⁹⁴, quienes investidos de la instrumentalidad de ser considerados medios idóneos de participación ciudadana o *agency*¹⁹⁵, definen, crean y consultan no sólo las reglas colectivas representadas en estos modelos comunes de cultural instrumental, sino que también reconocen con ello, al mismo tiempo su existencia. Esta *participación ciudadana o actorhood*, finalmente debe reconocerse como el mecanismo principal, mediante el cual se difunde la globalización al imitarse las prácticas institucionales de la sociedad entre diversas localidades.

Por lo tanto, a manera de conclusión, la globalización como proceso cultural se define multidimensional, en razón de la existente percepción generalizada de vivir en un mundo común, en el que las enormes distancias entre sociedades locales se acortan a través de la incorporación de estándares universales (establecidos por la supercolonia dominante) y de la adopción de modelos institucionales y organizacionales (asumidos por las colonias pequeñas y locales), difundidos en la vasta amplitud de subsistemas sociales (política, economía, derecho, comercio, democracia, salud, educación, trabajo, bienestar, justicia) de nuestra sociedad mundial.

¹⁹⁴ Estos actores modernos como el Estado-nación, las organizaciones y los individuos, crean y consultan reglas colectivas según su ámbito competencial. Tal es el caso de los Estado-nación, quienes emplean definiciones comunes de las metas del Estado-nación, también sobre el desarrollo socioeconómico, la justicia, la equidad, se mueven hacia modos estandarizados de soberanía organizativa y cultural, como lo disponen las organizaciones transgubernamentales internacionales. Por su parte, las organizaciones formales-modernas, siguen patrones similares al estructurarse con la ayuda de consultores, cuyas reglas siguen al pie de la letra. Y finalmente los individuos, revisan las reglas del sistema para participar activamente y en concordancia con su individualidad en la vida social de la localidad. *Cfr.*, Krücken, *op. cit.*, nota 51, pp. 160-161.

¹⁹⁵ Agency es definida por el propio Meyer como “moral action and occurs with a great deal of universalized standardization”. *Ibidem*, p. 162.

5. Los avances tecnológicos de información y comunicación.

Hoy la simultaneidad otorgada por la comunicación erosiona la distancia y el tiempo en la sociedad mundial en red actual.

Sin embargo, esta instantaneidad es el resultado del binomio de crecimiento integrado por el conocimiento y la información, como elementos clave de la revolución tecnológica ocurrida después de la Segunda Guerra Mundial.

Esta revolución penetró todos los dominios de la actividad humana¹⁹⁶, mediante *la aplicación del... conocimiento e información a aparatos de generación de conocimiento y procesamiento de la información/comunicación* –aparatos como: las computadoras, los microcircuitos, microprocesadores, televisiones, grabadoras, la telefonía celular, las tabletas y el software, producidos por la microelectrónica, la informática, la optoelectrónica, la ingeniería genética y de materiales–, *en un círculo de retroalimentación acumulativo entre la innovación y sus usos*¹⁹⁷, *que enmarcan las nuevas tecnologías de la información.*

Las denominadas tecnologías de la información utilizan a la información como su materia prima esencial, es decir, actúan con base en la información producida en convergencia simultánea a través de la tecnología y en la generada

¹⁹⁶ Los ámbitos de la actividad humana que abarcó la última revolución tecnológica a partir del siglo XX, fueron la familia, la escuela, el gobierno, la empresa, la Universidad, como organizaciones sociales que modificaron su interacción al interior y entre ellas con la penetración del internet, la telefonía celular que no sólo incluía la comunicación vía telefónica sino que incluso exige la incorporación de nuevas aplicaciones para estar siempre comunicado a través de las innovadoras plataformas de redes sociales que han crecido exponencialmente a través de las computadoras, y las tabletas. Pues la sociedad mundial, no puede entenderse “...sin la interacción entre el desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y el intento de la antigua sociedad de reequiparse mediante el uso del poder de la tecnología para servir a la tecnología del poder...” Por ejemplo como el propio Castells lo señala: *La difusión de la televisión en las tres décadas que siguieron a la Segunda Guerra Mundial, creó una nueva galaxia de comunicación... el resto de los medios de comunicación fueron reestructurados y reorganizados en un sistema cuyo núcleo lo componían tubos de vacío y cuyo atractivo rostro era una pantalla de televisión. La radio perdió su carácter central, pero ganó penetración y flexibilidad... las películas se transformaron para acomodarse a las audiencias de la televisión... los periódicos y revistas se especializaron en profundizar su contenido o seleccionar su público. Se evolucionó de una sociedad de masas..., como resultado de las nuevas tecnologías de la comunicación que se centraron en la información diversificada y especializada... de modo que la audiencia se fragmentó cada vez más por las ideologías, los valores, los gustos y los estilos de vida”. Cfr., Castells, *op. cit.*, nota 27, pp. 79-372.*

¹⁹⁷ *Ibidem*, pp. 57-58.

dentro de la comunicación e interconexión interactiva y flexible de la sociedad mundial.

Y esta actividad la han desempeñado las tecnologías de la información, mediante la *innovación tecnológica* del último cuarto del siglo pasado, entendida ésta última como la *disponibilidad de aptitudes para definir un problema técnico y resolverlo, una mentalidad económica para hacer que esa aplicación sea rentable, y una red de productores y usuarios que puedan comunicar sus experiencias de forma acumulativa, aprendiendo a utilizar y crear*¹⁹⁸ *la tecnología*. Con lo cual, se dio paso a la flexibilización de reglas y procesos sociales, económicos, políticos y jurídicos, a fin de adaptarlos a las nuevas innovaciones estructurales.

La innovación tecnológica que condujo a la utilización de un lenguaje digital común, mediante el cual se genera, almacena, recobra, procesa y transmite el flujo de información –materia prima de la tecnología actual– y ha sido el vórtice del exponencial crecimiento de la comunicación e interdependencia global actual a través del ordenador, es el internet.

El internet se concibió a finales de la década de 1950 como una estrategia de financiamiento militar, bajo la batuta de la Agencia de Proyectos de Investigación Avanzada del Departamento de Defensa de Estados Unidos de América (DARPA, por sus siglas en inglés).

La idea original fue, diseñar *una red concebida como un sistema de comunicaciones invulnerables a un posible ataque nuclear ruso, haciendo a la red independiente de los centros de mando y control, de modo que las unidades del mensaje encontraran sus propias rutas, reuniéndose en un significado coherente en cualquiera de sus puntos*¹⁹⁹.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 63.

¹⁹⁹ La primera red fue llamada ARPANET, la cual comenzó a funcionar en 1969, mediante su apertura a los Centros de investigación que colaboraban con el Departamento de Defensa estadounidense- el primer nodo de ARPANET se estableció en 1969 en la UCLA, los siguientes nodos tanto en la misma UCLA, en la Universidad de Utah, en el MIT y en la Universidad de Harvard, hasta llegar a extenderse-. Son estos científicos quienes comenzaron a usarla para toda clase de propósitos comunicativos.

También en 1969 los laboratorios Bell, crearon el sistema operativo UNIX que permitía el acceso de un ordenador a otro, cuyo uso se extendió en 1983 a investigadores de Berkeley – financiados por ARPA–, quienes adaptaron a UNIX el protocolo TCP/IP, que hizo posible que los ordenadores se comunicaran, codificaran y decodificaran paquetes de datos que viajaban a una

Para el desarrollo, implementación y mejora de esta red, era necesario la participación de las redes científicas y de investigación de las Universidades pioneras en tecnología como lo fueron el Laboratorio Lincoln del Massachusetts Institute of Technology (MIT), el SRI, Palo Alto Research Corporation (fundada por Xerox), Laboratorios Bell de AT&T, la compañía de investigación donde se inventó el protocolo TCP/IP, etc.

Paralelamente a los esfuerzos militares y científicos por establecer una red informática de acceso público, surgió en la misma década de 1960 una contracultura informática irregular y relacionada con los movimientos liberales y utópicos sociales de la época denominados *piratas informáticos*. Quienes buscaron por medio del desarrollo del *módem*²⁰⁰, el acceso y uso de la red por parte de mayores sectores de la sociedad, así como la interconexión horizontal de la comunicación social.

La privatización que realizó en los últimos dos lustros del siglo pasado la National Science Foundation, de las principales operaciones de la red a favor de compañías como AT&T e IBM, marcó el inicio de la difusión a gran escala de la World Wide Web (www) como una red global, en cuyo seno las empresas, los gobiernos, las organizaciones modernas-formales, los individuos y los Estados-nación, crearon sus lugares o páginas virtuales, a través del lenguaje digital del hipertexto y las imágenes interactivas.

elevada velocidad en la red ya para entonces llamada internet. Con este avance, la conexión e interacción entre las redes locales con las regionales, fue exponencial a través de las líneas telefónicas y los ordenadores equipados con módems.

Es en el año de 1979, cuando tres estudiantes de la Universidad de Duke y de la Universidad de Carolina del Norte, no incluidas en ARPANET, crearon una versión modificada del protocolo Unix que permitió conectar ordenadores por la línea telefónica regular, el cual utilizaron para iniciar un foro en línea de discusión informática: Usenet. El cual, inmediatamente se convirtió en el primer sistema de conversación electrónica a gran escala. Estos inventores de Usenet News difundieron de forma gratuita su software en un folleto que circuló en la conferencia de usuarios Unix.

Para la década de 1980 la red de redes tomó el nombre de ARPA-INTERNET, y finalmente el de INTERNET, ambos respaldados por el Departamento de Defensa y manejada por la National Science Foundation. Las redes informáticas excluidas de ARPANET (reservada a las universidades científicas de elite en sus primeros estadios) encontraron el modo de comenzar a comunicarse entre sí por sus propios medios. *Ibidem*, pp. 384-386.

²⁰⁰ El *módem* fue inventado en 1978 por dos estudiantes de Chicago, Ward Christensen y Randy Suess, cuando intentaban encontrar un sistema para transferirse programas microinformáticos a través del teléfono, con el fin de evitar viajar en el invierno de Chicago entre sus emplazamientos distantes. Ya para el año de 1979 se difundió el protocolo XModem, y la tecnología sin coste alguno, porque su propósito era extender las capacidades de comunicación. *Ibidem*, p. 386.

Sitios virtuales en los que incluso, su interacción, contenido, acceso, difusión y estabilidad en la red, han quedado sujetos a algunas normas jurídicas que regulan y protegen sus actividades comerciales, educativas y de opinión en la red – protección de derechos de autor, libre expresión, propiedad intelectual, derechos del consumidor, derechos entre compradores y vendedores–, con los demás sujetos que interactúan con ellos.

Sin embargo, esta difusión mundial del uso y acceso a la red, no hubiera sido posible sin la presencia de *cambios en la reglamentación jurídica sobre el acceso a la banda ancha, así como de la difusión de ordenadores personales, de programas de software de fácil uso en la descarga, acceso y transmisión de datos e imágenes*²⁰¹. Incluso, el paso de una comunicación alámbrica a una inalámbrica, portable y en tiempo real, implicó una mayor expansión de la red, en todo el orbe, al significar una conectividad perpetua.

Asimismo, el creciente uso de las *redes sociales*²⁰², fomentado por esta constante evolución, ha encontrado en la población joven del mundo los mejores portadores de la difusión de esta innovación social. Pues los jóvenes al utilizar estas redes, se acostumbran a los nuevos modos de pensar, gestionar, actuar y comunicarse entre ellos y entre los otros actores mundiales –gobiernos, empresas,

²⁰¹ Castells, *op. cit.*, nota 37, p. 97.

²⁰² También denominadas *espacio sociales en la red*, en propias palabras de Castells “... se han multiplicado en contenido y disparado en número formando una sociedad virtual dispersa y extendida por la red... Facebook ha ampliado las formas de sociabilidad a redes de relaciones concretas entre personas identificadas de todas las edades; las unidades en línea emprenden todo tipo de proyectos... para usuarios de internet de menos de 30 años, las comunidades en línea están creciendo rápidamente como una virtualidad real integrada en otras formas de interacción en una vida diaria cada vez más híbrida...” Castells, además precisa que “... las nuevas tecnologías... están fomentando el desarrollo de espacios sociales de realidad virtual que combinan socialibilidad y experimentación con juegos de rol... como Second Life... los residentes... han reproducido algunas características de nuestra sociedad, incluso muchas de las peores, como las agresiones y las violaciones... además Second Life es propiedad de Linden Corporation y las propiedades virtuales pronto se convirtieron en un negocio rentable, hasta el punto de que el Ministerio de Hacienda de US (IRS) empezó a desarrollar planes para gravar los dólares Linden convertibles en dólares estadounidenses... algunas universidades han establecido un campus en Second Life... hay experimentos para utilizarlo como plataformas educativas, bancos virtuales se abren y quiebran siguiendo los altibajos de los mercados estadounidenses, en la ciudad virtual tienen lugar manifestaciones políticas e incluso confrontaciones violentas entre izquierdistas y derechistas... los utópicos desengaños ya están abandonando Second Life para encontrar la libertad en otra tierra virtual donde puedan empezar una nueva vida, como siempre han hecho los emigrantes en el mundo físico... están ampliando las fronteras de la virtualidad a los límites de la interacción entre diferentes formas de nuestra construcción mental”. *Ibidem*, pp.105-106

organizaciones no gubernamentales, instituciones locales y globales, movimientos de protesta y de violencia– originados dentro de estas redes. Lo cual, ha dado un mayor impulso a la penetración comercial, a la descentralización mundial y a la flexibilidad de la comunicación dentro y fuera de la red.

La red ha transformado no sólo a los otros medios de comunicación como la televisión, la radio, los periódicos –que incluso tienen portales virtuales y formatos digitales para su acceso, lectura y difusión–, sino también nuestra manera de interactuar socialmente y producir contenido cultural y comercial, *hoy digitalizado en películas, música, revistas, juegos, imágenes, libros, periódicos, bienes de consumo y programas de televisión a consumirse en línea. Todos ellos, a los cuales se accede por medio de los dispositivos portátiles*²⁰³ –celulares, tabletas y computadoras– en un ambiente de igual a igual –peer to peer P2P– que fomenta redes horizontales multimodales de comunicación.

Ahora bien, la diseminación masiva de los productos y servicios derivados de la tecnología y la homogenización –como consecuencia de dicha masificación– de nuestra conducta como consumidores finales, nos presenta como consumidores globales. Pero ¿Por qué somos consumidores globales? ¿Qué clase de productos y servicios consumimos, para ser llamados así?

Las respuestas a las anteriores interrogantes son varias y dentro de ellas, por cuanto hace a la televisión, destaca el hecho de que hoy consumimos programas o shows de televisión como Friends®, Glee®, “X” idol / factor®, Two and half men®, la Teoría del Big Bang®. Programas producidos por empresas privadas internacionales (de cuyos capitales sociales forman parte otras empresas de diversas nacionalidades) y que son transmitidos por los servicios de telecomunicación nacionales de todas las latitudes del mundo a través de la televisión o vía internet.

Algunos otros productos televisivos son las transmisiones de eventos deportivos como los torneos deportivos –fútbol, basquetbol, hockey, lucha, etc., – cuyos jugadores se convierten en ídolos y celebridades globales.

²⁰³ *Ibidem*, p. 100.

Por lo que hace al campo de herramientas computacionales, todos utilizamos computadoras de marcas Hewlett Packard-Compact®, Apple®, Samsung®, Dell®, Sony®, Toshiba® e IBM®, entre otras.

También hacemos uso de software global cuyo idioma configuramos en su instalación desde las diversas computadoras señaladas. Ejemplo de ellos son Windows® y Microsoft Office®, Real Player®, Avira® Antivirus, Norton® Antivirus, Explorer®, Netscape®, FireFox®, Safari®, Google Chrome®, por citar algunos.

En la transmisión de datos, como consumidores globales tomamos parte del aprovechamiento mundial de los servicios de correo electrónico de Gmail®, Yahoo® y Hotmail®. De igual modo utilizamos las redes sociales como Facebook®, LinkedIn®, las plataformas, sitios web y blogs virtuales como Twitter®, Youtube®, Wikipedia®, Wikileaks®, Amazon®, Napster®, Keepvid®, iTunes® y participamos en la comercialización de los productos de iPods®, iPhones®, Nokia®, Blackberry® y Amazon®. Por el lado de la telefonía virtual, destaca la utilización que hacemos de servicios de teleconferencia en tiempo real a través de Skype® y FaceTime HD®.

En este sentido en nuestro carácter de consumidores globales, cuya conducta afecta directamente la competencia entre los mercados mundiales, nos convierte en integrantes de una sociedad mundial estándar, es decir, de un sistema social incluyente y rodeado por las interacciones y organizaciones sociales que lo circundan.

Un sistema social que además se encuentra unificado y unido al ser humano que normalmente cambia irreparablemente las condiciones de vida de la mayoría de las especies vivas del planeta, reduciendo su diversidad a cada instante²⁰⁴.

La sociedad diferenciada e individualizada a nivel nacional y estandarizada tecnológicamente a nivel mundial, en la que el Derecho como subsistema de comunicación interactúa, colisiona, evoluciona y se fragmenta al trascender las fronteras físicas de los Estados-nación, desvaneciendo de manera difusa los límites legales entre las normas nacionales, internacionales *soft o hard*.

Pues la comunicación es no sólo una acción comunicativa, sino la información y el acto de entender entre quien la emite y quien la recibe. Este

²⁰⁴ Cfr., Meyer, *op. cit.*, nota 50, p. 25 y ss.

dinamismo en la tecnología ha contribuido entonces a transformar la simple comunicación en una *comunicación interpersonal, otra comunicación social o de masas* y en una *autocomunicación de masas*, dentro de la sociedad mundial red, en la que todas coexisten, interactúan y se complementan entre sí. Por lo tanto, es viable decir que efectivamente ha cambiado la manera en que compartimos significados a través del intercambio de información.

Si bien es cierto, en la comunicación interpersonal los emisores y receptores designados como sujetos de la comunicación, son quienes intercambian información, la hacen interactiva. Ahora bien, por lo que se refiere a la comunicación social, su contenido puede difundirse a toda la sociedad, de manera interactiva o también unidireccional –como la enviada mediante un mensaje en libros, películas, radio y televisión.

En cuanto a la *autocomunicación de masas*, caracterizada por la interacción en tiempo real e instantánea que provee el internet, es el sujeto –*individual o social (masas)* – quién la produce, el mismo que genera el mensaje, define los posibles receptores y selecciona los mensajes concretos o los contenidos de la web y de las redes de comunicación electrónica que quiere recuperar²⁰⁵. Por ello, la articulación de estas tres formas de comunicación en el ciberespacio de la red converge en una *comunicación digital* producida en los cerebros de los consumidores individuales-globales que interactúan socialmente con los demás.

Esta transformación multinivel de la comunicación nace de la interacción que ocurre entre la cultura global en crecimiento y las multidimensionales culturas identitarias locales con el crecimiento simultáneo del individualismo y el comunalismo en nuestra sociedad mundial red.

De ahí que actores sociales y ciudadanos de cualquier parte del mundo utilicen esta comunicación multinivel para defender sus intereses, valores y proyectos, a través del proceso denominado *convergencia de modos*²⁰⁶, que está erosionando las fronteras físicas y virtuales entre los sistemas de comunicación.

²⁰⁵ Castells, *op. cit.*, nota 37, pp. 87-88.

²⁰⁶ Incluso Castells ahonda al respecto, al señalar que “entre las formas de comunicación punto a punto tales como el correo, el teléfono, el telégrafo- y los medios de comunicación de masas como la prensa, la radio y la televisión. Un solo medio físico... puede transportar servicios que el pasado

Y además, ha cambiado no sólo a las comunicaciones “jurídicas” como componentes del Derecho, sino también a las sedimentaciones estructurales de estas comunicaciones legales. Y si los medios a través de los cuales se lleva a cabo la comunicación avanzan sincronizando la comunicación en tiempo real, por consecuencia las normas jurídicas deben transformarse al mismo tiempo real que suceden las comunicaciones y conforme las consecuencias producidas en la interacción de sus comunicaciones con las de otros subsistemas de la sociedad mundial a la pertenece.

se suministraban por separado... a la inversa, un servicio que en el pasado se suministraba por un medio –radio, prensa o telefonía, ahora se facilita en diferentes soportes físicos. Por ello, la relación uno a uno que existía entre el medio y su uso está desapareciendo... las tecnologías digitales han permitido la multiplicación del número de canales que se pueden recibir. Aunque la televisión digital incrementa la capacidad del medio liberando espectro, sólo comenzó a funcionar en los países más avanzados en el periodo 2009-2012... incluso antes de la llegada de la televisión digital, ha habido una eclosión de canales de tv y programaciones televisivas diversas en todo el mundo”. Ibídem, pp. 92-93

CAPÍTULO SEGUNDO

EL NUEVO ESTADO ADMINISTRADOR-RED DIRIGIDO POR LA GOBERNANZA CONTRACTUAL Y LAS REDES SISTÉMICAS GLOBALES

SUMARIO: I. El Estado-nación moderno continental: Eigenstructure o Innovación estructural. 1. Orígenes del Estado-nación moderno continental. 2. El papel de la Nación, la Identidad y la Tradición en el fortalecimiento del Estado-nación moderno continental. II. La Gobernanza (Governance) New Public Management, Newtworks y Public Private Partnerships. 1. Los orígenes de la gobernanza en la forma de gobierno e idea primitiva del Estado en la Inglaterra Medieval de los siglos XI y XII. 2. La interacción de los Sistemas Normativos francés e inglés: Antecala de la Gobernanza actual. A. Sistema Normativo Francés (Administración Pública Centralizada). B. Sistema Normativo Inglés (Administración Pública de autorregulación). 3. La Gobernanza o Governance. A. Definición. B. Elementos y modos de la Gobernanza. C. La Gobernanza Jerárquica o Hierarchical Governance D. La Cogobernanza o Co-governance: Networks y Public Private Partnerships E. La Auto-gobernanza o Self-governance. F. Órdenes de la Gobernanza: la Metagobernanza y sus Principios. III. La fragmentación del Estado-nación en un Estado-Administrador Red. 1. La evolución del Estado de Bienestar en un Estado Dirigista, un Estado Benefactor y un Estado Administrador-red. 2. Características del Estado Administrador-Red. 3. La evolución del Poder, la Soberanía, la Legitimidad y la Autoridad. 4. La facultad de Delegación. 5. El papel de la nueva gobernanza global. IV. El Contrato. 1. La contratación como innovación estructural en los Regímenes legales Público y Privado. A. Contratación Pública. B. Contratación Privada origen de la Empresa. a. La Corporación Empresarial: innovación estructural originada en el Contrato y su evolución. b. Las Asociaciones Publico Privadas. a. Características y etapas. b. Tipología de la Asociación Público-Privada. V. Las Redes Sistémicas. 1. El Debilitamiento de la verticalidad y la jerarquía del Estado-nación. 2. La horizontalidad sistémica y heterárquica de la aldea global.

I. EL ESTADO-NACIÓN MODERNO CONTINENTAL: EIGENSTRUCTURE O INNOVACIÓN ESTRUCTURAL

Para lograr comprender la evolución y dinamismo que ha tenido el Derecho en los últimos treinta años, debemos recurrir al análisis de dos constructos sociales, políticos y jurídicos, siempre inseparables, que son el *Estado-nación* y el *gobierno o gobernanza*, desde su noción de *innovación estructural*, cuyos orígenes se remontan al Medioevo occidental²⁰⁷.

Estos dos patrones estructurales al emerger, reprodujeron la diversidad de estructuras de poder y autoridad pre-existentes en el siglo XVI, –*como fueron la jerarquía, la soberanía, la legislación incipiente producida del estudio del Corpus*

²⁰⁷ Época en la que la sociedad se estructuraba mediante estamentos o status, y se basaba en una economía agropecuaria y en una autosuficiencia de los dominios sobre la tierra y los bienes muebles. Tiempo además, en el que la participación del mercado era nulo y el comercio escaso. Y en el que, prevaleció la subordinación de lo económico a lo religioso y el atraso técnico. *Cfr.*, Kaplan, Marcos, *Estado y Globalización*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 69

*Juris Civilis*²⁰⁸ y el *Corpus Juris Canonici*²⁰⁹, los tribunales, la coacción, las sanciones y las tropas de la Iglesia (en la actualidad Estado-nación), así como el control de la tierra del poder del Señorío o Lordship feudal (actualmente gobierno)²¹⁰—remitiéndolas a su alumbramiento medieval a partir del siglo XII.

Estas nuevas *eigenstructures* no sólo lograron recubrir las estructuras sociales del feudalismo. Adicionalmente, consiguieron que a través de ellas, el ejercicio del poder fuera monopólico y legítimo, una vez depositado en las monarquías absolutas tanto protestantes como católicas del siglo XVI.

Por lo que respecta al Estado, ha recibido varios calificativos según la época de la historia humana en la que se contextualice —ciudad-Estado, Estado monárquico, Estado dinástico, Estado absolutista, Estado-red, entre otros—; no obstante, tuvo su origen en la interrelación organizativa, la diferenciación poblacional de elites, masas, castas y clases, la división territorial -ciudad y campo- y en la complejidad y conflictividad de las relaciones de la ciudad y metrópolis neolítica.

²⁰⁸ Por lo que se refiere al *Corpus Juris Civilis*, el Emperador romano Justiniano consideró al Derecho romano aplicable en su tiempo como decadente y disperso, pues el cúmulo de materiales empleados para la interpretación y solución de controversias incluía tantos refinamientos y puntos de vistas diversos de los académicos legales (jurisconsultos), que era necesario eliminar todo aquello que fuese erróneo, oscuro o repetitivo. Por lo que Justiniano decidió sistematizarlo en un solo cuerpo de normas, denominado *Corpus Juris Civilis* —empresa realizada por Triboniano—, prohibiendo la elaboración de comentarios sobre dicha compilación, así como la referencia a las obras de los jurisconsultos y la cita de obras no incluidas en el nuevo Corpus. Cfr., Merryman, John Henry, *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*, 2a ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1989, pp. 25-33. Pero a la caída del Imperio romano, el *Corpus Juris Civilis* fue sustituido por versiones más rudimentarias del derecho romano aplicadas por los bárbaros invasores —leyes bárbaras redactadas en su mayoría en latín hasta el siglo XII—, así como también por las costumbres legales bárbaras y la fusión de ambas, dando lugar con ello a la vulgarización del derecho romano.

²⁰⁹ El *Corpus Juris Canonici*, se refiere a la codificación que la Iglesia católica hizo de sus propias e innumerables normas y procedimientos —opuestas incluso, entre sí— que regulaban su propio gobierno, además de los derechos y obligaciones de sus fieles en el campo espiritual, conocido como Derecho canónico, el cual, surgió a principios de la era cristiana. La unificación de este derecho canónico ocurrió con la promulgación del Decreto de Graciano (*Decretum Gratiani* o *Concordia discordantium canonum*) redactado entre 1140 y 1142, -la primera parte de la colección de seis obras jurídicas canónicas conocida como *Corpus Juris Canonici*-, que representó la consolidación del Derecho de la Iglesia Católica en un momento revolucionario. Cfr., David, Rene y Jauffret-Spinozi, Camille, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, 11ª ed., trad. de Jorge Sánchez Cordero, México, UNAM, Instituto de Investigación Jurídicas, 2010, pp. 25-28.

²¹⁰ Cfr., Donahue, Charles Jr., “Private Law without the State and during its Formation”, *The American Journal of Comparative Law*, United States of America, 2008, vol. 56, núm. 3, pp. 546-551.

El primer uso que se hizo de la voz *Estado* en el Medievo como lo señala Diego Valadés, fue en las “Siete Partidas de Alfonso el Sabio”, en donde dicha expresión fue utilizada para referirse al poder eclesiástico, al nobiliario y al llano. El empleo de la voz *Estado* con fines políticos surgió en la Francia Medieval a través de la convocatoria que hizo Felipe IV en 1302 de una asamblea de los *États Généraux* o *Estados Generales*²¹¹, con la finalidad de confirmar su decisión real de oponerse a la imposición Papal que obligaba a los habitantes franceses a pagar tributos al Papa.

Pero quien introdujo la utilización del vocablo *lo Stato* (el *Estado*) en el sentido moderno y dentro de la política, como hoy día lo conocemos y al que adujeron los tratados de Paz de Westfalia de 1648, fue Maquiavelo, asignándole a la voz *Estado*, su sentido neutro y su referenciar a la *organización del poder político secularizado*, indistintamente *monárquico o republicano*.²¹²

El *Estado*, más allá de un vocablo, puede entenderse como aquella invención histórica, que emergió en la forma de un aparato central de dominación, decisión y control, mediante la jerarquía por coacción y la organización compleja. En cuya evolución, fue asumiendo el gobierno y administración que la propia sociedad le transmitió al cederle su poder y que fue modificando según las innovaciones estructurales que la propia sociedad iba creando²¹³.

1. Orígenes del Estado-nación moderno continental

El surgimiento del concepto de Estado-nación moderno en el siglo XVI, se ha atribuido a tres acontecimientos significativos previos, que sentaron las bases para su nacimiento dentro del territorio de la Europa continental.

El primero, fue el renacimiento que vivió la sociedad alrededor de los siglos XII y XIII, mencionada por Marcos Kaplan como *Revolución Industrial del*

²¹¹ Integrados por el primer estado o clero, la nobleza o segundo estado y finalmente los representantes de las ciudades, también llamado tercer estado. *Cfr.*, Valadés, Diego, “Apuntes sobre la formación del concepto de Estado”, en Carpizo, Jorge y Arriaga, Carol B., (Coords) *Homenaje al Doctor Emilio O. Rabasa*, México, UNAM, Instituto de Investigación Jurídicas, 2010, pp.485-487.

²¹² *Ibidem*, p. 489.

²¹³ Kaplan, *op. cit.*, nota 207, p. 22.

*Medievo*²¹⁴. Una revolución que abandonó la idea de una sociedad cristiana, fundada en la caridad, para transformarse en una sociedad laica²¹⁵.

El segundo momento fue el nacimiento del derecho contractual alrededor de las transacciones mercantiles que la actividad comercial²¹⁶ principalmente Italiana²¹⁷ fomentó a partir del año 1100. El último fue la destrucción del poder temporal Papal que sobrevino con el movimiento de Reforma, el cual, a su vez devastó la unidad religiosa y generó múltiples centros espirituales en toda Europa.

Las ideas nuevas sobre la sociedad y el Derecho encontraron en el renovado interés por el estudio del Derecho Romano de la Italia de finales del siglo XI y principios del siglo XII y en su naciente Universidad de Bolonia, el lugar idóneo para divulgarse²¹⁸.

El estudio del *Corpus Juris Civilis* en latín – lengua oficial y común de su estudio, como hoy es la lengua inglesa – en Bolonia, obedeció a la concepción que en aquél tiempo se tenía del Sacro Imperio Romano, y del reconocimiento de las autoridades papal e Imperial que tenía tras de sí ese derecho.

Por tales razones, Bolonia y otras universidades del norte de Italia se convirtieron en el centro del conocimiento jurídico medieval, al que miles de estudiantes asistían y egresaban, retornando a sus regiones de origen, llevando con ellos los métodos e ideas de sus maestros, fundando Universidades en la que transmitían los métodos de enseñanza, ideas y conocimientos que adquirieron del *Corpus Juris Civilis* y el *Derecho Canónico*²¹⁹.

Los nuevos estudiosos del Derecho y sus estudiantes, propiciaron el comienzo de una naciente profesión de abogados, quienes encontraron empleo no

²¹⁴ *Ibidem*, p. 72

²¹⁵ David, *op. cit.*, nota 209, p. 26.

²¹⁶ Donahue, *op. cit.*, nota 210, p. 547.

²¹⁷ En el siglo XII Italia volvió a experimentar un desarrollo comercial al recuperar el dominio del área mediterránea, como consecuencia directa de las Cruzadas. La necesidad de transferir enormes cantidades de dinero para el financiamiento de las Cruzadas dio origen a los primeros contratos de divisas y a la formación de gremios por parte de comerciantes italianos, que a su vez establecieron las reglas relativas a asuntos mercantes, antecedentes inmediatos del derecho mercantil. Merryman, *op. cit.*, nota 208, p. 36.

²¹⁸ Donahue, *op. cit.*, nota 210, p. 547.

²¹⁹ Las universidades preconizaban un nuevo sistema de organización social, profesando la idea sobre que el Derecho tenía que regular la sociedad civil; siendo para ello, el mejor y único el Derecho Romano que dichas instituciones reelaboraban. *Cfr.*, David, *op. cit.*, nota 209, p. 32.

sólo en las Universidades, sino también en las administraciones de los Príncipes, ciudades y la Iglesia; además de los tribunales seculares y eclesiásticos. Al mismo tiempo, la propagación por toda Europa del Derecho Romano, dio lugar al nacimiento de un *ius commune* o *derecho común* medieval²²⁰.

El *ius commune* fue al igual que el latín y la Iglesia católica, un aspecto más de la unidad de la Europa occidental en un tiempo en el que no existían administraciones centralizadas fuertes, como el Estado-nación, ni tampoco sistemas legales unificados de los que emergerían más adelante los Derechos nacionales. Este derecho común era *flexible* –el cual podríamos equiparar al *soft law* actual-, y al ser aplicable de manera general en toda Europa la unificaba. Con ello, el *ius commune* trascendía las diferencias entre las costumbres locales y regionales.

Sin embargo, a partir del siglo XI en los territorios de lo que hoy denominamos Europa, la recepción del *ius commune*, propició un interés nacionalista (*nacionalidad*) por la identificación (*identidad*) y la preservación de las costumbres legales locales que interactuaban con él (*nación*). Esa interacción a su vez, produjo las primeras colisiones normativas, que estimularon la individualización y preservación de las instituciones jurídicas locales, pues ha de sorprender que para el año 1200, la actual Europa estaba fragmentada en cientos de unidades políticas.

A su vez, el movimiento de Reforma que causó el cisma al interior de la Iglesia, provocó por un lado, que la autoridad política ostentada hasta entonces por la Iglesia fuese trasladada al Estado-nación moderno. Y por el otro, apoyó el Absolutismo con base en la doctrina del derecho divino que tenía el monarca de reinar²²¹.

Aunado a lo anterior, las crisis rural y económica, las pandemias que acabaron con la vida de aproximadamente un cuarto de la población de Europa Occidental. Y más aún, las constantes guerras religiosas que provocaron la bancarrota de las arcas monárquicas europeas, durante los años posteriores al siglo

²²⁰ Merryman, *op. cit.*, nota 208, pp. 28-30.

²²¹ Kaplan, *op. cit.*, nota 207, pp. 94-97.

XIII, dejaron al descubierto la ineficiencia de la estructura feudal y la necesidad de un sistema de normas y administración centralizado²²².

Los incesantes combates belicosos por cuestiones religiosas y las cambiantes coaliciones desembocaron en la celebración de los tratados de Paz de Augsburgo en 1555 y de Westfalia, éste último tratado integrado a su vez por los tratados de Münster y de Osnabrück de 1648. Acuerdos de los cuales quedó aislada la Inglaterra anglicana.

Aunque la Paz de Augsburgo significó únicamente una tregua en el espacio germánico *que reconocía la coexistencia de dos religiones institucionales: la católica y la luterana*²²³ dentro del territorio germano, y no el fin de los conflictos belicosos. Augsburgo consagró al mismo tiempo, la ruptura de la unidad cristiana y el principio de *cuius regio, eius religio*²²⁴, pero también incluyó reformas y reglas seculares económicas y tributarias, que juntó con el resto de sus disposiciones fueron la base que conformó el texto final de la Paz de Westfalia²²⁵.

El reconocimiento pleno de la pluralidad de credos, sin la presencia del Papado, así como el surgimiento de nuevos poderes -como eran los mercantilistas italianos, los principados y obispados alemanes- que anhelaban no sólo un lugar en la jerarquía social y política del desfallecido orden feudal, sino su legitimidad y su participación en el poder político, condujeron nuevamente a Europa a la guerra en 1618 también denominada la Guerra de los Treinta Años (Bohemia). Evento bélico que tuvo como adversario común a la dupla que *frenaba sus ambiciones... los Habsburgo y su alianza con el papado*.²²⁶

²²² *Ibidem*, pp. 75-76.

²²³ Bremer, Juan José, *De Westfalia a Post-Westfalia: Hacia un Nuevo Orden Internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigación Jurídicas, 2013, p. 6. Asimismo, no hay que olvidar que esta Paz, fue firmada por Carlos I de Austria o Habsburgo Rey de España, quien al mismo tiempo era cabeza del Sacro Imperio Romano Germánico, con el nombre de Emperador Carlos V.

²²⁴ Este principio que en palabras propias de Diego Valadez, no estaba expresamente señalado en el tratado que lo contenía, estaba presente en su clausulado y enfatiza que se trataba de un "*principio que permitía al monarca ejercer el poder soberano de imponer su credo religioso, pero dejando márgenes de libertad para que los súbditos se asimilaran a la religión dominante*". La parte negativa de tal principio consistió en que en cada región o reino se podían llevar a cabo acciones coactivas para consolidar el dominio de una religión y de su correspondiente estructura eclesiástica". *Ibidem*, pp. XXI-XXII.

²²⁵ *Ibidem*, p. 7.

²²⁶ *Idem*.

A pesar de que las negociaciones de paz abarcaron cuatro años, la Paz de Westfalia en 1648, fue el resultado de la firma del *tratado de Osnabrück* en el que se definió *una nueva constitución para el Sacro Imperio Romano Germánico, en la que se consagraron las nuevas libertades alemanas*. Así como también del *tratado de Münster, por el cual se resolvieron los conflictos entre Francia y el Sacro Imperio Romano Germánico, concediéndose territorios, y se lograron acuerdos políticos y jurídicos en cuestiones religiosas*.²²⁷

Es decir, los tratados de Paz de Westfalia, establecieron la *integridad territorial*, como fundamento de la existencia del Estado-nación moderno, para que preservase sus fronteras de toda influencia exterior, es decir la *soberanía nacional*. Pues para el Estado territorial sus fronteras desde ese momento significaron *su legitimidad, su perímetro de defensa, y su base impositiva. Una legitimidad que desde entonces se fundó en tratados y acuerdos ratificados*.²²⁸

Así pues, el Estado-nación moderno o westfaliano, principalmente continental –dejando de lado a la insular Inglaterra, en cuyo territorio se originaron los antecedentes sobre los cuales se edificó la construcción del Estado moderno continental Westfaliano, como lo veremos en el numeral que hemos reservado para el análisis de la gobernanza dentro de este trabajo de investigación– surgió adoptando la forma de las *monarquías absolutas* europeas, constituyéndose e instituyéndose como *poder político autónomo, intervencionista, producto-productor y unificador de la sociedad nacional de la que se desprendía, a la cual modeló e impuso su supremacía*.

²²⁷ *Ibidem*, p. 9.

²²⁸ *Ibidem*, p. 26. Asimismo, Bremer acota respecto a la firma de los referidos tratados, que “fueron firmados por cerca de doscientos representantes y aunque tuvieron la forma de acuerdos bilaterales... puede sostenerse que en Westfalia se fijaron las reglas de una comunidad de Estados como consecuencia de una convención jurídica multilateral... antes del acuerdo de paz... no se había celebrado una asamblea de Estados para abordar problemas generales ni se había suscrito tratado con prescripciones de alcance tan general. Las únicas reuniones universales del periodo medieval eran los sínodos o los congresos convocados por la Iglesia... Westfalia... constituye el primer pacto de tolerancia que definió las normas de convivencia de tres religiosas (sic) religiones cristianas: el catolicismo, el protestantismo y el calvinismo”. *Ibidem*, pp. 28-30.

*Este Estado-nación moderno, ocupó ámbitos y desplegó funciones, en lo económico, lo social, lo político, lo cultural-ideológico, lo espacial, lo jurídico-institucional y lo coactivo militar*²²⁹.

Pero, al mismo tiempo, el Estado-nación moderno continental, se convirtió en la única fuente del Derecho, que reclamante de una soberanía en lo interno y en lo internacional, encontró en el nacionalismo la forma idónea de su propia glorificación.

Por tanto, se inició la construcción de los sistemas legales nacionales que expresarían a través de un idioma nacional, los ideales –instituciones y conceptos legales- y la unidad cultural nacionales²³⁰, que enarbolaban el Derecho nacional.

Por ello, se sustituyó el reconocimiento a la autoridad del *ius commune*, por la del príncipe, dejándole un uso como derecho subordinado o complementario al Derecho nacional.

Adicionalmente, el Estado-nación, heredero del *Poder político* que ostentó la Iglesia, lo fue extendiendo y monopolizando, al despojar de sus poderes originarios en la toma de decisiones a las autoridades no estatales como la aristocracia, los gremios o asociaciones y los municipios, de las cuales se valió para la implementación de sus decisiones, en sus inicios.

Ese Poder fue la *capacidad relacional* –relación vinculatoria entre empoderados y los sometidos a dicho empoderamiento– que tuvo el Estado *como actor dentro de la sociedad moderna, que le confirió a cada acto social emanado de él, la posibilidad de influir desproporcionalmente en las decisiones de los otros actores sociales*²³¹. Pero siempre, con la finalidad de favorecer la voluntad, los intereses y los valores del propio Estado, como titular de ese Poder.

Es decir, que el *poder político* que ha desplegado el Estado desde sus orígenes, como lo definen Philipp Gensche y Bernhard Zangl, no es otra cosa, más que la capacidad para:

elaborar colectivamente decisiones obligatorias/vinculantes (decision-making competence), para implementar tales decisiones con los medios organizacionales apropiados (competencia organizational) y

²²⁹ Kaplan, *op. cit.*, nota 207, pp. 94-95.

²³⁰ Merryman, *op. cit.*, nota 208, pp. 45-49.

²³¹ Castells, *op. cit.*, nota 37, pp. 33-34.

para dar a estar decisiones normativas justificación que incrementaría la posibilidad de su cumplimiento casi voluntario para la sujeción de una autoridad –el Estado– (legitimatory power)²³²

La monopolización y nacionalización que hizo el Estado-nación del Poder político fue gradual e iba a la par de los avances científicos, técnicos y económicos²³³ conquistados durante todo el transcurso de la Modernidad, por las correspondientes revoluciones tecnológicas hasta nuestros días.

Esa evolución de la nacionalización del poder político, comenzó en las áreas de seguridad –a través del establecimiento de ejércitos permanentes y de fuerzas policiales bajo su control y supervisión– y la recaudación de impuestos. Continuó con la intervención estatal en la construcción de la infraestructura pública carretera, puertos, canales, cultivo, explotación y la propiedad de la tierra. En el siglo XIX, el Estado ya establecía las bases de la economía de mercado únicamente nacional y la unificación de su sistema monetario.

²³² Gensche, Philipp and Zangl Bernhard, Transformations of the State – From Monopolist to Manager of Political Authority, disponible en <http://www.sfb597.uni-bremen.de/pages/pubApBeschreibung.php?SPRACHE=en&ID=90>

²³³ Fue el caso de la primera revolución tecnológica y económica ocurrida entre los años 1730 y 1850, que comprendió no sólo el auge en la explotación de ciertas materias primas, sino la sustitución entre ellas de acuerdo a la innovación textil recién descubierta y a la oportunidad que representaba la sustitución de potencializar la entrada de las nacientes naciones a nuevos mercados de clientes, con precios más bajos y mayores ganancias. Tal y como sucedió en el caso de la sustitución de la lana por el algodón. La lana como fibra natural de origen animal y de comportamiento variado, suponía mayor esfuerzo en su industrialización, mientras que el algodón era una planta fibrosa, dura, resistente de características homogéneas, más fácil de industrializar que la primera. Otro ejemplo fue el reemplazo del combustible básico de la producción energética que era hasta ese entonces la madera, por el carbón. *Cfr.*, Wallerstein, Immanuel, *El moderno sistema mundial (La segunda era de gran expansión de la economía-mundo capitalista, 1730-1850)*, trad. de Jesús Albores, México, Siglo Veintiuno Editores, SA de CV, 1998, pp. 35-39.

Pero fue a partir de los últimos dos decenios del siglo XX y lo que va del presente siglo XXI, que se gestó una nueva revolución tecnológica y económica, que nos condujo a una nueva era, la era de la Globalización 3.0 como lo ha dispuesto Thomas Friedman en su obra *La Tierra es Plana*. Esta reciente revolución ha buscado la sustitución del petróleo y la obtención de la energía eléctrica a través de termoeléctrica e hidroeléctricas por otras y nuevas energías renovables como la energía solar, la eólica, la fotovoltaica y además está pretendiendo modificar el tipo de alimentación que ingerimos en todo el orbe, bajos los cánones de los movimientos *ecologista*, *slow food* y *agricultura orgánica*, entre otros, como movimientos pregonados por organizaciones no gubernamentales globales; que auspiciados por la nueva manera de comunicarnos a través de la red (internet) en un mundo más cosmopolita, multicultural e interdependiente, han coadyuvado en el debilitamiento del Estado actual.

A principios del siglo pasado, asumió la responsabilidad administrativa y organizacional de la prestación de los servicios públicos de correo, caminos, abastecimiento de agua, vías férreas, telegrafía, radio y espacio aéreo. En los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial, el Estado tomó el control sobre la inversión, la regulación de precios en el intercambio comercial internacional, así como el patrocinio de la investigación industrial, tal y como sucedió con el desarrollo de la *world wide web (www)* y las telecomunicaciones, por citar algunos ejemplos, por ser consideradas áreas prioritarias para el Estado.

Adicionalmente, el Estado asumió las actividades sociales y de caridad que desempeñó la Iglesia, encargándose del bienestar social de la incipiente nación. Hecho que implicó la asunción estatal del control sobre la educación, la ayuda a los pobres, el cuidado a la salud, la administración de las pensiones, la compensación por el desempleo, así como la protección y regulación del trabajo infantil. Finalmente el monopolio del poder estatal, incluyó su fomentó a las artes, los deportes, la igualdad, el respeto a los derechos humanos, la justicia y la protección a los consumidores en los años más recientes.

2. El papel de la Nación, la Identidad y la Tradición en el fortalecimiento del Estado-nación moderno continental

El Estado, no logró el éxito en su anclaje en la sociedad moderna en solitario en el continente europeo. Por el contrario, los constructos sociales como *nación, identidad y tradición* se fueron tejiendo alrededor de su figura, beneficiándose al mismo tiempo de ellos para su fortalecimiento.

Al momento que se constituyó el Estado-nación, florecieron las *naciones y el nacionalismo*. Por lo que el vocablo de **nación** emergió para referirse con ella a un Estado, a una soberanía, a un lugar, a una entidad geográfica, a un fragmento de la sociedad mundial, a una parcela de tierra y al agua limitada por fronteras naturales, algunas otras invisibles y artificiales. Pero, al mismo tiempo, la palabra nación implicaba *un tipo de etnicidad, un sentimiento de parentesco, de pertenencia*²³⁴ e

²³⁴ Friedman, *op., cit.*, nota 66, p. 81

identidad (idioma, cultura, historia, memoria colectiva, símbolos [bandera, escudo, himno] y mitos), entre los individuos que la integran voluntariamente.

La nación, por tanto no es otra cosa más que una *comuna cultural imaginaria construida en la mente de los pueblos y la memoria colectiva por el hecho de compartir la historia y los proyectos políticos*²³⁵. Cuya pertenencia, ha tenido siempre su origen, en la cesión que hacen las personas de su autodeterminación individual, a favor de quienes eligen para conformar el gobierno que dirigirá al Estado u organización nacional en forma jerárquica y vertical, y ejercerá a nombre de tales individuos la soberanía popular de la nación.

Sin embargo, como consecuencia inherente a la existencia imaginaria de *una nación* en el colectivo de un territorio determinado, es esa nación quién reclama para sí su identidad propia, es decir nacional.

La *identidad* como fuente de sentido y experiencia para la gente, es por un lado, la identificación simbólica que realiza el ser humano del objetivo de su acción. Por el otro, incluye algunos atributos culturales como el nombre, la lengua o cultura²³⁶ que establecen distinciones auto categóricas, como la articulación de los atributos que nos distinguen como el *yo* y el *otro*, o entre *nosotros* y *ellos* en otro grupo.

Algunos de esos atributos han sido contruidos con la ayuda de ciertas ciencias para convertirlos en la historia nacional, la geografía nacional e incluso recientemente *el genoma nacional*²³⁷. Para enaltecer en la memoria colectiva, la

²³⁵ Castells, *op. cit.*, nota 41, p. 73

²³⁶ *Ibidem*, pp. 28-29.

²³⁷ Es el caso del Proyecto de Diversidad Genómica de la Población Mexicana que influenciado por el Proyecto Hap Map, de participación multinacional—patrocinado por científicos y centros de investigación de Japón, Reino Unido, Canada, China, Nigeria y Estados Unidos de América, cuyo fin primordial es proveer de información a los investigadores para que la utilicen en la unión de las variantes genéticas con los riesgos de enfermedades específicas, que buscan nuevos métodos en la prevención, diagnóstico y tratamiento de enfermedades en la población mundial—, inició en el mes de junio de 2005, el estudio del ADN mexicano, con la finalidad de determinar variaciones genéticas comunes en la población mestiza y comparar las diversas regiones en el país, así como comparar las variables obtenidas con los resultados ya publicados por el Hap Map —un catálogo de variantes genéticas que se presentan en los seres humanos, el cual trata de describir lo que son están variantes y en donde aparecen en nuestro ADN, además del cómo están distribuidos entre las personas que integran determinadas poblaciones y entre las poblaciones de las diversas regiones del mundo—. Los resultados de esta primera fase fueron entregados el 11 de mayo de 2009, a través de la publicación en la revista científica Proceedings of the National Academy of Sciences sobre el

pertenencia simbólica a un grupo, que se distingue del resto de los demás grupos que habitan el resto del mundo,

La *tradición* por otro lado, también ayudó al anclaje del Estado en la sociedad moderna, al rendir a través de ella, homenaje al pasado y valorar los símbolos que perpetuarían la experiencia de generación tras generación. Es decir, al momento en que la tradición inserta las nociones del tiempo y del espacio a cualquier actividad o experiencia humana particular, imprime al mismo tiempo una continuidad entre el pasado, el presente y el futuro.

Tiempos que son reestructurados por las prácticas sociales recurrentes, que cada nueva generación al encargarse de su herencia cultural produce, reinventando y dinamizando a la tradición misma, que junto con la identidad de la nación cimentó el poder del Estado-nación; poder que hoy está sufriendo una fragmentación originada tanto por la cada vez mayor interacción de la multidimensional sociedad mundial, como por la inmersión de la gobernanza en sus facultades regulatorias. Fenómenos que han permitido la diseminación y delegación del poder del otrora Estado-nación moderno continental, para su ejercicio a favor de nuevos actores políticos, sociales y económicos diferentes del Estado.

II. LA GOBERNANZA (GOVERNANCE), NEW PUBLIC MANAGEMENT, NETWORKS Y PUBLIC PRIVATE PARTNERSHIPS

El Estado-nación moderno continental, emergido en el siglo XVI ha sufrido varias transformaciones estructurales²³⁸, consecuencias directas de las tres

Mapa del Genoma de Poblaciones Mexicanas, intitulado “Analysis of genomic diversity in Mexican Mestizo populations to develop genomic medicine in Mexico”.

²³⁸ La Primera Revolución Industrial, tal y como lo afirma Marcos Kaplan, surgió en Inglaterra como resultado de la combinación de circunstancias interconectadas del enriquecimiento de la nación inglesa, la política secular, el incremento de su población, el avance de su tecnología textil, minera, de maquinaria, transporte, metalurgia, y siderurgia, en el siglo XVIII. Por otro lado, los últimos veinticinco años del siglo XIX son testigos de la Segunda Revolución Industrial, más veloz, que la primera, distinguiéndose de la primera, por ser más científica, menos dependiente del empirismo y plural en su nacimiento, al haber surgido en Gran Bretaña, Alemania, Francia y Estados Unidos. Su culmen va del año 1990 hasta la Segunda Guerra Mundial, fecha en que fenece, transformándose en la Tercera Revolución Industrial. Kaplan, Marcos, *Ciencia, Estado y derecho en las primeras revoluciones industriales*, México, UNAM, Instituto de Investigación Jurídicas, 1993, pp. 72-150.

revoluciones²³⁹ industriales de nuestra sociedad moderna y de la inmersión de la gobernanza como mecanismo regulador en su seno.

Consecuencias que son más que visibles en sus nuevas relaciones de producción, poder, comunicación, tecnología, ciencia, interrelación y experiencia entre los actores de la sociedad mundial actual.

Por un lado, si bien es cierto, las evoluciones industriales, de las cuales la última ha llevado a la transformación de nuestra sociedad dentro de una nueva *cultura red virtua*²⁴⁰ inmersa en una *sociedad mundial red*. También lo es, que tales revoluciones han abonado a la pérdida cada vez más profunda de poder político por parte del Estado, aunque a la fecha éste sigue conservando una cierta influencia y control sobre sus ciudadanos.

Y por otro lado, para comprender la transformación del Estado-nación continental es imperioso analizar a profundidad en los orígenes de la gobernanza, los mecanismos de gobierno, poder e idea de un incipiente Estado, que desarrolló desde sus inicios el Reino inglés medieval del siglo XI –que para muchos estudiosos, representan los cimientos sobre los que se construyó el Estado-nación continental westfaliano–, y que en la actualidad son necesarios para entender al nuevo y fragmentado Estado-Administrador-Red del siglo XXI.

1. Los orígenes de la gobernanza en la forma de gobierno e idea primitiva del Estado en la Inglaterra Medieval de los siglos XI y XII.

El Reino Unido desde sus orígenes en la Inglaterra del Medievo y hasta el día de hoy jamás ha sido propiamente un Estado. Por el contrario se ha mantenido como una sociedad en la que al individuo actuando a través de *instituciones descentralizadas como las financieras, las mercantiles, las profesionales o las*

²³⁹ La Tercera Revolución Industrial, de acuerdo al mismo Kaplan, se gestó durante la Segunda Guerra Mundial y la primera fase de la posguerra, como un cambio de innovaciones tecnológicas y de múltiples formas de producción y desarrollo en el uso de la energía nuclear, electrónica, informática, las comunicaciones, la telemática, la biotecnología y el descubrimiento de nuevos materiales. Además de la velocidad y la intensidad, la complejidad y los entrelazamientos entre todos estos avances que han provocado a su vez la fragmentación del Estado-nación moderno en un nuevo Estado-Administrador-Red como más adelante lo analizaremos. Kaplan, Marcos, *Ciencia, Estado y derecho en la tercera Revolución*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, p. 11.

²⁴⁰ Castells, *op. cit.*, nota 26, p. 374.

*universidades*²⁴¹ y las judiciales, se le ha reconocido una autonomía única y poco común, comparada con la otorgada al mismo individuo o persona en el resto de los países continentales europeos, latinoamericanos, africanos y asiáticos.

Incluso en la actualidad para los ingleses hay una ausencia total de la *tradición estatal*, en la que la palabra Estado tiene un sentido más hacia gobierno y todo lo que suene a público, oficial o gubernamental.

Pero si nos remontamos a los tiempos entre el año 1000 y 1300, es dentro de los territorios de los reinos de Inglaterra, Francia y la actual Alemania²⁴² en donde encontraremos los primeros elementos primitivos y esenciales del Estado Moderno, que provocaron los cambios políticos posteriores hacia el interior de sus fronteras y en toda Europa²⁴³.

La influencia de la Iglesia romana, de sus doctrinas y de su personal, así como la estabilidad política, el crecimiento cada vez mayor de hombres educados en la floreciente Universidad continental e inglesa²⁴⁴, así como el incremento de la

²⁴¹ Pereira Menaut, Antonio-Carlos, *El ejemplo constitucional de Inglaterra*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 22.

²⁴² Este último visto como la antítesis de lo que actualmente es un Estado moderno, era un reino basado en la lealtad hacia las personas y no en los conceptos abstractos o instituciones impersonales. Es decir, al haber estado integrado por gente que reconocía aun cierto hombre como rey o el liderazgo de una familia a la que se le atribuía el derecho hereditario de dirigir a dicha sociedad, careciendo estos reinos de continuidad en el tiempo y estabilidad en el espacio territorial. *Cfr.*, Strayer, Joseph, R., *On the Medieval Origins of the Modern State*, Princeton, Princeton University Press, 1970, pos. 453. Edición Kindle.

²⁴³ *Ibidem*, pos. 131.

²⁴⁴ Tal y como hemos explicitado algunos antecedentes históricos de la Universidad en la nota 214, es necesario señalar en este momento, que por lo que hace a misma institución en Inglaterra, al momento de emerger la Universidad de Bolonia, no gozaba de ninguna institución secular similar. Es decir, en el siglo XII la única enseñanza profesada era la mínima que el propio clero proporcionaba para satisfacer sus necesidades básicas en materias como el latín y algunas artes menores. Por lo que quienes demandaban una educación avanzada se veían obligados a viajar a Lyon, Orleáns, Montpellier, Salerno, París y Bolonia. Sin embargo, fueron 3 los sucesos históricos clave que dieron nacimiento al studium de Oxford y por tanto su preminencia como centro de educación superior. En primer lugar, la inmigración de maestros y estudiantes ingleses de París en 1167, forzados por la orden de Enrique II dirigida a los clérigos ingleses de solicitar autorización del Rey para ir a territorio continental con la obligación de regresar, la cual además también obligaba a quienes se encontraban ahí a regresar dentro de los tres meses, bajo la amenaza de perder beneficios... En segundo lugar, la evolución que sufre el studium de Oxford, derivada de la influencia que tuvo la migración parisina, provocó que la mayoría de los clérigos que servían en la Corte Real fueran enviados a estudiar en Oxford. Finalmente la ubicación geográfica como punto de intersección entre diversas rutas entre Londres, Bristol Worcester, Warwick, hizo de la Universidad de Oxford un punto de contacto e influencias políticas y eclesiásticas. *Cfr.*, Tamayo y Salmorán, Rolando, *La Universidad epopeya medieval: Notas para un estudio sobre el surgimiento de la Universidad en el Alto Medioevo*, 3ª edición, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, pp. 85-87.

demanda de la justicia, fueron los cimientos para que los reyes de la Inglaterra Medieval acrecentaran su poder. Este aumento de poder estuvo acompañado de organizaciones judiciales centrales -*Cortes o Tribunales Reales*- y organizaciones financieras -*English Exchequer*-, sobre las que establecieron los cimientos institucionales sobre los que se edificó el Estado Moderno Westfaliano, vigente hasta nuestros días, aunque con algunas modificaciones que más adelante abordaremos.

El hecho de que Inglaterra hubiese sido un reino pequeño, permitió al monarca visitar más extensiones territoriales que las que solían visitar sus homólogos continentales y observar directamente las costumbres de tales regiones. Dando paso así a las primeras organizaciones judiciales anglosajonas, ya que el monarca autorizó a cada región a conservar sus propias costumbres y reglas en la solución de diferencias entre sus súbditos, reconociéndoles implícitamente su autorregulación judicial, sin que se mermara por ello su poder monárquico.

Consciente de estas ventajas de autorregulación otorgadas a sus súbditos, el monarca con férrea responsabilidad tomó bajo su dirección, la *preservación de la paz y la impartición de la justicia entre sus súbditos, mediante el establecimiento de un sistema uniforme de tribunales o Cortes locales que ejercieron dicho mandato*²⁴⁵, a través de oficiales reales -condes, concejales, ediles, sheriffs- quienes lejos de ser agentes de la autoridad real central, representaban los intereses del rey²⁴⁶, se convirtieron en los líderes de las comunidades locales autónomas, al representar con su encargo la validez y el respeto reales de sus costumbres.

Ahora bien, por cuanto hace a las Instituciones financieras, éstas emergieron como resultado de la Conquista Normanda de Guillermo I el Conquistador, quien para aniquilar a la vieja aristocracia anglosajona, importó e implantó el sistema feudal francés²⁴⁷. Por lo que, decomisó tierras a quienes se le opusieron y las

²⁴⁵ Strayer, op., cit., nota 242, pos. 471.

²⁴⁶ *Ibidem*, pos. 724.

²⁴⁷ Morineau, Marta, *Una introducción al Common Law*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 13.

repartió posteriormente entre sus seguidores, cuidando que los feudos no superaran o igualaran el poder de la Corona²⁴⁸.

Con esta acción, evitó que algún conde o barón, tuviera una concentración de tierra suficiente o poder para crear una administración provincial autónoma, e impidió que las dinastías locales monopolizaran áreas de poder.

La conservación que el rey siguió teniendo de tierras ampliamente dispersadas por todo su reino, obligó al monarca a nombrar agentes de la Corona, como lo eran los alguaciles, guardianes, custodias de castillos y bosques, para que diesen seguimiento a los ingresos producidos por los cientos de fuentes de ingresos monárquicos. Dando paso al establecimiento de una oficina financiera central, la *English Exchequer* u oficina del tesoro público inglés.

Con el establecimiento de estas organizaciones judiciales y financieras Inglaterra, sentó las bases de un Estado inglés primitivo en formación. Pero, al mismo tiempo el reconocimiento que otorgó la Corona a la autonomía individual del súbdito anglosajón produjo una profunda concientización de su empoderamiento, que lo llevó a construir una sociedad civil fuerte y sólida -*civility of society*²⁴⁹-, caracterizada por su distintivo *emprededurismo o participación ciudadana – actorhood-* que ha trascendido los tiempos y el espacio en los territorios que habitan en la actualidad sus herederos en todo el orbe.

Ese empoderamiento medieval²⁵⁰ moldeó la personalidad del pueblo inglés que ante las necesidades que siempre ha enfrentado, pensando en términos de sociedad y bien común, se ha abocado a la búsqueda de los recursos humanos y financieros para satisfacerlas, autoorganizándose y autorregulándose espontáneamente mediante la constitución de organizaciones y asociaciones voluntarias, programas sociales, asociaciones civiles y reglas sociales suaves y

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 14.

²⁴⁹ Pereira, *op. cit.*, nota 241, p. 28.

²⁵⁰ Existen registros que desde tiempos medievales, las primeras asociaciones civiles integradas por súbditos de la Corona inglesa que compartían el mismo oficio o Arte, buscaban obtener el permiso del Rey consignado en *la Royal Charter*, por la cual les reconocía su capacidad, habilidad o destreza para desempeñar el Arte u Oficio dentro del territorio que abarcaba a sus agremiados, otorgándoles con ello también su carácter de autoridad en el establecimiento de normas respecto al ejercicio del oficio o Arte en dicha región. *Idem*.

flexibles, “pues *cuanta más civility of society menos Estado, y viceversa*”²⁵¹ ya que esa sociedad civil poseedora de un orden propio y relativamente espontáneo, poco legalista, jamás se presentó como una opción separada y diversa a las instituciones, sino por el contrario, esa sociedad civil ha siempre convocado a las instituciones de gobierno inglés para que junto con ellos en su calidad de “*par*” o “*común*”²⁵², participaran en la vigilancia al cumplimiento de esas reglas sociales en aras del bienestar común de Inglaterra –*grupo de personas cuyos integrantes se conciben a sí mismos como Inglaterra misma, cuya representación y dirección han concedido a la Corona, por quien por tanto, profesan una insoslayable lealtad*²⁵³–.

Esta sociedad civil primigenia, ha ido evolucionado y también ha sido replicada en varias latitudes del mundo a través del tiempo, llegando actualmente a incluir dentro de una sola asociación a varias asociaciones con diferentes objetivos –*asociaciones de vecinos, organizaciones religiosas y de fe, uniones de trabajadores, asociaciones de oficios, grupos ambientalistas, agrupamientos de colonos, todos afectados por las políticas públicas gubernamentales*–, comprometidas a participar conjuntamente como una *coalición comunitaria o bloque* en la implementación de proyectos de inversión y generación de empleo que afectan directamente sus lugares de residencia, obligando al gobierno y al sector empresarial privado a través de Acuerdos de Beneficios Comunitarios –*Community Benefit Agreements or CBAs*²⁵⁴–, a cumplir lo pactado en esos acuerdos, bajo la

²⁵¹ *Idem*.

²⁵² El término *común o common* fue acuñado en la Inglaterra Medieval para referirse a aquellos que integraban uno de los tres estratos que constituían el orden social de ese tiempo, siendo los *commoners* quienes trabajaban. Hardt, *op., cit.*, nota 72, p. 100, Edición Kindle.

²⁵³ *Ibidem*, p. 26.

²⁵⁴ Estos acuerdos son una clase de contratos legalmente exigibles, negociados y ejecutados directamente entre el desarrollador inversionista y una coalición comunitaria integrada por asociaciones de vecinos, organizaciones religiosas y de fe, uniones, grupos ambientales y de otro tipo que representan los intereses de las personas que serán impactadas por los nuevos desarrollos inmobiliarios propuestos por los empresarios. En dichos contratos, ambas partes obtienen *beneficios mutuos concedidos*, ya que las negociaciones buscan como fin primigenio la comunicación y satisfacción de las partes involucradas (ciudadanos integrantes de la comunidad y los ciudadanos que representan los intereses empresariales de inversionistas). El beneficio tangible para los desarrolladores inmobiliarios, es la obtención de financiamiento público para el proyecto, a través del testimonio que presentan las coaliciones de la comunidad ante las agencias gubernamentales encargadas de la planeación sobre el uso de la tierra y el desarrollo económico, los consejos de las ciudades y las entidades financieras que otorgan subsidios para proyectos de construcción que fomentan el desarrollo económico de las comunidades estadounidenses. *Cfr.* Marcello, David A.,

supervisión de normas de gobernanza eficientes, transparentes, flexibles y efectivas.

En este orden de ideas, es viable concluir que el origen de la idea de *gobernanza –governance, en inglés-*, al que aludiremos durante esta investigación y bajo cuyas novedosas *reglas ordenadas constantemente cambiantes*²⁵⁵, *suaves, flexibles, transparentes, eficaces, y efectivas se regula el mundo moderno*, puede situarse en el reconocimiento que hizo la corona anglosajona en su papel de autoridad formal de la época, a la autonomía individual de su súbdito para auto organizarse y regularse, a través de las formas y mecanismos informales, espontáneos y colectivos -en red-, a fin de coadyuvar con la autoridad monárquica al mejoramiento de la convivencia social, tal y como en la actualidad, le ha sido reconocido al individuo en su carácter de ciudadano, quien a través de *la gobernanza ejercida por esa colectividad o autoridad-red informal le ha sido delegado por parte de la autoridad formal estatal el ejercicio de su facultad de gobierno*²⁵⁶.

2. La interacción de los Sistemas Normativos francés e inglés: Antecala de la Gobernanza actual

A fin de comprender a profundidad el presente apartado, tenemos que dilucidar por qué recurrimos a la utilización del vocablo *sistema normativo*, para exponer la interacción de dos sistemas normativos diversos y complementarios, que sentó las bases de la gobernanza actual.

“Community Benefit Agreements: New Vehicle for Investment in America’s Neighbourhoods”, *The Urban Lawyer*, United States of America, 2007, vol. 39, núm. 3, pp. 657-669.

²⁵⁵ Rhodes, ahonda más allá al proveernos de idea general del simple término cuando señala: “GOVERNANCE signifies a change in the meaning of government, referring to new processes of governing; or changed conditions of orders rules; or new methods by which society is governed... I use governance to refer to the changing boundaries between public, private, and voluntary sectors and to the changing role of the state. I use the term to explore how the informal authority of networks supplements and supplants the formal authority of government, and to explore the limits to the state and seek to develop a more diverse view of state authority and its exercise.” *Cfr.*, Rhodes, R. A. W., “Waves of Governance”, en Levi-Faur, David (Ed), *The Oxford handbook of Governance* (Oxford handbooks in Politics and International Relations), Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 33.

²⁵⁶ *Idem.*

Para ello, partiremos de la definición neutral que de *sistema* nos proporciona Bobbio²⁵⁷, quien lo define como:

Aquella...totalidad constituida por sus partes, mismas que se encuentran coordinadas entre sí según un patrón de manera que contribuyen a determinado objeto.

Es decir, un *sistema* es una totalidad ordenada, un conjunto de entes, entre los cuales existe cierto orden, por lo que para hablar de orden se necesita que los entes no estén tan solo en relación con el todo, sino que estén también en relación de coherencia entre sí.

De ahí que la idea de concebir al Derecho como un sistema jurídico, signifique que todos los elementos que componen a dicho sistema se interrelacionan con la finalidad de formar una unidad, la cual supone una estructura determinada para su operatividad.

En esta tesitura, la variante jurídica del sistema es, el *sistema jurídico o normativo*, al cual algunos autores como Óscar Correas²⁵⁸ definen como el hecho de:

... que las innumerables normas válidas en un país constituyen un conjunto de elementos que mantienen entre sí una relación tal que pueden ser consideradas una unidad, por lo cual se le califica a tal conjunto con el nombre del país que se trate.

En el mismo sentido Caracciolo²⁵⁹ sugiere, que al concebir como sistema al Derecho, necesariamente se proveen de criterios de pertenencia a las normas que componen el ordenamiento jurídico, pues tal ordenamiento constituye un sistema en tanto exista relación o relaciones entre sus miembros, ya que se le tiene como un instrumento cognoscitivo con el que se pretende comprender un aspecto definido de la realidad.

Por lo tanto, ese *sistema normativo* se va a caracterizar porque:

²⁵⁷ Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, 2a edición, trad. de Jorge Guerreño, Bogotá, Temis, 1994, p.177.

²⁵⁸ *Diccionario Jurídico Mexicano*, Editorial Porrúa – UNAM, México, 2004, p. 3480.

²⁵⁹ Cfr, Caracciolo, Ricardo, *La Noción de Sistema en la Teoría del Derecho*, 2ª edición, México, Distribuciones Fontamara, 1999, p. 47-49.

- Su proceso de aplicación esta articulado en un todo (ordenamiento jurídico), y
- Demuestra que la aplicación del Derecho no es un fenómeno aislado y atemporal, ya que los ordenamientos jurídicos conviven con otros similares contemporáneos, lo cual genera relaciones e influencias mutuas insoslayables que deben ser realizadas, como sucede entre el sistema legal internacional y el sistema legal nacional.

Así pues, el concepto de sistema aplicado al ámbito jurídico denota la *forma en que el derecho se organiza, estructura y regula los procedimientos mediante los cuales se modifica*²⁶⁰, atendiendo a las reglas y principios previstos en sus disposiciones, razón principal por la cual nos referiremos como *sistema* a los sistemas normativos inglés y francés, en este apartado.

Una vez resuelto el por qué aludimos a la connotación de *sistema normativo*, con la finalidad de comprender el motivo por el cuál pretendemos demostrar que la interacción de los sistemas normativos inglés y francés prepararon la aparición de la gobernanza a finales del siglo XX, habremos de retomar brevemente al concepto de europeo del Estado.

La conceptualización del Estado-nación moderno continental, tiene su origen en una Europa cuyos miembros evolucionaron bajo el marco referencial de los Imperios –como el romano, el otomano, el español y el germano–, integrados de sociedades múltiples y diversas.

Ese marco imperial, a su vez, estableció entre las naciones europeas, las bases comunes para el intercambio y el trasplante de instituciones, reglas, técnicas de organización y estilos para administrar. Lo cual, podríamos afirmar, contribuyó al desarrollo de una incipiente concepción de la Administración Pública (AP) y del Derecho administrativo²⁶¹.

²⁶⁰ Cfr., Huerta Ochoa, Carla, *Conflictos Normativos*, 2ª edición, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 12.

²⁶¹ Por su parte, la Iglesia católica a través de su Derecho Canónico también contribuyó al desarrollo de estos dos sistemas legales mediante el trasplante de conceptos –como el de utilidad pública, entidad pública, dominio público y función pública–, que se hacía de ese Derecho eclesiástico hacia

Sin importar las bases comunes que tenían los países europeos, ni que Francia e Inglaterra fueran las potencias militares, más civilizadas y poderosas a principios del siglo XIX²⁶², el sistema normativo inglés de la Administración Pública -menos estatal y descentralizado-, y el sistema normativo francés del Derecho Administrativo –mayormente estatal y centralizado-, desde su origen, fueron muy diferentes.

A. Sistema Normativo Francés (Administración Pública Centralizada)

El país galo gozaba de la gloria política más grande en la historia europea atribuible a su movimiento revolucionario. También disfrutaba las riquezas proporcionadas por las colonias de su imperio.

Concluida la etapa revolucionaria, Francia se distinguió por construir un Estado fuerte con una Administración Pública Centralizada, dirigida por una burocracia; estudiada y regulada por una rama del Derecho Público, denominada Derecho Administrativo.

La nueva rama del Derecho se diferenció del Derecho Civil, otorgándole al primero un estatus de privilegio y creando para la solución de diferencias entre la administración y el gobernado un tribunal especial como el Consejo de Estado. Frente a su población, el Derecho Administrativo debía ser obedecido por el ciudadano en su carácter de administrado. Esta forma de administrar el gobierno influenció a países como Alemania, Italia, Austria y Polonia, y también a los países latinoamericanos entre los que se encuentra el nuestro.

sus marcos teóricos. Cfr., Cassese, Sabino, “The Rise of the Administrative State in Europe”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milan, 2010, Anno LX, vol. 4, p. 985.

El colonialismo y la guerra, también contribuyeron al desarrollo de la autoridad administrativa jerárquica dentro de las estructuras de las administraciones nacionales. La guerra además, apoyó la expansión de las responsabilidades del Estado, mediante la introducción de nuevas reglas en los contratos que celebraba con empresas privadas y otros Estados-nación. Contratos que pretendían obtener los ingresos necesarios que financiaran tales guerras. *Ibidem*, p. 995.

²⁶² El hecho de que ambas naciones eran potencias militares, enfatizaba la necesidad de alimentos y recursos económicos para costear el sustento de sus ejércitos, a fin de mantener su dominio sobre las colonias administradas fuera de sus territorios europeos. Para ello, ambas naciones implementaron la imposición de mayores impuestos a sus contribuyentes, mediante sistemas efectivos en la recolección de contribuciones. *Ídem*.

B. Sistema Normativo Inglés (Administración Pública de autorregulación)

La nación inglesa por su parte, disfrutaba del prestigio y la gloria económica producida por su Revolución Industrial y sus territorios colonizados en Asia y África. Pero al contrario que Francia, Inglaterra se caracterizó por establecer un Estado débil, gobernado de manera local, aunque controlado desde el centro. La Administración Pública de su maquinaria estatal estaba en manos de servidores civiles asalariados –personas no especializadas en la administración, empoderadas para administrar y resolver conflictos–, y partidos políticos.

Esta nación no desarrolló un estudio al Derecho Administrativo, ya que se reglamentaba el actuar de la autoridad por medio del *imperio de la ley o rule of law*. De tal manera que, ante la ausencia de la rama legal administrativa, el Derecho común o *Common Law* era el único aplicable tanto para los ciudadanos ingleses como para las autoridades públicas encargadas de la Administración gubernamental. Este tipo de administración gubernamental de autorregulación inspiró a las de Hungría y a las colonias del imperio inglés.

A principios del siglo XX, el periodo de la Gran Recesión económica de 1929, condujo a todos los sistemas de Administración Pública a través de los gobiernos nacionales a participar en el desarrollo de la economía, dirigiendo su rumbo, imitando los casos y los métodos utilizados en el extranjero para solucionar la crisis de esos tiempos que tuvieron éxito.

Transcurrido el tiempo de fluctuación financiera, la misma economía mundial comenzó a presionar a los gobiernos a establecer una uniformidad administrativa.

A pesar de las diversas teorías sobre la Administración Pública aplicadas después de la Primera y Segunda Guerras Mundiales (*la Administración Científica y la Revolución de la Organización y Administración*), así como las utilizadas en los años sesenta (*sistema de planeación, programación y presupuestación que condujo a la racionalización de los presupuestos y gastos*) el mayor cambio ocurrió en las últimas dos décadas del siglo pasado. Época en la que se introdujo la Nueva Administración Pública o New Public Management (NPM) por parte del sistema administrativo inglés.

Este cambio, modificó el modo de actuar de los sistemas de administración pública, al establecer que debía ser similar al de las empresas privadas. Es decir, debía seguir los diseños, códigos, manuales y procedimientos racionales, así como descentralizar sus funciones en otros actores que comenzaron a cobrar visibilidad en la esfera administrativa.

Asimismo, dicha transformación produjo la reubicación de la autoridad política estatal, por cuanto se refiere a su facultad en la toma de decisiones. La cual, quedó sujeta a la reglamentación legal, implicando con ello la prohibición del gobierno de actuar arbitrariamente²⁶³.

En la actualidad la mayoría de los sistemas legales que ostentaban en cuanto a su Administración Pública el sistema francés o el inglés, han adoptado estas nuevas reglas que tienen en su totalidad las características del sistema de autorregulación británico del siglo XIX.

Sin embargo, naciones europeas y latinoamericanas, cuyos sistemas legales tienen reconocido al Derecho Administrativo y su Administración Pública es centralizada, como es el caso de México, comienzan a mostrar consecuencias en sus sistemas legales, por la reiterada delegación de sus funciones reguladora a favor de organismos y organizaciones no gubernamentales, al implementar la nueva gobernanza global.

En ocasiones esa delegación de facultades por parte de los Estados suele ser sutil, al momento que mezcla normas jurídicas estatales con normas propias de la autorregulación de mercados, por ejemplo. Y en otras más, *crea híbridos de control público y privado*²⁶⁴ o, incorpora estándares dictados por organismos formales internacionales en la estructura de la Administración Pública²⁶⁵.

²⁶³ Para dicho fin, se introdujeron procesos de evaluación científica, vigilancia y supervisión en los procedimientos administrativos. Incluso se posibilitó la participación de la sociedad civil en dicha toma de decisiones gubernamentales, al reconocerle el derecho a los ciudadanos a estar informados, ser escuchados (como lo establece una democracia administrativa) y a estar en desacuerdo con las decisiones administrativas tomadas (justicia administrativa). *Cfr., Ibidem*, p. 1001.

²⁶⁴ Harlow, Carol and Rawlings, Richard, *Law and Administration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 239.

²⁶⁵ Kingsbury, *op. cit.*, nota 122.

3. La Gobernanza o Governance

A. Definición.

En la actualidad el término *governance* connota una forma de gestión pública implementada en la mayoría de los Estados nacionales en el orbe, a través de la cual podría decirse se *materializa el surgimiento del neo-institucionalismo en las Ciencias Sociales*²⁶⁶.

Sin embargo, antes de arribar a una definición de lo que es la *governance* o gobernanza, habremos de recurrir al origen gramatical del citado término.

Aunque el vocablo *governance* nació entre los siglos XVII o XVIII en la lengua española, inglesa y francesa, en el año 2012 continuaba siendo traducido en diferentes idiomas para su comprensión y estudio, como el hebreo, idioma en el cual no tenía una traducción definitiva. Inclusive fue en el año 2000, cuando la *Comunidad Académica China acordó definitivamente traducirlo como zhilí*²⁶⁷.

Por su parte, la Real Academia Española, define al anglicismo *governance* en la vigésima segunda edición de su Diccionario de la lengua española como el *arte o manera de gobernar que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado de la economía*.

Por otro lado, el Oxford English Dictionary define dicho vocablo como *la acción o manera de gobernar, el hecho de que una persona gobierne*²⁶⁸, cuya raíz

²⁶⁶ Cfr., Levi-Faur, David, "From "Big Government" to "Big Governance"?", en Levi-Faur, David (Ed), *The Oxford handbook of Governance*(*Oxford handbooks in Politics and International Relations*), Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 3.

²⁶⁷ Esta palabra china está integrada de dos letras Zhi, que significa regla, gobierno o poner algo bajo el control de, y de la letra Li, cuyo significado es administración, regulación o poner algo en orden. Por lo tanto, la palabra Zhili se define como "*government should manage and handle social affairs in a comprehensive manner taking into account political, economic, educational and cultural considerations*". *Ibidem*, p. 4.

²⁶⁸ Asimismo, este vocablo posee otros significados como son: 1. b. Controlling, directing, or regulating influence; control, sway, mastery. c. in or under (a person's) governance: subject to his control. So to have, hold, take in governance. Obs. d. The estate of being governed; good order; esp. in to set in governance. Obs. 2. a. The office, function, or power of governing; authority or permission to govern; the command (of a body of men, a ship). b. quasi-concr. That which governs; governing person or body. Obs. 3. a. The manner in which something is governed or regulated; method of management, system of regulations. In Pecock often: A rule of practice, a discipline. Obs. 4. a. Conduct of life or business; mode of living, behaviour, demeanour. Also pl. proceedings, doings. B. Discreet or virtuous behaviour; wise self-command. Obs. "governance, n." OED Online. December 2014. Oxford University Press. <http://0->

etimológica se encuentra en la palabra *govern*, acuñada en la Edad Media y por el francés antiguo a través del vocablo *gubernare*, el cual deriva del latín *gubernantia* -siglo XIV-, que a su vez procede de la palabra griega *kubernan*.

En la actualidad existe una muy nutrida literatura inglesa que describe al vocablo *governance*, como una amplia y profunda organización, que comprende actividades discursivas y de monitoreo que incluyen, estabilizan, enmarcan y reproducen reglas y reglamentaciones, muchas de ellas sin la intervención directa del gobierno nacional de un Estado.

Por un lado, Rosenau define a la gobernanza como un nivel muy abstracto de la esfera de la autoridad que rige todos los niveles de la actividad humana y que equivalen a los sistemas de reglas cuyas metas son perseguidas a través del ejercicio de la facultad de control²⁶⁹.

“[I]t is possible to note an ‘upsurge in the collective capacity to govern’: despite the rapid pace of ever greater complexity and decentralization—and to some extent because of their exponential dynamics—the world is undergoing ‘a remarkable expansion of collective power,’ an expansion that is highly disaggregated and unfolds unevenly but that nevertheless amounts to a development of rules systems ‘that have become 1) more intensive in their permeation of daily life, 2) more permanent over time, 3) more extensive over space, 4) larger in size, 5) wider in functional scope, 6) more constitutionally differentiated, and 7) more bureaucratic’

Es decir, enfatiza la manera en que el mundo se está dirigiendo a una expansión del poder colectivo, altamente fragmentado y abierto de manera irregular. Para Rosenau además, la gobernanza o poder colectivo se compone de *reglas sistemáticas que permean de manera más intensa la vida diaria, son más permanentes en el tiempo, abarcan más espacios competenciales, son mayores en cuanto a tu dimensión y tamaño en los ámbitos de competencias y funciones, son constitucionalmente diferenciadas y más burocráticas.*

Por otro lado, para Luis F. Aguilar fue el sector privado en los años ochenta a través del vocablo de *corporate governance* (*gobierno corporativo o gobernanza*

www.oed.com/millennium.itesm.mx/view/Entry/80307?redirectedFrom=governance (accessed February 04, 2015).

²⁶⁹ Reincke, H. Wolfgang and Witte, Jan Martin, “Challenges to the International Legal System Interdependence, Globalization, and Sovereignty: The Role of Non-binding International Legal Accords” en Shelton, Dinah (Ed), *The Role of Non-binding Norms in the International Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 106-107.

corporativa) quien intentó dar por vez primera una definición al término *governance*²⁷⁰, que dicho autor la precisa como el resultado:

... de la transición de un Estado unitario a un régimen diferenciado... que se caracteriza por la dispersión y fragmentación del poder central... y por la aparición de “redes interorganizacionales auto organizadas”, “capaces de autogobierno” (self-steering, self-organizing interorganizational networks), que se hacen cargo de numerosas tareas públicas... Las redes están integradas por actores públicos, privados, sociociviles, intergubernamentales... Las redes se caracterizan por la interdependencia e intercambio de recursos de sus actores, por reglas de interacción compartidas y por una autonomía significativa frente al gobierno... el mando gubernamental central coexiste con el poder fragmentado entre los diversos nodos de la red involucrada en la atención de los problemas públicos, así como el control gubernativo coexiste con la independencia de los otros actores, de los que no puede prescindir sin perder eficacia en sus acciones y con los cuales establece equilibrios cambiantes y pactados según las circunstancias, materias y políticas²⁷¹...

Si retomamos el origen empresarial de la gobernanza, tal y como lo afirma Aguilar, tenemos que enfatizar que el propósito de dicha gobernanza desde su inició fue *dirigir y controlar las actividades de una organización mediante el establecimiento de estructuras, reglas y procedimientos para la toma de decisiones*²⁷². Es decir, esa finalidad de dirigir y controlar, cobra actualmente importancia, en virtud de los efectos que ha traído al mundo, al haber traspasado su aplicación de la esfera empresarial privada, a la esfera pública del Estado y la Academia.

Ahora bien, desde el punto de vista académico, David Levi-Faur, identifica a la gobernanza como *una agenda de investigación interdisciplinaria sobre el orden, el desorden, la eficiencia y la legitimidad en el contexto de la hibridización de los modos de control que permiten la producción del orden multidimensional y fragmentado dentro del Estado, por el Estado, sin el Estado y más allá del Estado*²⁷³.

No obstante, a pesar de que las anteriores definiciones provisten una vasta explicación, sobre lo que es la gobernanza, ninguna menciona que la primera

²⁷⁰ La expresión gobierno corporativo replanteó la noción de la empresa como “una organización de propiedad común (accionistas) cuyo buen funcionamiento es de interés común para... actores interesados en el desempeño de la empresa (empleados, cliente, proveedores, gobiernos, la comunidad en la que se la empresa se asienta físicamente...) ...implica que los miembros y dueños de la empresa y los interesados en su desempeño... se involucren en las decisiones y operaciones directivas que marcan el futuro de la empresa”. *Ibidem*, pp. 83-84

²⁷¹ Aguilar, *op. cit.*, nota 171, p. 115.

²⁷² Todd, Alex, “Corporate Governance Best Practices”, en Kent Baker, H. and Anderson, Ronald (eds.) *Corporate Governance, a Synthesis of Theory, Research, and Practice*, John Wiley & Sons, United States of America, 2010, p. 57.

²⁷³ Levi-Faur, *op. cit.*, nota 266, p. 3.

aparición de la actual connotación *governance* o *gobernanza* en el ámbito internacional ocurrió en el reporte del Banco Mundial de noviembre de 1989, denominado “El África subsahariana: de la crisis al desarrollo sustentable.

Una perspectiva de largo plazo”. Reporte, que refiere a la gobernanza como *buen gobierno* o *governance basado en una reforma política*²⁷⁴. Posteriormente, en 1993 el vocablo fue utilizado por la Agencia para el Desarrollo de los Países de Ultramar del gobierno británico al reconceptualizarlo como *good governance*. Posteriormente, la Comisión de Ayuda al Desarrollo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) lo incorporó en muchas de sus recomendaciones. Finalmente, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) al utilizarlo en 1997 se convirtió en el principal promotor para que fuese usado por los gobiernos del mundo, al incluirlo en sus políticas de fomento al desarrollo sustentable.

Es así como la utilización en el ámbito gubernamental de la *gobernanza corporativa*, se comenzó a entender vagamente como *un mecanismo para repartir el poder corporativo, los privilegios y las ganancias entre las Corporaciones y sus accionistas*, con ello se convirtió en *un instrumento de política pública*²⁷⁵ que se ha ido adecuando a los conceptos de administración, gobierno y Derecho que inundan la esfera pública y gubernamental.

No obstante lo anterior, es dable partir de una definición de gobernanza, como la provista por Jan Kooiman, cuyo contenido es más neutral, a fin de comprender por qué la Nueva Administración Pública o *New Public Management*, las Redes sistémicas o *Networks*, las Asociaciones Público Privadas o *Public Private Partnerships* y la contratación, por sí solos o combinados por su interacción mutua, resultante en híbridos legales, son los instrumentos de gobernanza, a través de los cuales el nuevo Estado Administrador red gobierna conjunta o separadamente a nivel local y global, con el mercado y la sociedad civil.

²⁷⁴ Aguilar, *op. cit.*, nota 171, pp. 82-83.

²⁷⁵ Todd, *op. cit.*, nota 272, p. 60.

En este sentido, Kooiman define a la gobernanza como *la mezcla de todos los tipos de esfuerzos de gobernar por todas las formas de actores político-sociales, públicos y privados*, que resulta de las interacciones entre lo político y lo social²⁷⁶.

Y además propugna junto con Svein Jetoft, que la *gobernanza ocurre a diferentes escalas sociales, desde lo local hacia lo global, traslapando las responsabilidades y límites de las autoridades*²⁷⁷, concluyendo así, que se trata de una *gobernanza interactiva*.

Es decir, al calificar Kooiman y Jetoft como *interactiva* a la *gobernanza*, le están reconociendo un atributo de *relación mutuamente influyente entre dos o más actores o entidades*²⁷⁸, cuyos 3 tipos de interacciones: interferencias, interacciones e intervenciones, son el punto de origen de la *autogobernanza o self-governance*, la *cogobernanza o co-governance* y la *gobernanza jerárquica o hierarchical-governance*, que son los modos de gobernanza existentes en la sociedad mundial actual y objeto de estudio de la presente investigación.

De modo tal que, la *gobernanza interactiva* es definida como la *totalidad de interacciones inducidas para resolver los problemas de la sociedad y crear oportunidades sociales, incluyendo la formación y aplicación de principios, guiando aquellas interacciones y cuidando a las Instituciones que las controlan*²⁷⁹, y aunque para otros estudiosos, la gobernanza recibe el nombre de *good governance*, *network governance*, *global governance*, al final se trata de la misma idea.

A manera de resumen, podemos señalar que, si bien la gobernanza tiene su origen en sus elementos, su materialización sucede a través de los modos a través de los cuales los proceso de interacción de la gobernanza ocurren, y tiene una evolución constante en los órdenes que conforma, todos ellos a examinarse en las siguientes líneas.

²⁷⁶ Kooiman, Jan, *Governing as Governance*, New Delhi, SAGE Publications, 2003, p. 16.

²⁷⁷ Koiman, Jan and Jentoft, Svein, "Meta-Governance: Values, Norms and Principles, and the making of hard choices", *Public Administration Review*, Reino Unido, 2009, vol. 87, núm. 4, p. 820.

²⁷⁸ Koiman, *op. cit.*, nota 276, p. 16.

²⁷⁹ Kooiman, *op. cit.*, nota 277, p. 820.

B. Elementos y modos de la Gobernanza

Para Kooiman y Svein Jentoft, esta gobernanza interactiva tiene 3 elementos necesarios para existir: las imágenes, los instrumentos y las acciones.

Las primeras, son la razón de ser de la gobernanza, ya que guían en términos del cómo y el porqué de la gobernanza, es decir, los fines, los conocimientos, las metas, modelos a materializarse a través de los instrumentos y las acciones.

Por su parte, los instrumentos además de unir a las imágenes con las acciones, son el elemento intermedio de la gobernanza, cuya utilización depende de la posición que el actor a implementarlos tenga en la sociedad, determinada por el tipo y rango. Los instrumentos son ilimitadamente variados, y van de los más suaves y flexibles, como son la información, el consejo, códigos y reglas de profesionistas, hasta los más formales como son las leyes, tratados, acuerdos orales.

Finalmente, las acciones son la puesta en marcha de los instrumentos, es decir la implementación de las políticas a través de los instrumentos elegidos, de conformidad con el conjunto de guías –imágenes- establecidas.

Ahora bien, las formas estructurales en las que los procesos de la interacción de los elementos de la gobernanza ocurren en la sociedad es a través de tres modalidades: 1) la gobernanza o regulación jerárquica (*hierarchical-governance*), 2) la auto-regulación o autogobernanza (*Self governance*) y 3) la co-regulación o co-gobernanza (*co-governance*)²⁸⁰.

C. La Gobernanza Jerárquica o Hierarchical Governance.

Este tipo de gobernanza ocurre en las interacciones entre el Estado y sus ciudadanos, así como también dentro de las corporaciones, entre los directivos y los trabajadores. Enfatizando que, la característica distintiva de esta modalidad de gobernanza es la *jerarquía*, entendida como *el proceso en el cual los líderes controlan a los no-líderes*²⁸¹. Y este control surgido en las interacciones entre ambos actores, va tomando forma de *intervenciones estatales*, estructurándose de manera

²⁸⁰ *Ibidem*, p. 821.

²⁸¹ Kooiman, *op. cit.*, nota 276, p. 115.

sistémica a través de *instrumentos legales [Normas y Principios] en otras entidades en la sociedad, a fin de gobernar a esa sociedad interna y externamente, proveyéndole protección incluso en contra del mismo Estado*²⁸².

Aunque es dable destacar que la *gobernanza jerárquica*, ha ido transformándose en la medida que el Estado mismo ha ido delegando sus actividades estatales a favor de quienes ha habilitado para ello, reconociéndole esos roles, a través de las especies de *co-gobernanza* o *co-governance* que a continuación se explican.

D. La Cogobernanza o Co-governance: Networks y Public Private Partnerships.

Kooiman afirma que la *cogobernanza es por sí misma la gobernanza, a la cual se le identifica con la colaboración, la cooperación y la coordinación en los diversos niveles de la organización social. En ella, los actores interactuantes comparten fines comunes regulatorios*²⁸³, sin importar la diferente naturaleza jurídica de cada uno de ellos. Es decir, es una forma de gobernabilidad *horizontal, en la que tales actores se comunican, colaboran o cooperan sin un actor gobernante central o dominante*²⁸⁴.

Esta modalidad, a su vez se subdivide en cinco co-modos, que son: *redes, asociaciones público privadas, coadministración, co-regímenes y gobernanza comunicativa*, de los cuales son primordiales en su análisis para esta investigación los dos primeros.

Las *redes* o *networks*, siguiendo a Kooiman, son una modalidad de *cogobernanza* que se distingue por la naturaleza horizontal de las interacciones entre sus participantes y la escasa presencia de elementos jerárquicos.

Aunque el término *networks* es un constructo en boga en estos momentos de efervescencia global, existen variados enfoques sobre lo que son, dentro de los que destacan los desarrollados por el Reino Unido, Holanda y Alemania.

Es el caso que en el Reino Unido, las redes surgieron como un modelo de gobernanza relacionado íntimamente a las ideas del vaciado o agrietamiento del

²⁸² *Ibidem*, pp. 123-124.

²⁸³ *Ibidem*, p. 96.

²⁸⁴ *Ibidem*, pp. 96-97.

Estado, influenciadas del New Public Management inglés que las hizo emerger a la vida pública gubernamental. Pues a medida que se iban estableciendo redes inter-organizacionales establecidas entre actores gubernamentales -estatales- y actores sociales y privados diversos sin soberanía y con poder de dirigir o regular, *la gobernanza se volvía más igualitaria y equilibrada, hecho que catapultó a las redes como una tercera estructura gubernamental próxima a la burocracia y al mercado*²⁸⁵.

Por el contrario, desde el enfoque holandés, las *redes o networks* surgen como una reacción a la perspectiva que observa multi-actores en la gobernanza, en palabras de Kooiman. El punto central de este enfoque, enfatiza que las interacciones ocurren *entre un regulador central y grupos meta, siendo autoritarias y cuyas recomendaciones involucran la coordinación y la centralización*²⁸⁶.

A su vez, el enfoque germano es más radical, pues atribuye el surgimiento de estas *redes o networks* al *desarrollo social y al cambio del papel del Estado, al ubicarlas dentro de los límites entre el Estado y la sociedad como un nuevo y específico modo de gobernanza*. Asimismo, exaltan el desplazamiento que esta sufriendo el control jerárquico a manos de la *coordinación horizontal, en la cual las redes encuentran un campo fértil para su exponencial crecimiento*²⁸⁷.

Las redes entonces representan la complejidad social y pueden ser vistas como una respuesta parcial al dinamismo de la sociedad mundial moderna, auxiliar en el manejo de las tensiones relacionadas con dicho dinamismo.

Por su parte, las *Asociaciones Público Privadas o Public Private Partnerships*, aludiendo nuevamente a Kooiman emergieron en la década de 1990, debido al esfuerzo por mejorar la legitimidad de la acción pública y al mayor involucramiento de los ciudadanos y grupos del sector empresarial en la prestación de los servicios públicos, que resultó en una interacción más sistemática entre el Estado y la sociedad civil²⁸⁸.

Esta interacción se materializó a través de formas de colaboración o cooperación entre el sector público y el sector privado denominadas *Asociaciones*

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 105.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 106.

²⁸⁷ *Idem*.

²⁸⁸ *Ibidem*, p. 102.

Público Privadas o Public Private Partnerships (PPP), constituyendo un co-gobierno que comparte ganancias y pérdidas según lo estipulen.

Medularmente el motivo para la aparición de estas PPP es financiero-económico, ya que el capital privado es invertido en proyectos o programas semi-públicos, que pueden beneficiarse de la eliminación de varios obstáculos sociales, legales y administrativos. No obstante, lo anterior al mismo tiempo, resultan ser benéficas para los gobiernos, quienes a través de ellas hacen uso del know-how del mercado, de su experiencia, la innovación y el desarrollo de tecnología, que redundan en reducción de costos y la mayor obtención de recursos públicos a largo plazo.

Finalmente, para que el funcionamiento de las PPP sea exitoso, en su celebración se deben satisfacer las condiciones de confianza, establecimiento de objetivos comunes, su diseño como un proceso y la transparencia en la rendición de cuentas para los participantes y para los ciudadanos.

E. La Auto-gobernanza o Self-governance.

Se refiere a la regulación que los propios actores hacen de sí mismos, ya que toman cuidado de ellos, fuera del alcance o ámbito del gobierno. No es una capacidad creada por el gobierno, por el contrario, su origen radica en el propio acuerdo de los involucrados. Es más bien, considerada una cualidad social ampliamente utilizada desde la sociedad civil y desde las asociaciones del ámbito privado y empresarial.

F. Órdenes de la Gobernanza: la Metagobernanza y sus Principios.

Los órdenes de la Gobernanza integran tres círculos concéntricos, comenzando de afuera hacia el centro.

En el círculo externo se encuentra el primer orden, dentro del cual ocurren las interacciones sociales, en donde se identifican los problemas a resolverse en el siguiente círculo o segundo orden.

En este segundo círculo, se materializan los arreglos institucionales a los problemas surgidos en el primer orden a través del establecimiento de sistemas de acuerdos, reglas, derechos, leyes, normas, roles y procedimientos.

Y finalmente en el centro de estos círculos concéntricos, se localiza el tercer orden o *Meta gobernanza*, que alimenta, obliga y evalúa a los otros dos círculos, ya que establece y aplica los Principios normativos razonados y coherentes, que rigen a la Gobernanza²⁸⁹.

Estos Principios regidores de la Gobernanza son un catálogo de nociones normativas que no tiene bases conceptuales, sin embargo, al unísono conforman un cimiento coherente de una valoración total de meta consideraciones que la gobernanza utiliza para definir sus elementos, sus modos y los órdenes que constituye²⁹⁰.

Es el caso del Principio de *Transparencia, que rige las imágenes, el de Eficiencia que es aplicado a la elección y aplicación de los instrumentos y el Principio de Rendición de cuentas siempre presente en el ejercicio de la acción de la gobernanza.*

De igual modo, los modos de gobernanza guían su actuar a través de estos Principios, por ejemplo, el *Respeto es un Principio de autogobernanza, como la Equidad lo es de la gobernanza jerárquica y la Inclusión de la co-gobernanza.*

Por lo que toca a los órdenes de gobernanza, éstos cimientan su acción de alimentar, obligar y evaluar a los otros dos círculos, por medio de los Principios de Efectividad, Responsabilidad y Responsabilidad moral.

Si bien es cierto y conforme las definiciones provistas con antelación, la *gobernanza*, más allá de ser una nueva forma de gestión pública o agenda de investigación social, es un constructo social cuya primigenia concepción ocurrió más allá de la esfera empresarial privada. Podríamos decir, que su nacimiento ocurrió en la Inglaterra y Francia medievales.

Sin embargo, su sola mención implica un cambio novedoso, la idea de transformación hacia nuevos procesos para gobernar a la sociedad a través de regulaciones interdependientes entre las redes de actores que materializa la fragmentación y la dispersión de la autoridad central de nuestra sociedad mundial.

²⁸⁹ Kooiman, *op. cit.*, nota 277, p. 822.

²⁹⁰ *Ibidem*, p. 826.

La *gobernanza* por otro lado, es al mismo tiempo una *estructura* –sistema de reglas, leyes, decisiones y prácticas administrativas, que engloba instituciones multinivel y en red, no jerárquicas y regulatorias-, *un proceso* –conduce y mejora la capacidad institucional para guiar hacia las nuevas estructuras-, *un mecanismo* – establece procedimientos institucionales novedosos en la toma de decisiones y elaboración de políticas, su cumplimiento y control- y una *estrategia interactiva* –representa el esfuerzo de los actores para gobernar y manipular el diseño de las instituciones y mecanismos para dar forma a través de la adopción y creación de sistemas descentralizados, informales y colaborativos de la gobernanza, como son la redes, los instrumentos normativos suaves, flexibles y hiperinnovadores como el soft law, el Open Method Coordination- *con un origen policéntrico y multinivel* [desde el local hasta el supranacional o global], *cuyas reglas, formas de administración y control impactan en el diario vivir del ser humano, cuya interactividad les permite al ser flexibles e informales su vigencia y permanencia mayor en el tiempo, al reinvertirse con el propósito de ser altamente eficientes y legítimas a través de la hibridización de los modos de control que permiten la producción del orden multidimensional y fragmentado dentro, fuera, por, sin y más allá de la figura estatal central.*

III. La fragmentación del Estado-nación moderno en un Estado-Administrador-Red

1. *La evolución del Estado de Bienestar en un Estado Dirigista, un Estado Benefactor y un Estado Administrador-red.*

No obstante que desde *hace seis siglos en el año 1349, Eduardo III de Inglaterra publicó El Estatuto de los Trabajadores del Campo*, una proclama que hoy puede concebirse como el punto de partida de la administración de la seguridad o del bienestar social en el mundo²⁹¹.

²⁹¹ El Estatuto medularmente prohibía a toda persona, bajo pena de encarcelamiento, dar limosna, caridad o cualquier tipo de ayuda a los mendigos que se negaban a trabajar y se entregaban al ocio, quienes estando en condiciones físicas aptas para trabajar no lo hacían; lo anterior, con la finalidad de conminarlos de manera indirecta a trabajar para sufragar sus necesidades de vida y acabar con la mendicidad, y reducir la comisión de delitos y hacinamiento poblacional en determinadas regiones. *Cfr.*, De Schweinitz, Karl, *Inglaterra hacia la Seguridad Social (desde el Estatuto de los Trabajadores del campo de 1349 hasta el Plan Beveridge de 1942)*, trad. de Odan Duran D'ocan, México, Ediciones Minería S. de R.L, 1945, p. 13.

Fueron el surgimiento de la Primera Revolución Industrial en Inglaterra y la ideológica en Francia, así como la industrialización, el capitalismo, la urbanización, el exponencial crecimiento poblacional, junto con su rápido desplazamiento no sólo del campo a la ciudad²⁹², sino intrarregional, y los sistemas de asistencia pública implementados en las ciudades de Munich y Hamburgo a finales del siglo XVIII, quienes provocaron que la figura estatal depositada en el monarca dinástico del último cuarto del siglo XIX, sufriera una transformación que lo conduciría hacia un Estado-nación moderno de Bienestar²⁹³.

A pesar de que la Inglaterra medieval se preocupó por erradicar la mendicidad de la época, los siguientes Estatutos Reales emitidos, jamás funcionaron satisfactoriamente, ni brindaron un verdadero auxilio, ni transformaron las condiciones de pobreza en prosperidad y crecimiento económico para los individuos y la sociedad de la época.

Fue alrededor de 1796 en la ciudad de Hamburgo cuando el Baron Kaspar Von Voght describió públicamente en una carta dirigida a algunos amigos el plan de seguridad social más completo de la época, fondeado financieramente con aportaciones filantrópicas, y materializado por el compromiso y responsabilidad civil de todos los habitantes de la ciudad para su planeación, organización y puesta en marcha a partir de 1788.

Medularmente su programa social consistía en proveer una fuente de empleo e ingreso permanente, sin excusa de edad o número de hijos, ni falta de ayuda para el cuidado de los menores, que les ayudase a aprender un oficio, leer, escribir, hacer operaciones matemáticas básicas, religión y música, mediante becas salariales, así como guarderías para el cuidado de sus hijos, tal y como lo describe el propio Kaspar del siguiente modo:

²⁹² Fue en el siglo XIV cuando este desplazamiento comenzó por el crecimiento de la industria del tejido de lana introducida por los tejedores flamencos de los que Guillermo el Conquistador se hizo acompañar, así como por el fomento que Eduardo III dio a la inmigración de tejedores de Holanda, quienes para el año 1331 hicieron posible la exportación de paños por parte de la Inglaterra Medieval al resto de los reinos continentales. *Ibidem*, p. 19.

²⁹³ El término Estado de Bienestar o *Welfare State*, connota un conjunto de derechos legales, políticos y sociales interconectados. *Cfr.*, Overbye, Einar, "Disciplinary perspectives", en Castels, Francis G., et al. (Eds), *The Oxford Handbook of the Welfare State*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 153.

“Todos los habitantes sucesivamente actuaban durante una semana; hacían colectas entre sus vecinos y nuestros habitantes de mayor respetabilidad consideraban como un puesto de honor hacer tales colectas personalmente.

...

La ciudad, después de haberse calculado por término medio el número de pobres de cada uno de sus diversas partes, se dividió en 60 distritos. Por cada distrito fueron elegidos 3 ciudadanos... 180 caballeros, a los que se les llamó intendentes,... nuestros intendentes habían preparado interrogatorios impresos que formulaban a cada familia pobre... las declaraciones se comprobaban por medio de inspecciones personales y las pruebas que aportaban los vecinos, verificándose toda clase de averiguaciones para descubrir los ingresos medios de cada miembro de la familia... el estado de salud era determinado por la visita de un médico y de un cirujano.

De este modo comenzamos a hacer un cálculo exacto de lo que necesitaba cada pobre para atender su subsistencia,... un mínimo de 2 chelines por semana;... ya contábamos con una suma superior a la necesaria para que pudiera contar con medios de vida suficiente una gran parte de nuestros pobres... acordamos que la ocupación que había que asignarles sería el hila cáñamo... la única condición requerida... era la de que sacasen del auxilio prestado todo el partido posible.

...

Los hombres y las muchachas eran empleados en hacer cuerdas de cáñamo, picar estopa o limpiar las calles y reparar las carreteras, pagándoles a razón de 4 peniques diarios...

La ancianidad y las enfermedades y las dificultades para mantener a una familia numerosa era también desgracias que requerían socorro. Para los primeros, dispusimos un hospital; y en algunos casos, les dábamos el dinero que les había costado su estancia en el hospital.

...

Dondequiera que hubiese niños menores de cinco años en esta desdichada situación [es decir en las casas en que imperaba la miseria y la embriaguez], procurábamos hospedarlos en casas de otros pobres de mejor conducta, y encontramos no pocas mujeres de instintos maternales que resultaron más ayas excelentes.

En otros casos asignábamos a la madre de 6 a 12 peniques a la semana por cada hijo; y ahora estamos ocupados preparando en cada parroquia una habitación caldeada –pan, leche y patatas en abundancia- donde los padres que tengan que ir al trabajo puedan depositar a sus hijos durante el día, evitando de este modo todo obstáculo para su trabajo o para el de sus hijos mayores.

Hemos decidido obligarlos a que envíen a la escuela a todos su hijos entre 6 y 10 años de edad, que podrían trabajar allí dos terceras partes del tiempo y durante el resto, aprenderían a leer, escribir, cuentas, religión y música religiosa.

Hemos decidido que no se conceda auxilio a ninguna familiar por un niño que pase de los 6 años: pero que este hijo vaya a la escuela, donde recibirá no sólo el salario semanal... por su trabajo, sino también un suplemento por su asistencia a la escuela y en relación con su conducta y su aplicación al trabajo; suplemento que ascendería a un término medio entre doce y ocho peniques, sin contar con otros previos.²⁹⁴

²⁹⁴ Cfr., De Schweinitz, *op. cit.*, nota 291, pp. 144- 147.

Aunque el programa social inaugurado en 1790 en la ciudad de Munich, no era tan completo como su similar en Hamburgo, fue el segundo programa de bienestar social existente en dicho tiempo.

Este proyecto fue concebido por el norteamericano Benjamín Thompson, nombrado después Conde Rumford, quien sintió interés por la asistencia pública, debido a la grave plaga de mendigos que existía.

Derivado de este hecho, comenzó la erradicación de este mal social basado en dos premisas. La primera, *adoptar eficaces medidas de carácter general para mantener y apoyar a los pobres, a través de la creación de un taller que maquilaba productos al ejército, en el que era contratado toda persona apta para el trabajo;* satisfecho lo anterior, puso en marcha su segunda premisa. La cual, *consistió en hacer feliz a la gente para que se volviera virtuosa, a través de la provisión de un amplio y cómodo edificio, dispuesto de la cama más limpia y confortable en habitaciones espaciosas y elegantes, que se conservaban con la más escrupulosa limpieza, bien caldeadas e iluminadas en invierno. Además de proveerles una buena comida al día gratis, con todo cuidado en cuanto a limpieza y orden, ya que no se permitía el mal comportamiento ni el exceso en el lenguaje*²⁹⁵.

Derivado de estos primigenios programas sociales, para 1794, la ley Prusiana –*Prussian Landrecht*–, atribuyó al Estado Prusiano una clara responsabilidad patriarcal hacia los pobres, quien delegó a su vez las comunidades locales la provisión de ese cuidado social.

Aunque a finales del último cuarto del siglo XIX comenzó a generalizarse el sentimiento de que quienes habían fracasado en la vida merecían algo mejor, la Alemania Imperial de Otto Von Bismack, fue el primer Estado-nación moderno, que tomó medidas legislativas decisivas para crear un verdadero Estado de bienestar, que cubriera mediante un sistema estatal de seguros, los gastos a todos los ciudadanos desde su nacimiento hasta la muerte.

Esta protección fue puesta en marcha a través de la proclamación del mensaje Imperial entregado por el canciller Bismarck el 17 de noviembre de 1881 y la legislación asociada sobre el seguro de enfermedad (1883), el seguro contra

²⁹⁵ *Ibidem*, p. 150.

accidentes (1884) y el seguro de retiro e invalidez (1889). Una legislación que aunque social, siempre fue vista como parte de la estrategia estatal para atar a los trabajadores del nuevo Estado alemán unificado y evitar su desplazamiento fuera de dicho territorio²⁹⁶.

Si bien es cierto, esta legislación fue innovadora en Alemania, habría que esperar a 1908 para que los ingleses siguieran el ejemplo de Bismarck con la introducción de una modesta pensión estatal condicionada al nivel de ingresos para las personas de más de setenta años, seguida de la Ley de Seguro Médico Nacional, en 1911.

Para Marcos Kaplan, el Estado de Bienestar, concebido en el último cuarto del siglo XIX, fecha en la que el mundo occidental entró a una segunda Revolución Industrial, se transformó en 1930 es un Estado Intervencionista, caracterizado por el Dirigismo, que al final es utilizado como calificativo de dicho Estado²⁹⁷.

Tal y como Kaplan alude, la crisis económica de la primera década del siglo XX, motivó la injerencia estatal en la mayoría de las actividades económicas, dando con ello paso a la implementación en 1933 bajo la Presidencia de Roosevelt en los Estados Unidos de América, del *New Deal*²⁹⁸. Un acuerdo que se caracterizó en ser un conjunto de acciones gubernamentales federales para ayudar a todos aquellos que quedaron desempleados por la Depresión económica²⁹⁹, que por un lado buscó conservar la propiedad privada de los medios de producción, y al mismo tiempo redujo los principios de libre empresa, de competencia y propiedad privada³⁰⁰.

Es decir, este nuevo Estado de Bienestar Dirigista, utilizó su poder regulatorio, a través de sus políticas públicas, de la extensión de la legislación social

²⁹⁶ Pierson, Chris and Leimgruber, Matthieu, "Intellectual Roots", en Castels, Francis G., et al. (Eds), *The Oxford Handbook of the Welfare State*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 35.

²⁹⁷ Kaplan, *op. cit.*, nota 238, p. 211.

²⁹⁸ La finalidad del New Deal, principalmente fue superar la crisis a través de la recuperación del consumo, de la inversión y de reformar el sistema económico, suprimiendo algunos de los usos y abusos que llevaron a la crisis, con la convergencia en la recuperación de la legitimación de la figura del Estado y el consenso. El New Deal se va articulando e instrumentando desde marzo de 1933 a partir de las 13 leyes que el Congreso vota en 100 días, por una serie de medidas reformistas radicales... el gobierno establece programas sociales y se compromete en la economía de una manera sin precedentes. *Ibidem*, pp. 215-216.

²⁹⁹ Jones, Alison and Sufrin Brenda, *EU Competition Law*, 4ª ed, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 20.

³⁰⁰ Kaplan, *op. cit.*, nota 238, p. 212.

y económica, de la reestructuración de las formas y contenidos de los recursos y gastos de los presupuestos públicos, de intervenciones tanto directas como indirectas, para cumplir con su función primordial de control e integración, garantizando y reajustando la reproducción de la fuerza de trabajo.

Ejemplo de ello, ocurrió en 1943 cuando la versión inglesa de la seguridad social se expandió radicalmente, basada en el informe Beveridge³⁰¹, que estableció el *mínimo nacional*³⁰², es decir un seguro obligatorio nacional para todas las clases y todas las finalidades desde la cuna hasta la tumba.

Kaplan afirma que *durante la Segunda Guerra Mundial y la primera fase de la posguerra se identifica un cambio científico y tecnológico sin precedentes*, en el cual sitúo el comienzo de la Tercera Revolución Industrial³⁰³. Período, en el cual nuevamente el Estado-nación moderno sufrió una evolución al ser calificado como un *Estado Benefactor, fortalecido en su intervencionismo, su autonomización y rectoría*³⁰⁴.

Por un lado, este Estado benefactor, reforzó la estructura familiar al fomentar la reproducción y el mantenimiento de la población, mediante infraestructuras de servicios necesarios al trabajador, y a los sectores de la población no productivos de siempre, que han sido los niños, los ancianos, los enfermos y aquellos de capacidades diferentes.

Esto lo hizo a través del otorgamiento de seguros, pensiones, planes jubilatorios, y servicios de salud y guarderías³⁰⁵. Con ello, este Estado asumió el sostenimiento del excedente continuo de fuerza de trabajo desocupada, proveyendo directamente bienes, servicios y beneficios, gratis o a precios reducidos.

³⁰¹ Ferguson, Niall, *El Triunfo del Dinero: Cómo las finanzas mueven el mundo*, trad. de Francisco J. Ramos Mena, México, Random House Mondadori, 2010, p. 220.

³⁰² El informe Beveridge, descansaba en un concepto fundamental; el mínimo nacional, es decir, el mínimo básico que independientemente de toda prueba relativa a medios personales, habrá de percibir todo ciudadano británico en las contingencias de vejez, enfermedad, paro forzoso u otras vicisitudes; un ingreso a cuyo fondo originario habrá contribuido y que le corresponderá en virtud de un derecho contractual. Originándose al mismo tiempo que es expuesto este informe, la propuesta de crear un Ministerio de Seguridad Social que se encargue de la implementación, regulación y ejecución de este mínimo nacional. *Cfr.*, De Schweinitz, *op. cit.*, nota 291, p. 342.

³⁰³ Kaplan, *op. cit.*, nota 239, p. 11.

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 141.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 157.

Por otro lado, el Estado utilizó los sistemas impositivos y de seguridad social de modo redistribucionista, regulando las actividades privadas de individuos y corporaciones, dando empleo directo dentro del propio aparato gubernamental y otorgando los seguros sociales que cubrían los riesgos económicos de los trabajadores como son la vejez, la enfermedad y la invalidez³⁰⁶.

Caso concreto fue, la seguridad social implementada por el gobierno Japonés, quien valorando la cultura sobre seguros que se tenía en el país, que jamás previó un ataque por las fuerzas aéreas norteamericanas, decidió nacionalizar el riesgo. Junto con ello, diseñó un sistema de asistencia universal en 1949, cuyo Consejo Asesor de Seguridad Social reconoció su deuda y creó un sistema en el que se tomarían medidas para la seguridad económica ante la enfermedad, las lesiones, el parto, la discapacidad, la muerte, la vejez, el desempleo, las familias numerosas y otras causas de empobrecimiento a través del pago por parte del gobierno, garantizando a los necesitados el nivel de vida mínimo por parte de la asistencia nacional³⁰⁷.

Con esta implementación de políticas sociales, Japón había logrado llevar la seguridad a todos sus habitantes –la eliminación del riesgo- al tiempo que su economía crecía, posicionándose como la segunda potencia mundial en 1968³⁰⁸.

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 158.

³⁰⁷ De esta manera, el Estado de bienestar benefactor, cubría a su población frente a todos los caprichos de la vida moderna. Es decir, si nacían enfermos, el Estado les pagaría. En caso, de no poder permitirse una educación, el Estado les pagaría. Si no podían encontrar trabajo o estaban demasiado enfermos para laborar, el Estado les pagaría. Cuando se jubilaran, el Estado les pagaría. Y cuando murieran el Estado pagaría a las personas que dependieran de ellos. Sin embargo, el verdadero motor que hizo posible este bienestar japonés, fue el insaciable apetito de jóvenes soldados y trabajadores capacitados por parte del Estado a mediados del siglo XX, y no el altruismo social, que ofreció seguridad social a cambio del sacrificio militar. *Cfr.*, Ferguson, *op. cit.*, nota 301, pp. 223-224.

³⁰⁸ En Japón las empresas y familias seguían desempeñando un papel sustancial en el sostenimiento del Estado benefactor. Los patronos ofrecían prestaciones adicionales al sueldo y se mostraban renuentes a despedir trabajadores; conducta que ocurría todavía en 1990, cuando las dos terceras partes de los japoneses mayores de 64 años vivían con sus hijos. En Inglaterra, por el contrario, los patronos no dudaban en reducir plantilla en las malas épocas y resultaba mucho más probable que la gente dejara a sus ancianos padres a los tiernos cuidados del Servicio Nacional de Salud. Cabe decir, que el éxito del estado benefactor y de bienestar japonés fue posible, no sólo gracias al establecimiento del igualitarismo como su primordial objetivo político, sino a la cultura japonesa de conformismo social que alentaba al cumplimiento de las normas. Caso contrario sucedía con el Estado de bienestar inglés y occidental, en el que el individualismo latente en la sociedad, orillaba a la gente a trampear cínicamente con el sistema. *Ibidem*, p. 227.

Entre 1975 y 1980 este Estado benefactor, pronto se convirtió en un sistema de escasas dádivas, con incentivos económicos desastrosos, al incrementarse hasta en un 17% del PIB el monto de los fondos públicos destinados para su ejecución.

De igual modo, el creciente gasto asistencial, acompañado de un bajo crecimiento y de una inflación por encima de la media o *estanflación*³⁰⁹, aunado a la consecuente crisis financiera de las economías nacionales mundiales y al inminente cambio en la manera de gestión de administración gubernamental, perfilaron la necesidad de que el Estado nuevamente se transformara.

Es sin embargo, a partir del último cuarto del siglo XX que la Ciencia, la tecnología y técnica por ende, tal y como afirma Kaplan³¹⁰, comenzaron a jugar un papel primordial para el Estado, convirtiéndose gracias a la racionalización de nuestra sociedad moderna, en las promesas cumplidas, mediante las cuales se alcanzaría el crecimiento económico, el bienestar social, el mejoramiento de la capacidad defensiva y ofensiva de dicho Estado.

Esta cientifización del Estado, podríamos denominarla, siguiendo a Kaplan como la Cuarta Revolución Industrial, que conduce al propio Estado hacia su siguiente etapa evolutiva. Cambio que ha sido empujado por las novedosas tecnologías de información y comunicación que cada día interconectan al mundo y al mismo tiempo, erosionan las fronteras de los Estados soberanos al incidir dentro de sus espacios territoriales de manera instantánea e imperceptible, pero demoledora en su soberanía nacional.

Entre el último lustro del siglo XX y primera década del siglo XXI, es inminente la materialización del Estado Administrador-Red, cuyo atributo de Poder se caracteriza por residir en una pluralidad de fuentes de autoridad, en la que el Estado-nación funge como una fuente más, y ya no la única y exclusiva como otrora³¹¹.

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 228.

³¹⁰ Kaplan, *op. cit.*, nota 239, p. 171.

³¹¹ Castells, *op. cit.*, nota 41, p. 334.

2. Características del Estado Administrador-Red.

La transformación estructural del Estado-nación moderno en un Estado Administrador-Red, puede a grandes rasgos observar las siguientes cualidades:

1. Su otrora Poder soberano –*Soberanía*–, ahora lo comparte sistémicamente con otros actores sociales con los que interactúa formando una red de poderes y contrapoderes, dependiendo de un amplio sistema de aplicación de la autoridad y la influencia de múltiples fuentes. De modo tal que, al alinearse con los intereses económicos globales y guiarse por las reglas globales favorables a los flujos de capital, que fomentan la productividad y competitividad de sus economías, acepta la ley del más fuerte en la geopolítica y contribuye con ello, al sometimiento de las naciones renegadas y los demás subsistemas sociales de un desorden potencial global³¹².
2. A pesar de que retiene su capacidad en la toma de decisiones, actúa más como un componente más en el sistema de gobierno internacional y simple Administrador de su localidad territorial, auxiliándose del contrato, la gobernanza, la nueva administración pública, la tecnología y las redes sistémicas de información. Por lo que sus funciones centrales se circunscriben únicamente a proporcionar legitimidad y a asegurar la responsabilidad de los mecanismos de gobierno supranacionales y subnacionales³¹³.
3. Ha renunciado a su papel de actor principal en la arena global, para fungir como simple actor estratégico. Aunque conserva su influencia, ésta no representa por sí misma de manera individual y aislada un factor determinante entre las macrofuerzas supranacionales y los microprocesos subnacionales³¹⁴.
4. Su sometimiento al sistema económico capitalista y a fuentes sutiles de poder que no están definidas, como son las redes de capital, producción, comunicación, crimen, instituciones internacionales, aparatos militares

³¹² *Ibidem*, pp. 335-338.

³¹³ *Ibidem*, p. 334.

³¹⁴ *Ibidem*, p. 338.

supranacionales, organizaciones no gubernamentales, religiones transnacionales y movimientos de opinión pública, está destinado a convertirse en un nodo más del amplio espectro de una red de poder más amplia, cuyos flujos de poder de la red contradicen directamente el ejercicio de su autoridad³¹⁵.

5. Comparte su autoridad de control, al *delegarla a favor de otros actores o nodos* -diferentes centros de autoridad o poder y control, que pueden ser de diversos tamaños o pueden estar enlazados por relaciones asimétricas- dentro de la red que conforman. Es decir, aunque los gobiernos nacionales, que siguen representando al Estado-nación, continúan concentrando la mayor parte de la capacidad en la toma de decisiones, el Poder que ejerce cada uno de ellos dentro de la red es totalmente diferente, ya que aunque existen diferencias de poder entre los estados-nación, los diversos nodos interdependientes, a través de los cuales opera el Estado red, no permiten que ningún nodo –Estado o país- sobrepase al resto, ni siquiera a los más pequeños en el proceso de toma de decisiones globales con repercusiones en sus territorios locales³¹⁶.
6. La información global y la nueva cultura de la virtualidad en tiempo real, someten al Estado Administrador-red a depender de la capacidad del conocimiento y la información para actuar sobre el conocimiento y la información generada en la *glocalidad policéntrica* que significa la red recurrente de intercambio global con otros nodos sociales³¹⁷.
7. Esta transformación estructural del Estado, es el producto final del cambio de las relaciones de producción, de poder, de la interacción de la ciencia y la tecnología de la información y la cultura de la virtualidad en tiempo real, cuya incidencia y efectos Kaplan ya profetizaba como una “complejización descontrolada, desadaptación e ineficiencia de los procesos políticos, gubernamentales y administrativos del sistema constitucional original,

³¹⁵ *Ibidem*, p. 334.

³¹⁶ Castells, *op. cit.*, nota 26, p. 365.

³¹⁷ *Ibidem*, pp. 369-374.

colisionando con los grandes cambios y nuevas condiciones de requerimientos de eficacia y eficiencia nacionales”³¹⁸.

3. La evolución del Poder, la Soberanía, la Legitimidad y la Autoridad.

No podría comprenderse la evolución del Estado-nación moderno en un Estado Administrador-red, sin la transformación misma de los conceptos de Poder, de Soberanía, de Legitimación y de Autoridad, los cuales están intrínsecamente relacionados con él en el orden mencionado.

Es por medio del concepto del Poder que comenzamos el análisis del cambio estatal sugerido, en razón de que el Poder más allá de ser *la probabilidad de imponer la propia voluntad dentro de una relación social, aún contra toda resistencia y cualquiera que sea el fundamento de esa probabilidad*³¹⁹, como lo definió Max Weber.

*Es un fenómeno social que no puede concebirse en forma aislada, sino que es un fenómeno relacional, una capacidad que hallamos en y entre todos los grupos, instituciones y sociedades, que atraviesa las vidas pública y privada, para mantener o transformar su ambiente social o físico*³²⁰. Un fenómeno en el que se incrustan la Soberanía, la Legitimación y la Autoridad, y estás a su vez lo incluyen.

Manuel Castells ahonda más respecto al Poder, al calificarlo como *un proceso fundamental de la sociedad, una capacidad relacional que permite a un actor social influir de manera asimétrica en las decisiones de otros actores sociales de modo que se favorezcan la voluntad, los intereses y los valores del actor que tiene el poder... se ejerce mediante la coacción... y la construcción de significado*

³¹⁸ Asimismo, Kaplan vislumbró la realidad que hoy aqueja al Estado Administrador-red, por lo que se refiere a las causas que impedirían a los gobiernos gobernar, como son *“los lobistas... perseguirían y coaccionarían a políticos, legisladores y administradores... la opinión pública y el electorado no serían asistidos por los medios masivos de comunicación que únicamente simplificarían los problemas políticos complejos, desinformarían o mistificarían y no ayudaría a razonar ni a criticar... Los medios masivos y partidos contribuirían a producir o a reforzar una baja capacidad de información, de debate racional, de indignación y de movilización cívica”*. Kaplan, *op. cit.*, nota 239, p. 226.

³¹⁹ Weber, Max, *Economía y Sociedad*, 3ª ed., trad. de Francisco Gil Villegas M., México, Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 183.

³²⁰ Held, David, *La Democracia y el Orden Global: Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, Barcelona, Editorial Paidós, 1997, pp. 208-209.

*partiendo de los discursos a través de los cuales los actores sociales guían sus acciones. Estando todas las relaciones de poder, enmarcadas por la dominación*³²¹.

En este mismo sentido Carpizo, lo define como una *relación desigual* -porque alguno de los sujetos relacionados entre sí, está en una situación jerárquicamente superior- *en la cual una persona, un grupo, una fuerza, una institución o una norma condiciona legítimamente el comportamiento de otra u otras dentro del subsistema social, con independencia de su voluntad y de su resistencia*³²², *con la finalidad de establecer un orden a través de reglas del juego, mediante las cuales esa sociedad se autorregula.*

En esta tesitura, dentro de los seis tipos de Poder que categorizó Carpizo son dos de ellos, sobre los cuales se cimientan la Soberanía y Legitimación del actual Estado Administrador-red.

El primero es el *Poder originario o del pueblo*, emanado de la sociedad, su razón de existir. Este Poder establece las normas que permiten la convivencia social en paz, libertad y seguridad, entre los integrantes de la sociedad, quienes pueden romper o transformar ese orden cuando no son suficientes sus beneficios o servicios³²³.

El segundo es el *Poder Político*, que al derivar del originario en su estado natural o en bruto, se va moldeando o puliendo en manos del Estado, quien le imprime las características de eficacia y homogeneidad al realizar su función principal, *crear un Derecho u orden jurídico justo si pretende subsistir en el tiempo, ya que en caso de ser percibido como injusto se luchará pacífica o violentamente para cambiarlo.* El propio Carpizo, afirma que este Poder es *sinónimo de Derecho, de orden jurídico, del establecimiento de las reglas del juego en la sociedad, ya que*

³²¹ Para Castells un actor social lo atribuye a los diversos sujetos de la acción: actores individuales, actores colectivos, organizaciones, instituciones y redes. Acotando además, que la *capacidad relacional*, enfatiza el hecho de que el poder no es un atributo, sino una relación, al igual que Carpizo señala es una "relación desigual entre el que ordena y el que obedece". Cfr., Castells, *op. cit.*, nota 37, p. 33.

³²² La palabra poder, además proviene del latín *potere* que significa autoridad y de mando. Es la manera de ordenar, dirigir, conducir o la posibilidad de imponerse. Cfr., Carpizo, Jorge, "El Poder, su naturaleza, su tipología y los medios de comunicación masiva", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXII, núm. 95, mayo-agosto de 1999, pp. 322-327.

³²³ *Ibidem*, pp. 338-340.

*esta reglado por normas jurídicas y posee el monopolio legítimo de la coacción y la posibilidad del ejercicio de esta último a través de la fuerza física*³²⁴.

En este sentido, este Poder tanto originario como político, concebido como ese fenómeno social, relacional y probabilidad de imponer la propia voluntad dentro de una relación social, mediante la obediencia a un mandato de determinado revestido de su autoridad, comenzó a vislumbrar su transformación a partir de la última década del siglo pasado.

Efectivamente, esta dominación empezó a dejar de basar su énfasis en la fuerza militar y de conquista³²⁵, a partir de la aparición de los eventos accidentales señalados en el capítulo anterior -la difusión global de los patrones institucionales, la interrelación mundial, la descentralización en función de los sistemas, la globalización como proceso cultural, los avances tecnológicos de información y comunicación-, y del surgimiento según Nye, de un creciente empoderamiento de los actores privados y Estados-nación pequeños, la interdependencia económica, los actores transnacionales y el debilitamiento del nacionalismo en los Estados-nación.

Todos ellos, eventos interdependientes en torno a la sociedad mundial que condujeron su tránsito evolutivo hacia una dominación más difusa, al transmitirla del *capital-rico a la información-rica*, que en manos de quien ejerce el dominio implica un recurso de Poder, ya que la información antes de ser divulgada es un recurso mediante el cual se ordena a otros hacer lo que quiere cooptativamente, convirtiéndose entonces el Poder en un Poder Suave co-optativo o Soft Power³²⁶.

Un Poder Suave que no es más que *la habilidad... para estructurar una situación para que otros... desarrollen preferencias o definan sus intereses en maneras consistentes con la propia*³²⁷ *sin amenaza o pago alguno de por medio*³²⁸.

³²⁴ *Ibidem*, p. 341.

³²⁵ El propio Henry Kissinger lo reconoció en un discurso que dio en 1975, "We are entering a new era, of international patterns are crumbling... the world has become interdependent in economics, in communications, in human aspirations". *Cfr.*, Nye Jr., Joseph S., "Soft Power", *Foreign Policy*, United States of America, num. 80, Twentieth Anniversary (Autumn) 1990, p. 156.

³²⁶ *Ibidem*, pp. 164-167.

³²⁷ *Ibidem*, p. 170.

³²⁸ Nye Jr., Joseph S., *The Powers to Lead: Soft, Hard, and Smart*, New York, Oxford University Press, 2008, p. 29.

Este nuevo Poder Suave se volvió atractivo y sus recursos de instrumentalización - tangibles e intangibles-, se convirtieron en esenciales *activos que producían dicha atracción y engendraban una relación de cooperación, la cual descansa en una sensación de atracción, amor o deber como la existente en una relación, que apela al mismo tiempo a valores sobre la justicia de la contribución de aquellos valores y propósitos compartidos*³²⁹.

A él, la autoridad formal del Estado-nación comenzó a recurrir y a fusionarlo con el Poder autoritario que ya detentaba, produciendo un Poder Inteligente o Smart Power³³⁰, expresado a través los vacíos estructurales evidenciados en la constante interacción de las redes sistémicas³³¹ en que está inmersa la sociedad mundial.

Este Poder evolucionado ha posicionado a la Autoridad Institucional *legítima* del Estado-nación, en un papel de espectador y mediador³³², cuya jerarquía fragmenta en una horizontalidad heterárquica y la incrusta por medio de lazos débiles³³³ en redes interactivas y fluidas de contactos³³⁴ como nos es visible a través del uso de las aplicaciones tecnológicas y redes sociales tecnológicas hoy día.

Lo que nos conduce a observar las implicaciones que esta transformación del Poder ha generado al constructo social de la Soberanía.

Si bien es cierto, la Soberanía surgió a la par del Estado-nación moderno, con la finalidad de resolver el problema que implicaban la naturaleza del Poder y el gobierno, en un contexto en el que la Iglesia, el Estado y los pobladores se disputaban el control y ejecución de dicho Poder.

La Soberanía otorgó *un vínculo renovador entre el Poder político y el ejercicio del gobierno*³³⁵. En otras palabras, la Soberanía emergió como ese marco legítimo

³²⁹ *Ibidem*, p. 31.

³³⁰ *Ibidem*, pp. 38-43.

³³¹ *Ibidem*, pp. 44-45.

³³² *Ibidem*, p. 47.

³³³ Las redes se basan en lazos fuertes y débiles. Los lazos débiles son más efectivos que los fuertes para la adquisición de información novedosa, innovadora y no redundante. Los lazos fuertes, por el contrario, aunque proveen el Poder de lealtad, son resistentes al cambio, mientras que los lazos débiles pueden proveer la información necesaria y la habilidad para unir diversos grupos de una manera cooperativa y exitosa. *Ibidem*, p. 45.

³³⁴ *Ibidem*, p. 48.

³³⁵ Held, *op. cit.*, nota 320, p. 61.

de un sistema de Poder centralizado, en el que todos los actores sociales procuran en todo momento participar.

Cierto es que, a partir de su surgimiento comenzaron a desarrollarse teorías a su alrededor, que afirmaron la existencia de una *soberanía popular* y una *soberanía estatal*³³⁶, como premisas necesarias para el ejercicio del Poder legítimo a través de la figura estatal.

Tal y como afirmaba Rousseau en el *contrato social*, la *Soberanía popular* se origina en el pueblo y ahí debe permanecer, pero quizás habríamos de profundizar, afirmando que la soberanía popular, reside en el libre albedrío de cada una de las personas que integran la sociedad, la cual sumada a las de los demás pobladores, constituye una soberanía original, que se *cede* favor del aparato gubernamental elegido por ellos, en aras del bien común.

Es decir, esta Autoridad individual, es *transferida por los individuos* al grupo de individuos del mismo grupo poblacional, que han sido elegidos por éstos últimos, para ejercer la función de *gobierno elegido*. *Con lo cual, se origina una transformación de esa cesión de Autoridad individual en una Autoridad política ejercida por la Autoridad gubernamental denominada Soberanía Estatal, con la finalidad de que promueva los intereses de los gobernados establecidos en su contrato social o Constitución.*

Esta *Soberanía Estatal* es definida como el *Poder ilimitado e indivisible de hacer leyes para todos los ciudadanos dentro de un territorio determinado –derecho de autogobernarse-, independientemente de su consentimiento, transferido simultánea y voluntariamente, a una Autoridad única y poderosa, autorizada a actuar en su nombre*³³⁷ *ejerciendo los Poderes del Estado, determinando las reglas y regulaciones dentro de la circunscripción geográfica determinada*³³⁸ -legitimación- una persona artificial, encarnada en la figura del Estado-nación.

Entonces, siguiendo a Locke esta Autoridad política crea *reglas de gobierno, cuya legitimidad descansa en el consenso* previamente concedido de los

³³⁶ *Idem.*

³³⁷ *Ibidem*, pp. 62-64.

³³⁸ *Ibidem*, p. 129.

*individuos*³³⁹ quienes, al ejercer su libre albedrío dentro del orden normativo plenamente aceptado en su interacción sistémica social, validan tales normas.

Sin embargo, la transformación que el Poder mismo ha sufrido, ha repercutido en un observado debilitamiento de la efectividad de la Soberanía Estatal ejercida por el gobierno a nombre del Estado-nación, ante los efectos resultantes de la constante interacción en tiempo real que los individuos ejercen de su libre albedrío a través de sus Derechos Humanos, en espacios sistémicos en que el orden normativo estatal participa como un observador.

En la actualidad, este debilitamiento es mayormente visible en el uso que hacen tanto el individuo como la Autoridad gubernamental del ciberespacio, específicamente por lo que se refiere a las aplicaciones de transmisión de video y voz en tiempo real.

De igual modo la flexibilidad en la interacción dentro de la sociedad mundial entre todos los actores sociales, maximiza el referido debilitamiento. Asimismo, los avances tecnológicos, y la delegación que dicha Autoridad gubernamental realiza en otros actores sociales de la Autoridad política o Soberanía Estatal que le fue conferida originariamente, a través de las nuevas figuras legales que están surgiendo, ha contribuido a la disminución de la Soberanía Estatal del Estado-nación.

En este punto, la idea de *legitimidad* nos ayuda a entender de manera más precisa la transformación que el Estado ha realizado de manera forzada³⁴⁰, pues la propia legitimidad también *ha ido cambiando su contenido, según las distintas etapas de desarrollo social*³⁴¹.

En este sentido, más allá de la definición gramatical que podemos encontrar de *legitimidad*³⁴², como la acción de legitimar, ésta entraña la habilitación hecha por alguien revestido de autoridad, a favor de alguien para un oficio o empleo.

³³⁹ *Ibidem*, pp. 65-66.

³⁴⁰ Concha Cantú, Hugo A., "La legitimidad del Estado mexicano", en González, María del Refugio y López Ayllón, Sergio (eds.), *Transiciones y diseños institucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 344-345.

³⁴¹ *Ibidem*, p. 347.

³⁴² El Diccionario de la Real Academia Española, conceptualiza a la *legitimidad*, como una cualidad de legítimo, un adjetivo derivado de la palabra en latín *legítimus*, conforme a las leyes, lo lícito, cierto, genuino y verdadero en cualquier línea.

Sin embargo, Weber habla de la *legitimidad* como una cuestión sociológica, y la define como una forma de *dominación*, basada en *un conjunto de creencias socialmente compartidas que opera en el ámbito de la realidad social*³⁴³ y que son ejercidas no sólo por el Estado-nación, sino por otros actores sociales en interacción con los individuos mismos.

A su vez, la dominación en propias palabras de Weber es entendida como *la probabilidad de encontrar obediencia a un mandato de determinado contenido entre personas dadas*³⁴⁴... pues todos los tipos de dominación *procuran despertar y fomentar la creencia en su legitimidad*³⁴⁵.

De modo tal que, al estar revestido el Estado-nación de una dominación legal o racional *-conjunto de creencias socialmente compartidas-* y, erigirse como una *Autoridad Legítima* ante los individuos que representa, mediante el ejercicio que realiza su cuadro administrativo o gubernamental del Poder depositado soberanamente a su favor, fomenta la creencia en su legitimidad tanto para sus gobernados como para sus pares mundiales.

Esa promoción de legitimidad la realiza en un contexto internacional, ante el cual justifica su existencia en función del reconocimiento que le procura dicha comunidad internacional, al compartir con ellos la *creencia social* de ser un Estado-nación como los que integran dicha agrupación.

En este sentido el reconocimiento del Estado-nación como Autoridad Legítima, debe abordarse desde la definición que Raz confiere a dicho constructo social práctico que afirma, está enteramente relacionado con las formas de legitimación de la organización.

³⁴³ Weber, *op. cit.*, nota 319, p. 104.

³⁴⁴ *Ibidem*, p. 186.

³⁴⁵ Existen tres tipos puros de dominación legítima de acuerdo a Max Weber: 1) *De carácter racional*: basada en la creencia en la legalidad de ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad (dominación legal), 2) *De carácter tradicional*: que descansa en la creencia cotidiana en la santidad de las tradiciones que rigieron desde lejanos tiempos y en la legitimidad de los señalados por esa tradición para ejercer la autoridad (dominación tradicional) y 3) *De carácter carismático*: fundada en la entrega extracotidiana a la santidad, heroísmo o ejemplaridad de una persona y a las ordenaciones por ella creadas o reveladas (dominación carismática) que muchas veces se combinan en la sociedad, siendo difícil hallarlos en su forma más pura. *Ibidem*, pp. 336-338.

Para Raz, la *Autoridad* requiere el *abandono de la autoridad moral individual*³⁴⁶ y es definida como³⁴⁷:

A man, or body of men, *has authority* if it follows from his saying “Let X happen”, that X ought to happen”.

En otras palabras, la *Autoridad* es *una habilidad para desempeñar una acción relevante, que cambia la situación normativa*³⁴⁸, es decir, significa que se siga lo que ella dicta o, que suceda lo que ordena.

Por lo que, la *Autoridad* en la que se erige el Estado-nación es una *Autoridad Legítima* que por un lado, *posee relativamente una autoridad permanente y generalizada sobre un grupo grande de personas*³⁴⁹ -entiéndanse sus gobernados- y por el otro lado, desempeña *una acción* -a través de su cuadro administrativo o gubernamental- *cuya autorización ha recibido para llevarla a cabo (Autoridad sobre Personas) o le haya sido conferido el Poder para realizarla, directamente de sus gobernados (Autoridad para desempeñar ciertas acciones)*³⁵⁰, quienes a través de las normas jurídicas contenidas en su norma básica fundante otorgan esa habilidad legítima para ejecutar una acción relevante.

No obstante, esta *legitimación* que reviste a la figura estatal ha mostrado también un quebrantamiento, toda vez que sus elementos también se están adaptando en el proceso de transición que alberga en su interior el Estado. En especial, dentro de su elemento de *legalidad*, se observa la creciente ocupación del espacio legal que *novedosos intentos regulatorios desarrollados por la interacción entre instituciones* gubernamentales ejecutivas, legislativas y judiciales e *instituciones o actores sociales no estatales informales*³⁵¹, han comenzado a irrumpir a partir de la década de 1980.

³⁴⁶ Raz, Joseph, *The Authority of Law*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2009, pp.3-10.

³⁴⁷ Raz, continúa señalando que éste concepto de autoridad es claro y de aplicación general a todos los tipos de autoridad práctica sobre las personas y solamente la autoridad política. *Ibidem*, pp. 11-12.

³⁴⁸ *Ídem*.

³⁴⁹ *Ibidem*, p. 19.

³⁵⁰ *Ibidem*, p. 20.

³⁵¹ Concha, *op. cit.*, nota 340, p. 369.

Estas innovadoras regulaciones, son el resultado de *la creación de los propios espacios normativos de conducta que la sociedad mundial ha insertado*, como lo son los códigos de conducta, las normas ISO, los protocolos de utilización en el ciberespacio, los protocolos de uso de aplicaciones tecnológicas, por citar algunos, *con la finalidad de cambiar y sustituir la normatividad estatal*³⁵² muchas veces lenta y obsoleta por *normas o prácticas sociales*.

Así como también son originadas por la cesión que el propio Estado ha realizado de su *legitimación* a través de la delegación que ha hecho a favor de otro ente al que le confiere la Autoridad para realizar un acto que originariamente le fue conferido a él, mediante *la tercerización o subcontratación* o como en el caso de la ICANN, en cuyo nacimiento fue determinante la delegación de legitimidad y Autoridad que para regular el internet, en 1998 efectuó Estados Unidos a favor de un ente híbrido -integrado por representantes de la sociedad civil, empresas, organizaciones no gubernamentales, organismos internacionales, usuarios, académicos y representantes gubernamentales- con la finalidad original que regulara el tráfico en la red en su territorio.

Sin embargo, al traspasar la interacción en el internet las fronteras territoriales de dicha nación, esta organización comenzó a consolidarse en la escena mundial como la única autoridad legitimada para fijar las normas que regularían todas las cuestiones técnicas del tráfico informativo en el internet sin intervención gubernamental³⁵³.

³⁵² *Ídem.*

³⁵³ La publicación semanal *The Economist* en su edición del 05 de marzo de 2016, divulgó la propuesta de reforma que se negociarían en el seno de la ICANN, con la finalidad de convertirla en un nuevo tipo de organización internacional ampliamente independiente de los gobiernos nacionales, señalando lo siguiente: "The beauty of internet is its openness. As long as people stick to its technical standards, anybody can add a new branch or service. For everything to connect, though, the network needs a central address book, which includes domain names... and internet-protocol addresses... whoever control the address book can censor the internet: delete a domain name and a website can no longer be found..."

... revelations that the National Security Agency had spied on internet users in America and elsewhere. The snooping was unrelated to the management of internet addresses. But America's Department of Commerce, which oversees ICANN, was provoked to announce in March 2014 that it would relinquish its role if it were convinced that ICANN would be truly independent and able to resist power grabs by other governments and commercial interests.

America's decision to let go triggered much wrangling and some stalling by those who benefit from the status quo. Gradually, though, plans for an independent organisation have come together. The new ICANN will resemble a state, says Thomas Rickert of eco, Germany's internet association

Dando la bienvenida a una era de regulación y desregulación dúctil, híbrida, heterárquica e innovadora en la sociedad mundial moderna que ha contribuido a la fragmentación del Estación-nación, acompañándolo en su consolidación hacia un nuevo Estado Administrador-red.

4. La facultad de Delegación.

El simple vocablo *delegación* alude a una transferencia de autoridad a nivel colateral que coloca a quien recibe dicha transferencia en un plano igualitario de quien la delega, de ahí la importancia de la contribución de este concepto al surgimiento del actual Estado Administrador-Red.

A través de la *delegación*, el actor gubernamental realiza *una transferencia de autoridad o Poder que ejerce legítimamente, a favor de una entidad privada, es decir, delega un grado de su acción legítima.*

Más allá del Poder mismo, lo que se delega es una *función legítima derivativa* a la que renuncia el Poder, expresándolo en la voz de su gobierno; una función que,

and co-chairman of one of the main negotiation committees. It will have a government (the organisation's board) a constitution (its by-laws, which include its mission and "core values"), a judiciary (an "independent review process", which leads to binding recommendations) and a citizenry of sorts (half-a-dozen "supporting organisations" an "advisory committees", which represent the different interest groups). These will have the right to kick out the board and block its Budget.

...More than a dozen countries, including Brazil, France and Russia, argue that governments will have too little sway in the new structure, ICANN's board is obliged formally to weigh advice from a government advisory council only if that group has adopted such advice with "full consensus" meaning no government openly objects... Governments are being expected to jump over a higher bar than others, complains one representative from a dissenting state.

... Some lawmakers now argue that giving ICANN more independence amounts to the transfer of government property, which requires a vote by Congress.

Dissenting governments and recalcitrant Republicans notwithstanding, and independent ICANN is not only likely to come to pass but also to become a model for other sorts of internet governance.

The network is becoming Balkanised, with each country seeking to control what goes on within its own borders. Without generally accepted global rules, governments are bound to create their own, even if these cannot be implemented. "multi-stakeholder" outfits like ICANN, where all opinions are aired, might well be the best hope to come up which rules that work.

The consensual model is hardly perfect. It seems to work well for settling technical questions but can stumble when things get more political. And it is not clear who would launch other ICANN-like organisations. NETmundial, an initiative created in 2014 to do just that, has only produced some worthy "internet governance principles".

al ser ejecutada por el sector privado³⁵⁴, posee el *potencial de afectar la participación democrática del sistema político estatal*³⁵⁵.

En ese tenor, la naturaleza del Poder Ejecutivo, Legislativo e incluso Judicial delegado por el Estado-nación a favor de los actores privados, es principalmente *económica*.

Esto en virtud de que por parte del *actor privado se busca la obtención de una ganancia o la promoción del propio interés y no el interés público o bienestar social*³⁵⁶ y por parte del Poder estatal ante las presiones externas que ha recibido para su transformación hacia un gobierno cooperativo con los diversos actores sociales y ante la inminente realidad de que *las finanzas públicas no son suficientemente adecuadas para desempeñar y satisfacer todas las necesidades de los servicios públicos por el propio Estado, busca cumplir más con menos gastos, utilizando para dicha tarea, varios instrumentos como la regulación, las fuerzas del mercado, las asociaciones con el sector privado lucrativo y no lucrativo y el diálogo con la sociedad, quienes lo proveen de la información, innovación, experimentación y mejores prácticas*³⁵⁷ necesarias en su transición hacia el Estado Administrador-Red en que se está transformando.

Una vez delegada esta autoridad derivativa en beneficio de los actores privados, estos últimos comienzan a imponer sus propias condiciones de membresía y expulsión al no ser respetadas sus propias reglas, mediante las cuales imponen su disciplina³⁵⁸.

Pero ¿quiénes son estos actores privados?, los podemos identificar como *aquellos motivados por alcanzar su propio interés de ganancia, como son las firmas de consultoría, las instituciones financieras, las asociaciones, las sociedades mercantiles nacionales, extranjeras y transnacionales -comprendiéndose los grupos corporativos integrados por holdings, sucursales que en su diario actuar de facto constituyen concentraciones empresariales, muchas de ellas prohibidas por leyes*

³⁵⁴ Donnelly, Catherine M., *Delegation of Governmental Power to Private Parties: A Comparative Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 6.

³⁵⁵ *Idem*, p. 46.

³⁵⁶ *Idem*, p. 9.

³⁵⁷ Lewis, Douglas, N., *Law and Governance*, London, Cavendish Publishing, 2001, pp.7-14.

³⁵⁸ Donnelly, *op., cit.*, nota 354, pp. 8-9.

*de competencia económica en el mundo- que conforman grupos empresariales. Profesionales, las uniones comerciales, las redes de negocios, los Consejos de Administración empresariales, los Paneles de expertos y organizaciones no gubernamentales*³⁵⁹.

La participación de este sector privado en la ejecución de las políticas públicas dentro del Estado-nación comenzó alrededor del siglo XVIII en los Estados Unidos mediante la *subcontratación gubernamental*, respecto a la provisión de asistencia a los pobres, y en 1816 concedió la administración de las prisiones a estos actores particulares.

Otro caso fue el de Inglaterra, quien a través de la *iniciativa privada* también delegó al sector privado la asistencia a la población infortunada en los años de 1700 y 1800. Participación privada que resurgió con mayor auge a partir de 1980 con Thatcher, a través de la implementación de la gobernanza o NPM³⁶⁰, magnificándose aún más su utilización en la última década de éste siglo XXI.

No obstante, el impulso para que estos países iniciaran la delegación de la provisión de la asistencia social en manos de particulares, tal y como lo expusimos durante el desarrollo de la evolución del Estado de Bienestar en párrafos previos, fueron los resultados positivos alcanzados por la organización que el sector privado inició en la Alemania imperial de principios del siglo XVIII, para paliar la pobreza y mendicidad de la sociedad germana.

La delegación que hace el aparato gubernamental ha visto incrementado su uso mediante la liberalización de funciones a través de instrumentos jurídicos como la *privatización, la subcontratación, los estudios de mercado o market-testing*³⁶¹ en la aplicación de normas de competencia, y *el reconocimiento estatal de entidades de acreditación privadas necesarias en la aplicación de leyes, mediante la legislación y también los Acuerdos de cooperación*, entre otros.

Tal y como mencionamos previamente, la *delegación* es mayormente perceptible en el Poder Ejecutivo, distinguiéndose por ser discreta y vasta, a través

³⁵⁹ *Ibidem*, p. 9.

³⁶⁰ *Ibidem*, p. 16.

³⁶¹ Proceso que utiliza los métodos cuantitativos y cualitativos para evaluar la respuesta del consumidor a una idea primaria sobre el producto en la introducción de un producto al mercado.

de la implementación de programas sociales, el abastecimiento de medicinas, prestación de servicios de seguridad social como guarderías, limpieza, pavimentación, alumbrado, por citar ciertos ejemplos.

Por su parte, la delegación del Poder Legislativo, ocurre mediante la *delegación de su autoridad en cuanto a la elaboración y la aprobación de los estándares de normalización a favor de organismos privados*³⁶²; normalización o emisión de normas que debe ser cumplida por todos los destinatarios cuyos bienes o servicios estén afectados de esta regulación.

*La participación privada en la elaboración de estos estándares se materializa en los procesos de elaboración de normas negociados, la adopción y validación de la autoridad gubernamental de los estándares desarrollados por las organizaciones privadas y en el uso de las Agencias de la obligatoriedad discrecional de fomentar el desarrollo de los códigos privados de conducta*³⁶³.

Un ejemplo en nuestro país, es el nacimiento de la *Entidad Mexicana de Acreditación, A.C., (EMA)* cuya autorización para operar como Entidad de Acreditación publicada en el Diario Oficial de la Federación el 15 de enero de 1999, dio cumplimiento a las *reformas aprobadas por el Congreso de la Unión a la Ley Federal sobre Metrología y Normalización*³⁶⁴, publicadas mediante Decreto en el Diario Oficial de la Federación (DOF) del 20 de mayo de 1997.

³⁶² Donnelly, *op., cit.*, nota 354, p. 59

³⁶³ *Ibidem*, p. 60

³⁶⁴ Decreto de Reforma, originado en la propuesta de iniciativa de decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización enviada por el Poder Ejecutivo Federal a la Cámara de Senadores el 18 de abril de 1997, misma que fue turnada a las Comisiones de Comercio y de Estudios Legislativos, para su dictamen, el cual fue presentado ya Aprobado por el pleno de dicha Cámara en sesión celebrada el 24 de abril de 1997, DIARIO DE LOS DEBATES DE LA CÁMARA DE SENADORES DEL CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, correspondiente al Segundo Periodo Ordinario de la LVI Legislatura, AÑO III, Ciudad de México, 24 de abril de 1997. Consultado el 01 de abril de 2016 en <http://www.senado.gob.mx/diario/contenido.php?id=823&lg=56&anio=3#a6619>.

Reformas analizadas y aprobadas primero por la Cámara de Senadores, a través de 101 votos en pro y un voto en contra, que motivaron a través de sus *Consideraciones*³⁶⁵ la procedencia de la delegación que se hizo de la Dirección

³⁶⁵ La iniciativa de Decreto analizada en la Cámara de Senadores a través de las Comisiones Unidas de Comercio y Estudios Legislativos Segunda Sección, enfocándose al estudio y análisis de la iniciativa presentada por el Ejecutivo, la dictaminaron con base en las Consideraciones y propuestas siguientes: "CONSIDERACIONES

... la importancia de contar con un marco normativo equitativo, transparente y eficiente, en el que la autoridad asuma un papel promotor y rector de la actividad económica y se aleje de criterios intervencionistas, con el fin de procurar las condiciones adecuadas para que los sectores social y privado tengan un papel preponderante en dicha actividad...la Ley Federal sobre Metrología y Normalización, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1 de julio de 1992... estableció las bases para incrementar la participación del sector privado en el proceso para la comprobación y verificación del cumplimiento con dichas normas, a través de los organismos de certificación, los laboratorios de pruebas y de calibración, y las unidades de verificación...

... En virtud de ello y derivado de la vertiginosa evolución que se ha observado tanto a nivel nacional como internacional en los ámbitos de la metrología y la normalización, y a la luz de los compromisos internacionales que ha adquirido nuestro país, resulta imperioso realizar una revisión de dicho marco normativo a fin de modernizar y adecuar sus disposiciones.

La iniciativa de Decreto... busca... Mejorar los procedimientos para la elaboración de normas oficiales mexicanas, el análisis de su efectividad y los mecanismos de control correspondientes; fortalecer y consolidar los esquemas previstos en la legislación actual, relativos a la creación de normas mexicanas de carácter voluntario, con el objeto de promover la cultura de la autorregulación en beneficio de la calidad de los procesos, bienes y servicios, establecer procedimientos eficientes y contables a nivel internacional para llevar al (sic) cabo la acreditación y aprobación de las personas que evaluarán el cumplimiento y la conformidad con las normas, incrementar la participación privada en dichas actividades y reforzar las acciones de verificación y vigilancia por la autoridad.

La iniciativa que hoy se dictamina... sustenta en su articulado las propuestas siguientes:

- 1) En cuanto al procedimiento para la elaboración de las normas oficiales mexicanas, establecer la obligación de tomar en consideración las normas internacionales, lo que permitirá armonizar nuestro marco normativo con el de otros países y evitar duplicar los trabajos acordados en diversos foros internacionales...

...

- 3) Impulsar a través de reglas claras y sencillas la elaboración de las normas mexicanas de carácter voluntario por los organismos de normalización privados, como mecanismo de los propios particulares para mejorar la calidad de procesos, bienes y servicios, y competir en los mercados internacionales.
- 4) Mejorar y dar mayor transparencia a los procedimientos para determinar el grado de cumplimiento con las normas oficiales mexicanas o la conformidad con las normas mexicanas, las internacionales u otras especificaciones, prescripciones o características de naturaleza análoga... Para ello se reconoce el término internacional que define a dichos procedimientos: Evaluación de la Conformidad, se establece la obligación a cargo de las dependencias de precisar y publicar los mecanismos para la evaluación de la conformidad, y se incrementa la participación privada en la evaluación de la conformidad, conservando la facultad de la autoridad para hacerlo directamente.
- 5) Uniformar el procedimiento de acreditación y aprobación de los organismos de certificación, los laboratorios de prueba y de calibración y las unidades de verificación encargados de realizar la evaluación de la conformidad, a fin de evitar duplicaciones al particular; ... Con tal fin se propone implementar la acreditación de los organismos de certificación, los laboratorios de prueba y de calibración y las unidades de verificación, a cargo de entidades de acreditación privadas, establecer requisitos claros para permitir la operación de dichas entidades de acreditación, y encargar a las entidades de acreditación privadas... la

General de Normas a favor de este nuevo organismo privado como *entidad de acreditación* y que con posterioridad la Cámara de Diputados formalizó mediante su aprobación con 292 votos en pro y 17 en contra de los diputados.

Una votación acontecida en las distintas Cámaras que hizo visible la materialización de *la delegación que el Poder Legislativo le concedió a este nuevo organismo privado con la aprobación del Decreto de reforma al citado ordenamiento de normalización señalado*.³⁶⁶

Con base en lo anterior, la EMA nació como una entidad de acreditación mexicana, facultada para desempeñar la función de reconocimiento de la competencia técnica y confiabilidad de los organismos de certificación, laboratorios de prueba y calibración y unidades de verificación para la *evaluación de la conformidad*³⁶⁷, en los términos establecidos por la Ley Federal sobre Metrología y Normalización, cuyo ámbito de competencia incide entre algunos casos, en la implementación práctica de la Declaratoria de Denominación de Origen, otorgada por el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI) con base en lo dispuesto

evaluación de la competencia técnica y la confiabilidad de los servicios que presten las personas acreditadas.

...

- 6) Impulsar la celebración de acuerdos de reconocimiento mutuo, que permitirán a nuestro país concurrir de forma más continua y activa a los diversos foros internacionales en las materias de la metrología y la normalización, e incluso obtener el reconocimiento internacional de los organismos privados que habrán de integrar en primer término la infraestructura técnica de nuestro sistema de normalización...
- 7) Fortalecer la actividad ejecutora de la autoridad al alentar la participación más actividad de entidades privadas en las funciones de verificación y vigilancia de las normas oficiales mexicanas... dichas funciones exigen, en la mayoría de los casos, considerables niveles de pericia y capacidad técnica, no siempre disponibles por las dependencias."

DIARIO DE LOS DEBATES DE LA CÁMARA DE SENADORES DEL CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, correspondiente al Segundo Periodo Ordinario de la LVI Legislatura, AÑO III, Ciudad de México, 24 de abril de 1997. Consultado el 01 de abril de 2016 en <http://www.senado.gob.mx/diario/contenido.php?id=823&lg=56&anio=3#a6619>.

³⁶⁶ DIARIO de los DEBATES DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS DEL CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, correspondiente al Segundo Periodo de Sesiones Ordinarias del Tercer Año de Ejercicio, Legislatura LVI, AÑO III, México, D.F., lunes 28 de abril de 1997, No. 15. Consultado el 01 de abril de 2016 en <http://cronica.diputados.gob.mx/>

³⁶⁷ Ley Federal sobre Metrología y Normalización
Artículo 3º...

IV-A. Evaluación de la conformidad: la determinación del grado de cumplimiento con las normas oficiales mexicanas o la conformidad con las normas mexicanas, las normas internacionales u otras especificaciones, prescripciones o características. Comprende, entre otros, los procedimientos de muestreo, prueba, calibración, certificación y verificación.

por el artículo 159 fracción IV de la Ley de la Propiedad Industrial, al ser la autoridad que otorga la acreditación como Organismo de certificación de la Denominación de Origen (D.O.) existente

Esta Declaratoria, medularmente establece que para el caso de que un producto protegido por la D.O. creada mediante su respectiva Declaratoria, es necesario establecer la relación entre la denominación y el producto a protegerse, a través del cumplimiento de la (s) normas oficiales establecidas por la Secretaría de Economía a las que deberá sujetarse el producto, su forma de extracción, sus procesos de elaboración o producción y sus modos de empaque, embalaje o embasamiento.

Normas oficiales mexicanas, que fueron reconocidas por la autoridad ejecutiva en la voz del IMPI, como normatividad aplicable a la denominación de origen, de que se trate dentro del contenido de la Declaratoria, al momento de ser publicada en el DOF.

Ejemplo de ello es la Declaratoria del Mezcal publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de noviembre de 1994, en la cual dentro de sus antecedentes 4, incisos B), D) y E) se expresa que la D.O. y producto a amparar es la bebida alcohólica destilada de nombre Mezcal, elaborada de conformidad con la Norma Mexicana NMX-V-1993-SCFI, con agaves de las especies especificadas en dicha Norma; norma que no era obligatoria y que denotó la ausencia de una NOM de aplicación obligatoria y que ante dicha laguna, la propia Declaratoria subsana.

Esta solución ante la citada laguna, es satisfecha por la Declaratoria en comentó en su resolutive PRIMERO, al reconocer que la D.O. será aplicada a la bebida alcohólica del mismo nombre y reconocer en su resolutive SEGUNDO que las características, componentes, procedimiento para la elaboración y comercialización de la bebida alcohólica protegida por la D.O y de nombre Mezcal, deberán cumplir lo establecido en la Norma Mexicana correspondiente, que para el momento de la emisión de esta Declaratoria era la Norma Mexicana NMX-V-1993-SCFI.

Ahora bien, tal y como se estableció en los párrafos del tercero al séptimo del Considerando de la NOM-070-SCFI-1994³⁶⁸ publicada en el DOF el 12 de junio de 1997, después de la publicación de su Proyecto en el mismo medio informativo el día 17 de agosto de 1994, el referido Proyecto de NOM fue aprobado el 28 de febrero de 1995 por el Comité Consultivo Nacional de Normalización de Seguridad al Usuario, Información Comercial y Prácticas de Comercio, condicionando al mismo tiempo su publicación en el DOF a la creación del organismo de evaluación de la conformidad que pudiera certificar el cumplimiento de la citada Norma y que ante dos ausencias, por un lado, una espera sin frutos por dos años de la creación del

³⁶⁸ Que el Proyecto de Norma en cuestión fue aprobado el día 28 de febrero de 1995 por el Comité Consultivo Nacional de Normalización de Seguridad al Usuario, Información Comercial y Prácticas de Comercio, condicionando su publicación a la creación de un organismo de evaluación de la conformidad que pudiera certificar el cumplimiento de la Norma;

Que después de más de dos años de espera sin que dicho organismo haya sido constituido, los sectores interesados han manifestado su interés en contar con una regulación técnica que establezca los fundamentos para garantizar la calidad de la bebida alcohólica denominada mezcal, así como el buen uso de la denominación de origen correspondiente;

Que la ausencia de una norma obligatoria provoca incertidumbre en cuanto a las especificaciones que deben de cumplir los productores, envasadores y comercializadores de la bebida alcohólica denominada mezcal y que, por ello, es imprescindible la publicación de la Norma en cuestión;

Que es interés de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial poner a disposición de los sectores interesados, un documento normativo moderno y eficaz que asegure la calidad de la bebida alcohólica denominada mezcal, misma que es considerada producto distintivo de México y respecto de cuya denominación de origen el Estado Mexicano es propietario;

Que en tal virtud, el pasado 27 de marzo se publicaron en el Diario Oficial de la Federación las respuestas a los comentarios recibidos respecto de la Norma Oficial Mexicana de que se trata, se expide la siguiente NORMA OFICIAL MEXICANA NOM-070-SCFI-1994, BEBIDAS ALCOHOLICAS-MEZCAL- ESPECIFICACIONES

En virtud de todo lo anterior, esta Norma Oficial Mexicana, con excepción de lo señalado en el párrafo siguiente, entrará en vigor al día siguiente de aquél en que sea publicado en el Diario Oficial de la Federación el aviso por el cual la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, por conducto de la Dirección General de Normas, dé a conocer el acreditamiento del organismo de evaluación de la conformidad del producto objeto de esta Norma. En todo caso, dicho organismo deberá asegurar la certificación del producto elaborado en cualquiera de las Entidades Federativas, Municipios y Regiones señalados en la Declaración General de Protección a la denominación de origen "mezcal", vigente.

...

Atentamente

México, D.F., a 4 de junio de 1997.- El Subsecretario de Normatividad y Servicios a la Industria y al Comercio Exterior de la Secretaria de Comercio y Fomento Industrial. - Rúbrica
 Disponible en <http://www.crm.org.mx/PDF/NOM070/DOF120697.pdf> vista el 14 de septiembre de 2016.

citado organismo evaluador y por el otro, la incertidumbre jurídica que representaba la ausencia de regulación técnica obligatoria que estableciera los las especificaciones que deberían cumplir los productores, envasadores y comercializadores del Mezcal, que garantizaran la calidad de la bebida Mezcal y el buen uso de su D.O, se emitió esta disposición normativa obligatoria.

No obstante lo anterior, el 7 de abril de 2003, la Entidad Mexicana de Acreditación, A.C. (blablá reconocida en DOF como autoridad) mediante el documento 03OC0003, otorgó al Consejo Mexicano Regulador de la Calidad del Mezcal, A.C. (COMERCAM)³⁶⁹, la acreditación número 33/03 como organismo de certificación de producto, para evaluar a los *usuarios autorizados para producir y/o comercializar la bebida alcohólica destilada denominada mezcal*³⁷⁰, y el 28 de abril de 2003 a través del oficio DGN.312.03.2003.911, la Dirección General de Normas de la hoy Secretaría de Economía, emitió la aprobación número 33/03 como Organismo de Certificación de producto al COMERCAM; acto mediante el cual le reconoció a dicho **ente privado** el organismo de certificación del mezcal que debería asegurar la certificación del producto mezcal que se elaborase en cualquiera de las entidades federativas, municipios y regiones que abarquen la protección de D.O. así señalada en la Declaración de D.O Mezcal, vigente.

³⁶⁹ Quien nació como Asociación Civil el 12 de diciembre de 1997, con la finalidad de ser el Organismo de certificación del Mezcal con base a lo dispuesto por la Norma Oficial Mexicana NOM-070-SCFI-1994 Bebidas Alcohólicas-Mezcal-Especificaciones.

³⁷⁰ NOM-070-SCFI-1994, Bebidas alcohólicas-Mezcal-Especificaciones.

“... **0. Introducción**

Esta Norma Oficial Mexicana (NOM) se refiere a la denominación de origen “mezcal”, cuya titularidad corresponde al Estado Mexicano bajo los términos contenidos en la Ley de la Propiedad Industrial. **La emisión de esta NOM es necesaria de conformidad con el punto 4 de la Declaración General de Protección a la Denominación de Origen “mezcal” publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de noviembre de 1994 y con la fracción XV del artículo 40 de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización.**

Las especificaciones que se señalan a continuación sólo podrán satisfacerse cuando en la elaboración del producto objeto de esta NOM, se utilicen materias primas e ingredientes de calidad sanitaria y se apliquen buenas técnicas higiénicas y de destilación que aseguren que el producto es apto para el consumo humano.

1. Objetivo

Esta NOM establece las características y especificaciones que deben cumplir los usuarios autorizados para producir y/o comercializar la bebida alcohólica destilada denominada mezcal.

...”

Este reconocimiento jurídico hecho a favor del COMERCAM, le facultó a establecer el mecanismo de certificación ante él, mediante el cual los diversos productores y comercializadores del mezcal, deben realizar para obtener un *certificado NOM*, siempre y cuando cumplan con la NOM-070-SCFI-1994, cuya finalidad para el caso de la D.O. mezcal es establecer los apoyos a las denominaciones de origen para productos del país.

El certificado NOM puede ser un certificado que ampara el proceso de producción [plantaciones y la fábrica de mezcal] y otro certificado que garantiza el proceso de envasado. Finalmente, el COMERCAM es la única autoridad privada, reconocida por el Estado Mexicano de otorgar el sello de certificación del organismo para la comercialización del mezcal, que lo distingue al producto como un producto D.O.

Ahora bien, por lo que se refiere a la *delegación* del Poder Judicial, ésta se ha venido documentando en diversos artículos como ocurre en los Estados Unidos de América, cuya autoridad judicial ha delegado su Poder por citar un caso, en la Comisión conjunta sobre Acreditación de las organizaciones de la salud, una corporación sin fines de lucro, que tiene el poder de:

- Establecer estándares profesionales y
- Evaluar a los hospitales y por tanto a determinar si los pacientes en tales hospitales son elegibles para recibir atención médica, ayuda médica y otros beneficios de la seguridad social.

La reciente delegación del poder gubernamental a actores privados ha ocurrido desde la centralización del Estado de bienestar y dentro del marco de la ideología del Nuevo derecho del ciudadano de la era Thatcher, quien inspirada por los principios Hayekianos, al enfrentar los problemas económicos a través del control de la inflación, la reforma de las relaciones industriales y la separación de la elaboración de políticas de la prestación del servicio y la reducción del costo de los servicios públicos.

5. El papel de la nueva gobernanza global.

Alrededor del mundo son varios los proyectos académicos que han sentado las bases de la gobernanza global actual³⁷¹. Dentro de las múltiples definiciones académicas que sobre la gobernanza existen, destaca la propuesta por David Kennedy, quien la califica como:

A dynamic process in which legal, political, and economic arrangements unleash interests, change the balance of forces, and lead to further reinvention of the governance scheme itself. (p. 40)
Dunoff, Jeffrey, L., and Trachtman, Joel P., *Ruling the Word?: Constitutionalism, International Law and Global Governance*, New York, Cambridge University Press, 2009.

Por otro lado, en Frankfurt Gunther Teubner y otros académicos influenciados por la teoría de Sistemas de Niklas Luhmann proponen considerar que el mundo está ordenado en una serie de sistemas semi-autónomos, asociados ligeramente con las industrias o prácticas sociales dominantes, que incluyen sus propias reglas y procedimientos, así como también los procedimientos y principios constitucionales, cuyo fin es su propia lógica como el sistema comercial, farmacéutico, deportivo, etc.

Los más recientes proyectos son los realizados por la Universidad de New York dirigidos por Benedict Kingsbury y Richard Steward, en el que abordan la

³⁷¹ En los Estados Unidos de América fueron tres los proyectos. Uno de ellos, denominado Orden Público Mundial, fue elaborado por la Universidad de Yale en la década de los cincuenta. El referido estudio fijó sus raíces en la sociología y la filosofía del período de entreguerras, lanzando la propuesta de reconsiderar la naturaleza del orden público desde sus bases legales, es decir su norma base o *Grundnorm*. La principal razón de ese manifiesto fue el hecho de que los procedimientos, valores, modos de comunicación, persuasión y coacción existentes en ese tiempo, se encontraban en un proceso de anti-formalización continúa, pues las élites que controlaban el proceso político sólo hacían como que seguían y cumplían el Derecho.

Por su parte la Universidad de Columbia y Nueva York, conocidas como la escuela de Manhattan, elaboraron un segundo estudio, para el cual la gobernanza global era una estructura de reglas e instituciones. La escuela de Manhattan consideraba que el neoliberalismo, la democracia y los derechos humanos eran el producto del *espíritu liberal* de una era que se obligaba a sí misma, a nivel de los gobiernos locales, los consejos de administración corporativos, los bancos centrales y servicios públicos nacionales.

Como producto de la reacción a la reacción nació el tercer gran proyecto de reestructuración gubernamental en Harvard. Para esta corriente académica el origen de la gobernanza global descansaba en el derecho nacional, los tribunales nacionales y en los procedimientos que fijaban las competencias entre ellos. El Estado estaba abierto, fragmentado y era reemplazado debido al cambio de la dinámica interna de las burocracias nacionales y los poderes locales, además de la distribución entre ellos de la autoridad para resolver varios asuntos. Este cambio se originó en razón de mantener la paz, la coexistencia estructural y para facilitar proyectos de cooperación en la solución de controversias. Kennedy, David, "The Mystery of Global Governance" en Dunoff, Jeffrey, L., and Trachtman, Joel P., *Ruling the Word?: Constitutionalism, International Law and Global Governance*, New York, Cambridge University Press, 2009, p. 44-50.

existencia de un Derecho Administrativo Global, considerando al poder público como una forma de administración de cinco tipos que previamente hemos enunciado.

Algunos datos históricos nos señalan que cerca de la década de 1980, la mayoría de los países occidentales comenzaron a interactuar con los participantes de los mercados nacionales “empresas o actores privados” utilizando estándares comunes y redes, cuya finalidad era mejorar la eficiencia de la sociedad.

Los Estados iniciaron acciones coordinadas y promovieron diversas clases de servicios públicos dentro de los sistemas de la Administración Pública internacional, nacional y local, con la finalidad de fomentar el mejoramiento de la eficiencia en las funciones que realizaba el Estado, una competencia en mercados justos para las empresas y consumidores, una mayor desregulación y protección al consumo.

En el pasado la Administración Pública (AP) fue vista como una “materia de diseño de las estructuras administrativas para poner en marcha programas públicos de manera eficiente, aplicando leyes y reglas que respondían a líderes políticos”³⁷². Pero dos cambios importantes ocurridos dentro de la AP en la década de 1980 cuando Margaret Thatcher gobernaba Inglaterra, la transformó. El primero fue cuando Thatcher lanzó la idea que distinguiría su gobierno un “*nuevo y correcto gobierno, que estaría dirigido a transformar su administración gubernamental en algo más empresarial en la prestación de los servicios públicos, a fin de alcanzar la satisfacción total del ciudadano, en su naturaleza de cliente*”³⁷³.

El segundo apareció paralelamente con el nacimiento de los conceptos de “mercado” y “consumidor” en la literatura jurídica, así como las primeras normas y mecanismos del incipiente Derecho de la Competencia –producido con la participación de actores no gubernamentales dentro del proceso de la administración gubernamental, que significó la creación de nuevos mecanismos y hasta la adaptación de algunos otros para dar a los nuevos actores una voz,

³⁷² Lewis, *op. cit.*, nota 357, p. 3.

³⁷³ Harlow, *op. cit.*, nota 264, p. 59

mientras los gobiernos seguían manteniendo la capacidad de guiar los procesos de gobierno hacia resultados más coherentes y eficientes—.

En otras palabras, la Bretaña de los ochenta, fue cuna de las nuevas ideas de la desregulación, que rechazaban la intervención estatal, mediante la privatización y liberalización de sectores económicos claves, e incrementando normas reguladoras de tales cambios.

Es por todo lo anterior que la Organización para el Desarrollo Económico de las Naciones Unidas, comenzó a promover Simposios y Conferencias internacionales en la década de 1990, cuyas conclusiones finales proponían un cambio en el papel y la estructura de los gobiernos estatales a través de la nueva *gobernanza* que fomentaba la creación y desarrollo de asociaciones en participación públicas-privadas o *partnerships*, sugería las licitaciones y contratos de monitoreo, la regulación de los mercados competitivos con propósitos sociales.

Esta nueva *gobernanza*, incluía un proceso de toma de decisiones horizontal, el cual afectaba al sector público y su estructura jerárquica tradicional, debiendo considerarse además el medio ambiente tanto nacional como global en el que el sector privado o empresarial opera.

Porque al tiempo que se ocupa de formas de intervención pública, también incluye una mezcla de burocracia tradicional, cuasi-mercados, gobierno auto-referencial y mecanismos de mercados como formas de intervención pública³⁷⁴.

Funciones que organizaciones con y sin fines de lucro pueden desempeñar mejor en beneficio de una mayor efectividad y eficiencia de tales servicios —fin primordial del NPM—. La nueva Gobernanza entonces se ha convertido en una figura gubernamental nacional, como un tipo de corporación que tiene el deber de buscar los mecanismos de ahorrar dinero y de lograr alcanzar la eficacia en la ejecución de las políticas públicas que deberían beneficiar a sus ciudadanos e inversionistas.

Esta manera de ejecución de los gobiernos ha sido llamada por algunos académicos como Estado Corporativo³⁷⁵, que ha creado mercados públicos en los que se comercializa la prestación de los servicios públicos a través de la

³⁷⁴ Lewis, *op. cit.*, nota 357, pp. 5-25.

³⁷⁵ *Ibidem*, p. 2.

privatización, la subcontratación (contracting-out en su acepción inglesa), las asociaciones público-privadas (public-private partnerships en el idioma inglés), e iniciativas privadas de financiamiento (public finance partnerships en su acepción inglesa).

Al mismo tiempo ese Estado Corporativo ha establecido nuevas reglas y nuevos participantes dentro de sus facultades y competencias a través de la delegación que hace de sus funciones ejecutivas en la prestación de servicios públicos a redes privadas y públicas a nivel local y global.

Por tal motivo, el NPM desde su aparición se ha estado utilizando como una herramienta que fomenta aún más la adopción de trasplantes legales relacionados a muchos conceptos y principios extranjeros.

Del mismo modo, el Estado altermoderno se ha valido del NPM para otorgar pleno reconocimiento y revestimiento de autoridad supranacional a Instituciones internacionales como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial (BM) en su propio sistema legal.

Si consideramos todo lo anteriormente expuesto, podríamos decir que todos los sistemas jurídicos adoptan y adaptan las ideas jurídicas, conceptos, reglas inspirados y reglamentados por actores colectivos extranjeros que están fuera del ámbito competencial del Estado.

Actores a los cuales también se les conoce "exportadores de normas o patrones de las normas" que fomentan el cumplimiento de sus propias normas por las instituciones sociales del gobierno local por medio de directrices a seguir.

Pero la trasplatación y adaptación de estructuras, conceptos e instituciones legales, a través de la armonización jurídica, para homogeneizar las diferencias en cada ordenamiento jurídico en el contexto de la sociedad mundial global, no es una tarea fácil.

La dificultad de los trasplantes legales radica en la complejidad y dinamismo de los sistemas legales, atribuible a su naturaleza de subsistemas sociales que necesitan alcanzar la efectividad de sus leyes que beneficie a su población y mercado. Por lo que buscan dicha efectividad dentro y fuera de las fronteras

nacionales al ser receptor de inversión extranjera que se traduce en desarrollo económico y riqueza social para sus ciudadanos y la interrelación con el sistema económico internacional.

De alguna manera estos nuevos modos de gobernanza y las reglas de *soft law*, son el producto de la construcción dinámica y constante de un nuevo orden transnacional que, aunque se elabora a nivel mundial, es aplicado a nivel nacional, trayendo en ocasiones algunas consecuencias injustas para sus ciudadanos.

De acuerdo con lo anterior, este nuevo orden está trabajando a través de relaciones e interacciones entre unidades transgubernamentales pertenecientes a los diferentes gobiernos, muchas veces sin control gubernamental, ni directrices por razones de eficiencia y eficacia en sus mercados. Lo cual provoca que la gestión pública carezca de la certeza y seguridad jurídicas que beneficien a las personas que viven en sus territorios para reclamar daños y perjuicios por la aplicación de las nuevas reglas que previamente fueron reconocidas por su máxima norma elemental, su Constitución y adaptarse a ellos.

Para teóricos como Kingsbury³⁷⁶, el nuevo modelo de gobernanza o administración global es de cinco tipos: 1) administración llevada a cabo por las organizaciones formales internacionales, 2) administración basada sobre la acción colectiva mediante redes transnacionales de cooperación celebrados entre funcionarios gubernamentales reguladores, 3) administración distribuida y conducida por funcionarios reguladores gubernamentales bajo tratados internacionales, una red u otro régimen de cooperación, 4) administración realizada con base en acuerdos intergubernamentales y el sector privado y 5) administración realizada por instituciones privadas con funciones reguladoras.

Esta clasificación incluye las reglas producidas por las otras innovaciones estructurales –organizaciones formales, no gubernamentales, internacionales, privadas–, como parte de la gobernanza global. Reglas que los gobiernos nacionales han ido adoptando como parte de la nueva AP a la que han quedado obligados a seguir a nivel internacional.

³⁷⁶ Kingsbury, *op. cit.*, nota 122.

IV. EL CONTRATO

Cuando aludimos al vocablo Contrato, vienen a nuestra mente las palabras *pacto, acuerdo, convenio, asociación, obligaciones, certeza, ganancia, precio, compromiso*, etc., empero para entenderlo como una innovación estructural en el desarrollo de esta investigación, habrá que distinguir en primer lugar, las libertades que integra en su naturaleza y que impactan en el sistema jurídico nacional actual y el Estado mismo a través de la *lex mercatoria* e inciden en la flexibilización de ambos.

Por ello, recurriendo a la distinción que hace Mario I. Álvarez, habremos de entender que el Contrato es un instrumento jurídico de relación, a través del cual se materializan dos libertades. Primero, la *libertad de contratar*, es decir, la manifestación de la voluntad para celebrar o no el Contrato y escoger a la persona con la que ha de contratarse. Y segundo, la *libertad contractual*, que consiste en la facultad de elegir libremente la forma y el contenido de los Contratos³⁷⁷.

Ambas libertades convergen por tanto en el Contrato mismo, el cual es definido por Tonatiuh Garcia Castillo, como aquel *acuerdo de voluntades entre dos órganos del sistema legal, normalmente súbditos del Estado, que realizan transacciones*³⁷⁸.

En la actualidad, este acuerdo de voluntades, resultado de la interacción social mundial, está traspasando no sólo las fronteras territoriales, sino las de cada uno de los sistemas legales de los Estados, ya que muchas veces las partes contratantes pertenecientes a diversos sistemas regulatorios, al consentir sobre el Derecho bajo el cual se deberán interpretar las cláusulas que lo integran y el foro jurisdiccional competente privado, que tendrá competencia para resolver los conflictos derivados de la aplicación e interpretación de dicho Contrato, logran no sólo perfeccionar con ello su libertad contractual, sino crear nuevas normas o reglas con consecuencias jurídicas a nivel nacional y global.

³⁷⁷ Álvarez Ledesma, Mario I., *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, México, McGraw-Hill Interamericana Editores, S.A. de .CV., 2008, p. 246.

³⁷⁸ García Castillo, Tonatiuh, *El Contrato de Estado Internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 94.

El Contrato, visto como un instrumento esencial del sistema multinivel de la gobernanza y como una forma de meta-regulación, que medularmente debe satisfacer los intereses de los partes contratantes plasmados en su clausulado, debe abordarse en esta investigación como una innovación estructural que *incorpora las expectativas y obligaciones de las partes en una relación de intercambio*³⁷⁹, siendo *un pilar en la edificación de la gobernanza que permite la subcontratación, convirtiéndose con ello, en el vehículo ideal para la entrega de servicios públicos y depósito de reglas, principios y estándares, que podemos concebir como una fuente alternativa de regulación*³⁸⁰.

1. La contratación como Innovación estructural en los Regímenes legales Público y Privado.

En este apartado partiremos de la idea sobre el Contrato como el mecanismo idóneo a través del cual el Poder de dominio ejercido por los Poderes del Estado *delega*³⁸¹ la efectividad de la realización de su objeto por *la eficiencia en la reducción de costos y el riesgo para una de las partes, a cambio de mayores ganancias y rendimientos, para la parte que los asume, mediante la elaboración de cuidadosos borradores de contratos, durante la negociación del mismo, y cuya realización del citado objeto del Contrato sea a largo plazo*³⁸².

Al mismo tiempo bosquejaremos la utilización del Contrato como origen de la sociedad mercantil, sea ésta de naturaleza totalmente privada o público-privada o pública, en cuyo seno se establecen las futuras obligaciones contractuales que se convertirán en las interacciones que hoy día nos llevan a ser testigos de la hibridez de los sistemas legales tanto nacionales como globales.

³⁷⁹ Cannon, Joseph P., et al, "Contracts, Norms, and Plural Form Governance" *Journal of the Academy of Marketing Science*, United States of America, Spring 2000, vol. 28, num. 2, p. 182.

³⁸⁰ Harlow, *op. cit.*, nota 264, p. 339.

³⁸¹ Donnelly, *op., cit*, nota 354, p. 166

³⁸² *Ibidem*, p. 83

A. Contratación Pública

Es a través del Contrato que el Poder delega un notable Poder discrecional, mayormente en los regímenes de adquisiciones públicas, los cuales tienden a ser como lo cita Catherine M. Donnelly, de naturaleza *tecnocrática* al incluir tanto *especificaciones detalladas*, como *procedimientos elaborados*³⁸³ para su ejecución y cumplimiento.

Sin embargo, como lo señala Karl-Heinz Ladeur el resurgimiento del Contrato a partir de la década de 1980 de la mano del NPM, la gobernanza global, las redes sistémicas y la delegación del Poder, fue *una respuesta a la incesante fragmentación de los intereses tanto de la Industria, como de la sociedad, observados como un todo*³⁸⁴, desde una observación de segundo orden.

Pero la característica atribuible que posee esta nueva versión de Contrato que nos lleva a considerarlo como una *innovación estructural*, es el derecho creado a partir del acuerdo alcanzado entre las partes, que Harlow denomina *Derecho subordinado*. Un Derecho cuyas *condiciones de su creación son reguladas por el derecho general de la propiedad*, que le reconocen un atributo de *particularidad y privacidad*.

Derivado de lo anterior, este *Derecho subordinado y particular* es únicamente aplicable entre las partes que intervienen en el Contrato que le da vida y sólo *durante la vigencia y continuidad del Contrato*. Es decir, esta innovadora *tecnología contractual ayuda a eliminar el papel del derecho general en relación con la responsabilidad y la solución de controversias*³⁸⁵.

Es de esta tecnología contractual de la que no sólo las personas físicas y morales hacen uso diario, sino que a partir de la década de 1980 el activismo del Estado en el uso de esta tecnología, ha crecido exponencialmente, al celebrar un sin número de Contratos con contrapartes de naturaleza Estatal, de naturaleza privada como son las organizaciones internacionales gubernamentales y no

³⁸³ *Ibidem*, p. 167

³⁸⁴ Ladeur, Karl-Heinz, "The Role of Contracts and Networks in Public Governance: The Importance of the "Social Epistemology" of Decision Making", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, United States of America, Summer 2007, vol. 14, núm. 2, p. 331.

³⁸⁵ Harlow, *op. cit.*, nota 264, p. 345.

gubernamentales, así como con corporaciones nacionales e internacionales y organismos supranacionales.

Lo inusual en los inicios del actual siglo, es que este naciente Estado Administrador Red, haya aceptado modelos contractuales estandarizados, clausulados condicionados por sus contrapartes y haya consentido su sometimiento a órganos jurisdiccionales supranacionales muchos de ellos incluso privados. Transformando con ello al Contrato, en el vehículo idóneo para la prestación de muchos servicios públicos, que incluye conceptos, definiciones, reglas, principios y estándares como una fuente alternativa de nueva *regulación y subcontratación*, incluso de su responsabilidad.

Durante mucho tiempo esta actividad contractual del Estado se visualizó únicamente a través del Contrato Administrativo, cuyo régimen normativo se consideraba especial dentro del sistema jurídico de cada Estado³⁸⁶, pues las contrapartes no estatales, convenían en un estado de desigualdad, en el que la figura Estatal *acudía representando el interés general* visible en la necesidad de satisfacer un servicio público, y *el particular representaba su propio interés*³⁸⁷.

Este tipo de Contrato desde sus orígenes ha exigido al Estado asegurarse *del funcionamiento regular y continuo del servicio público prestado por el particular, e incluso a indemnizar al particular por las cláusulas exorbitantes incluidas en su contenido*³⁸⁸. Igualmente, este Contrato, ha previsto reglas específicas para su negociación, *formación, ejecución, cumplimiento y extinción*, las cuales están inmersas en las *Leyes especiales en materia de Adquisiciones y Obras*,³⁸⁹ que sus Parlamentos y Congresos crean conforme a los procedimientos especiales previstos en su Máxima norma.

Pero, ante la imperiosa urgencia de satisfacer una necesidad de interés general, que jamás representó cuantiosas ganancias al sector privado, quien ante su certera insuficiencia para satisfacer totalmente esa necesidad, perfiló a la figura estatal como la única capaz de satisfacer dicha urgencia. En consecuencia, el

³⁸⁶ García, *op. cit.*, nota 378, p. 195.

³⁸⁷ *Ídem.*

³⁸⁸ *Ídem.*

³⁸⁹ *Ibidem*, p. 196.

Estado siempre ha suministrado el servicio directamente o por medio de organismos creados para ello o a través de Concesiones otorgadas a favor de actores privados, con quienes celebra Contratos, en los que ambas voluntades convienen en que su actuar es en beneficio exclusivo de la colectividad³⁹⁰.

Si bien es cierto, el objeto de esta Contratación es la satisfacción de los *servicios públicos*, estos últimos entendidos como *la actividad -solución- creada por el Estado con el fin de dar satisfacción a una necesidad de interés general que de otro modo quedaría insatisfecha, mal o insuficientemente satisfecha.*³⁹¹

No debemos perder de vista que también a través de la Concesión otorgada a actores privados para explotar bienes públicos o nacionales en los que el Estado tiene el dominio directo a nombre de la Nación, vía Contrato, el derecho a explotar se otorga en aras de lograr *el beneficio de la colectividad*³⁹², y se traduzca en un acceso total de la población al disfrute de dicho bien o a recibir un servicio público a través de la explotación de ese bien, por un tercero diverso del Estado. Ejemplo de ello, lo observamos en la reducción de los precios del gas doméstico, cuya disminución se atribuye a la concesión otorgada a personas privadas para la construcción de ductos en terrenos nacionales, por lo cuales se transporta el gas, por citar un caso.

No obstante, esta actividad contractual ejercida por la figura estatal, al nutrirse e interactuar hoy día, con una multiplicidad difusa de diversos regímenes del Derecho Privado, cuyas normas han ido permeando las fronteras en las que podía definirse con claridad la naturaleza administrativa del contrato gubernamental³⁹³, como consecuencia directa del auge que vive la participación colaborativa entre el sector privado y el sector público, nos conduce a observar la ejecución de esta Contratación estatal a través de seis modalidades en que puede

³⁹⁰ *Ibidem*, p. 201.

³⁹¹ *Ibidem*, p. 198.

³⁹² *Ibidem*, pp. 201-204.

³⁹³ " ... in the global arena there exists a bewildering multiplicity of different private law regimes... types of rules are ... law without the state. They are product of a number of highly specialised governance regimes that develop autonomous political and legal orders independently from the law of the nation state and public international law." *Cfr.*, Teubner, Günther, Contracting worlds the many autonomies of Private Law, disponible en https://www.jura.uni-frankfurt.de/42852689/contracting_worlds.pdf

presentarse, y que son 1) *las adquisiciones y compras*; 2) *la prestación de servicios mediante la Contratación con los cuerpos privados (contracting out/subcontratación)*; 3) *las Asociaciones público-privadas (public-private partnerships en el idioma inglés), e Iniciativas Privadas de Financiamiento (public finance partnerships en su acepción inglesa)*; así como los 4) *Acuerdos entre el gobierno y las organizaciones autorreguladoras*; 5) *Acuerdos de varios tipos internos del gobierno* y 6) *Contratos de empleo con provisión de personal*³⁹⁴.

Esta variada tipología de la Contratación estatal, muestra al resurgimiento y actualización del Contrato como una innovación estructural que debe entenderse como:

... una forma de coordinación público-privada en condiciones que están caracterizadas por el surgimiento de un diseño experimental de proyectos y de la operación de las bases de una infraestructura cognitiva que es dominada por redes fragmentadas de interrelaciones que encuentran su repercusión en los límites que cruzan las comunidades epistémicas de personas generando conocimiento en una forma de proyecto de cooperación. Ambos dentro de la administración y fuera de ella, este nuevo tipo de generación de conocimiento puede ser adoptado por nuevas versiones de contrato³⁹⁵.

Es decir, el Estado de alguna manera fomenta esta coordinación a través del uso que hace de *Contratos estandarizados*³⁹⁶, que contienen *un grupo de reglas de derecho contractual que, junto con el supuesto de la validez del Principio de la libertad de contratar, sirven para legitimar un arreglo privado que en muchos casos desafía dicho Principio*³⁹⁷.

Esa coordinación público-privada comienza a través de *procesos informales de proyectos de borradores de Contratos* -cualquiera de las seis modalidades mencionadas con antelación- en los cuales se negocian los conceptos, las reglas de interpretación, los términos, los plazos de cumplimiento, las formas de garantizar el cumplimiento del objeto del contrato, así como definiciones que se emplearán y que muchas de ellas provienen de la actividad comercial privada cotidiana o del código empresarial -en términos de Luhmann- como son sus Códigos de Conducta,

³⁹⁴ Harlow, *op. cit.*, nota 264, p. 339.

³⁹⁵ Ladeur, *op. cit.*, nota 384, p. 346.

³⁹⁶ Zumbansen, Peer, "The Law of Society: Governance Through Contract", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, United States of America, Summer 2007, vol. 14, núm. 2, p. 196.

³⁹⁷ *Ibidem*, p. 197.

Reglas anticorrupción, Códigos de Ética, Mejores Prácticas, vinculante, no vinculante, por citar algunos.

El resultado final de este proceso informal entre las partes, concluye con la adopción de formas complejas que muchos autores han definido como *regímenes normativos híbridos* que explicaremos en el capítulo final de esta investigación. Si bien es cierto, los Contratos conectan los *acoplamientos estructurales*³⁹⁸ entre las racionalidades diferentes de las partes contratantes -privadas o estatales-, a través de nuevas reglas vivientes contenidas en su clausulado, mediante las cuales producen la gobernanza contractual, esta gobernanza *no es sólo pública sin ser privada y viceversa*³⁹⁹, es decir, es por tanto de naturaleza híbrida.

De manera tal que, el Contrato puede observarse como *ese foro en el que las diversas racionalidades desde los intercambios económicos hasta la producción social, están colisionando*⁴⁰⁰. Porque como *instrumento de comunicación, coordina la relación público-privada, fragmentada*⁴⁰¹, policontextualizada y policéntrica, con la finalidad de ser el punto en que convergen los diversos discursos -pretensiones de crecimiento, economía, justicia, bienestar común que cada subsistema social enarbola [Sistema de la Economía, Sistema del Derecho y Sistema de Justicia, entre otros]- que la sociedad produce.

Esta regulación privada, producida a través del Contrato, además de describir un arreglo complejo y multidimensional de esos intercambios sociales, *regula directamente la adjudicación de la propiedad*⁴⁰² y la libertad contractual e indirectamente su cumplimiento, es vital en la estimulación de la competencia entre diversas economías del mundo.

La citada estimulación, es promovida por el Banco Mundial -organismo Internacional con base en un marco de Cooperación, por sus siglas Olc's, así

³⁹⁸ En esta investigación debemos entender por acoplamiento estructural, el mecanismo de doble efecto –inclusión y exclusión–, que utilizan los sistemas y subsistemas al interactuar y relacionarse. Es decir, el acoplamiento estructural es el punto de conexión, la unión entre los sistemas de comunicación con la conciencia de los sistemas psíquicos o seres humanos. *Cfr.*, Luhmann, *op. cit.*, nota 14, pp. 279-281.

³⁹⁹ Zumbansen, *op. cit.*, nota 396, p. 232.

⁴⁰⁰ *Ibidem*, p. 233.

⁴⁰¹ *Ibidem*, p. 222.

⁴⁰² *Ibidem*, p. 232.

clasificado en esta investigación en el capítulo primero- a través de su publicación anual *Doing Business*, la cual contiene la recopilación, análisis y calificación de las normas de 190 economías del mundo, que fomentan o restringen la actividad comercial de las pequeñas y medianas empresas dentro de las cuatro etapas de la vida de la empresa: su apertura, la obtención de permisos de construcción, el registro de la propiedad y el cumplimiento de Contratos. Etapas que, a su vez se convierten en los cuatro indicadores sobre los cuales se evalúa la idoneidad de una economía nacional, para la apertura de negocios y con ello, se produzca un crecimiento económico sostenido del país receptor de la inversión extranjera.

Destacando el indicador de *Cumplimiento de Contratos*, en virtud de su estrecha relación con la *eficacia del Contrato*, al ser cumplido mediante los procedimientos judiciales previstos de *manera eficiente y con calidad*. Lo anterior, en virtud de que la eficiencia se mide en razón del menor tiempo y costos requeridos en la solución de una disputa comercial entre dos sociedades mercantiles. Y la calidad, evalúa la adopción de *buenas prácticas* en cuatro áreas que son: la estructura de los tribunales y los procedimientos judiciales, la gestión de las causas, la automatización de los tribunales y la resolución alternativas de disputas.

Siendo la información recabada para calificar este indicador, fruto del seguimiento dado al proceso evolutivo de una disputa judicial por la comercialización de bienes o servicios en determinado país con base en un Contrato celebrado previamente; datos que se recopilan mediante la interacción con expertos (profesionistas del sector privado y funcionarios gubernamentales), a través de entrevistas, cuestionarios, conferencias telefónicas y correspondencia escrita.

Otro papel fundamental que juega el indicador de Cumplimiento de Contratos, es la recomendación que hace de realizar algunas reformas al sistema jurídico nacional, como en el caso de México, a quien sugiere reformar el Código de Comercio, a fin de que reconozca un sistema de justicia en línea, como el que opera en los juicios federales en materia, fiscal, administrativa y de Amparo, que permita la presentación de la demanda y el uso de notificaciones a través de medios electrónicos, así como hacer públicos los criterios de los jueces, mediante versiones

públicas de sentencias judiciales que permitan evaluar la calidad de dichas decisiones jurisdiccionales⁴⁰³.

De manera tal que, la publicación de *Doing Business* no sólo es un documento que mide eficacia del sistema normativo, sino que además se ha convertido en un instrumento de soft law, que ha fomentado varias reformas a las leyes mercantiles de las economías que analiza.

B. Contratación Privada origen de la Empresa

Sin embargo, el Contrato no sólo impacta al régimen de Derecho Público, sino también al Derecho Privado. Pues a partir de la suscripción voluntaria de un acto constitutivo de naturaleza contractual, es decir un Contrato Social entre al menos dos entes físicos o morales o un ente físico y uno moral, se da vida a un organismo, a una persona distinta de las que intervienen en el acto. Hecho que nos permite observar nuevamente el papel que como innovación estructural posee el Contrato.

En primer lugar, a través del Contrato se materializa el derecho de asociarse de cada individuo *-síntesis y combinación de diversos elementos como la extensión de la libertad del individuo, la dinámica de acrecentar la potencialidad económica y social, la expresión de la autonomía de los ciudadanos, la limitación de los poderes del Estado, el mercado global y la informalidad y flexibilización de las relaciones internas y externas*⁴⁰⁴-, con la finalidad de *crear una sociedad con fines de lucro o sin tales fines, así como para celebrar Contratos de Organización y Colaboración o Asociaciones Estratégicas*⁴⁰⁵, con otras personas físicas o morales.

En segundo plano y limitando nuestro estudio al sujeto colectivo denominado por el Derecho como Sociedad Mercantil, podemos observar que la celebración de cualquier Contrato obedece a la obtención de una ganancia, su motivación primaria. Pero también, a través del Contrato Social, las partes celebrantes buscan movilizar su patrimonio *-integrado por el fondo común que forman cada una de las*

⁴⁰³ Doing Business en México 2016 disponible en <http://www.doingbusiness.org/~media/WBG/DoingBusiness/Documents/Subnational-Reports/DB16-Sub-Mexico.pdf>

⁴⁰⁴ Magaña Hernández, Diana Margarita y Figueroa Díaz, Luis, "La regulación jurídica de la empresa global", *Alegatos*, México, núm. 78, mayo-agosto de 2011, p. 345.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, p. 351.

*aportaciones de capital de los socios*⁴⁰⁶- ajustarlo a las necesidades tanto de los socios, como las del mercado globalizado en nuestros días.

En este sentido, el Contrato que toma la forma de Escritura Constitutiva, dentro de sus cláusulas estatutarias o Estatutos Sociales, establece al menos tres elementos esenciales que impactarán a los regímenes legales actuales.

Uno es el capital mínimo con el cual iniciará todos los actos de comercio necesarios que den cumplimiento a su objeto social.

El siguiente es, la organización que tomará la unión de los socios o partes del Contrato Social Mercantil, con la finalidad de que sus aportaciones aglutinadas en el capital social del negocio jurídico sean cada día mayores, al señalar dentro de los actos que puede celebrar dando cumplimiento a su objeto social, los siguientes:

- La actividad de comercio principal que describe su objeto social,
- La adquisición o participación en el capital o patrimonio de otras sociedades mercantiles o civiles,
- La participación y vinculación en el diseño, desarrollo y ejecución de proyectos, alianzas, asociaciones y negocios con empresas que compartan el mismo objeto social o sea diverso e incluso empresas de propiedad estatal, y empresas titulares de asignaciones, contratos, permisos o autorizaciones, nacionales o extranjeras,
- La participación por sí misma o en consorcio, alianza o asociación con otras empresas privadas o públicas, nacionales o extranjeras en procesos productivos y administrativos nacionales e internacionales que tengan como fin actividades de comercio relacionadas o no con su objeto social,
- La constitución o participación, mayoritaria o minoritaria, en toda clase de alianzas, sociedades, asociaciones o empresas nacionales o extranjeras con objetos sociales similares o relacionados,
- El otorgamiento, emisión negociación y en todo de toda clase de títulos de crédito,
- La ejecución de toda clase de actos o la celebración de toda clase de contratos relacionado con el objeto y demás numerales descritos de manera enunciativa más no limitativa⁴⁰⁷.

Actos que contienen a su vez, su finalidad de constituir otras empresas o celebrar alianzas con otras de igual o diferente naturaleza comercial, reconociendo implícitamente que, para el logro de estos actos, celebrará acuerdos contractuales

⁴⁰⁶ *Ibíd*em, p. 352.

⁴⁰⁷ Ejemplos de algunas actividades que conforman los objetos sociales de varias sociedades mercantiles con actividad comercial transnacional en México, de conformidad con sus estatutos inscritos en el Registro Público de la Propiedad, disponibles al público en general.

-Contratos- o modificatorios -Convenios-, cuya ejecución provocará las colisiones normativas que observamos en la actualidad en el mundo del Derecho.

Y el tercero, es la organización que consigna también en su Contrato Social, que adopta la forma de Escritura Pública, especialmente a través de las cláusulas relativas a la determinación del órgano supremo en dicha sociedad mercantil, su Administración, sus órganos de vigilancia, el establecimiento de su ejercicio social e información financiera, así como las formas de disolución y liquidación, así como el reconocimiento de los títulos de crédito representativos de la participación de sus integrantes en el patrimonio constitutivo de la sociedad colectiva mercante.

De modo que, una vez constituida la sociedad mercantil, y con base en su Contrato Estatutario, emite para reglamentar su actividad diaria, una normatividad interna compuesta por sus Códigos de Conducta, Códigos de Ética, Reglas de Operación, Políticas y Lineamientos para las Inversiones, Asociaciones y Alianzas Estratégicas, para el ejercicio de la función jurídica, comercial y de servicios, así como para la celebración de operaciones contractuales -Contratos y Convenios- de acuerdo a su objeto social entre sus áreas, entre otras empresas, entre empresas en las que participa como accionista y entre los diversos órdenes de gobierno y empresas estatales o paraestatales.

Así como también Lineamientos de Administración, de Inversión, de Solvencia Financiera, Comerciales y Operativos, Generales para la suscripción de Contratos y asuntos sujetos a la aprobación de su máxima autoridad y a la ejecución de su Consejo de Administración.

Todas estas reglas privadas, conforman la multicitada gobernanza corporativa y una clase más del régimen legal privado, que es el resultado de la gobernanza contractual.

Si bien es cierto, la interacción de los diversos regímenes legales es resultado de la privatización y delegación de las funciones que el Estado ha formalizado a través de los procedimientos legislativos conducentes que han reformado varias normas pertenecientes a sus ordenamientos jurídicos, también lo es, que las Reformas Energética, de Telecomunicaciones y Competencia aprobadas en el año 2014, son un claro ejemplo de lo que estamos hablando.

Asimismo, la mencionada interacción, también es consecuencia de la evolución que ha experimentado el sistema económico, así como la figura de la empresa mercantil primitiva, y de *las estrategias políticas neoliberales, que han conducido a una realineación secular que busca replantear las reglas de gobiernos privados y la regulación privada en el ámbito público estatal, toda vez que cumplen a cabalidad las funciones de regulación legislativa, administrativa y el papel de solucionador de conflictos del Derecho Público clásico, en diferentes formas y contextos*⁴⁰⁸.

Por tal motivo, hemos de observar algunas de las consecuencias de la interacción entre estas normas contractuales privadas, con otras de naturaleza pública e híbrida, como son por un lado, la mínima satisfacción de las necesidades básicas de los integrantes de la sociedad mundial. Y por el otro, la obtención de ganancias monetarias exorbitantes de las corporaciones globales.

Por ello, voces como las de Pedro Reséndez, encuentran eco en la Academia, al proponer la intervención de la *actividad reguladora del Estado -a través de mecanismos de Ponderación ejecutados por el Poder Judicial al resolver en cada caso de controversia contractual, en sentido de que prevalezca la libertad que beneficie a la generalidad- en el ejercicio de la libertad contractual de las partes, a fin de garantizar un sano y efectivo ejercicio de las libertades en beneficio de la mayoría de la población*⁴⁰⁹, tratando con ello de alcanzar una *Justicia efectiva*.

En ese sentido, para alcanzar tan importante empresa, recurrimos a Teubner, quien propone, reformular el papel del Derecho Privado en la policontextualidad vigente de la sociedad actual. Por lo que, creemos necesario al igual que Teubner, reconstruir la figura Contractual, pública, privada e híbrida, incluyendo en su celebración, conceptos de Justicia, consenso, Poder y Bien Común generalizado.

Pues, ante *la contractualidad heterárquica que regula al Contrato hoy, y que al mismo tiempo observa su unidad, fracturada en una multiplicidad de al menos 3 proyectos o discursos pertenecientes a diferentes mundos sociales*⁴¹⁰, debemos diseccionar a estos proyectos y visualizarlos como las 3 diferentes visiones que se

⁴⁰⁸ Teubner, *op. cit.*, nota 393.

⁴⁰⁹ Reséndez Bocanegra, Pedro, *Protección del derecho a decidir y contratar libremente: su impacto en la sociedad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, p. XIV.

⁴¹⁰ Teubner, *op. cit.*, nota 393.

tienen del Contrato desde el punto de vista del sistema social de comunicación al que pertenece cada uno.

En esta tesitura, el Contrato es en primer lugar, *un Acuerdo productivo* para los sistemas de comunicación de la distribución, la producción, los servicios, la ingeniería, la ciencia, la medicina, el periodismo, los deportes, el turismo, la educación y el arte. De igual modo, para el mundo de la Economía, el Contrato es un *Proyecto empresarial visto como una transacción monetaria de ganancia, bajo condiciones de mercado competitivas*. Finalmente, para el sistema de comunicación del Derecho, es *una Promesa Legal, con tiempo vinculante y una regla que produce la obligación de cumplirlo*⁴¹¹.

Una vez entendidas estas 3 visiones y buscando satisfacer la propuesta de Reséndez Bocanegra, recurrimos a Ian Mac Neil, quien propone una figura contractual que incluya en todo su contenido, el aspecto social que influya en *la producción de normas de interacción y cooperación a largo plazo, que además, tome en cuenta la adaptación informal mutua de las partes y los proyectos que convergen en él, para brindar una interpretación común a la luz de los nuevos eventos, la nueva realidad social y la moralidad interactiva reinante en la actual sociedad mundial*⁴¹², que denomina *Contrato Relacional*.

Es decir, *la contratación relacional se convierte en aquella relación interpersonal cooperativa y humana que debe vencer el instrumentalismo frío de la economía*⁴¹³ actual y predominar en todo Contrato o Convenio modificadorio futuro.

Para alcanzar este ambicioso objetivo, el Contrato debe satisfacer los intereses de las partes contratantes, con la riqueza del Estado y con las metas de inclusión social, que el propio Estado Administrador-Red está obligado a cumplir en aras de alcanzar el bienestar común y la Justicia Social no solo para su población nacional, sino para toda la humanidad cuya actividad social genera vínculos que impactan en el desarrollo de cada ser humano.

⁴¹¹ *Ídem.*

⁴¹² *Ídem.*

⁴¹³ *Ídem.*

Para ello, debemos partir de la idea sobre las voluntades de las partes, las cuales expresan los *intereses socialmente contruidos en los textos de los discursos* -económicos, legal, justicia, arte, etc.-, y que Teubner denomina *intertextualidad*⁴¹⁴. Ahora bien, la vinculación surgida *crea una obligación y produce un producto o servicio* -tratamiento médico, pieza de arte, servicio profesional, etc.-, para alcanzar el objetivo de realización del proyecto discursivo que represente⁴¹⁵.

El Contrato, por tanto, al presentarse como el mecanismo a través del cual se realizan simultáneamente diversos proyectos discursivos y materializarse en un texto escrito en 3 diferentes idiomas -derechos legales, costos y beneficios económicos-, se convierte en un traductor de los idiomas que se vinculan y expresan en su texto, enfrascados en un dinamismo interminable⁴¹⁶.

Figura contractual que puede adoptar la forma restringida del Contrato o ampliada del Convenio, por medio del cual, como hemos explicado en líneas anteriores es visible ante nuestros ojos la interacción entre las normas privadas, públicas e híbridas, suaves (soft) o duras (hard), de cuyos textos emana la *gobernanza contractual* que la Corporación empresarial -creada por un Contrato Social- ha producido y cambiado a la par del proceso evolutivo que ha sufrido la Corporación misma.

Interacción inconmensurable, que muestra la colisión y fragmentación que ocurre en el Derecho Nacional y en el Derecho Global instantánea y jamás perenne. Desde el enfoque de Luhmann, el Contrato es *una forma de comunicación que representa la unidad de la diferencia de obligación y libertad al mismo tiempo, ya que enlaza la libertad y conciencia de la comunicación de las partes a través de un entendimiento* y que Teubner resume en ser *una interrelación entre diversos discursos*⁴¹⁷, que como hemos señalado con antelación convergen en la unidad del texto del Contrato.

⁴¹⁴ *Ídem.*

⁴¹⁵ *Ídem.*

⁴¹⁶ *Ídem.*

⁴¹⁷ Åkerstrøm Andersen Niels, "To Promise a Promise: When Contractor Desire a Life-Long Partnership" en Åkerstrøm Andersen Niels and Sand Inger-Johanne, *Hybrid Forms of Governance: Self-suspension of Power*, New York, Palgrave Macmillan, 2012, pp. 208-209.

Por lo tanto, el Contrato es un enlace entre diversos sistemas de comunicación, mediante los sistemas individuales de promesas simultáneas y la traducción instantánea de su contenido para los discursos diferentes que convergen en él. Sin embargo, el Contrato está fracturado en una multiplicidad de Contratos⁴¹⁸.

a. *La Corporación Empresarial: innovación estructural originada en el Contrato y su evolución.*

La corporación empresarial originada en el Contrato es al igual que éste, *el producto de una serie de innovaciones organizacionales que han tenido el propósito y efecto de economizar lo relativo a los costos de transacción*⁴¹⁹.

El origen de esta otra *innovación estructural*, que con el paso del tiempo ha ido transformándose en la Corporación moderna que toma diversas formas de integración⁴²⁰, habremos de ubicarla en la Venecia mercante de la Edad Media, específicamente en el siglo XV.

No obstante lo anterior, dos eventos ocurridos en el siglo XIX marcaron el inicio del cambio organizacional que nos habrá de conducir hasta la corporación moderna de nuestros días, la construcción de vías ferroviarias y la integración del proceso de integración vertical⁴²¹.

Ciertamente la administración del proceso de construcción de estas vías dio como inicio una *estructura organizacional administrada por gerentes asalariados de tiempo completo*⁴²², con la finalidad de alcanzar en los tiempos establecidos los tramos construidos.

Esta innovación organizacional ferroviaria evolucionó hacia un concepto de *organización descentralizada lineal -jerárquica- y de personal*, que colocó a los gerentes o administradores no sólo en la línea de autoridad que era responsable de ordenar al personal involucrado con las funciones básicas de la empresa, sino les

⁴¹⁸ *Ibidem*, pp. 210-212.

⁴¹⁹ Williamson, Oliver E., "The Modern Corporation: Origins, Evolution, Attributes", *Journal of Economic Literature*, United States of America, December, vol. XIX, 1981, p. 1537.

⁴²⁰ Algunas formas de integración que nos expone Williamson son: "... line-and-staff organization by the railroads; selective forward integration by manufacturers into distribution; the... multidivisional corporate form; the conglomerate; and the multinational enterprise...*Ibidem*, p. 1539.

⁴²¹ *Ibidem*, p. 1151.

⁴²² *Ibidem*, p. 1552.

concedió la responsabilidad de administrar el movimiento diario del tráfico ferroviario a través una expresa *delegación de autoridad, al otorgarles el cargo de Superintendentes, por debajo de la autoridad del Presidente*⁴²³.

A su vez, la integración vertical o *forward integration* originada por los comerciantes dentro del proceso de distribución, fue sin lugar a dudas, consecuencia directa de la cadena de suministro que involucraba la administración y puesta en marcha de la empresa ferroviaria.

La aparición de la *Estructura Multidivisional* a principios de 1920 y cuyo máximo apogeo ocurrió en 1960, se materializó en las formas empresariales adoptadas por *Pierre S. du Pont, con la empresa Du Pont en la forma U, y por Alfred P. Sloan, con la empresa General Motors, en la forma M*⁴²⁴. Si bien, ambas formas tenían un número poderoso de gerentes generales y gran personal asesor y financiero para monitorear el desempeño de sus divisiones y la implementación de la planeación estratégica, la forma divisional M, fue mayormente exitosa, debido a la operación semiautónoma e independiente de sus divisiones, las cuales generaron ganancias exorbitantes y condujeron a la transformación de la empresa forma M, en un Conglomerado.

En la década de 1960 debido a la enorme capacidad de la empresa multidivisional en forma M, para repartir los recursos hacia usos valuados como altos y multinacionales que facilitaban la garantía de transferencia tecnológica, surgió una nueva forma, el *Conglomerado*, cuyo ejemplo máximo es visible en la organización empresarial de GE (General Electric) alrededor del mundo⁴²⁵.

Esta nueva organización empresarial, fue el resultado del refinamiento de las técnicas de administración, así como del acelerado cumplimiento y ejecución de legislación antimonopolios en contra de fusiones horizontales y verticales que se

⁴²³ *Ibidem*, p. 1553.

⁴²⁴ La forma multidivisional empresarial U, poseía una debilidad en la operación centralizada, funcionalmente departamentalizada de la compañía, que afectó la eficiencia de la organización, hecho que se observó al momento de que la operación de la misma se volvió compleja y generó problemas de coordinación. Por el contrario, la forma multidivisional M, incluyó la creación de divisiones operacionales semi autónomas, principalmente centros de generación de ganancias, organizados alrededor del producto, la marca o las líneas geográficas. Los asuntos operacionales de cada división, por tanto, eran administradas separadamente, lo que la volvía más eficiente. *Ibidem*, p. 1555.

⁴²⁵ *Ibidem*, p. 1557.

volvieron cada día más severas. Por tal motivo, las adquisiciones del Conglomerado crecieron rápidamente resultando⁴²⁶ en fusiones puras, las cuales en el periodo de 1948 y 1953 constituían solo el 3% de las acciones adquiridas por fusiones, hecho que creció en un 49% para 1973-1977⁴²⁷.

El hecho de que el patrimonio del Conglomerado estuviera físicamente integrado por las oficinas, fábricas y mobiliario que tenía en varios países, constituyó un atractivo portafolio de propiedades de diversificación, que lo hacían *llamativo para los inversionistas quienes buscaban participar de sus ganancias a través de la participación en instrumentos financieros como los fondos mutuos*, que inyectaron flujo de efectivo al Conglomerado⁴²⁸.

La *Empresa Multinacional*, fue la forma evolutiva que le siguió al Conglomerado, conservando la forma M, adoptó mayor complejidad que su predecesora. Sus unidades semiautónomas operativas, a cargo de la administración de las subsidiarias en el exterior, debieron adoptar estrategias *globales o mundiales*, en las que la planeación estratégica y la toma de decisiones se tomaran desde la oficina en que se encontraba ubicada la administración central de la empresa. Estas unidades denominadas mutidivisiones y localizadas en diferentes países, además de reportarle directamente, permiten la transferencia entre ellas de capital, tecnología y habilidades de organización de un país a otro.

Por lo que, al pertenecer a una sola organización, representan un solo grupo empresarial⁴²⁹, cuya actividad contractual celebrada entre dicho grupo, entre éste y otras compañías -pequeñas, grandes o multinacionales- e incluso con el gobierno, hace visible la colisión de normas pertenecientes a diversos ordenes normativos, que muchas veces influye en el ordenamiento de uno y otro.

Ejemplo de esta influencia la podemos observar actualmente, en la inclusión que hace el Estado Administrador Red y contractual de terminología corporativa y comercial del sector empresarial privado en variadas leyes, reglamentos, circulares, a través de los cuales publican las guías administrativas pre-contractuales, los

⁴²⁶ *Ídem*, p. 1557.

⁴²⁷ *Ibidem*, p. 1558.

⁴²⁸ *Ídem*, p. 1558

⁴²⁹ *Ibidem*, pp. 1560-1561.

códigos de ética, los términos estandarizados que se incluirán en sus Contratos, los formatos estándar que adoptan sus Contratos, así como la diversa regulación burocrática en las técnicas de auditoría, cláusulas variadas relacionadas con la compensación, o permisivas a favor de la autoridad para finalizar el Contrato en cualquier tiempo, que constituye un *soft law público y la gobernanza corporativa pública*, que hoy regula en muchas áreas la esfera pública contractual del Estado.

Un claro ejemplo es la publicación realizada por parte del Estado Mexicano en el Diario Oficial de la Federación del Decreto por el que se reformaron y adicionaron diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) en Materia de Energía, el 20 de diciembre de 2013, por medio del cual transformó la naturaleza jurídica de Petróleos Mexicanos y de la Comisión Federal de Electricidad, de *organismos descentralizados a Empresas Productivas del Estado*, al modificar los artículos 25, 27 y 28 constitucionales y a través de sus artículos transitorios, los cuales son piezas fundamentales para el nacimiento de la Gobernanza Corporativa Pública y Soft Law del que hemos hablado en párrafos anteriores.

No debemos perder de vista que estas Empresas, si bien son parte de la Administración Pública Federal, no están reguladas por la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal ni por la Ley Federal de Entidades Paraestatales, pero conforme al citado Decreto, el gobierno Federal es quien ostenta su propiedad y control. Ahora bien, con base en el párrafo cuarto del artículo 25 de la CPEUM, que a letra señala:

...

El sector público tendrá a su cargo, de manera exclusiva, las áreas estratégicas que se señalan en el artículo 28, párrafo cuarto de la Constitución, manteniendo siempre el Gobierno Federal la propiedad y el control sobre los organismos y empresas productivas del Estado que en su caso se establezcan. Tratándose de la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, y del servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica, así como de la exploración y extracción de petróleo y demás hidrocarburos, la Nación llevará a cabo dichas actividades en términos de lo dispuesto por los párrafos sexto y séptimo de artículo 27 de esta Constitución. En las actividades citadas la **ley establecerá las normas relativas a la administración, organización, funcionamiento, procedimientos de contratación y demás actos jurídicos que celebren las empresas productivas del Estado**, así como **el régimen de remuneraciones de su personal**, para garantizar su eficacia, eficiencia, honestidad, productividad, transparencia y

rendición de cuentas, **con base en las mejores prácticas y determinará las demás actividades que podrán realizar.**

La CPEUM ordena al Congreso de la Unión, la creación nuevas normas que regulen la administración, organización, funcionamiento, procedimientos de contratación y demás actos jurídicos que celebren las Empresas Productivas del Estado, el régimen de remuneraciones de su personal, así como también normas que determinen todas las actividades que podrán realizar. Debiendo dicho Poder Legislativo basarse para la elaboración de la citada ley en las *buenas prácticas*.

Asimismo, el artículo Vigésimo Transitorio del referido Decreto ordena al Congreso de la Unión, seguir los lineamientos de las características que al menos deben contener las normas que emita y que deben regular a las Empresas Productivas del Estado, siendo de vital importancia la fracción III de este artículo transitorio que establece lo siguiente:

...
 III. **Su organización, administración y estructura corporativa sean acordes con las mejores prácticas a nivel internacional, asegurando su autonomía técnica y de gestión, así como un régimen especial de contratación para la obtención de los mejores resultados de sus actividades**, de forma que sus órganos de gobierno cuenten con las facultades necesarias para determinar su arreglo institucional.

Pues esta fracción reitera al Poder Legislativo que la normatividad especial que elabore para regular a las Empresas Productivas del Estado y se ocupe de su organización, administración y estructura corporativa sea con base y acorde con las *mejores prácticas internacionales*. Debiendo además dicha legislación, reconocer el *régimen especial de contratación que tendrán dichas empresas para obtener mejores resultados en el desempeño de sus actividades*.

Estos lineamientos fueron seguidos a cabalidad por el Congreso de la Unión, quien emitió y publicó en el DOF el día 11 de agosto de 2014, por lo que se refiere a PEMEX, la Ley de Petróleos Mexicanos. Legislación especial que en el último párrafo de su artículo 3º reconoce expresamente que mediante esa ley nace el *régimen de gobierno corporativo en la industria energética*:

Artículo 3º.

....

(último párrafo) En caso de duda, se deberá favorecer la interpretación que privilegie la mejor realización de los fines y objeto de Petróleos Mexicanos **conforme a su naturaleza jurídica de empresa productiva del Estado con régimen especial, así como el régimen de gobierno corporativo del que goza conforme al presente ordenamiento**, de forma que pueda competir con eficacia en la industria energética.

Este régimen de gobierno corporativo del que goza PEMEX, está compuesto por las normas contenidas en esta Ley, en su Reglamento y en todas aquellas disposiciones que derivan de estos, quedando las normas del derecho mercantil y civil, como legislación aplicable únicamente de manera supletoria.

Aunado a lo anterior, de conformidad con el artículo 11 de la citada Ley, que medularmente señala:

Artículo 11. Petróleos Mexicanos contará con la organización y estructura corporativa que mejor convenga para la realización de su objeto, conforme lo determine su Consejo de Administración en términos de esta Ley.

La organización y estructura referidas **deberán atender** a la optimización de los recursos humanos, financieros y materiales; la simplificación de procesos; la eficiencia y la transparencia y **la adopción de las mejores prácticas corporativas y empresariales a nivel nacional e internacional, asegurando su autonomía técnica y de gestión.**

La organización y estructura corporativa que determine el Consejo de Administración que PEMEX deba tener, incluye además la adopción de las *mejores prácticas* que ya define como *corporativas y empresariales a nivel nacional e internacional* que aseguren la autonomía técnica y de gestión del propio PEMEX.

Es decir, mejores prácticas que le den la flexibilidad que necesita para *desarrollar actividades empresariales, económicas, industriales y comerciales en términos de su objeto, generando valor económico y rentabilidad para el Estado Mexicano como su propietario*⁴³⁰.

La flexibilidad empresarial reconocida por la LPM y otorgada a la nueva Empresa Productiva del Estado, le permite a PEMEX ejecutar todas sus

⁴³⁰ **Artículo 4 LPM-** Petróleos Mexicanos tiene como fin el desarrollo de actividades empresariales, económicas, industriales y comerciales en términos de su objeto, generando valor económico y rentabilidad para el Estado Mexicano como su propietario, así como actuar de manera transparente, honesta, eficiente, con sentido de equidad y responsabilidad social y ambiental, y procurar el mejoramiento de la productividad para maximizar la renta petrolera del Estado y contribuir con ello al desarrollo nacional.

operaciones, por sí mismo o con apoyo de sus empresas productivas subsidiarias y empresas filiales o mediante la celebración de Contratos, Convenios, Alianzas o Asociaciones o cualquier acto jurídico con personas físicas o morales de los sectores público, privado o social, nacional o internacional⁴³¹.

Este reconocimiento expreso a la utilización del Contrato bajo un régimen especial en la LPM, admite su potencial para mejorar las formas de administración a través de la especificidad, y la discreción que opera en sus contenidos.

Estableciéndose explícitamente en la ley de referencia, que en los Contratos y cualquier otro acto jurídico que celebre PEMEX para el cumplimiento de su objeto se podrán incluir *cualquiera de los términos permitidos por la legislación mercantil y común, debiendo cumplir con la regulación aplicable en la materia que corresponda*⁴³². Reconociéndose, además que tales Contratos o actos no estarán bajo la *regulación de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público ni de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas*⁴³³.

⁴³¹ **Artículo 6 LPM.-** Petróleos Mexicanos podrá realizar las actividades, operaciones o servicios necesarios para el cumplimiento de su objeto por sí mismo; con apoyo de sus empresas productivas subsidiarias y empresas filiales, o mediante la celebración de contratos, convenios, alianzas o asociaciones o cualquier acto jurídico, con personas físicas o morales de los sectores público, privado o social, nacional o internacional, todo ello en términos de lo señalado en esta Ley y las demás disposiciones jurídicas aplicables.

⁴³² **Artículo 7 LPM.-** Para cumplir con su objeto, **Petróleos Mexicanos podrá celebrar** con el Gobierno Federal y con personas físicas o morales **toda clase de actos, convenios, contratos, suscribir títulos de crédito y otorgar todo tipo de garantías**, manteniendo el Estado Mexicano en exclusiva la propiedad sobre los hidrocarburos que se encuentren en el subsuelo, con sujeción a las disposiciones legales aplicables. Petróleos Mexicanos estará facultado para realizar las operaciones relacionadas directa o indirectamente con su objeto.

Los contratos y, en general, todos los actos jurídicos que celebre Petróleos Mexicanos para el cumplimiento de su objeto podrán incluir cualquiera de los términos permitidos por la legislación mercantil y común y deberán cumplir con la regulación aplicable en las materias que corresponda.

⁴³³ **Artículo 75 LPM.-** Petróleos Mexicanos y sus empresas productivas subsidiarias realizarán las adquisiciones, arrendamientos, contratación de servicios y obras que requieran en términos de lo dispuesto en el artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con sujeción a los principios de economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez, a efecto de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes de acuerdo con la naturaleza de la contratación.

A las adquisiciones, arrendamientos, contratación de servicios y obras de cualquier naturaleza que realicen Petróleos Mexicanos y sus empresas productivas subsidiarias les serán aplicables las disposiciones que al efecto establece esta Ley y las demás que deriven de la misma. No les serán aplicables la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público ni la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

Es decir, para la adquisición, arrendamiento y enajenación de bienes, así como la prestación de servicios y la contratación de obra que realice PEMEX como Empresa Productiva del Estado, la realizará en términos de los párrafos tercero y cuarto del artículo 134 constitucional⁴³⁴, mediante la Adjudicación y/o la Licitación Pública, siempre y cuando éstas licitaciones sean idóneas, pues en caso de que no aseguren las mejores condiciones de precio, calidad, financiamiento y oportunidad, PEMEX podrá recurrir a los mecanismos que la LPM establece en sus artículos 75, 6 y 7 íntimamente relacionados y que aseguran las mejores condiciones para el Estado.

Estos mecanismos son la *celebración de Convenios, Alianzas o Asociaciones o cualquier acto jurídico, con personas físicas o morales del sector público, privado o social, nacional o internacional, e incluso gobierno, en cuyo contenido se incluirán cualquiera de los términos permitidos por la legislación mercantil y común que sea aplicable y conforme a la legislación de la materia sobre la que verse dicha contratación*, prevista en sus artículos 75, 6 y 7.

La permisón de la inclusión de cualquiera de los términos mercantiles y comunes, incluye los usos y costumbres que utilizan los comerciantes nacionales e internacionales en materia de contratación internacional como lo son las Reglas Oficiales de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) para la interpretación de Términos Comerciales *Incoterms 2010*, el uso de las *UCP 600* en lo relativo a los créditos documentarios, los *Principios Trans-Lex*, los *Principios Unidroit*, emitidos por organizaciones no gubernamentales de comerciantes como lo es la *CCI* y el *Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado*, por citar algunos casos.

⁴³⁴ **Artículo 134 CPEUM.- ...**

(tercer párrafo) Las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra que realicen, se adjudicarán o llevarán a cabo a través de licitaciones públicas mediante convocatoria pública para que libremente se presenten proposiciones solventes en sobre cerrado, que será abierto públicamente, a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes.

(cuarto párrafo) Cuando las licitaciones a que hace referencia el párrafo anterior no sean idóneas para asegurar dichas condiciones, las leyes establecerán las bases, procedimientos, reglas, requisitos y demás elementos para acreditar la economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez que aseguren las mejores condiciones para el Estado.

Tal y como se ha comentado someramente, la importancia de la revolución contractual del Estado que puede calificarse como *mercantil*, deriva de la construcción que las partes hacen de su propia regulación de manera discrecional y autónoma, según los términos que señalan en el propio Contrato Mercantil. En cuyo contenido se aprecian normas que permiten a las partes contratantes *facilidades para concretar deseos, otorgando potestades para crear derechos y obligaciones, es decir contratar*⁴³⁵.

Así como también para auto-regularse, al incorporar diversos estándares no- legales en el contenido de dicho Contrato, pues a través de él, por un lado el Estado delega poderes contractuales y responsabilidades a poderes públicos y privados. Y por el otro, sus contrapartes aceptan dicha delegación de facultades, para finalmente ambos reconocer la competencia de organismos gubernamentales y/o no gubernamentales para la interpretación, solución y ejecución del cumplimiento del Contrato, en un marco regulatorio reflexivo⁴³⁶ y meta-regulador como el que vivimos en la actualidad.

b. Las Asociaciones Público Privadas.

Como mencionamos en el apartado de cogobernanza, las Asociaciones Público-Privadas (APPs) emergieron a partir de 1990, convirtiéndose en un claro ejemplo de la interacción en la acción pública, entre el sector privado y social y el sector gubernamental para la prestación de servicios públicos, con la finalidad de compartir ganancias y pérdidas mutuas.

Sin embargo, es dable empezar esbozando algunos atributos que el simple vocablo de *asociación* reviste, como son la confianza mutua, la responsabilidad compartida, la flexibilidad y el trabajo en conjunto en aras de alcanzar un solo objetivo.

⁴³⁵ Casados Borde, Alfonso Jesús, “El Contractualismo Mercantil como fuente de la Globalización”, en Godínez Méndez, Wendy A., y García Peña, José Heriberto, (coords.), *Derecho Económico y Comercio Exterior 40 años de vida académica Homenaje a Jorge Witker*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. 254.

⁴³⁶ La Reflexividad en la Teoría de Sistemas, alude a las interacciones entre el Derecho y las prácticas sociales que regula. Harlow, *op. cit.*, nota 264, p. 25.

Es decir, la palabra *asociación* es una connotación que atribuimos a la interacción entre diferentes actores sociales como son el sector público, las organizaciones voluntarias y las empresas privadas, que recibe el nombre de Contratación Público-Privada o en su acepción inglesa Public Private Partnerships (PPP).

Contratación que encarna una de las 6 tipologías que se mencionaron previamente en el rubro del Contrato, a través de la cual se materializa la participación colaborativa entre el sector privado y el sector público.

La importancia de esta forma de cogobernanza, radica en que su celebración no sólo *representa ahorros en la calidad del servicio y una respuesta a los problemas presupuestarios que enfrenta el Estado*⁴³⁷, sino también una alternativa a la inflexibilidad que para académicos como Niel Åkerstrøm la Contratación pública o privada presenta.

Para Åkerstrøm, las Asociaciones son una figura evolutiva del Contrato y los define como *Contratos de segundo orden*, los cuales hasta antes de la Segunda Guerra Mundial significaban una aventura de negocio colaborativo entre amigos o familiares, quienes convenían a través de la asociación bajo dos principios principales: la mutua confianza y la buena voluntad⁴³⁸.

Para los años de 1960 y 1970 estas Asociaciones fueron vistas como *relaciones dirigidas de buena voluntad entre compañías*⁴³⁹, es decir, escalaron hacia la figura empresarial, quien echo mano de ellas, para lograr un mayor crecimiento de sus rendimientos, debido a la *flexibilidad que caracterizaba su actuar para ajustar la administración de su personal*⁴⁴⁰, sus activos patrimoniales y sus rendimientos de acuerdo a las circunstancias del proyecto y el ambiente económico en que la empresa realizaba su actividad comercial.

A diferencia de la empresa, el gobierno para enfrentar los cambios en las circunstancias del ambiente económico, debía negociar con los gastos fijos y enormes que implicaba su burocracia, con los que estaba atado mediante los

⁴³⁷ Epstein, Wendy Netter, "Contract Theory and the Failures of Public-Private Contracting", *Cardozo Law Review*, United States of America, August 2013, vol. 34, num. 6, p. 2214.

⁴³⁸ Åkerstrøm, *op. cit.*, nota 417, p. 206.

⁴³⁹ *Ídem.*

⁴⁴⁰ Epstein, *op. cit.*, nota 437, p. 2218.

Contratos de trabajo -*ejemplo de Contratos Transaccionales o Discretos*⁴⁴¹- previamente celebrados con ellos y que no le otorgan la flexibilidad y cambio que necesitaba.

Ante estas circunstancias y en razón de carecer de incentivos propios para asegurar la calidad en la prestación del servicio público al ciudadano, *a mediados de 1980, observa a la Asociación como una novedosa forma de cooperación interorganizacional*⁴⁴².

Esta Asociación, auxiliada por el establecimiento en esta década del NPM, por el auge de las *redes* que promovían la sinergia entre actores de diferentes ámbitos sociales y por la innovación tecnológica, comienza a establecer programas especiales en los que los Bancos, las Consultorías y los Contadores comenzaron a jugar un rol de *bróker networking o negociadores de redes*⁴⁴³.

Es decir, el *negociador de red*, se convirtió en el enlace de la empresa que buscaba fuera de las organizaciones empresariales diversas líneas de negocios, iniciaba estrategias y diálogos entre las empresas, los organismos privados y públicos y el Estado mismo, con el firme propósito de establecer redes de negocio.

Es por ello, que el Estado comenzó a fomentar la participación privada en el desempeño de su función en la prestación de servicios públicos que no podían ser privatizados. Aunado al hecho de que a nivel internacional la Organización de las Naciones Unidas en su Declaración del Milenio sugirió a sus miembros que para cumplir el objetivo 8º de su Declaración lo hicieran de la mano de la Asociación Público Privada (APP) a la que calificó como una *nueva asociación global* y definió como *un método innovador usado por el sector público para contratar con el sector privado, del que atrae su capital y su habilidad para la entrega de proyectos a tiempo y con presupuestos, mientras que el sector público conserva la responsabilidad para la prestación de estos servicios al público en una manera de beneficios al público y*

⁴⁴¹ Contratos entendidos como transaccionales por Åkerstrøm, en razón de ser contratos discretos consistentes en una relación transaccional que es impersonal y sin duración, representante de promesas puras, transacciones puras, que presuponen ambientes simples, estables y calculables. Åkerstrøm, *op. cit.*, nota 417, p. 207.

⁴⁴² *Ibidem*, p. 206.

⁴⁴³ *Ídem*.

a la entrega de desarrollo económico, así como a un mejoramiento en la calidad de la vida.⁴⁴⁴.

Por su parte a nivel comunitario, la Unión Europea, a través de su Comisión ha descrito a las APPs en su Green Paper of PPPs and Community Law on Public Contracts and Concessions [COM (2004) 327 Final] como *una forma de cooperación entre autoridades públicas y los agentes económicos, teniendo por objeto, financiar, construir, renovar o explotar una infraestructura o el suministro de un servicio*⁴⁴⁵.

Con base a las ideas expuestas por Niel Åkerstrøm y Eduardo Engel, podríamos coincidir en definir a la *Asociación Público-Privada como un acuerdo -promesa de una promesa futura- de largo plazo entre el Estado y un ente privado, que combina en una sola empresa el financiamiento, la construcción, la operación y el mantenimiento de un proyecto que provee estos servicios públicos*⁴⁴⁶.

Este acuerdo, a través de las normas dispuestas en su texto, formula horizontes para el futuro –*imágenes de lo que podría consistir la colaboración futura, limitando explícitamente la responsabilidad compartida de esos posibles sucesos*⁴⁴⁷- es decir, mediante él, el gobierno contrata a una empresa privada para construir o mejorar obras de infraestructura, para mantenerlas y operarlas por un periodo prolongado, recibiendo a cambio una compensación.

La empresa recibe un flujo de ingresos a lo largo de la vida del Contrato, siendo usual que estos ingresos provengan de tarifas pagadas por los usuarios o en su caso sea el gobierno, el responsable de hacer pagos periódicos a la empresa.⁴⁴⁸

Partiendo del hecho de que las APPs son un *novedoso enfoque en el que una empresa privada financia, construye y es responsable de operar y mantener las instalaciones, así como a sujetar a estándares de calidad el servicio o bien público*

⁴⁴⁴ Disponible en <http://www.un.org/partnerships/index.html>

⁴⁴⁵ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV:l22012>

⁴⁴⁶ Engel, Eduardo, et al., *Economía de las asociaciones público-privadas una guía básica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 15.

⁴⁴⁷ Åkerstrøm, *op. cit.*, nota 417, pp. 218-219.

⁴⁴⁸ Engel, *op. cit.*, nota 446, p. 16.

a *explotar*⁴⁴⁹, podemos observarlas como un *Contrato de Segundo Orden*, que también es *Relacional*, según Ian MacNeil y Teubner.

La *Asociación Público-Privada* (APP) es entonces, un Contrato de Segundo Orden, en virtud de que, aunque puede nacer como un Contrato transaccional e inflexible, emerge en una nueva forma evolutiva, ante el cambio de las circunstancias de una promesa contractual.

Es decir, nace con la finalidad de mantener la plasticidad de la promesa, que consigna, asegurando que los Contratos permanezcan vigentes⁴⁵⁰.

Entonces, toda APP como Contrato de Segundo Orden se caracteriza porque en él convergen creencias compartidas, un diálogo continuo que alcanza un entendimiento, flexibilidad y confianza mutuas, visiones compartidas y proyectos de asociación, así como un sentimiento de colectividad y trabajo colaborativo para el logro de un entendimiento correspondido⁴⁵¹.

Para Niel Åkerstrøm, la APP *representa un orden social emergente, una promesa sobre una promesa futura que crea su propio orden*⁴⁵², a través de las disposiciones que conforman su texto; cláusulas que se califican como *autorreferenciales, ya que crean las precondiciones y premisas de las promesas futuras, definen sus propias estructuras comunicativas en la forma de tiempo, objetividad y sociabilidad*⁴⁵³, que se adaptan a las circunstancias.

Al igual que Åkerstrøm coincidimos en que la característica principal de las APPs, son *los intereses intersectados derivados de los objetivos compartidos, los cuales significan que el proyecto asociado puede ser desarrollado bajo condiciones cambiantes basadas en la confianza mutua y el diálogo continuo*⁴⁵⁴, que deben ser permanentes desde nuestro punto de vista, en razón de que a través de estos dos atributos de las APPs, se asegura la colaboración ante cualquier condición cambiante futura en el desarrollo del proyecto originado con la celebración de las APPs.

⁴⁴⁹ *Ibidem*, pp. 15-16.

⁴⁵⁰ Åkerstrøm, *op. cit.*, nota 417, pp. 207-208.

⁴⁵¹ *Ibidem*, p. 212.

⁴⁵² *Ibidem*, p. 215.

⁴⁵³ *Ídem*.

⁴⁵⁴ *Ídem*.

La implementación de estos Contratos ocurre a través del equipo de administración que eligen las partes involucradas en la APP para dirigir y estar a cargo del proyecto, desarrollándose la confianza y diálogo continuo del proyecto concebido.

Las APPs son vistas como Contratos Relacionales porque son *personales y permanentes, y establecen relaciones que comprenden la totalidad de partes involucradas, una profunda comunicación y el cumplimiento personal*⁴⁵⁵.

Pero además, porque en primer lugar, su razón de ser es cubrir una necesidad social mediante el establecimiento e interacción de una cooperación a largo plazo, es decir consta de un aspecto social.

En segundo lugar, considera la adaptación informal de ambas partes y los proyectos que convergen en su celebración al asumir cada una de ellas los costos, las ganancias y distribuir el riesgo que trae aparejado el proyecto, considerando los nuevos eventos, la realidad social y la moralidad del tiempo que abarcará la finalización del proyecto.

De alguna manera en el presente interés que se tiene tanto del sector gubernamental como del sector privado -social o capital privado- en las APPs en todo el mundo, ha sido fomentado por el NPM y la gobernanza global que han promovido los beneficios que generan, a través de la innovación, la reducción del riesgo para el sector público y su papel estratégico en el financiamiento y la entrega de proyectos de infraestructura -*defensa, protección ambiental, construcción de edificios gubernamentales, hospitales, cárceles, escuelas, aeropuertos, puentes, puertos, vías férreas, caminos, túneles y trenes urbanos*- o la prestación de servicios públicos como la recolección de basura, la prestación de transporte, turismo y agua.

Sin embargo, estos Contratos público-privados enfrentan cuatro desafíos al elegir qué proyectos deberían construirse, como son tener una metodología para planificar y seleccionar los proyectos. Segundo, verificar que los proyectos ya construidos cumplan con los estándares del servicio comprometido. En tercer lugar, que no se pague en exceso y finalmente determinar si el financiamiento provendrá de recursos propios o del cobro a los usuarios⁴⁵⁶.

⁴⁵⁵ Åkerstrøm, *op. cit.*, nota 417, p. 207.

⁴⁵⁶ Engel, *op. cit.*, nota 446, p. 22.

a. *Características y etapas.*

Estos Contratos de segundo orden, primordialmente deben enfocarse en *atender las necesidades y funciones de la actividad mediante la cual, el sector público satisface la carencia de interés general de la población -es decir, el servicio público- y transparentar la interacción de las partes contratantes, mediante el establecimiento de libros abiertos y cooperación entre dichas partes*⁴⁵⁷.

Es decir, el sector gubernamental debe definir las necesidades y objetivos de interés público, que el sector privado ejecutará y financiará. Empresa que no es nada fácil, ya que los servicios públicos que se pretenden prestar a través de este mecanismo contractual, dependiendo de su naturaleza suave o dura, generarán mayor o menor dificultad en su administración y cumplimiento.

Lo anterior, en razón de que los *servicios duros o hard services, son aquellos fáciles de especificar, que no implican mucha discreción y en los que la delegación de la facultad ejecutiva produce costos mínimos de transacción*⁴⁵⁸, siendo claros ejemplos el servicio de recolección de basura o la construcción y mantenimiento de las vías terrestres de comunicación.

Por otro lado, los *servicios suaves o soft services, enfocados directamente en las personas, tienden a ser más difíciles de definir y medir, ya que implican mayor discreción.* Estos servicios incluyen los servicios de administración de prisiones, así como los beneficios de la seguridad social, como las guarderías, la construcción de vivienda, e incluso la prestación de servicios médicos y la provisión de servicios de educación. Ante este escenario nada sencillo, las APPs se distinguen de los demás Contratos comerciales por las siguientes características⁴⁵⁹:

1. *Incrementan la certeza en términos de tiempo y presupuesto en la entrega de los proyectos de la manera siguiente:*

⁴⁵⁷ Tvarno, Christina D., "Law and regulatory aspects of Public-Private Partnerships: Contract Law and Public Procurement Law, en Boardman, Anthony E., Greve, Carsten, Hodge, Graeme A., (eds) *International Handbook on Public Private Partnerships*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2010, p. 217.

⁴⁵⁸ Epstein, *op. cit.*, nota 437, p. 2219.

⁴⁵⁹ Reeves, Eoin "The practice of contracting in public private partnerships: transaction costs and relational contracting in the Irish schools sector" in *Public Administration and International Quarterly*, United Kingdom, 2008, vol. 86, num. 4, p. 973.

- a) *Tiempo -entrega de proyectos-*: la contraparte privada es motivada a concluir el proyecto tan pronto como sea posible, con la finalidad de controlar los costos y pagos que recibe.
 - b) *Dentro del Presupuesto -entrega de proyectos-*: El pago programado es convenido antes de que la construcción comience, protegiéndose con ello al sector público de la exposición a excesos en el costo previamente acordado. Por lo que el sector público, en lugar de comprometer sus propios recursos económicos en el financiamiento para la entrega de servicios públicos, los utilice en la creación de otras formas para obtener más recursos e invertirlos en beneficio de sus ciudadanos.
2. *La duración de la relación entre el sector público y el privado de largo plazo*, con la finalidad de permitir la accesibilidad al reembolso por parte del sector público para recuperar sus inversiones y rendimientos.
 3. *Mejoramiento de la calidad en la prestación de los servicios públicos*, lo cual incluye innovación, administración, eficiencia y efectividad.
 4. *Cambio en materia de adquisición gubernamental*, en virtud de que sus relaciones colaborativas están basadas en una visión, autoridad, información planeación, toma de decisiones y en ocasiones responsabilidad y rendición de cuentas compartidas.
 5. Distribución del riesgo entre el sector público y el sector privado, acompañado con la expectativa de que el sector privado asumirá los riesgos sustanciales. Además, la evaluación del riesgo en las APPs es ejercido de manera diferente comparándolo con la evaluación del riesgo contemplada en la contratación pública tradicional. Existen 5 tipos de riesgo *-posibilidades de retrasos o dificultades en la construcción o la operación del proyecto*⁴⁶⁰- en las APPs como son:
 - a. *Riesgo de Construcción o Proyecto*, relacionado con el diseño de problemas, la construcción de sobre costos y retrasos de los proyectos.

⁴⁶⁰ Hellowell, Mark, "The UK's Private Finance Initiative: History, evaluation, prospects" en Boardman, Anthony E., Greve, Carsten, Hodge, Graeme A., (eds) *International Handbook on Public Private Partnerships*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2010, p. 320.

- b. *Riesgo Financiero*, relacionado con la naturaleza cambiante en las tasas de interés, las tasas de intercambio y otros factores que afectan los costos de financiamiento.
- c. *Riesgo de Desempeño*, relacionado con la disponibilidad de recursos, la continuidad y la calidad de la provisión de un servicio relevante.
- d. *Riesgo de Demanda*, relacionado a la necesidad en curso para los servicios públicos relevantes.
- e. *Riesgo en el Valor Residual*, relacionado con el precio del mercado futuro de un activo.

Durante la mayoría de los Proyectos de toda APP, en su elaboración se cubren las siguientes etapas:

1. Diseño,
2. Financiación,
3. Construcción,
4. Operación,
5. Transferencia,
6. Arrendamiento,
7. Desarrollo y
8. Mantenimiento

Las cuales pueden ser ejecutadas directamente por el sector público o el privado, o en conjunto por ambos de acuerdo al grado de participación pactado⁴⁶¹.

En todos estos Contratos de APP el sector privado asume la mayoría de los riesgos de los cambios en los costos de mantenimiento y operación, así como en los ingresos del proyecto, al renegociarse estos Contratos el gobierno comparte los riesgos durante su vigencia⁴⁶². Pero al mismo tiempo, las APPs representan algunas ventajas como son:

⁴⁶¹ Barreto Nieto, Carlos Alberto, "Modelo de Asociación Público-Privada: Un enfoque de Teoría de Contratos", *Revista de Economía Institucional*, Colombia, Segundo Semestre 2011, vol. 13, núm. 25, p. 253.

⁴⁶² Engel, *op cit.*, nota 446, p. 17.

1. La simulación de la competencia de mercado en la prestación del servicio mediante licitaciones.⁴⁶³
2. El otorgamiento de fuertes incentivos para un reparto óptimo del riesgo⁴⁶⁴.
3. *Al asignar dos o más etapas de la APP a un solo agente, impulsa a minimizar el costo de operación haciendo mejoras en la etapa de construcción o diseño e incentiva la cadena productiva*⁴⁶⁵.
4. *La especificación que hace sobre la calidad del servicio en el Contrato inicial, reduce los costos en la vida del proyecto*⁴⁶⁶.
5. *La Participación del sector público en PPP internaliza el impacto de la propensión del sector privado a reducir costos. Y puede hacerlo sin detrimento de la participación privada, mediante un esquema de participación conjunta, que internaliza el efecto de la reducción de costos en la calidad y mantiene al sector privado como dinamizador del proyecto, por sus múltiples ventajas, financieras o tecnológicas*⁴⁶⁷.

b. Tipología de Asociación Público-Privada

Existen conceptualmente cinco familias en que algunos académicos como Graeme A. Hodge, clasifican a las Asociaciones de la manera siguiente:

1. *La Cooperación Institucional para la producción conjunta y el riesgo compartido.*
2. *Los Contratos de largo plazo de infraestructura que enfatizan una especificación ceñida de producción en los Contratos legales de largo plazo.*
3. *Las Redes de Política Pública, en las que las relacionan con accionistas.*
4. *El desarrollo Comunitario y la Sociedad Civil.*
5. *La renovación urbana y el desarrollo económico de los centros urbanos*⁴⁶⁸.

⁴⁶³ Barreto, *op. cit.*, nota 461, p. 254.

⁴⁶⁴ *Ídem.*

⁴⁶⁵ *Ídem.*

⁴⁶⁶ *Ibidem*, p. 272.

⁴⁶⁷ *Ibidem*, p. 270.

⁴⁶⁸ Hodge, Graeme A., "Introduction: the PPP phenomenon and its evaluation" en Boardman, Anthony E., Greve, Carsten, Hodge, Graeme A., (eds) *International Handbook on Public Private Partnerships*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2010, pp. 5-6.

Ubicándose dentro de la primera familia las APPs, un Contrato entre el sector público y el Privado que puede incluso, adoptar la forma de Asociación Privada de Financiamiento que en sus siglas en inglés es conocida como PFI. Esta Asociación de financiamiento privado, puede abarcar el diseño, la construcción, el financiamiento y el mantenimiento, así como la operación de infraestructura pública mediante la celebración de un Contrato de largo plazo, el cual puede adoptar al menos una de las siguientes modalidades más usuales:

1. *O&M: Contrato de Operaciones y Mantenimiento.*
2. *BOOT: Contrato de Construcción, Propiedad, Operación y Transferencia.*
3. *BTO: Contrato de Construcción, Transferencia y Operación.*
4. *WAA: Contrato de Cobertura adicional.*
5. *DBFO: Contrato de Diseño, Construcción, Financiamiento y Operación*⁴⁶⁹.
6. *LDO: Contrato de Arrendamiento Financiero, Desarrollo y Operación.*
7. *OL: Contrato de Operación bajo Licenciamiento.*
8. *BOT: Contrato de Construcción, Operación y Transferencia.*
9. *BLOT: Contrato de Construcción, Arrendamiento y Transferencia.*

Es decir, las APPs al igual que PricewaterhouseCoopers hizo en el año 2005, podríamos reconocerlas como un claro ejemplo de *mejores prácticas sofisticadas que proveen valor al gobierno y al sector público*⁴⁷⁰, que en las Leyes de la Comisión Federal de Electricidad y de Petróleos Mexicanos se mencionan expresamente en los artículos 10 y 69, así como en los numerales 11 y 70 respectivamente.

Esta Iniciativa de Financiamiento Privado o PFI, introducida en 1992 por el gobierno conservador de Major en Inglaterra y consolidada por el gobierno laboralista de Blair, implica en ocasiones el establecimiento de una entidad jurídica separada o empresa, creada a través del Contrato, pues en dicho documento privado se reconoce como parte del objeto del Contrato de asociación público privado, o contrato de Asociación -Joint Venture-.

⁴⁶⁹ *Ibidem*, p. 6.

⁴⁷⁰ *Ibidem*, p. 8.

Esta nueva entidad creada con capital público y privado, destaca porque la mayor parte de los *accionistas del sector privado que participan en dicho capital son accionistas pertenecientes al sector financiero como bancos y consultoras de administración de fondos financieros, que representan la deuda Senior, y que con otras compañías del ramo de la construcción, de administración y financieras -deuda Subordinada-, conforma un Consortium o SPV -vehículo de propósito especial-*⁴⁷¹, el cual subcontrata con uno o varias organizaciones empresariales las etapas que le corresponde realizar con base en los tiempos y obligaciones adquiridas en el Contrato de APP de que se trate.

Si bien es cierto la *deuda Senior* representa el 90% del financiamiento necesario para completar la inversión de capital del proyecto, con formas más altas de riesgo financiero, la mayoría de ésta deuda es aportada mediante la celebración de Contratos de Crédito Sindicado entre varios bancos, quienes aportan proporcionalmente una cantidad del total del financiamiento requerido para llevarse a cabo el Proyecto en APP y quienes por tanto juegan un papel preponderante en la toma de decisiones y administración del Contrato de la APP, ya que tienen el poder de cancelar el proyecto en cualquier momento, derivado del crédito aportado.

A manera de conclusión respecto a las APPs podemos decir que son el mecanismo contractual idóneo para el financiamiento de proyectos de infraestructura y prestación de servicios, cuyas aparentes bondades varios países como el nuestro están comenzando a vislumbrar, tal es el caso de la ley de Asociaciones Público Privadas y su Reglamento que tenemos desde el año 2011, cuyo análisis abordaremos en el capítulo final, no cubre los aspectos jurídicos necesarios que pretenden fomentar el desarrollo y crecimiento económico, por los que fue creada.

Pero al mismo tiempo, es la figura contractual ejemplo de *mejor práctica*, en la que convergen normas pertenecientes al derecho mercantil, privado o común nacional, así como también normas pertenecientes a los usos y costumbres mercantiles o *lex mercatoria*, tanto nacional como internacional *-incoterms, UCP 600, prestamos crediticios sindicados internacionales-* y normas sociales suaves o

⁴⁷¹ Hellowell, *op. cit.*, nota 460, pp. 310-311.

soft, emitidas por diversos actores privados e híbridos -agencias público-privadas constituidas conforme a las mejores prácticas nacionales e internacionales- que constituyen las mejores prácticas del gobierno corporativo y la industria en la que impactará la realización del proyecto en APP. Es decir, es un híbrido legal en toda la extensión de la palabra, distinguible de cualquier otro Contrato por las características de *flexibilidad, discrecionalidad, mayor descentralización y delegación* ejecutiva, legislativa y judicial que distingue a su contenido normativo -clausulado- y cuyo origen lo encontramos en el caso de México en el régimen especial de contratación energética, que medularmente faculta tanto a PEMEX como a la CFE a *celebrar contratos con particulares bajo esquemas que les generen una mayor productividad, permitan asociarse y/o compartir costos, gastos, inversiones, riesgos y demás aspectos de las actividades de los que sea titular, conforme a las disposiciones que al efecto emitan sus Consejos de Administración.*

Disposiciones que no deben cumplir con la Ley de Asociaciones Público Privadas, sino que sus referidos Consejos a la fecha no han emitido, y con las cuales se augura una mayor discrecionalidad y regulación administrativa delegada y materializada en la nueva Gobernanza Corporativa Pública, de cuyos primeros pasos estamos siendo testigos y que en el capítulo final abordaremos.

V. LAS REDES SISTÉMICAS

Cuando escuchamos el vocablo *red*, las imágenes que proyecta nuestra mente son representaciones gráficas de enlaces y uniones entre objetos relacionados entre sí, cuyo uso en el subsistema legal como concepto es reciente.

En razón de que como concepto la palabra *red* en un constructo social atribuible la sociedad mundial, debemos relacionarlo en el ámbito del Derecho para entenderlo con la *coordinación de los negocios, las empresas virtuales, las cadenas de franquicias* -por citar algunos ejemplos-, *que van tomando forma de Contratos Coordinados con efectos jurídicos multilaterales*⁴⁷². Contratos Coordinados que, a su vez, se materializan en la forma de asociaciones -*partnerships*-, *grupos*

⁴⁷² Teubner, Gunther, disponible en <https://www.jura.uni-frankfurt.de/42847561/list-of-publications>

*corporativos -corporate groups-, contratos relacionales -relational contracts-*⁴⁷³ y que, deben observarse por el Derecho, desde un modelo social de redes que enfatice sus riesgos.

Es así como el Derecho es testigo de la irrupción del concepto de *redes* en su campo de estudio, en razón de la observación que realiza a los *negocios independientes que se comprometen a sí mismos de modo tan cercano e interconectado por redes de cooperación que marcan la distinción establecida entre el mercado y la jerarquía, y entre el Contrato y la Corporación*⁴⁷⁴, que lo convierten en una innovación estructural, cuyo estudio conceptual es primordial para el desarrollo de esta investigación.

El atributo primordial de las redes no es sólo la interacción y policentricidad que poseen, sino la *tendencia evolutiva*⁴⁷⁵ que representan para el Derecho mismo, ya que es a través de la múltiple contextualidad reinante en las redes - policontextualidad observada por el Derecho, en que nacen y se ejecutan las normas jurídicas-, el medio por el cual el Derecho va evolucionando de una forma mucho más rápida e instantánea, comparada con la ocurrida hace más de veinte años atrás.

Las redes promueven la función de fomentar las *interrelaciones entre sistemas funcionales autónomos o entre organizaciones formales, así como también promocionan la integración transfronteriza de lógicas operacionales autónomas, las cuales también determinan las potencialidad y riesgos asociados con las formas organizacionales que nosotros dirigimos*⁴⁷⁶.

El desmoronamiento de la centralización y jerarquía que ocasionan la interacción de las redes, resulta en la *descentralización y heterarquía* en la mayoría de los ámbitos de la sociedad mundial.

Estos dos fenómenos a su vez, *sientan las bases para la evolución de las redes sociales, las redes de información, las redes técnicas -transporte, luz, telecomunicaciones que a través de las empresas integradas, forman monopolios-*

⁴⁷³ *Idem.*

⁴⁷⁴ *Ibidem*, p. 7.

⁴⁷⁵ *Ibidem*, p. 8.

⁴⁷⁶ *Ibidem*, p. 13.

*las redes de negocios contractuales, las redes interorganizacionales locales y globales, redes de negocios y las redes de confianza, al formar una unidad operacional independiente y colectiva que debe ser dirigida desde una responsabilidad legal y perspectiva de coordinación, según sus propios principios constitutivos*⁴⁷⁷.

1. *Debilitamiento de la verticalidad y la jerarquía del Estado-nación*

La aparición de las redes público-privadas como modo de cooperación continua entre agencias públicas y el sector privado, va más allá de la jerarquía, que coloca al Contrato como ese vehículo mediante el cual el Estado Administrador red comenzó el debilitamiento de la verticalidad y jerarquía de su Poder⁴⁷⁸.

La *heterarquía* que distingue al Contrato y sus diversas formas que adopta, *rompe la impermeabilidad del Estado*, proyectándose como un elemento de la *regulación negociada*⁴⁷⁹ por las partes contratantes.

Esta incursión del sector privado, junto con su bagaje normativo social y comercial, ha provocado la transformación de los actos administrativos emitidos por administración gubernamental hacia procedimientos *reflexivos y progresivos, generadores de nuevo conocimiento*, es decir normas, *a través del diseño, acción, revisión y evaluación en la solución de problemas, utilizando la experiencia, el conocimiento y los experimentos producidos por la normatividad del sector privado a la que tiene acceso mediante la cooperación contractual*⁴⁸⁰.

Esta nueva etapa de la actividad y administración gubernamental, produce una reflexividad del conocimiento, la cual *incrementa y da paso al nuevo papel que los expertos, creando nuevas estrategias económicas y tecnológicas que originan nuevo conocimiento*, del cual el nuevo Estado Administrador Red hace uso para *formular estándares técnicos -novedosa reglamentación híbrida que regula la información y evaluación, creando una nueva infraestructura fácticas para los*

⁴⁷⁷ *Ibidem*, pp. 14-17.

⁴⁷⁸ Ladeur, *op. cit.*, nota 384, p. 332.

⁴⁷⁹ *Ídem*.

⁴⁸⁰ *Ibidem*, pp. 334-335.

*procesos de toma de decisiones*⁴⁸¹- *generales de seguridad*, a seguir en el desempeño del Poder que ostenta. Poder que, delega en otros actores privados a nivel nacional e internacional a través de Disposiciones normativas generales, Contratos, y entes público-privados que crea, los cuales a su vez emiten normas no generales a las que auto-vincula el propio Estado y que va debilitando la verticalidad y jerarquía estatal.

2. La horizontalidad sistémica y heterárquica de la aldea global

La sociedad actual es un sistema social cada vez más horizontal, organizado por normas antinómicas estatales, internacionales, transnacionales y globales, que a primera vista la vislumbran como un caos o desorden ordenado. También es un sistema que ha colocado a la figura política del Estado nacional westfaliano⁴⁸² en un plano de resquebrajamiento o fragmentación institucional y soberana.

La fragmentación estatal abrió el paso a un nuevo tipo de gobernanza local, global y transnacional en un ámbito heterárquico, horizontal, flexible y de redes. Pero la adaptación que hizo cada subsistema local de los lineamientos dictados por el sistema mundial a partir de la década de los ochenta en su ámbito nacional, se tradujo en el debilitamiento de las organizaciones jerárquicas gubernamentales, mediante las cuales ejercía su soberanía dicho subsistema nacional.

Esta adaptación también significó el fin de la pretendida estabilidad de la AP. La presencia del cambio, se impuso como una constante en la vida diaria de la administración gubernamental, en razón de la dinámica de las comunicaciones sociales en el sistema de la sociedad global actual.

La gobernanza se hizo presente al sumarse en ella varias maneras en que los individuos y las instituciones públicas y privadas administran los acuerdos que surgen fuera del sistema administrativo de cada Estado-nación.

Esta gobernanza se organiza a través de redes, lo cual nos permite distinguirla como pública y también privada, pues involucra expertos e infinidad de

⁴⁸¹ *Ibidem*, pp. 335-336.

⁴⁸² El origen de la figura jurídica del Estado-nación debemos remontarlo a la firma del Tratado de Westfalia de 1648.

*conocimientos técnicos, políticos y burocráticos*⁴⁸³. Lo cual, ha llevado al Estado-nación a fragmentar su soberanía, transformando sus autoridades e instituciones gubernamentales jerárquicas y verticales en agencias gubernamentales de nivel heterárquico u horizontal y de coordinación, como quedó explicado en numerales anteriores.

Por otro lado, hace cuarenta años el contrato era una característica de bajo perfil en el Derecho Administrativo. El desarrollo del contrato tanto en la legislación como en la teoría jurídica no era tan vasto como el del Derecho Público. Una de las razones era el hecho de que el contrato gubernamental era regulado por el Derecho Privado –Derecho Civil–⁴⁸⁴. Hoy por el contrario, el contrato resurge y junto con la regulación, son considerados como los dos pilares de la nueva gobernanza.

El contrato entonces, es reconocido por la nueva Gobernanza como uno de sus mecanismos y una herramienta *meta-reguladora* para controlar los mercados. El respeto que otorga el contrato a la autonomía privada y a la libertad de establecer los términos del mismo, que otorga a favor de las partes, representa una forma de micro autorregulación⁴⁸⁵. Pues les entrega un poder sustancial para acordar las reglas que gobernarán las relaciones económicas y, las prácticas comerciales entre los participantes del mercado.

Por lo tanto, el Derecho contractual se convirtió en un actor dinámico del sistema multinivel de gobernanza global en la actualidad. Porque a través de él se refleja el nacimiento de un nuevo Estado regulador, administrador y *moderador*⁴⁸⁶, cuyas principales tareas son la *administración de la autoridad política local*⁴⁸⁷ y la *regulación de la delegación que hace de las referidas competencias mediante el contrato a favor de los nuevos actores*.

Es decir, el nuevo Estado *ha transformado sus funciones al sólo supervisar, dirigir indirectamente y catalizar las fuerzas de la autorregulación social*⁴⁸⁸ al

⁴⁸³ Harlow, *op. cit.*, nota 264, pp. 339-340.

⁴⁸⁴ Parker, Christine et al., *Regulating Law*, New York, Oxford University Press, 2004, p. 16.

⁴⁸⁵ *Idem*.

⁴⁸⁶ Calliess, Galf-Peter and Zumbansen, Peer, *Rough Consensus and Running Code: A Theory of Transnational Private Law*, Oxford, Hart Publishing, 2010, p. 105.

⁴⁸⁷ Gensche, *op. cit.*, nota 232.

⁴⁸⁸ Calliess, *op. cit.*, nota 486, p. 105.

únicamente implementar en la esfera nacional, las políticas públicas y las normas obligatorias creadas en la esfera global. Desde el punto de vista de este nuevo gobierno, el papel del Estado-nación ha venido disminuyendo, así como la confianza en la prestación de los servicios públicos, muchas veces privatizados mediante contratos en la forma del APP.

Este cambio ha hecho más visibles las porosas fronteras entre la regulación obligatoria *hard-law* y la regulación suave o *soft law* de origen tanto estatal como privado, mediante las cuales los diversos actores del gobierno mundial –entes privados, organizaciones y entes públicos añejos y novedosos– interactúan y se interrelacionan mediante las redes o puntos de encuentro que establecen.

El nuevo estilo de gobernabilidad a través de redes y regímenes de redes especializados, tanto privados como públicos, comienza a coordinar la cooperación entre las redes encargadas de la elaboración de normas, así como la interacción de los patrones organizacionales novedosos sin involucrar el control total de algún estado sobre ellos.

Finalmente, el debilitamiento y fragmentación de la figura estatal entonces provocó al mismo tiempo tres fenómenos:

- a) La material desconstitucionalización de los estados-nación al transferir o desnacionalizar sus funciones gubernamentales a favor de actores diversos en un nivel transnacional, quienes parcialmente han asumido estas funciones.
- b) Los efectos extra-territoriales de las acciones del Estado-nación creando normas legales sin legitimación alguna.
- c) La inexistencia de un mandato democrático para la gobernabilidad transnacional⁴⁸⁹.

Sin embargo, tendríamos que agregar otro que el propio Teubner actualmente vislumbra y que es la autoconstitucionalización de diversos ordenamientos cuasi-legales o policontextuales (es decir con varios orígenes) que muestran

⁴⁸⁹ Teubner, Günther, Constitutionalising Polycontextuality disponible en http://www.jura.uni-frankfurt.de/l_Personal/em_profs/teubner/dokumente/ConstitutionalisingPolycontextuality_eng.pdf

características constitucionales en un régimen global constitucional social híbrido en el que es ejercido el poder estatal y el cumplimiento de las normas jurídicas.

En el que, además se reconozca la voz y el voto de las influencias de los actores de otras esferas sociales, fijando sus competencias y límites⁴⁹⁰.

⁴⁹⁰ *Idem.*

CAPÍTULO TERCERO

EVOLUCIÓN, INTERACCIÓN Y FRAGMENTACIÓN EN ORDENAMIENTOS JURÍDICOS NACIONALES DEL SISTEMA JURÍDICO HÍBRIDO GLOBAL, PLURAL Y SUAVE (SOFT)

SUMARIO: I. El Derecho y su naturaleza de acción social o comunicación II. Las normas sociales y el Sistema Jurídico Híbrido Global autopoietico. 1. Las normas sociales autónomas de la Sociedad Mundial. A. Orígenes del Soft law B. Definición y funciones C. Características y clasificación. 2. El Sistema Jurídico Híbrido Global y sus características A. La noción de Sistema Jurídico o Legal B. El Ordenamiento Jurídico 3. Los trasplantes Legales, el Pluralismo Jurídico y el Pluralismo Constitucional Global 4. La autopoiesis, la autorreferencialidad, la clausura operativa, el código bivalente, los Programas y la evolución hacia Sistema Jurídico Híbrido Global o Constitución Social transnacional A. Su Juridificación B. La fragmentación y la policontextualidad del Sistema Jurídico Híbrido Global en Ordenamientos Jurídicos nacionales C. Las interacciones hipercíclicas y ultracíclicas entre el Sistema Jurídico Híbrido Global con los Ordenamientos Jurídicos Nacionales y los demás Ordenamientos Normativos Sociales autónomos a nivel global III. Normas Jurídicas Híbridas Globales 1. Definición y Características 2. Las Reglas de Gobierno Corporativo: Guías o Códigos de conducta Privados y Gubernamentales 3. Reglas de Monitoreo Contractual: Doing Business 4. Reglas que Establecen la Agenda: Declaraciones de compromiso entre Estados-nación (autoobligaciones) 5. Reglas de Competitividad: Las Mejores Prácticas IV. Casos de soft law y normas híbridas en el Ordenamiento Jurídico mexicano: ¿Un Sistema Jurídico Híbrido Nacional? 1. El Pacto por México 2. Las Reglas producto de la actividad Contractual Público-Privada: Asociaciones y Alianzas Estratégicas en el sector energético 3. Las Reglas de Competitividad: las Mejores Prácticas en el sector energético 4. Las Reglas del Internet y de los nombres Dominio en México 5. El concepto de resiliencia en el proceso de creación de la Constitución de la Ciudad de México V. La Legalidad "Hard/dura" de los Tribunales en la colisión de normas híbridas en la era Trump: ¿Futuro más allá de la catástrofe? VI. Conclusiones VII. Bibliografía

I. EL DERECHO Y SU NATURALEZA DE ACCIÓN SOCIAL O COMUNICACIÓN

La sociedad mundial multidimensional y diferenciada funcionalmente como aduce Luhmann, está regida por el subsistema social del Derecho en cuya elaboración y transformación participan como innovaciones estructurales modernas, infinidad de actores nacionales, internacionales, globales, privados y públicos, contextualizados dentro del entorno de la sociedad actual.

En algunas ocasiones, el trabajo normativo de actores públicos -Parlamentos estatales y entes administrativos pertenecientes al Ejecutivo-, visible en las políticas y programas de desregulación, así como en la emisión de sobre-regulación de baja calidad que consta en lineamientos, Criterios y metodologías de medición, provoca una infinidad de colisiones normativas dentro de un solo ordenamiento jurídico.

Imaginemos los resultados normativos que produce la sola interacción de estas normas estatales con las reglas producidas por los actores internacionales e incluso globales, de naturaleza privada, quienes, con su participación activa, conducen a la constante transformación del Derecho.

Y con ello, reflejan la instrumentalización que de él hace la sociedad mundial, como *un mecanismo regulador de la adaptación de esa sociedad a su entorno*. Pero, ¿cómo se observa esta instrumentalización? A través de la acción social humana que integra a la sociedad.

Es decir, a través de la acción comunicativa producida por los demás subsistemas sociales como el económico, el jurídico y el político entre otros, quienes a través de sus códigos -económico/no económico, legal/no legal, político/no político, etc-, materializan sus *expectativas normativas* en normas que se interrelacionan siendo interdependientes a través de normas jurídicas de naturaleza híbrida, tal y como lo pretendemos demostrar.

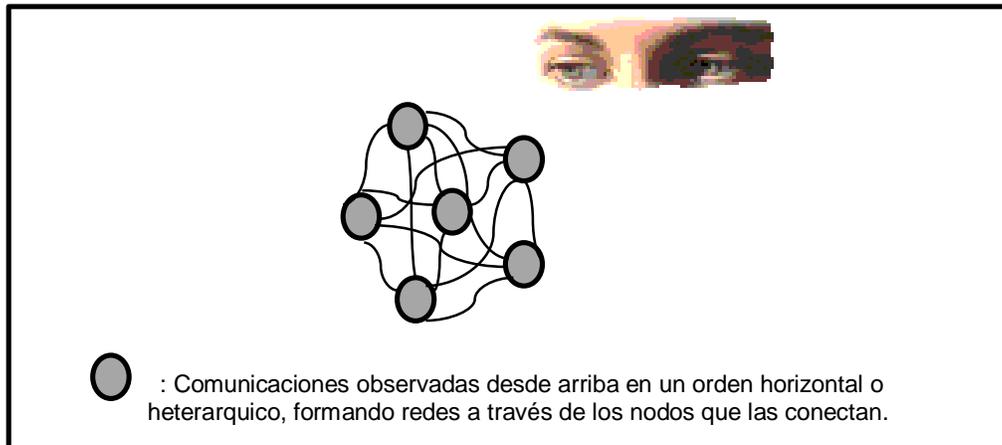
Si bien es cierto, que la función del Derecho como estabilizador de las expectativas de la norma -en su especie de *comunicación*⁴⁹¹-, conduce a su propia evolución, también lo es que, en virtud de dicha evolución, está sujeto al dinamismo de su *autopoiesis* y de los *acoplamientos estructurales* que lo mantienen adaptado en su naturaleza de *sistema legal* con y dentro del entorno de la sociedad mundial.

Atestiguar este hecho, sólo puede hacerse si concebimos al Derecho como una observación de segundo orden sociológica y externa, esto es, como un sistema social integrado de comunicaciones dentro de un ámbito global, en el que se determina *heterárquicamente en forma colateral y estructura las inmediaciones en forma de redes*⁴⁹² o nodos que se conectan. [CUADRO 4]

⁴⁹¹ Pues a través de la comunicación como operación social provista de la capacidad de autoobservarse se origina el sistema social a través del desarrollo de constantes operaciones (comunicaciones). Es decir, al observar se efectúa una diferencia, pues al momento en que se observa "un objeto o sujeto" se usa la diferencia para designar un lado que es el que se expresa o comunica y no el otro de aquello que se observa. *Cfr.*, Luhmann, *op. cit.*, nota 36, p.17

⁴⁹² Luhmann, *op. cit.*, nota 14, pp. 201-202.

CUADRO 4
DERECHO = COMUNICACIÓN HETERÁRQUICA



Lo anterior, por tanto nos conduce a afirmar que el Derecho es un *acto de comunicación o acción social* -como lo expone Ferrari-, *que se expresa en mensajes que se dirigen de una o varias fuentes* -comunicaciones sociales provenientes de subsistemas económicos, políticos, científicos, tecnológicos, etc.- *hacia uno o varios destinatarios, pasando a través de uno o más filtros que se interponen en el espacio físico o virtual que separa a las fuentes de los destinatarios y que reciben, interpretan y retransmiten el mensaje*⁴⁹³.

De lo que cual, podemos colegir recurriendo nuevamente a Ferrari que *al poseer hoy en día el Derecho una fuerte potencialidad persuasiva, así como una capacidad para orientar opciones, expectativas, comportamientos y opiniones, con fuertes efectos legitimadores en el orden social y el ejercicio del Poder, estamos ante procesos comunicativos complejos en los que quienes participan lo hacen en la medida en que comparten los códigos que permiten interpretar y dar sentido a los mensajes y en los que tienen un peso cada vez mayor los medios de comunicación, que modulan o deforman, en función de sus propios intereses, las informaciones, el lenguaje y los símbolos vinculados al Derecho*⁴⁹⁴.

Lo cual, nos conduce a la misma conclusión a la que arriba Ferrari, quien afirma que, si el medio de la *acción social es comunicativo, el Derecho, por lo tanto,*

⁴⁹³ Fix, *op. cit.*, nota 15, p. 226.

⁴⁹⁴ *Ídem.*

*más que un instrumento represivo y coactivo, un instrumento o estrategia persuasiva, respaldado socialmente*⁴⁹⁵.

Por lo que habremos de observar al Derecho en esta investigación, *poniendo menor énfasis en la sanción, mayor énfasis en la persuasión, menor atención al aparato coactivo y mayor atención al discurso, así como a sus efectos en las expectativas de los actores sociales*⁴⁹⁶, tal y como el Doctor Héctor Fix Fierro afirma.

Pues se ha demostrado que cuando el Derecho es utilizado como *mecanismo coercitivo para forzar el cambio social de poblaciones reacias a él, más allá de provocarse conductas quebrantadoras del Derecho, se produce una animadversión hacia el Derecho que socava la eficacia a largo plazo del Derecho mismo*⁴⁹⁷.

La realidad global del mundo en la actualidad, ha cuestionado el modo en que se conciben las funciones del Derecho en la sociedad mundial moderna⁴⁹⁸, en cuyo seno las estructuras normativas que surgen, hacen visible con mayor precisión la existencia de un Derecho viviente global –*living law*, así denominado por Eugen Ehrlich a principios del siglo XX-, *un Derecho emergente (Selznick), un Derecho intuitivo (Petrazycki), un Derecho implícito (Fuller) o un Derecho Dúctil (Zagrebel'sky)*.

Es decir un Derecho que rige la vida misma, a pesar de no estar contenido en alguna norma legal, que trasciende territorios, fronteras y soberanías⁴⁹⁹, y reducen el papel del Poder y la coacción⁵⁰⁰. Un Derecho, producto del *Pluralismo político y social interno, de la formación de centros de Poder alternativos y*

⁴⁹⁵ Ferrari, *op. cit.*, nota 18, p. XIV.

⁴⁹⁶ Fix, *op. cit.*, nota 15, p. 224.

⁴⁹⁷ Tamanaha, Brian Z., "The Rule of Law and Legal Pluralism Development", en Tamanaha, Brian, Sage, Caroline and Woolcock Michael (Eds), *Legal Pluralism and Development*, United States, Cambridge University Press, p. 48.

⁴⁹⁸ Fix, *op. cit.*, nota 15, p. 205.

⁴⁹⁹ A esta definición llegó el propio Ehrlich, como resultado de la observación que hizo como profesor de Derecho Romano en la ciudad de Czernowitz de las reglas de conducta y normas sociales que eran obedecidas y reconocidas como obligatorias por los diferentes grupos que convivían –entre los que destacaban armenios, alemanes, judíos, romanos, rusos, eslovacos, húngaros y gitanos– en un área llamada Bukowina, a las afueras del Imperio Astro-Húngaro, en lugar de las normas oficiales del derecho Austriaco. *Cfr.*, Hertogh, Marc "What is non-state law? Mapping the other hemisphere of the legal world", en Van Schooten, Hanneke y Verschuuren Jonathan (eds.), *International Governance and Law: State Regulation and Non-state Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2008, pp. 3-15.

⁵⁰⁰ Fix, *op. cit.*, nota 15, p. 205.

*concurrentes con el Estado, que operan en el campo político, económico, cultural y religioso*⁵⁰¹.

El propio Eugen Ehrlich, sostenía que el Derecho como *fenómeno social debía ser observado como un hecho social, que nace y vive en los grupos sociales -subsistemas-, cada uno de los cuales observa reglas absolutamente diversas en las relaciones jurídicas de la vida diaria, antes de que el Estado intervenga -eventualmente- para reconocerlo y hacerlo propio*⁵⁰².

A este Derecho viviente, en la última década se le ha llamado *Derecho Global*. Un Derecho compuesto de *comunicaciones sociales, realizadas por todos los entes psíquicos participantes en la sociedad*, como son las organizaciones, los gobiernos o las personas que poseen una potestad así reconocida por los subsistemas políticos, sociales, económicos y jurídicos, en una *selva normativa*, así denominada por Ferrari, en la que *operan simultáneamente varias fuentes por momentos integrables entre sí y por momentos en contradicción*⁵⁰³.

Por ello, habremos de analizar la concepción del *Derecho Global*, desde la teoría de sistemas, como *una acción social -comunicación- encaminada a lograr determinados efectos*⁵⁰⁴, *desarrollada a través del intercambio de comunicaciones -mensajes comunicativos- cuya comprensión depende de la adopción de los códigos comunes por parte de los actores del sistema social*⁵⁰⁵, de evolución constante y fragmentada en órdenes jurídicos nacionales multiculturales -diferenciados funcionalmente-, cuyas interacciones internas y externas confirman la existencia tangible de un *Sistema Jurídico Global híbrido, que se fragmenta en un Pluralismo Jurídico, representado en los ordenamientos jurídicos nacionales*⁵⁰⁶.

Para lo cual debemos entender a la *comunicación* como *aquella unidad sintética compuesta de 4 elementos o etapas*, según Luhmann⁵⁰⁷: [CUADRO 5]

1. La selección de la información

⁵⁰¹ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, 7ª edición, España, Editorial Trotta, 2007, p. 11.

⁵⁰² Ferrari, *op. cit.*, nota 18, pp. 71-72.

⁵⁰³ *Ibidem*, p. 75.

⁵⁰⁴ *Ibidem*, p. XIV.

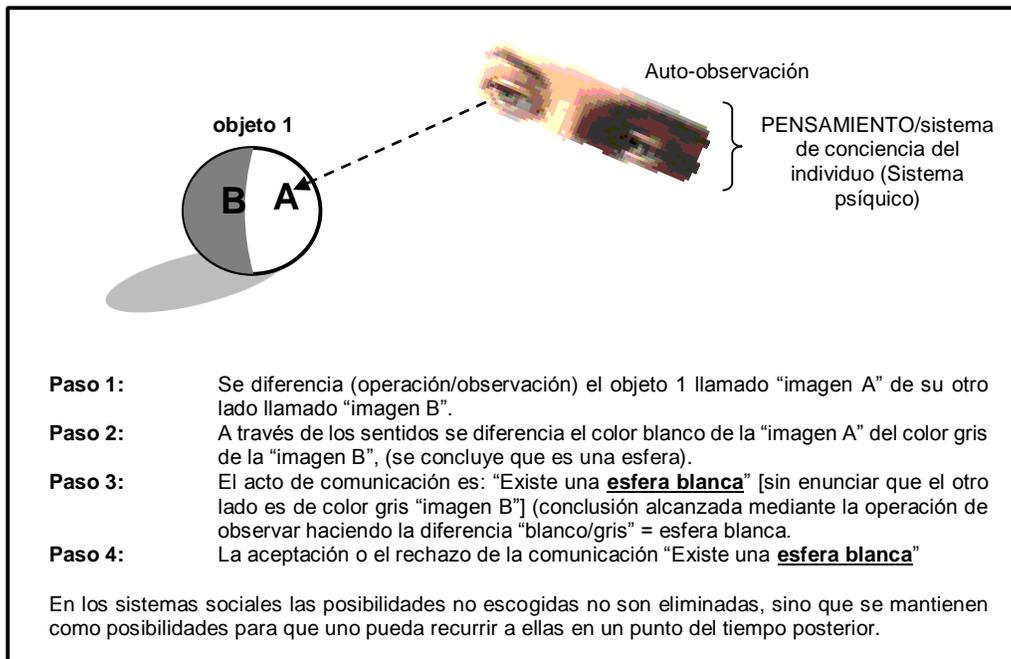
⁵⁰⁵ *Ibidem*, p. 8.

⁵⁰⁶ Fix, *op. cit.*, nota 15, p. 201.

⁵⁰⁷ Luhmann, *op. cit.*, nota 36, p. 306.

2. La selección del acto de comunicar
3. La selección que se realiza en el acto de entender (o no entender)
4. La aceptación o el rechazo de una comunicación, que en caso de pertenecer a la próxima comunicación asegura la unidad secuencial de un sistema de comunicación⁵⁰⁸.

CUADRO 5 ACTO DE COMUNICACIÓN



Pues a través de la *comunicación* como *operación social provista de la capacidad de autoobservarse...*⁵⁰⁹, se desarrollan constantes operaciones comunicativas u operaciones que dan origen al sistema social -sociedad- y por tanto al subsistema que es el Derecho.

Aunado a lo anterior, habremos también de considerar las consecuencias que el revolucionario avance de las comunicaciones del mundo actual, han

⁵⁰⁸ Stichweh, *op. cit.*, nota 40.

⁵⁰⁹ Para ello, habrá que partir del hecho de que cuando se observa, se efectúa una diferencia, pues al momento en que se observa "un objeto o sujeto" se usa la diferencia para designar un lado que es el que se expresa o comunica y no el otro de aquello que se observa. *Cfr.*, Luhmann, *op. cit.*, nota 36, p.17

ocasionado en las características propias de las normas jurídica al observarlas en los últimos veinte años cada vez más *efímeras, contingentes y ocasionales*⁵¹⁰.

Asimismo, habremos de recurrir a la *Teoría la legalidad interinstitucional* desarrollada por Michael Giudice y Keith Culver⁵¹¹. Teoría que describe la manera en que interactúan las comunicaciones o normas de los sistemas jurídicos estatales y privados, a través de *normas híbridas, normas privadas autónomas y en normas transnacionales*⁵¹², denominadas *normas no estatales o non-state law* en su acepción inglesa.

De igual modo, abordaremos dicha interacción, a través del proceso de implementación y obligatoriedad que les es otorgado a esas normas por los actores gubernamentales, nacionales e internacionales, de la mano de la Teoría Evolutiva y de Sistemas que exponen Teubner, Peer Zumbansen y Galf-Peter Callies entre otros.

II. LAS NORMAS SOCIALES Y EL SISTEMA JURÍDICO HÍBRIDO GLOBAL AUTOPOIÉTICO

El Derecho concebido como sistema social compuesto de comunicaciones, es visto entonces como un *proceso comunicativo dirigido a incluir en su naturaleza, mayores elementos persuasivos, culturales, estratégicos, alternativos*⁵¹³, para ordenar la *legalidad de objetos que reclaman validez*⁵¹⁴ como son la libertad contractual de privados y del Estado mismo, la flexibilidad persuasiva contractual del comercio electrónico y los nombres dominio, la fijación de normatividad suave o soft a través de estándares normativos y de las reglas de administración o gobernanza no obligatoria, entre otros.

⁵¹⁰ Ferrari, *op. cit.*, nota 18, p. 7.

⁵¹¹ Teoría que toma como punto de partida la explicación de las nuevas instituciones y las relaciones entre diversos grupos de instituciones que merecen ser considerados como legales, a través de cuatro tipos de legalidad a considerar como son: *legalidad intra-estatal, legalidad trans-estatal, legalidad supra-estatal y legalidad superestatal*. Cfr. Culver, Keith and Giudice, Michael, "Legal system, legality, and the state: an inter-institutional account", *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 2, 2008, pp. 88-97.

⁵¹² Gessner, *op. cit.*, nota 7, p. 96.

⁵¹³ Fix, *op. cit.*, nota 15, p. 226.

⁵¹⁴ Luhmann, Niklas, "The Unity of the Legal System", en Teubner, Günther (Ed.), *Autopoietic Law: A new Approach to Law and Society*, Bremen, Walter de Gruyter and Co. Berlin, 1988, p. 12.

Es decir, el Derecho observado como esa una unidad legal intransferible, derivada de su autoreferencialidad (*referencia a sí mismo en todas sus operaciones y procesos para reconocer su propia identidad = circularidad básica*)⁵¹⁵ es esa que se origina de su autopoiesis, permite visualizar totalmente al Derecho como una *comunicación*. Pues a través de ella, el Derecho se materializa, al producir y reproducir sus operaciones (comunicaciones) como elementos de producción y como consecuencias de las estructuras. Es decir, a través de la autopoiesis se refleja el dinamismo del Derecho, porque cada operación autopoietica transforma al sistema jurídico mismo.⁵¹⁶

Pero el concepto de Derecho aportado por Luhmann también alude a conceptos básicos en su definición como son la autorreferencialidad, el código binario o bivalente, la clausura operativa, la positividad, la validez y su función, que deben abordarse a fin de alcanzar una definición de Derecho Global autopoietico, dinámico y evolutivo.

1. *La Normas sociales autónomas de la Sociedad Mundial*

Las normas sociales pertenecen a órdenes normativos que gozan de un grado de autonomía, que pretenden ser reconocidos como Derecho.

En primer lugar, son reglas autoelaboradas -*comunicaciones económicas, comunicaciones empresariales*, por citar algunos ejemplos- originadas en el seno del *Contrato, la organización formal y la estandarización*⁵¹⁷, los nuevos sujetos altamente especializados en la elaboración normativa actual.

Estas reglas, además son percibidas como *reglas eficientes desarrolladas en razón de lograr una mayor eficiencia y reducción de costos que las comunicaciones legales o normas jurídicas representan*⁵¹⁸, cuyo uso prolifera como herramientas legales va en aumento⁵¹⁹.

⁵¹⁵ Teubner, Günther, "Evolution of Autopoietic Law", en Teubner, Günther (Ed.), *Autopoietic Law: A new Approach to Law and Society*, Bremen, Walter de Gruyter and Co. Berlin, 1988, p. 219.

⁵¹⁶ Luhmann, *op. cit.*, nota 14, pp. 89- 105.

⁵¹⁷ Teubner, Günther, *Exogenous self-binding: How social systems externalise their foundational paradoxes in the process of constitutionalization*, disponible en <https://www.jura.uni-frankfurt.de/53617844/ExogeneSelbstbindungENGend.pdf>

⁵¹⁸ Calliess, *op. cit.*, nota 486, pp.249-251.

⁵¹⁹ *Ibidem*, pp.109-111.

El propio Volkmar Gessner apunta que estas *normas sociales autónomas* pueden pertenecer a dos tipos de ordenes normativos. *Las primeras se clasifican en los ordenes normativos institucionalizados, y son normas que tratan de regular sectores de la sociedad actual tales como las transacciones en internet, las normas que rigen al deporte mundial a través del Comité Olímpico Internacional*⁵²⁰, las normas sobre construcción, ingeniería y arquitectura a nivel europeo, las normas sobre las sustancias utilizadas en el desarrollo de la nanotecnología en Reino Unido auspiciadas por los órganos ingleses encargados.

El segundo tipo de normas autónomas, son las pertenecientes a ordenes normativos no institucionalizados, como son los reglamentos internos y planes sociales de las empresas multinacionales, promovidos por el derecho estatal. Comunicaciones jurídicas privadas que muchas veces colisionan con las del derecho estatal. Caso actual es el outsourcing a nivel global y nacional.

Este tipo de normas, recibe muchas veces el nombre de reglas suaves o soft, la cual, está incrementándose su presencia a través de la gobernanza regional y la global.

Resultando de este incremento, la apertura en la participación en los procesos de regulación global y estatal a diversos actores, *compartiendo con el poder legislativo nacional la facultad de creación normativa con organizaciones internacionales, empresas multinacionales y representantes de la sociedad civil*⁵²¹.

De acuerdo con Volkmar Gessner estas normas híbridas *se sitúan entre el orden jurídico estatal abarcando el internacional y el derecho no estatal autónomo, aunado a que su nivel de interacción es tanto el nivel nacional, el internacional y el transnacional*⁵²². Asimismo, se conciben como *ordenes normativos reguladores por encima de las fronteras estatales que no surgen mediante acto de autoridad, y que funcionan como normas de derecho público*⁵²³.

⁵²⁰ Gessner, *op cit.*, nota 7, pp. 102-109

⁵²¹ Mörth, Ulrika, "Soft regulation and Global democracy", en Djelic, Marie-Laure y Shlin-Andersson, Kerstin, *Transnational Governance: Institutional Dynamics of Regulation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 120

⁵²² Gessner, *op cit.*, nota 7, p. 99

⁵²³ *Idem.*

Tal es el caso de las normas técnicas, los códigos de conducta, las normas de certificación o normalización internacional (ISO), las formas de regulación mediante mandatos y prohibiciones de autoridad, las formas cooperativas de negociación, acuerdos y autoobligaciones ambientales, las declaraciones de compromiso emitidas entre representantes de los poderes Ejecutivos de los estados-nación, en la que se autoobligan al cumplimiento de los objetivos y políticas públicas entre ellos, las cuales son publicadas a través de un Boletín de prensa conjunto con motivo de la reunión celebrada.

El *soft law* denominado como *derecho blando*, *derecho flexible* o *pre-derecho*, fue introducido en el ámbito jurídico a través del Derecho Internacional por Lord McNair.⁵²⁴ En un principio el objetivo del *soft law* era la descripción de enunciados formulados como principios abstractos que posteriormente se volvían operativos a través de su aplicación judicial.

Actualmente los instrumentos que lo constituyen *reflejan la tendencia actual de la comunidad internacional* integrada por los actores no estatales señalados durante esta investigación, *en pro de una interrelación, interdependencia y globalización...*, con el propósito de promover acciones en materias de interés general y novedosas entre la comunidad internacional, en los que se dificulta llegar a un acuerdo obligatorio entre los Estados (*hard law*).⁵²⁵

Al radicar su eficacia en la buena fe de quien cumple tales disposiciones, el *soft law* se perfiló como base de futuros tratados viables, con efectos jurídicos según el grado de compromiso, precisión de las cláusulas y la delegación de facultades a organismos internacionales para su supervisión.

Finalmente pretendemos demostrar en el desarrollo del presente estudio que el *soft law*, es una herramienta por medio de la cual, la sociedad mundial trata de ordenar las relaciones entre los agentes (personas físicas o jurídicas), en una amplia variedad de ámbitos territoriales como son el internacional, el transnacional, el regional, el inter-comunal, el estatal, el sub-estatal local y el nivel local no-estatal, y

⁵²⁴ Cfr., Del Toro Huerta, Mauricio Iván, "El fenómeno del Soft Law y las Nuevas Perspectivas del Derecho Internacional", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, 2006, vol. 6., pp. 518-520.

⁵²⁵ *Ibidem*, p. 538.

ámbitos espaciales públicos y privados. Niveles espaciales que coexisten, se traslapan e interaccionan recíprocamente de manera compleja⁵²⁶.

A. Orígenes del *soft law*

En sus orígenes el *soft law*, fue un concepto del Derecho convencional que ha ido acrecentando su relevancia en la gobernanza multilateral mundial como sucedió en la reciente aparición de un nuevo e importante sistema normativo no obligatorio en la Unión Europea, a través del Método de Coordinación Abierto (OMC por sus siglas en inglés Open Method of Co-ordination),⁵²⁷ que provee sanciones no formales para los estados miembros, sin seguir directrices y que ha sido denominado como un tipo o clase de *soft law*, concebido en la Estrategia Europea de Empleo,⁵²⁸ cuya aplicación fue el despegue para que se utilizara en otras áreas como la inclusión social y de pensiones.

La utilización de esta nueva clase de sistema normativo, parte del método clásico comunitario en la aprobación de las propuestas de Directivas, las cuales inicialmente eran formuladas por los tecnócratas en la Comisión Europea y aprobadas por el Consejo Europeo con una participación del Parlamento Europeo.

Pues hoy en día algunas Directivas han sido concebidas mediante una vía neo-corporativa denominada “Dialogo Social”, en la que se permite la participación de organizaciones representantes de las fuerzas laborales y empresariales a nivel comunitario en la preparación de tales Directivas para su aprobación en el Consejo.

Ahora bien, una vez incorporadas las reglas uniformes previstas en las Directivas dentro de la legislación nacional de cada Estado, creando, aunque sea en teoría un área de derecho relativamente armonizada dentro de la Unión Europea surgen algunos problemas.

⁵²⁶ Twining, *op cit.*, nota 174, p. 122.

⁵²⁷ También denominado “gobierno suave”. *Cfr.*, Trubek David M, et al., “Hard and Soft Law in the Constructor of Social Europe: the Role of the Open Method of Co-ordination”, *European Law Journal*, vol. 11, núm.3, Mayo de 2005, p. 343.

⁵²⁸ Estrategia concebida en 1990 cuando la preocupación sobre el desempleo era grande y la Unión Europea se preparaba para el lanzamiento de su moneda Única, el Euro, por lo cual se decidió en el seno de sus Instituciones europeizar la política de empleo que con anterioridad había sido una política de exclusiva competencia nacional. *Ibíd*em p. 348

Tal problemática es atribuible a la incidencia de las normas armonizantes en áreas de exclusiva competencia para cada nación y a la creación de nuevas normas en áreas desconocidas y de difícil solución para los expertos.

De ahí que, para solucionar esos obstáculos, la Unión Europea, considerando el engorroso y dilatado procedimiento de aprobación de las Directivas y aún más el de corrección, buscó establecer metas comunes y no insistir en medidas uniformes, para ser cumplidas por cada estado miembro y así asegurar una fácil y rápida revisión de las normas y objetivos trabados,⁵²⁹ mediante la utilización del Método de Coordinación Abierto, caracterizado principalmente por:

- “Definiciones conjuntas entre los estados miembros de los objetivos iniciales (generales y específicos), indicadores y en algunos casos directrices o pautas a seguir.
- Reportes nacionales o planes de acción que calificaban el desempeño a la luz de los objetivos y tiempos, proponiendo reformas acordes.
- Revisión meticulosa de estos planes, incluyendo críticas mutuas e intercambio de buenas prácticas, seguida de recomendaciones en algunos casos.
- Reelaboración de planes individuales y por lo menos en cortos periodos de tiempo, ampliando los objetivos y metas a la luz de la experiencia ganada en su propia implementación”.⁵³⁰

Pero la calificación de *soft law* en la Unión Europea, no sólo se atribuye a Estrategias Europeas, sino también a instrumentos comunitarios denominados: recomendaciones, noticias, resoluciones, conclusiones, pautas o directrices, declaraciones, programas, códigos de prácticas, a los cuales no se les atribuye la característica de obligatoriedad ni efectos legales, pero si el establecimiento de objetivos en las políticas sobre áreas diversas del Derecho Comunitario.

La adopción y aplicación de tales instrumentos en el plano europeo, ha sido considerada por su contribución al suministro de directrices en la aplicación eficaz

⁵²⁹ *Ibidem*, p. 347.

⁵³⁰ *Ibidem*, p. 348.

del TCE, al ser auxiliar en la eliminación de los obstáculos al mercado interno, además de señalar los problemas legales potenciales y las posibles soluciones para así evitar conflictos normativos o controversias judiciales y ser una vía que fomente el desarrollo de nuevas y futuras reglas fiscales.

Las normas del *soft law* no sólo son producidas al amparo de la Unión Europea, sino que también son creadas por organizaciones no gubernamentales diversas y dirigidas por otras más.

B. Definición y funciones

A pesar de que el término *soft law* fue desarrollado en el contexto de la Doctrina Legal Internacional, fue descubierto por el Derecho Comunitario a principios de la década de los ochentas, su utilización en la gobernanza jurídica europeísta inició como un instrumento con particular significado y *status legal*.

Si bien es cierto, el vocablo *soft law* es un concepto amplio, definirlo resulta una tarea difícil ya que las propuestas por algunos autores son vagas o muy elaboradas y complejas. Sin embargo, Linda Senden⁵³¹ señala que una efectiva definición del *soft law* debe contener tres elementos:

1. Referirse a reglas de conducta u obligaciones.
2. La existencia de un acuerdo sobre el hecho de que tales reglas serán establecidas en instrumentos que no tienen obligatoriedad ni efectos de fuerza jurídica (coercibilidad).
3. Que dichas reglas tengan como objetivo algunos efectos prácticos o influencias en la conducta; efectos que dependerán de otros factores.

Elementos que conducen a Senden⁵³² a definir al *soft law* como:

Reglas de conducta que son establecidas en instrumentos que no han sido dotados de fuerza legalmente obligatoria como tal, pero que sin embargo podrían tener efectos de certeza legal indirecta, y estar dirigidos a producir efectos prácticos.

⁵³¹ Senden, *op. cit.*, nota 19, p. 112.

⁵³² *Idem*.

Es menester considerar que esas reglas de conducta que constituyen el soft law, cumplen tres funciones principales⁵³³ a saber:

1. **Función de pre-legal:** la cual puede ser entendida en dos diversas formas:
 - a. Puede ser considerada para referirse al hecho de que un instrumento particular es adoptado con vista a la elaboración y preparación de futura legislación obligatoria o hard law.
 - b. Puede entenderse en el sentido de que los actos de soft law preparen el camino a la adopción de legislación en un futuro, al facilitar la subsecuente adopción de legislación al proporcionar o incrementar las bases sobre las cuales se cimentaran las normas de tales ordenamientos legales.
2. **Función pos-legal:** aplicada a los instrumentos que son adoptados subsecuentemente para existir en el Derecho obligatorio con miras a ser suplementos y soporte del Derecho constitucional estatal de cada estado.
3. **Función para-legal:** Referida a su uso como una alternativa a la Legislación, pues en ocasiones el soft law está dirigido solo para servir como una alternativa temporal o en ocasiones permanente a la legislación y en algún momento ser reemplazada por la legislación de la que puede ser su conducto previo.

C. Características y clasificación

El soft law se caracteriza según David Trubek⁵³⁴ por implicar en su implementación:

⁵³³ *Ibidem*, pp. 119-120.

⁵³⁴ David Trubek, jurista estadounidense quien a finales de los 60's y principios de los 70's impartía cátedra en la Facultad de Derecho de Yale, y fue despedido junto con otros 6 profesores: Duncan Kennedy, Richard Abel, Lee Albert, John Griffiths, Robert Hudec y Larry Simon, conocidos posteriormente como la mafia Radical de la Facultad de Derecho de Yale en el exilio, en razón de que su expulsión fue vista como una purga de disidentes políticos e intelectuales, pues al mostrar desinterés en lo jurídico e interés en la sociología cuestiones de ideología y Derecho, enfocadas de forma compatible con la tendencia progresista el ala izquierda del Law & Society Movement, contrariaron el *establishment* del realismo jurídico vigente en la Universidad, al escribir críticas que confrontaban el realismo jurídico con la teoría social clásica en la enseñanza e investigación tradicional dominante en las facultades de Derecho, abriéndose así un diálogo crítico sobre presupuestos tocantes al paradigma del Derecho, engendrándose así los Critical Legal Studies con la celebración de la Conferencia titulada Conference on Critical Legal Studies en Madison (Wisconsin) en mayo de 1977, *Cfr.*, Pérez Lledó, Juan A., *El movimiento Critical Legal Studies*, Madrid, Editorial Tecnos, 1996, pp. 25-ss.

- a) *“Menores costos de contratación”*: En virtud de que la creación de casi cualquier acuerdo abarca costos de negociación o contratación y aprendizaje; y por tanto las normas no obligatorias del soft law disminuyen las confrontaciones de las partes envueltas en la negociación.
- b) *Bajos costos de soberanía*: Los acuerdos legalmente obligatorios implican costos a los estados miembros como diferencias en consecuencias sobre asuntos particulares, la pérdida de autoridad en la toma de decisiones en un asunto del área que les compete y la disminución de su soberanía, por lo que el soft law les permite promover la cooperación en la resolución de los asuntos en conflicto, preservando su soberanía.
- c) *Enfrentamiento y solución a la Diversidad*: Pues el soft law permite a los estados, adoptar sus responsabilidades según sus situaciones particulares, tratando de adecuar las circunstancias divergentes nacionales dentro de un único texto, con la utilización de un lenguaje suave como “medidas apropiadas” o “mejores esfuerzos”. Rompiendo así un punto muerto en negociaciones, en las que las disparidades en riqueza, poder e intereses hacen imposibles la culminación de acuerdos obligatorios.
- d) *Flexibilidad*: La ausencia de rigidez en los instrumentos del soft law permite la renegociación o modificación de los acuerdos en casos de circunstancias de modo y tiempo, ya que se toman en cuenta sistemas legales diversos, mejorándose así la incertidumbre, ya que la flexibilidad es una atribución característica del fenómeno globalizador y el avance tecnológico.
- e) *Simplicidad y velocidad*: El uso del soft law obedece en ocasiones al deseo de evitar promesas formales y visibles de los Estados como la ratificación y demás procedimientos nacionales dilatorios y torpes para la reforma de las normas obligatorias como los Tratados.
- f) *Participación*: El soft law permite la participación e integración de todas las partes interesadas en el proceso de elaboración transnacional del Derecho, permitiéndose con dicha apertura una participación más activa de actores que no son estados como organizaciones no gubernamentales, sindicatos, fundaciones y asociaciones civiles, etc. Fomentándose así la transparencia

y mejoramiento de la agenda establecida, así como la difusión del conocimiento.

- g) *Gradualismo Legal*⁵³⁵: Las normas de soft law pueden representar el primer paso hacia el camino de acuerdos legalmente obligatorios y con efectos jurídicos o Legislación.

El *soft law* se caracteriza además por ser el vehículo idóneo de la regulación transnacional a través de tres modalidades que atienden a los fines para los cuales es elaborada dicha normatividad. La primera de estas modalidades es la dirigida al establecimiento de reglas, la siguiente tiene la intención de monitorear las primeras y la última modalidad persigue el establecimiento de metas y recomendaciones como agenda a seguirse por los Estados y algunos actores privados corporativos⁵³⁶.

2. El Sistema Jurídico Híbrido Global y sus características

Partiremos afirmando que la única sociedad actual es la *sociedad mundial, horizontal, multidimensional y moderna* dirigida por una gobernanza transnacional-global materializada en lo que Luhmann llama *Derecho Global*, el cual, se fragmenta en una pluralidad de órdenes jurídicos nacionales, compuestos de *normas sociales, normas privadas autónomas, normas transnacionales* e híbridas, -todas, productos finales de los subsistemas de la Economía, la Ciencia, la Tecnología, la Política y el Derecho entre otros.

Más que un Derecho Global, es un cuerpo de normas que no *organiza a la comunidad internacional -integrada por los Estados-nación-*⁵³⁷, más bien en términos de la Teoría de Sistemas, es un sistema unitario, cerrado del sistema social mundial, que al mismo tiempo es cognitivamente abierto, y está compuesto de

⁵³⁵ Trubek, David M., et al., “Soft Law, Hard Law and EU Integration”, en De Búrca, Gráine et al., *New Governance and Constitutionalism in Europe and the US*, United Kingdom, Hart Publishing, 2005, pp. 73-74.

⁵³⁶ Jacobsson, Bengt y Shlin-Andersson Kerstin “Dynamics of soft regulations” en Djelic, Marie-Laure y Shlin-Andersson, Kerstin, *Transnational Governance: Institutional Dynamics of Regulation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 251-257.

⁵³⁷ Oeter, Stefan, *The Global Legal Order: An International Lawyers’ Perspective Inspired by Institutionalism*, TranState Working Papers, núm.109, Sfb 597, Bremen, University of Bremen, 2009, p. 13.

comunicaciones sociales reconocidas como actos vinculantes jurídicamente (*normas [hard-law y soft-law]*).

El cual, Teubner define como un *Derecho viviente, un novel cuerpo de normas que surgen de varios procesos de globalización en múltiples sectores de la sociedad civil localizados en las periferias sociales –no surge de los centros políticos gubernamentales de los estados nación–, independientemente de las leyes de los Estados-nación.*

*Este Derecho carente de soporte institucional y político a nivel global, se alimenta de la autoreproducción en curso de redes globales altamente especializadas y técnicas, algunas veces formalmente organizadas de naturaleza económica, cultural, académica o tecnológica*⁵³⁸.

Por lo que, el marco organizacional de este Derecho es *una matriz de redes transgubernamental o gobernanza global y transnacionales enlazadas a las burocracias y agencias especializadas técnicamente, así como a los actores de la sociedad civil y el sector de negocios privado a través de todo el mundo*⁵³⁹, que finalmente producen para solucionar sus colisiones *normas sociales híbridas*, que son trasplantadas a los ordenamientos jurídicos nacionales.

De modo tal que, esta clase de *Sistema Jurídico o Global* basa su origen en la consistencia normativa, esto es, en la derivación de los modos de conexión entre las operaciones legales a través de redes, las cuales, transfieren normas vinculantes globales hacia los ordenamientos jurídicos estatales agudamente heterogéneos⁵⁴⁰.

Las características esenciales del sistema legal global además de ser de naturaleza fragmentada en múltiples redes y regímenes altamente especializados, son según Teubner⁵⁴¹:

⁵³⁸ Teubner, Günther, *Global Law Without a State (Studies in Modern Law and Policy)*, Aldershot, Dartmouth, 1997, pp. 4-7

⁵³⁹ Oeter, op., cit., nota 537, p. 26.

⁵⁴⁰ Teubner, Günther and Fischer-Lescano, Andreas, "Regime-Collisions: The vain search for legal unity in the fragmentation of global law", *Michigan Journal of International Law*, Estados Unidos, Summer 2004, Vol. 25, p. 1007.

⁵⁴¹ Teubner, op., cit., nota 538, p. 8.

1. La *invisibilidad* de fronteras territoriales en las que interactúan las *normas sociales o comunicaciones sociales*, producidas por las *organizaciones formales -eigenstructures o innovaciones estructurales-* que representan las universidades, los mercados financieros y económicos, el sector industrial, las comunidades profesionales, el contrato y la gobernanza, que trascienden esas fronteras geográficas y centro de Poder de los Estados-nación, presionando al unísono el surgimiento de un nuevo Derecho conflictual sobre las bases inter-sistémicas de la realidad social.
2. El *policentrismo* en su elaboración, ya que las *comunicaciones sociales* que componen este Sistema Jurídico nacen de un proceso de auto-organización de enlace estructural entre el Derecho y los procesos sociales globalizados de naturaleza técnica y especializada que representan cada uno de los subsistemas transnacionales sociales de las finanzas, la ciencia, la economía y la tecnología. Por lo que, el origen de las normas jurídicas globales ya no se atribuye al centro que ejemplifica el Estado-nación. Por lo que, la *policentricidad supone una unidad última de contexto en la que varios centros de acción coexisten*⁵⁴² en una constante interacción.
3. *Independencia* respecto a su dominio por los Estados nacionales, en razón de que seguirá dependiendo de los campos sociales especializados que le dan vida.
4. Su unidad representa la identidad de una colectividad.
5. La *policontextualidad* en que se surge este Derecho, entendiéndose como tal a *la pluralidad de perspectivas mutuamente exclusivas que están constituidas por las operaciones del sistema y que no son compatibles con otras*⁵⁴³.

Otras características que habría que agregar al sistema legal global son la heterarquía que rige las interacciones entre los puntos de enlace con que se enlazan

⁵⁴² Teubner, Günther, "Law in the Collision of Discourses" en Rawlings, Richard (ed.), *Law, Society and Economy*, New York, Oxford University Press, 1997, p. 155.

⁵⁴³ *Idem*.

las comunicaciones sociales legales, económicas, financieras, políticas, tecnológicas y científicas globales estatales y no estatales, en las que se materializa y las redes por medio de las cuales se efectúan tales interacciones, con la finalidad de fragmentarse en normas jurídicas trasplantadas a los ordenamientos jurídicos nacionales.

Este trasplante ocurre a través de la delegación de las funciones legislativas en organizaciones formales nacionales desde la Constitución o leyes secundarias, y de las funciones ejecutivas en actos privados o híbridos (público-privados) quienes adoptan reglamentaciones privadas suaves para el desempeño de las tareas delegadas.

Finalmente, este trasplante obtiene el reconocimiento y validez dentro del ordenamiento jurídico nacional, a través del trabajo que realizan los Tribunales Nacionales, quienes al resolver las colisiones normativas que les son presentadas para resolver, analizan los subsistemas de comunicación en conflicto, es decir las normas jurídicas y sociales colisionantes -económicas, sociales, privadas, públicas, transnacionales- y al emitir su veredicto, otorgan pleno reconocimiento jurídico a las normas sociales o comunicaciones del sistema legal global que tendrán vigencia y validez.

A. *La noción de Sistema Jurídico o Legal*

En aras de tratar de explicar con la mayor precisión posible la existencia de un sistema jurídico híbrido global, debemos recurrir a la connotación misma del vocablo *sistema*⁵⁴⁴ -la cual utilizaremos indistintamente como *Sistema jurídico o Sistema legal*-, la cual según Bobbio⁵⁴⁵, al tratar de definirlo neutralmente lo conceptualiza como:

Aquella...totalidad constituida por sus partes, mismas que se encuentran coordinadas entre sí según un patrón de manera que contribuyen a determinado objeto.

Es decir, un *Sistema* es una totalidad ordenada, un conjunto de entes entre los cuales existe cierto orden, por lo que para hablar de orden se necesita que tales

⁵⁴⁴ Cfr., García, *op. cit.*, nota 378, p. 7.

⁵⁴⁵ Bobbio, *op. cit.*, nota 257, p.177.

entes no estén tan solo en relación con el todo, sino que estén relacionados coherentemente entre sí.

De ahí que la idea de concebir al Derecho como un sistema jurídico, signifique que todos los elementos que componen a dicho sistema se interrelacionan con la finalidad de formar una unidad, la cual supone una estructura determinada para su operatividad.

Es dable acotar que, fue *Kelsen* quien distinguió dentro de los sistemas jurídicos dos clases, uno llamado estático y otro dinámico, definiendo al *Sistema dinámico* como aquél en el que las normas que lo componen se derivan unas de otras a través de una delegación sucesiva de poder, o sea, por medio de la autoridad que las ha creado y no de su contenido, siendo por tanto la vinculación entre las diferentes normas que lo componen de tipo formal. Arribando finalmente a la conclusión de que los ordenamientos jurídicos también son vistos como sistemas dinámicos.

Por su parte, *Alchourrón y Bulygin*, definen al sistema normativo como *un sistema dinámico de normas que no es un conjunto de normas, sino una secuencia de conjuntos en cada momento temporal*, en el cual el conjunto de normas es diferente.

Entendiendo al momento temporal como aquel momento en que se produce un acto que incorpora una norma al sistema o la elimina o ambas cosas a la vez. Por lo que se habla de un mismo sistema por criterios de identificación de las normas que pertenecen al sistema cada momento.

De lo que se colige, que el calificativo de *dinámica*⁵⁴⁶ aplicado al sistema jurídico, se refiera a *su automoción, a la creación, modificación y derogación de sus normas*⁵⁴⁷, implicando con ello que el sistema jurídico se puede encontrar en *constante modificación sin alterar su naturaleza ya que él mismo prevé*

⁵⁴⁶ La dinámica del sistema ha llevado a distinguir entre sistemas momentáneos y continuos, definiendo al sistema jurídico dinámico – momentáneo, al conjunto en un momento dado, de todas las disposiciones jurídicas explícitamente emitidas por los órganos competentes de dicho sistema legal, por el contrario, el sistema jurídico dinámico continuo es aquel que no forma parte del mismo conjunto de disposiciones jurídicas en el mismo momento. *Cfr. García, op. cit.*, nota 378, pp. 21-22.

⁵⁴⁷ *Cfr.*, Huerta, *op. cit.*, nota 260, p. 136.

*procedimientos jurídicos para crear nuevas normas, eliminarlas o modificarlas*⁵⁴⁸, siendo por tanto condición de un sistema jurídico eficaz y duradero.

No obstante, lo anterior, Carla Huerta clarifica este concepto al afirmar que el *Sistema Jurídico refleja la forma en la que el Derecho se organiza, se estructura y regula sus procedimientos de modificación establecidos en las Reglas y Principios así contenidos en las normas jurídicas que determinan su funcionamiento*⁵⁴⁹. Es decir, cuando nos referimos al sistema jurídico aludimos al *contenido, la estructura, la dinámica y al modo en que operan y se relacionan las normas del Derecho*⁵⁵⁰.

En pocas palabras el *sistema jurídico* es una *sucesión infinita de ordenes jurídicos que comprende normas vigentes y normas derogadas*⁵⁵¹, las que en conjunto pertenecen al sistema.

De lo que colegimos que este concepto de sistema jurídico, es el adecuado para referirnos al fenómeno jurídico global y transnacional que observamos a través de la interacción y producción normativa estatal, privada y social de los sistemas del Derecho, de la Economía, la Ciencia, la Tecnología y la Política, y calificarlo como un sistema jurídico híbrido global, que a nivel micro en forma de ordenamientos jurídicos nacionales podría ser denominado como un sistema jurídico híbrido nacional, tal y como en las páginas siguientes intentaremos demostrar.

B. El Ordenamiento Jurídico.

En primer lugar, entre la multiplicidad de términos lingüísticos utilizados dentro del ámbito jurídico en general y más aún en los de tradición romano germánica, para referirse al *ordenamiento jurídico*, destacan los de *orden jurídico, sistema legal, sistema jurídico*; vocablos cuya utilización sinónima se refiere *al conjunto de disposiciones jurídicas que están conectadas entre sí, manteniendo una coherencia lógica en esa conexión o relación*, definición que ha sido conceptualizada por la tradición jurídica del Common Law a través del vocablo inglés *Legal System*, que en esta investigación podría confundirse con la de Sistema Jurídico o Legal.

⁵⁴⁸ *Idem.*

⁵⁴⁹ *Ibidem*, p. 12.

⁵⁵⁰ *Ibidem*, p. 16.

⁵⁵¹ *Ibidem*, pp. 29-30.

La publicación en 1917 de la obra *L'ordinamento giuridico* de Santi Romano, exponente de la Teoría de la Institución⁵⁵², dio inicio a la teorización o estudio del Derecho a partir de su conceptualización como *ordenamiento jurídico*. Observándolo como un conjunto coordinado de normas (sistema); cuyo estudio se auxilia en la Teoría de la norma jurídica, en virtud de que una norma jurídica jamás está sola ni aislada, sino que se encuentra ligada a otras, para formar un sistema normativo.

A su vez Norberto Bobbio definió al ordenamiento jurídico como *aquel conjunto de normas, en cuya construcción concurren varias normas o al menos dos*⁵⁵³.

Así pues, en la tradición romano-germánica de la que deriva la tradición legal mexicana, se ha empleado la palabra *ordenamiento jurídico*, para señalar *aquel conjunto de disposiciones jurídicas en el que no hay contradicciones normativas, toda vez que son consistentes entre unas y otras (coherentes)*, ausencia de contradicciones que no siempre se cumple.

Por su parte Carla Huerta afirma que el *ordenamiento jurídico* puede ser visto como la *nomoestática del Derecho que describe su contenido, especificando el tipo de normatividad, incluyendo los conceptos jurídicos, las instituciones y las normas. Es decir, concibe al Derecho como un tipo de normatividad con características o propiedades comunes a todos los conjuntos normativos de carácter jurídico*⁵⁵⁴.

Por lo que, al diferenciarse un Ordenamiento Jurídico de otro, lo hace por *el conjunto de normas organizado jurídicamente que lo conforman, de las cuales identifican las normas jurídicas aplicables*⁵⁵⁵, como podríamos hacer con el ordenamiento jurídico alemán del ordenamiento jurídico mexicano, por citar un ejemplo.

De manera gráfica Carla Huerta señala que el *ordenamiento jurídico* puede concebirse como *una cadena de normas vertical que inicia con la norma suprema a la cual se subordinan las demás disposiciones secundarias, de conformidad con los*

⁵⁵² Bobbio, *op. cit.*, nota 257, p. 142.

⁵⁵³ *Ibidem*, p. 150.

⁵⁵⁴ Huerta, *op. cit.*, nota 260, p. 12.

⁵⁵⁵ *Ibidem*, pp. 17-29.

*criterios de jerarquía y competencia establecidos*⁵⁵⁶, dentro de las fronteras territoriales del Estado-nación al que pertenece dicho ordenamiento jurídico.

Siendo al mismo tiempo, un auxiliar del sistema jurídico que le *explica su propia transformación material al reflejar la modificación de sus normas, ayudándole al mismo tiempo a reforzar la seguridad jurídica de las mismas, porque identifica las normas vigentes y aplicables en un momento específico. De ahí, al cambiar una norma general de dicho sistema jurídico, origine el surgimiento de otro orden jurídico*⁵⁵⁷, uno nuevo y diverso de aquél al que pertenecía la norma original.

En este sentido, el ordenamiento jurídico mexicano como conjunto de normas coherentes en que se fragmentan las normas híbridas globales provenientes del sistema jurídico híbrido global y fungir como receptor de esa novedosa normatividad, se transforma en un nuevo ordenamiento jurídico nacional híbrido también, porque a través de él se describe el contenido de la normatividad que representa y que es híbrida.

Por lo cual, al representar la cadena de normas vertical que inicia con la norma suprema -Constitución- a la cual se subordinan las demás disposiciones secundarias, en su transformación establece la apertura de su Constitución nacional -Constitución abierta- como norma fundante de dicho ordenamiento a la hibridización del sistema legal global. Transformando la estructura estatal de su Constitución hacia una estructura cultural multidimensional que la concebiría como una *Constitución Abierta*, en los términos que sugiere Peter Haberle.

Al transformar su norma fundante, el ordenamiento jurídico nacional está al mismo tiempo transformando las disposiciones secundarias emanadas de esta norma básica, cuidando en todo momento los criterios de jerarquía y competencia establecidos en dicho ordenamiento y guardando siempre el Principio de Coherencia entre las normas que lo integran.

Hecho que hoy sucede a través del ejercicio del Control de Convencionalidad de los Derechos Humanos que realiza el Poder Judicial Mexicano, en cuanto a la aplicación de las normas internas que aplican en los casos concretos y la

⁵⁵⁶ *Ibidem*, p. 32.

⁵⁵⁷ *Ibidem*, p. 33.

Convención Americana de Derechos Humanos, por cuanto hace no sólo a la aplicación del tratado, sino a la interpretación que de él hace la Corte Interamericana, como última intérprete de la Convención aludida.

3. Los trasplantes Legales, el Pluralismo Jurídico y el Pluralismo Constitucional Global

Alan Watson fue quien introdujo en la literatura jurídica el término de trasplante legal, en la década de 1970, como producto de su observación para referirse al movimiento de una norma o institución jurídica perteneciente a un sistema jurídico a otro sistema jurídico.

Aunque su obra fue objeto de algunas discusiones que confrontaron su observación, Watson continuó afirmando que el neologismo que introdujo simplemente se debía aplicar al préstamo masivo, continuo y tan antiguo en su uso como sucedía en los tiempos de Hammurabi de las reglas, los Principios, las instituciones y hasta las estructuras legales entre los diversos ordenamientos jurídicos.

Lo anterior, en razón de que para él *una sociedad copia las normas, las instituciones y los conceptos jurídicos de otra sociedad cuyo Derecho ha influido profundamente a ésta última, lo cual es trascendente para entender el cambio legal y la relación del Derecho con la sociedad receptora de la regla/concepto/institución trasplantado, así como con los cambios en su naturaleza o su operación*⁵⁵⁸.

Watson concluye que es a través de estos trasplantes legales que los diversos sistemas jurídicos se mantienen relacionados, aun y cuando sus similitudes y diferencias sigan existiendo, en virtud de que estos préstamos legales son clave para la comprensión de patrones y cambios dentro de las diversas sociedades que los comparten.

Con ello, podríamos concluir que los trasplantes legales podrían fungir el papel de nodos a través de los cuales las multidiversas comunicaciones legales, aunque diversas aparentemente, y sustancialmente similares se enlazan en su interacción global dentro de la sociedad mundial moderna.

⁵⁵⁸ Watson, Alan, disponible en <https://www.ejcl.org/44/art44-2.html>

Es decir, *a través de los trasplantes legales se produce un proceso de aculturación, reflexión e integración que contribuye de manera ocasional y puntual a la cultura jurídica mundial en un periodo en el cual ocurre una asimilación paulatina de los elementos importados con las instituciones ya existentes, para lograr una nueva síntesis entre todos ellos*⁵⁵⁹ *en un ordenamiento jurídico nacional específico.*

Ahora bien, la utilización del trasplante legal, abre la ventana hacia el Pluralismo Jurídico, el cual de acuerdo con Boaventura de Sousa Santos, se relaciona con la idea de que más de un sistema jurídico opera en una misma unidad política⁵⁶⁰.

Aunque para otros autores el Pluralismo Jurídico es *intrasistémico e intersistémico*, esto es que sólo hay dos clases de Pluralismo Jurídico o policentricidad jurídica.

La primera clase es la del Pluralismo Jurídico interno, que *surge cuando en un único sistema jurídico se pueden aplicar diferentes reglas a una misma situación, como lo serían usos y costumbres indígenas, étnicas o religiosos y las reglas constitucionales*⁵⁶¹.

La segunda clase de Pluralismo es el externo, en el que *coexiste una pluralidad de diferentes órdenes legales con vínculos entre ellos*⁵⁶². Siendo nuestro objeto de estudio el segundo tipo, en virtud de que el mismo sistema reconoce la existencia de otros o incorpora algunas de sus normas en él.

Lo anterior, en razón de que este tipo de nuevo Pluralismo deriva de la incesante comunicación e interdependencia entre los diferentes órdenes jurídicos tanto estatales con el internacional y el sistema transnacional.

Para Volkmar Gessner el Pluralismo Jurídico surge por la concurrencia entre las normas de derecho estatal y las normas de derecho internacional, las normas de derecho supranacional, las normas de derecho transnacional y las diferencias en cuanto a valores establecidos en las normas relativas a los derechos humanos y al

⁵⁵⁹ Fix, *op. cit.*, nota 15, pp. 234-235.

⁵⁶⁰ De Sousa Santos, Boaventura, *La Globalización del Derecho: Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1998, p. 24

⁵⁶¹ Ariza, *op. cit.*, nota 28, p. 41.

⁵⁶² *Idem.*

medio ambiente⁵⁶³, ya que las normas de conflicto no logran satisfacer los actos jurídicos globales derivados del comercio electrónico, los contratos internacionales, los lineamientos de códigos de conducta corporativos y hasta las certificaciones internacionales transnacionales válidas, produciendo con ello las condiciones propicias para una concurrencia normativa pluralista.

A su vez, Teubner considera que el Pluralismo Jurídico actual o nuevo se refiere a *una pluralidad de racionalidades incompatibles, todas ellas con un reclamo de universalidad dentro de un sistema jurídico moderno*⁵⁶⁴, es decir es *una multiplicidad de procesos comunicativos diversos que observan la acción social bajo el código binario de conforme a derecho / no conforme a Derecho*.

De lo que colegimos que el Derecho es sólo una parte del amplio contexto de normas sociales, en el que las normas legales son producidas fuera y en otros casos son establecidas más allá de la legislación centralizada estatal.

No obstante, lo anterior Teubner va más allá y afirma la existencia de un Pluralismo Constitucional Global/Transnacional, personificado en el Constitucionalismo Social o Societal que rodea a la sociedad mundial moderna actual.

Este Pluralismo Constitucional Global/Transnacional critica la reflexión tradicional constitucional estatal -fijada en términos de fronteras territoriales y por tanto de Legitimación-, afirmando la priorización que empuja la auto-constitucionalización social originada en los diversos centros de la sociedad, es decir en las corporaciones, las finanzas, la economía, las universidades, las fundaciones, los movimientos sociales, los medios de comunicación, la sociedad civil organizada y el internet.

Asimismo, este Pluralismo Constitucional busca el reconocimiento de la constitucionalización de las normas sociales transnacionales híbridas en una sola Constitución que conduzca a un proceso evolutivo político fuera de la figura del Estado-nación, en el exterior de la Política Internacional y en donde tengan cabida

⁵⁶³ Gessner, *op cit.*, nota 7, pp. 98-99.

⁵⁶⁴ Teubner, *op cit.*, nota 542, p. 157.

los sectores globales privados de la sociedad mundial moderna y sus normas⁵⁶⁵. Concepto en el que nuestra propuesta de un sistema jurídico híbrido global encuentra un espacio de representación ideal y que más adelante señalaremos.

4. La autopoiesis, la autorreferencialidad, la clausura operativa, el código bivalente, los Programas y la evolución hacia un Sistema Jurídico Híbrido Global o Constitución Social Transnacional

Si partimos del hecho de que la connotación *unidad* debe ser entendida como *la unidad de los elementos finales de los cuales el sistema se compone y la unidad de los procesos en los que las operaciones de este sistema combinan estos elementos*⁵⁶⁶, entonces tales elementos del sistema legal implican una enorme complejidad en cuanto a su materia base, pero funcionan dentro del sistema como unidades indisolubles en términos del citado sistema legal.

De ahí que el Derecho al establecerse a sí mismo como un sistema unitario social se autodefina como global. Asimismo, la característica de autorreferencialidad atribuida al Derecho, nos conduce a entenderlo como un sistema que se produce a sí mismo como unidad completa.

Es decir, como un sistema autorreferencial que se adapta a sí mismo como mejor sea posible, dando paso a su continua auto-reproducción (*autopoiesis = dinámica*) y clausura operativa, a fin de repetir nuevamente los procesos de auto-reproducción del sistema.

Esta autopoiesis del sistema legal, implica la auto-producción cíclica de sus comunicaciones, pues surge cuando la *comunicación legal* selecciona actos legales de la variedad de actos y comunicaciones sociales, reproduciéndolos cuando aquellas normas legales producen actos legales y viceversa, resultando en un círculo auto-reproductivo de acto-norma-acto legal.

Lo anterior, siempre y cuando previamente aquellas *comunicaciones legales* hayan sido subordinadas al Código binario del derecho *conforme a derecho/no*

⁵⁶⁵ Teubner, Günther, *Societal Constitutionalism: Nine Variations on a Theme by David Sciulli*, disponible en <https://www.jura.uni-frankfurt.de/59903648/Sciulli-VariationenENG-FINAL.pdf>

⁵⁶⁶ Luhmann, *op., cit.*, nota 514, p. 14.

conforme a derecho, el cual a través de sus *Programas* determinó la naturaleza *jurídica* de la comunicación legal.

Esa autopoiesis, por lo tanto, convierte al sistema jurídico en un sistema cerrado o clausurado operativamente al limitar la producción de sus operaciones únicamente a su interior, pero al mismo tiempo también le otorga la posibilidad de evolucionar autónomamente.

La clausura operativa supone para que el sistema jurídico produzca sus comunicaciones u operaciones, su remisión a la red de tales operaciones, a fin de reproducirse a sí mismo.

Por lo que, para que esa remisión a la red sea posible, el sistema debe recurrir al Código binario conforme a derecho/no conforme a derecho o legal/ilegal, el cual podríamos traducir en los Principios establecidos por el Sistema legal; que a su vez excluye por un instante a las *comunicaciones* pertenecientes a otras codificaciones y valores diversos del Derecho, así como a las ubicadas en el entorno, mediante sus *Programas*.

Los *Programas* son los encargados de establecer los criterios para la correcta atribución de los valores que revisten al Código legal mismo. Con ello, podemos concluir que la auto regulación y autocontrol del sistema se desarrolla en el ámbito de los *Programas*, que finalmente son los que dirigen la observación del sistema legal, ya que materialmente consisten en las *Leyes y los Reglamentos jurídicos*.

Es por ello, que los *Programas* son quienes finalmente fijan las condiciones para que las operaciones producidas por el sistema sucedan.

El Código binario es un mecanismo de reconocimiento y un procedimiento de coordinación de la autopoiesis de la sociedad, que se ejecuta desde una observación de segundo orden con la intención de calificar a las comunicaciones jurídicas como conforme a derecho/no conforme a derecho o legal/ilegal, permitiendo al sistema jurídico enlazarse con las comunicaciones producidas y las que habrá que producir dentro de la clausura operativa.

Pues a pesar de que el Derecho opera normativamente clausurado, sigue abierto cognitivamente ya que el sistema jurídico genera las comunicaciones desde la heteroreferencia y las atribuye a diferencias localizadas en el entorno⁵⁶⁷.

Así, si el sistema del Derecho es quien define las premisas de la validez de un acto, norma o institución que produce, al reglamentar sus propias operaciones, estructuras, procesos, límites e identidad de manera autorreferencial entonces se reconoce a sí mismo una autonomía y unidad material.

Por lo tanto, la autopoiesis del Derecho abre la posibilidad de observar la evolución dinámica del Derecho hacia la auto-constitución de *comunicaciones o normas legales* que al interior del sistema legal se componen de normas referidas a otros componentes del sistema legal, precedentes u otras formas de comunicación social originadas no sólo en actos denominados legales y clasificados como *normas jurídicas, sino en normas sociales*.

Este sistema jurídico que calificamos en esta investigación como *híbrido* constituye el espacio en el que *los elementos públicos o privados por mucho tiempo establecidos dentro de la realidad nacional son empleados por los regímenes transnacionales legales, al ser desanclados de su origen nacional y trasplantados en un contexto transnacional, recombiniéndolos con otros mecanismos de gobernanza novedosos*⁵⁶⁸, cuyas comunicaciones sociales se materializan en *normas híbridas, producto de las normas privadas autónomas o normas sociales y las normas públicas nacionales y transnacionales* que actualmente nacen instantáneamente dentro del sistema que representa nuestra sociedad mundial moderna multidimensional y horizontal.

En ese sentido, habremos de observar la evolución dinámica e instantánea que ocurre dentro de este sistema jurídico híbrido, basándonos en la Teoría de la Evolución.

Para lo cual, nos enfocaremos en el cambio que gradualmente ocurre de sus *comunicaciones legales o normas híbridas* dentro de la sociedad mundial, así como también observaremos su coexistencia progresiva (*policontextualidad*) con los

⁵⁶⁷ Luhmann, *op. cit.*, nota 14, pp. 125-141.

⁵⁶⁸ Callies, *op. cit.*, nota 486, p. 113.

otros subsistemas con quienes establece conexiones nodales desde un *policentrismo jurídico transnacional, que funge a su vez como centro generador de normas*.

Lo anterior, lo realizaremos considerando a la gobernanza privada y pública ejercida por un Estado debilitado y por las organizaciones no gubernamentales, transnacionales, internacionales y no gubernamentales que influyen en el desarrollo de este Sistema legal híbrido o Derecho Global y el surgimiento de nuevas *eigenstructures o patrones estructurales legales (normas, instituciones de gobernabilidad y conceptos normativos)*.

Para ello, la Teoría de la Evolución desarrollada por Charles Darwin en su libro *Sobre el origen de las especies*, es la piedra angular para abordar el cambio evolutivo del Derecho a nivel Global, a través del *procedimiento de selección natural*.

Procedimiento de selección, que medularmente consiste en que, a través de él, los miembros individuales de una especie organizan sus vidas para producir descendientes que sobrevivan a los cambios actuales y futuros, por medio de la adaptación que realizan de sí mismos respecto a las circunstancias cambiantes.

Por tal motivo, a fin de analizar de manera detallada el proceso de autopoiesis evolutiva que realiza el Derecho de aquellas *comunicaciones jurídicas que resultan de la interacción y mezcla de las normas estatales con las normas privadas autónomas transnacionales* que están en su entorno y que son enlazadas a través de los acoplamientos estructurales de los que dispone, y que llamamos también llamadas *normas legales híbridas*, recurriremos a los mecanismos con los que cuenta dicho procedimiento de selección, los cuales son la *variación, la selección y la estabilización*⁵⁶⁹.

En este sentido y desde la observación de segundo orden realizada al Sistema Jurídico Global, la *variación* (1º V) se considera como el punto de partida de todo cambio normativo, que contiene los elementos estructurales o autopoieticos del sistema jurídico observado, es decir posee las diversas normas legales para

⁵⁶⁹ Teubner, *op., cit.*, nota 515, p. 228

solucionar problemas idénticos⁵⁷⁰ (*estructuras normativas*), como sería la remisión de las comunicaciones del subsistema legal global al código binario conforme a derecho / no conforme a derecho.

A su vez, el mecanismo de *selección* (2º S) se encargará de diferenciar entre las variaciones más apropiadas de las no apropiadas a través de un examen que les realiza, a fin de obtener las más idóneas con relación al ambiente relevante, en razón de que es una remisión a las estructuras legales o normas temporales de cambio, dentro de la comunicación jurídica.

Finalmente, el mecanismo de *estabilización* (3º E) preserva o estabiliza las variaciones idóneas previamente elegidas por el mecanismo de selección, efectuándose entonces la reproducción autopoiética estructuralmente materializada en la forma evolucionada, que debe ser dada a conocer, aprendida y aplicada en la solución de conflictos normativos jurídicos. Es, por lo tanto, esta forma o estructura evolucionada la que se juridifica como una norma legal híbrida, materializada en una institución nueva de gobernanza o concepto legal sobre el que se origina el Sistema Jurídico Híbrido Global. (CUADRO 6).

⁵⁷⁰ Smits Jan M., *Applied Evolutionary Theory: Explaining Legal Change in Transnational and European Private Law*, disponible en http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol09No04/PDF_Vol_09_No_04_477-490_SI_Evolution_Smits.pdf

de las Constituciones societales reales que están ya institucionalizadas en varias esferas de la sociedad actual.

Esta Constitución unitaria -holística- es un proceso viviente en la que la sociedad mundial como sistema social *asume una identidad, expresada en la forma legal que tomará las siguientes características*⁵⁷¹:

- 1) *Ser emergente y ser concebida como una meta regulación constitucional.*
- 2) *No imponer Principios sustanciales constitucionales, sino que, por el contrario, contenga Reglas Procedimentales para resolver los conflictos entre las Constitucionales societales parciales.*
- 3) *Tenga la facultad de resolver conflictos de manera heterárquica a través de las decisiones que se efectúen en las Constituciones societales parciales que integra y reconoce.*
- 4) *El mecanismo reconocido para el logro de estas decisiones será mediante actos de Cooperación y negociación o mediante Reglas de solución de conflictos, ya probados y desarrollados dentro de las Constitucionales parciales*⁵⁷².
- 5) *Estar desconectada de la figura del Estado-nación para que los regímenes transnacionales -conjunto de principios, normas, reglas y procedimientos de elaboración de nomas alrededor de las expectativas de los actos que convergen en un área-causa dada más allá de las organizaciones formales, contratos y redes*⁵⁷³ - participen como candidatos cuyas normas sociales - Constituciones societales- deben constitucionalizarse por el Derecho⁵⁷⁴.

⁵⁷¹ Teubner, *op. cit.*, nota 565.

⁵⁷² Peter Haberle, también piensa que las reglas que integran una Constitución como la que se está explicando, no deben ser estructuradas de manera rígida e inmutable una situación, sino que la estructura de la situación es producida por la común negociación e interpretación de aquellos que participan de la situación. Por lo que, al estar a favor de una dogmática abierta o flexible, sugiere sujetar a la Constitución a una revisión constante de su contenido, por medio de un proceso amplio de interpretación legitimada en la comunidad plural de la colectividad que participe. *Cfr.*, González Rivas Martínez, Pedro Daniel, "Una aproximación al Iusculturalismo de Peter Häberle", *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, Núm. 27 julio-diciembre, 2012, p. 177.

⁵⁷³ Teubner, Günter, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, trad. Gareth Norbury, United Kingdom, Oxford University Press, 2012, p. 58.

⁵⁷⁴ *Ibidem*, p. 60.

- 6) *Su Poder Constituyente está representado la energía social que le da la legitimidad que proviene de la conciencia individual que se expresa a través de la comunicación social mundial. La cual se denomina como la identidad colectiva, que se ha dispersado en numerosas energías sociales potenciales⁵⁷⁵ y que convergen al representar un ensamble de reglas, procedimientos y mecanismos diseñados para proteger intereses colectivos de la humanidad, basados en la percepción de valores comúnmente compartidos⁵⁷⁶.*
- 7) *Concebir un orden público transnacional que todavía no existe y que no es el foro de un tercero neutral con sus propios criterios y procedimientos, sino que debe consistir en proyecciones dirigidas a regímenes conflictuales desde su propia perspectiva, que establezca una norma nueva sustantiva orientada al mismo tiempo hacia al interés público global⁵⁷⁷.*
- 8) *Debe ser hilo conductor viviente de los sistemas que no son el jurídico, guiándolos hacia un orden que configura y organiza a los órganos del Estado y primordialmente a la comunidad global culturizada a través de las normas híbridas que refleja la unicidad de la comunidad⁵⁷⁸ humana bajo principios de un Cosmopolitismo -Derechos Humanos- vigente que debe ser reconocido como piedra angular por todos los centros normativos que interactúan en la sociedad mundial.*

A. Su Juridificación

El Derecho Global es un sistema social mundial integrado de *comunicaciones sociales*, denominadas *normas legales*, creadas y utilizadas indistintamente por actores –subsistemas sociales– empresariales (privados), públicos, nacionales, internacionales, transnacionales, no-gubernamentales y gubernamentales en su constante interacción mediante conexiones nodales establecidas por las múltiples

⁵⁷⁵ *Ibidem*, p. 63.

⁵⁷⁶ *Ibidem*, p. 67.

⁵⁷⁷ *Ibidem*, pp.157 y 172.

⁵⁷⁸ González, *op. cit.*, nota 572, pp.186-187.

redes horizontales que se originaron debido a la desnacionalización de la autoridad política estatal y la nueva gobernanza global.

Por tal motivo, esas comunicaciones sociales evolucionadas para ser vigentes y aplicables, deben juridificarse (auto-juridificarse) y establecerse como una estructura legal evolucionada válida. Por lo cual, entendiendo a la juridificación como *la materialización progresiva o evolutiva del derecho formal que a su vez introduce disfuncionalidades, cambios en la función, legitimación y estructura en el sistema jurídico*,⁵⁷⁹ suponemos necesaria dicha juridificación de comunicaciones jurídicas.

Pero si consideramos que la juridificación de esas comunicaciones al interior del Derecho Global genera disfuncionalidades y cambios estructurales en el sistema jurídico global, entonces estamos observando la fragmentación que sufre el Derecho Global, al nacer regímenes jurídicos autónomos, otros estatales y otros más transnacionales. Esos regímenes autónomos se caracterizan por estar constituidos por *Principios, normas, reglas y procedimientos de elaboración y toma de decisiones, guías y recomendaciones*⁵⁸⁰.

B. *La fragmentación y la policontextualidad del Sistema Jurídico Híbrido Global en Ordenamientos Jurídicos Nacionales.*

Con la finalidad de entender el momento y el cómo ocurre la fragmentación del Derecho Global en los ordenamientos jurídicos nacionales a través de Legislación como principal instrumento para lograr un cambio deliberado en la sociedad moderna en propias palabras de F. A. Hayek⁵⁸¹, habremos de partir del concepto del Sistema Jurídico, ya acotado en párrafos precedentes.

Tradicionalmente en las relaciones internacionales se ha tratado de entender al *Sistema Jurídico Global*, como el producto de una colectividad unitaria (*ficción jurídica*) de actores que Teubner citando a Sciulli denomina Constitución Global.

⁵⁷⁹ Teubner, Günther, "Juridification: Concepts, Aspects, Limits, Solutions", en Günther Teubner (Ed) *Juridification of Social Spheres: A comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare Law*, Berlin, Walter de Gruyter and Co. Berlin, 1987, pp. 6-13.

⁵⁸⁰ Teubner, *op., cit.*, nota 540, p. 1011.

⁵⁸¹ *Cfr.*, Hayek, F.A., *Law, Legislation and Liberty (A new statement of the liberal Principles of Justice and Political Economy)*, Great Britain, Routledge, 1982, p. 65.

Un sistema jurídico global caracterizado por comunicaciones *derivadas de las interacciones directas entre las sub-unidades de los diferentes gobiernos que no son controladas o cercanamente guiadas por las políticas de los gabinetes o ejecutivos de estos gobiernos*⁵⁸², así como entre estas y los actores privados nacionales e internacionales.

Interacciones que se enlazan y son organizadas por las *redes sectoriales*, dando como resultado la materialización de la fragmentación del sistema jurídico global en la pluralidad jurídica de subsistemas legales, *cada uno de los cuales está tratando de estabilizar un sistema social específico*⁵⁸³.

Esa pluralidad jurídica de subsistemas en la que se fragmenta el derecho global, es también producto del pluralismo político, es una fragmentación legal local que evoluciona y se complementa de la interdependencia e interacción existente entre los diversos sistemas legales y sociales, así como de la interacción de sus redes con el subsistema económico, comercial y financiero (*policontextualidad*), adaptándose, transformándose o simplemente coexistiendo y evolucionando por estar asociados estructuralmente.

Produciendo al mismo tiempo órdenes normativos paralelos a tales ordenamientos jurídicos locales como son Reglas de gobernanza corporativa gubernamental -caso de Pemex y CFE-, Lineamientos administrativos de contratación, Guías de Principios, Estándares de calidad, Recomendaciones, Mejores Prácticas, Certificaciones, por citar algunos e identificados de manera general como *normas suaves* o *soft law*.

Un punto destacable de la fragmentación aludida es que el hecho de que origina conflictos constitucionales al interior de los sistemas jurídicos nacionales, al juridificar normas vinculantes mediante la inter-legalidad operativa, ocasionando también contradicciones, colisiones o antinomias internas a nivel nacional, global y quizás hasta transnacional de regímenes dentro de la sociedad y el derecho global.

También lo es que esos, conflictos son solucionados la mayoría de las veces por tribunales o cortes privadas internacionales o tribunales transnacionales

⁵⁸² Oeter, op., cit., nota 537, p. 14.

⁵⁸³ *Idem*.

reconocidos por los estados, cuyas resoluciones finales colisionan a su vez con las soluciones que dictan los Órganos Jurisdiccionales de los estados.

Ahora bien, debemos del mismo modo abordar la policontextualidad vigente y necesaria en el Derecho Global. Para dicho fin en primer lugar debemos recurrir a la connotación de *contexto* que William Twining señala debe ser entendida de la siguiente manera:

... el hacer conexiones con materiales, ideas y factores que no pertenecen al mundo de lo legal, y relacionar el derecho con las circunstancias y los eventos actuales... con énfasis para ensanchar la disciplina jurídica desde el derecho, aunque con ayuda de las ciencias sociales y otros instrumentos, pero no viceversa; estudiar, analizar y criticar las premisas implícitas con las que trabaja la tradición y sus consecuencias para la práctica del derecho; examinar las políticas que dan origen a las normas y las políticas que surgen de ellas; elegir con plena libertad las teorías del derecho con las que se acerca un sujeto a los problemas del derecho; establecer el punto de vista que se asume para estudiar un fenómeno jurídico; repensar las categorías jurídicas, con énfasis en aquellas partes del derecho que son excluidas y estudiar el derecho y sus teorías de acuerdo a su contexto, a su historia y a su momento⁵⁸⁴.

Entonces el contexto como espacio en el que se establecen conexiones, se analizan, examinan y critican las políticas, las diversas comunicaciones sociales, los eventos reales que originan las normas jurídicas en el sistema social mundial, así como las teorías que surgen y las nuevas estructuras normativas, no es único, en términos de la policontextualidad.

Por el contrario, es variado y múltiple como lo es la modernidad en la que está inmerso el derecho global, y en cuyo análisis debe considerarse la *policontextualidad* que lo rodea.

Es así que la *policontextualidad* o *polycontextuality* la podemos entender como el examen realizado a un objeto de estudio desde una multiplicidad de perspectivas sociales.

Es decir, conforme a la variedad de espacios, conexiones, innovaciones estructurales, así como las comunicaciones sociales producidas y algunas veces juridificadas, creadas por los actores de la sociedad mundial que participan en la interacción entre el derecho global y los derechos estatales y que son las nuevas organizaciones formales: empresas multinacionales, organizaciones no

⁵⁸⁴ Cfr. Twining, William, *Derecho y Globalización*, Colombia, Editorial Siglo del Hombre, 2003, p. 48.

gubernamentales internacionales y nacionales, organismos internacionales y organizaciones transnacionales. (CUADRO 7).

C. Las interacciones hipercíclicas y ultracíclicas entre el Sistema Jurídico Híbrido Global con los Ordenamientos Jurídicos Nacionales y los demás Ordenamientos Normativos Sociales autónomos a nivel global

La manera en que se relacionan las *comunicaciones sociales* globales o normas soft law, con las normas de los sistemas legales estatales ocurre a través de la interacción o conexión nodal.

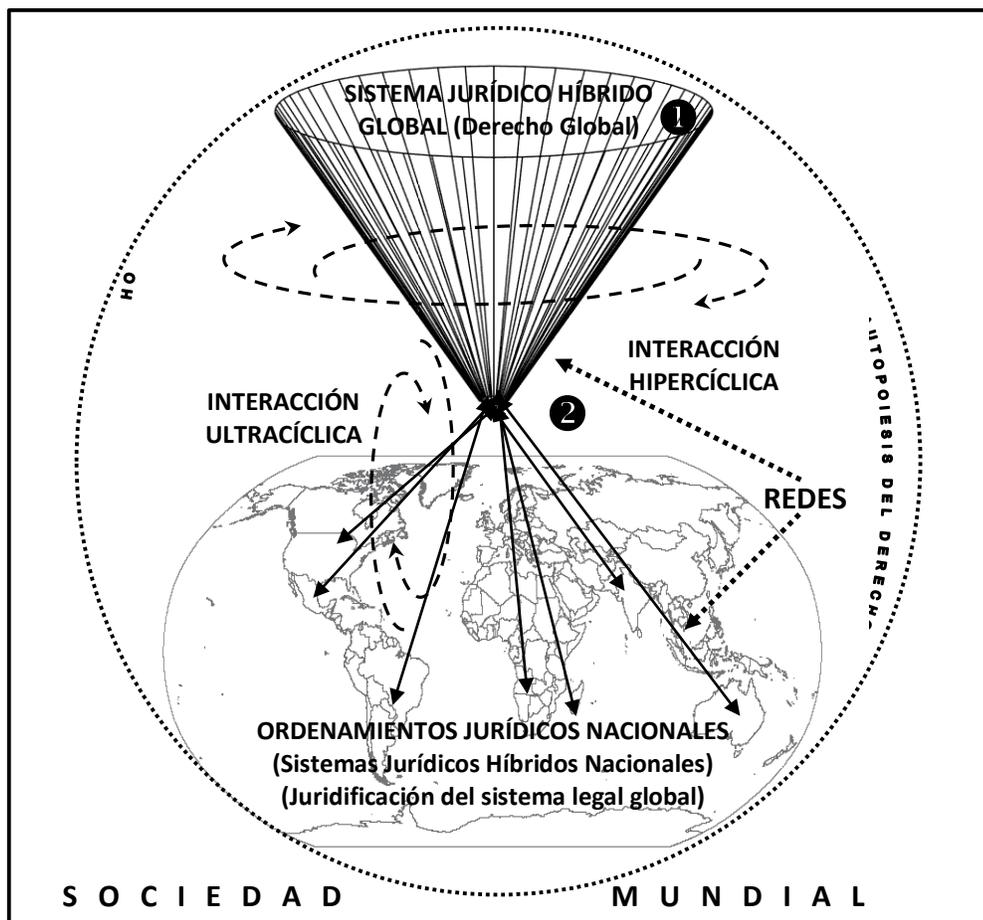
Esa interacción debe considerarse como una red amplia y única o aún más como una red de redes o meta-red entre la gobernanza transnacional (actores privados no gubernamentales) y el Estado, que puede ser de 2 tipos: hipercíclica o ultracíclica⁵⁸⁵.

La interacción hipercíclica surge cuando las operaciones comunicativas dentro de una red clausurada forma ciclos que son interrelacionados por sí mismos en un modo circular, la cual se da entre los actores privados que crean normas de soft law.

Por su parte la interacción ultracíclica, ocurre cuando un ciclo de perturbaciones mutuas se desarrolla entre redes cerradas o clausuradas, como sucede al fragmentarse el Sistema Jurídico Híbrido Global en un Pluralismo de Ordenamientos Jurídicos nacionales diversos y Ordenamientos Normativos sociales autónomos, producto de la regulación privada transnacional. (CUADRO 7)

⁵⁸⁵ Teubner, Günther, Self-Constituionalizing TNCs? On the linkage of “Private” and “Public” Corporate Codes of Conduct p. 11, disponible en http://www.jura.uni-frankfurt.de/l_Personal/em_profs/teubner/dokumente/CSR_conference_bremen.pdf

CUADRO 7
LA FRAGMENTACIÓN DEL DERECHO GLOBAL DE LA SOCIEDAD MUNDIAL



- ① Representa las actividades transgubernamentales materializadas en un conjunto de interacciones directas entre los subsistemas locales de los diferentes gobiernos a través de sus ministros o altos funcionarios, en cuya toma de decisiones no participan los gobernados.
- ② Representa las redes o nudos sectoriales en los que se fragmentan las decisiones que originan al Derecho global, el cual se materializa dentro de las fronteras del estado-nación, como una pluralidad de sistemas legales mundiales, adaptados según las necesidades de cada subsistema societal local.

III. NORMAS JURÍDICAS HÍBRIDAS GLOBALES

1. Definición y Características

La creciente interacción de las normas derivadas de las relaciones entre las comunicaciones legales que representan al Derecho con las comunicaciones sociales representadas efectuadas por los sistemas sociales autónomos de la Economía, la Ciencia, la Tecnología y las Finanzas, entre otros, que va

conformando a su vez una red, queda materializada a través de las *normas jurídicas suaves (soft) híbridas* que integran el sistema jurídico híbrido global.

Pues la simple derivación de los modos de conexión entre las operaciones legales que transfieren normas vinculantes y no vinculantes a ordenamientos jurídicos del *hard law* nacional, origina colisiones o conflictos normativos que muchas veces el Derecho no puede resolver, en razón de que no los tiene reconocidos como legales.

Estas *normas suaves o soft law* a nivel global nos lleva a plantearnos la posibilidad de análisis y estudio de la creación, adopción, ejecución e interpretación de *instrumentos soft law* en el seno del ordenamiento jurídico mexicano, el cual a través de circulares, decretos ley, reglamentos, lineamientos y oficios, algunos publicados y otros no en el Diario Oficial de la Federación (DOF), por un lado, legislan más allá de las leyes provenientes del Poder Legislativo, imponiendo muchas de las veces más requisitos con base a una discrecionalidad desmedida, vulnerando con ello la seguridad jurídica de toda persona que goza de las garantías otorgadas por nuestra Constitución. Tal y como sucede con el reconocimiento de mucha de la normatividad de origen privado como son las *mejores prácticas internacionales*.

De igual modos, estas *normas suaves* podrían ser observadas como la antesala de un sistema jurídico hibridizado, articulado en la interacción de los sistemas legales de la sociedad mundial, con base en la realidad social sistémica (comunicación) y en la cimentación del reconocimiento de legales a las nuevas instituciones y organizaciones, que confieran unidad, coherencia, plenitud y seguridad jurídica a las normas de tales sistemas.

No obstante, habrá que observar la efectividad de tales regímenes normativos, así como la legitimidad en su formulación de los actores que la elaboran, y el valor de justicia que se incluye en dichos regímenes, abordando los conceptos de justicia global y derechos humanos como regímenes globales actuales.

Dentro de las características que poseen estas normas son:

- a) Están representadas en la unidad del sistema, es decir, como *comunicaciones sociales*.
- b) Pertenecen a un sistema unitario y cerrado que es la sociedad mundial, pero al mismo tiempo a un sistema cognitivamente abierto en el que las demás comunicaciones sociales que lo integran como las económicas, tecnológicas, científicas, sociales, científicas, financieras, tienen reconocimiento jurídico del Derecho mismo a través de la validez que les otorgan los órganos jurisdiccionales nacionales y transnacionales que resuelven la colisión de estas comunicaciones sociales -legales y no legales.
- c) Son producidas por varios centros legislativos no territoriales -policentrismo- visto como una matriz de redes transgubernamental o gobernanza global, que entrelaza a las burocracias gubernamentales con el sector de negocios privado.
- d) Carecen de un soporte institucional y político a nivel global, por lo que su auto reproducción ocurre en el curso de las redes globales distinguidas por su alto grado de especialización y tecnicismo -tecnología, economía, finanzas, ciencia y derecho especializado-.
- e) Actúan en la invisibilidad de fronteras territoriales.
- f) Nacen de un proceso de auto-organización de enlace estructural entre el Derecho y los procesos sociales globalizados de naturaleza técnica y especializada.
- g) Su ámbito de regulación es independiente respecto a su dominio por los Estados nacionales, ya que son normas que regulan por encima de las fronteras territoriales del Estado.
- h) En la unidad que representan, se encuentra la identidad colectiva de su poder constituyente o mandante.
- i) Interactúan en una policontextualidad social, es decir, en una pluralidad de perspectiva mutuamente exclusivas que están constituidas por las operaciones del sistema en un plano heterárquico, sin jerarquía alguna o relación de sometimiento de autoridad.

- j) Son normas altamente persuasivas, orientadoras de las opciones, las expectativas, el comportamiento y las opiniones que legitiman el orden social y el ejercicio del poder, sin ser obligatorias ni coactivas.
- k) Ordenan la legalidad de comunicaciones sociales que reclaman validez dentro de la sociedad mundial como sistema social.
- l) Su objeto en la libertad contractual privada y la flexibilidad persuasiva contractual a través de estándares normativos, reglas de administración y gobernanza obligatoria a nivel gubernamental y privado.
- m) Pertenecen a órdenes normativos no institucionalizados e institucionalizados.
- n) Sus primeros efectos son pre-legales, después pos-legales y para-legales.
- o) Son flexibles, simples, veloces, eficaces y colaborativas, así como eficientes, ya que representan menos costos en la contratación y poseen un gradualismo legal constante.

2. *Reglas de Gobierno Corporativo: Guías o Códigos de Conducta Privados y Gubernamentales*

Las normas de soft law que nacen de la reglamentación privada, realizada por actores sociales no gubernamentales, son un tipo de autorregulación que pueden definirse como *mecanismos que permiten a las empresas ser más competitivas en el mercado*⁵⁸⁶. Podemos encontrar a este tipo de normas, contenidas en los códigos de conducta, las recomendaciones y guías corporativas, así como en las reglas relativas al cumplimiento de estándares de calidad y certificación, elaborados por empresas multinacionales, certificadoras internacionales y organismos internacionales no gubernamentales.

Los sistemas de dirección corporativos consisten de una variedad de componentes relacionados con funciones diferentes, muchos de ellos están dirigidos a mejorar el ambiente de trabajo, otros al mejoramiento de la estructura organizacional interna, a los sistemas de control de calidad y a los estándares de operación.

⁵⁸⁶ Zarkín Cortés, Sergio Salomón, *Derecho Corporativo*, 5ª edición, México, Porrúa, 2015, p. 282.

Algunos de estos instrumentos regulativos reciben títulos como “Principios de Protección y Seguridad Ambiental”, “Estándares Mundiales”, “Guías Ambientales”, “Criterios”, “Recomendaciones”, cuya extensión no excede las tres páginas. Estos instrumentos están dirigidos a *establecer normas que se dirigen a influenciar la conducta e instrucción de sus destinatarios, principalmente los empleados de las propias compañías o industrias para que cumplan con la implementación de las disposiciones contenidas en tales Códigos*⁵⁸⁷.

Al momento de hacerse públicos los códigos de conducta, las corporaciones *enfatan las fallas del pasado, a fin de que la implementación de esas normas privadas tenga credibilidad en cuando a su implementación y efectividad en cuanto a su cumplimiento.*

*En cuanto al contenido de estos Códigos es dable destacar la manera en la que los autores los relacionan con la esfera del derecho estatal*⁵⁸⁸, a fin de establecer por analogía que el incumplimiento interno de dichas normas, pudiera constituir la violación indirecta de las normas estatales vigentes a las que se sujeta el Código corporativo.

Todos los códigos de conducta *juegan un papel importante en el contexto nacional, como los códigos de organizaciones de profesionistas*⁵⁸⁹ (doctores, arquitectos, ingenieros, contadores, abogados, etc.), así como también participan en las relaciones comerciales internacionales.

Esta gobernanza corporativa describe la arquitectura que forma procesos después de realizadas las negociaciones y reglas que son establecidas por el

⁵⁸⁷ *Ibidem*, pp. 211-216.

⁵⁸⁸ Herberg, Martín, “Global Legal Pluralism and Interlegality: Environmental self-regulation in Multinational Enterprises as Global law-making” en Dilling, Olaf et al., (eds) *Responsible Business: Self-Governance and Law in Transnational Economic Transactions*, Oñati International Series in Law and Society, Oxford, Hart Publishing Ltd, 2008, pp. 24-25

⁵⁸⁹ Taekema, Samme, “The point of law: the interdependent functionality of state and non-state regulation” en Van Schooten, Hanneke y Verschuuren Jonathan (eds.), *International Governance and Law: State Regulation and Non-state Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2008, pp. 62-63.

sistema legal para proveer estándares suplentes, los cuales son previstos en normas previas y dispersas por todo el sistema⁵⁹⁰.

Las reglas de la gobernanza corporativa actúan como “variables conocidas” para ser gestionadas como parte de las recompensas de una red de juego de cooperación, entre las compañías participantes⁵⁹¹, las cuales las utilizan para ser competitivas y persuasivamente las imponen a aquellas que quieren entrar al juego, como lo hacen empresas gubernamentales, quienes se empapan de estas guías que aplican internamente en su políticas contractuales e insertan en los clausulados de dichos contratos, juridificando tales normas sociales privadas, suaves e híbridas a través de su libertad contractual, homogenizando al mismo tiempo los contratos de la industria particular que se trate.

3. Reglas de Monitoreo Contractual: *Doing Business*

De manera general, algunos ejemplos de las reglas de monitoreo los tenemos materializados en el Pacto Mundial emitido por Naciones Unidas, las Declaraciones de las cumbres ministeriales como las del G-20, las Recomendaciones emitidas por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), los rankings de acreditación de la Educación superior, las evaluaciones de organizaciones no gubernamentales como Transparencia Internacional, Amnistía Internacional.

Las actividades o fines de monitoreo de normas del soft law en ocasiones involucran la participación de cuerpos evaluadores de esas normas en su calidad de productores de ellas.

El monitoreo muchas veces busca la auditación y escrutinio de las actividades y políticas a seguir tanto por los gobiernos estatales como por los actores privados, como sucede a través del monitoreo que se efectúa a través de *Doing Business*, publicación que ya se explicó en el capítulo segundo del presente trabajo de investigación.

⁵⁹⁰ Deakin, Simon and Carvalho Fabio, “System an evolution in corporate governance” en Zumbansen, Peer and Calliess, Galf-Peter (eds.) *Law, Economics and Evolutionary Theory*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2011, p. 113.

⁵⁹¹ *Ibidem*, p. 119.

4. Reglas que establecen la Agenda: Declaraciones de compromiso entre Estados-nación (autoobligaciones)

Este tipo de regulación nace de las exposiciones y debates realizados en los foros en donde las agendas son establecidas para las buenas prácticas en materia de gobernanza, efectividad del derecho estatal, desregulación y políticas públicas sanas, dirigidas a los Estados-nación y al sector corporativo transnacional. Algunos casos son las recomendaciones emitidas por el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial y la OCDE, por citar algunos.

A través de estas declaraciones autoobligatorias, los Estados de manera conjunta implementan y ejecutan lineamientos contenidos ya no en tratados internacionales, sino en dichos programas de cooperación.

En la esfera nacional, es el caso de la Alianza para la Seguridad y Prosperidad de América del Norte (ASPAN) –que persigue la cooperación en materia de seguridad regional, el fortalecimiento de la seguridad en la frontera de los tres países (México, Canadá y los Estados Unidos de América)– cuyo trabajo se realiza por medio de comités de alto nivel o grupos de trabajo temáticos.

Esta alianza fue concebida en el mes de marzo de 2005, con una naturaleza legal de organismo internacional originado dentro del marco de un Acuerdo Ejecutivo entre los titulares de los gobiernos de las tres naciones mencionadas.

Asimismo de acuerdo por el Programa de Seguridad Nacional 2009-2010 publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 20 de Agosto de 2009, dentro de la sección 1, dentro del numeral 1.3., relativo a la *Evolución en años recientes de la Seguridad Nacional*, con el numeral 1.3.2., denominado *Contexto externo*, se define al ASPAN en el penúltimo párrafo como una alianza cuyo objetivo medular es la cooperación en materia de seguridad regional, el fortalecimiento de la seguridad en la frontera de los países signantes y la construcción de una comunidad económica fuerte:

Con respecto a América del Norte, destaca la creación, por parte de los Estados Unidos Mexicanos, Estados Unidos de América y Canadá, de la Alianza para la Seguridad y Prosperidad de América del Norte (ASPAN), cuyo objetivo es la cooperación en materia de seguridad regional, el fortalecimiento de la seguridad en la frontera de los tres países, y la construcción de un modelo de comunidad económica fuerte.

A pesar de con dicha Alianza se pretende alcanzar un modelo de comunidad económica fuerte, la implementación de visas migratoria por parte del gobierno canadiense a los nacionales mexicanos, así como la falta de control de venta de armas en territorio nacional por parte de los Estados Unidos de América, contradicen en mucho el objetivo por el que fue creada.

Aunado a esto, es preciso señalar que gran parte del trabajo diario y los lineamientos expedidos en el seno de esta Alianza, esta contenidos en Declaraciones Conjuntas que a su vez implementa el Estado mexicano mediante oficios, circulares y notas internas que fijan el cumplimiento de diversas obligaciones a los ciudadanos de ambos países, pero que desconocemos los ciudadanos, por no ser publicados estos instrumentos de implementación en el DOF, al ser clasificados como “reservados” por razones de seguridad nacional y orden público.

Otro ejemplo dentro del sistema normativo mexicano es la Iniciativa Mérida signada con los Estados Unidos de América en el año 2007, que también es un programa de cooperación conjunto en contra del tráfico de drogas y el crimen organizado que opera de manera similar que la ASPAN.

Esta Iniciativa también está prevista en el Programa de Seguridad Nacional 2009-2010 publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 20 de agosto de 2009, dentro de la sección 1, dentro del numeral 1.3., relativo a la *Evolución en años recientes de la Seguridad Nacional*, con el numeral 1.3.2., denominado *Contexto externo*, en donde se le define como un Programa de cooperación conjunto en contra del tráfico de drogas y el crimen organizado, cuyo objetivo principal es:

... Su objetivo principal es atacar a la creciente capacidad operacional y financiera de los grupos criminales involucrados en el tráfico de drogas, armas y personas; así como de otras actividades criminales transnacionales, lavado de dinero y tráfico ilegal de psicotrópicos, mediante actividades de cada país en su propio territorio, bajo el principio de respeto a las soberanías nacionales y de plena corresponsabilidad.

Sin embargo, la Iniciativa Mérida además está fundada sobre las bases de instrumentos legales bilaterales y multilaterales como son el Acuerdo de Cooperación para evitar el tráfico de drogas entre México y los Estados Unidos de América (1989), la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de Drogas y sustancias psicotrópicas (1989) y la Convención de las Naciones Unidas

contra el Crimen Organizado y sus protocolos, conocida como la Convención de Palermo de 2000.

Un último ejemplo es el Proyecto Mesoamérica, el cual en propias palabras de sus participantes⁵⁹² no es proceso regular típico, sino informal creado a instancias de decisión como mandatos presidenciales entre las naciones participantes, que son representadas por Comisionados Presidenciales. Comisionados que no están formalmente reconocidos en estructura ni legislación nacional de ninguna de las partes de dicho Proyecto. Pero que, sin embargo, funcionan sin mandato constitucional como organismos supranacionales cuyos trabajos son vinculantes y obligatorios para los miembros, que destinan recursos económicos y materiales para su funcionamiento, sin que medie para ello la celebración de un tratado internacional, plenamente reconocido por el *hard law* de cada sistema legal nacional.

5. Reglas de Competitividad: Las Mejores Prácticas Internacionales

Las mejores prácticas son un tipo de estándares, vistos como *normas diseñadas por los propios empresarios que compiten en el mercado que les permite distinguir sus productos y asegurar la preferencia del consumidor por mecanismos legales*⁵⁹³.

Una Mejor Práctica *sugiere la existencia de una relación de causa-efecto entre procedimientos específicos repetidos y los resultados deseados*⁵⁹⁴. De ahí que no sean tan fácil de definir a las mejores prácticas y se utilicen *Principios o Guías que pueden ser más útiles para la calificación y adaptación dentro un criterio ampliamente definido como aspiracional*⁵⁹⁵, cuya conceptualización depende del sector industrial de que se trate.

En razón de lo anterior, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), del cual México forma parte, emitió en 1999 los *Principios de*

⁵⁹² Conferencia realizada el día 6 de octubre de 2009 en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, y en la que la principal exponente fue la Embajadora de la República de Costa Rica, Gioconda Ubeda (Comisionada Presidencial en el Proyecto Mesoamerica) con el tema **Mesoamérica/Sistema de la Integración Centroamericana.**

⁵⁹³ Zarkín, *op. cit.*, nota 586, p. 284.

⁵⁹⁴ Todd, *op. cit.*, nota 272, pp. 60-61.

⁵⁹⁵ *Ibidem*, p. 61.

la OCDE para el Gobierno de las Sociedades, que fueron revisados en el año 2004 y que constituyen una referencia para que cada país miembro de la OCDE emita los propios, adecuándolos a su marco regulatorio y a su cultura empresarial -*trasplante híbrido legal*- para lograr los resultados deseados que el sector empresarial se ha dispuesto a alcanzar en cada una de las ramas industriales que lo componen.

Y también son una referencia que el propio Foro sobre Estabilidad Financiera ha adoptado voluntariamente como una de las Doce normas fundamentales para garantizar Sistemas Financieros sanos, constituyendo la base del componente del gobierno corporativo de los Informes sobre la Observancia de Código y Normas (ROSC) del Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional, organizaciones formales gubernamentales, cuyas normas suaves que emiten como elementos del sistema jurídico híbrido global, se fragmentan dentro de las normas que integran a los ordenamientos jurídicos nacionales.

Derivado de lo anterior, al haber dispuesto la OCDE que el principal objetivo de estos Principios era *lograr el más alto crecimiento económico y de empleo sustentable y un estándar de vida creciente en los países miembros, mientras se mantenga la estabilidad financiera y por tanto se contribuya al desarrollo de la economía mundial*⁵⁹⁶, dichos Principios fueron adoptados voluntariamente por la mayoría de las empresas en el mundo y aún más fueron replicadas en los sectores industriales de cada una de ellas.

Fue el caso del Consejo Coordinador Empresarial (CCE) en México, el cual bajo su iniciativa constituyó el Comité de Mejores Prácticas Corporativas que en 1999 emitió el Código de Mejores Prácticas Corporativas, en el que se establecieron las recomendaciones para un mejor gobierno corporativo de las sociedades mercantiles en México.

Normatividad privada que es reconocida y seguida a cabalidad por empresas privadas e incluso por las empresas productivas del Estado mexicano como son

⁵⁹⁶ ... its objective is "to achieve the highest sustainable economic growth and employment and a rising standard of living in member countries, while maintaining financial stability, and thus to contribute to the development of the world economy". *Ibidem*, p. 68.

PEMEX y CFE, quienes como se explicó en el capítulo anterior, tienen el deber de seguir dichas prácticas conforme lo que dispone su propia Ley.

La finalidad de estas Prácticas Corporativas nacionales es la transformación de las empresas en cuanto a su institucionalidad, fomentando en todo tiempo su competitividad permanente y buscando su acceso a diversas fuentes de financiamiento que permitan su crecimiento.

De manera tal que, podemos concluir que la Industria o sector industrial, como organización formal que es y que cada día cobra más poder fáctico en el sistema económico mundial, ha fomentado la gobernanza regulatoria global, al imponer *la elaboración de estándares privados y la supervisión no gubernamental derivado de su tendencia generadora de sistemas de normas comunes que las rijan de forma sistemática, mediante mecanismos que paradójicamente buscan explicar problemas complejos con herramientas lineales; siendo estas normas determinantes para el desempeño de la empresa en un sector estratégico*⁵⁹⁷.

De este modo, como señala Pulgarín Molina, *las decisiones de una empresa siempre deben estar determinadas por la racionalidad y el sistema de normas del sector estratégico donde se desenvuelve*⁵⁹⁸.

Por tanto, se deduce que estas *mejores prácticas que están asociadas con el desempeño del negocio*, y como señala Sore, cuya fuente está en las reuniones de los Comités de toda corporación o empresa sea pública o privada, tienen la finalidad última de ser consideradas como la *habilidad de la corporación para alcanzar eficazmente su propósito, mientras minimiza el involucramiento del derecho o de los reguladores, a fin de proteger los intereses de los accionistas y la sociedad en general*⁵⁹⁹.

Aunado a lo anterior, no sólo la aplicación sino la remisión a su conceptualización ha sido juridificadas por los tribunales nacionales, quienes han

⁵⁹⁷ Pulgarín Molina, Sergio Andrés, Las mejores prácticas: una falacia de la modernidad, Universidad & Empresa, vol. 8, núm. 16, enero-junio 2009 pp. 294-307, Universidad del Rosario, Bogotá Colombia, p. 299.

⁵⁹⁸ *Idem*.

⁵⁹⁹ Shann Turnbull, Christopher Soren, "What's Wrong with Corporate Governance Best Practices?" Kent Baker, H. and Anderson, Ronald (eds.) *Corporate Governance, a Synthesis of Theory, Research, and Practice*, John Wiley & Sons, United States of America, 2010, p. 79.

comenzado a resolver controversias normativas, fundando sus decisiones en la remisión que hacen a dichas normas suaves, con lo cual les reconocen la validez a estas prácticas normativas como integrantes del sistema jurídico híbrido global y las insertan en el ordenamiento jurídico nacional, como se expondrá en el numeral siguiente.

IV. CASOS DE SOFT LAW Y NORMAS HÍBRIDAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO MEXICANO: ¿UN SISTEMA JURÍDICO HÍBRIDO NACIONAL?

1. *El Pacto por México*

Este acuerdo político, emerge en la escena del ordenamiento jurídico nacional, como un ejemplo de la fragmentación del sistema jurídico híbrido global, al cual podríamos calificar como un caso vivo de la existencia de un sistema jurídico híbrido nacional.

Si bien es cierto, la figura de este *acuerdo* se basó en los Pactos de la Moncloa⁶⁰⁰, llevados a cabo en España en el año de 1977 durante la transición política ocurrida en dicho país, en cuya presentación quedó constancia su naturaleza intergubernamental, ya que contó con la participación del Presidente español, miembros de su gobierno y representantes de los grupos parlamentarios del Congreso, quienes alcanzaron un consenso, para definir las leyes que se discutirían para lograr el desarrollo de España.

Tal y como quedó asentado estos *Pactos de la Moncloa*, fueron una figura política-jurídica que como fue concebida, sirvió para el despegue económico y social de la España monárquica, cuyo trasplante ocurrió expresamente en los subsistemas político y jurídico de México, ya que de acuerdo a la propia naturaleza del Pacto de ser un *acuerdo* -convenio en el que se estipularon obligaciones y derechos los participantes- se establecieron *normas jurídicas suaves o soft*, cuya potencialidad persuasiva, capacidad de orientación de comportamientos y fuertes efectos

⁶⁰⁰ Entre los días 8 y 21 de octubre de 1977, se han reunido en el Palacio de la Moncloa, de Madrid, el Presidente y miembros del Gobierno con los representantes de los grupos parlamentarios del Congreso. El consenso alcanzado en el curso de las sesiones de trabajo ha dado lugar a un amplio Acuerdo sobre los temas contenidos en el presente documento.

legitimadores en la sociedad mexicana, materializó el ejercicio del Poder del Estado mexicano, a través de las obligaciones suaves contenidas en dichas normas.

Además de que se cuidó con extremo cuidado, sigilo y destreza político-jurídica su origen, pues se ejecutó al momento en el que ya estaban instaladas las Cámaras del Congreso y consumada la elección de Presidente electo de los Estados Unidos Mexicanos, representada en Enrique Peña Nieto, quien ya había recibido la constancia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación⁶⁰¹ - autoridad jurisdiccional reconocida por el subsistema político y el legal del país- que otorgó la calificación jurisdiccional y declaró la validez de dicha elección.

Una vez que el Pacto nació en las reuniones entre los Presidentes de partido de las 3 principales fuerzas políticas como son el PRI, el PAN y el PRD, los Coordinadores Parlamentarios y Gobernadores, así como representantes del Presidente electo, acordaron *8 reglas*⁶⁰² o *normas suaves*, para el funcionamiento de esas reuniones.

Estas reglas de trabajo condujeron a una mayor formalización de las discusiones hasta entonces realizadas al transformarse en Mesas Trilaterales - reuniones de trabajo informales, pero al amparo de las 8 reglas previamente dispuestas-, a las que se les encomendó como objetivo la elaboración de *un acuerdo que enfrentase los obstáculos de poderes fácticos que se opusieran a las reformas por el perjuicio a sus intereses*⁶⁰³. A estas mesas posteriormente se incorporó un equipo técnico-político a quien no sólo se le asignaron funciones y metas a realizar⁶⁰⁴, sino que se le encomendó el diseño final del Texto del Pacto.

⁶⁰¹ Declaratoria que fue entregada por parte del citado Tribunal al Presidente electo el día entregada personalmente en la sesión solemne que se convocó al efecto el 31 de agosto de 2012.

⁶⁰² Tales reglas fueron: 1. Poner todo sobre la mesa desde el principio; 2. Identificar los puntos coincidentes de una visión de país, así fuesen mínimos; 3. Preservar los puntos de convergencia y tener claras las divergencias (ideológicas o de intereses y de márgenes políticos); 4. Ir siempre de lo sencillo a lo complejo para irnos dando confianza; 5. Nada negociado hasta que todo esté negociado; 6. Trabajar con absoluta confianza y discreción; 7. Que las coyunturas y la competencia electoral no nos hagan hacer parar este trabajo de la mesa y 8. El objetivo base es recuperar la soberanía del estado democrático y enfrentar a poderes que obstruyen desde distintos ángulos su acción y que buscan conservar su poder en detrimento del interés público. Disponible en <http://pactopormexico.org/como/>

⁶⁰³ *Ibidem*.

⁶⁰⁴ Se estableció 1 Consejo Rector -integrado por 3 representantes de la Presidencia, 3 del PAN, 3 del PRI, y 3 del PRD-, que articuló las negociaciones, definió los objetivos, determinó las mesas de

El texto definitivo quedó integrado por 5 apartados: 1) Sociedad de Derechos, 2) Crecimiento Económico, empleo y competitividad, 3) Seguridad y Justicia, 4) Transparencia, Rendición de Cuentas y Combate a la Corrupción y 5) Gobernabilidad Democrática, el cual fue hecho público a la población a través de su transmisión en televisión e internet el 2 de diciembre de 2012.

Las *normas legales suaves* que integran los 95 compromisos, simplemente representaron el medio idóneo, a través del cual quedó establecido el consenso de los sujetos participantes para firmar y materializar 95 Compromisos, en la elaboración, discusión y consiguiente aprobación de una variedad de iniciativas de leyes y de reformas a leyes que detonarían a través de las normas jurídicas contenidas en ella el desarrollo, el crecimiento económico y el logro de las metas de bienestar social, libertad personal y seguridad que quedaron contenidas en dicho Pacto, en beneficio de la población nacional.

Dentro de estos compromisos a su vez destaca el *Compromiso 29*, mediante el cual las partes signantes del Pacto acordaron la creación de una instancia *-una innovación estructural que tomaría la forma de una organización formal híbrida-* en la que participarían autoridades *-autoridad con legitimación estatal-* y miembros de la sociedad civil organizada *-organización formal no gubernamental, integrada por ciudadanos-*, que establecería *mecanismos de protección acordes con las circunstancias actuales a los Defensores de derechos humanos y periodistas*.

Es decir, mediante este Compromiso se estableció que habría que juridificarse la existencia de esta organización formal mediante la emisión de una ley que a su vez reconocería las normas que integrarían esos mecanismos de protección como válidas para ejecutarse dentro del ordenamiento jurídico mexicano.

trabajo por materia y/o reforma, estableció el calendario de trabajo y elaboró las iniciativas de ley para someterlas al Congreso de la Unión.

Asimismo, se creó 1 Coordinación Técnica *-compuesta por 1 representante de la Presidencia, 1 del PAN, 1 del PRI y 1 del PRD-*, que tuvo a su cargo dar seguimiento a los acuerdos del Consejo Rector y a los acuerdos de las mesas de trabajo, así como también tuvo que instrumentar las acciones de comunicación y difusión a la opinión pública.

También se establecieron los mecanismos para dar seguimiento a los avances y evaluarlos, con la participación de personajes pertenecientes a la Sociedad Civil organizada. Además de que se fijaron las reglas para la difusión a la opinión pública de los avances y acuerdos del mismo, mediante los Voceros designados y autorizados por las 4 partes que signaron el Pacto por México. *Ibidem*.

En la misma situación se encuentra el nacimiento del Consejo Nacional para la Ética Pública, previsto en el Compromiso 86, en cuya creación se prevé la participación de diversas autoridades del Estado mexicano y miembros de la sociedad civil para dar seguimiento a las acciones concertadas contra la corrupción.

Igualmente el Compromiso 95 prevé la creación de *una instancia ciudadana y autónoma que supervise que la contratación de publicada de todos los niveles de gobierno en medios de comunicación se lleve a cabo bajo los principios de utilidad pública, transparencia, respecto a la libertad periodística y fomento del acceso ciudadano a la información, dotándola de facultades que limiten el ejercicio del gasto en publicidad de cada entidad pública en proporción a su presupuesto, previendo situaciones excepcionales de emergencia, siempre y cuando estén vinculadas a la protección civil o de salud.*

Por lo que se refiere al Compromiso 43 relativo a la Licitación de las cadenas nacionales de televisión abierta, se consensó que se haría *implantando reglas de operación consistentes en las mejores prácticas internacionales, como must carry y must offer.* Lo mismo ocurrió con el Compromiso 44, en el que los signantes del Pacto se obligaron a *elaborar una regulación relativa a los servicios de telefonía y servicios de datos conforme a las mejores prácticas internacionales.*

Es decir, en estos dos Compromisos que fueron consolidados con la tan anunciada Reforma en Telecomunicaciones que culminó en la reforma a la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión (LFTR), se esbozó la trasplatación legal que vendría al ordenamiento jurídico nacional del concepto de las *mejores prácticas internacionales*, para regular de manera más especializada y profunda el subsistema tecnológico.

El trasplante legal ocurrió a través de la reforma hecha a los artículos 6º, 27 y 28 de la CPEUM y en especial a la legislación secundaria como lo es la LFTR, en la que se insertó el concepto de *mejores prácticas internacionales.*

Evento que implicó el reconocimiento del ordenamiento jurídico mexicano de *las diversas metodologías, sistemas normativos, herramientas y técnicas ya aprobadas como sobresalientes en las empresas a nivel mundial* y que integran las *mejores prácticas internacionales.*

Esta regulación técnica producida en el ámbito de la regulación privada de organizaciones formales no estatales, que hemos venido denominando como *soft law o normas suaves*, cuya aplicación es voluntaria por todas las empresas que deseen ser competitivas y lograr una mayor captación de inversiones, al ser trasplantada al ordenamiento jurídico nacional se volvió obligatorio cumplirla por parte de los sujetos regulados y las autoridades, y se convirtió en un concepto que podría amparar el ejercicio del derecho en materia de telecomunicaciones que consagra nuestra Constitución, para ser invocado por los ciudadanos-consumidores y quizás hasta por los sujetos regulados, así como también significó el reconocimiento expreso de la ley, para que los tribunales las utilicen en su tarea interpretativa en la resolución de futuras controversias que surjan en esta materia.

2. *Las Reglas producto de la actividad Contractual Público-Privada: Asociaciones y Alianzas Estratégicas en el sector energético.*

La aprobación de la reforma energética en el país mediante el Decreto de Creación, publicado en el DOF el 28 de agosto de 2014, catapultó el reconocimiento de la libertad contractual de las dos empresas productivas del Estado Mexicano, esto es la Comisión Federal de Electricidad y la CFE.

Toda vez que, en las leyes de ambas empresas, específicamente en sus artículos 6º disponen que podrán realizar las *actividades, operaciones o servicios necesarios para el cumplimiento de su objeto* -señalado en el artículo 5º de cada Ley respectiva-, que es la *generación de valor económico y rentabilidad para el Estado mexicano como propietario de estas*, con apoyo de sus empresas productivas subsidiarias y empresas filiales o, mediante la celebración de *contratos, convenios, alianzas o asociaciones o cualquier acto jurídico*.

Del mismo modo, dicho numeral dispone que la celebración de los actos jurídicos mencionados los puede realizar con personas física o morales de los sectores público, privado o social, nacional o internacional.

Esto es, las *asociaciones o alianzas estratégicas* bien podrían ser consideradas de manera general como simples acuerdos que buscan *desarrollar inversiones o*

intercambiar conocimientos de manera eficiente que por supuesto implican la toma de riesgos y la obtención de beneficios mutuos.

La característica principal de estas Asociaciones y Alianzas radica medularmente en que, en su seno *se asocian competidores reales o potenciales*, con la finalidad de *perseguir objetivos y estrategias comunes que buscan complementarse al compartir y combinar sus recursos y esfuerzos como capital, servicios, trabajos invenciones y conocimientos técnicos y experiencia entre otros*⁶⁰⁵.

Pero también, pueden consistir en *Contratos, Convenios o cualquier acto jurídico celebrado con particulares* en los que se establezcan esquemas que permitan asociarse para generar una mayor productividad y rentabilidad, y/o compartir costos, gastos, inversiones, riesgos y demás aspectos de las actividades en los que las empresas productivas del Estado (sus subsidiarias) sean titulares o adquieran o mantengan alguna participación, incluyendo sin limitación, cualquier esquema que implique la creación de un pasivo contingente a cargo de la Empresa productiva del Estado y/o Subsidiarias y/o la construcción y/o adquisición y/o ampliación de inmuebles, la construcción y/o ampliación de activos fijos para la producción de bienes y servicios, los proyectos de rehabilitación y mantenimiento cuyo propósito sea incrementar la vida útil o capacidad original de los activos⁶⁰⁶.

De modo tal que, podríamos considerar a estas Asociaciones y Alianzas Estratégicas como las Asociaciones Público-Privadas cuyo análisis y estudio fue expuesto en el capítulo segundo de este trabajo de investigación, y no considerarlas bajo la regulación de la Ley de Asociaciones Público-Privadas en sus artículos 2º y 3º⁶⁰⁷, ya que como empresas productivas del Estado la ley misma que les otorga

⁶⁰⁵ Zarkín, *op. cit.*, nota 586, p. 315.

⁶⁰⁶ Disposición Sexta fracción III, de las Disposiciones para la Participación en Coinversiones y Asociaciones con Particulares aplicables a la CFE y sus Empresas Productivas Subsidiarias, disponible en <http://normateca.cfe.gob.mx/Normateca/NormatecaInternetDoc/NORMATIVIDAD%20ADMINISTRATIVA/Disposici%C3%B3n/20172110537463.pdf>

⁶⁰⁷ Conforme a la lectura conjunta que se haga de los artículos 1º, 2º, 3º y 4º de la citada ley, se entiende como Asociaciones Público-Privadas, los *esquemas de desarrollo para proyectos de asociaciones público-privadas que se realicen por las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, los Fideicomisos públicos federales no considerados entidades paraestatales, las*

dicha naturaleza jurídica, les reconoció su régimen especial de contratación para obtener mejores resultados en el desempeño de sus actividades y no circunscribir su aprobación a discusiones que lejos de ayudar, obstaculizarían la toma de decisiones rápidas, reales y de riesgo que generen valor económico y rentabilidad para el Estado mexicano, que las buenas prácticas corporativas y las mejores prácticas internacionales del sector energético disponen.

Sin embargo, para la concertación de estas Asociaciones o Alianzas Estratégicas, y conforme los artículos 59, 61, 62 fracción II, 69, 70 y transitorio Octavo Apartado B fracción I de la Ley de Pemex y los diversos 57, 59, 60 fracción II, 69, 70, 71 y Décimo Quinto Transitorio de la Ley de la Comisión Federal de Electricidad, tanto PEMEX como CFE ya han emitidos los Criterios, Políticas, Lineamientos o Disposiciones para las Asociaciones y Alianzas Estratégicas de ellas, de sus Empresas Productivas Subsidiarias y de sus Empresas Filiales⁶⁰⁸.

De igual modo y dentro del sector energético, el Centro Nacional de Control de Energía (CENACE), como organismo público descentralizado de la Administración Pública Federal y sectorizado a la Secretaría de Energía en quien el Estado delegó su facultad legítima del Control Operativo del Sistema Eléctrico Nacional, para el cumplimiento de su objeto *-ejercer el Control Operativo del Sistema Eléctrico Nacional, la operación del Mercado Eléctrico Mayorista, garantizar*

personas de derecho público federal, con autonomía derivada de la CPEUM y los Estados, Municipios y entes públicos de unas y otros con recursos federales, para:

- *Establecer una relación contractual de largo plazo entre el sector público y el sector privado.*
- *La prestación de servicios al sector público, mayoristas, intermediarios o al usuario final, en los que se use infraestructura proporcionada total o parcialmente por el sector privado con objetivos que aumenten el bienestar social y los niveles de inversión en el país.*
- *Desarrollar proyectos de inversión productiva, investigación aplicada y/o de innovación tecnológica.*

⁶⁰⁸ Políticas y Lineamientos Generales para las Inversiones, Asociaciones y Alianzas Estratégicas de Petróleos Mexicanos, sus Empresas Productivas Subsidiarias y Empresas Filiales disponible en http://www.pemex.com/acerca/gobierno-corporativo/consejo/Documents/acuerdos_2015/sesion_899_ext.pdf y las Políticas y Lineamientos específicos para las Asociaciones y Alianzas Estratégicas de Petróleos Mexicanos, sus Empresas Productivas Subsidiarias y Empresas Filiales (Normativa ANN) disponible en http://www.pemex.com/acerca/gobierno-corporativo/consejo/Documents/acuerdos_2016/sesion_911_ord.pdf, las Disposiciones para la Participación en Coinversiones y Asociaciones con Particulares aplicables a la CFE y sus Empresas Productivas Subsidiarias, disponibles en <http://normateca.cfe.gob.mx/Normateca/NormatecaInternetDoc/NORMATIVIDAD%20ADMINISTRATIVA/Disposic%C3%B3n/20172110537463.pdf>

*el acceso abierto y no discriminatorio a la Red Nacional de Transmisión y a las Redes Generales de Distribución, proponer la ampliación y modernización de la Red Nacional de Transmisión y los elementos de las Redes Generales de Distribución que correspondan al Mercado Eléctrico Mayorista*⁶⁰⁹- fue autorizado por el artículo 15 de la Ley de la Industria Eléctrica a *formar Asociaciones o celebrar contratos con particulares para que presten servicios auxiliares a la operación del Mercado Eléctrico Mayorista*. Sujetando dicha libertad de asociación y contratación al cumplimiento de las siguientes condiciones:

- Los particulares con quienes contrate serán solidariamente responsables por la prestación de los servicios correspondientes, en el ámbito del objeto de su participación.
- En la constitución de gravámenes sobre los derechos derivados de las asociaciones y contratos, no se podrá dar en garantía bienes del dominio público objeto de los mismos.

Todas las anteriores disposiciones o reglas de naturaleza contractual, les atribuimos los calificativos de *híbridas y suaves*, en virtud de que son el producto de la interacción de *normas sociales* llamadas parámetros y estándares fijados por las mejores prácticas corporativas e internacionales del sector energético, las leyes de PEMEX y CFE, las leyes en materia energética, y las normas que cada una de las partes trae consigo para incluir en dichas asociaciones o alianzas, las cuales provienen de las regulaciones internas que norman los procesos administrativos de estas empresas privadas filiales o de terceros que participan en estas asociaciones o alianzas, y que encontramos en los lineamientos, los Planes de Negocios y los Códigos de Conducta, las Disposiciones Generales, los Códigos de Ética, las certificaciones, los estándares internacionales como la ISO900, entre otros.

Normas híbridas y suaves que se consignan en la formalización de la Asociación o Alianza Estratégica realizada a través de un *Pacto Societario* -acuerdo entre los participantes del sector energético gubernamental con los socios de las

⁶⁰⁹ Artículo Segundo de su Decreto de Creación, publicado en el DOF el 28 de agosto de 2014.

Asociación o Alianzas Estratégicas, que regulan las relaciones entre los firmantes, así como los vehículos de propósito específico, derivado de lo cual se obligan entre sí en los términos de dicho acuerdo- o un *Acuerdo de Operación Conjunta* -convenio cuyo objeto es regular las operaciones conjuntas, las actividades, los derechos y las obligaciones entre las partes y los términos y condiciones de la relación derivada de un área contractual-, que deben contener los requisitos que disponen los lineamientos, políticas y disposiciones que las citadas Empresas Productivas del Estado mexicano han emitido al respecto.

3. *Las Reglas de Competitividad: las Mejores Prácticas en el sector Energético.*

En párrafos anteriores citamos el Pacto por México como un ejemplo de la hibridación en nuestro Ordenamiento Jurídico y por tanto fragmentación del sistema jurídico global y suave, de cuyo contenido el Compromiso 55, es de vital importancia en este numeral, ya que se acordó en dicha declaración, dotar a PEMEX de las *reglas de gobierno corporativo* y reglas de transparencia que se exigen a una empresa productiva de su importancia.

En la misma línea de *normatividad suave* se insertó en el Compromiso 58, dotar a la Comisión Nacional de Hidrocarburos (CNH) de facultades legales que le permitieran someter a PEMEX *a las exigencias de eficiencia y transparencia que enfrentan las empresas petroleras del mundo.*

Hecho que ocurrió mediante la afamada Reforma energética en la que se incluyó en el artículo 25 de la CPEUM la exigencia a que las leyes secundarias *establecieran normas relativas a la administración, organización, funcionamiento, procedimientos de contratación y demás actos jurídicos que celebre las empresas productivas del Estado, que para el caso de México son la Comisión Federal de Electricidad y Petróleos Mexicanos, con base en las mejores prácticas.*

En aras de dar debido cumplimiento al mandato de la Constitución contenido en el Transitorio Vigésimo del Decreto por el que se reformaron y adicionaron diversos artículos de la CPEUM en materia energética publicado en el DOF del 20 de diciembre de 2013, de emitir leyes que regularan la *administración y estructura corporativa acordes con las mejores prácticas a nivel internacional, asegurando su*

autonomía técnica y de gestión, así como un régimen especial de contratación para la obtención de los mejores resultados de sus actividades, el Congreso lo dispuso en la Ley de Hidrocarburos.

Específicamente en el artículo 13 fracción XV, se obliga a PEMEX a que los Contratos de exploración y extracción cuenten con cláusulas que observen las *mejores prácticas internacionales para la operación de los mismos*.

Hecho similar quedó consignado en el diverso numeral 51 fracción I, en el que se estipula que los permisos para el tratamiento y refinación de Petróleo, el procesamiento de Gas Natural, y la exportación e importación de Hidrocarburos, y Petrolíferos, así como los relativos al Transporte, Almacenamiento, Distribución, compresión, licuefacción, descompresión, regasificación, comercialización y Expendio al Público de Hidrocarburos, Petrolíferos o Petroquímicos, y la gestión de Sistemas Integrados, expedidos por la Secretaria de Energía y por la Comisión Reguladora de Energía, otorgados a PEMEX, a otras empresas productivas entendiéndose CFE y a particulares, estará sujeto a que el interesado demuestre que cuenta con un diseño de instalaciones o equipos acordes con la normativa aplicable y las *mejores prácticas*.

En el caso del mencionado CENACE, el Decreto de su creación publicado en el DOF el 24 de agosto de 2014, en sus Considerandos aduce que, para alcanzar el abastecimiento de energía en el país, con precios competitivos, calidad y eficiencia, como se estableció en el Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018, se hará mediante la implementación de mejores prácticas, lo que implica establecer reglas claras que incentiven el desarrollo de un mercado competitivo.

Por lo que, de conformidad con las Mejores prácticas internacionales en la materia, es decir en el sector eléctrico, se prevé lo importante que es contar con una figura independiente que controle la operación de las redes de transporte y distribución de energía eléctrica y realice la planeación y el control operativo de la red de transmisión y las redes de distribución, así como el despacho de la energía y la administración del Mercado Eléctrico Mayorista.

Del mismo modo, el artículo séptimo del citado Decreto establece que la estructura organizacional y operativa del CENACE deberá adoptar las *mejores*

prácticas corporativas, las cuales se pueden entender como una serie de metodologías, sistemas, herramientas y técnicas aplicadas y probadas con resultados sobresalientes en empresas del mismo sector que han sido reconocidas como de clase mundial. Son además de aplicación voluntaria por parte de las Empresas pertenecientes a la misma industria que busquen ser mayormente competitivas y lograr mayor captación de inversiones.

Por lo que hace a las facultades otorgadas a la CNH y a la CRE, ésta última mediante el Acuerdo -Acuerdo Núm. A/037/2016 “Acuerdo por el que la Comisión Reguladora de Energía expide los Criterios y la metodología para determinar las visitas de verificación o inspección que deberán llevarse a cabo”, publicado en el DOF el 11 de noviembre de 2016, reconoció a las *mejores prácticas emitidas por la OECD (Regulatory Enforcement and Inspections: OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy, OECD 2014), como las mejores prácticas internacionales es decir, instrumentos de soft law*, a los que además les confiere la característica debida de *regulación sobre la cual, los criterios que expide esa CRE, para la inspección o verificación están planificados y orientados.*

Asimismo, al reconocer la CRE estas *mejores prácticas* o *soft law* internacional como normatividad vigente a seguir por dicha Comisión para ejercer las facultades de verificación o inspección que le encomendó la Ley de Hidrocarburos, reconoce que las visitas mencionadas deberán cumplir con los Principios de:

1. *Selectividad*
2. *Equidad*
3. *Transparencia*
4. *Basadas en un proceso claro e imparcial*
5. *Visionarias a largo plazo y*
6. *Ejecutables de forma coordinada y con profesionalismo.*

Principios cuyo cumplimiento en los procesos aludidos comprobará la CRE ocurra, a fin de que se detone el desarrollo de las actividades reguladas, redundando en un mejor uso de los recursos, maximizando la efectividad y los resultados.

Fines que contribuyen al desarrollo eficiente de la industria energética, generan certidumbre y minimizan costos y cargas para los sujetos regulados -*considerandos séptimo, octavo, noveno y décimo del Decreto mencionado*-.

Pues la CRE como Órgano Regulador Coordinado en Materia Energética, y de conformidad con las normas que integran la Ley de la Industria Eléctrica y la Ley de Hidrocarburos, en las que expresamente se reconoce su autonomía técnica, operativa y de gestión, al corresponderle *expedir, supervisar y vigilar el cumplimiento de la regulación y de las disposiciones administrativas de carácter general... emitir los demás actos administrativos vinculados con las materias reguladas... y ordenar y realizar visitas de verificación, inspección o supervisión, a fin de supervisar y vigilar el cumplimiento de las disposiciones jurídicas aplicables, entre las que se encuentran la Ley de Hidrocarburos, la Ley de Inversión Extranjera y las Normas Oficiales Mexicanas, juridifica las mejores prácticas de la OCDE al reconocerles la característica debida de regulación sobre la cual, los criterios que expide dicha CRE, para la inspección o verificación están planificados y orientados con dichas prácticas, con lo cual se validan e insertan normas privadas suaves al ordenamiento jurídico nacional.*

En ese sentido, en el ordenamiento jurídico mexicano a través de los casos mencionados con antelación podemos afirmar que las *mejores prácticas corporativas, las mejores prácticas en materia contractual y las mejores prácticas en materia energética* al ser mencionadas en actos administrativos y actos legislativos obligatorios e integrantes del ordenamiento jurídico nacional se les confiere la validez necesaria de normas vigentes, aunque no exista una definición expresa de ellas, formulada por alguna institución gubernamental.

Definición que habrá que esperar sea conceptualizada por dichas autoridades o incluso por los tribunales nacionales, al momento de resolver alguna controversia derivada de la apertura y libertad contractual reconocida a todos los participantes del sector energético.

4. *Las Reglas del Internet y de los nombres Dominio en México*

El internet se originó en el seno de la Agencia de Proyectos de Investigación Avanzada del Departamento de Defensa de los Estados Unidos (ARPA), como un incipiente proyecto que buscaba la transmisión de información para la defensa de unos ordenadores a otros, con total seguridad y fiabilidad, sin importar la localización geográfica y ponderando ante todo el mantenimiento de la comunicación ininterrumpida en el año de 1969, denominado ARPANET.

A finales de 1969 este proyecto cobró vida al establecerse en primer enlace de información a través de la línea conmutada entre las Universidades de California y la de Stanford -localizadas en el denominado Silicon Valley, Estados Unidos de América-.

Esta red comenzó a ser explorada por desarrolladores en Estados Unidos, Inglaterra y Suecia, quienes implementaron el protocolo IP (Protocolo de Internet) en todo tipo de computadoras, comenzando así el uso de internet para recibir y enviar correo electrónico. Sin embargo, en 1983 con la aparición de las computadoras personales (PCs) de oficina, la informática revolucionó, ya que podían ser conectadas entre sí formando redes de área local y extendida.

Por ello, se comenzaron a formar redes de PCs y estaciones de trabajo que usaron protocolos TCP/IP (Protocolo de Control de Transmisión / Protocolo de Internet) de Arpanet para comunicarse entre sí e incluso internacionalmente, ya que un mensaje enviado podía viajar por cualquiera de las rutas provistas hasta llegar a su destinatario final, considerándose que, en caso de no recibirlo, sería reenviado a su origen en cuestión de segundos.

La multiplicación de estas redes condujo al uso del internet global, el cual evolucionó hacia la transmisión de imágenes y otros medios en conjunto con los documentos textuales, al que se le denominó World Wide Web, definido como el *conjunto de servicios basados en hipermedios ofrecidos en todo el mundo a través de Internet, en el cual no existe un centro que administre dicha red de información, ya que está constituida por muchos servicios distintos que se conectan entre sí a través de referencias en los distintos documentos*⁶¹⁰.

⁶¹⁰ Téllez Valdés, Julio, *Derecho Informático*, 3ª edición, México, McGraw-Hill, 2007, pp. 83-84.

Sin embargo, esta descomunal interacción a través de la red www no podría haber sido realidad si en la década de 1970, cada computadora no hubiera estado conectada a la red mediante la asignación que tenía de una dirección numérica.

Pues para tener acceso a dichos sistemas computacionales, era necesario recordar la dirección numérica de cada uno⁶¹¹, digamos entonces que los teníamos que llamar por su nombre registrado en el DNS -Sistema de Nombre Dominio- el cual como explica Téllez buscaba *traducir los nombre de equipos de cómputo a su dirección numérica correspondiente, que fuera conveniente, amigable y fácil de utilizar por los usuarios de Internet, proveyendo un esquema de interpretación entre usuarios y computadoras, sin necesidad de recordar direcciones numéricas.*

Este sistema de nombre dominio facilitó la conexión entre los equipos a través de la red, lo cual empujó el registro de dichos nombres bajo la supervisión de la IANA (Agencia de Asignación de Número Internet), la cual comenzó a encargarse del registro central de los parámetros de protocolo, los recursos numéricos de Internet y los nombres de dominio. A nivel global esta Agencia comenzó a normar las regulaciones respecto al internet, por lo que se refería a la normatividad administrativa y técnica que debía existir en cada país para la administración y registro mismo de direcciones que otorgaba la IANA.

Derivado de sus facultades, delegó la función de control y supervisión en la administración del nombre de dominio nacional .MX o código de dos letras, asignado de conformidad con la ISO3166⁶¹² al Instituto de Estudios Superiores de Monterrey -ITESM-, quien fue la primera entidad en conectarse a Internet en el país, y a quien, de acuerdo a la normativa política del ciberespacio, correspondía administrar el referido dominio, en su carácter de Administrador delegado en cada país. Para tan

⁶¹¹ *Ibidem*, pp. 106-107.

⁶¹² Este estándar se refiere al Estándar Internacional para códigos de países y códigos para sus subdivisiones, expedido por la ISO (Organización Internacional de Estándares -organización no gubernamental transnacional, que en este trabajo hemos denominado como una Organización Reguladora Híbrida (OH), cuyo origen se localiza en la participación conjunta de actores públicos y privados para su composición.

El propósito de la ISO 3166 es definir internacionalmente los códigos reconocidos de letra y/o números que usamos cuando nos referimos a los países y sus subdivisiones. El hecho de que los códigos sean una combinación de letras y/o números, además de ahorrar tiempo y evitar errores, son más fáciles de entenderse en todo el mundo. Disponible en <https://www.iso.org/iso-3166-country-codes.html>

grande empresa, el ITESM creó NIC México -*Network Information Center*-, quien, por haber sido la primera entidad en conectarse a internet en México, de acuerdo a las políticas generales del ciberespacio expedidas por la entonces IANA, hoy ICANN -*la Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números, en inglés Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*-, desde ese momento tuvo la responsabilidad de proveer el registro y la asignación de recursos de internet a México, así como el mantenimiento de la base de datos.

Es por ello que, NIC México en su carácter de Organización Híbrida, desde el 1º de febrero de 1989, administra el dominio territorial (ccTLD country code Top Level Domain) .MX⁶¹³, como facultad delegada de la hoy ICANN -Organización Híbrida- de conformidad con la ISO3166 -normatividad suave o soft- siendo 1993 el año decisivo en el que el dominio MX a través del consenso de los principales actores de redes en el país, se acordó crear los subdominios.COM.MX así como .GOB.MX.

De 100 nombres dominio que NIC México tenía registrados en 1995, para el año 1999 ya eran más de 20,000 los dominios registrados con el dominio .MX, y como es natural en la interacción humana, este año surgió la primera disputa a resolverse por la propiedad del dominio de nestle.com.mx. Hecho que condujo al establecimiento de una relación entre NIC México -Organización Híbrida- y el IMPI -organización gubernamental- para resolver dicha controversia.

En virtud de lo anterior a mediados de ese año, se emiten nuevas Políticas Generales por parte de NIC México, en las cuales se introduce un procedimiento de resolución de disputas entre marcas registradas y nombres de dominio⁶¹⁴.

A principios del nuevo milenio se introdujo un nuevo procedimiento de resolución de disputas, administrado por la Organización Mundial de la Propiedad Industrial (OMPI)-organización reguladora pública supranacional, de acuerdo a la clasificación que propusimos en el capítulo primero de este trabajo- basado en la Política Uniforme de solución de controversias en materia de nombre de dominio

⁶¹³ Disponible en <https://www.iana.org/domains/root/db/mx.html>

⁶¹⁴ Nic México, disponible en <http://www.nic.mx/es/NicMx.Historia>

(UDRP), el cual es utilizado en las disputas de dominios genéricos, alrededor del mundo.

Las Políticas Generales de Nombres de Dominio, la Política de Solución de controversias en materia de nombres de dominio para .MX (LDRP) y el Reglamento de la Política de Resolución de controversias en materia de nombres de dominio para .MX, constituyen las *normas suaves e híbridas*, que emite NIC-México a través de su División Registry.MX, como Políticas Base⁶¹⁵ y quien a su vez autoriza como proveedor de servicios de solución de controversias al centro de mediación y arbitraje de OMPI -el cual tiene sus propias políticas y reglas, que se puede aplicar supletoriamente⁶¹⁶- y reconoce como únicas y válidas, sin opción a ser recurribles las resoluciones emitidas por este Centro de mediación.

NIC-México, a través de su División Registry.MX, emite normas híbridas que denomina Políticas general de nombre de dominio en el numeral 1.7 de dichas Políticas⁶¹⁷, en las cuales define al Nombre de Dominio como *un identificador común a un grupo de computadoras o equipos conectados a la red, una forma simple de dirección de internet diseñado para permitir a los usuarios localizar de manera fácil sitios en internet y se referirá a los Nombres de Domino bajo el ccTLD,*

⁶¹⁵ 1.8 Políticas Base

Las Políticas Generales de Nombres de Dominio, Política de solución de controversias en materia de nombres de dominio para .MX (LDRP) y el Reglamento de la política de resolución de controversias en materia de nombres de dominio para .MX, publicadas en el sitio web del Registry .MX (www.registry.mx). Disponible en https://www.registry.mx/jsf/static_content/domain/policies_first_new.jsf

⁶¹⁶ Este Centro comenzó a ofrecer sus servicios bajo los lineamientos de la Política Uniforme de Solución de Controversias en materia de nombre de Dominio (UDRP). Este Centro es competente para conocer sobre la administración de controversias en materia de nombre de dominio de segundo nivel para dominios genéricos de nivel superior (gTLD) a los que se aplica la UDRP, así como respecto a nombres de dominio para 74 códigos de países de nivel superior (ccTLD) que han reconocido dicha competencia, como lo ha hecho México, a través de las Políticas de Solución de controversias en materia de nombre de dominio para .MX y su Reglamento, emitida por NIC-México. Disponible en <http://www.wipo.int/amc/es/domains/gtld/>

⁶¹⁷ 1.7. Nombre de Dominio

Representa un identificador común a un grupo de computadoras o equipos conectados a la red. Son una forma simple de dirección de Internet diseñados para permitir a los usuarios localizar de una manera fácil sitios en Internet. Para efectos del presente, sólo se referirá a los Nombres de Dominio bajo el ccTLD .MX. Disponible en https://www.registry.mx/jsf/static_content/domain/policies_first_new.jsf

esto es, los códigos de países de nivel superior, que para el caso de nuestro país es .MX.

Sumado a lo anterior, el numeral 5. *Disputa y Queja de un Nombre de Dominio*, establece que existe una disputa de Nombre de Dominio cuando *un tercero cree tener mejor derecho sobre la titularidad de un Nombre de Dominio que el actual titular*, la cual puede pertenecer a una de las dos clases de disputas que define.

La *disputa por titularidad*, cuando una persona considera que le corresponde la titularidad de un Nombre de Dominio y cuenta con pruebas de su dicho, siempre y cuando no esté relacionado con temas de propiedad intelectual, pues de lo contrario su controversia encuadraría en el segundo tipo de disputa.

Por lo que este tipo de disputa se llevan a cabo ante Registry.MX, quien administra el Nombre de Dominio y quien lo mantendrá bloqueado en tanto se realiza el procedimiento de solución, con la finalidad de que no sea modificado o transferido. Es decir, en este caso, la organización híbrida soluciona con sus propias normas híbridas, sin interacción con alguna otra organización formal.

Por su parte, la *disputa por propiedad intelectual*, se refiere a la búsqueda de solución a una controversia derivada de *alguna violación a derechos de propiedad intelectual, como marca registrada de productos o servicios, avisos comerciales registrados, denominaciones de origen y reservas de derechos*; controversia a la que será aplicable la Política de Solución de Controversias en materia de Nombre de Dominio para .MX (LDRP) y el Reglamento correspondiente.

Siendo además ventilada ante el Centro de Mediación y Arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, en su calidad del proveedor designado para la solución de la *disputa por propiedad intelectual*, de conformidad con el citado numeral 5. *Disputa y Queja de un Nombre de Dominio*, y el ANEXO A de la *Política de solución de controversias en materia de nombre de dominio para .MX (LDRP) -Políticas Base-* como lo publicita en su página web Registry.MX.

Es decir, en este tipo de controversia por el registro de nombre de dominio implica la colisión entre los derechos reconocidos por normas estatales en materia de propiedad intelectual y los derechos reconocidos por normas sociales -derecho

al registro de un nombre de dominio- conforme a la normatividad emitida por la ICANN y seguida rigurosamente por la organización híbrida encarnada en Registry.MX.

Controversia en la que Registry.MX reconoce a la organización Reguladora Pública Supranacional, denominada OMPI, como el mejor proveedor para solucionar una *disputa por propiedad intelectual*, a través un mecanismo híbrido que integra a un grupo de expertos, compuesto por uno o hasta tres miembros, cuyos nombres aparecen en la página de la OMPI⁶¹⁸.

Expertos que para el caso mexicano son abogados especialistas en materia intelectual que conocen la materia a profundidad y quienes a su vez forman asociaciones de abogados del ramo quienes se reúnen periódicamente con las autoridades del IMPI, con la finalidad de consensar cambios en los procedimientos de registro de marcas, nombres comerciales, avisos comerciales y denominaciones de origen, e incluso en la ley, para una mayor eficacia de tales derechos en nuestro país.

Este mecanismo no puede asemejarse a un Arbitraje, en razón de que carece de una cláusula arbitral, y por tanto no es recurrible, pues como hemos observado tiene origen en las Políticas Generales de nombres de Dominio, las cuales son aplicables a todas las personas -físicas y morales- que aceptaron los términos de dichas políticas y los reglamentos aplicables, y, por tanto, aceptaron someter cualquier procedimiento de disputa de conformidad con la normatividad híbrida y suave antes mencionada.

Asimismo, este mecanismo híbrido, no tiene etapas procesales o recursos dilatorios, por el contrario, las pruebas se desahogan al momento de estar resolviéndose la controversia ante el experto, quien en el *debate y las conclusiones* considera los argumentos y probanzas de las partes, resaltando los argumentos que lo llevaran a su decisión final⁶¹⁹.

⁶¹⁸ Los cuales son visibles en la página <http://www.wipo.int/amc/es/domains/panel/panelists.html#123>

⁶¹⁹ Disponible en <http://www.wipo.int/amc/en/domains/search/text.jsp?case=DMX2016-0036>

Por ejemplo, en la Decisión del Grupo de Expertos, Sub-Zero Inc., c. Karen Anabel Mejía Castro. Caso No. DMX2016-0036 ante la OMPI, en el numeral 6. Debate y conclusiones, incisos A., B, y C., señala lo siguiente:

A. Identidad o similitud den grado de confusión

El Promovente acreditó tener derechos sobre las marcas SUB-ZERO, SUB-ZERO y diseño y SUB ZERO y diseño, las cuales tiene registradas ante el IMPI y/o la USPTO.

Al analizar la identidad o similitud entre una marca y un nombre de dominio, el sufijo correspondiente al dominio de nivel superior relativo al código territorial ".mx", por lo general no influye ni se toma en cuenta ya que su existencia obedece a razones técnicas. En relación al diseño que forma parte de una marca, es bien sabido que también por razones técnicas un gráfico no puede formar parte de un nombre de dominio y, por tanto, el elemento figurativo de una marca generalmente no es tomado en cuenta al realizar el análisis comparativo de identidad o similitud (véase, por ejemplo, Turistar Cinco Estrellas, S.A. de C.V. c. Jesús Ayala, Caso OMPI No. DMX2013-0024).

Considerando lo antes dicho, de un examen a simple vista se advierte que el nombre de dominio en disputa es similar en grado de confusión a dichas marcas del Promovente...

B. Derechos o intereses legítimos

El Promovente afirma que el Titular no dispone de ningún derecho o interés legítimo respecto del nombre de dominio en disputa, sin que el Titular lo haya refutado. El Promovente asevera que el Titular no ha sido conocido comúnmente por el nombre de dominio en disputa, que el Titular no tiene derechos sobre la marca SUB-ZERO, ni sobre una marca, aviso comercial o reserva de derechos que contenga el término "sub-zero", que no ha existido relación alguna entre el Promovente y el Titular, y que éste no ha sido distribuidor autorizado o licenciatario del Promovente.

C. Registro o uso de mala fe

Ha quedado acreditado que las marcas del Promovente se encuentran registradas y que su registro es anterior al registro del nombre de dominio en disputa, además de que el Titular no ha sido autorizado por el Promovente para usar sus marcas en el nombre de dominio en disputa o el sitio web asociado al mismo.

Argumentos que sirven para dar una Decisión final cuya ejecución se acata por Registry.MX, según sea el sentido, que puede consistir en la transferencia o cancelación del nombre de Dominio en disputa, brindando la flexibilidad, la prontitud y la certeza jurídica que las normas híbridas y suaves representan en la actualidad.

5. El concepto de resiliencia en el proceso de creación de la Constitución de la Ciudad de México.

El ejercicio político que representó la elaboración de la Constitución de la Ciudad de México (CCDMX), ejemplifica la juridificación dentro del ordenamiento jurídico

nacional del compromiso 91⁶²⁰ -*norma legal suave o soft*- contenido en el Pacto por México, como una *norma jurídica híbrida*, a través de los procesos legislativos dispuestos conforme a nuestra máxima norma.

Esto es así, pues dicha juridificación derivó de la reforma legislativa que modifica diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) en materia de la reforma política de la Ciudad de México; la cual, fue aprobada y remitida al Ejecutivo Federal, para su publicación en el DOF por parte de la Comisión Permanente del H. Congreso de la Unión, previa aprobación a su vez, de las Cámaras de Diputados y de Senadores del Congreso General, así como de la mayoría de las Legislaturas de los Estados.

Es decir, se le otorgó validez a lo dispuesto por el Compromiso 91 del citado Pacto, y también se le reconoció como norma jurídica, al ser aprobado a través de los procedimientos legislativos conducentes al ser parte del texto reformado del artículo 122 de la CPEUM.

Aunque los motivos que originaron esta reforma no corresponden al momento constitucional al que aluden tanto Teubner como Luhmann, al final cobró vida.

Pues para Luhmann, el momento constitucional es un momento al que se llega empujado por el surgimiento de un colapso directamente inminente de las consecuencias destructivas del progreso que, por ende, puede salir adelante mediante un proceso de reflexión autocrítica y una decisión de compromiso de auto-control⁶²¹. Catástrofe social que a pesar de que no ha ocurrido, no significa que no

⁶²⁰ Su naturaleza de norma jurídica híbrida la adquiere desde su origen en el Pacto por México, en el cual se dispuso que este Compromiso, consistiría en ser la culminación del proceso de reforma del Distrito Federal, a través del establecimiento de una mesa nacional de negociación que acordase sus términos y que, buscaría ser juridificada a través de los mecanismos legislativos previstos en la CPEUM, debiendo consistir en:

- El cambio de nombre a Ciudad de México, manteniendo su naturaleza jurídico-política de capital de la República.
- La elaboración de una Constitución propia.
- La revisión de las facultades del Jefe de Gobierno (Ejecutivo Local) y la Asamblea Legislativa (Legislativo local), la elección de gobiernos colegiados con representación plural y semejante a los ayuntamientos, conforme a la presencia de las fuerzas políticas en cada demarcación. Disponible en <http://pactopormexico.org/PACTO-POR-MEXICO-25.pdf>

⁶²¹ Teubner, *op. cit.*, nota 573, p. 82.

esté en proceso no sólo en nuestra sociedad nacional, sino en la sociedad mundial moderna actual, lo cual discutiremos en las conclusiones de éste trabajo.

Retomando el ejercicio político de la elaboración de la CCDMX, ésta además de ser producto de una norma jurídica híbrida como aludimos con antelación, que en el Artículo Séptimo transitorio del decreto de reforma aludido y publicado en el DOF el 29 de enero de 2016, reconoció a la Asamblea Constituyente de la Ciudad de México (CDMX) como la única autoridad legislativa integrada de 100 diputados constituyentes, para desempeñar las funciones de Poder Constituyente a fin de aprobar la CCDMX a más tardar el 31 de enero de 2017, por las dos terceras partes de sus integrantes⁶²².

Asimismo, conforme al último párrafo del citado séptimo transitorio, la Asamblea Constituyente fue facultada para crear al menos tres comisiones para la discusión y aprobación de los dictámenes relativos al proyecto de Constitución. Por lo que, en ese sentido la referida Asamblea instauró entre otras muchas, la Comisión de Buen Gobierno, combate a la corrupción y régimen de responsabilidades de los servidores público.

Es dentro de esta Comisión en la que se preparó el Dictamen con Proyecto de Título Quinto de la CCDMX, compuesto por los artículos 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72 y 73; dictamen en cuyo contenido la Diputada constituyente Lol Kin Castañeda Badillo, en su propuesta de modificación al artículo 66 numeral 1, buscó la inclusión del concepto de *resiliencia* como Principio en el que se fundase la buena administración y el buen gobierno en dicho artículo.

Su intención de establecer como Principio a la *resiliencia*, se basó primordialmente en las obligaciones que ya había adquirido México al haber firmado varios acuerdos internacionales⁶²³ por un lado. Por el otro, era inminente la inclusión

⁶²² Tal y como el presidente de la Cámara de Diputados, diputado José de Jesús Zambrano Grijalva, afirmó de la manera siguiente: "...a los constituyentes les corresponde diseñar un régimen para colocar a la ciudadanía en el centro de la vida pública... El Congreso de la Unión celebra esta oportunidad para que la sociedad capitalina se exprese en un proceso fundacional que inaugure un nuevo contrato social que conduzca hacia un futuro de igualdad, justicia y democracia. Que sea para bien de México y de las y los mexicanos. En Diario debates de Cámara Diputados, Año I, Primer Receso, 20 enero 2016, pp. 72-73.

⁶²³ Estos acuerdos internacionales, son entre otros, el Marco de Sendai en 2015 en Japón, en donde se invitó a los gobiernos locales a contribuir durante los 15 años próximos en reforzar los procesos de gobernanza y aumentar la preparación en la materia: las capacidades para prever, recuperarse

de este concepto, derivado de los compromisos no vinculantes que obligaban a la Ciudad de México, quien además fue seleccionada en el año 2013 para integrar el Programa Internacional de 100 Ciudades Resilientes del mundo -una organización no gubernamental, que es patrocinada a su vez por la Fundación Rockefeller, otra organización no gubernamental⁶²⁴-.

La resiliencia entonces se definió en ese dictamen como la capacidad de una ciudad para (planear), sobrevivir, adaptarse y crecer independientemente de las tensiones (por ejemplo, manifestaciones, el colapso de la movilidad, la sobre explotación del acuífero) o los impactos (terremotos, inundaciones, pandemias) que experimenten, en un contexto de riesgos potenciales cambiantes⁶²⁵.

Finalmente después de diversas discusiones de los integrantes de la citada Comisión, este concepto fue incluido no sólo en el artículo final 60.1, sino en los diversos 11.B.d.6, 16.A.3 16.I, y 16.I.f, por lo que atendió a temas de gobernanza, inclusión social y administración territorial, es decir, fue juridificada la resiliencia al incluirla en un texto legal, más no ha sido definida por ley secundaria alguna, que ante la omisión habrán de recurrir los tribunales a definiciones provistas por organizaciones privadas no gubernamentales, es decir a normas suaves, convirtiendo así, a la resiliencia contenida en la CCDMX como una norma híbrida legal.

V. LA LEGALIDAD “HARD/DURA” DE LOS TRIBUNALES EN LA COLISIÓN DE NORMAS JURÍDICAS HÍBRIDAS EN LA ERA TRUMP: ¿FUTURO MÁS ALLÁ DE LA CATÁSTROFE?

La sentencia emitida por el Tribunal de Apelaciones del 9º Circuito de los Estados Unidos de América en el juicio No. 17-35105 D.C. NO. 2:17-cv-00141 *entre State of Washington; State of Minnesota v. Donald J. Trump, President of the United States*;

después de un acontecimiento externo o imprevisto; la agenda para el Desarrollo, Asamblea General de la ONU 2030: objetivo 11, “Lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sea... resilientes...”; la Nueva Agenda Urbana en Quito, Hábitat III... México propuso construir ciudades con enfoque de género, justas, sostenibles, resilientes e inclusivas...” Dictamen disponible en <http://gaceta.diputados.gob.mx/ACCM/GP/20161210-C8D.pdf>, p. 282.

⁶²⁴ Disponible en http://www.100resilientcities.org/cities#/-/_/

⁶²⁵ Dictamen disponible en <http://gaceta.diputados.gob.mx/ACCM/GP/20161210-C8D.pdf>, p. 81.

U.S. Department of Homeland Security; Rex W. Tillerson, Secretary of State; John F. Kelly, Secretary of the Department of Homeland Security; United States of América, que enfrentó a los citados Estados con el gobierno Federal encabezado por Donald J. Trump, por la emisión de la Orden Ejecutiva 13769 “Protecting the Nation From Foreign Terrorist Entry Into the United States”, el 27 de enero de 2017, marcó un momento histórico para la sociedad mundial actual.

La importancia de esta Sentencia radicó en que la Orden Ejecutiva 13769, tuvo el principal objetivo de:

- Prohibir por 90 días la entrada al territorio de los Estados Unidos de cualquier persona nacional de 7 países: *Irak, Irán, Libia, Somalia, Sudán, Siria y Yemen*.
- Suspender por 120 días el Programa de Admisión de Refugiados, priorizando únicamente la atención a demandas de refugio basadas en la persecución religiosa, siempre y cuando la religión del solicitante de refugio fuese una religión minoritaria en el territorio del país del que fuese nacional. Es decir, limitaba el acceso al refugio a todo aquél que practicase la religión principal de los 7 países señalados con antelación y que es *musulmana*.
- Suspender indefinidamente la entrada de todos los refugiados nacionales de Siria.

Este hecho histórico se convirtió, por un lado, no sólo en el ejemplo idóneo para representar la legalidad y la eficacia del Derecho, visto como una *comunicación*, en manos de los Tribunales nacionales, ante la interacción del sistema jurídico híbrido de la sociedad mundial moderna en la que vivimos y que el Dr. Héctor Fix ha denominado una legalidad dura o legalidad hard, a través de sus obras y artículos académicos.

Sino también, significó un fragmento de la realidad social, que nos permitió observar al Derecho en acción -*Law in action*-, en su particularidad de acción social o acción comunicativa, visible gracias a la movilización de cientos de organizaciones civiles quienes a través de docenas de abogados y estudiantes de Derecho que interactuaron colaborativamente en la investigación y elaboración de argumentos

durante la noche anterior a la entrada de vigencia de la citada Orden Ejecutiva, elaboraron una demanda fruto de su interacción remota y en tiempo real, a través de los dispositivos móviles -computadoras, teléfonos, redes social- y el internet⁶²⁶, que de manera tangible permitió aunque no masivamente, dar solución a la violación flagrante de dicha orden.

Pues una vez que fue presentada vía internet, a través del sistema electrónico provisto por el sistema judicial en el Distrito de Nueva York, la referida demanda, fue subida a diversas plataformas digitales, para que estuviese disponible en el ciberespacio como plantilla para otros abogados en el resto del país.

En ese sentido, comencemos analizando la Orden Ejecutiva 13769, cuyo principal argumento sobre el cual fundó su contenido⁶²⁷, fue la afirmación de que existía la posibilidad de que “numerosas personas nacidas en el extranjero que habían sido encarceladas o implicadas en crímenes relacionados con el Terrorismo, o incluso personas ya admitidas pudiesen tener actitudes hostiles hacia los Estados Unidos, a causa del deterioro de las condiciones de vida en sus países, muchas de ellas ocasionadas por la guerra civil y conflictos armados, pudiesen ingresar por cualquier medio al territorio de los Estados Unidos”.

Por lo cual el país, debía estar vigilante durante el proceso de emisión de visas, con la finalidad de asegurar que aquellos que hubiesen obtenido la visa de

⁶²⁶ Tal y como lo registraron varios medios de comunicación como el New York Time's en su sitio web: “Around 5:30 a.m. — shortly before the first Europe-bound flights were scheduled to depart — they filed the lawsuit on the electronic docket system for the Eastern District of New York. Then they began converting their files into templates for lawyers in districts across the country to use, as well. So began the opening salvos of the legal pushback to Mr. Trump’s executive order banning entry to refugees and others from seven predominantly Muslim countries. “It was amazing — everyone swung into action and we were up all night drafting it,” said Becca Heller, a Yale graduate and co-founder of the International Refugee Assistance Project, which represented the Iraqi men. Anticipating that Mr. Trump’s order might ensnare them, the project had sent lawyers to the airport to meet them when their flight landed. Disponible en https://www.nytimes.com/2017/01/30/us/politics/lawyers-trump-travel-order.html?_r=0

⁶²⁷ Citing the terrorist attacks of September 11, 2001, and stating that “numerous foreign-born individuals have been convicted or implicated in terrorism-related crimes” since then, the Executive Order declares that “the United States must ensure that those admitted to this country do not bear hostile attitudes toward it and its founding principles.” *Id.* It asserts, “Deteriorating conditions in certain countries due to war, strife, disaster, and civil unrest increase the likelihood that terrorists will use any means possible to enter the United States. The United States must be vigilant during the visa-issuance process to ensure that those approved for admission do not intend to harm Americans and that they have no ties to terrorism.” *Id.* Sentencia disponible en <https://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2017/02/09/17-35105.pdf>, pp. 3-4.

admisión no intentarían dañar a los ciudadanos americanos, así como investigar posibles vínculos con el Terrorismo.

Los Estados de Washington y de Minnessota -quien se adhiere a la demanda inicial de Washington-, argumentaron que dicha Orden Ejecutiva:

- Dañaba la Economía del Estado y los derechos de sus Universidades Públicas, contenidos en la 1ª enmienda -*prohíbe cualquier ley que pretenda establecer una religión*- y 5ª enmienda -*prohíbe al gobierno la privación a los individuos de su vida, libertad o propiedad sin el debido proceso legal*-, así como varias leyes⁶²⁸.
- No protegía contra ataques terroristas de nacionales extranjeros, sino que intentaba ser una prohibición legalizada a la cultura musulmana, como Trump había prometido realizar durante su campaña presidencial.

Medularmente los Estados argumentaron que la Orden Ejecutiva causaba ***un daño concreto y particularizado a sus Universidades Públicas***, quienes representaban la voz del interés público norteamericano.

El principal argumento de estos Estados fue, que mientras la referida Orden Ejecutiva estuviera en vigor, se causaría un daño irreparable y violatorio a sus derechos consagrados en la Primera y Quinta Enmiendas de su Constitución, ya que las misiones de enseñanza e investigación -razón primordial de su existencia per se-, eran realizadas a través de su claustro docente y su comunidad estudiantil -integrado por personas que resultaron directamente afectadas con la vigencia de dicha Orden, al ser nacionales de los países cuyo ingreso al país fue prohibido-⁶²⁹,

⁶²⁸ the INA, the Foreign Affairs Reform and Restructuring Act, the Religious Freedom Restoration Act, and the Administrative Procedure Act. Sentencia disponible en <https://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2017/02/09/17-35105.pdf>, p. 5.

⁶²⁹ ***The States argue that the Executive Order causes a concrete and particularized injury to their public universities***, which the parties do not dispute are branches of the States under state law. See, e.g., *Hontz v. State*, 714 P.2d 1176, 1180 (Wash. 1986) (en banc); *Univ. of Minn. v. Raygor*, 620 N.W.2d 680, 683 (Minn. 2001).

Specifically, the *States allege that the teaching and research missions of their universities are harmed by the Executive Order's effect on their faculty and students who are nationals of the seven affected countries. These students and faculty cannot travel for research, academic collaboration, or for personal reasons, and their families abroad cannot visit. Some have been stranded outside the country, unable to return to the universities at all. The schools cannot consider attractive student*

y por lo tanto, corrían peligro de no cumplirse junto con su ***misión de compromiso global de potenciar sus metas educativas***; misiones que dependían totalmente de las personas cuya restricción para circular y viajar, a fin de realizar las ideas, la cultura, la experiencia, los conocimientos y vivencias propias de las personas cuya restricción para circular y viajar con la finalidad de desempeñar actividades de investigación o colaboración académica, estaba siendo prohibida. Tal y como quedó incluido en el contenido de la foja 10 de dicha sentencia que a la letra señala:

III. Standing

... The University of Washington has already incurred the costs of visa applications for those interns and will lose its investment if they are not admitted. Both schools have a mission of "global engagement" and rely on such visiting students, scholars, and faculty to advance their educational goals. Students and faculty at Minnesota's public universities were similarly restricted from traveling for academic and personal reasons.

Asimismo, al haber omitido el gobierno de Trump, aportar las pruebas necesarias que fundamentasen legalmente, los motivos verdaderamente existentes del peligro en el que se encontraba la seguridad nacional estadounidense y que supuestamente dieron origen a la Orden Ejecutiva -que detonó los requisitos de visado extremos, que tendieron a justificar la urgente necesidad de quitar incluso visados previamente autorizados-, generó total incertidumbre jurídica y un estado de indefensión flagrante de estas personas, así como también disminuyó la credibilidad de dicho gobierno para ejercer legítimamente el Poder Ejecutivo, para el cual fue elegido. Afectando con ello, la validez y eficacia de las futuras Órdenes Ejecutivas.

Esta omisión dentro del juicio de Apelación, dejó al descubierto la falta de pericia y mentiras que no pudieron seguir sosteniendo un acto totalmente ilegal como lo era la Orden Ejecutiva 13769 emitida por Trump, ya que su gobierno tuvo la posibilidad de aportar incluso información clasificada, la cual regularmente reciben los tribunales bajo sello, manteniendo siempre su confidencialidad como ya

candidates and cannot hire faculty from the seven affected countries, which they have done in the past.

ha ocurrido en diversos juicios ventilados⁶³⁰ ante los Tribunales norteamericanos y que, no sucedió en el caso que nos ocupa.

De ahí que, el Juez al emitir su sentencia considerando el interés público, convino en reconocer el derecho de este interés público a la seguridad y protección interna dentro del territorio estadounidense; mismo que fue delegado constitucionalmente a favor del titular del Poder Ejecutivo para que emitiese las políticas que garantizaran dicho derecho, como lo fue la Orden Ejecutiva 13769.

Pero también, el Tribunal de referencia consideró que este interés público, al mismo tiempo poseía el derecho de circular libremente dentro del territorio estadounidense, que garantizará la imposibilidad de separar a las familias por razones de discriminación.

Por lo que, al causar un perjuicio inmediato y daño irreparable al citado interés público, la aplicación de esta orden fue prohibida por el Tribunal de Apelaciones del 9º Circuito de los Estados Unidos de América en el juicio No. 17-35105.

De lo que se colige que, estudiando la sentencia en comento y el papel del Tribunal de Apelaciones, es visible la fortaleza y fuerza que revisten las decisiones judiciales que emiten las Cortes nacionales en su naturaleza de instituciones

⁶³⁰ Los pies de página en las páginas 27 y 28 de la sentencia consignaron la falta de evidencia del gobierno de la manera siguiente:

7 Although the Government points to the fact that Congress and the Executive identified the seven countries named in the Executive Order as countries of concern in 2015 and 2016, the Government has not offered any evidence or even an explanation of how the national security concerns that justified those designations, which triggered visa requirements, can be extrapolated to justify an urgent need for the Executive Order to be immediately reinstated.

8 In addition, the Government asserts that, “[u]nlike the President, courts do not have access to classified information about the threat posed by terrorist organizations operating in particular nations, the efforts of those organizations to infiltrate the United States, or gaps in the vetting process.” But the Government may provide a court with classified information. Courts regularly receive classified information under seal and maintain its confidentiality. Regulations and rules have long been in place for that. 28 C.F.R. § 17.17(c) (describing Department of Justice procedures to protect classified materials in civil cases); 28 C.F.R. § 17.46(c) (“Members of Congress, Justices of the United States Supreme Court, and Judges of the United States Courts of Appeal and District Courts do not require a determination of their eligibility for access to classified information . . .”); W.D. Wash. Civ. L.R. 5(g) (providing procedures governing filings under seal).

Sentencia disponible en <https://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2017/02/09/17-35105.pdf>

públicas, que como ha señalado el Dr. Fix Fierro⁶³¹, mediante su quehacer diario manifiestan la legitimidad del Derecho a través la judicialización de los conflictos normativos que surgen entre normas estatales; basando muchos de sus argumentos en el reconocimiento expreso que hacen de las normas sociales emitidas por entes privados o supranacionales.

Es el caso de los Tribunales de las organizaciones regionales iberoamericanas de principios de este nuevo siglo, quienes de acuerdo a Cippitani, han convenido en elaborar conceptos jurídicos que respondan a la interrogante sobre el impacto que tendrán en el Derecho de la región⁶³² tales conceptos. Los conceptos legales de acuerdo a Simon Deakin y Fabio Carvalho⁶³³ operan como mecanismos evolutivos, ya que la idea abstracta que se materializa a través de ellos en una forma particular de codificación.

De ahí que la creación conceptual que el Tribunal de Apelaciones del 9º Circuito realizó en su sentencia, imitó a cabalidad, esa elaboración conceptual jurídicas de los tribunales regionales expuesta con antelación. Y lo hizo al elaborar incipientemente en su resolución judicial un esbozo del concepto de Cosmopolitismo, acción con la cual legitimó al Derecho concebido en su naturaleza de acción o comunicación social.

Pues a pesar de que dicha sentencia sea recurrida con posterioridad, ha dejado consecuencias para los disputantes actuales en el futuro, creando a través de sus argumentos y nueva acepción sobre el Cosmopolitismo, el Derecho que validarán en la resolución judicial final que resulte cosa juzgada.

El Cosmopolitismo, un constructo social griego, tan antiguo como la civilización humana, fue el concepto que tácitamente definió el Tribunal de Apelaciones, al cimentar su decisión en el peligro que significaba que las Universidades impugnantes, no cumplieran su compromiso global de potenciar sus metas educativas, por la expresa discriminación que representaba la sola vigencia de la Orden Ejecutiva 13769.

⁶³¹ Fix, *op. cit.*, nota 15, p. 231.

⁶³² Cippitani, *op. cit.*, nota 30, p. 314.

⁶³³ Deakin, *op. cit.*, nota 590, p. 122.

Pues atendiendo a la obligación que tienen los Tribunales, de acuerdo con Luhmann *de crear, postular y presuponer al decidir y cuando no puedan decidir, deberán inventar el Derecho*⁶³⁴, en el caso que nos ocupa, el Tribunal presupuso las consecuencias que provocaría en su ordenamiento jurídico y en su sociedad - un caos social, despertado por movimientos sociales de protesta masiva, que quizás generaría una crisis económica más viral y negativa para su país y por ende para el mundo-, la ausencia de la mención o formulación de un Cosmopolitismo, aunque sea incipiente.

Esta formulación incipiente del Cosmopolitismo que plasmó en su contenido la mencionada sentencia, fue auspiciada en mucho por las normas híbridas globales que hoy día buscan homogenizar en todo el orbe un mayor respeto a la Dignidad humana a través del reconocimiento de los Derechos Humanos, a través del establecimiento de Principios, Valores y normas mínimos universales, éticos y multiculturales, que operen desde su universo y contexto social-local hasta el multiverso global reinante en la sociedad actual, cuyos efectos no sólo beneficien a los seres humanos que habitan dentro de las fronteras geográficas de los actuales Estados-nación, sino a aquellos que siendo nacionales de terceros países son vistos como personas, cuya presencia en ese espacio territorial, es vital para el alcance de un mayor bienestar al que toda nación individualmente aspira y se ha fijado como meta primordial realizar.

Esta sentencia de igual modo, es prueba plena y viviente de la existente formulación de un sistema jurídico híbrido global y nacional fragmentado en los ordenamientos jurídicos estatales.

Un sistema jurídico que, a través de la actividad jurisdiccional de los Tribunales nacionales, busca ante la existencia de multiversos de identidades hibridizadas⁶³⁵ -mezcladas o mestizadas- de la raza humana, acelerar los pasos que conduzcan a la culminación del proceso de Cosmopolitización⁶³⁶ que inició la

⁶³⁴ Luhman, *op. cit.*, nota 14, p. 371.

⁶³⁵ Representados en un círculo expansivo e incluyente en cuyo centro el individuo (unidad fundamental de su interés).

⁶³⁶ Campos Becerra, Noemí, "Cosmopolitismo", en Álvarez Ledesma, Mario I., y Cippitani, Roberto (Coords), en *Diccionario Analítico de Derechos Humanos e Integración Jurídica*, Italia, ISEG, 2013, p. 100.

humanidad en 1948, a la firma de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano⁶³⁷.

Lo anterior en razón de que el *Cosmopolitismo*, en su naturaleza de concepto legal es usado como una herramienta por el Derecho, en su pretensión de resolver los problemas universales que aquejan a nuestra especie desde el ámbito global y transfronterizo.

Por lo tanto, el Cosmopolitismo como concepto legal, le otorga al Derecho la tarea de juridificar como estrictamente *obligatorios y válidos al conjunto de derechos y valores éticos mínimos universales multiculturales –derecho a la vida, a la libertad, a expresarse, al trabajo, a una justa remuneración, de circulación, de procreación, de salud, de vivienda, alimentación, educación, cultura, información, sustentabilidad y armonía con el medio ambiente, el acceso a la justicia, así como los valores de justicia, fortaleza, templanza, sabiduría y prudencia aplicadas en la esfera interna y externa del ser humano, sin violar su libre albedrío, por citar algunos ejemplos–* inherentes al ser humano desde su propia naturaleza, en sus multiversos legales locales y el multiverso cosmopolita global, a fin de ser reconocidos como Principios fundamentales que determinan la responsabilidad directa en su cumplimiento o violación al individuo mismo⁶³⁸.

Porque, aunque en la actualidad no ha llegado a su fin el proceso de Cosmopolitización, caracterizado por la apertura hacia un horizonte más próspero y de ventura, en el que la formulación de preguntas existenciales sobre qué hacer para vivir en un mundo bueno y mejor, al que se aspira y en al que se lleve a la civilización actual lejos del riesgo latente de su autodestrucción.

Los regímenes normativos multidiversos buscan alcanzar este *Cosmopolitismo* -como idea y constructo social-, a pesar del surgimiento de algunas colisiones y coincidencias entre ellos. Hecho que muestra la interdependencia de las normas legales en su naturaleza de comunicaciones con otras comunicaciones

⁶³⁷ Proceso de Cosmopolitización multidimensional, que comenzó con la firma en 1948 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y significó el nacimiento del régimen internacional de Derechos Humanos -conjunto de normas globales y regionales interrelacionadas y coexistentes entre sí, que incluyen a los tratados internacionales, al derecho internacional público y privado y al soft law. *Ibídem*, p. 96.

⁶³⁸ *Ibídem*, p. 100.

sociales que buscan generalizar la aplicación de conceptos, normas, Principios y Valores mediante los cuales, la conducta de los Estados debe estar limitada y regulada⁶³⁹ dentro de sus fronteras territoriales, tal y como quedó comprobado en la decisión del Tribunal de Apelaciones del 9º Circuito de los Estados Unidos de América.

Es finalmente este Tribunal norteamericano el que materializó la legalidad hard o dura del Derecho en su decisión judicial, al resolver la colisión surgida entre las jurídicas híbridas de nuestro actual tiempo y las normas estatales norteamericanas, reconociéndoles a las normas híbridas la validez y la juridificación necesarias para su cumplimiento y eficacia dentro de su ordenamiento jurídico.

Evento ocurrido en un tiempo en el que ante la catástrofe inminente que representó la llega de Donald Trump al pináculo del Poder Ejecutivo de la nación más poderosa del mundo, y una de las más activas en la producción de normas híbridas y globales, y se tradujo en un temor de destrucción al *crecimiento desorbitante de multiplicidades de normas internacionales y globales*⁶⁴⁰ *cosmopolitas*, cuyo cumplimiento observan el mayor número de naciones en el mundo, muchas de ellas forzadas por la entonces potencia americana, ungida con la autoridad moral y jurídica para ello, fue salvada por el Tribunal de Apelaciones del 9º Circuito.

Pero también este hecho, al unísono abrió la conciencia de infinidad de abogados formados en prestigiosas Universidades norteamericanas, por años rivalizadas, que se movilizaron rápidamente, a fin de trabajar colaborativamente entre ellos en tiempo real y a través del uso de redes sociales y tecnológicas, en beneficio de los ciudadanos del mundo; haciendo visible el surgimiento de un amplio número de abogados que serán el contrapeso y la resistencia legal a los actos violatorios que ha inaugurado la era Trump en los Estados Unidos de América y la sociedad mundial moderna y red de la que hemos dicho nos incluye a todos;

⁶³⁹ David, Paul, A., "Path dependence: a foundational concept for historical social science", en Zumbansen, Peer and Calliess, Galf-Peter (eds.) *Law, Economics and Evolutionary Theory*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2011, p. 101.

⁶⁴⁰ Cfr., Poiaras, *op. cit.*, nota 29, p. 357.

resistencia legal que comenzará a traspasar esas fronteras geográficas y muy pronto espero sean mayormente visibles en nuestro país.

Del otro lado de la frontera, está el proceso de juridificación que han venido realizando los tribunales mexicanos, cuya actividad diaria va formando los criterios judiciales y en el mejor de los casos la Jurisprudencia, que representa la legitimidad manifiesta de la aplicación del Derecho mediante las decisiones aplicadas a los casos particulares⁶⁴¹.

Este quehacer judicial diario de los tribunales nacionales se ha hecho más que visible a través de las diversas tesis aisladas emitidas en este último lustro, mediante las cuales los argumentos vertidos en ellas, han otorgado el reconocimiento expreso de los referidos Tribunales sobre las normas sociales emitidas por entes privados o supranacionales, que implica la obligatoriedad de cumplirlas.

Tal es el caso en temas frontera como los de Telecomunicaciones en los que incluso existen Tribunales especializados⁶⁴² que han entrado al análisis y remisión de normas sociales o suaves como son *las mejores prácticas internacionales*.

Ejemplo de ello es el caso de la controversia planteada respecto del concepto de Operador hipotético eficiente, por la hoy extinta Comisión Federal de Telecomunicaciones, para el Modelo de costos de interconexión móvil para el periodo 2012-2014, y resuelta en este 2017⁶⁴³.

Controversia en la cual se resolvió que la decisión de la citada Comisión de establecer como Política Pública en una disposición legal que para el modelo de

⁶⁴¹ Luhmann, nota 14, p. 367.

⁶⁴² Es el caso del Primer Tribunal Colegiado de Circuito en materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en la Ciudad de México y Jurisdicción en toda la República.

⁶⁴³ Tesis I.1o.A.E.200 A (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, viernes 03 de marzo de 2017 10:06 h. Disponible en https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=&Apendice=&Expresion=&Dominio=Tesis++publicadas+el+viernes+03+de+marzo+de+2017.+Tribunales+Colegiados+de+Circuito&TA_TJ=2&Orden=3&Clase=DetalleSemenarioBL&Tablero=&NumTE=68&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=1&SemanaId=201709&ID=2013842&Hit=23&IDs=2013844,2013843,2013842,2013841,2013840,2013839,2013838,2013837,2013836,2013835,2013834,2013833,2013832,2013831,2013830,2013829,2013828,2013827,2013826,2013825&Epoca=-100&Anio=-100&Mes=-100&SemanaId=201709&Instancia=7&TATJ=2

costos de interconexión móvil de tipo bottom-up, debía de utilizarse el concepto de *operador hipotético* para el período 2012-2014, era legal, razonable y proveía la certidumbre o seguridad jurídica debida, derivado de las conclusiones que nos provee el Tribunal, las cuales medularmente señalan lo siguiente:

- La Comisión fundamentó dicho acto administrativo en:
 - El contenido de su respuesta a los comentarios recibidos en la consulta pública que realizó respecto a los modelos de costos de interconexión fijo y móvil.
 - El resultado de los dictámenes rendidos por los especialistas en materia económica.
- El uso del concepto de operador hipotético, es justificado en razón de que:
 - *La práctica internacional demuestra que es más confiable un modelo de costos tipo bottom-up, ya que permite modelar la tecnología más eficiente, dependiendo menos de los costos históricos en que incurren los operadores reales y son difíciles de obtener con exactitud.*
 - *Por lo que se aprecia una sintonía con lo que han sido las mejores prácticas internacionales y las más recomendables por razón de su implementación.*

Similar juridificación de las mejores prácticas internacionales ocurrió en el criterio emitido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien al resolver que la incorporación de los sujetos del sector no financiero, incluidos los dedicados al ámbito inmobiliario al esquema de combate al lavado de dinero, que se desprende de la lectura conjunta que se haga de los artículos 17, fracción XV y 18 de la Ley Federal para la prevención e identificación de operaciones con recursos de procedencia ilícita, no es violatorio del derecho humano de igualdad⁶⁴⁴.

Lo anterior lo aduce, declarando que la citada incorporación de sujetos no financieros en las hipótesis normativas señaladas con anterioridad, se funda en la razón objetiva de que conforme a las mejores prácticas internacionales y al contexto

⁶⁴⁴ Tesis 1a. CCXLIII/2015 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, agosto de 2015, p. 472.

nacional, el congreso de la unión los incluyó, al ser los sujetos más propensos para ser utilizados por la delincuencia organizada en el blanqueo de recursos.

En todos estos argumentos jurisdiccionales, podemos apreciar términos y referencias a *normas híbridas suaves* como son las *mejores prácticas internacionales, tecnología más eficiente, menos costos*, cuyo cumplimiento por parte de la autoridad administrativa y penal, es obligatorio y debe ser considerado en futuras controversias que versen sobre el mismo fondo o uno parecido, por parte de los tribunales competentes.

Pues estos criterios judiciales, además de juridificar los conceptos y normas sociales anteriormente señaladas, al mismo tiempo les reconocen validez dentro del ordenamiento jurídico mexicano y los incluye dentro de dicho ordenamiento como conceptos válidamente legales, sobre los cuales se pueden fundar actos administrativos y resoluciones judiciales futuras, como fue el caso citado.

Normas suaves que son producto de regímenes privados internacionales. Decisión y criterio judicial que da seguimiento a la evolución del sistema jurídico híbrido global y también del nacional que hemos venido ocurriendo hoy día.

Destaca también el caso del criterio judicial emitido por el Segundo Tribunal Colegiado en materia Penal del Sexto Circuito, en el que medularmente resuelve que la medida de internamiento para adolescente infractores, puede imponerse aun cuando el tipo penal no exija como elemento la violencia, si dicha violencia se materializa en los hechos y se cumplen los requisitos señalados en el artículo 162 -el internamiento debía imponerse a quienes tuvieran al momento de realizar la conducta entre 14 años cumplidos y menos de 18 años no cumplidos-, del Código de Justicia para adolescentes del Estado de Puebla vigente hasta el 25 de marzo de 2009⁶⁴⁵.

Para que la procedencia de ese internamiento fuese fundada y motivada legalmente, el Tribunal Colegiado basó su decisión en el punto 17.1, inciso c) de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, conocidas como Reglas de Beijing, a las cuales además les atribuye su

⁶⁴⁵ Tesis VI.2o.P.151 P (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. 5, enero de 2012, p. 4491.

validez dentro del ordenamiento jurídico nacional, al reconocerlas como *fuentes válidas de interpretación de naturaleza de ley suave o soft law*.

Estas Reglas de Beijing como el propio Tribunal lo dispuso son normas suaves cuyo origen es trasnacional y público al descansar en una organización formal internacional de la que nuestra nación es parte y miembro activo, como lo es Naciones Unidas; normas a las que con este criterio judicial les reconoce la validez y obligatoriedad que posee toda hipótesis normativa integrante del citado ordenamiento nacional.

VI. CONCLUSIONES

Si bien es cierto, en la parte introductoria planteamos que la intención de este trabajo descriptivo era responder la interrogante sobre ¿quién regula el mundo?, el análisis efectuado durante el desarrollo de esta investigación a las reglas encontradas que norman a la sociedad nos condujo a la formulación de otra pregunta, ¿son normas jurídicas y, por tanto, Derecho tales reglas?, a la cual también habría que dar respuesta.

Pero ¿cuáles fueron los resultados? Fueron por demás vastos y aunque se intentó dar cabida a la mayoría de ellos en este documento, éste solamente consiguió esbozar con la mayor precisión y nitidez posible, el desarrollo todavía en ciernes de la formación de un sistema jurídico híbrido global.

Un sistema jurídico –ante nuestra mirada atónita– instantáneo, heterárquico, atemporal, efímero, portable, colectivo e individual, virtual, de aplicación y vigencia real en toda nuestra sociedad, a la que, con base en los trabajos previos de Luhmann y Teubner comprendimos que debía ser definida como una sociedad mundial.

Este sistema jurídico que la globalización nos ha develado existe, es un fenómeno que no debe ser analizado en la actividad solitaria del investigador, sino por el contrario debe ser observado y discutido con las mentes prodigiosas que representan los científicos jurídicos y los miles de estudiantes que buscan comprender lo que es el Derecho, así como también entender como las normas actuales que rigen cada segundo de nuestra vida sin la coacción y la represión que hasta hace poco las caracterizaba, son mayormente eficaces y eficientes.

Por ello, para explicar este fenómeno debíamos al igual que Luhmann, Vincenzo Ferrari y Teubner, concebir al Derecho como una comunicación o acción social, es decir, como un instrumento o estrategia persuasiva, respaldado socialmente por la confianza, la credibilidad, la reputación –obtenida por la calificación al desempeño que otras comunicaciones sociales realizan, circunscritas en una sociedad única- que la Teoría de sistemas explica a cabalidad.

De ahí que comenzáramos contextualizando esta comunicación dentro del sistema social que representa la sociedad. Un sistema o unidad que se fragmenta en subsistemas funcionales como el Derecho, la Economía, la Ciencia, la Tecnología, la Gobernanza, la Política, las Finanzas, los cuales producen a través de sus códigos binarios –lenguaje- *comunicaciones sociales*, que integran a la citada sociedad.

Pero ¿cómo es que estas comunicaciones construyen a la sociedad? Lo hacen al seleccionar la información que van a comunicar, es decir, decidiendo qué es lo que se va a comunicar, por lo que hecha la selección a través del entendimiento o no entendimiento, se acepta o rechaza dicha comunicación, originándose en ese momento un enlace o conexión secuencial e ininterrumpida -operación, así denominada por Luhmann- entre los actos comunicativos por los cuales los seres humanos –subsistemas psíquicos- expresan sus roles diversos [*empresario, servidor público, campesino, corredor de bolsa, científico, jurista, operador de transporte, indígena, emprendedor, economista, juez, líder de gobierno, una organización no gubernamental, una comunidad indígena, un organismo supranacional privado, una empresa, una alianza estratégica, entre otros*] de acuerdo a la función que desempeñen en la sociedad y a la cual por ello, se le atribuye una diferenciación funcional.

Es decir, dentro del citado sistema social, las comunicaciones producidas por el resto de los subsistemas sociales en razón de la diferenciación funcional de dicha sociedad interactúan y producen otras nuevas comunicaciones que se mezclan entre sí, produciendo otras nuevas comunicaciones o acciones sociales, como sucede con las nuevas normas que están insertándose en el Derecho, cuyos nuevos atributos están permeando las cualidades coactivas de las normas estatales.

Pero, esta sociedad no es un sistema social diferente en una y otra región geográfica, sino una sola unidad social, a la cual, le atribuimos la cualidad de ser mundial. Esa mundialización, la basamos en la racionalización que la distingue y sobre la cual finca el diseño de la vida diaria de los individuos, dentro de reglas impersonales y estandarizadas, que dan vida al mismo tiempo a estructuras organizacionales formales que interactúan entre sí, por medio de las cuales se

perfila como el único medio idóneo para alcanzar las metas colectivas del actor social moderno -los individuos, las organizaciones y los Estados-nación- que son el Progreso y la Justicia mundiales.

No conformes con todo lo anterior, decidimos llevar nuestra observación hacia una ubicación temporal y cronológica que distinguiese a nuestra sociedad de aquellas que la precedieron, por lo que la contextualizamos como moderna en un tiempo y espacio, aquí y ahora, que no es el pasado inmediato, ni el futuro próximo sino un tiempo complejo en el que los diversos subsistemas de ella se diferencian y generan nuevas condiciones para sí mismos y para los demás dentro del entorno interno de la sociedad mundial.

Para este momento de la investigación, las cualidades de la modernidad misma nos bosquejaron incipientemente la mayoría de los atributos que las normas del sistema jurídico híbrido y global en formación actual tendrían, como resultado de la autopoiesis del sistema social que encarna la sociedad mundial moderna. Pues de conformidad con Luhmann y Friedman, la modernidad se distingue por ser un tiempo en el que no existe una sola racionalidad del mundo, sino varias descripciones que se vinculan y que encarnan el Pluralismo y la Transversalidad.

De igual modo en este tiempo no existen conclusiones permanentes e inamovibles es decir, constan de un Relativismo en el que varios centros de generación de conocimiento, creencias, razón y observación marcan su policentrismo y policontextualidad, el cual se traduce en realidades multidimensionales en las que interactúan diversas comunicaciones, las cuales se encarnan en los fenómenos sociales, como el fenómeno jurídico, cuyas consecuencias como la flexibilidad, la atemporalidad, la virtualidad, el cambio climático, la tecnología, las redes y la glocalización, describen a esta modernidad.

Esta época, además distinguida por la creciente política de entendimientos, que negocia situaciones provisionales con vigencia temporal, sin afirmar consensos, ni soluciones únicas, fijando puntos de entendimiento común que pueden ser renegociados cuantas veces sea requerido. Tiempo en el que lo único permanente y constante es el riesgo reinante en las decisiones presentes, que va forjando cambios a las estructuras sociales; cambios que se difunden y transforman una y

otra vez a la sociedad mundial moderna, conduciéndola a su constante evolución que le otorga el potencial para autocorregirse, reinterpretarse, innovarse y nutrirse de las varias propuestas de solución a los problemas que enfrenta.

Ante la realidad del contexto comunicativo moderno y multidimensional que se caracteriza por ser difuso, efímero, virtual, atemporal y en red, sin límites fijos, abierto, policéntrico, cuya expansión o contracción depende de la compatibilidad de los intereses y valores que programa con las demás redes con las que interactúa mediante sus nodos nuestra sociedad mundial, es que se dio puntual seguimiento al origen y evolución del Estado-nación, centro único de la generación de normas hasta ahora así reconocido en su naturaleza de innovación estructural.

Sin embargo, al analizarlo junto con las organizaciones formales modernas, los avances tecnológicos, la gobernanza o new public management, y el contrato, coincidimos en estudiarlos al mismo tiempo, con los eventos accidentales que representan la difusión global de los patrones institucionales, la interrelación mundial, la descentralización en función de los sistemas, la globalización como proceso cultural y los avances tecnológicos de información y comunicación; sucesos que prepararon la arena social actual, en la que hemos podido observar la incipiente formación del sistema jurídico híbrido global y nacional que hemos evidenciado existe.

Un sistema compuesto de comunicaciones, materializadas en normas legales y normas sociales. Las primeras, originadas en el Poder Legítimo del Estado-nación que, desde su origen en los tratados de la Paz Westfaliana continental, reconoció nuevas reglas seculares, económicas y tributarias diversas de las únicas normas clericales que la entonces poderosa Iglesia monopolizaba en el seno de su Poderío Político.

Normas que integraron sus nacientes ordenamientos jurídicos nacionales, los cuales, auxiliados por la identidad nacional, la lengua local, y la tradición nacional enraizaron la idea de que toda norma jurídica debía ser creada a través de los procesos legislativos dispuestos para ello y reconocidos en su norma fundante básica y que teorías como el Positivismo jurídico, el Realismo Jurídico, la Jurisprudencia Analítica, entre otras se ocupan de su interminable examen.

Por lo que se refiere al segundo tipo de normas, las normas sociales, aunque tan antiguas como el hombre mismo, podríamos encontrar en ellas, algunas de las actuales características como la *flexibilidad*, la *suavidad/soft –persuasión-* y el *origen en la conciencia del sector privado*, que las revisten en la concepción inglesa del Estado medieval.

En la monarquía inglesa siempre se respetó la participación ciudadana o Actorhood –hoy sociedad civil- de sus súbditos al tiempo que se promovía el emprendedurismo individual y colectivo de su población, lo cual provocó en ellos la concientización de que podían ejercer dichos derechos, satisfaciendo por ellos mismos, sus necesidades mediante la búsqueda de recursos humanos y financieros auto organizándose y autorregulándose espontáneamente al formar organizaciones formales mediante normas persuasivas y flexibles, sin sanción estatal.

Normatividad que hoy día está representada en la regulación privada de la Gobernanza, el New Public Management, las Asociaciones y Alianzas Estratégicas nacidas al amparo de las normas estipuladas en el Contrato celebrado, en las normas que organizaciones privadas como Akky México disponen para la reglamentación de los registros de nombres dominio, las Mejores Prácticas Corporativas, las Certificaciones de Calidad, las Certificaciones en alimentos, las Calificaciones dadas por Agencias Calificadoras a las Economías nacionales, los Estándares, los Compromisos –normas suaves- contenidos en el Pacto por México, las insertadas recientemente en el ordenamiento jurídico nacional como las Mejores Prácticas Internacionales de la industria e incluso la inserción del concepto de Resiliencia, originado y normado por el sector privado, por citar algunos casos.

Reglas a las que el Pluralismo Jurídico y la Sociología del Derecho, entre otras teorías, buscan se les reconozca y sean insertadas como normas válidas y vigentes en los ordenamientos jurídicos de los Estados-nación diversos, a través de su Constitucionalización societal; teorías jurídicas que además apuntalan su inserción jurídica, afirmando el cambio estructural que está viviendo la figura del Estado-nación, al dejar de ser el único centro normativo reconocido a nivel interno e internacional en la sociedad que puede crear normas jurídicas legítimas, antes la

explosión normativa que existe a nivel global de la sociedad mundial moderna y la cual se decanta en las normas estatales de los citados ordenamientos nacionales.

Destacando la gobernanza por ser más allá de una meta regulación, una estructura, proceso, mecanismo y estrategia normativa, esa fuerza incontenible que ha ido paulatinamente fragmentando al Estado-nación desde su interior –el cual, evolucionó de un Estado de Bienestar a un Estado Dirigista, y de éste a un Estado benefactor que en la actualidad va tomando la forma de un Estado-Administrador Red-, al fomentar la adopción y creación de sistemas normativos descentralizados, informales, colaborativos y alternativos que a través de las redes, sus normas interactúan con otras de origen policéntrico y multinivel.

Ayudada de la propia delegación ejecutiva, legislativa y judicial con las que el Estado mismo ha permeado en su forma de gobernar al utilizar mecanismos de la gobernanza para convertirse en un mero administrador y espectador de lo que ocurre, debilitando la verticalidad y jerarquía de su autoridad coactiva, y transformándola en una heterarquía horizontal revestida de un Poder suave.

En la última parte de nuestra investigación como podrá constatar el lector, no sólo logramos demostrar la existencia de un sistema jurídico híbrido nacional en formación, sino que tuvimos que profundizar y descubrir la existencia primero de un sistema jurídico híbrido global, el cual, se fragmenta en diversos ordenamientos jurídicos nacionales, los cuales, a su vez conforman el sistema jurídico híbrido nacional.

Logro que nos permite afirmar que quien regula al mundo no es un Estado-nación, un poder omnipresente, un Derecho supranacional, un tratado internacional, una Iglesia, una secta, nada de eso.

Quien regula el mundo es la plena conciencia empoderada de la dignidad individual que cada persona tiene de su existencia en colectividad con sus congéneres dentro de esta sociedad mundial –su autodeterminación conscientemente de su empoderamiento en uno solo [un uno colectivo]-, y que se ha materializado en las normas jurídicas híbridas globales, producto final de las interacciones entre las comunicaciones sociales –reglas económicas, de finanzas, políticas, tecnológicas, de competencia, científicas- con las comunicaciones legales.

Pues el individuo concientizado de su empoderamiento, a través de sus comunicaciones expresa no sólo su voluntad en el Derecho, sino sus preocupaciones e intereses en las comunicaciones económicas y tecnológicas, sus anhelos en las comunicaciones políticas y éticas, entre otras, y al mismo tiempo al tomar conciencia de su función dentro de esta sociedad, comienza a formar organizaciones formales que muchas veces han sido los vehículos idóneos a través de los cuales expresan las preocupaciones, los intereses y los anhelos en voz alta, de él y de otros que las comparten, autorregulándose e influyendo en la reglamentación de las conductas humanas que hasta hace poco estaban depositadas en el Estado-nación.

Llamando con ello la atención que estas normas con características de suavidad, creación compartida entre el sector privado y el sector público, flexibilidad, autonomía, colaborativas, persuasivas, eficientes, con efectos pre-legales, pos-legales y para-legales, basadas en la confianza y la credibilidad, estén empujando a los ordenamientos jurídicos nacionales a una evolución veloz de las normas contenidas en ellos.

Una evolución que está llevando a estas normas híbridas a través de los mecanismos de variación, selección y estabilización del propio Derecho, a su autojuridificación, la cual les traería su reconocimiento de validez, aplicabilidad y vigencia, al reconocerlas como estructuras legales evolucionadas validadas por el propio ordenamiento jurídico nacional.

Esta juridificación de normas híbridas incluye en muchos casos no sólo las reglas, sino los Principios, los procedimientos y los conceptos que son incluidos en el ordenamiento mismo, como explicamos sucedió con la inclusión que se hizo de las mejores prácticas en la Constitución mexicana o la relativa al concepto de resiliencia que fue incluido en las discusiones durante la elaboración de la Constitución de la Ciudad de México –siendo destacable en este último caso que, durante los debates que se presenciaron en las reuniones de las comisiones en las que los diputados constituyentes tenían un acuerdo, a la reunión siguiente se cambiaba con otros argumentos, quizás influenciados por la información que recibían de sus coordinadores parlamentarios, quienes a su vez posiblemente eran

persuadidos por los intereses de actores privados que estaban presentes durante el desarrollo de las discusiones referidas, a través del personal que representaban a las agrupaciones de cabildeo, quienes tomaban nota de todo lo discutido y analizado, para enviarlo a sus clientes [empresas transnacionales, gobierno federal, empresas nacionales impactadas por esa nueva regulación e incluso ciudadanos interesados en esos temas], al momento de la conclusión de tales reuniones a sus clientes- y que al final de dicho proceso constituyente, fue incluida dicha resiliencia.

Pero también la citada juridificación, ocurre a través de la actividad jurisdiccional que realizan los tribunales, conscientes de su papel funcional como instituciones públicas dentro la sociedad mundial misma, al emitir las resoluciones que resuelven los conflictos entre normas híbridas, normas suaves y normas estatales.

Concientizados y empoderados de su función en la creación, postulación e invención del Derecho nacional vigente, han resuelto tales conflictos con argumentos que reconocen expresamente las normas sociales emitidas por los entes privados o supranacionales, así como también mediante la elaboración de conceptos jurídicos que juridifican la inclusión de esas normas, conceptos o principios al ordenamiento jurídico nacional a manera de una codificación sui generis.

Presuponiendo en todo momento las consecuencias que generaría en su ordenamiento jurídico, en su sistema jurídico y en el sistema jurídico global, así como en la sociedad mundial la citada juridificación. Conducta con la cual el Tribunal de Apelaciones del 9º Circuito de los Estados Unidos de América, los Tribunales Colegiados nacionales y hasta ahora la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, han materializado la legalidad hard o dura del Derecho en sus decisiones judiciales, reconociéndoles a las normas híbridas en colisión la validez y juridificación necesarias para su cumplimiento y eficacia dentro del ordenamiento jurídico particular.

Finalmente, creemos que este estudio jurídico, que desde un inicio pretendió revelar la existencia de un sistema jurídico híbrido global, y proveyó algunos conceptos y casos prácticos que auxiliasen al lector a visualizar el fenómeno jurídico

tan nítidamente como se proyecta en nuestra mente, quedo en deuda con este lector, ya que no proveyó formulación alguna sobre Principios y conceptos que nos condujesen a cimentar las bases de una Teoría jurídica en torno a este fenómeno.

Sin embargo, al mismo tiempo creemos que, a pesar de las carencias que en un futuro podrán atribuirse a éste trabajo y variadas tesis que intentarán rebatirlo, será una recompensa invaluable que, a partir de la divulgación de estas ideas en esta Era Trump y ante la catástrofe inminente que implica para la sociedad mundial la llegada de éste personaje al pináculo más alto del Poder mundial, sean muchísimos los interesados en la evolución normativa que está ocurriendo desde el sistema jurídico híbrido global hacia los ordenamientos jurídicos nacionales, y ofrezcan los Principios, conceptos, ideas que materialicen en tiempo real –tiempo conciencia- la juridificación de normas que atiendan a un mayor bienestar social, justicia y felicidad a la que el ser humano siempre ha aspirado y por la cual ha depositado en el Derecho la autoridad y poder, para normar su vida en la sociedad mundial y que reclaman la Constitución holística que mencionamos.

Conscientes del momento constitucional que la humanidad circunscrita en la sociedad mundial está viviendo. Un momento constitucional del que la clase política mexicana no está consciente, pero del cual sus ciudadanos si lo están.

VII. BIBLIOGRAFIA

- ABDURAKHMANOVA, Sofya, “Using unsolicited ratings to regulate the credit rating Agencies”, United States of America, *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, 2013, Vol. XVIII.
- AGUILAR VILLANUEVA, Luis F., *Gobernanza y gestión pública*, México, Fondo de Cultura Económica, 2009.
- ÅKERSTRØM ANDERSEN Niels, “To Promise a Promise: When Contractor Desire a Life-Long Partnership” en Åkerstrøm Andersen Niels and Sand Inger-Johanne, *Hybrid Forms of Governance: Self-suspension of Power*, New York, Palgrave Macmillan, 2012.
- ALVAREZ LEDESMA, Mario, *Conceptos Jurídicos Fundamentales*, México, McGraw-Hill Interamericana Editores, S.A. de .CV., 2008.
- ARIZA HIGUERA, Libardo y BONILLA MALDONADO, Daniel, “El Pluralismo Jurídico. Contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico” en Bonilla Madonado, et., al., (eds) *Pluralismo Jurídico*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2007.
- BARRETO NIETO, Carlos Alberto, “Modelo de Asociación Público-Privada: Un enfoque de Teoría de Contratos”, *Revista de Economía Institucional*, Colombia, Segundo Semestre 2011, vol. 13, núm. 25.
- BERTOGLIO, Oscar Johansen, *Introducción a la Teoría General de Sistemas*, México, Editorial Limusa, 1987.
- BOBBIO, Norberto, *Teoría General del Derecho*, 2a edición, trad. de Jorge Guerreño, Bogotá, Temis, 1994.
- BOULDING, Kenneth E., General Systems Theory: The skeleton of Science, disponible http://emergentpublications.com/eco/ECO_other/Issue_6_1-2_18_CP.pdf?AspxAutoDetectCookieSupport=1.
- BOURRIAUD, Nicholas disponible en <http://www.tate.org.uk/whats-on/tate-britain/exhibition/altermodern/explain-altermodern/altermodern-explainedmanifesto>
- BOYER, Robert y DRACHE, Daniel, *States against Markets, The limits of Globalization*, Londres – Nueva York, Routledge, 1996.
- BREMER, Juan José, *De Westfalia a Post-Westfalia: Hacia un Nuevo Orden Internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigación Jurídicas, 2013.
- CALLIESS, Graf-Peter and MERTENS, Jens, “Transnational Corporations, Global Competititon Policy, and the Shortcomings of Private International Law”, United

States of America, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Summer 2011, Number 2, Volume 18.

CALLIESS, Graf-Peter and ZUMBANSEN, Peer, *Rough Consensus and Running Code: A Theory of Transnational Private Law*, Oxford, Hart Publishing, 2010.

CAMPOS BECERRA, Noemí, “Cosmopolitismo”, en Álvarez Ledesma, Mario I., y Cippitani, Roberto (Coords), en *Diccionario Analítico de Derechos Humanos e Integración Jurídica*, Italia, ISEG, 2013.

CANNON, Joseph P., et al, “Contracts, Norms, and Plural Form Governance” *Journal of the Academy of Marketing Science*, United States of America, Spring 2000, vol. 28, num. 2.

CARACCILOLO, Ricardo, *La Noción de Sistema en la Teoría del Derecho*, 2ª edición, México, Distribuciones Fontamara, 1999.

CARPIZO, Jorge, “El Poder, su naturaleza, su tipología y los medios de comunicación masiva”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXII, núm. 95, mayo-agosto de 1999.

CASADOS BORDE, Alfonso Jesús, “El Contractualismo Mercantil como fuente de la Globalización”, en Godínez Méndez, Wendy A., y García Peña, José Heriberto, (coords.), *Derecho Económico y Comercio Exterior 40 años de vida académica Homenaje a Jorge Witker*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.

CASINI, Lorenzo, “Beyond the State: The emergence of Global Administration” en Cassese, Sabino, et., al., (Eds) *Global Administrative Law: The Casebook*, 3rd edition, IRPA, Rome, 2012. Edición Kindle.

CASSESE, Sabino, “The Rise of the Administrative State in Europe”, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Milan, 2010, Anno LX, vol. 4.

CASTELLS, Manuel, *Comunicación y Poder*, Barcelona, Alianza Editorial, 2010.

-----, *La era de la información: Economía, sociedad y cultura*, Vol. I: La Sociedad Red, México, Siglo XXI Editores, 1999.

-----, *La era de la información: Economía, sociedad y cultura*, Vol. II: El poder de la Identidad, México, Siglo XXI Editores, 1999.

-----, *La era de la información: Economía, sociedad y cultura*, Vol. III: Fin de Milenio, México, Siglo XXI Editores, México, 1999.

- CIPPITANI, Roberto, "Interpretación de las Cortes regionales", en Álvarez Ledesma, Mario I., y Cippitani, Roberto (Coords), en *Diccionario Analítico de Derechos Humanos e Integración Jurídica*, Italia, ISEG, 2013.
- CONCHA CANTÚ, Hugo A., "La legitimidad del Estado mexicano", en González, María del Refugio y López Ayllón, Sergio (eds.), *Transiciones y diseños institucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.
- CULVER, Keith and GIUDICE, Michael, "Legal system, legality, and the state: an inter-institutional account", *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, núm. 2, 2008.
- DAVID, Paul, A., "Path dependence: a foundational concept for historical social science", en Zumbansen, Peer and Calliess, Galf-Peter (eds.) *Law, Economics and Evolutionary Theory*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2011.
- DAVID, Rene y JAUFFRET-SPINOSI, Camille, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, 11ª ed., trad. de Jorge Sánchez Cordero, México, UNAM, Instituto de Investigación Jurídicas, 2010.
- DE SCHWEINITZ, Karl, *Inglaterra hacia la Seguridad Social (desde el Estatuto de los Trabajadores del campo de 1349 hasta el Plan Beveridge de 1942)*, trad. de Odan Duran D'ocan, México, Ediciones Minería S. de R.L, 1945.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *La Globalización del Derecho: Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1998.
- DEAKIN, Simon and CARVALHO Fabio, "System an evolution in corporate governance" en Zumbansen, Peer and Calliess, Galf-Peter (eds.) *Law, Economics and Evolutionary Theory*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2011.
- DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván, "El fenómeno del Soft Law y las Nuevas Perspectivas del Derecho Internacional", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, 2006, vol. 6.
- DONAHUE, Charles Jr., "Private Law without the State and during its Formation", *The American Journal of Comparative Law*, United States of America, 2008, vol. 56, núm. 3.
- DONNELLY, Catherine M., *Delegation of Governmental Power to Private Parties: A Comparative Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2007.
- DRORI, Gili, S., "Governed by Governance. The New Prism for Organizational Change", en Drori, Gili, Meyer, John W., and Hwang Kohyu (eds.), *Globalization and Organization*, United States, Oxford University Press, 2006.

EISENSTADT, Shmuel N., *Multiples modernities*, 2nd edition, New Jersey, Transaction Publisher, 2005.

ENGEL, Eduardo, et al., *Economía de las asociaciones público-privadas una guía básica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014.

EPSTEIN, Wendy Netter, “Contract Theory and the Failures of Public-Private Contracting”, *Cardozo Law Review*, United States of America, August 2013, vol. 34, num. 6.

FERGUSON, Niall, *El Triunfo del Dinero: Cómo las finanzas mueven el mundo*, trad. de Francisco J. Ramos Mena, México, Random House Mondadori, 2010.

FERRARI, Vincenzo, *Primera Lección de Sociología del Derecho*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.

FIX FIERRO, Héctor, “Derecho y gobernanza en la Sociedad mundial. Algunas aportaciones de la Sociología del derecho, con especial referencia al cambio jurídico en México”, en Serna de la Garza, Jose Ma., *Gobernanza Global y cambio estructural del Sistema Jurídico Mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

FRANK, John David and MEYER, John W., “The Profusion of Individual Roles and Identities in the Postwar Period”, *Sociological Theory*, United States of America, 2001, vol. 20, núm. 1.

FRIEDMAN, Lawrence M., *The Horizontal Society*, New Heaven, Yale University Press, 1999.

GARCÍA CASTILLO, Tonatiuh, *El Contrato de Estado Internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

GENSCHE, Philipp and ZANGL Bernhard, *Transformations of the State – From Monopoliist to Manager of Political Authority*, disponible en <http://www.sfb597.uni-bremen.de/pages/pubApBeschreibung.php?SPRACHE=en&ID=90>

GESSNER, Volkmar, “Comparación Jurídica y Pluralismo Jurídico Global”, en Caballero Juárez, José Antonio, et al. (coords.), *Sociología del Derecho. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, vol. I: Globalización y Derecho, Justicia y Profesión Jurídica, *Sociología del Derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.

-----, “Global Legal Interactions and Legal Cultures”, *Ratio Juris*, vol. 7, núm. 2, July 1994.

GIDDENS, Anthony, *Consecuencias de la Modernidad*, Londres, Alianza Editorial, 1993.

- GONZÁLEZ, María del Refugio y LÓPEZ AYLLÓN, Sergio (eds.), *Transiciones y diseños institucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.
- GONZÁLEZ RIVAS MARTÍNEZ, Pedro Daniel, “Una aproximación al lusoculturalismo de Peter Häberle”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, Núm. 27 julio-diciembre, 2012.
- HARDT, Michael and NEGRI Antonio, *Declaration*, Argo Navis Author Services, New York, 2012.
- HARLOW, Carol and RAWLINGS, Richard, *Law and Administration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- HAYEK, F.A., *Law, Legislation and Liberty (A new statement of the liberal Principles of Justice and Political Economy)*, Great Britain, Routledge, 1982.
- H.R. HAHLO, E., Kahn, *The South African Legal System and its Background*, Johannesburg, Juta & Co., 1973.
- HELD, David, *La Democracia y el Orden Global: Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, Barcelona, Editorial Paidós, 1997.
- HELLOWELL, Mark, “The UK’s Private Finance Initiative: History, evaluation, prospects” en Boardman, Anthony E., Greve, Carsten, Hodge, Graeme A., (eds) *International Handbook on Public Private Partnerships*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2010.
- HERBERG, Martin, “Global Legal Pluralism and Interlegality: Environmental self-regulation in Multinational Enterprises as Global law-making” en Dilling, Olaf et al., (eds) *Responsible Business: Self-Governance and Law in Transnational Economic Transactions*, Oñati International Series in Law and Society, Oxford, Hart Publishing Ltd, 2008.
- HERTOGH, Marc “What is non-state law? Mapping the other hemisphere of the legal world”, en Van Schooten, Hanneke y Verschuuren Jonathan (eds.), *International Governance and Law: State Regulation and Non-state Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2008.
- HODGE, Graeme A., “Introduction: the PPP phenomenon and its evaluation” en Boardman, Anthony E., Greve, Carsten, Hodge, Graeme A., (eds) *International Handbook on Public Private Partnerships*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2010.
- HUERTA OCHOA, Carla, *Conflictos Normativos*, 2ª edición, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

-----, "Constitución, Transición y Ruptura", en González, María del Refugio y López Ayllón, Sergio (eds.), *Transiciones y diseños institucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.

-----, *Teoría del Derecho: Cuestiones relevantes*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.

JACOBSSON, Bengt y SHLIN-ANDERSSON Kerstin "Dynamics of soft regulations" en Djelic, Marie-Laure y Shlin-Andersson, Kerstin, *Transnational Governance: Institutional Dynamics of Regulation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

JENKINS, Garry, W., *Nongovernmental Organizations and the forces against them: Lessons of the Anti-NGO movement*, United States of America, Brooklyn Journal of International Law, 2012, Number 2, Vol. 37.

JOHANSSON, Tobias, "Regulating credit rating agencies: The issue of conflict of interest in the rating of structured finance products", United Kingdom, *Journal of Banking Regulation*, 2010, Number 1, Vol. 12.

JONES, Alison and SUFRIN Brenda, *EU Competition Law*, 4ª ed, Oxford, Oxford University Press, 2011.

KAPLAN, Marcos, *Ciencia, Estado y derecho en las primeras revoluciones industriales*, México, UNAM, Instituto de Investigación Jurídicas, 1993.

-----, *Ciencia, Estado y derecho en la tercera Revolución*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993.

-----, *Estado y Globalización*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

KENNEDY, David, "The Mystery of Global Governance" en Dunoff, Jeffrey, L., and Trachtman, Joel P., *Ruling the Word?: Constitutionalism, International Law and Global Governance*, New York, Cambridge University Press, 2009.

KINGSBURY, Benedict, KRISCH, Nico and STEWART, Richard, *The emergence of Global Administrative Law*, disponible en [http://www.law.duke.edu/shell/cite.pl?68+Law+&+Contemp.+Probs.+15+\(summer+autumn+2005\)](http://www.law.duke.edu/shell/cite.pl?68+Law+&+Contemp.+Probs.+15+(summer+autumn+2005))

KOOIMAN, Jan, *Governing as Governance*, New Delhi, SAGE Publications, 2003.

KOOIMAN, Jan and JENTOFT, Svein, "Meta-Governance: Values, Norms and Principles, and the making of hard choices", *Public Administration Review*, Reino Unido, 2009, vol. 87, núm. 4.

KRÜCKEN, Georg and DRORI, Gili S., (eds.), *World Society: The writings of John W. Meyer*, New York, Oxford University Press, 2010.

KYMLICKA, Will and STRAEHLE, Christine, *Cosmopolitismo, Estado-nación y nacionalismo de las minorías: Un análisis crítico de la literatura reciente*, México, Ensayos Jurídicos, Núm. 3, IIJ-UNAM, 2001.

LADEUR, Karl-Heinz, "Globalization and the Conversion of Democracy to Polycentric Networks: Can Democracy survive the End of the Nation State?", en Ladeur, Karl-Heinz (ed.), *Public Governance in the Age of Globalization*, United States, Ashgate, 2004.

-----, "The Role of Contracts and Networks in Public Governance: The Importance of the "Social Epistemology" of Decision Making", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, United States of America, Summer 2007, vol. 14, núm. 2.

LEVI-FAUR, David, "From "Big Government" to "Big Governance"?", en Levi-Faur, David (Ed), *The Oxford handbook of Governance(Oxford handbooks in Politics and International Relations)*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

LEWIS, Douglas, N, *Law and Governance*, London, Cavendish Publishing, 2001.

LIPOVETSKY, Gilles, *Los Tiempos Hipermodernos*, Barcelona, Anagrama, 2004.

LUHMANN, Niklas, "Globalization or World Society: How to conceive of Modern Society?" *Revue Internationale de Sociologie*, vol. 7, núm. 1, March 2005.

-----, "The Unity of the Legal System", en Teubner, Günther (Ed.), *Autopoietic Law: A new Approach to Law and Society*, Bremen, Walter de Gruyter and Co. Berlin, 1988.

-----, *De la complejidad a la modernidad: De la unidad a la diferencia*, España, Editorial Trotta, 1998.

-----, *El derecho de la sociedad*, 2ª edición, México, Herder, 2005.

-----, *Introducción a la Teoría de Sistemas*, México, Universidad Iberoamericana, 2007.

-----, *Observaciones de la Modernidad: Racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 1997.

LUNDAN, Sarianna M., "The Coevolution of Transnational Corporations and Institutions", United States of America, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Summer 2011, Number 2, Volume 18.

MAGAÑA HERNÁNDEZ, Diana Margarita y FIGUEROA DÍAZ, Luis, “La regulación jurídica de la empresa global”, *Alegatos*, México, núm. 78, mayo-agosto de 2011.

MARCELLO, David A., “Community Benefit Agreements: New Vehicle for Investment in America’s Neighbourhoods”, *The Urban Lawyer*, United States of America, 2007, vol. 39, núm. 3.

MERRYMAN, John Henry, *La Tradición Jurídica Romano-Canónica*, 2a ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1989.

MEYER, John W., et al., “World Society and the Proliferation of Formal Organization”, en Drori, Gili, Meyer, John W., and Hwang, Hokyu (eds.), *Globalization and Organization*, New York, Oxford University Press, 2006.

MEYER, John, “World Society, Institutional Theories, and the Actor”, *Annual Review of Sociology*, United States of America, 2010, vol. 36, núm 1-20.

MEYERS, Jeffrey B., *Reading Hardt and Negri’s Commonwealth for a theory of ‘three modernities’: hyper, post and alter*, The Critical Legal Conference, Utrecht, Septiembre 2010.

MODELSKI, George, “Globalization” en Held, David and McGrew, Anthony, *The Global Transformations Reader: An introduction to the Globalization Debate*, 2nd edition, Oxford, 2003.

MORALES BARRAGÁN, José Federico, *Los conceptos de jerarquía y heterarquía en el análisis del desarrollo local*, disponible en http://proimmse.unam.mx/doctos/Morales_UAMI0406.pdf

MORINEAU, Marta, *Una introducción al Common Law*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.

MÖRTH, Ulrika, “Soft regulation and Global democracy”, en Djelic, Marie-Laure y Shlin-Andersson, Kerstin, *Transnational Governance: Institutional Dynamics of Regulation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

NYE JR., Joseph S., “Soft Power”, *Foreign Policy*, United States of America, num. 80, Twentieth Anniversary (Autumn) 1990.

-----, *The Powers to Lead: Soft, Hard, and Smart*, New York, Oxford University Press, 2008.

OETER, Stefan, *The Global Legal Order: An International Lawyers’ Perspective Inspired by Institutionalism*, TranState Working Papers, núm.109, Sfb 597, Bremen, University of Bremen, 2009.

- OVERBYE, Einar, “Disciplinary perspectives”, en Castels, Francis G., et al. (Eds), *The Oxford Handbook of the Welfare State*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- PARKER, Christine et al., *Regulating Law*, New York, Oxford University Press, 2004.
- PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos, *El ejemplo constitucional de Inglaterra*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.
- PÉREZ LLEDÓ, Juan A., *El movimiento Critical Legal Studies*, Madrid, Editorial Tecnos, 1996.
- PÉREZ PORTILLA, Karla, *Principio de Igualdad: Alcances y Perspectivas*, México, UNAM, Instituto de Investigación Jurídicas UNAM, 2005.
- PIERSON, Chris and LEIMGRUBER, Matthieu, “Intellectual Roots”, en Castels, Francis G., et al. (Eds), *The Oxford Handbook of the Welfare State*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- POIARES MADURO, Miguel, “Courts and Pluralism: Essay on a Theory of Judicial Adjudication in the context of Legal and Constitutional Pluralism”, en Dunoff, Jeffrey and Trachtman, Joel P., (eds.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance*, New York, Cambridge University Press, 2009.
- PULGARÍN MOLINA, Sergio Andrés, Las mejores prácticas: una falacia de la modernidad, *Universidad & Empresa*, vol. 8, núm. 16, enero-junio 2009 pp. 294-307, Universidad del Rosario, Bogotá Colombia.
- RAZ, Joseph, *The Authority of Law*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2009.
- REEVES, Eoin “The practice of contracting in public private partnerships: transaction costs and relational contracting in the Irish schools sector” in *Public Administration and International Quarterly*, United Kingdom, 2008, vol. 86, num. 4.
- REINCKE, H. Wolfgang and WITTE, Jan Martin, “Challenges to the International Legal System Interdependence, Globalization, and Sovereignty: The Role of Non-binding International Legal Accords” en Shelton, Dinah (Ed), *The Role of Non-binding Norms in the International Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 2000.
- RESÉNDEZ BOCANEGRA, Pedro, *Protección del derecho a decidir y contratar libremente: su impacto en la sociedad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.
- RHODES, R. A. W., “Waves of Governance”, en Levi-Faur, David (Ed), *The Oxford handbook of Governance (Oxford handbooks in Politics and International Relations)*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

RODRÍGUEZ, Darío, "La Teoría de la Sociedad. Invitación a la sociología de Niklas Luhmann", *Revista Metapolítica*, vol. 5, núm. 20, Octubre-Diciembre 2001.

RODRÍGUEZ, Ileana, "Hegemonía y Dominio: Subalternidad, un significado flotante", en Castro-Gómez, Santiago y Mendieta Eduardo (eds.), *Teorías sin disciplina (latinoamericanismo, poscolonialidad y globalización en debate)*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1998, disponible en <http://www.ensayistas.org/critica/teoria/castro/rodriguez.htm>

SASSEN, Saskia, *A Sociology of Globalization*, New York, W. W. Norton & Company, 2007.

SAVCHENKO, Andrew, "Constructing a World fit for Marxism, Utopia and Utopistic of Professor Wallerstein", *American Journal of Economics and Sociology*, Estados Unidos, 2007, Number 5, Volume 66.

SENDEN, Linda, *Soft law in European Community Law*, Oxford, Hart Publishing, 2004.

SHANN TURNBULL, Christopher Soren, "What's Wrong with Corporate Governance Best Practices? Kent Baker, H. and Anderson, Ronald (eds.) *Corporate Governance, a Synthesis of Theory, Research, and Practice*, John Wiley & Sons, United States of America, 2010.

SLAUGHTER, Anne-Marie y BURKE-WHITE, William, "The future of International Law is Domestic (or, The European Way of Law)", *Harvard International Law Journal*, Estados Unidos, 2006, Number 2, Volume 47.

SLAUGHTER, Anne-Marie, "Global Government Networks, Global Information Agencies, and Disaggregated Democracy", en Ladeur, Karl-Heinz (ed.), *Public Governance in the Age of Globalization*, United States, Ashgate, 2004.

-----, "International Law and International Relations", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law 1923-2010*, T. 285, The Hague, Martinus Nijhogg Publishers, 2000.

SMITS Jan M., *Applied Evolutionary Theory: Explaining Legal Change in Transnational and European Private Law*, disponible en http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol09No04/PDF_Vol_09_No_04_477-490_SI_Evolution_Smits.pdf

STEELE, Jenny, *Risks and Legal Theory*, Oxford, Hart Publishing, 2004.

STICHWEH, Rudolf, *Evolutionary Theory and the Theory of World Society* disponible en <http://www.unilu.ch/files/evolutionary-theory-and-world-society.pdf>

-----, *Luhmann Niklas (1927-1998)* disponible en <http://www.unilu.ch/files/37stwnliesbs.pdf>

-----, *On the Genesis of World Society: Innovations and Mechanisms*, disponible en <http://www.unilu.ch/files/26stwworldsoc.pdf>

-----, *Science in the System of World Society* disponible en <http://www.unilu.ch/files/43stwscienceworldsoc.pdf>

-----, *Structure Formation in World Society, The Eigenstructures of World Society and the Regional Cultures of the World*, disponible en <http://www.unilu.ch/files/5stwworldsociety.eigenstructures.1.pdf>

STRAYER, Joseph, R., *On the Medieval Origins of the Modern State*, Princeton, Princeton University Press, 1970, Edición Kindle.

TAEKEMA, Samme, "The point of law: the interdependent functionality of state and non-state regulation" en Van Schooten, Hanneke y Verschuuren Jonathan (eds.), *International Governance and Law: State Regulation and Non-state Law*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing Limited, 2008.

TAMANAH, Brian Z., "The Rule of Law and Legal Pluralism Development", en Tamanaha, Brian, Sage, Caroline and Woolcock Michael (Eds), *Legal Pluralism and Development*, United States, Cambridge University Press.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *La Universidad epopeya medieval: Notas para un estudio sobre el surgimiento de la Universidad en el Alto Medioevo*, 3ª edición, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.

TÉLLEZ VALDÉS, Julio, *Derecho Informático*, 3ª edición, México, McGraw-Hill, 2007.

TEUBNER, Günter, *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*, trad. Gareth Norbury, United Kingdom, Oxford University Press, 2012.

-----, and FISCHER-LESCANO, Andreas, "Regime-Collisions: The vain search for legal unity in the fragmentation of global law", *Michigan Journal of International Law*, Estados Unidos, Summer 2004, Vol. 25.

-----, "Evolution of Autopoietic Law", en Teubner, Günther (Ed.), *Autopoietic Law: A new Approach to Law and Society*, Bremen, Walter de Gruyter and Co. Berlin, 1988.

-----, "Fragmentend Foundations: Societal Constitutionalism beyond the Nation State", en Petra Dobner and Martin Loughlin (eds.), *The Twilight of Constitutionalism? 2010*, Oxford, Oxford University Press.

-----, “Juridification: Concepts, Aspects, Limits, Solutions”, en Günther Teubner (Ed) *Juridification of Social Spheres: A comparative Analysis in the Areas of Labor, Corporate, Antitrust and Social Welfare Law*, Berlin, Walter de Gruyter and Co. Berlin, 1987.

-----, “Law in the Collision of Discourses” en Rawlings, Richard (ed.) *Law, Society and Economy*, New York, Oxford University Press, 1997.

-----, Constitutionalising Polycontextuality disponible en http://www.jura.uni-frankfurt.de/l_Personal/em_profs/teubner/dokumente/ConstitutionalisingPolycontextuality_eng.pdf

-----, Contracting worlds the many autonomies of Private Law, disponible en https://www.jura.uni-frankfurt.de/42852689/contracting_worlds.pdf

-----, disponible en <https://www.jura.uni-frankfurt.de/42847561/list-of-publications>

-----, *Exogenous self-binding: How social systems externalise their foundational paradoxes in the process of constitutionalization*, disponible en <https://www.jura.uni-frankfurt.de/53617844/ExogeneSelbstbindungENGend.pdf>

-----, *Global Law Without a State (Studies in Modern Law and Policy)*, Aldershot, Dartmouth, 1997.

-----, *Global private regimes: Neo-spontaneous law and dual constitution of autonomous sectors in world society?*, disponible en http://www.jura.uni-frankfurt.de/ifawz1/teubner/dokumente/global_private_regimes.pdf

-----, Self-Constitutionalizing TNCs? On the linkage of “Private” and “Public” Corporate Codes of Conduct p. 11, disponible en http://www.jura.uni-frankfurt.de/l_Personal/em_profs/teubner/dokumente/CSR_conference_bremen.pdf

-----, *Societal Constitutionalism: Nine Variations on a Theme by David Sciulli*, disponible en <https://www.jura.uni-frankfurt.de/59903648/Sciulli-VariationenENG-FINAL.pdf>

-----, The Corporate Codes of Multinationals: Company constitutions beyond corporate governance and co-determination, disponible en http://www.jura.uni-frankfurt.de/ifawz1/teubner/dokumente/CorporateCodes_eng.pdf

THEBORN, Göran, “Globalizations: Dimensions, Historical Waves, Regional Effects, Normative Governance”, *International Sociology*, England, 2000, vol. 15, núm. 2.

TODD, Alex, “Corporate Governance Best Practices”, en Kent Baker, H. and Anderson, Ronald (eds.) *Corporate Governance, a Synthesis of Theory, Research, and Practice*, John Wiley & Sons, United States of America, 2010.

TRENZ, Hans-Jörg, “Identity formation and the democratic reconstitution of Europe, Testing the applicability and the consistency of the RECON models in relation to collective identity” disponible en http://www.reconproject.eu/main.php/Trenz_PaperWP8_RECONworkshop_Mar09.pdf?fileitem=5423280.

TRUBEK David M, et al., “Hard and Soft Law in the Constructor of Social Europe: the Role of the Open Method of Co-ordination”, *European Law Journal*, vol. 11, núm.3, Mayo de 2005.

TRUBEK, David M., et al., “Soft Law, Hard Law and EU Integration”, en De Búrca, Gráine et al., *New Governance and Constitutionalism in Europe and the US*, United Kingdom, Hart Publishing, 2005.

TRUETI ANDERSON, Walter, *The Truth about the Truth: De-confusing and Re-constructing the Postmodern World*, A New Consciousness Reader, United States of America, Penguin Putnam Inc., 1995.

TVARNO, Christina D., “Law and regulatory aspects of Public-Private Partnerships: Contract Law and Public Procurement Law”, en Boardman, Anthony E., Greve, Carsten, Hodge, Graeme A., (eds) *International Handbook on Public Private Partnerships*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2010.

TWINING, William, “Diffusion and Globalization Discourse”, *Harvard International Law Journal*, Estados Unidos, 2006, Number 2, Volume 47.

TWINING, William, *Derecho y Globalización*, Colombia, Editorial Siglo del Hombre, 2003.

VALADÉS, Diego, “Apuntes sobre la formación del concepto de Estado”, en Carpizo, Jorge y Arriaga, Carol B., (Coords) *Homenaje al Doctor Emilio O. Rabasa*, México, UNAM, Instituto de Investigación Jurídicas, 2010.

VOLGY, Thomas et. al., “Identifying Formal Intergovernmental Organizations”, *United States of America Journal of Peace Research*, 2008, Number 6, Vol. 45.

WALLERSTEIN, Immanuel, *El moderno sistema mundial (La segunda era de gran expansión de la economía-mundo capitalista, 1730-1850)*, trad. de Jesús Albores, México, Siglo Veintiuno Editores, SA de CV, 1998.

WATSON, Alan, disponible en <https://www.ejcl.org//44/art44-2.html>

WEBER, Max, *Economía y Sociedad*, 3ª ed., trad. de Francisco Gil Villegas M., México, Fondo de Cultura Económica, 2014.

WILLIAMSON, Oliver E., "The Modern Corporation: Origins, Evolution, Attributes", *Journal of Economic Literature*, United States of America, December, vol. XIX, 1981.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, 7ª edición, España, Editorial Trotta, 2007.

ZARKÍN Cortés, Sergio Salomón, *Derecho Corporativo*, 5ª edición, México, Porrúa, 2015.

ZUMBANSEN, Peer, "The Law of Society: Governance Through Contract", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, United States of America, Summer 2007, vol. 14, núm. 2.

Diccionarios

Diccionario Real de la Academia Española disponible en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=TEST

Diccionario Jurídico Mexicano, Editorial Porrúa – UNAM, México, 2004, p. 3480.

Instrumentos Jurídicos mexicanos

Anexo 01-B de la Circular Única de Bancos.

Circular Única de Bancos.

Ley de Instituciones de Crédito.

Ley de Petróleos Mexicanos.

Ley de Hidrocarburos.

Ley de la Comisión Federal de Electricidad.

Ley Federal sobre Metrología y Normalización.

NORMA Oficial Mexicana NOM-070-SCFI-1994, Bebidas alcohólicas-Mezcal-Especificaciones, disponible en <http://www.crm.org.mx/PDF/NOM070/DOF120697.pdf> vista el 14 de septiembre de 2016.

Diario debates de Cámara Diputados, Año I, Primer Receso, 20 enero 2016, pp. 72-73.

Instrumentos jurídicos de derecho comunitario

Case T-193/02 *Laurent Piau v Commission of the European Communities*, disponible en <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d0f130de7a2820b397f54131aa1cb345d664346c.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4NchuOe0?docid=65947&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=14713>

Instrumentos jurídicos estadounidenses

Washington v. Donald J. Trump, President of the United States, No. 17-35105, 9th Cir., Feb 9, 2017, disponible en <https://cdn.ca9.uscourts.gov/datastore/opinions/2017/02/09/17-35105.pdf>

Criterios jurisprudenciales y sentencias

Tesis XXVII.3o.6 CS (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. III, marzo de 2015, p.2507.

Tesis I.1o.A.E.200 A (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, viernes 03 de marzo de 2017 10:06.

Tesis 1a. CCXLIII/2015 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, agosto de 2015, p. 472.

Tesis VI.2o.P.151 P (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. 5, enero de 2012, p. 4491.

Cibergrafía

http://www.doingbusiness.org/~/_/media/WBG/DoingBusiness/Documents/Subnational-Reports/DB16-Sub-Mexico.pdf

<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/19433783>

<http://www.sct.gob.mx/despliega-noticias/article/comunicado-conjunto-instrumenta-sct-nuevas-medidas-de-seguridad-aerea-en-equipaje-de-viajeros/>

<http://www.sre.gob.mx/eventos/aspan/faqs.htm>.

http://emergentpublications.com/eco/ECO_other/Issue_6_1-2_18_CP.pdf?AspxAutoDetectCookieSupport=1.

<http://saladeprensa.sre.gob.mx/index.php/es/comunicados/2578-138>

<http://www.financialstabilityboard.org/about/history.htm>

<http://www.sitios.scjn.gob.mx/cumbre/?q=noticias/242>

http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ecofin/137078.pdf

<http://www.kosher.com.mx/kosher.php>

<http://www.star-k.org/ind-advantages-kosh101.htm>

<http://www.kosher.com.mx/kosher.php>

<http://www.ikckosher.com/contact.HTML>, <http://www.ka-kosher.com/>

<http://www.koshercertification.org.uk/GTC.html>

<http://www.ifrs.org/The-organisation/Documents/2013/Who-We-Are-Spanish-2013.pdf>

http://www.cinif.org.mx/nosotros_funciones.htm

<http://www.cies.ch/es/education/about-cies-education/>

<http://www.weforum.org/>

<http://english.boaoforum.org/>

http://www.olympic.org/Documents/olympic_charter_en.pdf

OED Online. December 2014. Oxford University Press. <http://0-www.oed.com.millenium.itesm.mx/view/Entry/80307?redirectedFrom=governance> (accessed February 04, 2015).

<http://www.senado.gob.mx/diario/contenido.php?id=823&lg=56&anio=3#a6619>.

<http://www.senado.gob.mx/diario/contenido.php?id=823&lg=56&anio=3#a6619>.

<http://cronica.diputados.gob.mx/>

<http://www.un.org/partnerships/index.html>

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV:l22012>

<http://pactopormexico.org/como/>

<http://normateca.cfe.gob.mx/Normateca/NormatecaInternetDoc/NORMATIVIDAD%20ADMINISTRATIVA/Disposici%C3%B3n/20172110537463.pdf>

http://www.pemex.com/acerca/gobierno-corporativo/consejo/Documents/acuerdos_2015/sesion_899_ext.pdf

http://www.pemex.com/acerca/gobierno-corporativo/consejo/Documents/acuerdos_2016/sesion_911_ord.pdf,

<http://normateca.cfe.gob.mx/Normateca/NormatecaInternetDoc/NORMATIVIDAD%20ADMINISTRATIVA/Disposici%C3%B3n/20172110537463.pdf>

<https://www.iso.org/iso-3166-country-codes.html>

<https://www.iana.org/domains/root/db/mx.html>

<http://www.nic.mx/es/NicMx.Historia>

https://www.registry.mx/jsf/static_content/domain/policies_first_new.jsf

<http://www.wipo.int/amc/es/domains/gtld/>

https://www.registry.mx/jsf/static_content/domain/policies_first_new.jsf

<http://www.wipo.int/amc/es/domains/panel/panelists.html#123>

<http://www.wipo.int/amc/en/domains/search/text.jsp?case=DMX2016-0036>

<http://pactopormexico.org/PACTO-POR-MEXICO-25.pdf>

<http://gaceta.diputados.gob.mx/ACCM/GP/20161210-C8D.pdf>, p. 282.

http://www.100resilientcities.org/cities#/-_/

<http://gaceta.diputados.gob.mx/ACCM/GP/20161210-C8D.pdf>, p. 81.

https://www.nytimes.com/2017/01/30/us/politics/lawyers-trump-travel-order.html?_r=0