



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO
DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO
DE LA FACULTAD DE DERECHO**

**LAS TRANSFORMACIONES DE LA DICOTOMÍA PÚBLICO Y PRIVADO EN EL ESTADO
Y EL DERECHO EN MÉXICO**

**TESIS
QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE
DOCTOR EN DERECHO**

**PRESENTA:
ARÍSTIDES GUTIÉRREZ GARZA**

**TUTORA PRINCIPAL:
DRA. ALEIDA HERNÁNDEZ CERVANTES
CENTRO DE INVESTIGACIONES INTERDISCIPLINARIAS
EN CIENCIAS Y HUMANIDADES, UNAM**

**MIEMBROS DEL COMITÉ TUTOR:

DR. ALFONSO BOUZAS ORTIZ
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES ECONOMICAS, UNAM

DR. RODRIGO GUTIÉRREZ RIVAS
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, UNAM**

Ciudad Universitaria, CD. MX., Junio, 2018



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.

DEDICATORIA

A mis padres, con cariño.

Para Alejandra, por su apoyo incondicional.

A mis hermanas, por acompañarme en este viaje.

A mis amigos, por estar siempre presentes.

AGRADECIMIENTOS

A la Dra. Aleida Hernández Cervantes por su apoyo constante y dedicado para que este trabajo pudiera concluir satisfactoriamente. Sus aportes siempre dieron luz para no perderme en el camino.

Al Dr. Alfonso Bouzas por haberme encausado a la investigación del derecho. Sin su apoyo, quizá, estuviera luchando en otras trincheras.

Al Dr. Rodrigo Gutiérrez por sus pertinentes comentarios y correcciones a lo largo de esta investigación, siempre sus planteamientos enriquecieron este trabajo.

Al Dr. Jaime Cárdenas Gracia y la Dra. Marisol Anglés por su tiempo y dedicación, así como sus valiosos comentarios que permitieron dar cauce de forma satisfactoria esta investigación.

A la Universidad Nacional Autónoma de México, así como al Posgrado en Derecho de la Facultad de Derecho, porque me abrieron sus puertas sin condición alguna.

A la Dra. Anna Zalik y al *Centre for Resaerch on Latinoamerican and the Caribbean, York University*, de Toronto Canadá, que me llevó a realizar una invaluable estancia de investigación.

Al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología por su apoyo financiero durante todo este trayecto. Para que este apoyo sea siempre permanente.

LAS TRANSFORMACIONES DE LA DICOTOMÍA PÚBLICO Y PRIVADO EN EL ESTADO Y EL DERECHO EN MÉXICO

Índice

Introducción	6
Capítulo Primero. Proceso histórico de la configuración público- privado en el Estado y el derecho.....	12
1.1.- La significación de público y privado	13
1.2.- Desarrollo Histórico. La transformación de la sociedad feudal a la sociedad capitalista: transición del Estado monárquico absoluto al Estado moderno.....	16
1.2.1.- El inicio de la formación de lo público y lo privado	18
1.2.2.- El proceso de configuración del Estado moderno y la transformación del sistema feudal al sistema capitalista	22
1.2.3.- La crisis y la transición de la sociedad feudal a la sociedad pre capitalista: configuración de la monarquía absoluta	28
1.2.4.- La configuración de la monarquía absoluta como fase de transición económica33	
1.2.5. El capitalismo, y la configuración del Estado moderno, la sociedad civil y el derecho. La configuración de la separación de lo público y lo privado.....	48
Capítulo Segundo. Desarrollo y caracterización de la distinción de la esfera de lo público y lo privado en el Estado y el derecho moderno	68
2.1. La formación de la esfera pública y privada en el Estado y el derecho moderno	68
2.2.- Lo público y lo privado en el Estado y en el derecho en el modelo liberal	76
2.2.1 Lo público y lo privado y su interrelación	78
2.2.2 El derecho en el modelo del Estado liberal.....	81
2.2.2.1 La ley y el principio de legalidad.....	83
2.2.2.2.- Los derechos del hombre y los ciudadanos.....	88
2.3.- Lo público y lo privado en el Estado y el derecho en el modelo social de derecho	89
2.3.1.- El derecho en el modelo de Estado social.....	95
2.3.1.1.- Crisis del Estado liberal de derecho.....	98
2.4.- Lo público y lo privado en el modelo del Estado Neoliberal	103
2.4.1.- La globalización	104
2.4.2.- El neoliberalismo.....	114
2.4.3.- El derecho en el modelo del Estado neoliberal.....	117

Capítulo Tercero. La transformación de lo público y lo privado en el Estado y el derecho en México	123
3.1 La consolidación de lo público estatal.....	124
3.1.1 Consideraciones previas sobre la relación Estado y derecho y sobre lo público y lo privado.....	124
3.1.2 El Estado y el derecho posrevolucionario en la reconstrucción de la economía.	136
3.1.3 El sector público estatal y las funciones del Poder Ejecutivo	142
3.1.4 La constitución de 1917 y el régimen jurídico con relación a la actividad de los particulares	145
3.1.4.1 La propiedad: lo público, lo social y lo privado	146
3.2. La intervención estatal en el ámbito de lo privado	159
3.2.1. El Estado en la intervención en la economía	161
3.2.2. Las transformaciones de las funciones del Estado respecto a la actividad de los particulares	170
3.2.3. El régimen jurídico de intervención estatal en la economía.....	171
3.2.3.1 Prohibiciones en materia de propiedad	171
3.2.3.2 Normatividad creada con relación a las atribuciones del poder ejecutivo en materia económica	173
3.3 La desarticulación de lo público-estatal y la expansión del ámbito de lo privado.....	176
3.3.1. El modelo neoliberal en el Estado y el derecho	179
3.3.1.1 El neoliberalismo y su implementación	182
3.3.1.2 El ajuste estructural y modernización.....	185
3.3.2 La reconfiguración de las funciones del Estado y el derecho	196
3.3.2.1 La liberalización de la economía	197
3.3.2.2 La desregulación	197
3.3.2.3 La privatización.....	199
3.3.2.4 La privatización de las empresas productivas del Estado	203
 Capítulo Cuarto. La expansión de lo privado en el Estado y el sistema de regulación transnacional	 205
4.1 La globalización económica, el Estado y la desnacionalización estatal	206
4.1.1 La globalización económica	210
4.1.2 La globalización y el Estado.....	212
4.1.3 La desnacionalización estatal	217
4.2. La transformación de la estructura interna del Estado: elementos privados en el ámbito estatal	220
4.2.1. La autoridad privada.....	221

4.2.2.- El ejercicio de funciones públicas por particulares	227
4.2.3 La regulación pública	236
4.2.4.- La asociación pública y privada	252
4.3. La Producción Jurídica Transnacional	261
4.3.1 Redes jurídicas transgubernamentales y redes jurídico privadas transnacionales	263
4.3.2 La regulación transnacional en el ámbito intra-gubernamental	265
4.4 La hibridación de lo público y lo privado	267
4.4.1 La decadencia	268
4.4.2 La hibridación	271
Capítulo Quinto. La hibridación jurídica en el sector energético de hidrocarburos	278
5.1. Aspectos generales del proceso de hibridación jurídica	279
5.1.1 El problema de la privatización del derecho público y la publicación del derecho privado en la hibridación jurídica	289
5.1.2 La descripción general del concepto de hibridación jurídica	299
5.2 La hibridación en el ordenamiento jurídico del sector energético de hidrocarburos.....	307
5.2.1 La hibridación jurídica para fines privados en la reforma constitucional del sector energético	308
5.2.2 La hibridación jurídica para fines privados en la Ley de Hidrocarburos	313
5.2.2.1 Las asignaciones, los contratos y el arbitraje internacional	313
5.2.2.2 Las autorizaciones y los permisos en la Ley de Hidrocarburos	319
5.2.2.3 La jurisdicción y la utilidad pública	321
5.2.2.4 Las servidumbres legales de hidrocarburos.....	323
5.2.3 Las empresas productivas del Estado y su naturaleza híbrida para fines privados	325
6.- Consideraciones finales	331
Bibliografía	341

Introducción

La fase actual del desarrollo capitalista ha logrado generar una ruptura de los cimientos del Estado y el derecho contemporáneo. La necesidad constante de la búsqueda de ganancia y de contrarrestar las crisis del sistema capitalista, ha llevado a reconfigurar las relaciones actuales de poder. Estos cambios modifican los espacios, controles y contrapesos que definían la relación del Estado, el derecho y la sociedad.

Así, en el contexto de la globalización económica y de la implementación de una política económica neoliberal, los elementos que dieron origen y fundamento al Estado, como la centralización y concentración del poder en un determinado territorio, el monopolio del ejercicio de la violencia, el monopolio de creación y aplicación normativa, están siendo sometidos a una dinámica que tiene como consecuencia la reconfiguración de las relaciones políticas, jurídicas y económicas del Estado y el derecho.

Las implicaciones, son importantes. En primer lugar existe un debilitamiento del poder público representado por el Estado y sus instituciones, lo que ocasiona que este último sea débil e ineficaz en el ejercicio de las funciones que le dieron origen. Asimismo, la visión tradicional del Estado como “soberano” y “nacional”, se ha modificado en un Estado deficiente, endeble y fragmentado. En segundo lugar, la concepción de un poder público interventor en las relaciones económicas ha quedado en el olvido. Hoy en día, el Estado y su función pública, al igual que la social, se encuentran entrelazados con organismos e instituciones que representan intereses privados. Por último, el derecho como monopolio del Estado, cimentado sobre la concepción de soberanía, está siendo confrontado por otras fuentes normativas producidas desde ámbitos internacionales y a partir de acuerdos entre organismos privados.

De igual forma, existe un proceso importante y continuo de desnacionalización del estado, de desestatalización del sistema político y de internacionalización de las políticas públicas (Jessop 2009) que tiene como consecuencia que los Estados compartan tareas y funciones con actores no estatales, lo que implica una influencia y penetración relevante de los particulares en el ámbito estatal. Esto representa un crecimiento considerable del poder privado que interviene en distintas actividades y sectores que en etapas históricas anteriores eran consideradas como atribuciones exclusivas (áreas estratégicas) del poder del Estado. Bajo esta dinámica, los alcances y los límites que se establecieron claramente entre el Estado y la sociedad se encuentran sometidos a transformaciones que altera su contenido y su estabilidad.

Asimismo, estos procesos tienen la capacidad para poder privatizar lo que era considerado como público. Existe un permanente movimiento de contenidos, instrumentos y técnicas que provienen del ámbito de lo privado y que se sitúan en el aparato gubernamental, haciéndose pasar por públicos, pero que son en esencia privados (Sassen 2010 a). En este sentido, los particulares participan colaborando con los Estados en diversas actividades que en etapas anteriores eran realizadas por los gobiernos, como lo son el sector salud, la educación y la infraestructura pública. Además, existen contenidos normativos elaborados por actores privados que son implementados por el aparato gubernamental, y produce la presencia de regulación privada circulando en el ámbito público-estatal. Bajo estas circunstancias el gobierno delega funciones y atribuciones propias de la autoridad estatal a los particulares, o en su caso, los particulares realizan funciones con fines públicos y colectivos, lo cual lleva a preguntarse respecto al alcance del término de interés general y público.

En una dimensión nacional, las políticas neoliberales que fueron llevadas a cabo a partir de los años ochenta establecieron cambios significativos en el Estado. Ha sido un proceso a través del cual se privatizó, se desregularizó y se liberalizó la economía nacional y se transformó la arquitectura normativa nacional con contenidos de libre mercado y eficiencia económica. Se firmó el Tratado de Libre

Comercio de América del Norte (1994) y se eliminaron restricciones a la inversión extranjera. Muchas de estas modificaciones fueron llevadas a cabo a partir de lo que se denominaron “reformas estructurales” y que en la actualidad siguen en proceso de implementación.

También se establecieron distintos tipos de Comisiones como lo son los Órganos Desconcentrados de la Administración (como la Comisión de Competencia Económica, Comisión Federal de Telecomunicaciones, Comisión Reguladora de Energía) las cuales gestionan las actividades de las áreas que fueron privatizadas, con el objetivo de permitir que el libre juego del mercado regule las relaciones de los particulares. Por lo tanto, la función del Estado es establecer mecanismos para que el mercado sea eficiente, lo que conlleva a un cambio de funciones del mismo, como lo es el de regular, supervisar y vigilar, situación que hace que la toma de decisiones públicas gire en torno al interés del mercado y de quienes son regulados, es decir, de las empresas privadas. Este tipo de modelo busca que las decisiones sean independientes debido a la tecnificación y especialización de sus áreas, y genera formas de privatización que se alejan de un control público. Lo que lleva al problema de la falta de legitimidad en la toma de decisiones de los de órganos desconcentrados.

En este orden de ideas, es el Estado quien interviene para reconfigurar las relaciones entre los particulares. Lo que ocasiona, que en muchos ámbitos se encuentre una serie de actividades que son llevadas a cabo por actores privados que difuminan la división tradicional de lo público o lo privado. Por consecuencia, se está en un proceso mediante el cual la distinción se encuentra sometida a una hibridación debido a que no puede distinguirse qué elementos corresponden a cada una de las esferas. De igual manera, estas transformaciones provocan un déficit democrático en los procesos que actualmente se están llevando a cabo por parte del Poder Ejecutivo, es decir, se privatiza la toma de decisiones. Se eliminan controles tradicionales del derecho público así como la posibilidad de llevar a cabo rendición de cuentas. Por último, se olvida completamente la dimensión de la ciudadanía y de los derechos humanos. De esta forma, la presente investigación

analiza y explica la forma en que los procesos de globalización y la implementación de políticas económicas neoliberales han transformado la relación entre el Estado, el derecho y los particulares.

Del mismo modo se desarrollan de manera específica los siguientes incisos: a) explicar en su desarrollo histórico la transformación del Estado y el derecho; b) analizar de qué manera se han presentado las transformaciones de la relación de lo público y lo privado en distintas fases históricas; c) ubicar las modificaciones en las funciones y actividades estatales, así como, en la estructura interna del Estado; d) explicar los procesos de injerencia de los particulares al interior del Estado; e) ubicarla naturaleza y las características actuales de la distinción público y privado y sus efectos en el derecho.

Este tema resulta relevante puesto que permite explicar cuáles son los términos en que se presenta la transformación de la distinción entre lo público y lo privado. A su vez, posibilita comprender de qué forma se están presentando nuevos fenómenos de tendencias privatizadoras realizadas al interior del Estado, las cuales modifican sustancialmente la función estatal. Además, permite establecer las formas en que se puede buscar alternativas y soluciones a la problemática de la interdependencia estrecha entre ambas dimensiones, así como también, delimita las consecuencias del fenómeno privatizador que se instaura en el Estado.

Para ello la investigación se estructura en cinco capítulos. En el primer capítulo se analiza desde una perspectiva teórica histórica el desarrollo y la configuración del Estado y el derecho. Se especifica la terminología en cuanto al alcance de sus diversas significaciones. Se desarrolla de qué forma el Estado aparece como tal, con las características que lo identifican, analizando la manera que se apropia del espacio del poder público y del monopolio normativo. A su vez, se analiza su relación con lo privado y cómo dichos vínculos terminan por generar transformaciones que resultan indisolubles.

En el segundo capítulo, se examina la caracterización general entre lo público y lo privado con el Estado y el derecho. Para ello se han tomado en cuenta los cambios que dicha caracterización ha tenido en tres momentos históricos: el Estado

en el modelo liberal, el Estado en modelo social y el Estado en la configuración del modelo neoliberal. El análisis de la caracterización permitirá desentrañar las modificaciones que han tenido lo público y lo privado y cuáles son las implicaciones que conllevan estos cambios en la dimensión jurídico-política.

El tercer capítulo analiza en el contexto histórico nacional, la transformación de la relación de lo público-estatal con los particulares y se enfoca en los acontecimientos que constituyeron desplazamientos de la función estatal. Dichos sucesos se establecen en tres momentos centrales: la consolidación de lo público estatal en la etapa del Estado posrevolucionario y de reconstrucción económica nacional (1917-1940); la intervención de lo público estatal en el ámbito de lo privado (1940-1982), y la etapa en la que el Estado se caracterizó por su intervención en la economía; y por último, la desarticulación de lo público estatal y la expansión del ámbito privado, que inicia en el año de 1982 y continúa hasta la fecha.

En el cuarto capítulo, el objetivo es analizar cuáles son las transformaciones de la relación público-privado en la etapa histórica de la globalización capitalista. La dimensión económica global juega un papel importante para determinar el funcionamiento de la estructura interna del Estado y por consecuencia, de la producción normativa. Una vez que los estados han llevado a cabo las modificaciones de sus estructuras internas (liberalización, desregulación, privatización), el capitalismo, que se representa principalmente por compañías transnacionales, y un sistema financiero global, modifica los espacios nacionales creando un nuevo tipo de relaciones que alteran por completo las relaciones internas de los Estados.

Por último, en el quinto capítulo, el objetivo es analizar la reforma estructural al sector energético. Se analiza dicha reforma porque permite examinar cómo intereses transnacionales y nacionales privatizan un sector que históricamente había permanecido bajo el monopolio estatal. Una actividad económica de vital importancia para el país, ha sido modificada en los propios términos de las regulaciones transnacionales, y en este sentido, el Estado adecua su estructura política-jurídica para dar paso a las relaciones a nivel transnacional. Por tanto, este

proceso de reforma esclarece la manera en que se privatiza el Estado, pero a la vez muestra la manera en que el Estado y el derecho se ajustan a los procesos económicos transnacionales. Bajo esta tesis general, se analiza la forma en que instrumentos, técnicas y mecanismos jurídicos provenientes del derecho privado se encuentran funcionando al interior de la administración pública, que en realidad es toda una nueva estructura administrativa de altos grados de contenido de derecho privado instaurados en el sector estatal y al interior del ordenamiento jurídico nacional producto de la privatización del sector energético. Para demostrar lo anterior, se utiliza el concepto de “hibridación jurídica”, el cual proporciona los elementos necesarios para entender la forma en que se legitima y legaliza la intromisión de los intereses corporativos y empresariales nacionales e internacionales en el derecho público mexicano.

Este término permite entender la forma en que se llevan a cabo las relaciones actuales de lo público y lo privado, y explica cómo los nuevos procesos de privatización, esto es, de injerencia de actores privados en actividades estratégicas del sector estatal, se realizan por medio del proceso de combinación de racionalidades y discursos autónomos, incluso contradictorios entre sí, provenientes de distintas disciplinas, que a su vez producen una nueva estructura jurídica de tendencias privatizadoras al interior del Estado.

Capítulo Primero

Proceso histórico de la configuración público- privado en el Estado y el derecho

Es conveniente precisar que la conceptualización de lo público y lo privado resulta ambigua y poco clara, además, puede ser usada sin ningún problema en diversas dimensiones y en distintos contextos. Lo que hace, que su significación provoque confusiones importantes para su uso y aplicación. Por tanto, en este trabajo se analiza el desarrollo de la conceptualización de lo público y lo privado como espacios relativos a lo político-jurídico. Es decir, este capítulo explica el desarrollo histórico y sus interacciones de lo público en el espacio de la política, y lo privado en el ámbito de la sociedad civil bajo la identificación de lo económico y sus relaciones entre los particulares.

Así, el presente capítulo analiza desde una perspectiva teórica histórica¹ el desarrollo de la transformación de lo público y lo privado en el Estado y el derecho. En el primer apartado se especifica la terminología en cuanto el alcance de sus diversas significaciones. En el segundo apartado se desarrolla de qué forma el Estado aparece como tal, con las características que lo identifican, analizando de qué forma se apropia del espacio del poder público. A su vez, se analiza su relación con el desarrollo de lo privado y como dichos vínculos terminan por crear transformaciones que resultan indisolubles.

En consecuencia, el objetivo del presente capítulo es analizar el desarrollo histórico por el cual se han presentado las transformaciones adquiridas por el Estado y el derecho, y explicar cómo en esta fase histórica del sistema capitalista la conceptualización de lo público y lo privado se configura para expandir y reproducir

¹ Bajo esta propuesta se trata de reconstruir históricamente los procesos que dieron pauta a la conformación de la relación Estado-economía bajo la representación público y privado. De esta forma como señala De Cabo, "el materialismo histórico afirma su visión de la historia a partir de un desarrollo plurilineal, descentrado y discontinuo en el que se aprecian y manifiestan las diferentes formas de explotación y los diferentes esfuerzos hechos por los hombres para librarse de ellas. De esta manera la historia aparece no como legitimación del presente, sino como un medio para comprenderlo críticamente y para ayudar a transformarlo" (1988, 43).

la acumulación del capital y tener como resultado una identificación de intereses que siga reproduciendo y conservando un *status quo* determinado. Se pretende analizar de qué forma surge y cuáles son las perspectivas del problema de investigación que aparece como el debilitamiento de las instituciones del Estado, y al mismo tiempo, cómo este último crea mayores espacios para el fortalecimiento de un capitalismo que ha dejado de ser mediado por aquél y ahora se presenta como el mediador de todas las relaciones en sociedad.

1.1.- La significación de público y privado

El significado etimológico del término “público,” proviene del latín *publicus*² que significa del pueblo, mientras que “privado”, proviene del latín *privātus*³ que significa particular o privado (Pimentel Álvarez 1996).

Para Cabo de la Vega el término público “deriva de *populus* y de él extrae su significado de primigenio [...] aludía al primitivo ejército romano de la monarquía [...] Es decir, que en su sentido primitivo, *populus* y su derivado *publicus*, se refieren simultáneamente a la masa, a la multitud y al ejercicio de la violencia” (1997, 26-27). El mismo autor señala que el término privado contiene distintas derivaciones, sin embargo “*privatus* proviene de *privus* lo propio o peculiar de alguno, (de su propiedad o pertenencia). Y el mismo término propiedad deriva de *proprius*, forma contracta de la locución *pro privo*” (1997, 27).

Hay que mencionar que estos términos son adjetivos y de ellos han resultado múltiples derivaciones. Que la terminología ha sido usada de múltiples formas e incluso en muchas de las veces entremezclándose una y otra. Es decir, público “se deriva del latín *poplicus*, «gente», pero evolucionó a *publicus* en conexión con *pubes*, en el sentido de hombres adultos, vinculado la membresía pública con la madures pública” (Warner 2012, 20). Y no solamente dichos términos se acotan a establecer determinaciones sociales, individuales y personales, sino, como señala

² Para la Real Academia de la Lengua “público” es un adjetivo que significa notorio, patente, manifiesto, visto o sabido por todos.

³ Para la Real Academia de la Lengua “privado” es un adjetivo que significa lo que se ejecuta a vista de pocos, familiar y domésticamente, sin formalidad ni ceremonia alguna. Particular y personal de cada individuo.

Warner, pueden referirse a distintas situaciones y contextos que atraviesa la textura social así como la espacial⁴: Por tanto el autor considera una serie diversos significados los cuales hacen alusión lo “público” y lo “privado”⁵.

Bobbio refiere que el proceso de configuración es complejo. Desde una perspectiva descriptiva de las esferas de lo público y lo privado, menciona que la conceptualización clásica refleja la distinción entre la colectividad y lo particular o entre un poder central y un poder específico y menor:

Lo que pertenece al grupo en cuanto tal, a la colectividad, y lo que pertenece a los miembros, específicos, o más en general entre la sociedad global y grupos menores (como la familia) o también entre un poder central superior y los poderes periféricos inferiores que con respecto a él gozan de una autonomía relativa, cuando no dependen totalmente de él (Bobbio 1989, 13).

Este autor señala que el criterio central de esta diferenciación sigue siendo el de utilidad. Es decir, respecto y relativo a la utilidad del individuo o respecto a la utilidad colectiva o en común (1989, 14).

De esta forma, Habermas refiere a lo público como “a las organizaciones que, en contraposición a sociedades cerradas, son accesibles a todos; del mismo modo que hablamos de plazas públicas o de casas públicas” (1969, 41). Mientras que a lo privado como proveniente del “latin *privatus*, lo que quiere decir, sin oficio público,

⁴ Como lo afirma Warner: “la arquitectura de clase media de los siglos XIX y XX, por ejemplo separa la sala o sala de estar del espacio de la familia o habitaciones a las que uno se retira, tratando de levantar muros literales entre las funciones públicas y privadas incluso dentro de la casa” (2012, 24).

⁵ Público como: “1) abierto a todos; 2) accesible con dinero, 3) relacionado con el Estado, ahora llamado frecuentemente sector público; 4) político; 5) oficial; 6) común; 7) impersonal; 8) nacional o popular; 9) internacional o universal; 10) a la vista física de otros; 11) fuera de la casa; 12) que circula impreso o por medios electrónicos; 13) ampliamente conocido; 14) reconocido y explícito; 15) el mundo mismo en la medida en que no es común a todos y es algo distinto de nuestro espacio de propiedad privada en él (como lo expresa Hanna Arendt en la condición humana); 16) relacionado con el individuo, especialmente con la interioridad, la experiencia subjetiva y lo incommunicable; 17) comportamiento discreto o apropiado en el sentido del término en español “pudor”; 18) genital o sexual. Mientras que el término privado se refiere como: 1) Restringido a algunos; 2) cerrado incluso para los que pueden pagar; 3) no estatal, relativo a la sociedad civil; ahora llamado frecuentemente sector privado; 4) no político; 5) no oficial; 6) especial; 7) personal; 8) grupo, clase o localidad; 9) particular o finito; 10) oculto; 11) doméstico; 12) circula oralmente o en forma manuscrita; 13) conocido por los iniciados; 14) tácito e implícito” (Warner 2012, 27).

sin ocupar cargo público o posición oficial, sin empleo que lo implique en los asuntos públicos” (1969, 50).

Para Nora Rabotnikof esta conceptualización en el ámbito de lo político adquiere tres sentidos o criterios básicos: a) interés común opuesto a interés individual, sentido del que se deriva la sociedad civil y la sociedad política (2005, 28), b) lo manifiesto y ostensible en oposición a aquello que es secreto, preservado, oculto. Tiene que ver con el desarrollo del concepto de publicidad (2005, 29). Y por último, c) lo que es de uso común accesible para todos opuesto con lo cerrado. Este sentido deriva de la significación primaria de público (2005, 30). Para la autora estos tres sentidos se han entrelazado de diversas formas y en distintos momentos históricos.

Así, el punto neurálgico de este trabajo es desarrollar como lo público y lo privado se ha relacionado con el Estado y el derecho. Es decir, explicar cómo el marco de actuación del espacio de lo público y de lo privado ha tenido cambios y modificaciones. En este sentido, un factor esencial para entrever dichas transformaciones, ha sido la influencia de las relaciones capitalista que han trastocado las representaciones de las esferas respectivas. Lo relevante es que con el desarrollo de estas nuevas relaciones de mercado la significación ha adquirido matices contrarios a los establecidos para lo público y lo privado. El parámetro ya no es la utilidad o el interés de uno (privado) o muchos (público) para su diferenciación, sino, la derivada de la posibilidad de apropiación. Público significa interés común, sin embargo, bajo la lógica del mercado, lo público ha adquirido el significado contrario, todo aquello que sea factible de apropiación tendiente a la acumulación del capital. Es decir, ahora lo privado tiende adjudicarse al interés común.

1.2.- Desarrollo Histórico. La transformación de la sociedad feudal a la sociedad capitalista: transición del Estado monárquico absoluto al Estado moderno

El hombre en el transcurso de su historia, se ha visto en la imperiosa necesidad de desarrollar distintas formas de organización social. Así, con cada formación social⁶ se fraguan relaciones humanas que determinan la manera en que se configura el poder y sus dimensiones. No se puede afirmar que el desarrollo de formación estatal y el de la evolución del sistema económico capitalista se han generado de manera constante y en fases evolutivas progresivas, es decir, como si los procesos de cambio de dichas instituciones se realizaran por medio de una fórmula preestablecida y reaccionaran de manera mecánica a dichas transformaciones. Lo que sí se puede señalar es que en cada momento de la historia de las sociedades coexisten directamente relaciones y conexiones con las formas de producción y con las instituciones políticas. De tal suerte se puede afirmar que el Estado moderno no es el motor del desarrollo de la dinámica del sistema capitalista, pero evidentemente el Estado ha convivido y se ha relacionado lo que ha podido con él. De esta manera, “el capitalismo solo triunfa cuando se identifica con el Estado, cuando es el Estado [...] Así pues el Estado se muestra favorable u hostil al mundo del dinero según lo imponga su propio equilibrio y su propia capacidad de resistencia” (Braudel 1986, 72-73).

Por tanto, cada sociedad en la historia genera una forma de producción, una forma de poder político y de relaciones jurídicas. Además, existen procesos de transformaciones que son lentos y largos, y otros que repercuten cotidianamente en las relaciones sociales, como si la realidad histórica fuera un tejido de varios siglos pero que en cada amarre va cambiando y reconstruyendo la realidad. Se comparte la idea de que la historia tiene en su desarrollo dos procesos esenciales, uno que es el denominado de larga duración y otro que se desarrolla dentro de esta estructura con la actividad de los individuos inmersas en sus relaciones, es decir,

⁶ Por formación social se entiende lo siguiente: “en la producción social de su existencia, los hombres establecen determinadas relaciones, necesarias e independientes de su voluntad, relaciones de producción que corresponden a un determinado estadio evolutivo de sus fuerzas productivas materiales. La base real sobre la cual se alza un edificio jurídico y político y a la cual corresponden determinadas formas de conciencia social (Marx 1968, 66).

de corta duración (Braudel,1968). La primera conlleva un análisis de amplios periodos de historia, por ejemplo, el desarrollo del sistema capitalista⁷ y la segunda, de los acontecimientos, de lo cotidiano.⁸ “Hay por lo tanto, al menos dos universos, dos géneros de vida que son ajenos unos al otro y, cuyas masas respectivas encuentran su explicación, sin embargo, una gracias a la otra”⁹ (Braudel 1986,12).

Estos argumentos sirven para entender y enmarcar de qué forma el Estado y el sistema capitalista se han desarrollado a través del tiempo, simultáneamente. Con esto se puede afirmar que el surgimiento del Estado como tal, es concomitante con el del desarrollo del sistema capitalista¹⁰. Bajo esta tesitura es conveniente delimitar que el desarrollo histórico del presente trabajo se enmarca, principalmente, en la siguiente aseveración: la historia de lo público y lo privado, es la historia del desarrollo de la división del trabajo que se objetiviza al mismo tiempo, en ese devenir histórico por medio de la propiedad, es decir, lo público y lo privado es la historia del desarrollo de la estructura básica del sistema capitalista¹¹.

⁷ Braudel afirma que: “En el campo de los fenómenos de tendencia (la tendencia secular de los economistas) se instala, con imperceptibles inclinaciones, una historia de muy largos periodos, una historia lenta en deformarse y, por consiguiente, en ponerse de manifiesto a la observación. Es a ella a la que designamos en nuestro imperfecto lenguaje bajo el nombre de historia estructural, oponiéndose ésta menos a una historia episódica que a una historia coyuntural de ondas relativamente cortas” (1968, 53)

⁸ Así lo refiere Braudel: “Entonces, expresémoslo más claramente que con el término episódico, el tiempo corto, a medida de los individuos, de la vida cotidiana, de nuestras ilusiones, de nuestras rápidas tomas de conciencia; el tiempo por excelencia del cronista, del periodista” (*ídem*, 65).

⁹ Al respecto Wallerstein señala que el tiempo social contiene diversas temporalidades y por consecuencia diferentes realidades sociales. Señala que para Braudel existen dos tiempos básicos: el estructural de larga duración y de continuidades, y el cíclico que ocurren dentro del tiempo del primero (2005, 138).

¹⁰ Una de las funciones centrales del Estado en el sistema capitalista es que, “lo que hace el capitalismo es ofrecer una fuente alternativa y más lucrativa de apropiación del excedente (al menos más lucrativa a largo plazo). En una economía mundo capitalista, la energía política se utiliza para asegurarse derechos monopolísticos. El Estado se convierte no tanto en la empresa económica central como en el medio de asegurar ciertos términos de intercambio en otras transacciones económicas. De esta forma, el funcionamiento del mercado (no su funcionamiento libre, pero no obstante su funcionamiento) crea incentivos para incrementar la productividad, y todo el conjunto de rasgos consiguiente que acompaña al desarrollo económico moderno” (Wallerstein 2011, 23).

¹¹ Cfr. “Las formaciones económicas pre-capitalistas” de Karl Marx.

1.2.1.- El inicio de la formación de lo público y lo privado

La configuración del concepto público y privado, tiene sus inicios en Grecia, pero se transmite gracias a los romanos. La *Polis* o las ciudades-Estado, como forma de organización de la comunidad griega adquieren sentido a partir de la comunidad y no del individuo mismo. Es decir, las partes constituyen el todo y éste es anterior a las partes¹². Esta caracterización clásica la refiere Aristóteles, en donde explica que la génesis de esta organización se presenta con la unión de hombre o mujer destinado a crear la familia, a su vez, varias familias conforman la aldea y varias aldeas la ciudad; de ahí que llegue a la conclusión sobre la definición del hombre como ser social o político¹³. No obstante a ello, ya con Aristóteles existió otro concepto denominado *politike koinomia* que se entiende como comunidad política o sociedad civil, el cual significaba “una comunidad ético política pública de ciudadanos libres e iguales en un sistema de gobierno definido legalmente” (L. Cohen y Arato 2000, 113). Otro término, proveniente del anterior, es el de *oikos* que significa “el hogar doméstico”, bajo este término se denominaba todas “aquellas relaciones humanas como la familia o grupos de amigos” (L. Cohen y Arato 2000, 114).

La conceptualización de lo público y lo privado no se presentó en la Grecia antigua, ya que lo público y lo privado en función de la polis no se distinguía y diferenciaba entre esas dos esferas. Esto debido a que la formación social predominante con los griegos y los romanos fue la esclavitud¹⁴. Sin embargo, la separación de los griegos entre hombres libres y esclavos, permitió el desarrollo de actividades filosóficas y políticas importantes. Para los griegos, la actividad política, religiosa y social se fundía en una unidad¹⁵. Por tanto, los griegos vivieron en una

¹² Argumento esgrimido por Aristóteles el cual señala que: “Por naturaleza, pues, la ciudad es anterior a la casa y a cada uno de nosotros, porque el todo es necesariamente anterior a la parte” (1988, 51).

¹³ Aristóteles señala que: “De todo esto es evidente que la ciudad es una de las cosas naturales, y que el hombre es por naturaleza un animal social, y que el insocial por naturaleza y no por azar es o un ser inferior o un ser superior al hombre” (1988, 50).

¹⁴ En cuanto al número de esclavos Anderson dice que: “las estimaciones más dignas de crédito varían enormemente pero una reciente valoración es que la proporción de esclavos/ciudadanos libres en la Atenas de Pericles era aproximadamente 3 a 2” (1979, 15).

¹⁵ Este argumento lo refiere Del Palacio de la siguiente manera: “si alguna cualidad distingue a la polis, ésta es la de ser comunidad de cultura, objetivación de la paideia, verificación integral del

sociedad “en la que la participación directa y la consecuente osmosis entre vida pública y vida privada era posible debido a la gestión de los asuntos materiales mediante esclavos” (Cerroni 1967, 27).

Producto de esta dinámica esclavista se desarrollaron formas políticas de participación directa por los ciudadanos libres, y aunque esta manera de organización creó la forma de gobierno democrática¹⁶, en realidad, y en muchos de los casos, los gobiernos atenienses tomaron otras formas como oligarquías o tiranías¹⁷.

De esta forma, las ciudades Estado tuvieron un auge importante hasta la posibilidad de expansión de Atenas y Esparta como grandes centros imperiales, a partir de la dominación de espacios marítimos y vastos territorios aledaños. No obstante a su crecimiento y expansión de las ciudades Estado, así como a modelos políticos democráticos, el avance del imperio requería de mayores recursos para su sostenimiento. Esto no fue posible ya que para los griegos el trabajo era considerado como algo negativo¹⁸, lo que trajo como consecuencia que esta división entre ciudadanos libres y la dependencia directa de la agricultura y el campesinado no generara la posibilidad de crear tecnologías que le permitiera nuevas formas de producción para su sostenimiento y expansión. Además, carecía de un aparato eficaz que pudiera controlar el extenso territorio dominado, debido a la rígida división entre esclavos/ciudadanos. Como lo señala Perry Anderson:

hombre. En ella, destino individual y vida pública se funden en la práctica común de los valores en los cuales arraiga la identidad personal...el griego de la polis entiende la vida en razón de la participación de una misma cultura materializada en comunidad; por ello la política, su exteriorización expresa según el mito de Protágoras, la suma de las virtudes humanas” (1986, 13-14).

¹⁶ “Clístines fue el primer caudillo del levantamiento contra la tiranía...quedó en libertad para proceder a ciertas importantes reformas institucionales: sustituyó las cuatro antiguas tribus atenienses basadas en una división geográfica artificial: Ática fue dividida en tres distritos: ciudad, costa y campo, y cada distrito fue subdividido en diez «tritas», cada una de las cuales contiene cierto número de «demos» o «municipios»” (Petrie 1956, 26).

¹⁷ “Poco después de las reformas de Solón encontramos de nuevo al estado ateniense presa de una tremenda crisis en que los bandos opuestos se llaman la montaña, la llanura, y la costa, cada uno capitaneado por un noble poderoso: la montaña por Pisítrato, de quien se dice que era primo de Solón [...] Aprovechándose de la momentánea popularidad que esto le trajo, se rodeó de una guardia propia, se adueñó de la Acrópolis y se hizo amo de Atenas (Petrie 1956, 25).

¹⁸ “el divorcio entre trabajo material y la esfera de la libertad era tan rígido que los griegos no tenían ni una palabra para expresar el concepto de trabajo” (Anderson, 1979, 20).

al mismo tiempo, sin embargo, la naturaleza democrática de la polis ateniense- cuyo principio no era la representación, sino la participación directa-imposibilitaba la creación de una maquinaria burocrática capaz de someter por medio de la coerción administrativa a un extenso imperio territorial. Apenas existía un aparato de Estado separado o profesional en la ciudad, cuya estructura política se definía esencialmente por su rechazo de cuerpos especializados de funcionarios –civiles o militares- situados aparte de los ciudadanos ordinarios: la democracia ateniense significaba precisamente el rechazo de división entre Estado y sociedad (1979, 38).

Lo que no ocurrió con los romanos, quienes llevaron la dominación sobre vastos territorios, para así poder controlar y ejercer su dominio durante varios siglos. Diversos fueron los elementos que germinaron en los conceptos que se produjeron y complejizaron en el transcurso del crecimiento de las sociedades modernas. Aparecen como conceptualizaciones centrales: Res Pública, derecho público y privado, la propiedad, la posesión y la sociedad civil. Es decir, la apropiación de estas categorías para el funcionamiento de las sociedades modernas fue realizada mediante una reorganización conceptual que se adaptara a la dinámica de desarrollo moderno.

La res pública o república definida como: la cosa pública, fue una forma de organización política contraria a la monarquía o la del ejercicio de dominación de los reyes. Esta conceptualización se materializa en Cicerón quien fue el gran defensor de la misma. Él señala que “la República es cosa del pueblo; pueblo no es toda reunión de hombres congregados de cualquier manera, sino sociedad formada bajo la garantía de las leyes y con objeto de utilidad común [...] ¿qué es la cosa pública sino cosa del pueblo? Es pues cosa común de la ciudad” (1973, 25).

Hay que destacar que los romanos conservaron el modo de producción esclavista, pero a diferencia de los griegos, ellos pudieron desarrollar la posibilidad de cultivar y de producir de manera extensa creando así los grandes latifundios esclavistas (Anderson 1979, 55). El desarrollo a gran escala de su economía generó la posibilidad de desarrollar y perfeccionar el derecho romano. De Justiniano se tiene la elaboración del denominado *Corpus Iuris Civilis*. De esta codificación proviene una caracterización primordial que se ha establecido hasta nuestros días, es la que definió Justiniano para explicar que el derecho público es el que trata de

los gobiernos de los romanos y el derecho privado al que se refiere a la utilidad de los particulares¹⁹.

Por otro lado, para los romanos el *ius civile* tenía una característica religiosa. La ley para los romanos estaba vinculada a la religión. La vinculación entre culto religioso y ley fue una práctica que los griegos y los romanos realizaron²⁰. Uno de los principales caracteres del derecho romano es el de su origen religioso: “Las leyes fueron durante mucho tiempo una cosa sagrada. Aun en la época en que se admitió que la voluntad de un hombre o los sufragios de un pueblo podían decretar una ley, era necesario que se consultase la religión y que ésta por lo menos diera su consentimiento” (Coulanges 1971, 142).

Pese lo anterior, resulta difícil establecer, en esta etapa, una relación dicotómica entre lo público y lo privado, toda vez que en gran medida el derecho civil romano regulaba las relaciones de todos los ciudadanos, desvinculado totalmente de esta pre conceptualización de la categoría dicotómica a la que hoy estamos acostumbrados. Incluso, el ser ciudadano consistía en pertenecer al culto de la ciudad, no se tenían derechos si no se participaba en las actividades religiosas de la ciudad. Como señala Coulanges “es pues un error singular entre todos los errores humanos el haber creído que en las ciudades antiguas el hombre gozaba de libertad. Ni siquiera tenía idea de ella [...] gozar de derechos políticos, votar, nombrar magistrados, poder ser arconte, he ahí lo que se llamaba libertad” (1971,172).

Para Cabo de la Vega “se trata no del enfrentamiento de lo público y lo privado sino de dos modelos de lo público: uno familiar y otro gentilicio o cívico. Y ello porque lo privado no existe toda vez que no existen los individuos, sino solo miembros de diferentes comunidades” (1995, 43). Bajo esta mismo argumento, Cerroni establece

¹⁹ “*Publicum jus est, quod ad statum rei romanae spectat*, (se llama derecho público el que trata de los gobiernos de los romanos); *privatum quod ad singulorum utilitatem*, (privado al que se refiere a la utilidad de los particulares), (Justiniano 1976, 26).

²⁰ “la idea del derecho era inseparable del empleo de ciertas palabras sacramentales. ¿Tratabase por ejemplo de contraer una obligación? Uno debía decir: *dari spondes*, y el otro tenía que responder: *Spondeo*. Si no se pronunciaban estas palabras tampoco había contrato” (Coulanges 1971, 143).

que la división fue posible cuando se presentan las condiciones para que se dé la “separación del individuo con respecto al grupo social” (1987, 8).

Por lo tanto, en esta etapa histórica se puede afirmar que el derecho civil romano desarrolló los conceptos fundamentales del derecho civil moderno y lo que hoy en día pueden denominarse derecho privado. La característica fundamental del derecho civil romano fue haber establecido y delimitado la figura de la propiedad y la posesión, así como haber separado el derecho sobre las cosas y las personas. Esto trajo como consecuencia la abstracción de los conceptos, pero sin lugar a dudas la demarcación de la propiedad y la posesión en el ámbito del derecho civil.

1.2.2.- El proceso de configuración del Estado moderno y la transformación del sistema feudal al sistema capitalista

1.2.2.1.- El proceso de configuración de las relaciones feudales

El desarrollo de la sociedad feudal²¹ inicia en la alta Edad Media durante el siglo IX (Romero 1949, 50). En este periodo, el modo de producción se basó fundamentalmente en la agricultura y en formas de comercio poco desarrolladas²², lo que dan cuenta de la forma de una organización del poder político diseminada, descentralizada y localizada ²³. Este sistema produjo tres características

²¹ “Lo que debemos de visualizar cuando hablamos de feudalismo en Europa occidental, es una serie de minúsculos nódulos económicos cuyas poblaciones y productividad estaban en lento crecimiento, y en los que los mecanismos legales garantizaban que el grueso del excedente fuera a parar a los terratenientes que tenían estatus de nobleza y poseían control de la maquinaria jurídica” (Wallerstein 2011, 26).

²² “El feudalismo fue un modo de producción dominado por la tierra y por la economía natural, en el que ni el trabajo ni los productos del trabajo eran mercancías. El productor inmediato –el campesino– estaba unido a los medios de producción –la tierra– por una relación social específica. La fórmula literal de esta relación la proporciona la definición legal de esta servidumbre: *glebae adscripti*, adscritos a la tierra; esto es los siervos tenían una movilidad jurídicamente limitada... los campesinos que ocupaban y cultivaban la tierra no eran sus propietarios. La propiedad agrícola estaba controlada privadamente por una clase de señores feudales, que extraían un plus producto del campesinado por medio de relaciones compulsión político legales” (Anderson, 1979, 147).

²³ “La economía de la época, eminentemente de agricultura autosuficiente, bastaba para satisfacer las propias necesidades de cada aldea y las ciudades dependían de los distritos campesinos más cercanos a ella, para su alimentación. El sistema feudal fue la expresión natural de esta economía agrícola local. Un gobierno central poderoso necesita comunicaciones rápidas. Cuando estas faltan, el gobierno se descentraliza automáticamente, y cae en manos de los propietarios agrícolas locales” (Crossman 1986, 22).

fundamentales: a) una división feudal de soberanías, b) el desarrollo de la ciudad medieval y c) el monarca fue un soberano feudal de sus vasallos (Anderson 1979, 148).

Anderson señala que la primera característica son las tierras o feudos, las cuales se encontraban superpuestas con la injerencia de corporaciones o agrupaciones ajenas con cierto nivel de autonomía e independencia (1979, 148). En las tierras de los siervos y campesinos no se logró imponer una centralización de control político plena. La estructura agrícola feudal se dividió en capas superpuestas, en las cuales los siervos trabajaban la tierra. Asimismo, la forma que configuró a la división feudal se presentó de manera que los señoríos se encontraban distribuidos en distintas aldeas lo que ocasionaba que en cada aldea existiera distintos señores feudales. No existía un sistema jurídico unificado ya que cada señorío pertenecía a una jurisdicción y tribunal señorial diferente (Ibid,149).

La segunda característica es que las sociedades feudales permitieron el crecimiento de la ciudad, producto del desarrollo del comercio y la manufactura, lo que permitió desarrollar cierta autonomía gremial con relación a la nobleza y la Iglesia (Anderson 1979, 150). La tercera característica es que el monarca dependía económicamente de toda la estructura feudal en la que se encontraba como dependiente de los vasallos, señores feudales y siervos “no tenía acceso político directo al conjunto de la población ya que la jurisdicción sobre esta estaba mediatizada por diferentes niveles de subinfeudación” (Anderson 1979, 151).

En el sistema feudal el trabajador y la tierra estaban unidos. No existía trabajo libre, ni proletariado que hiciera que la dinámica económica creciera y se desarrollara rápidamente. Es decir, el trabajador cultivaba para el señor feudal y al mismo tiempo, producto de esa cosecha generaba su alimento. Por lo tanto, el trabajador solamente creaba condiciones básicas para su existencia, sin producir

para crear un excedente que permitiera la libre circulación de las mercancías. Como resultado, solo se desarrolla un producto para su uso y no para su intercambio²⁴.

Las relaciones feudales fueron toda una estructura en donde la propiedad se presenta de manera comunitaria y colectiva, y es en la propia comunidad en la cual se desenvuelve como individuo. Así, la propiedad era privada pero no era del individuo, éste tenía la posesión, y la transformaba constantemente para su propia existencia, sin embargo, dicha propiedad pertenecía a un todo, a una estructura general²⁵. Para comprender mejor esta idea se presentan se presentan los siguientes elementos que explican las relaciones feudales:

1) que en el feudalismo la propiedad va indisolublemente unida a la autoridad, es decir, se produce una unidad orgánica de economía y política; 2) que el mantenimiento el sistema depende del mantenimiento de las instancias extraeconómicas de las que depende la obtención del excedente; 3) que, sin embargo, la explotación, la obtención del excedente, tiene lugar en el nivel económico y no en el político (Cabo: 1988, 243-244).

Bajo estas relaciones estructurales, en el feudalismo se desarrolló una relación principal sobre la base del sistema, era la relación de dependencia entre siervos y

²⁴ Marx señala al respecto este planteamiento que resulta trascendente ya que fundamenta el ser de esta fase histórica: "La cuestión es propiamente la siguiente: en todas estas formas en las que la propiedad de la tierra y la agricultura constituyen la base del orden económico y, por consiguiente el objetivo económico es la producción de valores de uso, la reproducción del individuo en aquellas relaciones determinadas con su comunidad en las que él constituye la base de ésta en todas estas formas hay: 1) apropiación de la condición natural del trabajo-de la tierra como instrumento originario de trabajo y a la vez como *laboratorium*, como *reservoirium* de materias primas- no a través del trabajo, sino como supuesto del trabajo. El individuo se comporta con las condiciones objetivas del trabajo simplemente como algo suyo, se comporta con ellas tratándolas como naturaleza inorgánica de su subjetividad, en la cual ésta se realiza así misma; la principal condición objetiva del trabajo no se presenta como producto del trabajo, sino que se hace presente como naturaleza por un lado, [se da] el individuo viviente, por el otro, la tierra como condición objetiva de la reproducción de éste; 2) pero este comportamiento con el suelo, con la tierra, [tratándolo] como propiedad del individuo que trabaja- el cual, en consecuencia, ya desde un principio no aparece, en esta abstracción, como mero individuo que trabaja, sino que tiene en la propiedad de la tierra un modo objetivo de existencia, que constituye un supuesto de su actividad...el comportamiento respecto a la tierra como propiedad es siempre mediado por la ocupación, pacífica o violenta, de la tierra por la tribu, por la comunidad en cualquiera de sus formas en mayor o menor grado naturales o ya resultado del desarrollo histórico" (Marx, 1979:80-81).

²⁵ "La propiedad individual de la tierra no aparece aquí como forma contrapuesta de la sociedad comunitaria, ni tampoco como mediada a través de esta, si no a la inversa. La comunidad sólo existe en la relación recíproca entre estos propietarios individuales de la tierra, en cuanto tales. La propiedad comunitaria como tal solo aparece como un complemento comunitario de las residencias individuales de la tribu y de las apropiaciones individuales del suelo" (Marx, 1971:79).

señores feudales denominada “relación de servidumbre”²⁶ (Cabo 1988, 245). Esta relación de servidumbre se caracteriza por ser una relación impuesta, y por la fuerza al trabajador de la tierra (siervo) para que otorgará al señor feudal un servicio que redundaría en un pago en especie o en dinero²⁷ (Dobb 1971, 54).

De ahí que la dinámica de la estructura general del sistema estuviera basada por acuerdos o arreglos entre el vasallo y el señor del feudo como lo son la *commendatio*, *el beneficium* y *la immunitas*. La primera de ellas es la relación que se da entre un individuo de posición inferior el cual solicita protección a otro de poder superior, asumiendo una relación del primero con el segundo de obediencia y fidelidad; es lo que se denomina vasallaje²⁸. El segundo, denominado feudo, que es una concesión de derechos de tierra, en el que se incluía a los habitantes o trabajadores (esclavos, siervos y hombres libres) así como los implementos e instrumentos de trabajo, para proporcionar a los individuos y a la comunidad los alimentos necesarios. Y por último, la inmunidad²⁹, que consistía en otorgar ciertas prerrogativas o la exención de impuestos fiscales, así como la aplicación judicial como militar dentro del territorio. Estas tres figuras fueron modificándose por el

²⁶ “La forma más característica que adopta esta relación de dependencia es la servidumbre, a la que se define como obligación impuesta al productor-trabajador, por la fuerza y sin tener en cuenta su voluntad, de satisfacer ciertas económicas al propietario-señor. Exigencias que pueden adoptar la forma de prestación de servicios (trabajar un tiempo en la tierra del señor) o de pago de cantidades de productos en dinero (procedentes del trabajo en la parcela de tierra concedida por el señor trabajador” (Cabo, 1988: 246).

²⁷ “una obligación impuesta al productor por la fuerza e independientemente de su voluntad, de cumplir ciertas exigencias económicas de un señor, ya cobren éstas la forma de servicios a prestar o de obligaciones a pagar en dinero o en especie. Esta fuerza coercitiva puede ser el poder militar del superior feudal, la costumbre respaldada en algún tipo de procedimiento jurídico o la fuerza de la ley” (Dobb 1971: 54).

²⁸ “Entre los débiles que se buscaban un defensor, los más miserables se hacían simplemente esclavos, obligando, con ellos mismos, a su descendencia. Sin embargo, muchos otros, incluso entre los humildes, procuraban preservar su condición de hombres libres. A semejante deseo, los personajes que recibían su obediencia no tenían por lo general, nada que objetar. En esa época en que los vínculos personales todavía no habían ahogado las instituciones públicas, disfrutar de lo que se llama libertad era esencialmente pertenecer, en calidad de miembro de pleno derecho, al pueblo gobernado por los monarcas merovingios” (Bloch 1986, 165).

²⁹ “La palabra designaba la unión de dos privilegios: dispensa de ciertas percepciones del fisco, prohibición a los oficiales reales de penetrar, cualquiera que fuese el motivo, en territorio inmune. De ello resultaba, casi necesariamente, la delegación al señor, de ciertos poderes judiciales, sobre los habitantes” (Bloch 1986, 380).

transcurso del tiempo y cambiaron las relaciones de la estructura de gobierno (Poggi 1978, 20).

De esta perspectiva, las relaciones feudales se presentaron durante largo tiempo y comenzaron a declinar en el siglo XIV, cuando se presentaron las condiciones necesarias para que el funcionamiento del modo de producción feudal llegara a su límite. No fue un proceso que se dio de un momento a otro, sino a través de la reconfiguración de las relaciones entre siervo y vasallo. Al mismo tiempo, la estructura política se encontraba determinada por esta relación, es decir, la base de la producción feudal se representaba por un poder político endeble y descentralizado.

Así, el feudalismo tiene tres caracterizaciones políticas principales: una característica particularista, en el sentido de que el poder del Estado se encontraba disgregado entre el Rey e individuos con cierta autoridad particular, y esa distribución de poder se encontraba unida necesariamente al dominio de la tierra y las personas que habitaban en ella. Lo que trajo como resultado que se produjera “un Estado compuesto, al que casi podría llamarse una mera unión personal bajo el rey, cuya persona es lo único que mantiene unido al todo” (Hintze 1968, 40).

La segunda característica tiene que ver con el ejercicio de dominio personal. El ejercicio de poder es personal e incluso patrimonial. Esta forma de gobierno de la época feudal hace que no exista claramente una separación y distinción entre el derecho público y privado. Por último, la tercera característica es la forma jerárquica en que el Estado adquiere a partir de la organización eclesiástica (Hintze 1968, 40-41). De esta manera, la principal característica de este periodo es que el poder del Estado “estaba limitado, en lo interno por los numerosos depositarios de poder feudales, corporativos y municipales y, en lo exterior, por la iglesia y el emperador” (Heller 1998, 167). Bajo estas condiciones no existía la posibilidad de entrever una división o separación respectiva de lo público y lo

privado³⁰. Las relaciones de dominio se presentaban con relación a los contratos de vasallaje, vinculada directamente por toda una estructura de carácter estamental.³¹

La base de las relaciones políticas feudales se concentra en la relación de servidumbre (fidelidad, obediencia, protección) entre el siervo y el señor feudal. De esta manera, la dinámica entre uno y otro, se desplegó sobre individuos privados sin reconocimiento de una autoridad superior, como la conocemos en la actualidad, o que se encontrara por encima de las demás relaciones al momento de resolver los conflictos. De tal modo que cuando el vasallo pactó por una protección es una relación entre privados, sin embargo, la figura del señor es al mismo tiempo una representación pública³² (Miaille 2008, 64).

Por lo tanto, no existía la noción de lo público como tal, es decir, la organización del poder recaía principalmente en instituciones que hoy podemos llamar como privadas. La familia, la iglesia, así como el poder de los señores feudales, resolvían aspectos administrativos y jurídicos dentro de su índole de poder. Las relaciones feudales fueron construidas sobre la base de un poder local y focalizado, sin tener un poder central de dominación³³.

³⁰ “El pensamiento jurídico medieval no conoció las distinciones entre derecho público y derecho privado, entre contrato y ley, entre derecho y juicio; ni siquiera requería la vida de entonces una diferenciación precisa entre derecho objetivo y derecho subjetivo. El contrato era la institución jurídica universal y se utilizaba incluso para fundamentar y transmitir derechos y obligaciones concernientes al ejercicio de la autoridad” (Heller 1998, 177).

³¹ Por estamentos se entiende “capas sociales más o menos cerradas, que constituían fuerzas sociales vivas y actuantes: el primero estuvo formado por los señores feudales, cuyo conjunto constituía la nobleza... El segundo se constituyó con el clero y tuvo su fuerza por el poder de la iglesia. El tercero se integró con los descendientes de la nobleza a los que no correspondió título nobiliario y con los habitantes de las viñas y ciudades” (De la Cueva 1976, 36).

³² Tal y como se refiere a continuación: “los caminos del dominio son “privados” para el señor, y “públicos” para la colectividad que los usa; la justicia señorial es una institución “pública” en la medida que expresa el orden de una colectividad y, no obstante, es “privada” en la medida en que depende de la persona del señor. En tales condiciones se comprende fácilmente que las estructuras políticas se encuentren aun íntimamente ligadas a estructuras de tipo privado” (Miaille 2008, 64).

³³ Como lo señala Miaille en este apartado: “para no incurrir en semejantes errores es necesario partir de una evidencia: el sistema político feudal es un sistema de solidaridades personales, y no territoriales. En este sentido, constituye una organización extremadamente descentralizada, para expresarlo en términos modernos; es decir, comporta y articula una pluralidad de centros de decisión simplemente coordinados por relación de vasallaje. Por añadidura, dada la organización socioeconómica las grandes distinciones que tenemos por establecidas “naturalmente”, carecen de

En esta época fue difícil para el Estado representado por los príncipes, establecer un control político sobre las relaciones feudales. El motivo de ello fue la fortaleza de la relación de servidumbre y vasallaje que no permitía generar un excedente mayor y por consecuencia imposibilitó el cobro de impuestos³⁴, además, era mejor para los señores feudales la debilidad estatal puesto que: “por mucho que pudiera ser utilizado el aparato de Estado por los nobles, en una época posterior para favorecer sus intereses, se veían sin duda mejor servidos aún por la debilidad de los reyes y los emperadores” (Wallerstein, 1979: 40).

No fue hasta el periodo de crisis del sistema feudal cuando el crecimiento de una burocracia central del Estado empezó a retomar fuerza, en este sentido, la única manera de que esto fuera una realidad y que fuera factible su desarrollo es partir de generar los mecanismos necesarios para garantizar el cobro de impuestos. Esto no fue posible durante los siglos XI y XIII³⁵ debido a la fuerte relación de servidumbre, pues para que el Estado pudiera recaudar la renta correspondiente era necesario que existiera un excedente en la producción, y esta situación en la época feudal no se presentaba como tal. (Wallerstein, 1979: 43)³⁶.

1.2.3.- La crisis y la transición de la sociedad feudal a la sociedad pre capitalista: configuración de la monarquía absoluta

El proceso de declive del sistema feudal fue lento y se presenta durante el siglo XIV. Sin embargo, este declive representó el surgimiento de un nuevo sistema, que como

validez, como la separación entre lo público y lo privado, o bien, la definición de un hombre portador de derechos inalienables” (Miaille 2008, 60).

³⁴ “En un principio, durante la época del patrimonialismo, los monarcas europeos, por lo regular, obtenían el capital que precisaban, en forma de atributos y arrendamientos, de las tierras y poblaciones bajo su inmediata autoridad; a menudo, con severos límites contractuales en cuanto a las cantidades que podían exigir” (Tilly 1992:90).

³⁵ Para Wallerstein el proceso de creación de los estados inicia en el siglo XIII. “¿El Estado? ¿Qué era el Estado? En esta época era el príncipe cuya reputación era alabada, cuya majestad era preservada, y que poco a poco fue siendo apartado de sus súbditos. Y era la burocracia, que emergía ahora como un grupo social diferenciado, con características e interés especiales, el principal aliado del príncipe, y no obstante un aliado siempre...Este Estado era una creación que no procedía del Siglo XVI sino del Siglo XIII en Europa occidental” (2011, 45).

³⁶ “La imposición en realidad solo puede realizarse sobre la producción neta, y la producción neta era escasa, al igual que la cantidad de moneda y su circulación” (Wallerstein 2011, 43).

origen, es contrapuesto a una economía de relaciones de servidumbre. El modelo comienza a configurarse a partir de los cambios en la forma de trabajar la tierra. Ahora los campesinos ya no se encuentran ligados a la tierra en la que laboran. Se presenta la necesidad de que la tierra se trabaje sin ataduras, en forma de arriendo o por libre contratación, lo que permitió desvincular la fuerza de trabajo, es decir, ésta se libera de los lazos generados por las relaciones de servidumbre. Por lo que comienza un lento proceso de transformación de las relaciones de trabajo serviles y del modo de producción feudal.

El desgaste del sistema se desplegó por varios factores fundamentales. El primero de ellos fue un importante descenso de la población, lo que impidió el trabajo de la tierra y por consecuencia la disminución y afectación de las rentas esperadas por los señores feudales. Es posible que esta situación de la población fuera causada principalmente por las guerras³⁷ y por las epidemias, como es el caso de la peste negra³⁸. Proporcionalmente se produjo un aumento de bandidaje³⁹ como forma de recuperar ganancias y rentas perdidas por la crisis por parte de los señores feudales.

³⁷ “En el año de 1490 los musulmanes se hallaban en retirada de su último enclave ibérico, Granada, pero estaban construyendo un considerable imperio en torno al Mediterráneo oriental y haciendo incursiones a los Balcanes. Alrededor de los límites de Europa estaban surgiendo una serie de Estados que disponían de grandes ejércitos y ejercían cierta autoridad judicial y fiscal sobre territorios de dimensiones amplias, y las ciudades estado se armaban para la guerra por tierra como nunca antes” (Tilly 1992, 79).

³⁸ “En cualquier caso, hasta el siglo XVIII el sistema de vida se encuentra encerrado dentro de un círculo intangible. En cuanto se alcanza la circunferencia, se produce casi inmediatamente una retracción, un retroceso. No faltan las maneras y ocasiones de restablecer el equilibrio: penurias, escases, carestías, duras condiciones de la vida diaria, guerras y finalmente una larga sucesión de enfermedades” (Braudel 1986,16).

³⁹ El bandidaje “era consecuencia del crecimiento inadecuado de la autoridad del Estado, de la incapacidad del Estado para compensar las dislocaciones causadas por la turbulencia económica y social, de la falta de voluntad del Estado de asegurar una mayor igualación de la distribución en tiempos de inflación, de crecimiento de la población y escasez de alimentos. El bandidaje fue creado en este sentido por el propio Estado, al privar algunos nobles de sus derechos tradicionales (y por lo tanto de sus fuentes de riqueza) y a algunos campesinos de producción para alimentar a las nuevas burocracias, y al crear en el propio Estado una concentración de riqueza tal que resultaba tentador intentar tomar parte de ella” (Wallerstein 2011, 202). Para Anderson esta situación se presentó de la siguiente manera: “el resultado fue un descenso en las rentas señoriales, que, a su vez, desencadenó una oleada sin precedentes de guerras, ya que en todas partes los caballeros intentaron recuperar sus fortunas por medio del saqueo” (1979, 204).

Fue un periodo ciclico descendente de estancamiento que cimbró todas las relaciones feudales; crisis alimentaria, de fuerza de trabajo y monetaria⁴⁰. Engloba un periodo de escasez severa y depresión económica que repercutió a las forma de produccion feudal. Por tanto, la perdida de la población condujo a la falta de producción y el abandono de las tierras de trabajo. Así, lo que produjo esta crisis fue el agotamiento del modo de producción feudal que se agravó debido a la demanda cereciente de beneficio de las clases dominantes, hecho que sobrellevó a una mayor presión y explotación de los trabajadores (Dobb 1971, 61).

Asimismo, debido a la escasez de la renta suscitada por la crisis, la clase noble ejerció medidas en contra de los campesinos. Se trató de fortalecer e incrementar la relación de servidumbre lo que se conoció en Inglaterra como sub infeudación⁴¹. Se aumentó la carga de trabajo con el objetivo de conseguir el excedente que la crisis les había quitado. Al mismo tiempo, la escasez ocasionó que se generaran hambrunas y desnutrición, y por consecuencia, el descenso de la población fue

⁴⁰ “Así empezó un ciclo descendente: la carga fiscal llevó a una reducción en el consumo, que condujo a una reducción en la producción y la circulación de moneda, la cual incrementó aún más las dificultades de liquidez, llevando a los reyes a buscar prestamos, y eventualmente a la insolvencia de los limitados tesoros reales, lo que a su vez creo una crisis de crédito que condujo al atesoramiento, lo cual a su vez alteró el esquema del comercio internacional. Se dio un rápido crecimiento de los precios reduciendo aún más el margen de subsistencia, y esto empezó a hacerse sentir sobre la población. El terrateniente perdió a sus proveedores y arrendatarios. El artesano perdió clientes. Se pasó de los terrenos arables a los pastos, por que requerían menos mano de obra. Pero existía in problema encontrar clientes para la lana. Los salarios crecieron, lo cual supuso una carga particularmente fuerte para los pequeños y medios propietarios de tierras, que se volvieron al Estado en busca de protección contra las alzas de los salarios”. (Anderson 1979, 31). En este mismo sentido señala Anderson: “las razones fundamentales de esta crisis monetaria son oscuras y complejas, pero uno de sus principales factores fue la llegada al límite objetivo de las propias fuerzas de producción. En la minería, como en la agricultura, se alcanzó una barrera técnica en la que la explotación se hizo inviable perjudicial. La extracción de plata a la que estaba conectado todo el sector urbano y monetario de la economía feudal, dejó de ser practicable o rentable en las principales zonas mineras de Europa central, porque no había forma de abrir pozos más profundos o de refinar los minerales más impuros” (1979, 203).

⁴¹ “Las crecientes necesidades de renta de la clase feudal dominante exigían una redoblada presión y nuevas exacciones a costa de los productores. En primer lugar hubo una tendencia (que parece haber sido más fuerte en el continente europeo que en Inglaterra) a multiplicar el número de vasallos mediante un proceso conocido como sub-infeudación, a fin de reforzar los recursos militares de los grandes señores. Esto combinado con el crecimiento natural de las familias nobles y con un aumento de sus sequitos, abultó el tamaño de la clase parasita que debe ser mantenida con el trabajo de excedente de la población servil. A esto se agregaba los efectos de la guerra y bandidaje que, casi podría decirse, eran parte integrante del orden feudal, y abultaban los gastos de las casas feudales y de la Corona al para que dejaban yermas y devastadas las tierras” (Dobb 197, 164).

inevitable. Los resultados eran irremediables, se produjo el abandono de las tierras laborables⁴².

Por tanto, la revuelta y rebelión de los campesinos se hizo presente ante la situación de crisis severa. En Francia en 1358, con el movimiento denominado *jacquerie*, en Inglaterra en 1381, que permitió la abolición de la relación de servidumbre y el sistema legal, en Italia en 1469-1475, los campesinos calabreses en contra de los señores de Aragón, en España, los siervos remesas se levantaron en contra los señores feudales por el uso indebido de los impuestos (Anderson 1979, 207).

Estas rebeliones constantes dieron pauta a la crisis de las relaciones feudales, a través de un lento y largo proceso de declive que culmina con la necesidad de reorganizar las formas de producción, así como reformular la anacrónica relación entre el amo y el siervo. Fue un periodo en el que la clase feudal dominante ya no pudo sustentarse, porque la correlación entre la producción y el excedente era insostenible.

Era más bien la culminación de mil años de desarrollo, la crisis decisiva de un sistema. Durante los últimos siglos del imperio romano, al igual que durante la edad media, la sociedad se vio paralizada por el gasto creciente de una superestructura social y política, gasto al que no correspondía un incremento compensador de los recursos productivos de la sociedad” (Wallerstein 2011, 33).

La caída del feudalismo no solo no fue producto de la directa relación con el incremento del intercambio mercantil y monetario, los cuales permitieron la liberalización de la fuerza de trabajo a cambio de un precio en salario (Dobb 1971, 467). El resultado de las rebeliones otorgó a los campesinos, de posición superior, el mejoramiento de sus condiciones de vida, lo que generó un proceso de diferenciación social de pequeños propietarios de la tierra con posibilidad de conseguir y arrendar otras tierras para su explotación. Esta situación, aunada a la escasez de trabajo y de alimentos, crearon a un campesinado pobre con extrema

⁴² “En todas partes (se refiere a Francia) aldeas enteras, a veces durante generaciones, fueron abandonadas y la selva, en ciertas áreas invadió antiguos campos y viñedos; los dos últimos siglos de la edad media fueron, en todo Europa occidental y central, un periodo de malestar rural y despoblamiento” (Dobb 1971, 69).

necesidad y con urgencia de conseguir los medios para su precaria subsistencia. La difícil situación del campesinado ocasionó la necesidad de trabajo de la tierra que se encontraba abandonada, y el desarrollo de la estratificación del campesinado con mejores posiciones respecto de la explotación de la tierra⁴³ (Dobb 1971, 474).

De esta manera, la transición se dio debido a la presión que ejercieron las rebeliones de los campesinos, haciendo énfasis en que en las relaciones feudales no fueron las modificaciones de las relaciones de producción las que generaron el cambio, sino, las fuerzas de producción impulsaron el cambio de unas relaciones que se encontraban en decadencia⁴⁴ (Anderson 1979, 208).

Así, la crisis del sistema feudal tiene tres características principales: la primera de ellas fue una crisis económica de tendencia cíclica, de expansión y contracción. La segunda explicación tiene que ver con una tendencia secular inherente al funcionamiento del sistema. Las limitaciones objetivas no permitieron un mayor crecimiento del excedente. Y por último, un cambio en las condiciones climáticas que afectó directamente la producción agrícola. Estos tres aspectos se articularon para dar cuenta de un proceso de declinación de las relaciones feudales. (Wallerstein 2011, 53).

⁴³ “En la medida en la cual estas revueltas tuvieron éxito, una parte del excedente obtenido con el modo de producción de pequeñas explotaciones se retuvo dentro de él, aumentando las posibilidades de que los campesinos arrendasen cantidades adicionales de tierra, con lo que este proceso de diferenciación social pudo desarrollarse al existir ahora la posibilidad de una modesta acumulación en manos de este estrato superior de campesinos acomodados. Así, la influencia de factores internos de la economía feudal se interrelaciona con la de factores tales como el crecimiento de las ciudades y del comercio. Como ocurre siempre entre pequeños productores, el proceso de diferenciación que dio lugar a los nacientes empleadores, dio nacimiento también a una oferta de trabajadores poco prósperos, si no totalmente desposeídos, disponibles para ser empleados” (Dobb 1971, 474).

⁴⁴ “Dicho de otra forma: en una época de transición, las relaciones de producción cambian por lo general antes que las fuerzas de producción, y no al revés. Así pues, la consecuencia inmediata de la crisis del feudalismo occidental no fue una rápida liberación de una nueva tecnología ni en la industria ni en la agricultura, que tendría lugar únicamente después de un intervalo considerable. La consecuencia directa y decisiva fue más bien una extensa transformación social en el campo de occidente, porque las violentas rebeliones rurales de la época condujeron imperceptiblemente, a pesar de su derrota, a cambios en el equilibrio de las fuerzas de clase en pugna por la tierra” (Anderson, 1979: 208).

1.2.4.- La configuración de la monarquía absoluta como fase de transición económica

1.2.4.1.- El mercantilismo y la monarquía absoluta

La evolución de los Estados denominados absolutos, se presenta en correlación con el surgimiento de la forma de producción capitalista. Así, el proceso de constitución estatal se pueden enmarcar por el desarrollo de dos elementos fundamentales: la necesidad de la creación de una burocracia centralizada que permitiera la recaudación a través de los impuestos, y el uso de la coerción y la violencia por medio de las guerras⁴⁵.

Cabe decir que en esta etapa histórica el surgimiento de las monarquías absolutas estuvo directamente vinculado con el desarrollo del comercio. Para el Rey, la captación de ingresos estables, producto de impuestos sobre el comercio resultaban más rentable que los pagos en especie u otras formas de conseguir excedente para su mantenimiento. De esta manera, el rey no solo estableció impuestos sobre el comercio, sino que además, los obtenía a partir de conceder ciertos privilegios a las compañías comerciales (Ferguson 1948, 37).

Dos procesos concomitantes se desarrollaron, por un lado, los Estados tendientes a centralizar su poder en las distintas actividades en las que tenía injerencia, y por otro, el crecimiento del desarrollo mercantil. Del primero se tiene que la creación de lo que se considera como "Estado absoluto" se concretó a partir de la burocratización, monopolización de la fuerza, creación de legitimidad y homogeneización de la población (Wallerstein 2011, 191). Del segundo proceso, fue necesario que desarrollara una política monetaria que permitiera ya no solo el

⁴⁵ "Con todo el vínculo central es simple: a la larga, y más que ninguna otra actividad, fueron la guerra y la preparación para la guerra lo que produjeron los principales componentes de los Estados europeos. Los estados que perdían la guerra casi siempre se reducían y muchas veces dejaban de existir. Al margen, de sus dimensiones, los Estados con mayores medios coercitivos tendían a ganar las guerras: la eficiencia (la razón entre *output* e *input*) venía después de la eficacia (*output* total)" (Tilly 1992, 57).

comercio al interior de las localidades o pequeñas ciudades, si no, a partir del crecimiento del comercio exterior⁴⁶ (Ferguson 1948, 38-39).

El mercantilismo fue una política económica que posibilitó las condiciones para el desarrollo del intercambio mercantil interno, apoyada por el poder político del Estado, lo que trajo como consencuencia el abatimiento de los obstáculos del sistema feudal con relación al comercio. De esta forma el mercantilismo fue una política económica que favoreció la intervención del Estado en las relaciones económicas de forma proteccionista a nivel local o interno⁴⁷. Ello a partir de limitar las importaciones y la salida de metales por medio de la compra de artículos de lujo o suntuarios.

Su doctrina económica ponderó la balanza comercial trantando de buscar ventajas del comercio exterior. De igual forma, pugnaba por abaratar los salarios de los trabajadores para que los productos internos pudieran ser competitivos al exterior. Esta situación se vió directamente relacionada con el crecimiento de la forma de producción manufacturera (Carbajal 1994, 202). Es decir, este período histórico económico fue fundamental para el desenvolvimiento de una forma de trabajo a partir de la manufactura, ya que ocasiona que se origine un proceso de produccion mediante la cooperación, esto es, ocasiona que dentro el procesos de producción se genere una forma diferente de división de trabajo que puede ser considerada como la base para la produccion en masa. De esta manera, para la visión mercantilista lo que le da impulso al desarrollo económico es la circulacion de metales y el intercambio de estos articulos al exterior (Carbajal 1994, 202).

⁴⁶ “El surgimiento de las monarquias absolutas estuvo conectado en más de un aspecto con el desarrollo de la industria y el comercio subsecuente a las Cruzadas y que estimularon enormemnte los descubrimientos geográficos de los siglos XV y XVI. Como resultado de la transición de una economía de trueque a una economía de dinero, el interes personal, tanto de los señores como de los siervos, sustituyó su relación de costumbres y status por una de naturaleza pecuniaria” (Ferguson 1948, 37).

⁴⁷ “La formación del Estado nacional podemos considerarla como un triunfo de los comerciantes ante la decadente nobleza, incluso el poderío económico que había amasado la fracción de los comerciantes se puso al servicio del Estado para fortalecerlo política y militarmente. No es por tanto casual que las concepciones mercantilistas, que expresaban los intereses del comercio organizado hubieren evolucionado al amparo y con la venia del Estado (Carbajal 1994, 200).

Ahora bien, el mercantilismo no solo fue una doctrina política y económica producida por los propios Estados, sino que fue el intercambio de interés mutuo con los comerciantes que le dieron impulso. Esta doctrina trajo por consecuencia la creación de un mercado nacional, es decir, el crecimiento del nacionalismo⁴⁸ (Ferguson 1948, 35).

Pero además el mercantilismo llevó a una transformación total del Estado, ahora con nuevas facultades y nuevas intervenciones en la economía con la creación y emisión monetaria a través del aumento de impuestos y con la creación de sus propias empresas, le permite ser el principal recaudador monetario de la época (Portinaro 2003, 92). Es decir, como argumenta Portinaro “de los monopolios de Estado nace el mercado competitivo” (Portinaro 2003, 93).

La transición de las relaciones feudales y a las relaciones capitalistas se presentan con el desarrollo del comercio, o lo que se denominará economía de mercado, que consistió básicamente en el intercambio de productos de manera imperfecta, por consiguiente “todo lo que queda fuera del mercado no tiene sino solo un valor de uso, mientras que todo lo que traspasa su estrecha puerta adquiere un valor de intercambio” (Braudel 1986, 24). Es decir, fue necesario el desarrollo del mercado como base del intercambio para que se pudiera expandir el sistema capitalista. De una u otra forma el poder del Estado estuvo presente en la formación del nuevo modo de producción a partir del desarrollo del comercio en la ciudad, ya que, le permitió recaudar mas impuestos y tributos para formar ejércitos y realizar más guerras⁴⁹.

Ahora bien, ¿De qué manera los Estados pudieron generar un aparato burocrático? Durante el transcurso de la crisis feudal aparecieron los gobiernos

⁴⁸ “A partir de una época relativamente temprana, los reyes, que aspiraban a dominar a los señores feudales, advirtieron que ciertos aspectos del comercio exterior, la industria y la agricultura tenía importancia nacional. Por ese motivo el rey comenzó, cada vez con mayor frecuencia, a percibir derechos en las fronteras, a intervenir en las negociaciones comerciales con los países extranjeros, a otorgar privilegios a ciudades y compañías mercantiles y a tomar determinaciones exclusivas acerca de la moneda” (Ferguson 1948, 35).

⁴⁹ “La existencia de un intenso comercio rural-urbano ofrecía a los gobernantes la oportunidad de recaudar impuestos mediante derechos de aduana y alcabalas, mientras que una economía relativamente comercializada facilitaba también a los monarcas el poder prescindir de los grandes terratenientes al extender el poder real sobre pueblos y aldeas” (Tilly 1992: 84).

denominados restauradores del orden⁵⁰, se vieron fortalecidos ya que las rebeliones afectaron directamente la posición económica de los señores feudales y a la nobleza. Estos últimos, tuvieron que buscar su apoyo en los príncipes o reyes para que les otorgaran seguridad y protección. A su vez, los reyes aprovecharon esta situación para aumentar su riqueza y generar cierto excedente que les permitiera crecimiento.

Por consiguiente, una vez que los Estados fueron acaparando rentas producto de los impuestos, se dieron las condiciones de posibilidad para la creación de una burocracia que le permitiera ampliar su poder coercitivo. Esta situación se generó a partir de comprar una burocracia producto de los beneficios obtenidos por protección a la nobleza, lo que llevó a las condiciones suficientes de ampliar los impuestos y de requerir crédito mediante préstamos (2011 a, 193-194).

De esta forma, el Rey tuvo las condiciones para pedir préstamos y créditos personales a los comerciantes de la época, hecho que benefició para crear lo que se considera como deudas nacionales, las cuales se garantizaban a partir de las rentas de los Estados, cuando éstos crearon un control más estricto sobre los impuestos de la población⁵¹ (Tilly 1992, 119). De esta manera el camino por el cual el Estado pudo generar una burocracia y un aparato coercitivo estables para la guerra, fue por medio de la “venta de cargos” y con la posibilidad de la creación de las deudas nacionales⁵².

⁵⁰ Wallerstein hace referencia a los reyes de Castilla Fernando e Isabel la Católica, Luis XI en Francia y Enrique VII de Inglaterra (2011, 41).

⁵¹ “La deuda pública francesa adquirió proporciones serias cuando Francisco I empezó a pedir préstamos a los financieros parisinos en la década de 1520, ofreciendo como garantía las futuras rentas de la ciudad. Francisco I gastó el dinero en sus grandes campañas contra el emperador de Habsburgo, Carlos V. Aunque la deuda nacional francesa fluctuó en función de la guerra y la política fiscal, en términos generales ascendió rápidamente, hasta un punto que el endeudamiento a causa de las guerras del siglo XVIII hizo zozobra al Estado, destruyó su crédito y llevó directamente a la fatídica convocatoria de los Estados Generales de 1789” (Tilly 1992, 119).

⁵² “La mayoría de los gobiernos buscaban créditos bajo la garantía del pago de futuros impuestos. La solicitud de préstamos podía ser retrasada si el Tesoro estaba repleto al comenzar la guerra. (Enrique IV de Francia se hallaba en esta feliz circunstancia en 1610), pero si las operaciones duraban más de algunos meses, los préstamos eran esenciales. Sin embargo, el déficit financiero era solo una solución provisional: era eficaz únicamente en el caso de que la guerra no se prolongara demasiado. Los banqueros solo estaban dispuestos a adelantar el pago de un impuesto con dos o tres años anticipación: difícilmente aceptaban una devolución con el producto de un impuesto que

Una vez que los Estados encontraron la manera de generar una burocracia, se buscó la manera de que esta realizara otro tipo de funciones políticas, como es el caso de la recaudación de impuestos, policía o ejército. También se buscó tener el control sobre la autonomía, que de alguna forma gozaban los señores feudales y los nobles de la época (Wallerstein 2005, 65). Es claro que el desarrollo de la burocracia fue indispensable para la división de funciones ya que para citar un ejemplo “los empleados a sueldo de la corona francesa pasaron de 12,000 en 1505 a 80,000 en 1664 (excluyendo las fuerzas armadas en ambos casos), y había aproximadamente el mismo número de funcionarios administrando las propiedades y tribunales de los diversos señoríos en los que gran parte de Francia estuvo dividida hasta la revolución” (Parker 1981, 56). No fue una casualidad que la burocracia fuera un elemento fundamental para el desarrollo del Estado moderno, que ya para el siglo XV empezó a constituir un elemento fundamental para su evolución⁵³.

¿Cómo fue el proceso por el cual se logró concentrar el uso de la fuerza por parte del Estado? Las guerras fueron fundamentales para el desarrollo de los Estados modernos, de antemano “la guerra tejió la retícula de Estados nacionales, y la preparación para la guerra creó las estructuras internas de los Estados que la componían” (Tilly 1992, 121). Para que la guerra pudiera prosperar era evidente que se necesitaba el ingrediente económico. Y aquí, existe una relación entre los préstamos y las deudas nacionales. Por tanto, la guerra se tejió por medio de una dependencia directa a la economía; *“la guerra se había hecho, como decía un general español una especie de tráfico y de comercio, en el que de acuerdo con otro general, la victoria es del que se queda con el último escudo”* (Parker 1981, 82).

A pesar de la dificultad para conseguir financiación para las guerras, esto era indispensable para el surgimiento de los Estados ya que proporcionaban espacios

había de recaudarse cuatro o más años después, por elevado que fuera el interés” (Parker 1981, 82).

⁵³ “La cantidad de documentos manejada por algunos de esos burócratas era asombrosa: se han conservado copias y actas de unas 18000 cartas de la oficina del ministro francés de la Guerra entre 1636 y 1642” (Parker 1981, 57).

de dominación y obediencia, además, proporcionaban bienes y riquezas y una zona exclusiva de seguridad (Tilly 1992, 112).

En consecuencia, no solo fue mediante la realización de guerras que el Estado logró concentrar un exclusivo poder coercitivo, además de lo anterior, para lograr el proceso por el cual el Estado consigue monopolizar el uso legítimo de la fuerza fue necesario ejercitar otro tipo de acciones, como lo fue el desarme de la población civil. Este proceso se da por “la incautación general de armas al final de las rebeliones, la prohibición del duelo, los controles sobre la producción de armas, la introducción de licencias para las armas privadas, las restricciones sobre el despliegue público de fuerza armada” (Tilly 1992, 112).

Para lograr dicho objetivo fueron indispensables los espacios y relaciones sociales de cada entidad por el cual se podría lograr dicho objetivo. Se dependió de las características particulares de las diversas regiones en las que el gobierno gobernaba. De esta forma, los estados tuvieron que alcanzar acuerdos y distintas formas de negociación entre gobierno locales y nacionales, por medio de licencias para controlar los ejércitos privados, tuvieron que eliminar castillos amurallados y prohibir las venganzas entre los habitantes de las localidades. Lo anterior, condujo al fortalecimiento de los ejércitos y fuerzas armadas, y permitió crear una organización más estable. Por consiguiente, el desarrollo de ésta estructura generó otro tipo de organizaciones complementarias y conformarían el conglomerado institucional moderno, “como las tesorerías, servicios de abastecimiento, mecanismos de conscripción y negociados fiscales” (Tilly 1992, 113).

Como consecuencia de lo anterior, el desarrollo de la burocracia y el de la guerra permitió monopolizar la totalidad de las actividades administrativas y jurisdiccionales que en la época feudal se encontraban dispersas. Así, el monarca se apropia del poder político, también afirma de manera tajante que no hay poder superior al interior de él ni poder superior fuera de ella. El Estado absolutista⁵⁴

⁵⁴ “El absolutismo, que por medio de la política mercantilista convirtió al Estado en el más fuerte sujeto económico capitalista, hizo de los medios de dominación política un monopolio del Estado y arrebató a los Estamentos sus privilegios públicos de autoridad. Pero no solo dejó a los señores feudales el capital agrario sino que fomentó, lo que pronto había de ser más importante, el nacimiento

permitió que las clases terratenientes, la aristocracia y la nobleza se mantuvieran en el poder. Para Anderson esta formación social “fue el nuevo caparazón político de una nobleza amenazada” (1987, 12). Tuvieron que pasar varios años de luchas de apropiación, exclusión y competencia, de concentración y de acumulación, hasta llegar a los monopolios característicos de las finanzas, el ejército, el derecho y el poder político por el Estado⁵⁵.

A pesar de que este caparazón, conservó y mantuvo a las clases en el poder para Norbert Elias el poder del Estado absoluto fue un proceso de luchas de familias reales como de señores feudales. Es decir, el desarrollo de los Estados absolutos se dio mediante un proceso que inició desde el ámbito de lo privado, de las familias reales, de los señores feudales y los guerreros, que buscaron conservar el poder por medio de la conquista de los territorios. Ese proceso parte sobre la lucha de competencias y exclusión, lo que genera que solo unos cuantos puedan adquirir control político, es decir, a través de los mecanismos monopólicos fue posible la aparición estatal (2009, 344).

Para ello, se crea un aparato administrativo que genera una división de funciones sociales. Esto sucedió principalmente en las áreas de lo militar y de las finanzas. Ahora las clases en el poder, ya sea el señor feudal, el rey o monarca, se dedicarán a buscar la manera de competir por el monopolio del poder, es decir, de buscar la forma de repartirse las ganancias y los beneficios, pero de ninguna manera de destruir el aparato de dominación. Con la división de las funciones a través de un aparato administrativo especializado fue posible que estos grupos o unidades llegaran a convertirse en aparatos estatales⁵⁶ (Elias 2009, 345).

de un poder económico burgués muy potente, en la forma del capital móvil financiero, comercial e industrial, al que el Estado liberal dio luego casi absoluta libertad de acción” (Cabo de la Vega 1997, 182).

⁵⁵ “En los años iniciales del siglo XV la monarquía absoluta había llegado —o estaba llegando rápidamente— a ser el tipo predominante del gobierno de la Europa occidental. Por todas partes se registraba un enorme fracaso de las instituciones medievales, ya que la monarquía absoluta era algo de sangre y fuego que en gran parte se basaba con entera franqueza en la fuerza” (Sabine 1945, 250).

⁵⁶ “Lo primero que se constituye cuando aumenta la división funcional en una sociedad, es un aparato administrativo permanente y especializado en la gestión de los monopolios. Solamente en la constitución de este aparato de poder político diferenciado alcanza su carácter monopolista la

Este proceso que no es lineal sino imbricado, tiende a acrecentarse y por consiguiente, la cantidad de personas que están insertos en esta división de funciones, favorece el crecimiento de la dependencia de los actores sujetos al monopolio. Por tanto, para que fuera posible la aparición de grandes monopolios en el espacio político, fue necesario que las relaciones generadas por los particulares a través de control de espacios, de acumulación, de competencia y de exclusión, se socializaran y se convirtiera en un monopolio público (Elias 2009, 349). Pero además la tendencia a convertirse en monopolios privados a estatales o públicos no es más que una función de interdependencia social que busca generar una situación de equilibrio para seguir conservando el poder⁵⁷ (Elias 2009, 350).

De esta forma se encuentra que este proceso de transición económica y política lleva implícito en su esencia la estatización de las actividades sociales. El poder se lo apropia el Estado. El paso de la monarquía absoluta al de los Estados modernos llevó consigo el paso de la eliminación de todos aquellos obstáculos que hicieron fuerte a una época de relaciones feudales. No solo fue el proceso de desarrollo burocrático que es esencial para la apropiación y la guerra, sino tuvo que llevar otras luchas internas y externas. Naef señala que hay que destacar dos series evolutivas que permiten entender la estructura histórica del Estado moderno; la primera tiene que ver con la serie de transformaciones y cambios a los elementos que componen al Estado, y la segunda, que se presenta a través del paso y la continuidad de las formas estatales en el transcurso del tiempo (2005, 1).

organización de los recursos militares y financieros. A partir de este momento, las luchas sociales ya no buscan la destrucción del monopolio de dominación, sino la determinación de quiénes dispondrán del aparato monopolístico, donde habrán de reclutarse y como abra que repartir las cargas y beneficios. Solo con la constitución de este monopolio permanente del poder central y de este aparato especializado de dominación, alcanzan las unidades políticas el carácter de estados” (Elias 2009, 345).

⁵⁷“Este aparato se desarrolla a partir de la administración cortesana o domanial privada, si se quiere, de los reyes o príncipes. Prácticamente todos los órganos del aparato estatal de dominación surgen por medio de la diferenciación de las funciones de la administración real, así como por medio de la asimilación de órganos de auto administración local. Cuando finalmente este aparato de dominación se hace estatal o público, el presupuesto del señor central acaba convertido en un órgano entre otros y por último ni siquiera alcanza esta condición” (Elias 2009, 350).

Para el autor antes mencionado, el periodo de construcción del poder estatal se inicia en la baja Edad Media⁵⁸, en este periodo la soberanía del Estado se separa bajo dos ámbitos: infraestatal y el supra estatal. En el primero las instituciones que ejercen el poder se encuentran limitadas a un ámbito regional y local, y en el segundo lo representa el poder de la iglesia que domina, pero lo hace sin poder ejercer la dominación en un territorio delimitado y a una población específica (2005, 3). De esta forma, el poder político o lo estatal se encuentra reducido entre estos dos espacios, sin embargo señala el autor, que el Estado comienza a recobrar fuerza cuando se enfrenta sobre las fuerzas infra y supraestatal, es decir, infraestatal por que inicia con la congregacion del poder diseminado, característico de la época, y supra estatal cuando se enfrenta ante la Iglesia romana y a la gran formación del Imperio Romano Germánico (2005, 4).

Hay que tomar en cuenta que existen dos procesos que son importantes para lograr la centralización y concentración del poder estatal de las que hablaba Naef. El primero tiene que ver con la denominada reforma religiosa que permite modificar las condiciones del poder eclesiástico con relación al poder monárquico⁵⁹ y la segunda es el surgimiento de la soberanía como principio de separación del poder divino y el poder terrenal.

La emancipación sobre el poder que la iglesia mantenía en la Europa occidental, se concretó cuando los monarcas encontraron la forma de legitimar su poder deslindándose de la aprobación de la autoridad eclesiástica, virando hacia al pueblo como sustento legitimador y ya no hacia la potestad divina. Este cambio que fue producto de intensas y cruentas luchas, entre hugonotes protestantes y católicos, principalmente en la región francesa, condujo inevitablemente a la secularización estatal (Crossman 1986, 46-47). Pero a la vez, llevó a la iglesia a la

⁵⁸ Romero señala que la baja edad media se presenta aproximadamente durante el siglo XIII (1949, 75).

⁵⁹“Tanto los hugonotes en Francia como los católicos en Inglaterra estaban igualmente interesados en negar el derecho divino y en hallar razones por las que ningún Estado debía perseguir a sus súbditos, en razón de sus creencias religiosas. Por este motivo se hizo necesario volver a la antigua noción medieval de un pacto entre el Rey y su pueblo, tratando de probar que, aun que el poder divino se derivaba de Dios, también dependía del convenio que se hubiese establecido para mantener la religión verdadera” (Crossman 1986, 47).

polarización y a pasar a formar parte del espacio de lo privado. Es decir, no solamente se produce ese juego de secularización del poder estatal hacia la esfera de lo público, sino que con la reforma religiosa, se abre el camino para que la libertad religiosa pasara a formar parte hacia la esfera privada, y por tanto, lograra permanecer con cierta autonomía sobre injerencia de otro poderes (Habermas 1969, 50).

Sin embargo, no hay que menospreciar la influencia que tuvo la institución religiosa sobre el Estado. Portinaro señala que el modelo de la hierocracia eclesiástica fue indispensable para la constitución estatal. Asimismo, uno de los motivos principales para liberar al ámbito público del ámbito patrimonial fue la reforma gregoriana y el derecho canónico debido a sus grandes alcances que traspasaron territorios y se consolidaron en el tiempo (Portinaro 2003, 68).

Si bien, el poderío eclesiástico no ha dejado de existir, la disputa del Rey Felipe en contra del Papa Bonifacio VII⁶⁰ fue el primer momento por el cual se empieza a delimitar el espacio político del religioso, se comienza a dividir la correspondiente delimitación del poder temporal y el poder espiritual, impuesta por parte del Papa Gelasio I bajo la doctrina de la separación de las dos espadas⁶¹ (De la Cueva 1976, 42). De esta forma un acto que inicia la disputa fue “la victoria en el año de 1214 de Felipe II sobre el emperador Otón en la batalla de Bouvins, determinó el ascenso de Francia a una potencia temporal rival del imperio; desde entonces, las palabras rey y reino entraron definitivamente a la terminología política” (De la Cueva 1976, 42).

De esta manera la demarcación entre poder espiritual y temporal llevada a cabo por la disputa entre el rey y el papa mencionado en el párrafo anterior, sentó la discusión en términos de restablecer los alcances políticos de las doctrinas papales y monárquicas. En este tenor el poder eclesiástico tuvo que redimensionar

⁶⁰ Señala Sabine al respecto: “los problemas más importantes surgieron de los esfuerzos de Felipe encaminados a conseguir dinero imponiendo tributos al clero francés, intento al que se opuso la Bula *Clericis laicos* del año de 1296, en la que Bonifacio declaró ilegal tal contribución y prohibió al clero francés que le pagase sin permiso papal” (Sabine 1945, 202).

⁶¹ “En la alegoría de las dos espadas presentada en el capítulo XXII, verso 38, del evangelio según san Lucas: “entonces ellos dijeron: Señor, he aquí dos espadas. Pero Jesús, cortando la conversación, les dijo: basta” (De la Cueva 1976, 36).

la alegoría de las dos espadas y ubicarse bajo el contexto de un poder superior sobre los poderes del monarca que redimiría conflictos y problemas de vital importancia teniendo por consecuencia la última palabra respecto de lo espiritual (Sabine 1945, 203). Por el otro lado, la teoría del monarca tuvo la necesidad de delimitar el alcance espiritual que la iglesia conservaba y mantenía, orillándole a permanecer sobre problemas de índole religiosas y así mismo, obligándole a depender y utilizar el poder secular de coacción que el monarca sustentaba (Sabine 1945, ídem)

Si bien el proceso de separación de la iglesia y la monarquía constituye un momento importante para que el nacimiento del Estado secular, no fue sino con la teorización que permite generar y justificar el ámbito de poder político monárquico con relación al poder eclesiástico que se hace visible y se concreta a través del concepto de soberanía. Maquiavelo, Hobbes y Bodin son importantes para entender el surgimiento de la esfera de lo político estatal, a través de la conceptualización de la soberanía que en origen radicó en la apropiación de la ley por parte del soberano mediante las denominadas monarquías absolutas.

1.2.4.2.- La monarquía absoluta y el estado de la teoría política: la soberanía

Con Maquiavelo aparece el espacio del poder político, genera y hace visible su realidad, quita los velos imaginarios del buen comportamiento religioso⁶², concede el paso a un proceso de secularización de lo político que culminará con la apropiación de lo público. Y aunque a él se le atribuye el termino Estado para denominar el género de la especie⁶³, lo que resulta importante es señalar la

⁶² “Porque muchos se han imaginado como existentes de veras a repúblicas y principados que nunca han sido vistos ni conocidos; porque hay tanta diferencia entre cómo se vive y cómo se debería vivir que aquel que deja lo que se hace por lo que debería hacerse marcha a su ruina en vez de beneficiarse; pues un hombre que en todas partes quiera hacer profesión de bueno es inevitable que se pierda entre tanto que no los son. Por lo cual es necesario que todo príncipe que quiera mantenerse aprenda a no ser bueno, y a practicarlo o no de acuerdo con la necesidad” (Maquiavelo 1996, 85).

⁶³ Para Bobbio es “con el autor de *El Príncipe* que el termino Estado sustituyó paulatinamente, si bien a través de un largo camino, los términos tradicionales con los que había sido designada hasta entonces la máxima organización de un grupo de individuos sobre un “territorio en virtud de un poder de mando: *civitas*...De aquí el éxito del termino Estado que pasó a través de cambios no del todo claros de un significado genérico de situación a un significado específico de posesión permanente y exclusiva de un territorio y de situación de mando sobre sus habitantes, como aparece en el propio

indiferencia de la moral de la que habla Sabine⁶⁴ en la que logra establecer la separación de la ética y la política.

La descripción de la realidad política establecida por Maquiavelo, tuvo una continuidad teórica importante a partir de Jean Bodin, quien definiría y daría la pincelada final de la conceptualización sobre la soberanía en su libro *“Los seis libros de la República”* publicada en 1576. Este autor pre-configura la conceptualización de lo que es el poder absoluto a través de soberanía. “República es un recto gobierno de varias familias, y de lo que le es común, con poder soberano” (Bodin 1985, 9). Este planteamiento es central para entender el nacimiento de identificación de lo público con el poder del monarca, porque constituiría el primer eslabón teórico para la formación del poder público. Bodin señala dos elementos principales en esta definición, el primero a saber que la República se constituye por varias familias y el segundo, se vincula al sentido de lo que es común o perteneciente a la comunidad. Aquí, hace una disertación que establece que en la República tiene que existir necesariamente, lo que es de todos o común a todos, definiendo cosa en común a partir de patrimonio público, tesoro público, recinto de la ciudad etc... (Bodin 1985, 17).

Ahora bien, solo resta señalar que con la definición de República une la cosa que es común a todos a través del poder soberano, que es absoluto y perpetuo, “es perpetua por que es para toda la vida de quien detenta el poder, absoluta porque no está sujeto a otra condición que obedecer lo que la ley de Dios y la natural mandan” (Bodin 1985). De esta forma se consolida el poder del monarca, pero no solamente se afirma el poder soberano, además, surge la aparición de la ley

fragmento de Maquiavelo, en el que el término Estado apenas introducido inmediatamente es acompañado del término dominio” (Bobbio 1989, 88). Por otro lado Portinaro señala al respecto “En el celebre *incipit* de *El príncipe* Maquiavelo emplea “estados” [*statu*] y “dominios” [*domini*] como género abstracto con respecto a las especies principado y república. Pero en el transcurso de la obra emplea preponderantemente el término en la acepción de posesión territorial, poder del grupo dominante, complejo institucional” (Portinaro 2003: 47).

⁶⁴ “El secularismo de Maquiavelo va, sin embargo, mucho más allá que el de Marsilio y está libre de todos los argumentos sofisticados impuestos por la doble verdad. Marsilio defendía la autonomía de la razón haciendo ultramundana la moral cristiana; Maquiavelo la condena por ser ultramundana. Creía que las virtudes cristianas producían un servilismo de carácter, y contrata el cristianismo desfavorablemente a este respecto con las religiones más viriles de la antigüedad” (Sabine 1945, 255).

mediante el ejercicio de la soberanía. Así, el soberano se apropia del derecho y lo hace ejercer hacia la comunidad. El poder se hace público a través del soberano por medio de la ley.

Es decir, el autor señala que uno de los principales atributos de la soberanía es el siguiente: “El primer atributo del príncipe soberano es el poder de dar leyes a todos en general y a cada uno en particular. Por el contrario, la ley se hace en un instante y toma su fuerza de aquel que tiene el poder de mandar a todos. La ley es ordenada y promulgada por un acto de poder y, muy a menudo, mal del grado de los súbditos (Bodin 1985, 74).

Por su parte, Hobbes, considerado el fundador del liberalismo moderno⁶⁵, desarrolla la justificación del ejercicio del poder por el Estado que relata en su libro *El Leviatán*, y que aparece publicado en el año 1651, adquiere sentido y razón bajo el argumento central de resguardar la vida y la seguridad del ser humano (1980, 137). Para el autor la condición natural del ser humano consiste en la búsqueda constante del poder. Así, el hombre, bajo esta condición busca a través de los medios necesarios acrecentar este beneficio obtenido. Este constante afán de búsqueda de poder a través de la riqueza los honores o placeres, lleva al hombre a la guerra (1980, 80). Es decir, a pesar de esta condición, la condición natural del género humano es ser iguales, que es la causa de la desconfianza, ya que los seres humanos al estar en la búsqueda de nuestros propios fines es posible que uno quiera poseer lo que el otro tiene y en vez de poder compartir, se crea una enemistad, y por tanto, una constante situación de desconfianza (1980, 101).

Para Hobbes el Estado es necesario ya que el hombre tiende incumplir los pactos, y es éste quien tiene el poder de coaccionar a quienes no han cumplido (1980,118). De esta manera, Hobbes trata de justificar este pacto partiendo de la base del egoísmo del hombre en la comunidad, señala que en el estado de naturaleza se está en una posición de igualdad entre las personas, éste estado de

⁶⁵ “Todas las leyes de la naturaleza y todos los deberes u obligaciones sociales y políticos se originan en el derecho de la naturaleza y se subordinan al derecho del individuo a la propia conservación. Y hasta el punto en que el liberalismo moderno enseña que todas las obligaciones sociales y políticas provienen de los derechos individuales del hombre y están al servicio de éstos podemos considerar a Hobbes como el fundador del liberalismo moderno” (Berns 1993, 382).

naturaleza de igualdad bajo un principio de egoísmo va a ocasionar un interés sobre los bienes de los demás, generando por consecuencia un estado de guerra. En éste estado de guerra se verá la necesidad de llegar a generar un acuerdo o pacto en el que se imponga por necesidad un Estado que regula las relaciones entre los particulares.

Además, señala que la justicia y la propiedad comienzan con el Estado. Ya que para que haya justicia es necesario dar a cada quien lo suyo siguiendo la máxima de Justiniano, y donde no existe la necesidad de dar a cada uno lo suyo no hay propiedad. Por tanto, bajo esta simple relación Hobbes hace ver la necesaria conexión entre Estado y propiedad. “Así, que la naturaleza de la justicia consiste en la observancia de pactos válidos: ahora bien, la validez de los pactos no comienza sino con la constitución de un poder civil suficiente para compeler a los hombres a observarlos. Es entonces, también, cuando comienza la propiedad” (1980, 119).

Para Hobbes el poder del soberano se justifica ya que el fin primordial es la seguridad, es decir, la conservación de los súbditos abandonando una constante condición de guerra. De esta forma el Estado es “una persona de cuyos actos una gran multitud, por pactos mutuos realizados entre sí, ha sido instituida por cada uno como actor, al objeto de que pueda utilizar la fortaleza y medios de todos, como lo juzgue oportuno, para asegurar la paz y la defensa en común. El titular de esta persona se denomina soberano; cada uno de los que lo rodea es súbdito suyo” (1980, 137). Por tanto, señala el autor una serie de derechos que le son inherentes al soberano por el ser el titular del poder. Estos son los siguientes: 1) que los súbditos no pueden cambiar de forma de gobierno, 2) no puede ser enajenado, 3) nada que haga un soberano puede ser castigado, 4) el soberano es juez de lo que es necesario para la paz y la defensa de sus súbditos, 5) el soberano tiene el derecho de establecer normas para discernir que es de cada quien, el derecho de decisión de sus ministros, de recompensar y castigar (1980, 142-150).

Se entiende que la construcción teórica del absolutismo lleve implícita todas estas facultades ya que, es preciso señalar que las guerras constantes hacían endeble al poder estatal. Además, en el periodo en el que se publica *el Leviatán*

es decir, en el año de 1651 hacía apenas tres años de haberse terminado la guerra de los treinta años en 1648, la cual culmina con la paz de Westfalia, primer antecedente de configuración de Estados y su relación con el territorio⁶⁶.

De esta forma la evolución de la noción de soberanía constituye un eslabón fundamental para el desarrollo de la concentración del poder político y para la apropiación del espacio público. La ley se convirtió en un instrumento del poder y en un aparato para gobernar. A su vez, rompió con las estructuras jurídicas localistas que se desarrollaron en la época feudal, homogeneizando su aplicación a toda una población de un territorio. Ahora la ley podría ser aplicada en cualquier parte y en cualquier tiempo (Poggi 1978, 73).

En esta misma etapa recobra un nuevo auge el derecho romano en el que los conceptos como el de propiedad o posesión encajan perfectamente a la dinámica del progreso comercial de la época. Es decir, la evolución de las categorías del derecho romano permite (a partir de la delimitación del concepto de propiedad), el desarrollo de las relaciones mercantiles. Además, la división de lo público y lo privado establecida por este derecho permitió al Estado generar un adecuado marco para el ejercicio de las funciones estatales y mercantiles.

Es decir, por un lado, el derecho público congenia perfectamente con la que se denominó *legibus solutus* (no estar sujeto a la ley) atributo principal de la soberanía, lo que generó la concentración del poder en el monarca, y por el otro, el derecho civil se enmarca en las relaciones de propiedad que empiezan a generarse

⁶⁶ “Las reivindicaciones territoriales de Francia fueron admitidas; se acordó una amnistía para todos los rebeldes; y Pomerania fue dividida entre Suecia y Brandemburgo... el emperador de Alemania no había salido mal librado de la paz, al menos en teoría. Había recuperado todos sus dominios hereditarios, en su mayor parte ocupados por potencias extranjeras tan solo Lusania, cedida a Sajonia en 1620, no le fue devuelta) había evitado conceder una amnistía a los súbditos rebeldes de las provincias patrimoniales (a pesar de la fuerte presión sueca para que lo hiciera), y había salvado a sus provincias patrimoniales de la obligación de contribuir a la indemnización de guerra a Suecia. Finalmente a cambio de sacrificar Alsacia (donde los derechos imperiales era nebulosos) a Francia, había recuperado algunos valiosos señoríos a lo largo del Alto Rin previamente ocupados por los franceses. En general, tal vez sin darse cuenta, Fernando había sacrificado territorio alemán en el norte y en el oeste a cambio de adquisiciones en sus tierras de Austria. Ninguna de las concesiones territoriales hechas a Suecia o a Francia le afectaban personalmente; la aceptación de una nueva ordenación política y religiosa en el imperio simplemente reconocía la decadencia del poder imperial que venía produciéndose desde el siglo XV y que su padre había intentado evitar sin éxito. La paz que negoció duró casi un siglo, ya ordenación religiosa que estableció duró aún más tiempo (Parker 1981, 363-364).

con el crecimiento del comercio interno. “En otras palabras, el auge de la propiedad privada desde abajo, se vio equilibrado por el aumento de la autoridad pública desde arriba” (Anderson 1987, 22).

1.2.5. El capitalismo, y la configuración del Estado moderno, la sociedad civil y el derecho. La configuración de la separación de lo público y lo privado

Para Braudel el capital:

no solo designa, las acumulaciones en dinero, sino también los resultados utilizables y utilizados de todo trabajo previamente ejecutado, una casa es un capital, al igual que el trigo almacenado en una granja; un navío o una carretera también constituyen capitales. Pero un bien capital solo merece este nombre si participa en el renovado proceso de la producción: el dinero de un tesoro que permanece inactivo ya no constituye un capital, al igual que un bosque no explotado (1986, 55).

Y es en este renovado proceso en el que se inserta las relaciones capitalistas. Es decir, para que se genere capital es necesario el desenvolvimiento del proceso de producción bajo el cual “han de enfrentarse y entrar en contacto dos clases muy diversas de poseedores de mercancías; de una parte, los propietarios de dinero, medios de producción y artículos de consumo, deseosos de valorizar la suma de valor de su propiedad mediante la compra de fuerza ajena de trabajo; de otra parte, los obreros libres, vendedores de su propia fuerza de trabajo y por tanto, de su trabajo” (K. Marx 1973, 608). A partir de estos elementos se desprende y toman forma las relaciones modernas. En esta definición el autor señala que el capitalismo crea una división y disociación tajante entre el obrero y la propiedad respecto a su trabajo. Proceso que denomina la acumulación originaria.⁶⁷

Sobre esta definición, Max Weber señala que el capitalismo se presenta “a partir de la satisfacción de necesidades de un grupo humano, con carácter lucrativo y por medio de empresas, cualquiera que sea la necesidad de que se trate; especialmente diremos que un explotación racionalmente capitalista es una explotación con contabilidad de capital, es decir, una empresa lucrativa que controló

⁶⁷ “La llamada acumulación originaria no es pues, más que el proceso histórico de disociación entre el productor y los medios de producción. Se llama originaria por que forma la prehistoria del capital y del régimen capitalista de producción” (Marx, 1973, 608).

su rentabilidad en el orden administrativo por medio de la contabilidad moderna” (Weber 1942, 287). Se distingue de otras formas de producción por que desarrolla las siguientes características: a) contabilidad racional del capital, b) apropiación de todos los bienes materiales de producción, c) la libertad mercantil, d) técnica racional en la producción, e) un derecho racional o derecho calculable, f) trabajo libre y, g) la posibilidad de comercialización de la economía (Weber 1942, 288-289).

Para Wallerstein el capital significa que “las personas y las compañías acumulan capital a fin de acumular más capital, un proceso continuo e incesante” pero para que esta forma puede reproducirse incesantemente necesita las condiciones que lo llevan a ello. “Por los mismos motivos un sistema no puede existir dentro de cualquier marco sino solo dentro de una economía mundo⁶⁸”. Señala que el sistema capitalista “requiere una relación muy particular entre los productores económicos y quienes detentan el poder político” (2005, 41). De esta forma señala que “los capitalistas necesitan de grandes mercados (de aquí que los mini sistemas sean demasiado estrechos para ellos) pero también necesitan de una multiplicidad de Estados, para poder obtener las ventajas de trabajar con los Estados pero también para poder evitar estados hostiles a sus intereses a favor de estados amistosos a sus intereses” (2005, *Ídem*).

De cierta forma estas tres concepciones reflejan el proceso en el que el capital se instaure y la forma en que este regula las relaciones sociales. Así, el proceso de conformación de los Estados modernos va ligado al proceso de formación de capital. Hay que aclarar que estos procesos no son regulares y no se determinan el uno al otro de forma directa, si no a partir del movimiento de los intereses de las partes involucradas así como, de las condiciones materiales históricas de posibilidad, para que su despliegue pueda ser posible.

⁶⁸ Wallerstein señala lo siguiente sobre el significado de economía mundo: “un sistema mundo no es el sistema del mundo y que puede ser, y con mucha frecuencia, ha estado ubicado en un área menor a la totalidad del planeta. El análisis del sistema mundo arguye que las unidades de realidad social dentro de las que operamos, y cuyas reglas nos constriñen, son en su mayoría, tales sistemas mundo (distintos que los ahora extintos y pequeños mini sistemas que alguna vez existieron sobre la tierra)” (2005, 126).

La relación entre Estado y capital es esencial y de ante mano se debe analizar su desenvolvimiento. Hintze nos habla de la relación indisoluble y reciproca de la evolución entre el Estado y el capital. Para el autor, el desarrollo del capitalismo se presenta en tres fases y en cada una de ellas existe un papel fundamental del Estado. Señala que en la primera fase se identifica plenamente con la del mercantilismo; “la formación del capitalismo fue fomentada en interés del Estado como un medio insustituible para el poder político. El ejército y el atesoramiento de metales ocupan por eso un primer plano...la relación entre el Estado y la economía en esta época puede calificarse de protección político-capitalista” (1968, 285-286). En la segunda fase, el autor destaca que el capitalismo rompe con las barreras impuestas por los Estados intervencionistas pero sin dejar la protección aduanera y libre comercio. “Lo que mejor caracteriza la relación es su estrecha relación con el principio nacional, que adquiere un sentido económico” (1968, 186). Y por último, señala el autor que por la guerra (después de la segunda guerra mundial) el Estado y el capitalismo adquiere una significación especial ya que una es consustancial de la otra, señalando que esta relación pone de “manifiesto que ambas cosas son tan solo dos lados o aspectos especiales, indisolublemente ligados, de uno y el mismo desarrollo histórico” (1968, 291).

1.2.5.1 La revolución industrial y francesa como fase del desarrollo capitalista

De esta manera el proceso de expansión capitalista se presenta bajo dos revoluciones fundamentales: la revolución industrial⁶⁹ y la revolución francesa. La primera inicia en 1780 y termina con la construcción del ferrocarril y el desarrollo de una industria pesada en Inglaterra, hecho que cambiaría profundamente las relaciones comerciales, ya que ahora la manufactura se transforma hacia una producción en masa (Hobsbawn 1997, 36). La segunda estalla en 1789 proceso que

⁶⁹ “¿Qué significa la frase estalló la revolución industrial? Significa que un día entre 1780 y 1790, y por primera vez en la historia humana, se liberó de sus cadenas al poder productivo de las sociedades humanas, que desde entonces se hicieron capaces de una constante, rápida y hasta el presente ilimitada multiplicación de hombres, bienes y servicios” (Hobsbawn 1997, 35).

llevaría la ideología política de una nueva clase emergente a romper con todos los obstáculos feudales previamente establecidos⁷⁰.

Del mercantilismo económico a la época de las revoluciones han pasado aproximadamente dos siglos. Ello no ha significado un cambio importante en la forma de producción agrícola. La economía de aquél tiempo se basaba principalmente en la agricultura⁷¹ y en algunos procesos productivos que comenzaban a destacar por las circunstancias de la evolución del comercio internacional (como el desarrollo de las máquinas de hilar y los telares para el procesamiento del algodón) que se realizaban en pequeños talleres. De hecho, la agricultura toda vía no estaba sometida a procesos más eficientes y tecnificados de producción, pese a que la economía se sostenía por la agricultura.

El proceso por el cual la fuerza de trabajo se liberalizó para trabajar la tierra fue lento y fue necesario realizar reformas que permitieran hacer de la tierra un mercado. Este cambio fundamental se llevó a cabo durante los años de 1789 y 1848. Para lograrlo tuvo que realizarse un cambio fundamental en la forma de propiedad de la tierra. Es decir, fue necesario generar propietarios privados que invirtieran para desarrollar mayores beneficios⁷², pero a su vez, este proceso implicaría arrancarle a las personas de su forma de vida vinculada al campo (servidumbre). Esta situación implicaría necesariamente generar fuerza de trabajo

⁷⁰ "Si la economía del mundo del siglo XIX se formó principalmente bajo la influencia de la Revolución industrial inglesa, su política e ideología se formaron principalmente bajo la influencia de la revolución francesa. Gran Bretaña proporcionó el modelo para sus ferrocarriles y fábricas y el explosivo económico que hizo estallar las tradicionales estructuras económicas y sociales del mundo no europeo, pero Francia hizo sus revoluciones y les dio sus ideas, hasta el punto de que cualquier cosa tricolor se convirtió en el emblema de todas las sociedades nacientes" (Hobsbawn 1997, 61).

⁷¹ "El 85 por ciento o más de la población de todos los países europeos vivía del trabajo de la tierra y del consumo o la venta de su producto. La mayoría del resto vivía de las rentas o los tributos obtenidos de aquellos que trabajaban la tierra o, en el caso de los trabajadores industriales, dependían del poder adquisitivo de aquéllos ingresos procedían de la tierra, o velaban por la obligación de pagar impuestos de las masas agrarias" (Hufton 1983, 7).

⁷² "Esto implicaba tres géneros de cambio. En primer lugar, la tierra tenía que convertirse en objeto de comercio, ser poseída por propietarios privados con plena libertad para comprarla y venderla. En segundo lugar tenía que pasar a ser propiedad a una clase de hombres dispuestos a desarrollar los productivos recursos de la tierra para el mercado guiados por la razón, es decir, conocedores de sus intereses y de su provecho. En tercer lugar, la gran masa de la población rural tenía que transformarse, al menos en parte, en jornaleros libres y móviles que sirvieran al creciente sector no agrícola de la economía" (Hobsbawn, 1997, 154).

para las ciudades, es decir, crear un mercado de trabajo para las industrias (Hobsbawn 1997, 156-157).

En Inglaterra, este proceso no se concretó de forma radical ya que los terratenientes y pequeños propietarios de la tierra estaban articulados ya de esta manera, el único problema fueron los labradores y campesinos que no habían entonado con esta forma de relaciones de propiedad. Lo que trajo como consecuencia la emigración del campo a la ciudad y por tanto, el proceso de industrialización. Por otro lado, el proceso de desarrollo industrial se presenta en Inglaterra ya que en siglo XVII logró tener un auge importante. Y esto se vio primordialmente por el desarrollo de la industria textil. Fue precisamente la industria del algodón la que generó un rápido crecimiento, ello, debido por el aumento del comercio colonial. Además, las innovaciones tecnológicas se presentaron en las máquinas de hilar y en los telares, lo que condujo a la posibilidad de generar un aumento de la producción respectiva⁷³.

Por otro lado, en Francia este proceso se realizó a partir de la revolución francesa. Aunque esta sin lugar a dudas fue la que expandió toda una ola de movimientos y luchas que llevaron a dar por finalizada el gobierno de las monarquías absolutas. Hecho que dio pauta al surgimiento de una nueva mentalidad basada en los derechos del hombre y en el surgimiento de una clase burguesa que preconizaba la limitación del poder estatal. En general, “el clásico liberal burgués de 1789 (y el liberal de 1789-1848), no era un demócrata, sino un creyente en el constitucionalismo, en un Estado secular con libertades civiles y garantías para la iniciativa privada, gobernado por contribuyentes y propietarios” (Hobsbawn 1997, 67).

⁷³ “Así pues, la opinión tradicional que ha visto en el algodón el primer paso de la revolución industrial inglesa es acertada. El algodón fue la primera industria revolucionada y no es fácil ver que otra hubiera podido impulsar a los patronos de empresas privadas a una revolución. Al principio (1780-1815) estas máquinas se dedicaban a hilar, cardar, y realizar algunas otras operaciones secundarias; después de 1815 se ampliaron también para el tejido. Las fábricas a las que las nuevas disposiciones legales –*factory acts*- se referían, fueron, hasta 1860-1870, casi exclusivamente talleres textiles, con absoluto predominio de los algodoneiros” (Hobsbawn 1997, 45).

1.2.5.2.- El Estado liberal, la sociedad civil y el derecho

De esta manera, desde el Renacimiento hasta la Ilustración, el proceso que envuelve al hombre para darse cuenta y reconocerse a sí mismo, es de luchas constantes. La primera de ellas es la reforma religiosa que permite romper con el poder religioso proveniente de Roma, además de generar una nueva visión dentro de la doctrina religiosa llevada por Calvino y Lutero⁷⁴. La lucha de esa escisión generó la posibilidad de la existencia de la tolerancia, y por lo tanto, una nueva ideología que retomará y se apropiará del poder político, lo secular. De esta manera, el proceso por el cual se presenta la secularización tiene tres momentos importantes: en primer lugar, se forma una teoría del Estado que lo justifica permitiéndole ser capaz de regirse asimismo. En segundo lugar, se construye una nueva teología que hace énfasis en la disminución de la influencia de la fe sobre la mente. Y tercero, se construye una nueva cosmología bajo aspectos eminentemente científicos. Es decir, el hombre ahora “está preparado para disputar a Dios el derecho de su supremacía sobre su destino” (Laski 1939, 37-39). De tal manera, la aparición de las ideas de libertad y en especial de libertad de pensamiento, se presenta bajo un proceso bastante violento, el ejemplo histórico es la matanza de San Bartolomé de los hugonotes protestantes⁷⁵.

De esta forma, la libertad del individuo y de la propiedad fue configurada teóricamente por John Locke, precursor teórico del desarrollo del liberalismo político y que resultará fundamental para forjar los Estados liberales. En su libro *Ensayo para el gobierno civil* publicado por vez primera en el año de 1690, sostiene que el individuo nace libre e igual por naturaleza. De esta manera, el hombre anterior a la

⁷⁴ Max Weber (2011) señala en “la Ética protestante y el Espíritu del capitalismo”. que una de las razones importantes para el desarrollo del capitalismo moderno es el ascetismo llevado por los calvinistas. No obstante a esta tesis, lo que es importante mencionar es que la ruptura con la concepción tradicional cristiana genera una concepción distinta sobre el individuo. Ahora el trabajo constante en la tierra asegura un lugar en el paraíso. El trabajo transforma la realidad y al mismo tiempo al sujeto mismo. El individuo en la tierra adquiere una connotación fundamental.

⁷⁵ Con relación a la importancia que tiene la creación de un Estado secular Voltaire escribió un libro denominado “Tratado sobre la tolerancia”, en él narra el juicio que fue llevado a cabo a Jaen Calas, quien fue acusado de haber matado a su propio hijo, ya que minutos después de una cena con la familia y un invitado, fue encontrado muerto en la planta baja de la tienda de su padre. Marc-Antoine quería abjurar a la fe protestante y convertirse al catolicismo, este supuesto hecho llevó al padre a matar a su hijo (Voltaire 2010, 14).

sociedad, nace en un estado de libertad para poseer y disponer de sus bienes y propiedades⁷⁶ (1997, 3). De esta manera, el hombre por naturaleza tiene como fin principal la propiedad, definida como el derecho de cada hombre en su misma persona. Sin embargo, señala que el fruto de su trabajo es de su propiedad (1997, 18). Por ende, la propiedad es un derecho natural al que todos los hombres por el simple hecho de serlo, le corresponde. Esta justificación encuadra perfectamente con el derecho de propiedad abstracto que los romanos habían acuñado. No es cuestión de extrañar que los pequeños comerciantes que iniciaron acumulando riquezas hicieran necesariamente alusión a esta conceptualización.

Igualmente Locke anuncia la llegada de lo que con posterioridad será la discusión sobre el origen de la sociedad civil. Para el autor, sociedad civil o política es aquella “en que cada uno de los miembros haya abandonado su poder natural, abdicando de él en manos de la comunidad para todos los casos que no excluyan el llamamiento a la protección legal que la sociedad estableciera” (1997, 49). De esta manera señala “siempre que cualquier número de hombres de tal suerte en sociedad se junten y abandone cada cual su poder ejecutivo de la ley de naturaleza, y lo dimita en manos del poder público, entonces existirá una sociedad civil o política” (1997, 51).

Dos aspectos llaman la atención en su formación teórica. La primera la libertad del individuo entendida como derecho a la libertad de propiedad y un segundo aspecto es el de la necesidad de la sociedad política y el ejercicio a su obediencia. Es decir, para el autor la unión en grupo legitima al gobierno para el ejercicio de su poder. Pero introduce una distinción importante con relación a las monarquías absolutas: “y es por ello evidente que la monarquía absoluta, que algunos tienen por único gobierno en el mundo, es en realidad incompatible con la sociedad civil”

⁷⁶ “Cada hombre, empero, tiene una propiedad en su misma persona. A nadie tiene derecho alguno salvo él mismo. El trabajo de su cuerpo y la obra de sus manos podemos decir que son propiamente suyos. Cualquier cosa, pues que el remueva del estado en que la naturaleza le pusiera y dejara, con su trabajo se combina y, por tanto, queda unida a algo que es de él es, y así se constituye en su propiedad” (1997,18).

(1997, Ídem). El autor considera que el gobierno monárquico y absoluto es estar en el estado de naturaleza. Por tanto entrar en una sociedad civil o política es poder resolver los problemas que aquejan a este estado de naturaleza.

Resulta interesante este planteamiento, ya que sienta las bases para el desarrollo del liberalismo que triunfaría siglos después en la Revolución francesa. Por lo anterior es conveniente señalar que en la época en que Locke vivió hubo un movimiento importante que logró poner límites a la monarquía absoluta y el advenimiento del desarrollo de la burguesía.

Es decir Inglaterra vivió tres revoluciones: la preparación de la revolución, la guerra civil y la proclamación de la república de Inglaterra entre los años de 1640 a 1650 (Efimov 1994, 237). Esta rebelión logró eliminar las antiguas relaciones feudales y establecer una nueva clase política, la clase de la nobleza y la burguesía. Abolió impuestos medievales y creó la propiedad privada de la tierra (Efimov 1994, 239). Al mismo tiempo creó un parlamento que puso un contrapeso al poder del rey. El parlamento de los *tories* representado por los terratenientes y los *whigs* representantes de los banqueros y negociantes. De esta manera “la revolución burguesa determinó la abolición de la monarquía absoluta, de la autoridad de los señores feudales y de la iglesia directamente supeditada al rey. Las trabas que obstaculizaban el desarrollo del capitalismo habían sido allanadas” (Efimov 1994, 242).

Es en este periodo de convulsiones europeas que da inicio al proceso por el que se inicia el desarrollo de una nueva clase social, y a su vez del desarrollo del capitalismo. A la par de estos movimientos, se estaba forjando una clase social distinta a la de la nobleza y los campesinos. El banquero, el comerciante, el industrial que constituye una forma distinta de posición social. Al mismo tiempo de

ello, las ciudades comenzaron a crecer lo que permitió que estas nuevas posiciones sociales se desarrollaran⁷⁷.

Esta nueva clase burguesa limita el poder político a partir de la visión del Estado contractual. Es decir, los principios donde se declara al individuo libre e igual frente al Estado, son el producto de una concepción de clase que necesitaba minar a un poder político que controlaba y concentraba el poder, y a partir de la libertad contractual, proclamada por aquella clase burguesa, se engendró una nueva forma de someter la intervención del Estado. Este individuo se ve entonces como libre e igual en sus relaciones, sin embargo, ello nunca representó una igualdad y libertad material (Laski 1939, 16).

Por otro lado, el derecho natural se convierte en la base que explica al nuevo individuo, pero ese derecho natural no es un orden extraterrenal que regula el estado de las cosas. Es la razón independiente y autónoma que se encuentra presente en el individuo por naturaleza. Ernst Cassirer, señala al respecto lo siguiente: “La razón tiene que abrirse paso ella sola y creer en su propia fuerza. Este principio vino a ser como la clave de la bóveda de todos los sistemas de derecho natural. Su clásica expresión en la obra de Hugo Grocio...Ni siquiera la voluntad de un ser omnipotente, dijo Grocio puede alterar los principios de la moral o anular aquellos derechos fundamentales que garantizan la ley natural” (Casirer 1968, 204).

Así es como surge una nueva concepción desde el individuo, rompiendo las barreras que se le imponen, y creando las condiciones morales, políticas, jurídicas y económicas para dar paso a una nueva concepción que permea aún en nuestros días. Condiciones morales porque crea una visión de utilidad personal antes que la utilidad común y se enfrenta a los valores religiosos impuestos; política y jurídica porque pone frenos y límites al poder centralizado a partir de una visión contractualista bajo el fundamento de los derechos naturales; y económica porque

⁷⁷ “Fue sobre todo en las ciudades donde se desarrolló la clase media comercial, industrial y profesional; y el crecimiento de este grupo más bien serie de grupos, fue el acontecimiento social más importante de la Europa Occidental en este periodo” (Anderson, 1968, 91).

pregona la libertad en todas las transacciones que realice el individuo, ninguna intervención en las relaciones mercantiles. La nueva concepción se construye a partir de un denominador común, el deseo de la riqueza sin intervención estatal a partir del hecho de que la misma genera por sí sola el bienestar social (Laski 1939, 22).

Las modificaciones en el modo de producción feudal, y el creciente intercambio mercantil generaron la posibilidad de aumentar de manera exponencial las ganancias y por consecuencia el desarrollo de la clase social denominada burguesa⁷⁸. Esta última aboga por la libre circulación del capital, sin intervención de ningún poder político. Es decir la famosa frase *laissez faire, laissez passé, le monde va de lui même* (dejar hacer, dejar pasar, el mundo va por sí mismo)⁷⁹ se convierte en un principio fundamental para el desarrollo del capitalismo moderno. La consecuencia es que ahora se tiene que tomar en cuenta la fuerza creada por aquella clase detentadora de los medios de producción, y que le permitía ejercer cierta presión para el beneficio de sus intereses a los integrantes de la monarquía.⁸⁰

Es a partir de esta nueva concepción que somete la intervención del Estado en las relaciones económicas se desarrolla la doctrina del liberalismo económico. Una de las más influyentes y principales fue la abanderada por los fisiócratas franceses que basaban su concepción económica en las leyes de la naturaleza. Es decir, hacían alusión al desarrollo de las ciencias naturales que en ese momento

⁷⁸ Una de las pruebas más evidentes de que el comerciante y el residente en una ciudad eran uno y el mismo, es el hecho de que en los principios del siglo XII la palabra *mercator*, que significaba comerciante o mercader y la palabra *burgensis*, que significaba uno que vivía en la ciudad (burgo) eran usadas indistintamente (Huberman 1979, 41).

⁷⁹ El principio de la no intervención quedó formulado para siempre en la pintoresca máxima: *Laissez faire et laissez passer, le monde va de lui-même*. Los derechos industriales del hombre que se derivan ineludiblemente del derecho natural, y a cuya garantía debe consagrarse el estado son: propiedad privada, libertad de contratación y libre competencia. (Ferguson 1948, 54).

⁸⁰ Señala Mario de la Cueva con relación al liberalismo: "Tiene razón los que sostienen que el liberalismo es la concepción política, económica de la burguesía...El liberalismo aceptó de una manera general, la idea de los derechos del hombre, porque, además de las libertades del espíritu y de la seguridad jurídica, contenía las libertades de trabajo, de industria y de comercio, pero desechó las libertades de coalición, de asociación, y de huelga, porque serían libertades dirigidas a evitar el juego libre de las individualidades, de la industria y del comercio" (1996, 118-119).

tuvo un avance importante en el desarrollo científico (el desarrollo del método científico y las leyes de gravedad).

Producto de las pésimas condiciones económicas en las que se encontraba el Estado francés (fiel representante del estado monárquico absoluto y sostenedor de una nobleza y aristocracia endeudada), es que los denominados fisiócratas vieron la necesidad de plantear modificaciones económicas. Su doctrina establecía la necesidad de establecer un “único impuesto sobre el exceso de productos de la industria extractiva. Argumentaban que la industria extractiva es la fuente última de un país, y puesto que todos los impuestos, a la larga, se pagan con el exceso de lo que rinde la tierra es mejor que el propietario de ella lo soporte directamente”. (Ferguson 1948, 52). En realidad lo que quería era la libertad de mercado interno pero eliminando toda las trabas locales (impuestos)⁸¹.

Ferguson señala que la base en la que fundamentaban la no intervención estatal en la economía era una concepción del derecho natural. Es decir, existe un orden natural que regula a las cosas y al universo. En contraposición de este orden natural se encuentra un orden positivo, el cual su objetivo es describir e interpretar el derecho natural. Por tanto, en materia económica el derecho natural consiste en disfrutar de los frutos del propio trabajo mientras no afecte a terceros. Por consiguiente, el poder de los Estados no debe interferir en cualquiera de los asuntos económicos, solo en aquellos en donde deba proteger la propiedad privada y la seguridad de los individuos⁸² (1948, 53).

Desde esta perspectiva lo público se convierte en todos aquellos actos del aparato estatal, o para mejor precisar del gobierno que se sustenta en el Estado, que no afecten los intereses de la clase burguesa y que la beneficia. De esta manera, “el adecuado funcionamiento de esta construcción exige como

⁸¹ En realidad la “la fisiocracia puede considerarse en sus comienzos como un conjunto de propuestas prácticas hechas por un cierto interés de clase, con la doble finalidad de mejorar la condición financiera de los terratenientes franceses y fomentar la prosperidad total de Francia” (Ferguson 1948, 53)

⁸² Fieles representantes del movimiento de los fisiócratas son Quesnay y Turgot.

contrapartida necesaria la estructuración de una autoridad pública encargada de ofrecer las condiciones necesarias para este intercambio: básicamente, el establecimiento del marco jurídico previsible, la organización de la coacción/sanción al cumplimiento/incumplimiento de lo pactado y el mantenimiento del orden público.” (De Cabo de la Vega 1997, 76-77).

Esta conveniente división plantea además el surgimiento de límites al Estado, el gobierno en turno se legitima ya no porque la divinidad le confiere ese poder, sino derivada de las relaciones entre el pueblo y ciudadanos libres y autónomos quienes pactan su legitimación para detentar el poder. Así, la libertad de los ciudadanos será garantizada bajo leyes y ordenamientos, donde se privilegia al individuo y sus derechos y donde la voluntad del pueblo se ve concretizada en un ordenamiento general llamado “Constitución”. Así, “la caracterización básica del nuevo Estado burgués que el ordenamiento constitucional se propone organizar, consiste, precisamente, en la separación entre las esferas del Estado y de la sociedad. Separación con la cual, se ha dicho, la sociedad hace su entrada en la historia” (De Cabo de la Vega, 1997: 79).

De ahí que la visión del papel central del Estado burgués, es el de garantizar los derechos del individuo y otorgar seguridad y certeza jurídica a las relaciones de los individuos en sus espacios económicos. El Estado solo puede hacer lo que le está permitido por la ley, y el particular solo puede hacer lo que no está prohibido por la ley. Bajo esta cosmovisión, el liberalismo retoma con fuerza sus postulados bajo el cual nació. El libre mercado y mínima intervención del Estado en las actividades económicas.

Con esta dinámica se puede afirmar que el liberalismo y el Estado nación son la forma que el capitalismo ha alimentado. Esto no tiene nada de extraño si consideramos además que el Estado interventor el cual pregona ciertos beneficios sociales a la clase trabajadora nace por la necesidad de reproducir y ampliar el modelo económico capitalista. En las épocas de crisis del modelo, se requiere la intervención del aparato político para su mantenimiento y reproducción y en su caso

reconstrucción, en las épocas de expansión del modelo se requiere un Estado dúctil. En consecuencia el crecimiento de los Estados y el crecimiento de una economía capitalista han tenido en la historia cierta correlación. Esa correlación ha tomado una forma bajo la figura del ámbito de lo privado. ¿Por qué se identifica el ámbito de lo privado con la sociedad civil, la economía y la propiedad?

El Estado liberal es el fiel representante de las relaciones capitalistas. El Estado liberal es “la concepción según la cual el Estado tiene poderes y funciones limitados, y como tal se contrapone al Estado absoluto como el Estado que hoy llamamos social” (Bobbio 1985, 7). Se fundamenta en la doctrina de los derechos naturales del hombre.⁸³ Existe toda una corriente de la filosofía política que parte de esta concepción Hobbes, Locke y Rousseau son los principales exponentes. El desarrollo de dichos postulados se llega a materializarse a través de la declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que establece que los hombres son libres e iguales por naturaleza.⁸⁴ Ésta pone límites al poder monárquico absoluto señalando que la fuerza pública está para garantizar los derechos del hombre, y se instituye para el beneficio de todos. Hace hincapié en la esfera del individuo y ciudadano señalando que todo lo que no está prohibido por la ley está permitido por los ciudadanos.

Esta forma de Estado se encuentra ya moldeada por la Revolución Francesa, que pone al individuo o para mejor denominarlo al ciudadano⁸⁵ al frente de todo poder político. Es evidente la secularización del hombre. Es aquí cuando aparece en todo su esplendor el ensayo que el ginebrino Rousseau había realizado en torno

⁸³ “Se puede definir al iusnaturalismo como la doctrina de acuerdo con la cual existen leyes, que no han sido puestas por voluntad humana y en cuanto tales son inferiores a la formación de cualquiera grupo social, reconocibles mediante la búsqueda racional, de las que derivan como de toda ley moral o jurídica, derechos y deberes que son, por el hecho de derivar de una ley natural, derecho y deberes naturales (Bobbio 1985, 12).

⁸⁴ Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr23.pdf>, En su “Artículo 1o.- Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común”.

⁸⁵ “El gran gesto simbólico de la Revolución francesa fue la insistencia de que ya no se usasen títulos, ni siquiera los de *monsieur* o *madame*. Todos tenían que ser llamados *citoyen* (ciudadano). Este gesto pretendía demostrar el repudio de las jerarquías tradicionales, la incrustación de la igualdad social en la nueva sociedad que se estaba construyendo” (Wallerstein 2011, 208).

a las condiciones naturales del hombre. Así, reorganiza y reactualiza el contractualismo, generado por Hobbes y Locke y lo lleva hacia el individuo pero para quitar esas cadenas que le impiden ser libres por naturaleza⁸⁶. Rousseau hace renacer a la sociedad, ya no por los dominios de la propiedad privada sino a partir de condiciones de igualdad y libertad.

El pacto social no ata a los humanos como justificación necesaria de existencia para su conservación, al contrario el pacto social libera a los humanos ya que “encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, por la cual cada uno, uniéndose a todos no obedezca sino así mismo y permanezca tan libre como antes” (Rousseau 2008, 29). Es el objetivo del contrato social. Y solamente es mediante la voluntad general⁸⁷ que atiende al interés común, en donde los individuos libres pueden llevar la soberanía al pueblo. Esta última les arranca el poder a las monarquías y se las devuelve al pueblo. No le quita sus atributos principales, (la indivisibilidad y la inalienabilidad), solo hace un traslado de quien ejerce el poder.

Esta justificación teórica idealista a la limitación del poder monárquico absoluto fundamenta las bases de las democracias representativas modernas. Pese a lo anterior para Mialle el Estado liberal “funciona sobre la base de una doble separación: separación entre sociedad civil y Estado, que podría llamarse separación externa; y separación de poderes en el seno del Estado” (Mialle 2008, 88). Para el autor esta articulación determina la presunta autonomía de la política y la economía⁸⁸.

Esta relación entre Estado y sociedad civil fundamenta la separación de lo público y privado en el Estado moderno. Sin embargo, esta estrecha separación simplemente oculta las relaciones en las que ahora la sociedad civil representada

⁸⁶ Su famosa frase “el hombre nace libre y sin embargo en todas partes vive entre cadenas” (Rousseau 2008, 14).

⁸⁷ “La voluntad general es siempre recta y tiende constantemente a la utilidad pública. Frecuentemente surge una gran diferencia entre voluntad de todos y la voluntad general: ésta solamente atiende al interés común, aquella al interés privado” (Rousseau 2008, 48).

⁸⁸ “Separar el Estado de la sociedad civil es quitar el poder político el carácter patrimonial que poseía en los sistemas tradicionales: mientras estaba englobado en los sistemas de parentesco o de solidaridades específicas, el poder aparecía como parte del patrimonio de ciertos individuos. De ahora en adelante, debe ser la cosa de todos y, por tanto, no pertenecer a nadie, salvo por el tiempo de un mandato y conforme reglas muy precisas.

por la clase burguesa comienza a controlar. De esta manera, la sociedad civil se define como aquella asociación que no se encuentra regulada por el poder del Estado.⁸⁹ La sociedad civil “es el producto de la acción de igualamiento de las posiciones de estatus operado por las monarquías absolutistas y, por otro, por el impulso asociativo y comunitario de las religiones reformadas” (Portinaro 2003, 106).

La sociedad civil surge mediante un proceso de separación entre el poder absoluto del monarca y las corporaciones medievales. Para ello fue necesario que el Estado concentrara y centralizara el poder político, militar y financiero. En contraposición las corporaciones de las ciudades establecieron cierta independencia en torno a la monopolización del poder por parte del estado lo que les permitió establecer un espacio diverso y autónomo⁹⁰ sujetándose además a las reglas del mercado.

¿De qué manera se explica a la sociedad civil? En la época del absolutismo monárquico los burgueses habían desarrollado una identidad social en base a la distinción de clase diferenciándose al Estado. Es decir, este fenómeno que se caracteriza por el desarrollo del capitalismo, se aceleró por las políticas estatales. Define el término “clase como una unidad colectiva abstracta e impersonal, y con un distintivo que traspasa lo local del Estado” (Poggi 1978, 79). Por tanto, para esta nueva clase en la sociedad los límites distintivos los trazan las relaciones mercantiles y propiamente los límites del mercado sobre la apropiación del producto

⁸⁹ “Esta noción de sociedad es elaborada por la filosofía moral escocesa del siglo XVIII y en gran medida corre conjuntamente con el descubrimiento de la realidad de mercado” (Portinaro 2003, 106).

⁹⁰ “las grandes tendencias que se imponen hasta el final del siglo XVIII son generalmente conocidas. la correspondiente polarización del poder soberano comienza hacerse visible con la separación de presupuesto público y bienes domésticos privados del señor feudal. Con la burocracia y el cuerpo militar (y en una parte también con la legalidad) se objetivizan las instituciones del poder público frente a la cada vez más privatizada esfera de la corte. A partir de los estamentos, en fin. Se desarrollan los elementos señoriales, convirtiéndose en órganos del poder público, en parlamento (y en otra parte también en legalidad); los elementos del estamento artesanal, en la medida en que cuajan en corporaciones urbanas y se producen ciertas diferenciaciones en los estamentos artesanales rurales, evolucionan hacia la esfera de la sociedad burguesa que, como genuino ámbito de la autonomía privada esta contrapuesta al Estado” (Habermas 1969, 51).

social. Este último puede ser acumulado e insertarse de nueva cuenta en el mercado.

Para esta clase burguesa este recurso es el derivado del capital que se desarrolló bajo la forma de la propiedad privada. Bajo esta forma la unidad de esta clase no depende directamente de la unidad propia estatal, sino a partir del desarrollo de los intereses privados e individuales. Se presenta bajo la dinámica de la autorregulación producto de las leyes naturales del mercado. Por consiguiente sus necesidades políticas son diferentes que las del Estado. Sin embargo, esta clase depende por completo del gobierno, ello para salvaguardar el funcionamiento del sistema económico y permitir garantizar la apropiación de los recursos generados por la lógica capitalista, es decir, se tiene que generar las condiciones para el reparto privado del capital. En este sentido, el Estado garantiza que se reparta la distribución de los recursos obtenidos por las relaciones capitalistas hacia los particulares y que estos recursos no sean disputados por otro grupo opositor. Además, necesita la centralización del poder político para gobernar sobre los demás individuos y las demás clases, mediante su propio espacio que es en público y es soberano (Poggi 1978, 79-80).

Consecuentemente la sociedad civil abanderada por la clase burguesa se vio en la necesidad de construir sus propios espacios públicos, y con esto abanderar un proyecto político que le permitiera estar en el Estado sin restricciones a su principal modo de vida que es el perfeccionamiento de las relaciones capitalistas. En este sentido, además del control de los espacios de producción mediante el ámbito del privado, desarrolló la construcción de un público, de la publicidad y de la opinión pública que le abrieron espacios fundamentales.

De esta manera la publicidad que se reproduce a partir de la clase burguesa, tiene un contenido eminentemente político pero a la vez emancipador, ya que instruyen al poder que es lo que quiere la sociedad y en específico la clase burguesa. Es decir, “la publicidad políticamente activa mantiene el status normativos de un órgano que sirve para la auto medición de la sociedad burguesa con un poder estatal coincidente con sus necesidades. El presupuesto social de esa publicidad

burguesa desarrollada es un mercado tendencialmente liberalizado que hace del tráfico en la esfera de la reproducción social un asunto entre personas privadas” (Habermas 1969, 110).

Por otro lado el derecho se ajusta a la dinámica mercantil, es decir, la base del derecho privado se presenta en la relación de la libertad contractual, en la que el sujeto se obliga y pacta en base a la autonomía de la voluntad, de forma tal que éste es libre e independiente e igual ante la ley, pero siempre sujeta a las leyes del libre mercado, que en la mayoría de las ocasiones la igualdad material económica hacen una marcada desigualdad jurídica. En este sentido las codificaciones establecidas en parte por el derecho civil, es decir, en base a las figuras jurídicas de propiedad plena, posesión y autonomía de las partes, recorrieron grandes porciones de tierra. “Estas codificaciones garantizan la institución de la propiedad privada y, en conexión con ella, las libertades básicas del contrato, de la industria y de la herencia” (Habermas 1969, 111).

En sentido la estrategia de la clase burguesa al insertarse en el Estado, es permanecer en el ámbito de lo privado, en donde aparentemente se realizan relaciones de igualdad y libertad entre las partes sin existir interferencia de ningún poder (más que el del mercado), y bajo los lineamientos estrictos de la propiedad privada, y por otro lado, el entablar relaciones con el Estado en base al desarrollo de los intereses burgueses. Inteligentemente la clase burguesa no estableció un ataque directo al poder político, al contrario, usó a éste para desarrollar en gran medida la acumulación de capital. Pero tenía que encontrar la forma para evadir la manipulación y la limitación que podía establecerse por parte del Estado absolutista. Para ello desarrolló la conformación de la opinión pública, que atacó en la medida de lo posible (hoy en día sigue más vigente que nunca) las formas no visibles del poder público sometido al interés particular.

De esta forma, la división del derecho en público y privado se gesta entonces a través de un proceso de larga duración y de diferentes dimensiones. Para Gustav Radbruch dos momentos son importantes para entender la separación entre público y privado: en primer lugar con el surgimiento del Estado absoluto que eliminó los

obstáculos impuestos por los mecanismos de las relaciones feudales. El ejercicio de su poder se estableció por medio de ley general impuesta por el príncipe. Por otro lado, a partir del desarrollo de las ideas del liberalismo que se concretizan por medio de la voluntad del individuo en forma de contrato y pactos, es decir, mediante el desarrollo del derecho privado ausente de cualquier autoridad y poder (1951, 92). Sin embargo, el autor señala que estas relaciones son imbricadas ya que “el liberalismo supo también llevar prácticamente las ideas del Derecho privado al campo del derecho público”⁹¹ Esta relación se presenta en el Estado moderno a partir de los contratos que el Estado como sujeto de derecho enfrenta hacia con los particulares.

En una versión crítica del desarrollo histórico del binomio respectivo, Cerroni señala que esta separación es necesaria ya que la forma en que funciona la sociedad capitalista moderna con lleva hacia: “una unidad dualista, de suerte que lo que, en el pasado, era solamente una unidad inmediata (sociedad Estado) se convierte ahora en una unidad abstracta o mediata, en el sentido de que el nexo que une a los individuos entre sí, dentro del organismo histórico del género, ya no es confiado, ahora, a la conexión directa de las personas entre sí, sino al movimiento objetivo de las cosas de sus productos” (Cerroni 1987, 16).

Para el autor las relaciones capitalistas son reducidas a relaciones mercantiles. El objetivo es el intercambio entre productos, el ser humano se ve sometido a esta dinámica a partir de la venta de la fuerza de trabajo. Estas relaciones como mercancías producen necesariamente la objetivación entre los hombres que no encuentran una relación personal ya que son mediados por relaciones comerciales⁹².

⁹¹ “El concepto del Fisco, por ejemplo, significa que el Estado tiene, a veces, que descender, como sujeto de derechos patrimoniales, al mismo plano que los individuos. Asimismo es una penetración del pensamiento del Derecho Privado, en el campo del derecho público el que el Estado sea concebido, en sus funciones jurídicas públicas, como sujeto de derecho, como personalidad (estatal), haciendo posible así, y solamente así, la idea jurídica de los derechos públicos subjetivos de los individuos contra el Estado y de éste contra los individuos. Y a este mismo punto de vista responde el hecho de que el Estado descienda al terreno del proceso penal y administrativo, para enfrentarse de igual a igual, como una parte procesal más, a los particulares litigantes” (Radbruch, 1951, 93).

⁹² En otras palabras “la relación del hombre con el otro hombre deja de ser un vínculo de dependencia personal directa, expresando en una prestación laboral concreta e inmediata: se convierte en un

De esta forma para que estas relaciones de igualdad y libertad entre los individuos sean posibles es necesario un derecho que los garantice, un derecho entre personas como representación de la igualdad, ello porque entre las relaciones mercantiles no existe diferenciación entre las condiciones materiales de los sujetos sino solo como sujetos que se desenvuelven en un ámbito de intercambio comercial. Para que esto pueda desenvolverse a plenitud es necesario que dichas relaciones sean llevadas sin ninguna interferencia que limite el intercambio, para ello es necesario que el ámbito de lo privado garantice de cualquier forma su desarrollo. Pero a su vez el ámbito de lo privado requiere de un poder que sancione las relaciones cuando estas no son garantizadas. De esta manera, el poder público es necesario ya que ordena y regula los intercambios mercantiles. Por consecuencia, el ámbito de lo público es autónomo, pero a partir de la esfera de lo privado, es decir, solo a partir de regular las distorsiones generadas en la sociedad (Cerroni 1987, 17).

Los diversos procesos del desarrollo económico capitalista donde se encuentra presente el Estado como aparato político han funcionado para afianzar y respaldar la acumulación y la apropiación del excedente. Dichos procesos recaen en la estructura estatal por medio de la representación del poder público, mostrando en el discurso una posición independiente y contrapuesta respecto de los poderes privados, debido a la necesidad de generar una separación que desvirtúe las relaciones directas con el poder de los particulares. Sin embargo, el poder privado se esconde en el Estado por la necesidad constante de proteger sus intereses, pero a la vez, se sirve del Estado para ocultar las relaciones de producción a las que están sometidos aquellos que generan el capital.

De esta manera, la fase actual del desarrollo capitalista ha logrado generar una ruptura de los cimientos del Estado y el derecho moderno. La necesidad creciente de ampliar las ganancias y de contrarrestar la crisis del sistema capitalista, ha llevado a reconfigurar y reconfigurar las relaciones actuales de poder. Este

vínculo de reciprocidad interdependencia general expresado por medio de una prestación laboral abstracta que funge como denominador común del intercambio” (Cerroni, 1987, 16).

cambio, que se refleja en la degradación de las condiciones sociales, modifica los espacios, controles y contrapesos que definían el alcance de lo público y lo privado.

En el estado actual de las cosas, el poder público se encuentra inmerso en la dinámica de la reproducción y ampliación del capital, en consecuencia, se transforma y modifica su actuar y en determinadas circunstancias es necesario que éste sea el principal motor del poder privado. De igual forma, en esta etapa lo público y lo privado no representa las relaciones sociales actuales. En un momento histórico determinado lo público se adueñó del poder político para gobernar bajo la representación del interés común. Sin embargo, en otro sentido la sociedad civil es decir, la esfera de lo privado, el de las relaciones de producción, en una fase determinada logra socializarse y estar a su vez generando otro concepto de interés común. Por lo tanto, han existido periodos históricos en los que el calificativo poder público representó una autoridad vertical sin contraposición visible (monarquías absolutas), en otras representó el producir satisfactores y bienestar social (Estado social), pero ahora poder público se identifica con formas de participación, acumulación y reproducción de capital (neoliberal o capitalismo mundial).

Bajo esta dinámica el poder que no siempre fue lo público y que se refleja en el Estado, está condicionado a gobernar por medio de la lógica capitalista. Regula y a la vez participa. Concentra y al mismo tiempo reproduce la acumulación del capital. De igual forma, lo privado gobierna al interés general, no es público, porque no detenta autoridad, pero si dominio que es mediatizado a partir del control y reproducción masiva de los medios de generación de capital. Finalmente el orden de separación entre público-estatal y privado-sociedad civil culmina en esta etapa con una nueva articulación, el poder político y el poder privado, bajo la lógica de la división social internacional del trabajo que se identifica con el desarrollo de la propiedad privada global. Situación que genera diversas formas de configuración dicotómicas y nuevas relaciones de dominación que han modificado la dinámica

Capítulo Segundo

Desarrollo y caracterización de la distinción de la esfera de lo público y lo privado en el Estado y el derecho moderno

En el capítulo anterior se analizó el proceso de conformación del Estado, a partir de la transición del sistema feudal al sistema capitalista, para concebir la manera en que se ha desarrollado la configuración del poder político en el Estado. Este proceso constituye una caracterización general de los principales elementos de la evolución que dio pauta a la separación entre Estado y sociedad.

En el presente trabajo se examina cuáles han sido las transformaciones que han adquirido lo público y lo privado en el Estado y el derecho, con el objetivo de analizar los cambios que dicha caracterización ha tenido en tres momentos históricos: 1) el Estado en el modelo liberal, 2) el Estado en modelo social y 3) el Estado en la configuración del modelo neoliberal. El análisis de la caracterización permitirá desentrañar las modificaciones que han tenido lo público y lo privado, y saber cuáles son las implicaciones que conllevan estos cambios en la dimensión jurídico-política.

2.1. La formación de la esfera pública y privada en el Estado y el derecho moderno

Para concebir las características de los elementos del universo público y privado es necesario entender cómo a partir del pensamiento de la modernidad se fue conformando un modelo de poder estructurado e institucionalizado, a través del Estado y el derecho. De este modo, la construcción del mundo moderno se realiza a partir de dos fenómenos importantes: uno, el del Renacimiento, y el otro, el de la Ilustración. Con el Renacimiento se dio pauta a la formación de los Estados

absolutos, mientras que con la Ilustración, surge en la sociedad la clase burguesa⁹³ (Capella 1997, 99).

La época del Renacimiento fue una expresión cultural que data del año 1500, y marca el inicio de la época moderna⁹⁴ (Romano y Tenenti 1971, 128). En esta etapa se retoma la posibilidad de acudir al ser humano como fuente de conocimiento primario, y ya no a partir del mito, es decir, se comienza a dejar de mirar al cielo religioso como fundamento de todas las cosas. Se tiene como principal característica un retorno hacia sí mismo (el ser humano) “quiso responder a necesidades terrenas y socialmente precisas, sin embargo, a causa de su referencias a los antiguos o por las fuertes sugerencias trascendentales, ejercidas por la tradición cristiana, los humanistas se entregaron a reivindicar principalmente valores a-históricos y válidos para el hombre en sí” (Romano y Tenenti 1971, 131).

En el Renacimiento se reflejan cambios, y el primero de ellos es la posición que se toma frente a la religión cristiana. Trata de crear a un individuo por medio de la razón, frente a la dogmática religiosa como explicación de la realidad⁹⁵ (Atrián 1997, 12) es decir, crea una nueva forma de mantener las relaciones entre el individuo y Dios. Pero este enfrentamiento al interior de la religión, este cambio de posición, se ve indirectamente inducido por los avances de científicos relacionados con el heliocentrismo y el descubrimiento del Nuevo Mundo (De Cabo Martín 1988, 314). A su vez, estas modificaciones constituyen un avance hacia la construcción

⁹³ Así lo refiere Juan Ramón Capella: “La modernidad en el plano de las ideas, de la cultura, se construye a través de dos grandes movimientos: uno inicial, lo que llamamos el renacimiento, que corresponde en el plano político, de una manera general, con la constitución de los grandes estados absolutistas (a lo que se ha aludido en el capítulo anterior), y un segundo movimiento posterior más avanzado, que establece la hegemonía cultural de la burguesía, al que llamamos “la ilustración”- centrado en el siglo XVIII, conocido también como el “siglo de las luces”. A través de esos dos grandes movimientos históricos, una nueva clase social, la burguesía, entra en la historia. Después la época moderna experimenta la crisis que conduce a la edad contemporánea, si se puede decir así. Pues a su vez entran en la historia los trabajadores asalariados” (Capella 1997, 99).

⁹⁴ “Renacimiento en efecto es un vocablo que ha expresado un modo de concebir ciertos aspectos de la cultura occidental en torno al año 1500 como momento inicial de la historia moderna de Europa; por extensión de su significado y como por derivación ha indicado un periodo” (Romano y Tenenti 1971, 128).

⁹⁵ “Una de las respuestas dominantes del Renacimiento fue “racionalizar” la religión, relegándola a un estado de convención, esto es, pugnar por una “libertad religiosa” que propiciara el surgimiento del ateísmo práctico. Esto no significa el abandono del ideal religioso, sino una reestructuración de las relaciones del hombre con Dios. Al mismo tiempo que se desarrollaba la particularidad humana, las relaciones con la religión fueron también personalizándose. La relación con Dios se vuelve personal y subjetiva.” (Atrián, 1997, 12)

de un sujeto nuevo, el cual comienza a percibirse de forma distinta, y se encuentra en la búsqueda de nuevos valores, "lo que se encuentra en común en cada uno de estos conspicuos hombres es una especie de individualidad exteriorizada, estos es, una particularidad humana que se abre al mundo" (Atrián 1997, 13).

La relevancia de este sujeto renovado radica en que con él se marca el inicio de la modernidad. En otros términos, el Renacimiento permitió generar un individuo que rompe con las barreras ideológicas feudales que lo ataron en el pasado. Sin embargo, es con el Renacimiento, donde se da el comienzo de un recorrido con diversas aristas. Diversas aristas porque el sujeto del renacimiento, en un procesos gradual, elimina el peso de las relaciones feudales (eclesiásticas primordialmente) para constituir idea del ser individual. Con esta dinámica se configura una sola visión del mundo, la cual sirve para edificar la sociedad moderna.

Al mismo tiempo de esta renovación y de esta visión, se presenta el descubrimiento de América,⁹⁶ hecho que constituye un elemento para que la modernidad se constituyera como tal. Y es a partir de la otredad (el nativo americano y africano) en donde se establecen las condiciones de posibilidad para el ejercicio de dominación que instauran los españoles y los portugueses. Por ende, este descubrimiento no solo constituye ejercer una visión eurocéntrica del poder (el hombre nuevo del renacimiento), sino también, se constituye una forma de dominación, que en aras del progreso, encubre la esclavitud y la explotación del otro (Dussel 1992, 22).

Asimismo, es con el continente americano donde se inicia la construcción de un nuevo sistema mundial. Europa, pasa de ser periferia a convertirse en centro⁹⁷.

⁹⁶ "Nuestra hipótesis, por el contrario, es que América Latina, desde 1492 es un momento constitutivo de la Modernidad, y España y Portugal como su momento constitutivo. Es la "otra-cara" (*teixtli* en azteca), la Alteridad esencial de la Modernidad. El "ego" o la "subjetividad" europea inmadura y periférica del mundo musulmán se irá desarrollando hasta llegar con Hernán Cortés, en la conquista de México (el primer "espacio" donde dicho "ego" efectuará un desarrollo prototípico), a constituirse como "Señor-del-mundo", como "Voluntad-de-Poder". Esto permitirá una nueva definición, una nueva visión mundial de la Modernidad, lo que nos descubrirá no sólo su "concepto" emancipador (que hay que subsumir), sino igualmente el "mito" victimario y destructor, de un europeísmo que se funda en una "falacia eurocéntrica" y "desarrollista" (Dussel 1992, 22).

⁹⁷ Esa Europa periférica irá construyendo, a partir del mundo colonial, un nuevo tipo de estructuras civilizatorias que, desde la Revolución industrial a finales del siglo XVIII le permitirá, solo entonces, hace dos siglos, ser centro. Todo comenzó por el Imperio-mundo (con España y Portugal), para posteriormente desplegar propiamente un sistema mundo capitalista. 186 (Dussel 2007, 186)

Ahora, las colonias constituirán la base en que se fincarán los cambios que permitirán la expansión del modo de producción capitalista. Por consecuencia, esta modernidad que inicia con el Renacimiento trae consigo el germen de la negación del otro, a su vez, la instauración de la violencia como medio de dominación del nativo americano y africano⁹⁸ (Dussel 2007, 186).

Otra de las aristas que dan cuenta del inicio de la modernidad, a partir del Renacimiento, tiene que ver con la negación del otro, pero del otro que es diferente al hombre renovado, es decir, no solo se encubre las relaciones de explotación de los conquistados a partir de la dominación y la coacción, también se crea la exclusión en la que la mujer se ve relegada en todos los ámbitos de la actividad humana y se le mantiene solo por el hecho de su condición reproductiva⁹⁹ (Fedirici 2010).

Pese a que estas aristas, se generaron espacios que encubren las relaciones de explotación y violencia, y que la modernidad siempre ha tratado de ocultar, por otro lado, la construcción de lo amoral y el individuo permitió el origen de la política

⁹⁸ “La modernidad temprana se constituye desde una afirmación eurocéntrica de lo occidental y desde una negación excluyente de dos modos históricos de la Exterioridad: la Alteridad del originario habitante americano, el indio (venido del extremo oriente del Extremo Oriente) y desde el esclavo africano (de la costa oriental del Atlántico). Esta Alteridad pasa desde una completa Exterioridad, anterior a la conquista al proceso de la esclavitud, hacia una subsunción opresiva creciente en América, que niega todo reconocimiento a la dignidad del Otro, por medio de una violencia sanguinaria inhumana inaudita, origen mismo del proceso de la Modernidad, como la cara oculta de la Exterioridad del sistema, desconocida también por la filosofía moderna y contemporánea. La colonialidad amerindia y la esclavitud africana han dejado huellas indelebles hasta el presente, y exigen una profunda transformación práctica y teórica, ética, cultural y económica-política que solo se llevará a cabo en una etapa trans-moderna, futura, mediante la afirmación de la Alteridad excluida durante siglos” (Dussel 2007, 186).

⁹⁹ “En este sentido, el destino de las mujeres europeas, en el periodo de acumulación primitiva, fue similar al de las esclavas en las plantaciones coloniales americanas que, especialmente después del fin de la trata de esclavos en 1807, fueron forzadas por sus amos a convertirse en criadoras de nuevos trabajadores. La comparación tiene obviamente serias limitaciones. Las mujeres europeas no estaban abiertamente expuestas a las agresiones sexuales, aunque las mujeres proletarias podían ser violadas con impunidad y castigadas por ello. Tampoco tuvieron que sufrir la agonía de ver a sus hijos extraídos de su seno y vendidos en remate. La ganancia derivada de los nacimientos que se les imponían estaba también mucho más oculta. En este aspecto, la condición de mujer esclava revela de una forma más explícita la verdad y la lógica de la acumulación capitalista. Pero a pesar de las diferencias, en ambos casos, el cuerpo femenino fue transformado en instrumento para la reproducción del trabajo y la expansión de la fuerza de trabajo, tratado como una máquina natural de crianza, que funcionaba según unos ritmos que estaban fuera del control de las mujeres” (Fedirici 2010, 139).

moderna, y a su vez, el fortalecimiento del Estado y el establecimiento de un derecho universal de aplicación general (De Cabo Martín 1988, 330).

De esta forma, el Renacimiento penetró en las instituciones de poder para establecer otro tipo de relaciones, diferentes a las establecidas por la época feudal. Aunque no existe un Estado definido como tal, se refleja una inestabilidad política característica donde “el espíritu renacentista penetra y baña las formas estatales más diversas, a menudo imperfectas o defectuosas, pero que tan solo con que cumpla una condición que es el aniquilamiento de las vinculaciones feudales” (Naef 2005, 45).

Por otro lado, en el transcurso del desarrollo histórico, la Ilustración elevará la razón, la naturaleza y el progreso a la sociedad. La primera de ellas, la razón, comenzaba un camino de independencia y “se había convertido en soberana” (Tenenti 2011, 329). La razón “se relaciona a la experiencia para dar coherencia y legalidad a los hechos. Y es la misma razón que viene a ser según Kant, un salir de la infancia, de donde el individuo tiene la capacidad de descubrirse por sí mismo” (Atrián 1997, 17).

A su vez, la naturaleza se escindió del individuo y adquirió un fundamento válido y bueno para el hombre, “precisamente porque la naturaleza era buena, se experimentó una profunda nostalgia por el estado natural, del que se consideraba de que algún modo el hombre se había alejado. La naturaleza era el código de Dios en que estaban escritas las leyes que la razón sabía distinguir” (Tenenti 2011, 320).

De allí la existencia del estado natural, que surge con fuerza con Locke, para reivindicar al individuo la propiedad y la libertad, pero además, para que carcomiera las viejas estructuras estamentales y corporativas, que darían pauta a la conformación del individuo en la sociedad¹⁰⁰.

¹⁰⁰ “De este modo, especialmente después de Locke, se empleó la idea de estado natural -allí donde primero fue posible, en Inglaterra- como medio por el cual las nuevas clases dominantes reivindicaban sobre todo el derecho a la propiedad y a la libertad individuales. Pero más tarde, ya en el continente, al propagarse cada vez más las ideas del pensador inglés, lo que inicialmente parecía solo una perspectiva de filósofos se convirtió poco a poco en una aspiración y un objetivo de los ciudadanos” (Tenenti 2011, 322).

Y por último, el progreso, “por otro lado, la idea de progreso ha sido considerada un atributo de la nueva mentalidad burguesa. Se trataba sin duda de un valor europeo –y más exactamente de una determinada elite socioeconómica-, por cuanto se atribuía al viejo continente la tarea de difundir por todas partes sus luces, y de preparar pacíficamente un porvenir humano mejor” (Tenenti 2011, 324).

Es decir, la Ilustración genera un nuevo Estado basado en la justificación del individuo, que tiene derechos inherentes a él por naturaleza. Pero el individuo hace un pacto o contrato para que estos derechos sean protegidos a través de un poder superior que tiene en su lógica la posibilidad de mediar, entre todos los individuos en sociedad, y siendo el individuo el centro de toda lógica de actuación del poder político¹⁰¹.

De esta manera el Renacimiento y la Ilustración son dos expresiones que dan fuerza y permiten construir un Estado y una sociedad de diferencia. Por un lado, el Renacimiento rompe con las tradicionales y fuerzas religiosas, mientras prepara al individuo para descubrirse a través de la razón. Además, inicia el camino para que la Ilustración creara las bases para dar por terminada una etapa que inicia en los albores del siglo XV y termina con la Revolución francesa, de esta forma, vierte la razón sobre las cosas, sobre la naturaleza pero también sobre los individuos.

La modernidad crea un Estado y un derecho con atributos propios, pero además, crea la noción de individuo sujeto a relaciones privadas y un público reflejado en el Estado. Es decir, como señala Rousseau en la configuración del pacto social como justificación de la mejor forma de asociación, donde el individuo cede sus derechos quedando en los siguientes términos: “cada uno pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, y cada miembro considerado como parte indivisible del todo” (2015, 12). De esta manera, esta asociación une a cada uno de los miembros formando un cuerpo político,

¹⁰¹ “La idea de que el Estado es una asociación para un fin, una asociación que no se halla constituida desde siempre o que se ha formado paulatinamente, sino que ha sido creada conscientemente por medio de un contrato. Partiendo de aquí se conforma y desarrolla la teoría ilustrada del Estado al combinarse con la idea individualista” (Naef 2005, 114).

considerado como persona pública que será denominado Estado, “La persona pública que se constituye así, por la unión de todas las demás, tomaba en otro tiempo el nombre de ciudad y hoy el de república o cuerpo político, el cual es denominado Estado” (2015, *Ídem*).

Se configura la contraposición de la personalidad de lo público, y es el ciudadano quien participa en la conformación de la autoridad respectiva. “En cuanto a los asociados, éstos toman colectivamente el nombre de pueblo y particularmente el de ciudadanos como participes de la autoridad soberana, y súbditos por estar sometidos a las leyes del Estado” (2015, *Ídem*).

De lo anterior se desprende una doble relación, dice el autor ginebrino, “una como miembro del poder soberano hacía con los particulares, y el otro como miembro del Estado hacía con el soberano (2015, *Ídem*). De esta manera se conforma un orden político de lo público, por unión de varios individuos que conforman el cuerpo político o Estado, o más precisamente ciudadanos en cuanto sometidos a un soberano.

Por lo tanto, se puede afirmar, desde la explicación que realiza Rousseau, se configura un orden distinto de la política. También se puede afirmar que este establece pautas para entender cómo la división de las esferas se estructura entre los particulares y el conjunto de individuos que forman el cuerpo político, es decir, la persona pública. Es en la modernidad, donde se configura las dimensiones respectivas, relaciones entre individuos o relaciones entre el conjunto de la asociación colectiva o del cuerpo político¹⁰².

La modernidad produjo una serie de divisiones fundamentales, acordes a la dinámica social de su tiempo, Es decir, el desarrollo a plenitud del sistema capitalista. En este sentido, la única manera de poder entender estas esferas es

¹⁰² “La noción de esfera pública y esfera privada también forma parte del vocabulario básico del mito político moderno. El conjunto de las relaciones en que pueden entrar las personas se diferencia como sigue: o bien se trata de relaciones que implican únicamente a los individuos que entran en ellas, y se tratará entonces de relaciones privadas, o más propiamente de relaciones de la esfera privada, o bien se trata de relaciones que implican al conjunto de la colectividad, y se tratará en este caso de las relaciones políticas o de la esferas pública” (Capella 1997, 110).

sometiéndolas al análisis del devenir histórico, pero además, es imposible comprenderlas de forma separada y aislada, sino a partir de una correlación e interdependencia que fue fluctuando por necesidades económicas. Bajo esta gran división se fue estructurando tanto el poder jurídico político, pero a su vez condicionado por el poder económico de la sociedad burguesa.

Estos procesos llevaron a cabo la configuración del poder político con base en el desarrollo de la figura del Estado, lo cual permitió generar ciertas características particulares. Es decir, para poder establecer una contraposición de lo público en el Estado y lo privado entre particulares, mercado o sociedad, fue necesario que dicha formación diera pauta a la constitución del Estado moderno.

El Estado moderno se caracteriza porque elimina todo obstáculo interno y concentra en sus manos el ejercicio del poder político¹⁰³. Schiera plantea que el Estado moderno tiene como cualidades fundamentales la centralización del poder en una instancia que abarca todas las relaciones políticas, ello, a partir de ejercer ese poder en un ámbito de territorialidad determinada.

Este, centraliza el ejercicio de la coacción, es su arma y su defensa fundamental, este proceso de centralización tiene que enfrentar cambios en el ordenamiento político, es decir, la centralización del poder recae en un poder soberano, el cual, hacia el exterior, cumple con la función de garantizar la seguridad de los súbditos, y al interior, se plantea un proceso de reunificación e integración del poder a partir de un aparato administrativo eficiente. Pero dicho ejercicio de poder se instaure a partir de la presencia del individuo, y ya no de capas o sectores que estratifican la comunidad (Schiera 1991, 624-626).

Dichas concepciones establecen los siguientes elementos: la centralización del poder político (el problema de la soberanía: control de recursos estratégicos,

¹⁰³ “El Estado se caracteriza por un proceso de centralización y concentración de poder en un determinado territorio. La concentración se refiere a la facultad de dictar leyes válidas en una comunidad determinada, el poder de usar la fuerza al interior de un territorio, así como la posibilidad de establecer impuestos. Mientras que la centralización, es el proceso de eliminación y desautorización de ordenamientos jurídicos inferiores (corporaciones o los denominados estamentos) por el cual se ejerce la soberanía”¹⁰³. (Bobbio 1989,160-161).

monopolio del uso de la violencia, el monopolio normativo), la aparición de una burocracia que le permita al Estado desarrollar sus funciones vitales, el desarrollo de una identidad en común y la aparición de ejércitos permanentes. Estos procesos que lo determinan, representan espacios de control sin precedentes¹⁰⁴. El poder político se apropia del “interés común” o “público”, retoma la defensa de lo público, es su espacio de actuación, y como nace impositivo, no permite competencia, es público y se transforma en secular¹⁰⁵.

La caracterización del Estado moderno permite visualizar cómo el poder político institucionalizado en el Estado se apropia de lo público por una condición natural de su esencia. Sus funciones permiten abarcar este ámbito porque necesariamente es su espacio de actuación. ¿De qué manera se instauro lo privado como contraposición de lo público? La configuración de lo público y lo privado se presentan cuando existe la posibilidad de confrontar el poder político y el poder de una nueva clase de la sociedad, es decir, la clase burguesa. Esta confrontación genera una nueva forma de relaciones que conlleva a establecer un orden en las relaciones político-jurídicas.

2.2.- Lo público y lo privado en el Estado y en el derecho en el modelo liberal¹⁰⁶

¹⁰⁴ Para Naef dicho proceso se presentó en el sentido del que poder estatal se enfrenta en contra de fuerzas supra e infra estatales, al exterior en contra la potencia de Roma como poder eclesiástico y el Imperio universal como poder político, y al interior centraliza y concentra lo fragmentado, elimina los estamentos y los cuerpos que obstaculizan su dominio en dicho territorio (2005, 4).

¹⁰⁵ Señala Antonella Atilli que la “consolidación del poder y su legitimación a través de instituciones públicas afirma a la larga el carácter predominantemente estructural-institucional del poder ligado a procesos de legalización o politización del derecho, y por ende de secularización” (2008, 145)

¹⁰⁶ Para Wallerstein el liberalismo “emergió como término y como realidad a principios del siglo XXI. En la fraseología de la época, los liberales eran el Partido del Movimiento y los conservadores el partido del orden. El término liberalismo ha sufrido el uso más variado que se puede concebir. Para algunos, hoy en día, especialmente en los Estados Unidos, liberal significa de izquierdista (o por lo menos un Demócrata del Nuevo Orden). En Gran Bretaña, el Partido Liberal clama para sí el lugar del centro entre los Conservadores y los Laboristas. En gran parte de la Europa continental, los partidos Liberales son aquellos económicamente conservadores pero no clericales. Para algunos, la esencia del liberalismo es la oposición a la participación estatal a la economía. Pero desde finales del siglo XIX, muchos liberales se han proclamado reformistas a favor de un estado asistencialista. Para otros, el liberalismo refleja una preocupación por las libertades individuales, y por lo tanto, una voluntad de limitar el poder estatal para constreñir dichos derechos. Se agrega a la confusión la emergencia a fines del siglo XX del término neoliberalismo, el cual tiende a significar una ideología conservadora que enfatiza la importancia de libre mercado. Como una de las tres ideologías referidas

El proceso de concreción para el modelo del Estado liberal se desarrolla aproximadamente entre los periodos de 1815 hasta 1875. La conformación de las ideas del liberalismo se presenta a través de las instituciones representativas del Estado, bajo la concepción de límites al poder y la división de poderes¹⁰⁷ (Wallerstein 2014, 48).

Con el liberalismo político lo conocido hasta entonces, como público estatal, se ve confrontado con lo privado. Surge una nueva clase social (clase burguesa) y dentro de esta, se configura el ámbito de los individuos con su autonomía de voluntad, y de la necesidad de sujetos abstractos que permitan el intercambio mercantil. Pero además, condiciona lo público estatal a un marco de limitaciones encaminadas a proteger y garantizar todo aquello que tiene que ver con las relaciones individuales; y es dentro de éstas mismas, que se encuentran las relaciones mercantiles sujetas al ámbito de la propiedad privada.

De esta manera, lo público estatal se encuentra sujeto a estas limitaciones, y se pueden presentar a través de tres aspectos centrales o núcleos que le dan su forma respectiva. A) En el ámbito de lo moral se presenta a un individuo que actúa bajo premisas de utilidad personal buscando maximizar su satisfacción personal. B) En lo económico, es dejar el libre intercambio de mercancías, sin barreras y sin límites de ningún tipo y, C) en el ámbito político, la ley adquiere una fuerza central encaminado a poner límites estatales, pero a su vez, estableciendo amplias libertades al individuo (Vallespín 1997, 53-80).

por el análisis del sistema mundo, el liberalismo se ubica primariamente en el centro, favoreciendo una continua (pero relativamente) lenta evolución del sistema social, la extensión de la educación como fundamento de la ciudadanía, la meritocracia y la prioridad al rol de los especialistas en la formación de políticas públicas” (Wallerstein 2005, 131-132).

¹⁰⁷ “Durante largo tiempo hubo mucho debate en torno a la distribución correcta de la toma de decisiones dentro del Estado: cuanto de ella debía concentrarse en el jefe de estado como soberano, cuanto debía compartirse con los cuerpos legislativos. No obstante, durante tres siglos el debate siguió dándose en torno a la distribución de poder entre ramas del gobierno. Es verdad que en 1776 la declaración de independencia de Estados Unidos se proclamó en nombre de “nosotros pueblo” pero no queda del todo claro (ni si quiera para los firmantes de esta declaración) hasta qué punto había que tomarse en serio la idea de soberanía popular y cuáles eran sus implicaciones” (Wallerstein 2014, 48)

En el modelo de lo liberal se configura una interrelación a partir de la contraposición de dos fuerzas centrales, el Estado desde el ámbito de lo público, pero además, el individuo que confronta al poder político estatal para insertarse dentro de este, modificando la dinámica de sus funciones, pero estableciendo a la vez límites que garanticen el desarrollo de los intereses de los particulares. En este sentido, la contradicción genera un nuevo orden con divisiones claras, pero a través de una unidad.

En el siguiente apartado se presenta el análisis del proceso de contraposición de lo público y lo privado, además, se desarrolla la forma en que se configura su interrelación.

2.2.1 Lo público y lo privado y su interrelación

Para establecer el significado y la determinación de lo público y lo privado es necesario que se configure la división de un universo en dos esferas, es decir, que estén incluidas, pero al mismo tiempo se excluyan a la vez. Esta división tiene que estar dentro de un universo que permita establecer un marco de actuación para los sujetos sometidos a ella, y que al mismo tiempo deriven de la división principal otras disciplinas secundarias¹⁰⁸ (Bobbio 1989, 12).

Mediante esta abstracción se comprende que la estructuración de las esferas como un universo puede presentarse sobre distintos contextos. No cabe duda que el universo dividido en estos espacios permitió dar forma a un nuevo tipo de relaciones. De esta forma, la dimensión de lo público y lo privado es el resultado histórico de los procesos de configuración de las relaciones capitalistas, y por consecuencia, dichos ámbitos a los que se refiere la contraposición no son

¹⁰⁸ "a) dividir un universo en dos esferas, conjuntamente exhaustivas, en el sentido de que todos los entes de ese universo quedan incluidos en ellas sin excluir a ninguno, y recíprocamente exclusivas, en el sentido de que un ente comprendido en la primera no puede ser al mismo tiempo comprendido en la segunda; b) establecer una división que al mismo tiempo es total, en cuanto todos los entes a los que actual o potencialmente se refiere la disciplina deben entrar en ella, y principal, en cuanto tiende hacer coincidir en ella otras dicotomías que se vuelven secundarias con respecto a ella" (Bobbio, Estado, gobierno y sociedad 1989, 12).

estáticos, sino todo lo contrario, adquieren su forma y su contenido al depender del funcionamiento de la sociedad que los utiliza¹⁰⁹.

Para dar una explicación completa de este proceso, en los siguientes párrafos se utiliza la explicación que da De Cabo de la Vega sobre el desarrollo de lo público y lo privado, presentado en su libro *Lo público como supuesto constitucional*. Para él, la aparición de la dimensión antes referida es producto de procesos históricos que se refieren a un conjunto de diversas realidades. El autor propone dos momentos que hicieron posible la interrelación de las dimensiones.

Un primer momento es aquél en el que se concentra lo político en el Estado mediante la separación propiedad-poder, “creando un sistema de relaciones al margen de la propiedad y del control directo sobre la explotación del territorio que realizaba la aristocracia terrateniente” (1997, 67). En un segundo momento, explica la influencia que tienen las revoluciones de la burguesía en el mundo del Estado, es decir, “es lo público de la sociedad: el interés público, las libertades públicas, la seguridad pública o la opinión pública” (1997, *Ídem*).

La aparición de la concentración del poder político en el Estado sólo se puede concebir mediante la posibilidad de un sistema interrelacionado de ambas dimensiones, a través de una estructura jurídica determinada en la que existe una complementación¹¹⁰ (1997, 68). A su vez, es esencial, la aportación del modelo político liberal, el cual reconfigura y delimita las funciones del poder estatal¹¹¹. El autor identifica la aparición de lo público con la configuración del Estado moderno¹¹²

¹⁰⁹ Como señala Antonio de Cabo: “todo lo anterior apunta a que no debe considerarse lo público y lo privado tanto como conceptos estables y claramente definidos, sino más bien como una relación histórica (dialéctica) entre dos polos- el de lo individual y lo general- que sólo puede especificarse para un periodo determinado. Siendo así las cosas no se trataría tanto de establecer la significación concreta de cada uno de ellos, como de observar los modos de articulación de lo público y lo privado en los que aquéllos adquieren su verdadero sentido” (1997, 15).

¹¹⁰ Así lo refiere el propio autor De Cabo de la Vega: “Cuando aquí se habla de aparición de lo público, a lo que se hace referencia es al establecimiento de un sistema integral de interrelación entre las esferas pública y privada que exige una determinada estructura jurídica de esta última como complemento necesario de la anterior” (1997, 68).

¹¹¹ “El liberalismo/capitalismo pone, por primera vez en relación directa un mercado de privados con unas determinadas funciones del Estado” (1997,68).

¹¹² Antonio de Cabo señala como elementos del Estado los siguientes: “1) el establecimiento de un sistema de representación ante el poder, 2) la actuación del Estado mediante un aparato especializado, 3) la generalización de la técnica tributaria como mecanismo simultáneo de dominación, y financiación del Estado, 4) la fijación de las formas de actuación estatal en normas

y el desarrollo de sus atributos. Es decir, el espacio público es representado por el Estado, junto con las características consustanciales a él.

En un segundo momento, que el autor denomina como “la separación Estado-sociedad”, aparece la separación público-privado mediante el desenvolvimiento del mercado y el establecimiento de las ideas del liberalismo político, que se estructuran fundamentalmente en torno al libre intercambio del mercado y la propiedad privada. Como consecuencia, lo que hace el liberalismo es establecer, a través del poder del Estado, los marcos de actuación para su desarrollo, es decir, sujetará todo el aparato estatal público para hacerlo depender del funcionamiento de las relaciones de propiedad privada (1997, 77)¹¹³.

Pero no sólo el desarrollo del liberalismo y la separación en dos esferas del Estado, público y privado, eran suficientes para que este sistema pudiera ejercer su funcionamiento, además, fue indispensable establecer esta relación de interdependencia contradictoria para formar la unidad respectiva de ambos espacios. Esta forma de relación fue llevada a cabo a partir del establecimiento de la certeza jurídica en las relaciones entre privados, la elaboración de un marco jurídico previsible, y en este sentido, un sistema normativo que genere una homologación de las relaciones entre los individuos, tarea que la ley como única fuente de vinculación, podría lograr mediante un marco jurídico desde el individuo, el mercado y la propiedad privada (1997,89).

En el ámbito de lo público se van a presentar dos articulaciones, las cuales son las encargadas de estructurar lo público estatal, bajo dos niveles respectivos: el político, representado por el Estado mediatizado a partir de la opinión pública y la representación política (1997, 88-109), y el jurídico, representado por medio de la Ley que en materia de derecho público se verá expresada mediante la Constitución

con vocación de permanencia: en derecho, 5) la reorganización del ejército y su pretensión de monopolio de la violencia, 6) la creación (con mayor o menor éxito) de un espíritu nacional, 7) la fijación de unos objetivos de política económica para el conjunto del Estado (1997, 76).

¹¹³ Antonio de Cabo señala: “al igual que es la propia naturaleza del sistema capitalista de producción e intercambio de mercancías la que precisa de una determinada construcción de lo público, la doctrina liberal hará depender la propia organización de lo público de la naturaleza de la propiedad” (1997, 77).

y por la limitación de la dimensión política, a través del derecho natural (1997, 109). Por lo tanto, mediante la inserción en el espacio público- estatal de elementos liberales se crea la contraposición del Estado y la sociedad, creando una interrelación de dependencia dentro de una totalidad. Es esta contraposición o contradicción de los elementos lo que hace funcionar al sistema (1997, 110)¹¹⁴.

2.2.2 El derecho en el modelo del Estado liberal¹¹⁵

Una vez que se ha narrado de qué forma se origina la contraposición de las dimensiones de lo público y lo privado es necesario ahondar en los elementos centrales de cada una de sus distinciones. En el liberalismo, el derecho es fundamental ya que limita la actuación del Estado a la ley. Desde la perspectiva jurídica esta elaboración conceptual es fundamental porque ahora el derecho pasa a un primer plano respecto a la relación estatal, y por consecuencia se estrecha la relación Estado y Derecho.

Por lo tanto, el Estado de derecho tiene sus notas características; imperio de la ley: ley como expresión de la voluntad, división de poderes, legalidad de la administración: actuación según la ley y suficiente control judicial, y por último, derechos y libertades fundamentales: garantía jurídico formal y efectiva realización material¹¹⁶ (Díaz 2010, 46)

¹¹⁴ “Si se han señalado como requisitos materiales de la aparición de una esfera pública (en sentido sistemático) la separación (cuando menos conceptual) entre propiedad privada y poder político y la configuración de un mercado de trabajadores libres que ofrecen su fuerza de trabajo a cambio de una remuneración, dentro de un marco jurídico que asegura la satisfacción e igualdad de las contraprestaciones regido por la libertad de contratación y en el marco institucional /ideológico de las grandes aportaciones liberales de la opinión pública, una determinada concepción de los derechos naturales y la democracia representativa” (De Cabo de la Vega 1997, 110).

¹¹⁵ “Por estado de derecho se entiende en general un Estado en el que los poderes públicos son regulados por normas generales (leyes fundamentales o constitucionales) y deben ser ejercidos en el ámbito de las leyes que los regulan, salvo el derecho del ciudadano de recurrir a un juez independiente para hacer reconocer y rechazar el abuso o exceso de poder” (Bobbio 1985, 18).

¹¹⁶ “Además, cuando se habla de estado de derecho en el ámbito de la doctrina liberal del Estado, es preciso agregar a la definición tradicional una determinación subsecuente: la constitucionalización de los derechos naturales, o sea, la transformación de estos derechos en derechos protegidos jurídicamente, es decir, en verdaderos y propios derechos positivos” (Bobbio, Liberalismo y democracia 1985, 19)

En la figura del *Rechtsstaat*, es decir, en el derecho administrativo alemán se señalan tres elementos fundamentales: primero, la ley creada mediante un poder legislativo que estuviera en una posición superior con relación a la administración pública, es decir, la supremacía de la ley sobre la administración (que se convierte en principio de legalidad); en un segundo término, la subordinación por parte de la administración a la ley con relación a los derechos del hombre y del ciudadano y sin que el poder administrativo pueda incidir sobre los mismos; en tercer lugar, la posibilidad de establecer jueces independientes en cuanto a la aplicación del derecho. Esto quiere decir, que en el Estado de derecho existe una plena protección de los derechos del hombre, o en mejores términos, de los individuos insertos en el Estado¹¹⁷ (Zagrebel'sky 1995, 23).

Por ende, los pilares que fundamentan el Estado de derecho son la creación de la ley por parte del parlamento a través de la voluntad general (imperio de la ley)¹¹⁸ así como, el estricto sometimiento a la ley por parte del Estado (principio de legalidad), el respeto a los derechos fundamentales y la separación de poderes. Todos estos elementos conforman el Estado de derecho. De igual forma, la configuración del Estado de derecho permite articular las esferas de lo público y lo privado en un sistema de interrelaciones que funciona como equilibrio entre la relación del Estado y la sociedad. En esta etapa histórica, la ley es un elemento

¹¹⁷ “En la clásica exposición del derecho administrativo de Otto Mayer, la idea de *Rechtsstaat*, en el sentido conforme al Estado liberal, se caracteriza por la concepción de la Ley como acto deliberado de un Parlamento representativo y se concreta en: a) la supremacía de la Ley sobre la Administración; b) la subordinación a la Ley, y solo a la ley, de los derechos de los ciudadanos, con exclusión, por tanto, de que poderes autónomos de la Administración puedan incidir sobre ellos; c) la presencia de jueces independientes con competencia surgidas entre los ciudadanos y entre éstos y la Administración del Estado. De este modo, el Estado de derecho asumía un significado que comprendía la representación electiva, los derechos de los ciudadanos y la separación de poderes; un significado particularmente orientado a la protección de los ciudadanos frente a la arbitrariedad de la Administración” (Zagrebel'sky 1995, 23).

¹¹⁸ Para Elías Díaz, el imperio de la ley, es decir, la ley que proviene de la voluntad general a través de un parlamento o si se desea llamar sistema de representación política, solo es posible, cuando esta deriva exclusivamente de la voluntad general, ello porque puede existir imperio de la ley pero emanada de un gobierno despótico, por tanto si no emana de la voluntad general no podrá ser considerado como un Estado de derecho. “Que no hay tal si la ley proviene de una voluntad individual absoluta y no de una asamblea de representación popular libremente elegida. Es decir, que no hay Estado de Derecho si la ley no es expresión de la voluntad general, o –admitámoslo- de lo que, en cada momento, más se acerca a la verdadera voluntad general” (Díaz 2010, 47).

fundamental para el modelo de interrelaciones entre las esferas de lo público y lo privado.

2.2.2.1 La ley y el principio de legalidad

2.2.2.1.1 Las características de la ley

Uno de los rasgos fundamentales es el principio de generalidad de la ley. Es importante señalarlo porque tiene un papel relevante para la integración de las esferas respectivas, ya que en el transcurso histórico el papel de la generalidad y abstracción de la ley parece que ha evolucionado en detrimento de estas características consustanciales. En este modelo liberal de derecho la generalidad de la ley se expresa como:

Aquella cualidad de la ley en virtud de la cual sus destinatarios están genéricamente determinados y a las conductas a las que se aplica, abstractamente consideradas. Contiene, pues, dos ingredientes: el de los sujetos a quienes va destinada (respecto de los cuales es preferible hablar de determinación genérica más que de indeterminación para evitar la posible asociación con imprecisión) y el de los supuestos de hecho o conductas que regula (De Cabo Martín 2000, 47).

A la vez, esta generalidad estableció la posibilidad de permanecer en el tiempo,¹¹⁹ es decir, otorgaba un marco de certeza jurídica en el actuar de la administración y la previsibilidad necesaria del derecho¹²⁰ (Zagrebelsky 1995, 29). Por medio de estos postulados es conveniente señalar dos aspectos que derivan de la discusión anterior. Y es sobre todo el establecimiento de las constituciones y las codificaciones que tienen un auge importante después de la revolución francesa.

¹¹⁹ “La generalidad es la esencia de la ley en el Estado de derecho. En efecto, el hecho de que la norma legislativa opere frente a todos los sujetos de derecho, sin distinción, esta necesariamente conectado con algunos postulados fundamentales del Estado de derecho, como la moderación del poder, la separación de poderes y la igualdad ante la ley...la generalidad de la ley era, en fin, garantía de la imparcialidad del Estado respecto a los componentes sociales, así como de su igualdad jurídica” (Zagrebelsky 1995, 29)

¹²⁰ “Vinculada a la generalidad estaba la abstracción de las leyes, que pueden definirse como generalidad en el tiempo y que consiste en prescripciones destinadas a valer indefinidamente y, por tanto, formulados mediante supuesto de hechos abstractos. La abstracción respondía a una exigencia de la sociedad liberal tan esencial como la generalidad, se trataba de garantizar la estabilidad del orden jurídico y, por consiguiente, la certeza y previsibilidad del derecho” (Zagrebelsky 1995, 29).

Igualmente, la ley con las repercusiones y características que de ella deriva, dio pauta para materializar en sus contenidos un instrumento constitucional, y por el otro, el de la codificación, que sirvió de singular manera para reproducir, en mayor medida, las relaciones del sistema capitalista, “en el derecho privado los códigos contribuyeron a fijar y garantizar a nivel interpersonal y concreto las relaciones capitalistas de explotación. En el derecho público las Constituciones contribuirán a fijar y a garantizar a nivel político el dominio del interés general de la clase dominante” (De Cabo Martín 1997, 175). En este sentido, la ley, la constitución y la codificación establecieron un orden al Estado liberal de derecho, un orden público de la sociedad capitalista, o en términos generales, un orden público de la esfera privada, (Capella 1997, 135)¹²¹ y al mismo tiempo, se produce una versión singular del interés general o interés público.

El orden público y su interés general se caracterizaron fundamentalmente por establecer principios de generalidad y de igualdad sobre sujetos abstractos, pero como resultado de la inversión que el liberalismo hace del orden público. El Estado ahora tendrá que responder a la lógica del individuo. Toma preponderancia el interés privado como orden público y su caracterización resulta, entonces, lo público como interés de la sociedad, sociedad que está representada en esta etapa por los ideales de los derechos naturales¹²² (Grimm 2006, 58).

¹²¹ “El derecho de la fase concurrencial del capitalismo entrega acabadamente a los sujetos de la esfera privada la capacidad de autorregular jurídicamente las relaciones que se entablan en ese ámbito particular. El estado liberal se dedica en esta fase a establecer el marco jurídico general de la esfera privada, sus condiciones jurídicas básicas. Este marco o condicionamiento general, de orden público de la esfera privada, trata de determinar con claridad las diferentes funciones económicas posibles de los bienes de una economía concurrencial, la garantía erga omnes de las titularidades patrimoniales y las bases generales de los actos susceptibles de determinar un cambio de titularidad”. (Capella, Fruta Prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado 1997, 135)

¹²² “Con todo, este último perdió su antigua plenitud de competencias ante la capacidad de autogobierno de la sociedad: puesto que el bien común ya no se consideraba como resultado de la acción estatal planificada sino una consecuencia sobrevenida del ejercicio de la libertad individual, perdió su papel de instancia central de control de todos los subsistemas sociales, los cuales se desvincularon e hicieron autónomos respecto de la política, que había de limitarse a proteger de toda perturbación los presupuestos del autogobierno, la libertad y la igualdad. Esto condujo a una inversión del principio de distribución vigente hasta entonces: el interés privado se puso por delante del público, la sociedad por delante del Estado. Éste era, por principio, limitado; aquella, por principio

Por lo tanto, en esta etapa resulta una transmutación del interés general determinada por los intereses de la sociedad o los particulares, “la existencia de una burguesía relativamente homogénea que dominaba los Parlamentos permitía llegar con cierta facilidad a confluencias que se expresaban como interés general, según la habitual transmutación ideológica burguesa del interés propio en general; y finalmente de la escasa intensidad de las relaciones Estado-sociedad” (De Cabo Martín 2000, 53).

La ley es la estructura que da sustento al modelo de Estado de derecho, en otros términos, es la ley (emanada necesariamente de un parlamento o congreso) y los derechos naturales, el instrumento regulador entre la sociedad y el Estado¹²³ (Grimm 2006, 60). La ley permite crear la articulación entre estado y sociedad, pero a su vez permite que el Estado sea regulado por ésta, generando por consecuencia mediación y unificación entre los intereses del poder del Estado y los de la sociedad¹²⁴ (De Cabo Martín 2000, 18).

De esta forma, la ley toma importancia central en la regulación de los poderes del Estado, además, en la vinculación de dos poderes reales y fácticos, el Estado y la sociedad. Por otra parte, permite establecer puntos de acuerdo en cuanto a los intereses provenientes del poder público, como aquellos derivados de los particulares y de la libertad de los mismos¹²⁵ (Zagrebelsky 1995, 28).

libre. El concepto de separación entre Estado y sociedad ha adquirido carta de naturaleza para caracterizar este modelo” (Grimm 2006, 56).

¹²³ “En particular, la limitación del Estado tuvo lugar mediante el establecimiento de barreras bajo la forma de derechos fundamentales y la mediación entre Estado y sociedad, a través del derecho organizativo bajo la forma de la división de poderes. Los derechos fundamentales limitaban el ámbito de la capacidad de regulación estatal, antiguamente concebida como plena, en el cuál lo determinante no era el interés público sino el privado. De este modo los derechos fundamentales señalaban la frontera entre el Estado y la Sociedad” (Grimm 2006, 60).

¹²⁴ “y cuando esto ocurre, cuando el Estado aparece política y jurídicamente asentado sobre nuevas bases, la centralidad de la ley aparece de nuevo tanto en la configuración como en la articulación de esos ámbitos (que es también la de Estado-sociedad) y por tanto cumpliendo, en la forma correspondiente, funciones de unificación” (De Cabo Martín, Sobre el concepto de ley 2000, 18).

¹²⁵ “la tarea típica de la ley consistía, por consiguiente, en disciplinar los puntos de colisión entre intereses públicos e intereses particulares mediante la valoración respectiva del poder público y de los derechos particulares, de la autoridad y de la libertad” (Zagrebelsky 1995, 28).

2.2.2.2.1.2 Principio de legalidad

Derivado del desarrollo de la ley, como elemento fundamental del Estado de derecho, se establece un principio que fue denominado “principio de legalidad”. Este, se puede definir en términos generales como: “exigencia de sometimiento de la administración a la ley” (Díaz 2010, 51)¹²⁶. Este principio, en un primer lugar, se puede considerar como la manera en que se regula el poder político estatal, y su significado primigenio es la primacía de la ley. Una segunda significación es la que lo establece como mecanismo de estructuración del ordenamiento jurídico, que regula las condiciones de producción normativa. Además, también puede considerarse como el principio protector del individuo. Y por último, aquella a la que se refiere en cuanto a la subordinación de los poderes públicos a leyes generales y abstractas (De Cabo Martín 2000, 60-62).

Cabe resaltar que la importancia de este principio es fundamental para el posterior funcionamiento del Estado, esto es así porque en los inicios de la construcción liberal, todo el marco de actuación estatal estará sometido a esta lógica jurídica, incluso, se puede afirmar que la base del derecho público gira sobre este principio. Este principio correría, entonces, bajo dos perspectivas fundamentales, una tratándose de la administración con relación a los ciudadanos o viceversa, y la otra, tratándose de los ciudadanos con relación a la administración.

En la perspectiva que se refiere a la relación de la administración con los ciudadanos se tienen dos interpretaciones. La primera se refiere a que solo la autoridad puede realizar sus actos siempre y cuando la ley lo establezca. El

¹²⁶ “en su significado más tradicional se entiende que el principio de legalidad significa la primacía de la ley...una segunda acepción considera que el principio de legalidad expresa la sumisión al modo establecido de producción jurídica, y por tanto, se entiende como mecanismo de seguridad, de garantía de funcionamiento ordenado del sistema de reproducción del derecho. La tercera se entiende el principio de legalidad como mecanismo garantista, que implica que para proteger al individuo el Derecho se configure y funcione conforme a un principio básico: la sumisión de los actos individuales a los generales, aunque aquéllos procedan de una autoridad superior. Y una cuarta en la doctrina más moderna se encuentra una concepción del principio de legalidad que en cierta manera es una síntesis de las anteriores, al considerarlo como la subordinación de todos los poderes públicos –legislativo, judicial y administrativo- a leyes generales y abstractas que disciplinan su forma de ejercicio y cuya observancia se halla sometida a control de legitimidad por jueces independientes (De Cabo Martín 2000, 60-62).

problema sería que si no existiese una facultad que derive de la norma, la administración tendría que esperar a que se estableciera en una ley aprobada por el congreso¹²⁷. En una segunda interpretación, se plantea que en el sentido que la ausencia de leyes permitía a la administración la posibilidad de actuar y buscar sus propios objetivos, ya que, solo la actuación autorizada por la ley era válida. (Zagrebel'sky 1995, 27) es decir, se dejaba un vacío para que el Estado pudiera actuar, y por lo tanto, no se podría exigir ninguna responsabilidad en marco de su actuación.

Ahora bien, en su segunda perspectiva, es decir, en la referente a la ciudadanía, con relación de la administración, la interpretación que se dio conlleva a establecer un principio fundamental en el Estado de derecho liberal que es el respeto a la libertad del individuo y su autonomía, aquí, la administración con relación a la ley y lo particulares tendría que ser respetada y no ejercida.

Aquí la ley no era una norma que debiera ser ejecutada, sino simplemente respetada como límite externo de la autonomía contractual, o como también se decía, del señorío de la voluntad individual. Era así diferente el sentido de la ley en cada caso: subordinación de la función administrativa, de cara a la protección del interés público preestablecido legislativamente; simple regulación limitación de la autonomía individual, en defensa del interés individual (Zagrebel'sky 1995, 28).

Estas dos posiciones constituyen un juego permanente en la vida actual y establecen el fundamento y la estructura del juego normativo moderno. Estas articulaciones representan el armazón de la dinámica jurídico política, en torno a las

¹²⁷ “La sumisión de la administración a la Ley se afirmaba con carácter general, pero eran varias las formulaciones de esta sumisión y de significado no coincidente. No era lo mismo decir que la Administración debía estar sujeta y, por tanto, predeterminada por la ley o, simplemente, delimitada por ella. En el primer caso prevalente en el monismo parlamentario francés donde sólo la asamblea representaba originariamente a la Nación y todos los demás órganos eran simples autoridades derivadas, la ausencia de leyes – leyes atribuyesen potestades a la Administración- comportaba, significaba para ésta la imposibilidad de actuar; en el segundo, extendido en Alemania, y en las constituciones dualistas de la Restauración, la ausencia de leyes – leyes que delimitasen las potestades de la Administración – comportaba, en línea de principio, la posibilidad de perseguir libremente sus propios fines. que delimitasen las potestades de la Administración –comportaba, en línea de principio, la posibilidad de perseguir libremente sus propios fines” (Zagrebel'sky 1995, 27).

sociedades capitalistas modernas. Y como armazón, también, refleja la interrelación de las esferas.

2.2.2.2.- Los derechos del hombre y los ciudadanos

Los derechos del hombre y el ciudadano están claramente expresados en la Declaración que resultaría del movimiento revolucionario francés. Basta con leer su articulado y se entiende de qué forma esta estructuración penetró en las estructuras del poder político. La importancia radica en invertir el poder político a un poder de la sociedad en base al individuo racional con derechos innatos a él. Es decir, lo que se crea es la expresión del derecho natural racionalista¹²⁸. Lo que importa, es como el orden público-privado es creado en relación directamente con los derechos del hombre, los cuales son la libertad, la igualdad, la propiedad y la resistencia del hombre¹²⁹.

Se puede afirmar entonces, que la declaración tiene dos elementos centrales: la primacía del individuo y la sociedad con todos los derechos inherentes a él sobre el Estado, y los límites al Estado impuestos por la ley¹³⁰ (expresada en la voluntad general del pueblo como soberano) con relación al individuo pero también a la propia administración por medio de la división de poderes.

¹²⁸ El derecho natural es una concepción que abarca desde los inicios de los griegos hasta nuestros días. Basa su concepción primordialmente en torno a que el ser humano por el simple hecho de serlo contiene en su esencia derechos consustanciales a él, independientemente de los derechos que surgen de las convenciones humanas. “Desde tiempos muy antiguos, filósofos y pensadores políticos han sustentado la creencia de que tiene que haber un Derecho basado en lo más íntimo de la naturaleza del hombre como ser individual o colectivo. Han estado convencidos de que existía un derecho natural permanente y enteramente válido, y que era independiente de la legislación, la convención o cualquier otro expediente imaginado por el hombre” (Bodenheimer 1994, 129). En cuanto al derecho naturalista racional se apoya en la base del individuo como ser racional y “pone de relieve su universalismo jurídico-moral, es la teoría del derecho natural e ideal-, que Kant elabora bajo una noción de ley cuyo fin es coordinar las libertades individuales: tal teoría, como se ve, presenta dos elementos- la visión del derecho como ley, idealmente reflejo de la voluntad racional, y la preeminencia de la libertad o capacidad de acción individual como derecho básico para cuya garantía la ley es instrumento” (Ruíz Miguel 2002, 41).

¹²⁹ Tomado del artículo 2 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.

¹³⁰ Artículo 5º.- La ley no puede prohibir más que las acciones dañosas para la sociedad, todo lo que no es prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ésta no ordena.

Sobre esta declaración es importante señalar cómo la interrelación de las esferas crea un sentido de lo público y lo privado primario, que será utilizado en los Estados liberales, pero a su vez transmutado bajo diversas concepciones en distintas etapas y momentos históricos. Es decir, surge una concepción de lo público, limitado internamente, pero ampliado en beneficio de la sociedad y planteado como un interés general, así tiene que ser instaurada en beneficio de todos y no para la utilidad particular de los funcionarios¹³¹. Por otra parte, se ve reflejado en ella la protección plena a la propiedad privada considerada como sagrada, el Estado entonces tiene que ser garante y fiel protector de esta¹³² y el orden público como protector de los individuos en sociedad. Mientras el interés general funge como el beneficio de los individuos en sociedad.

2.3.- Lo público y lo privado en el Estado y el derecho en el modelo social de derecho

El desarrollo del Estado social abarca tres etapas fundamentales: la primera a finales del siglo XIX, hasta la primera Guerra Mundial; la segunda, hasta la segunda Guerra Mundial, y la tercera, a finales de los años setenta (Sotelo 2010, 160). Se usa la denominación de Estado social y no de bienestar o providencia ya que el origen de la diferenciación entre los términos social o de bienestar tiene que ver con la primigenia configuración del primero sobre el segundo, es decir, el de bienestar se desarrolla con posterioridad al Estado social¹³³ (Sotelo 2010, 231). Pese a estas diferencias, el Estado social es genérico en comparación del Estado de bienestar, que el primero surge en la primera mitad del siglo XIX y el segundo se desarrolla con la denominada República de Weimar, y terminó siendo usado por la derecha

¹³¹ Artículo 12º.- La garantía de los derechos del hombre y del ciudadano necesita una fuerza pública. Esta fuerza pública se instituye, por tanto, para beneficio de todos y no para la utilidad particular de aquellos que la tienen a su cargo.

¹³² Artículo 16º.- Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella sino cuando la necesidad pública, legalmente constatada, lo exige claramente y con la condición de una indemnización justa y previa.

¹³³ "A menudo sobre todo en España, Estado social y Estado de Bienestar se emplean como términos sinónimos. En Francia, sin diferenciarlos, se habla del Estado Providencia. Aunque el Estado de Bienestar se distinga por rasgos propios, lo cierto es que en el fondo es tan solo un desarrollo ulterior del Estado social que bien puede subsumirse en un sentido lato del concepto" (Sotelo 2010, 231).

para descalificar las obligaciones sociales estatales establecidas por la Constitución de Weimar en 1919¹³⁴ (Sotelo 2010, 231).

Independientemente de los conceptos usados, el Estado social adquiere características tendientes a la protección del trabajador, y en mayor o menor medida hacia la realización de actividades asistenciales. En este periodo se desarrolló la educación pública, la asistencia médica, sistema de pensiones y jubilaciones, además, el seguro de invalidez para los trabajadores¹³⁵.

El primer antecedente sobre dicha concepción tiene que ver con el Estado social de Bismarck, que fue desarrollado bajo una política corporativa y autoritaria que sirvió para neutralizar el crecimiento del sector obrero (Pisarello 2003, 25). Sin embargo, esta concepción de Estado toma preponderancia a partir de las posturas que inicialmente desarrolla el sociólogo T.H. Marshall¹³⁶, el cual establece la necesidad de plantear un cambio respecto al estatus de ciudadanía, que había otorgado derechos civiles y políticos en los Estados Unidos de América, y con base a este estatus, ampliar la base de los derechos ya otorgados a partir de los derechos

¹³⁴“El estado de bienestar es una invención socialdemócrata que la Constitución de Weimar describe en sus rasgos fundamentales. La confusión radica en que no solo no lo llamó así, si no que, y esto pesa mucho más, la primera república alemana no tuvo la menor posibilidad de edificarlo. La nueva concepción de un Estado social, con los caracteres de lo que luego sería el Estado de Bienestar, no pasó de ser una mera exigencia constitucional no cumplida, como también lo fue el tan ensalzado derecho al trabajo que recogió por primera vez la Constitución de Weimar. El término de Estado de bienestar lo empieza a emplear la derecha en la República de Weimar para desacreditar una Constitución que consideraba que habría cargado sobre el Estado un exceso de responsabilidades sociales, con lo que lo hacía inviable” (Sotelo 2010, 231).

¹³⁵ Las características que se desarrollaron a grandes rasgos son las siguientes: “expansión progresiva de los servicios públicos como la escuela, la casa, la asistencia médica; un sistema fiscal basado en el principio de tasación progresiva; la tutela de los derechos de los trabajadores y mitigar su condición de inferioridad frente a los empleadores; redistribución de la riqueza para garantizar a todos los ciudadanos un rédito mínimo; erogación de todos los trabajadores ancianos de una pensión para asegurar un rédito de seguridad aún después de la cesación de trabajo y la búsqueda de garantizar a todos los ciudadanos un trabajo y una fuente de ganancia” (Pellicani 1991, 613).

¹³⁶ “Yo preguntaré si parece haber límites que el avance moderno de la igualdad social no puede traspasar, o es poco probable que traspase, y pensaré no en los costes económicos (cuestión vital ésta que dejo a los economistas), sino en los límites inherentes a los principios que inspiran esta tendencia. Pero la tendencia moderna hacia la igualdad social es, creo, la última fase de una evolución de la ciudadanía que ha estado en marcha continuamente desde hace doscientos cincuenta años” (Marshall 1997, 302).

sociales con el objetivo de contribuir a generar un equilibrio social que combatiera la desigualdad (Paramio 2009).

Bajo este contexto, el economista John Maynard Keynes planteó la necesidad de la intervención del Estado, con el objetivo de recuperar la economía de los Estados Unidos de América después de la crisis de 1929. Esta política concibe al Estado como un estabilizador interno de la economía y de la política, regeneradora del crecimiento económico (Offe 1990, 136). La implementación de esta concepción de Estado fue realizada y llevada a varios Estados europeos al concluir la Segunda Guerra Mundial, con la mira específica de reconstruir lo que la guerra había provocado. “De esta manera, el periodo de la nacionalización de la industria crea empresas públicas consideradas una forma legítima de proceder para los gobiernos que afrontaban la reconstrucción” (Paramio 2009, 37).

Al mismo tiempo de esta reconstrucción Estatal y de la universalización de derechos sociales se desarrollan nuevas formas de organización del trabajo, dentro de la industria, como el modelo de organización de la producción fordista, el cual trajo como consecuencia directa el aumento masivo de productos. Este modelo de organización de la industria tiene como característica central la producción en serie a partir de una línea en cadena o línea de montaje, el cuál desencadenaría la posibilidad de obtener productos a precios bajos, y al mismo tiempo con el crecimiento de derechos sociales amparados por el Estado conllevaría a que los trabajadores mantuvieran un consumo constante y en masa, pero inhibiendo la posibilidad de ahorro (Paramio 2009, 39-49).

El establecimiento de la cadena de montaje, que por un lado, permitió aumentar la productividad, por el otro, modificó de gran forma las relaciones de trabajo dentro de las empresas, tanto así que lo que hizo fue “fijar al trabajador a su puesto de trabajo, provocando reducir la porosidad y el tiempo muerto, simplificar el trabajo haciéndolo repetitivo y monótono, y a su vez establecer la velocidad y las cadencias de producción de una manera independiente al trabajador que la lleva acabo, disciplinando su acción” (Neffa 1990, 334).

La cadena de montaje permitió producir en masa, pero además, reducir el tiempo de la misma producción, esto ocasionó llevar los productos a mayor cantidad de personas y abaratar los costos de la producción. Aunado a lo anterior, adquiere otra característica vital, el aumento del salario. Dicho aumento de salario creó condiciones para que los trabajadores adquirieran disciplina para la producción y un estímulo individual, lo que disminuiría las incidencias en la empresa y con los sindicatos (Neffa 1990, 336). A su vez, la cadena de montaje conjuntamente con una política de altos salarios, ocasionó que los trabajadores pudieran consumir lo que aumentó la demanda de productos, esto es “producción de masa con altos salarios, bajos precios y elevada demanda, son condiciones reunidas por primera vez gracias al proceso de trabajo” (Neffa 1990, *ídem*).

De esta manera, con el desarrollo del modelo de organización fordista existe un cambio en la forma de producción, este cambio se caracteriza por la producción en masa o en serie,¹³⁷ modifica al mismo tiempo las relaciones sociales, y en consecuencia, la relación jurídica política. El resultado, es que existe una nueva forma de producción capitalista la cual genera una acumulación de capital de gran alcance, mediante la necesaria reformulación de la división del trabajo, a partir de influir directamente en toda la sociedad. Surge una nueva forma de formación histórica capitalista (Hirsch 1996, 22).

¿Cuál fue el efecto de la transformación de este modelo de producción en relación con la sociedad? Hubo un cambio inmediato en la forma de vida de los trabajadores, a nivel doméstico y de las relaciones tradicionales de vida en comunidad. Genera un individuo fragmentado donde las relaciones sociales se vuelven cada vez más difíciles. Es decir, ante la falta de posibilidad del que trabajador hacinado en las fábricas pudiera atender problemas de la vida cotidiana, hubo que reorganizar estas problemáticas a través del Estado. Por lo que fue necesario crear instituciones que sustituyeran formas tradicionales de convivencia, como lo es la creación de

escuelas y hospitales, acrecentando a su vez una burocracia estatal que cumpliera con este cometido (Hirsch 1996, 25)¹³⁸.

Por lo tanto, la intervención del Estado fue necesaria para el desarrollo y cumplimiento de la nueva producción, ocasionó un desajuste en las tradicionales formas de producción y de consumo. El Estado se convirtió necesariamente en el regulador de las relaciones sociales, con el objetivo singular, de reproducir las relaciones capitalistas de forma más extensiva. La producción en masa, no solo ocasionó un cambio radical en la estructuras de las relaciones sociales y del Estado, ocasionó a su vez, la necesidad de mayor cantidad de trabajadores. Por ello la migración y el colonialismo en esta etapa resultan indispensables para el crecimiento del capitalismo¹³⁹.

Esta etapa trajo como consecuencias nuevas formas de acumulación, y a su vez, la reorganización de las relaciones de producción, situación que produjo el surgimiento de nuevas fuerzas distintas a las estatales, y que crecerían al margen de las tradicionales como lo es el Estado, tal es el caso de las empresas y organismos denominados como, transnacionales (Capella 1997, 171).

¹³⁸ Como lo señala textualmente el autor al hacerse referencia al problema antes mencionado: "Por tanto, el Estado de bienestar no es sólo resultado de la lucha de clases, sino también es constituyente estructural de la forma fordista de socialización. De modo similar, esto también es cierto para el ajuste social de los individuos y su condicionante social así como la previsión de "desvíos" con la ayuda de un complejo aparato de medios burocráticos. La génesis del sistema de educación moderno, bajo un fuerte control político, puede ser tomado como ejemplo para demostrar esta relación: la desintegración social y el establecimiento del trabajo asalariado requieren una agencia de control especial que no sólo enseñe ciertas calificaciones sino también controle el acondicionamiento social de los jóvenes. En tanto la familia, la comunidad y el vecindario pierden su influencia, éstos son reemplazados por instituciones como la policía, la escuela y el trabajo social" (Hirsch 1996, 25).

¹³⁹ "El capital monopolista tuvo inicialmente como requisito la explotación colonial. Las colonias económicas fueron la presa en disputa en las grandes guerras (durante la primera los colonizadores aprendieron a diferenciar el colonialismo político del directamente económico, o sea, a mantener lo segundo si había que ceder en lo primero. El fordismo, con sus polos de industrialización, impuso también grandes desplazamientos de población, y con ellos proceso de aculturación profunda en grandes masas de personas, los trabajadores desplazados y sus familias. Estos cambios afectaron a los mecanismos de legitimación política: se reflejaron en una transformación de los antiguos estados policía, que hubieron de sumir nuevas funciones, y también en cambios de la mediación jurídica" (Capella 1997, 169).

El crecimiento de este nuevo modelo tuvo un fuerte impacto en las relaciones sociales, sin embargo, estos beneficios fueron mantenidos hasta que las primeras crisis, a partir de los años sesentas y setentas, comenzaron hacerse presentes dando un giro a las políticas intervencionistas del Estado. Uno de los momentos clave fue el hecho del aumento del precio al petróleo por los países árabes en el año de 1966, debido al conflicto árabe-israelí, que generó “la estanflación, en el que la razón del estancamiento no era ya la baja demanda, sino la caída de los beneficios al verse atrapadas las empresas entre la inflación de costes (energéticos) y la presión al alza de los salarios, sin que estos logran mantener su poder adquisitivo” (Paramio 2009, 51).

Esta crisis llevó a los gobiernos a buscar alternativas, y por consecuencia, a realizar varias críticas al modelo económico, considerando a éste como una enfermedad y no una solución, ya que una vez que se han armonizado los conflictos mercantiles, la exacerbada injerencia estatal en la economía, impide que las fuerzas del mercado funcionen de modo apropiado. Es decir, dicho desequilibrio de las fuerzas del mercado son producto de la fuerte carga fiscal impuesta sobre el capital, y genera posiciones de poder colectivo a trabajadores y sindicatos, lo que ocasiona una sobrecarga económica, inflación, y una política de ingobernabilidad (Offe 1990, 138).

En este sentido se puede afirmar que esta forma de capitalismo ayudó a resolver ciertos conflictos sociales, pero no los eliminó, lo que provocó que el Estado y el derecho adquirieran un matiz regulador y de equilibrio social, producto de las desigualdades sistémicas y contrarias a la visión liberal formal de igualdad entre las partes. Esta situación llevó a desarrollar contenidos de protección con relación a los siguientes elementos: “a) la conformación y crecimiento del derecho laboral y la seguridad social, criterios objetivos de responsabilidad civil, el derecho de daños y difusión de constituciones sociales, b) un movimiento que compensa a los colectivos vulnerables pero a su vez es conveniente para la reproducción de la lógica mercantilista, es decir, por un lado garantiza la reproducción de los intereses

económicos privados, y por el otro saca del mercado ciertos bienes y servicios” (Pisarello 2003, 27-28).

El Estado social se caracterizó por desempeñar un papel garante de la acumulación capitalista, mediando entre capital y el trabajo. Cumplió un papel legitimador en el sentido que pudo resolver los conflictos suscitados por el propio desarrollo del sistema y sus contradicciones (crisis y desempleo). En la dimensión de jurídica creó derechos para los trabajadores, regularizando las relaciones de trabajo. A nivel político, pudo regularizar los conflictos suscitados entre la clase trabajadora y el funcionamiento del capitalismo, a través de la implementación de medidas educativas, de salud, de vivienda, de seguridad, con lo cual llevó a que los empresarios pudieran desarrollar la productividad. Y a nivel institucional, produjo intervención discrecional del poder ejecutivo, desequilibrando la división de poderes del modelo liberal, que llevó a un mayor grado la instrumentalización del derecho positivo en las relaciones estatales¹⁴⁰ (Faria 2001, 98-99).

2.3.1-. El derecho en el modelo de Estado social

Como ya se analizó en el apartado anterior, el Estado social fue producto de la lucha de los trabajadores en torno a la mejora de las condiciones laborales, no obstante, ese rasgo distintivo adquiere un segundo sentido, cuando al mismo tiempo

¹⁴⁰ “El Estado Keynesiano no se limitó a restablecer el equilibrio en las transferencias bilaterales de recursos, para poner fin a los factores que- por medio de transferencias unilaterales- venían sometiendo al capitalismo a crisis cíclicas. Por el contrario, también desempeñó un papel de garante de la acumulación privada, sustentando inversiones productivas que redujesen drásticamente los niveles de desempleo, conjugando aumento real de salarios con el de rentas y beneficios, asegurando acuerdos para la elevación de la productividad y convirtiendo las políticas sociales redistributivas en factor de expansión del mercado y de la administración de la demanda agregada. Además, cumplió la función legitimadora de asegurar la identidad normativamente establecida de la sociedad industrial. A nivel jurídico esa función llevó, por ejemplo a la regulación y homogeneización de las relaciones de trabajo. A nivel político se manifestó en la orientación de la acción gubernamental en el sentido de identificar y neutralizar los focos de tensión: con respecto a los asalariados, mediante programas de educación básica, salud, vivienda social, seguridad social, capacitación profesional, y seguro de desempleo; con respecto a los empresarios, asegurándoles, de esa manera, las condiciones necesarias para la ampliación de su productividad y el aumento de su competitividad. A nivel institucional, finalmente, propició una intervención continua y creciente en las relaciones sociales, lo que por un lado se tradujo en el aumento de la discrecionalidad del Ejecutivo, (situado en el vértice de las funciones de gobierno en detrimento del control recíproco de los poderes prevaletentes en la época del Estado liberal y por otro lado reveló la naturaleza incremental o promocional del derecho positivo que tenía a su disposición” (Faria 2001, 98-99).

se desarrollan nuevas formas de organización del trabajo en la industria, las cuales repercuten directamente en las relaciones sociales de los individuos, estas modificaciones permiten generar nuevas formas de acumulación del capital.

Es decir, el beneficio de los trabajadores de las nuevas relaciones capitalistas fue proporcional al incremento del desarrollo del capitalismo. Esto trajo como consecuencia que se generaran nuevos y mayores espacios para reproducir el sistema capitalista. A su vez se desarrollaron nuevas formas de relaciones jurídico-políticas, dándole al Estado un papel fundamental y de una proporción mayor. Éste adquiere una forma en la que plantea que “lo que se propugna en el Estado social de derecho es un Estado decididamente intervencionista, un Estado activo, un Estado dotado, se reitera, de un ejecutivo fuerte” (Díaz 2010, 113).

De tal manera, el Estado social de derecho se apoya en el fortalecimiento del poder Ejecutivo y en la administración para lograr su cometido. Al mismo tiempo existe una fuerte correlación directa en el desarrollo del mercado, es decir, hay una postura en la que el bienestar se encuentra vinculado con el consumo, y por consecuencia, con el aumento de la producción capitalista¹⁴¹ (Díaz 2010, 113).

El desarrollo del modelo de Estado social generó que se ampliara la protección de derechos en el ámbito del trabajo y la salud, la vivienda y la educación. También, la intervención estatal permitió generar una Administración que abarcó el crecimiento exponencial de la misma. Mientras en la dimensión jurídica se crearon nuevas regulaciones, primordialmente sobre las relaciones laborales y otros sectores asistencialistas. Esta nueva aparición de regulación social modifica la estructura clásica del modelo liberal, pero no para erradicarla plenamente, sino, para incorporar en el Estado estas demandas sociales.

¹⁴¹“El estado social de Derecho, se caracteriza por ser un Estado administrador (prevalencia en él del poder ejecutivo y administrativo que, de hecho, llega incluso a legislar) y, a la vez y desde otra perspectiva, un Welfare State, un Estado del bienestar, en cuanto que éste constituye el objetivo fundamental de aquél. El objetivo de bienestar conexionado al objetivo de desarrollo económico aparecen así como resortes que movilizan la acción de la técnica y de la burocracia en el marco de las modernas sociedades industriales” (Díaz 2010, 113).

La magnitud de la injerencia del Estado logra un alto alcance, lo cual provoca que la tradicional separación de lo público y lo privado fuera discutida en términos de la aparición de un nuevo espacio de relación jurídica. En relación a esto Radbruch señala que:

mantiene en pie, ciertamente, la tradicional distinción, entre Derecho Privado y Derecho Público, pero en vez de la nítida separación de antes surgen ahora nuevas zonas jurídicas, como el Derecho del trabajo y el Derecho económico, que no pueden ser enclavadas, en conjunto, en ninguno de aquellos dos campos sino que forman más bien una mezcla o combinación de normas de Derecho privado y Derecho público (2005, 93).

La intervención del Estado en la regulación económica y en ámbitos sociales, generó modificaciones a la configuración del Estado de derecho, generado bajo la concepción del liberalismo político y económico. La intervención estatal ha establecido diferentes dinámicas, creadas en un inicio entre el Estado y la sociedad burguesa. Esta relación lineal planteaba la separación clásica, que en esta etapa se ve distorsionada. Aunque se conserva en el modelo normativo, la tradicional separación y la clásica estructura, la intervención estatal abrió nuevos campos y nuevas formas de relaciones jurídicas que desvirtúan el funcionamiento sistémico generado en anteriores etapas.

Existe un claro desplazamiento de la línea divisoria, producto de la intervención de nuevos actores a los que en un inicio fundamentaron la división clásica. Este desplazamiento por parte del poder estatal, en la regulación de sectores específicos, parece en la forma, borrar el ámbito de lo privado, como consecuencia de lo anterior se ha llegado a considerar esta etapa “la primacía de lo público sobre lo privado” (Bobbio 1989).

En la primera etapa de construcción del Estado social las relaciones entre el Estado y sociedad coincidían necesariamente sobre la base de construcción liberal y de un capitalismo concurrencial¹⁴². Es decir, el Estado actuó bajo características

¹⁴² “El estado característicamente moderno, correspondiente a la fase concurrencial del capitalismo, adopta como normal alguna de las formas políticas correspondientes al sistema representativo. Crea además grandes cuerpos burocráticos o administrativos adecuados a las funciones que ha desempeñar. Asume tareas más complejas que las de la fase anterior. Origina cuerpos jurídicos

delimitadas, en cuanto a sus funciones políticas y jurídicas. De esta forma, el proceso de transformación que sufrió la producción capitalista, bajo la configuración de formas de organización del trabajo, generó, al mismo tiempo, transformaciones en las relaciones políticas y jurídicas.

De esta manera, si bien es cierto que hubo un cambio en torno a la protección del trabajador y en la ampliación de medidas asistenciales, también hubo un cambio en la dinámica de producción capitalista, lo que generó que las instituciones estatales se acrecentaran (con más intensidad el poder Ejecutivo). La modificación de las funciones primigenias en el Estado liberal generó un cambio en las funciones del aparato estatal y de la estructura jurídica en el Estado social, lo que hicieron en sí estos cambios, fue llevar a una crisis el modelo de Estado y derecho liberal burgués, y por consecuencia el orden tradicional de la sistematización de la separación público y privado. ¿Cómo se puede explicar estas modificaciones en la función jurídica política?

2.3.1.1.- Crisis del Estado liberal de derecho

En el Estado social se produjo una crisis de los postulados del Estado liberal de derecho, porque este representó al capitalismo en su fase clásica, en la cual había una relación directa entre la actuación política del Estado (regular el orden público) y la no intervención en el mercado, cumpliendo con los principios del imperio de la ley y legalidad. Pese a lo anterior, comienza haber una crisis del antiguo modelo debido a las funciones que adquiere en el Estado social, (Ferrajoli 2006, 12) es decir, en este momento el modelo de separación de las esferas, reproducía los mecanismos económicos y políticos sin contradicción alguna. Cada una de las partes involucradas en este proceso le correspondía un funcionamiento acorde a los principios liberales¹⁴³. No obstante a ello, debido al desarrollo del capitalismo y

modernos, es decir, derecho en el sentido actual de la palabra. Por último, a propósito de este mismo estado se da una lucha contra las inmunidades del poder: se intenta llevar los ideales rousseauianos hasta sus últimas consecuencias con el concepto de estado de derecho” (Capella 1997, 123).

¹⁴³ Como lo refiere Santos: “esta intervención del Estado liberal, aparentemente excepcional y discreta, llevaba consigo el potencial del absolutismo jurídico; potencial que al manifestarse, sin embargo, de un modo muy incompleto, desembocaba en un desarrollo desigual de campo jurídico.

la necesidad por parte del estado de intervenir en áreas sociales, se generó un desequilibrio en las relaciones clásicas del modelo liberal de derecho.

De esta manera, en esta etapa, se estableció una relación de convivencia entre el modelo liberal de derecho y el modelo social que estableció modificaciones sustanciales o divergencias entre el modelo jurídico liberal y la estructura fáctica estatal. Estas divergencias se establecen en la actuación discrecional administrativa, el desplazamiento del poder estatal hacia espacios no visibles o poco transparentes del aparato burocrático, y no regulados por los controles parlamentarios, en otros términos, las funciones del Estado social tienden a realizarse fuera de los espacios legales. Además, se genera una crisis de legitimidad legal en el sistema político debido a que materialmente se apoya sobre las demandas sociales, mientras que en esta etapa, la legitimidad se busca en la democracia procedimental (Ferrajoli 2006, 13).

El derecho deja de ser la condición de legitimación política principal, incluso, el Estado comienza a actuar de forma paralela al derecho o afuera de este, sobre marcos no establecidos y discrecionales. A su vez, en el modelo de estado liberal la legitimación se presenta bajo el establecimiento de la legalidad formal, en el Estado social, la legitimación es producto de la intervención económica estatal y los beneficios que ello generaba, y “el derecho fue desplazado de la categoría de principio de legitimador del Estado para la de instrumento de legitimación del

Se consideraba que el derecho privado, el foco privilegiado del cientifismo y del positivismo jurídico, estaba desvinculado de cualquier contenido político o social y era capaz de liberar las relaciones sociales de los vínculos y jerarquías del antiguo régimen. Tenía como objetivo asegurar las reproducción de un mercado competitivo capaz de auto-equilibrarse, a través de libertades negativas, marcos jurídicos apropiados, aunque supletorios, y mecanismos que garantizaran el cumplimiento de los contratos. El derecho administrativo organizaba el distanciamiento cotidiano de los aparatos del Estado en relación a los ciudadanos y se concentraba en los mecanismos que reproducían este distanciamiento, sobre todo a través de una nítida demarcación de los límites de intervención del Estado. Por último, el derecho constitucional se basaba en el presupuesto de que las libertades individuales tenían un origen pre jurídico y de que el Estado apenas podía garantizarlas por medios políticos y administrativos, rigurosamente definidos, seguros y previsibles, que competía al derecho constitucional establecer” (2003, 165).

Estado. Así se planteaba las simientes de la banalización del derecho” (Santos 2003, 171).

De Cabo Martín (1997) señala que en el Estado social se genera una quiebra del principio de legalidad por causa de las transformaciones que ha sufrido el Estado y como consecuencia de las propias contradicciones de dichas transformaciones. Con relación al primer aspecto, establece dos causas concretas de modificación, la primera, derivada de la naturaleza de la ley, y la segunda, derivada de la naturaleza de la institución parlamentaria.

En la primera de ellas, señala que en el Estado de derecho, la ley reflejaba la universalidad, generalidad y abstracción. En el Estado social no es posible encontrar estas características debido a la nueva dinámica generada por funcionamiento del sistema capitalista, es decir, para mantener en funcionamiento este sistema se exigía por parte del Estado la intervención en regulaciones especiales con aspectos particulares (1997, 208). Esta nueva realidad obligaba a establecer pautas en la que el Estado actuara de manera flexible atendiendo a la rapidez de las modificaciones económicas y adquiriendo cualidades peculiares de las empresas.

A su vez, debido a la inestabilidad económica que ocasionó la crisis al modelo de Estado social y al bloque en el poder, no fue posible establecer condiciones en donde la Ley pudiera reflejar cualidades de generalidad. Bajo estas circunstancias era conveniente ejercer decisiones que el parlamento, en su función anterior, no podía atender de forma inmediata, por consecuencia, la administración representada por el poder ejecutivo fue el aparato que adquirió el control para ejercer dichas funciones (1997, 209).

El segundo aspecto, el derivado de la naturaleza de la institución parlamentaria, señala que el funcionamiento parlamentario tomó dos principales semblantes, el primero es que producto de las funciones propias de dicho organismo dificultaba el ejercicio de poder hegemónico de la fracción monopolista, y el segundo, trajo como consecuencia que la toma de decisiones se desplazara hacia el poder Ejecutivo.

De la situación antes referida se extraen dos aspectos, el primero es que debido a la contradicción en la relación parlamento-facción monopolística no es posible llegar a acuerdos concretos, lo que con lleva a un desplazamiento de la función primordial parlamentaria en el estado liberal, que es la concertación de los intereses de las distintas facciones sociales hacia la falta de representación y la toma de decisiones sin filtros de discusión (1997, 209).

En segundo lugar, la dinámica capitalista monopolista genera una desvinculación respecto al parlamento y la base social. Este proceso, que señala De Cabo Martín, está dirigido a que la representación parlamentaria en la fase Liberal, la cual coincidía directamente con los intereses concretos de las facciones que lo integraban, ahora, en esta fase, en la que se abre al proceso democrático con el establecimiento del voto universal, conlleva a que el parlamento adquiera una peculiaridad interclasista (lucha entre distintos sectores como es el de los sindicatos o empresas) y adquiera un aspecto de representación de intereses generales, y no de intereses concretos (1997, 210). Ahora es el poder ejecutivo representante del interés nacional.

En cuanto a la quiebra del principio de legalidad, producto de las propias contradicciones del ejercicio de las funciones antes señaladas, tienen como consecuencia la pérdida de legitimidad del sistema, es decir, en el Estado liberal la legitimidad fue encomendada a la propia ley como representante de los intereses concretos de las facciones parlamentarias, en esta etapa, no es posible por la pérdida de la generalidad que le identificaba. Dicha situación conlleva a buscar la legitimidad hacia las filas del juego democrático electoral y la defensa de la democracia es la justificación del ejercicio del poder (1997, 212).

Para el autor no solamente se presenta una quiebra del principio de legalidad y de legitimidad fincado en el derecho, sino además, se modifican las condiciones entre el Estado y la sociedad. Es decir, en esta etapa se intensifica la relación entre la economía y lo político y la articulación necesaria para la reproducción del capital entre el Estado y lo económico. (1997, 226). Ante esta situación, ahora el Estado mantiene una política de selectividad y la intervención estatal está determinada en

términos de la lógica de la acumulación del capital. De esta forma afirma el autor, que la dinámica de actuación del Estado ya no es en el ámbito que configura los elementos de lo público, ya que éste último se ha visto en cierta medida reducido, y al mismo tiempo se ha privatizado su actuación, ya que desaparece la anterior protección estatal a los trabajadores y a las medidas asistencialistas. (1997, 228).

Esta situación conlleva a la crisis del estado social y a la crisis del estado democrático, pero a la vez, a la crisis plena del Estado de derecho. Ésta última se caracteriza primordialmente en la pérdida de la centralidad de la ley, tendencias desreguladoras y a la vez reguladoras de grupos de intereses particulares, y cuando se refieren aspectos de políticas públicas o relativas a contenido del trabajo, no hay una precisión en el alcance de su regulación, es decir, existen contenidos normativos indeterminados. Por lo que se deja la regulación abierta al poder Ejecutivo, de manera que no existen procesos de control públicos adecuados, por lo que se presenta un vaciamiento o (de) sustanciación jurídica (1997, 232) .

No es solo el principio de legalidad está en crisis, sino, además, el derecho adquiere una forma simple de competencia técnica como lo refiere Santos:

Con la progresiva implicación del Estado en los procesos económicos y sociales y a medida que todo esto se va tornando más complejo, diferenciado y sistémico, el derecho abstracto formal y universal, retrocede ante el derecho contextualizado, particularista y circunstancial. En ciertas áreas donde el componente tecnológico de la regulación jurídica es fundamental, la regla del de derecho se transforma en regla de competencia técnica, con normas y hechos tan impenetrados que se vuelven indistinguibles (2003, 172).

Asimismo, el desarrollo del intervencionismo estatal establece una inefectividad sistémica, debido a la necesidad de abarcar áreas en donde no existía regulación alguna, y que provocó una multiplicación de leyes, lo cual trajo como consecuencia grados de pérdidas de coherencia lógica y unidad jurídica que caracterizó, al menos en su ideal, al modelo liberal de derecho, por lo tanto, “esta disfuncionalidad creciente del Estado social o regulador, y de su instrumental normativo, configura un proceso que ha sido llamado ingobernabilidad sistémica o

crisis de gobernabilidad, por los estudiosos de la ciencia política” (Faria 2001, 100-101).

Esta situación llevó al Estado a generar una actuación en un doble sentido, es decir, en el ámbito informal y formal. En el primero de ellos el Estado optó por establecer conductas y estrategias que lo alejaran del marco legal, ello porque muchas de las regulaciones establecidas carecían de una base social o un sustento económico o político que le permitía ser eficaz en el ámbito de su aplicación.

El Estado actúa bajo la premisa de la omisión o incluso de contravenir lo estipulado en el ámbito legal, en otros términos, actúa violando la propia norma, y por consecuencia, el principio de legalidad. En otros casos, el Estado actuó seleccionando el área a regular, con el objetivo de producir resultados distintos en la que inicialmente fue creada dicha regulación, es decir, regulaba pero modificaba las condiciones a aplicar, o modificaba ciertos derechos y garantías originales, o incluso, se permitía que otros grupos cooptaran sus actividades delegando la función estatal. De esta manera se crean pautas de actuación paralelas al Estado, cuyos efectos y límites son inestables. Es decir, el Estado crea un espacio de actuación informal (Faria 2001, 108-109) .

Se debe agregar que en el lado de la formalidad estatal se produjo una alteración a la producción normativa, multiplicando el ámbito de regulación de manera exponencial, lo cual produjo la multiplicación de microsistemas y la creación de nuevos espacios con lógicas de regulación distintas y diferentes. Esta situación generó una ruptura sobre la base tradicional del derecho con un orden jerárquico, coherente y completo, que después se convertiría en un derecho en forma de red, pero a la vez con un síntoma de pluralidad normativa (Faria 2001, 109-110).

2.4.- Lo público y lo privado en el modelo del Estado Neoliberal

En el modelo de Estado neoliberal, la globalización y el neoliberalismo se presentan como condicionantes centrales para modificar las relaciones establecidas por la

forma del Estado social de derecho. Se asiste a una transformación que cambia de singular manera las funciones estatales, y dan cuenta de una problemática que afecta el carácter social desarrollado en la etapa anterior, además, predomina el carácter mercantil de las relaciones jurídico políticas con las implicaciones que a continuación se explicarán.

2.4.1.- La globalización

La conceptualización de la globalización tiene distintas perspectivas de análisis por las que se puede abordar el tema. Es el resultado de variables que se entrecruzan y que al mismo tiempo repercuten en todos los ámbitos de las relaciones sociales. Este concepto no es unívoco en su significado y mantiene en su esencia múltiples posiciones. Antony Giddens señala que la globalización no solo es económica, como factor fundamental para entenderla, sino que se incluyen además elementos como la política y el cultural ideológico. Para el autor, “la globalización en su definición más simple, se puede reducir a interdependencia” (2001, 67).

Pero habría que preguntarse ¿qué tipo de interdependencia? y ¿qué efectos genera en el marco de lo político jurídico? Esta relación de interdependencia se ve reflejada primordialmente en cuatro aspectos; en lo técnico, en cuanto a la implementación de nuevas tecnologías que permiten que la comunicación se presente de un lugar a otro en cuestión de segundos, así como, a la capacidad inmediata de transferir información; en lo político, en cuanto que tiene que ver con la caída del muro de Berlín y la eliminación de la bipolaridad creada después de la segunda guerra mundial, es decir, con el fin de la guerra fría y el surgimiento de una sola potencia dominante; en lo ideológico-cultural, en cuanto a la posibilidad de establecer un solo valor como modelo universal; y en lo económico, en que el modelo de producción que el capitalismo ha expandido en todo el mundo. (Hirsch 1996, 85).

Es conveniente centrar la cuestión en el desarrollo de los procesos económicos como factor primordial para entender de qué manera se reconfigura el Estado en la globalización. Es decir, “la globalización se refiere, en esencia, a un

proceso económico” (Hirsch 1996, 86). Ahora bien, en esta nueva fase ¿cómo podemos entender el desarrollo del capitalismo y sus efectos en los Estados? Por lo tanto, ¿cuáles son los efectos que produce la globalización en el Estado?

Para responder estas preguntas se analiza la problemática desde una postura más amplia o en su caso que considere el problema a partir del todo, y su relación con las partes. Una de las características que adquiere este proceso económico y que lo hace relevante es la expansión del modo de producción capitalista, el cual se presenta como una característica esencial del capitalismo que inicia desde el siglo XVI¹⁴⁴.

De esta forma, la conformación del capitalismo como modo de producción, fue un proceso que se expandió hasta llegar a tener las condiciones y características adquiridas hoy en día. Es decir, el modo de producción capitalista es un sistema económico caracterizado por su expansión, pero además, este modo de producción lo que ha generado es una manera diferente de producir, amoldando y transformando (ya sea de forma violenta, a través de expropiaciones o actualmente a partir de las privatizaciones) todas las relaciones de la sociedad.

Este modo de producción se establece en lo que Wallerstein llama un *Sistema de Mundo Moderno*. Este sistema ubica sus inicios en el siglo XVI, al igual que el desarrollo del sistema capitalista. El autor señala que el *sistema mundo moderno* es caracterizado como una economía *mundo capitalista*¹⁴⁵ (2005, 41). Hay que señalar que el *sistema mundo moderno* tiene elementos importantes que centran

¹⁴⁴ Marx señala a este proceso “la acumulación originaria”. Y refiere a esta como “el proceso histórico de disociación entre el productor y los medios de producción. Se le llama originaria por que forma la prehistoria del capital y del régimen capitalista de producción” (1973, 608). Marx señala que este proceso por el cual se presenta el desarrollo del capitalismo se inicia en el siglo XVI, “para explicar la marcha de este proceso, no hace falta remontarse muy atrás. Aunque los primeros indicios de producción capitalista se presentan ya, esporádicamente, en algunas ciudades del Mediterráneo durante los siglos XIV y XV, la era capitalista solo data en realidad, del siglo XVI” (1973, 609).

¹⁴⁵ Como señala Wallerstein: “lo que queremos significar con economía-mundo (la *economie-monde* de Braudel) es una gran zona geográfica dentro de la cual existe una división del trabajo y por lo tanto un intercambio significativo de bienes básicos o esenciales así como un flujo de capital y trabajo. Una característica definitoria de una economía mundo es que no está limitada por una estructura política unitaria. Por el contrario hay muchas unidades políticas dentro de una economía mundo, tenuemente vinculadas entre sí en nuestro sistema mundo moderno dentro de un sistema interestatal” (Wallerstein 2005, 40)

su análisis en cómo el capital se desarrolla a partir de un sistema en el que confluyen los Estados y la división del trabajo como actores fundamentales para la reproducción del capital, que no es más que la búsqueda incesante de acumulación de capital, para que este se eleve (2005, 45). Claro está, que no solo es el Estado y la división del trabajo, sino toda la instrumentalización que requiere los capitalistas para su desarrollo, como lo son los mercados y los monopolios. De esta manera, todos los elementos necesarios para la reproducción del capital forman un sistema o un conjunto de elementos que van a permitir su desarrollo:

veremos que un sistema requiere una relación muy particular entre los productores económicos y quienes detentan el poder político. Si estos últimos son demasiados fuertes, como en el caso de un imperio mundo, sus intereses se impondrán sobre los productores económicos, y la acumulación incesante de capital dejará ser una prioridad. Los capitalistas necesitan de grandes mercados (de aquí que los mini sistemas sean demasiado estrechos para ellos) pero también necesitan de una multiplicidad de estados, para poder obtener ventajas de trabajar con los estados amistosos a sus intereses (Wallerstein 2005, 41).

Ahora bien, la división del trabajo es importante porque permite generar Estados más fuertes que otros, es decir, Estados que se encuentran en una posición de ventaja por su capacidad de obtener un grado de ganancia mayor en el proceso de producción¹⁴⁶. Quien controla y monopoliza el proceso de producción se encuentra en una posición central respecto a quien no lo controla o monopoliza. Esta situación genera una relación entre el centro y la periferia, es decir, aquellos que monopolizan el proceso de la producción y los que no. En la periferia no se presenta la monopolización del proceso señalado, sino todo lo contrario, es decir, se encuentra lo que se denomina competencia. De esta manera, ocurre una relación desigual entre el centro y la periferia, es decir, el primero como tiene el monopolio o cuasi monopolio, el cual está protegido y lo ubica en una posición más fuerte respecto del segundo que se enfrenta a una libre competencia sin restricciones, y por lo tanto es más débil. De este modo, existe transferencia de *plus* valor constante

¹⁴⁶ El eje de la división del trabajo es un “término utilizado para articular el argumento que sostiene que lo que mantiene la economía mundo capitalista intacta es un eje invisible que une a procesos centrales y periféricos” (Wallerstein 2005, 126).

de la periferia hacia el centro. Es lo que se denomina intercambio desigual (2005, 46)¹⁴⁷.

En esta relación centro-periferia, los Estados considerados como centro, protegen a los monopolios generados por sistema capitalista, y por ello, tienden a desarrollar todos los instrumentos políticos como jurídicos para la protección, y así seguir controlando el proceso de producción. Como consecuencia se desarrollan espacios geográficos determinados, y a la vez un sistema de relación interestatal (2005, 48).

Lo que interesa destacar del análisis antes señalado es que la globalización lleva de la mano toda una relación entre diversos organismos (estatales principalmente) para la expansión del capital. De este modo, la globalización, para esta interpretación no es para nada novedosa ya que el planteamiento central es que el capitalismo lleva expandiéndose desde sus inicios, y por consecuencia, la globalización es esencial para el capitalismo desde sus orígenes.

Pero lo que hay que destacar es que efectivamente la interpretación del *sistema mundo* permite articular de qué forma el capitalismo se estructura en un marco total y cómo afecta más a unos (centro) que a otros (periferia). Además, en esta posición el Estado es necesario para lograr el desarrollo del sistema capitalista. Lo que hace esta relación de dependencia es generar espacios de desigualdad importantes y esto nos lleva a entender como hay Estados que denotan una fortaleza importante y Estados que no.

¹⁴⁷En los propios términos del autor señala que “la división axial del trabajo en una economía mundo capitalista divide a la producción en productos centrales y productos periféricos. El concepto de centro periferia es relacional. Lo que queremos decir por centro y periferia es el grado de ganancia del proceso de producción. Puesto que la ganancia está directamente relacionada al grado de monopolización, lo que esencialmente significamos por procesos de producción centrales son aquellos contralados por cuasi monopolios. Los procesos periféricos son entonces los verdaderamente competitivos. Cuando ocurre el intercambio, los productos competitivos están en una posición más débil y los cuasi monopolios en una posición más fuerte. En consecuencia hay un flujo continuo de plusvalía de los productores de productos periféricos hacia los productores centrales. Esto es lo que se ha denominado intercambio desigual” (Wallerstein 2005, 46).

Aunque para esta posición, la globalización no es un concepto para nada novedoso es conveniente añadir otros elementos de análisis que influyen en este proceso y que lo hacen distinto a otras etapas históricas, entonces, ¿qué caracteriza a este proceso global?

Es evidente que la globalización es un cambio importante dentro del funcionamiento del sistema mismo. Como lo describe William I. Robinson, el cual señala que este cambio dentro del sistema capitalista representa una nueva época¹⁴⁸. Lo que hace distinta la época actual es que ahora hay una economía global y ya no una mundial. Pero la economía global, que actualmente conocemos, se diferencia de la economía mundial porque en las economías nacionales se desarrolló un mercado entre países, es decir, un mercado internacional vinculado. Todos estos países se articularon y formaron un sistema más amplio que los relacionó de forma tal que configuraron un sistema mundial (2013, 30).

Un punto importante dentro de este sistema mundo y que permite dar un giro al funcionamiento del sistema es la globalización de los procesos de producción. Pero no procesos económicos de producción referente solo a la posibilidad de generar un intercambio mundial de productos, es decir, un comercio mundial, ahora lo que caracteriza a esta época es “la globalización creciente del proceso de producción” (Robinson 2013, 31). Es decir, existe una organización distinta del proceso de producción. Lo que lleva plantearnos como siguiente punto la cuestión de ¿Qué características adquiere?

La globalización de la producción implica la fragmentación y descentralización de complejas cadenas de producción y la dispersión e integración funcional de los

¹⁴⁸Para el autor la primera época se presenta bajo los orígenes del capitalismo en el que las viejas estructuras feudales dejan de existir y se genera una expansión del mismo a través del descubrimiento y la conquista de América. La segunda es el denominado capitalismo competitivo o clásico que es representado por la revolución industrial, el surgimiento y desarrollo de la clase burguesa, así como el de los Estados-nación. La tercera se refiere al surgimiento del capitalismo que el autor denomina corporativo o monopolista que representa un mercado mundial y el sistema de Estados por el que se organiza el capitalismo mundial. Es en esta época en la que surgen las corporaciones financieras y las guerras de los poderes imperiales. Por último la cuarta fase está caracterizada por la tecnología en torno al desarrollo del microchip y las computadoras (Robinson 2013, 23).

diferentes segmentos de estas cadenas en el mundo. Sin embargo, esta descentralización y fragmentación del proceso de producción ha tenido lugar junto a la centralización del mando y control de la economía global en el capital transnacional. Así la globalización unifica al mundo en un solo modo de producción y un solo sistema global, provocando la integración de los diferentes países y regiones en una nueva economía global (Robinson 2013, 34).

El capitalismo global va encaminado a romper las barreras nacionales y crear nuevos espacios transnacionales. A su vez, genera cambios en la organización de la producción que permite que las empresas transnacionales descentralicen la producción a partir de lo que se denomina “cadenas de valor”¹⁴⁹ que aportan en cada parte del proceso de producción un valor al producto respectivo y que ahora está deslocalizado y fragmentado alrededor del mundo.

La globalización esta instaurada en el marco de un proceso distinto de organización de la producción, también, dentro de un sistema de economía o sistema-mundo que genera nuevas formas de organización capitalista, lo que conlleva necesariamente a replantear el papel del Estado y el derecho. Bajo esta perspectiva los Estados son importantes en cuanto forman una estructura para el desarrollo del sistema, pero, adquieren ciertas características atendiendo a la posición que se encuentren en el *sistema mundo económico*. Más aún, las nuevas formas de organización de la producción están haciendo que los Estados pierdan el papel central de la regulación económica y se conviertan en simples receptores de medidas impuestas desde fuera para cooptar inversiones y adaptarse a las condiciones que imponen el capital internacional.

Pero este proceso global no solo modifica las formas de organización en la producción. Al lado de esta dinámica están la globalización financiera con políticas

¹⁴⁹ “Las cadenas de valor son un corolario del proceso del cambio histórico iniciado en los años setenta, una forma estructural de la globalización que, por medio del nuevo rol que adquiere la empresa global, asigna actividades económicas en diferentes espacios, en función de las ventajas comparativas y competitivas que estos espacios ofrecen. La red resultante expresa todo el ciclo del capital de diferentes mercancías y servicios, en el que interactúan diversos actores tanto económicos como institucionales. Las cadenas de valor expresan de manera concreta la nueva división internacional del trabajo en cada uno de los bienes y servicios que se producen alrededor del mundo. La funcionalidad que las redes tienen en el proceso de acumulación se expresa por la eliminación de las barreras que constreñían la libre movilidad del capital” (Sandoval Cabrera 2013, 32).

monetarias internacionales que se enmarcan dentro de la globalización capitalista, el desarrollo del comercio y el de las tecnologías de la información.

El desarrollo de una globalización financiera se presenta con el objetivo de integrar a los mercados mundiales, para ello se establecieron una serie de medidas que produjeran un sistema monetario internacional¹⁵⁰ y que tuviera su centro de funcionamiento en el mercado. Esta situación llevo a establecer políticas de liberalización económicas con relación al movimiento de capitales intensificando la “liberalización de las reglas que disciplinan las inversiones extranjeras directas e imponen restricciones sectoriales; 1) liberalización del acceso al mercado interno por agentes bancarios y no bancarios extranjeros; 2) liberalización de las reglas que disciplinan préstamos extranjeros y bancos domésticos (Hernández Cervantes 2014, 89). Por otro lado, las políticas liberalizadoras de los mercados consistieron en “liberalización de las restricciones sobre la repatriación de capitales, 3) liberación de las restricciones a remesas de beneficios, dividendos y bonificaciones. (Hernández Cervantes 2014, 90).

Es decir, en el ámbito financiero se abrieron los mercados de los países, pero a través de un marco regulatorio internacional o financiero lo que provocó que muchos de los países tuvieran que competir con otros, pero a la vez, tuvieron que permitir a nivel local la desregulación de sus economías internas pero a la vez la privatización de mercados dominados por el sector público¹⁵¹.

¹⁵⁰ Hernández Cervantes señala que el sistema monetario internacional adquiere las siguientes características citando a Padoa-Schioppa y Saccomanni: “1) Internacionalización de las carteras financieras, 2) Menor importancia de los bancos en relación a los mercados como agentes de intermediación (creciente importancia de la titulación, emisiones de bonos etc...), 3) Determinación de los tipos de cambio por el mercado financiero, a la luz del crecimiento de la escala de las transacciones financieras internacionales en relación a las comerciales, 4) Volatilidad del mercado, con un pequeño grupo de instituciones que actúan simultáneamente en los mercados internacionales, empleando similares criterios de análisis y comportamiento, 5) concentración del mercado, con un pequeño grupo de instituciones que actúan simultáneamente en los mercados internacionales, empleando similares criterios de análisis y comportamiento, 6) falta de aislamiento de los países ante las presiones de los tipos de cambio, aunque no les lleve a disciplinar sus políticas económicas domésticas” (Hernández Cervantes 2014, 88).

¹⁵¹ “Por ejemplo, para estimular la liberalización en sentido interno, hace falta implementar políticas de desregulación del mercado doméstico, por mencionar una materia, la de seguros a aseguradoras extranjeras; así mismo, para la liberalización del movimiento de capitales, en dirección externa, se requiere tanto de una desregulación de la compraventa de seguros y de monedas extranjeras por

Por otra parte, las nuevas tecnologías son el instrumento que permitió la interconexión en la economía global, sin estas resultaría imposible realizar transacciones de país a país, o intercomunicación entre una empresa en México y la compra de productos en China. De esta forma la revolución tecnológica de la información, permitió en primer lugar generar tecnologías que desarrollaron una influencia directa sobre la información. En segundo lugar se amplía el uso de la información en distintos ámbitos de la vida tanto económica como a nivel interpersonal, accede a distintas actividades de la vida humana. Tercero, existe una interconexión de manera que se desarrollan relaciones en red. Esta nueva tecnología ocasiona la penetración en distintas relaciones, de manera que la organización se hace ya no de manera jerárquica, sino, de tipo horizontal. En cuarto lugar permiten la flexibilidad de los procesos de organización, haciendo que en cualquier momento se puedan reestructurar las instituciones y organizaciones. Y por último, esta tecnología permite ir desarrollándose sobre las base de otras áreas tecnológicas e integrar un sistema unificado (Castells 1999, 20).

Estos dos aspectos permitieron que la globalización adquiriera otros sentidos, pero a la vez que el capital, las empresas y organismos financieros que los representan pudiera insertarse de forma inmediata en otros mercados. El capitalismo actual adquiere cualidades de mayor expansión y de mayor intensidad (Robinson 2013, 25).

De esta forma la globalización tiene como consecuencia que el capital se expanda generando una economía capitalista global. El capitalismo global ha estado representado por organismos financieros internacionales y empresas transnacionales que han creado una influencia que va más allá de los Estados nacionales. Esta expansión del capital en mercados interconectados globalmente, produce una presión directa a los Estados cuando se trata de poner en juego la reproducción de los intereses económicos capitalistas. Por lo tanto, el Estado juega un papel relevante adquiriendo dos funciones esenciales: una, que es la funcional

residentes domésticos, como de una desregulación de las prohibiciones de inversión en cartera o directa en el exterior, todo ello para tener un cuadro completo de la liberalización” (Hernández Cervantes 2014, 90).

en la que el papel del Estado es crear las condiciones óptimas y necesarias para la expansión y reproducción del capital internacional, para ello es conveniente que el Estado desregule su economía interna (Hirsch 1996, 100).

Y la segunda función tiene que ver con la des-democratización, la cual consiste en que las decisiones políticas internas de los Estados ya no son vertidas dentro de los escenarios democráticos institucionales que tomaban en cuenta los intereses nacionales y en su caso intereses de la población. Bajo esta lógica, la toma de decisiones políticas es justificada por los intereses económicos globales. Las decisiones estatales son realizadas a través de negociaciones entre empresas transnacionales y los gobiernos. Esto genera una pérdida de representación política interna ya que el centro de la discusión se ha trasladado hacia la dinámica de acumulación transnacional y no a una nacional (Hirsch 1996, 100).

Los Estados son ahora entidades que tienen que buscar la mejor forma de atracción de capital transnacional y para ello tienen que establecer medidas internas que compatibilicen con el capital internacional que ahora pueden trasladar sus inversiones en cualquier momento a otro país que este en mejores condiciones para adquirir mayores ganancias.

Asimismo, los Estados adquieren dos características importantes: una transnacionalización y la adaptabilidad a la dinámica de los intereses económicos transnacionales. Los Estados se transnacionalizan, ya que son los mismos gobiernos que llevan a relacionarse con los grandes intereses internacionales, a su vez, se adaptan necesariamente a los intereses del capital para reproducirlo de forma tal que crean todas las condiciones para que los organismos transnacionales reproduzcan sus intereses. La relación entre los Estados y los organismos internacionales se estrechan, creando una relación de subordinación estatal sobre los intereses privados (Etxezarreta 1997, 113).

Esta situación genera que los intereses estatales reproduzcan a nivel interno los intereses del capital internacional. De esta forma, tanto el papel de las organizaciones internacionales como el de los estados adquieren una relación de

funciones entrecruzado, por un lado, los organismos transnacionales ejercen sus directrices en la toma de decisiones estatales, y por el otro, los Estados se subordinan a estas decisiones, ello, por la lógica de la reproducción del capital (Etxezarreta 1997, 114).

De esta manera, la globalización transforma al Estado para pasar a adquirir un papel y una función distinta conforme a la posición respecto al proceso de producción en el capitalismo global. Es decir, los Estados bajo este contexto adquirirán debilidades o fortalezas de acuerdo a la posición que se encuentren en el entorno internacional.

Hernández Zubizarreta hace énfasis en este sentido y señala que existe una jerarquización de los Estados en cuanto a la posición a nivel internacional. Los divide en cuatro grupos o categorías: a) los que ejercen un papel imperial y tienen una relación dominante con los demás actores, tiene una relación con las empresas transnacionales de compatibilidad e integración, b) los que siendo estados centrales, ceden cierta soberanía en relación con las grandes empresas multinacionales e intereses corporativos, regulando o desregulando según el área que se necesita abrir al capital o crear para el capital global, c) los estados periféricos quienes pierden soberanía plena, d) los estados fracturados los cuales no tienen un vínculo con las relaciones económicas globales y prácticamente no tienen una soberanía interna, es decir, las empresas y corporaciones usan y disponen de la riqueza de los países subordinados plenamente a las decisiones empresariales (2007, 82-83).

En el capitalismo global, las empresas transnacionales y organismos financieros ejercen presión a los Estados transformando sus funciones dependiendo de su posición a nivel internacional. Cabe señalar que el crecimiento de las empresas transnacionales ha llegado a influir de tal manera en los Estados, que se han llegado a constituir como un poder “soberano privado supraestatal difuso” Es decir, las tendencias que favorecen al capitalismo tales como el monetarismo, la desregulación o la privatización, han cedido y traspasado las decisiones del ámbito de lo público al ámbito de lo privado (Capella 1997, 260). En

consecuencia, este nuevo poder se interrelaciona con los Estados para formar un nuevo espacio de poder. Este poder perteneciente al ámbito de lo privado tiene consecuencias que afecta al ámbito de lo público, es decir, “efectos de naturaleza pública, precisamente por que determina las políticas estatales” (Capella 1997, 261).

Hay que remarcar que este poder pertenece a la esfera de lo privado atendiendo a esta división clásica de lo público y lo privado, sin embargo, es un poder difuso porque se configura de manera que no hay un centro en el que base su fuerza. Este poder reside en los organismos internacionales financieros pero a la vez, en relación con las grandes corporaciones transnacionales, imponiendo medidas a los Estados directamente relacionadas con la expansión del capital (Capella 1997, 261).

Para concluir este apartado Benzaid señala que la globalización significa “una concentración extrema de la propiedad privada de los medios de producción, de la información y de intercambio y de los poderes de decisión y coerción. Es la época de la privatización, pero no solo la privatización de las industrias y empresas públicas, sino de todos los recursos naturales. Ello trae como consecuencia una crisis ecológica, social, democrática y ética” (2010, 33).

2.4.2.- El neoliberalismo

La globalización se articula a través de una ideología que permitió echar andar la maquinaria capitalista, es decir, el neoliberalismo. Los gobiernos que llevaron a cabo esta política son el resultado del estancamiento y la inflación, lo que trajo como consecuencia la búsqueda de nuevas alternativas económicas. Un efecto de ello fue ubicar a las empresas en lugares donde fuera posible no pagar altos impuestos y altos salarios (deslocalización), lo que conllevaría a desarrollar la denominada “globalización” (Paramio 2010, 52).

Por otro lado, los gobiernos neoconservadores a partir de las posturas fundamentalistas desarrolladas por José Shumpeter, Milton Friedman y Friderick

Von Hayek¹⁵² y llevadas a cabo por el Gobierno de Estados Unidos de América con Ronald Reagan como presidente y Margaret Thatcher en Gran Bretaña, generaron un cambio radical en la configuración estatal. “El punto de partida era que la planificación económica y la propiedad social habían fracasado y que solo el mercado podía ofrecer a la vez libertad, eficiencia y crecimiento. Los servicios públicos –sanidad, educación, transporte, podían gestionarse de forma eficiente si se introducían en ellos mecanismos de mercado o se gestionaban privadamente, incluso si seguían siendo financiados públicamente.”(Paramio 2009, 60).

Con la caída del muro de Berlín el mundo terminaba una etapa de bipolaridad. Bajo estas circunstancias los neoliberales comandado por los Estados Unidos y sus fuerzas financieras llevaron a cabo un plan generador de reestructuración económica. Por consecuencia los organismos financieros se han abocado a generar préstamos a los países denominados del tercer mundo, como consecuencia de las crisis sistémicas del sistema capitalista. Para ello llevaron un plan denominado Consenso de Washington con el propósito de salir de la crisis, pero reestructurando la economía de los países con problemas económicos.

Este plan económico fue sintetizado por el economista John Williamson¹⁵³ para encontrar la manera solventar las crisis de deudas de los países en América latina, pero además, fue la manera en que Washington interpretó dicha situación. Por lo que se desarrollaron una serie de medidas las cuales establecían una relación distinta entre los bancos y los Estados, los cuales señalaban:

disciplina presupuestaria, cambios en las prioridades del gasto público (disminuyendo los gastos en áreas del sector público), reforma fiscal con una base impositiva más amplia, tipos de interés basados en el mercado, tipo de cambio basados en la fuerza

¹⁵² Tres autores son referencia para entender el neoliberalismo lo que Ramonet ha llamado los tres oráculos: “en nombre de la revolución conservadora, estos líderes van a mostrar un neoliberalismo agresivo, avivado por un anti keynesianismo militante, para acabar con la larga tradición de intervención económica y social del Estado. Su primer objetivo es quebrar los sindicatos. Será más fácil luego desregular la economía y desencadenar una cascada de privatizaciones. Así comienza la era del neoliberalismo, una plaga que va expandirse por toda la tierra. Esta corriente se inspira en las tesis de tres economistas los oráculos del neoliberalismo: José Shumpeter (1883-1950), Friedrich von Hayek (1899-1992) y Milton Friedman (1912-2006). Sus tesis dominaron el campo de la teoría del capitalismo real durante treinta años. (2010, 31-32).

¹⁵³ Ver Williamson, John (1990), “What Washington Means by Policy Reform”, acceso el 21 de mayo de 2014 <http://www.iie.com/publications/papers/paper.cfm?ResearchID=486>.

del mercado, liberalización comercial (no intervencionismos nacionales), política de apertura respecto a la inversión extranjera directa, política de privatizaciones como medida a ayudar a la reducción de la presión en el presupuesto del gobierno con el fundamento de que las empresas privadas son más eficientes que las empresas estatales. A pesar de ello la privatización se enfatizó tras el plan Baker con el impulso oficial estadounidense con el apoyo del Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial para fomentar la venta de empresas estatales en el mundo, política desreguladora como una forma de impulsar la competencia en específico en América Latina donde se hallaban las economías más reguladas en el mundo y por último certeza sobre los derechos de propiedad (Casilda 2002, 112-113).

Pese a lo anterior es conveniente señalar que los bancos y los grupos financieros internacionales fueron quienes intervinieron de manera directa, controlando y condicionando a los países de América Latina para aplicar dichas medidas. Para Joan Martínez Alier y Arcadi Oliveres el origen de la deuda y la aplicación de estas medidas tienen ciertas razones estructurales para los países en desarrollo.

Es decir, en cuanto a las razones estructurales señalan que al momento de implementar estas medidas existe un comercio desigual en los países subdesarrollados, excesivos gastos de bienes o servicios y de transferencias por parte de los grupos privilegiados, actuación de compañías transnacionales ya que dependen fundamentalmente de sus actividades de importación y de exportación con motivo de la salida de divisas. La política de créditos a la exportación concedidos por los países industrializados a los del tercer mundo con el fin de que adquieran mercancías producidas en los primeros a costos superiores a los del mercado, constituyendo la creación de nuevos mercados para la sobreproducción de las industrias del norte a cambio de endeudamiento con el sur. La situación es distinta con créditos para financiar obras de infraestructura construida por empresas de países industrializados, lo que con lleva un plazo de varios años, aunque los créditos se tienen que pagar en poco tiempo lo que obliga a reestructurar el crédito. (Martínez Alier y Oliveres 2003, 14-16)

Por lo que en el Estado neoliberal se viene generando y reproduciendo ciertas relaciones que por su forma de actuar se determinan de la siguiente manera:

a) preminencia del individuo sobre la colectividad y más específicamente en materia

del trabajo¹⁵⁴, b) intervención en la toma de decisiones políticas por parte de consorcios y empresas desvirtuando la esencia del poder público como lo común a todos¹⁵⁵ y, c) El Estado legisla y crea normatividad en relación a intereses de los particulares, tomando la responsabilidad de los riesgos producidos por los consorcios. Además, el uso de la coerción está diseñado para proteger a las corporaciones y contener toda protesta colectiva contrarias a dichas modificaciones.¹⁵⁶

2.4.3.- El derecho en el modelo del Estado neoliberal

Hablar del derecho en el modelo neoliberal es hablar de una transformación importante. Bajo este marco de globalización e implementación de políticas neoliberales el derecho adquiere una dimensión distinta. Con la transnacionalización en la economía el derecho necesariamente se ve influenciado por estas dinámicas. Se puede hablar entonces de una transnacionalización del derecho¹⁵⁷ debido primordialmente por la intervención de actores internacionales en las regulaciones de los Estados.

¹⁵⁴“El Estado neoliberal es hostil a toda forma de solidaridad social que entorpezca la acumulación del capital. Por lo tanto, los sindicatos independientes u otros movimientos sociales (como el socialismo municipal del tipo experimentado en el Consejo del Gran Londres), que adquirieron un considerable poder bajo el liberalismo embrizado, tienen que ser disciplinados, cuando no destruidos, en nombre de la supuestamente sacrosanta libertad individual del trabajador aislado.” (Harvey; 2007, 82).

¹⁵⁵ “La neo liberalización ha implicado, por ejemplo, una creciente dependencia de consorcios público-privados (ésta fue una de las ideas fuertes impulsadas por Margaret Thatcher cuando estableció «instituciones cuasi gubernamentales» como las corporaciones de desarrollo urbano para favorecer el desarrollo económico). Los empresarios y las corporaciones no sólo colaboran estrechamente con actores estatales, sino que incluso adquieren un importante papel a la hora de redactar legislaciones, determinar políticas públicas, y establecer marcos normativos (que son ventajosos principalmente para ellos mismos)” (Harvey 2007, 83)

¹⁵⁶ “El Estado produce de manera característica legislación y marcos normativos que suponen una ventaja para las corporaciones y en ciertos casos para intereses específicos como la energía, las empresas farmacéuticas, la industria agropecuaria, etc. En muchos de los casos en que existen consorcios público-privados, particularmente en el ámbito municipal, el Estado asume gran parte de los riesgos mientras que el sector privado obtiene la mayor parte de los beneficios. Además, en caso de ser necesario, el Estado neoliberal recurrirá a la imposición coercitiva de la legislación y a tácticas de control (normas que prohíben los piquetes, por ejemplo) para dispersar o para reprimir las formas colectivas de oposición al poder corporativo” (Harvey 2007, 83).

¹⁵⁷ “Cuando de transnacionalización de la regulación jurídica del Estado-nación, me refiero a cualquier situación en la que se pueda establecer que los cambios en el derecho estatal de un país dado han sido influidos decisivamente por presiones internacionales, formales o informales, de otros

El derecho en esta etapa histórica se verá afectado en cuanto a la posición del Estado en el sistema mundo o sistema económico. Con todo, el proceso de transnacionalización del derecho se presenta a partir de la implementación de las medidas establecidas por el Consenso de Washington, el cual requiere del ajuste estructural, estas medidas implican destrucción normativa e institucional y afectación las economías internas de los Estados, así como la afectación en el ámbito político (Santos 1998, 81).

En segundo lugar, es conveniente señalar la importancia de la posición de los Estados en el sistema económico mundial ya que se generan un debilitamiento en las soberanías estatales pero producto de los organismos empresariales y financieros transnacionales. Por tanto, se tienen que implementar medidas de ajuste estructural llevadas a cabo por los propios Estados, es decir, se interviene para desregularizar o se interviene para no intervenir. Es decir, implica una desregulación para una re-regulación (Santos 1998, 82).

¿De qué forma la economía global y la influencia de las empresas transnacionales afectan al campo del derecho?

Las medidas neoliberales de ajuste estructural afectaron directamente al derecho estatal. No obstante, las modificaciones al derecho interno van a depender de las relaciones que se tengan entre los actores estatales, actores internacionales y el mercado¹⁵⁸. Por otro lado, las empresas transnacionales tienen relaciones distintas

estados, agencias internacionales, formales o informales de otros estados, agencias internacionales u otros actores transnacionales” (Santos 1998, 80)

¹⁵⁸ “Sin embargo es necesario desarrollar un esquema que nos permita comprender mejor lo que está sucediendo. De esta manera tres grandes grupos de políticas que fueron seguidas (deuda, estabilización y ajuste estructural), se especifican tres mecanismos en la cual las variables internacionales influyen sobre los países periféricos: mercados, enlaces y apalancamientos. El primer mecanismo hace alusión a la operación y el impacto de los mercados internacionales que constituyen los límites y las oportunidades dentro de los cuales los países periféricos deben actuar. El segundo subraya el enlace entre los grupos domésticos y actores internacionales. El tercero se concentra en las relaciones de poder entre los actores internacionales y los gobiernos periféricos. Estos puntos nos permiten clarificar las intrincadas relaciones entre factores transnacionales y nacionales” (Santos 1998, 88-89).

con los Estados (centro-periferia), lo cual permite establecer que dependiendo de la empresa y del país, es cómo se afectarán las regulaciones internas estatales.

Existen dos tipos de relaciones entre empresas y Estados, las empresas transnacionales-Estados imperiales, en la que se presenta una relación de reciprocidad y aquellas en las que el Estado solo recibe unidireccionalmente las regulaciones económicas, el Estado se convierte en un colaborador e impulsor de las implementaciones económicas. (Hernández Zubizarreta 2007, 84)

Por consecuencia, debido a la relación de las empresas transnacionales y los Estados, se crean normas sectoriales y específicas atendiendo a los intereses económicos globales, pero a la vez creando y regulando normativas fuera del ámbito tradicional estatal, lo que con lleva a tener una sobre producción normativa pero con condiciones específicas, es lo que se denomina la heterogeneización de la regulación estatal. (Santos 1998, 90). De esta forma existe una serie de normas que regulan ámbitos específicos y se crea una producción normativa diferente a la generada por el monopolio estatal. Es lo que se denomina “pluralidad jurídica transnacional”¹⁵⁹. Está caracterizada por inmensa cantidad de normas establecida entre los Estados y las empresas transnacionales¹⁶⁰.

Pero además, estas normas cuya fuente deviene no del propio estado sino del ámbito transnacional adquieren una estructura en forma de red¹⁶¹. Por otro lado, y

¹⁵⁹ “Precisamente este enorme policentrismo de las decisiones económicas y políticas a nivel mundial y, que caracterizan precisamente por ello, a la economía globalizada, hacen cada vez más difícil que los Estados-Nación en su individualidad tomen sus propias decisiones hacia el interior, destacándose entre ellas, el contenido de su derecho. Las tradicionales normas abstractas, impersonales y estandarizadas del ordenamiento, con las cuales se ha construido el derecho positivo, pierden continuamente su capacidad para organizar de forma eficaz sociedades cada vez más complejas.” (Hernández Cervantes 2014, 112).

¹⁶⁰ “En el marco del nuevo pluralismo jurídico expresado en una activa participación jurídica de las organizaciones transnacionales y precedida de la intensificación de flexibilidad del derecho estatal, se estructuran complejas redes de acuerdos formales e informales a escala mundial...Su fuerza normativa les viene dada del poder que los centros de producción transnacional poseen para que sus instrumentos jurídicos sean adoptados, observados y aplicados por los involucrados” (Hernández Cervantes 2014, 164).

¹⁶¹ “comprende desde normas jurídicas, principios, directrices, políticas públicas y privadas de organización, guías de resolución de conflictos hasta modelos de leyes homologantes, entre otras. El fin determinado para que están articulados en red estos elementos, es para construir un marco

al margen de la pluralidad de normas creadas por la transnacionalización, en el ámbito de lo estatal se produce una normatividad distinta. Es decir, una normatividad que adquiere el carácter de procedimental. Su elemento principal es que tiene un bajo grado de coercitividad, a diferencia de la tradicional norma de producción estatal. Este elemento de debilidad es debido a la pérdida de la soberanía y de la centralidad características de los estados nacionales. (Faria 1999, 150-151).

De esta manera la función primordial de esta norma es neutralizar la influencia y la fuerza que las organizaciones transnacionales han generado pero respetando su autonomía. Es lo que se denomina derecho reflexivo o relacional¹⁶² en la que el derecho tiende a centrarse en la posibilidad de reflexionar y sustituir las posturas conflictivas por otras de carácter de solidaridad y cooperación, y atendiendo más a la funcionalidad que genera la interdependencia de los distintos niveles de la organización estatal (Faria 1999, 153).

Pese a lo anterior, es en este punto al que se tiene que poner mayor atención. Las transformaciones que existen actualmente son contrastantes. El derecho en forma red y su pluralismo normativo se libera de toda forma de control y regulación estatal. Es un derecho transnacional.

Y este derecho transnacional se configura a partir de la influencia directa de los organismos transnacionales. Ello bajo la lógica del mercado, han generado la posibilidad de establecer una “neo feudalización del derecho”. Es decir, como lo establece textualmente Hernández Zubizarreta:

jurídico flexible que relativamente le da orden y estructura a las múltiples operaciones y procesos que constituyen la globalización económica” (Hernández Cervantes 2014, 165).

¹⁶² “El modelo teórico del derecho reflexivo ha sido desarrollado en el ámbito de la Sociología del Derecho europea con la pretensión de configurar un nuevo paradigma científico (en un periodo histórico en el que la confrontación ideológica se ha distendido y los procesos sociales han pasado a tener incidencia que supera las fronteras nacionales) centrándose en un aspecto muy específico del derecho, como es el papel que éste ejerce como instrumento de conformación social. Se trata de un modelo teórico concebido sobre la base del postulado de que la hipercomplejidad de la sociedad contemporánea impide que ésta sea regulada mediante los instrumentos normativos tradicionales del Estado liberal y del Estado intervencionista y por sus respectivas racionalidades formal y material”. (Faria 1999, 153).

Este ordenamiento feudal quiebra y reinterpreta los principios clásicos del Estado de Derecho y se articula por medio de la privatización del poder legislativo y judicial. Los espacios públicos de regulación se subordinan a los espacios privados que vulneran los derechos de las mayorías sociales. Además, responde a los intereses del capital, de las clases dominantes y de los gobiernos cómplices (2015).

Hernández Zubizarreta ve la transformación del derecho a partir de la influencia de las corporaciones globales y a partir de relaciones jurídicas totalmente asimétricas¹⁶³ por medio de acuerdos y tratados internacionales que quiebran aún más el modelo de Estado de derecho. De esta forma se presentan las siguientes modificaciones: a) la contractualización de la ley y de las relaciones económicas, b) la inflación legislativa o inflación jurídica, c) la pulverización del Derecho legislativo, d) el paralelismo en las formas, e) la quiebra del imperio de la ley, f) la privatización de los derechos humanos, g) la pérdida de mecanismos de control estatal y h) La privatización del Derecho (2015, 3-7).

En este contexto se habla entonces de un fenómeno que se instaura fuera de los parámetros establecidos por el Estado como representante del espacio público y del interés general. El ámbito de lo público-estatal está siendo transformado, adquiriendo diferentes características e influenciado por nuevas lógicas y dinámicas y en especial por las dinámicas del comercio estructuradas bajo la lógica de la propiedad privada.

¹⁶³ “Los derechos de las empresas transnacionales se tutelan por un ordenamiento jurídico global basado en reglas de comercio e inversiones cuyas características son imperativas, coercitivas y ejecutivas -Derecho duro-, mientras que sus obligaciones se remiten a ordenamientos nacionales sometidos a la lógica neoliberal, a un Derecho Internacional de los Derechos Humanos manifiestamente frágil y a una Responsabilidad Social Corporativa (RSC) voluntaria, unilateral y sin exigibilidad jurídica – Derecho blando o *Soft law*”. (Hernández Zubizarreta 2015).

Capítulo Tercero

La transformación de lo público y lo privado en el Estado y el derecho en México

El presente capítulo examina cómo los cambios y reconfiguraciones económicas han modificado las funciones del Estado y el derecho. El trabajo analiza de forma histórica la transformación de la relación de lo público-estatal con los particulares, y se enfoca en los acontecimientos que constituyeron desplazamientos de la función estatal. Dichos sucesos se establecen en tres momentos centrales: la consolidación de lo público estatal; la intervención de lo público estatal en el ámbito de lo privado, y por último, la desarticulación de lo público-estatal y la expansión del ámbito privado.

El primero de ellos, inicia en el contexto que dio origen a la promulgación de la Constitución de 1917 y termina en 1940, es decir, la etapa del Estado posrevolucionario y de reconstrucción económica nacional. Este periodo generó relaciones políticas y jurídicas de características sociales, con base a la protección de sectores obreros y campesinos. Por tanto, se crea una estructura en la que lo público-estatal abarcó dimensiones de intervención en distintos sectores de la actividad económica, principalmente en la creación de infraestructura para el desarrollo nacional.

En un segundo momento, que va de la etapa de 1940 hasta 1982, el Estado se caracterizó por su intervención en la economía. En este periodo, a diferencia del anterior en el que se invirtió principalmente en infraestructura como la forma de lograr el desarrollo económico, el Estado diversifica sus actividades, es decir, interviene de forma tal que comienza a producir bienes y a prestar servicios que amplían sus funciones y tareas económicas. Por lo que se produjo un crecimiento del sector público a través de las empresas estatales. A su vez, reguló y controló la economía nacional con medidas proteccionistas, principalmente en el sector comercial, por medio de aranceles e impuestos y a través del control sobre la inversión extranjera.

El tercer momento representa la desarticulación de lo público estatal y la expansión del ámbito de lo privado, inicia en el año de 1982 y continúa hoy en día. En esta etapa se modifican sustancialmente las funciones del Estado debido a la crisis económica mundial que se registró en la década de los años setenta, y por otro lado, a la crisis económica nacional que generó una creciente inflación y una deuda pública de dimensiones importantes que aquejó al país en los años ochenta. Para revertir esta situación se implementaron medidas que fueron denominadas neoliberales y que llevaron a una intensa restructuración estatal. Se inicia un proceso de desmantelamiento de las empresas productivas del Estado a través de las privatizaciones, y se continúa con la mercantilización en la medida de lo posible, de todos aquellos espacios de actividades del sector público y ámbito social.

De esta manera, el presente capítulo pretende dar cuenta de cómo la crisis del sistema capitalista llevó a cabo una profunda restructuración de lo público estatal. Por lo que este desarrollo histórico permite establecer cuál es la forma que adquiere el Estado y sus relaciones económicas, pero además, refleja la construcción de las diferentes facetas de producción política y jurídica del nuevo papel que toma el Estado y el derecho en la actual fase del sistema capitalista.

3.1 La consolidación de lo público estatal

3.1.1 Consideraciones previas sobre la relación Estado y derecho y sobre lo público y lo privado

El presente apartado toma como elementos de estudio la relación entre el Estado y el derecho, y su relación con lo público y lo privado. De la primera relación resulta un aspecto importante como lo son la relación entre el poder, el Estado y el derecho, esto es, como se determina la relación entre el poder político, el Estado y el derecho.

Por tanto, se parte de la premisa de que los cambios que se presentan en la sociedad, en sus relaciones políticas y económicas, determinan las funciones del Estado y el contenido del derecho, es decir, los cambios son producto de las relaciones sociales, políticas y económicas en un determinado momento histórico.

De esta forma, las transformaciones que se dan en dicha relación se ven reflejadas y se materializan en el ordenamiento jurídico de la sociedad¹⁶⁴.

Por medio de esta dinámica, se tiene que explicitar la relación que guardan las formas de dominación política, esto quiere decir que es indispensable comprender la relación entre lo político, lo estatal y lo jurídico. Para ello se analizará, de primer momento, la postura tradicional de la relación Estado-derecho, como punto de partida del análisis, sin que ello signifique que dicha conceptualización, se haya modificado en algunos de sus términos y significados primigenios. Es decir, sin que en el devenir histórico, donde dicha relación que se presenta de manera conjunta, como el monopolio del derecho por el Estado se encuentre sometida en la actualidad bajo una dinámica que tiende a una pluralidad jurídica y no al solo derecho estatal. Precisamente se inicia desde ese punto porque la construcción de dichas categorías son la base y el sustento de la dominación y de las relaciones modernas.

A su vez, el análisis de este trabajo es desentrañar las modificaciones que han sufrido el Estado y el derecho, y por el propio objeto de estudio, se hace referencia principal al ordenamiento jurídico emanado del Estado. En tal sentido, uno de los objetivos centrales es establecer cómo la fuerza del monopolio jurídico estatal convive en la actualidad con otras fuerzas, principalmente económicas, introduciendo nuevas relaciones que han reconfigurado la relación Estado y derecho.

Ahora bien, haciendo referencia a la diferencia entre el concepto de lo político y el estatal, el primero surge con anterioridad al Estado y abarca otro tipo de organizaciones que no son las estatales, como la actividad política que surge en las organizaciones sindicales o religiosas (H. Heller 1998, 261). Frecuentemente se suele identificar lo político con el Estado, pero lo que identifica a ambos conceptos

¹⁶⁴ En el Prólogo de la Contribución a la Crítica de la Economía Política, Marx señala lo siguiente: “Mi investigación desembocó en el resultado de que, tanto las condiciones jurídicas como las formas políticas no podían comprenderse por sí mismas ni a partir de lo que ha dado en llamarse el desarrollo general del espíritu humano sino que, por el contrario, radican en las condiciones materiales de vida, cuya totalidad agrupa Hegel, según el procedimiento de los ingleses y franceses del siglo XVIII, bajo el nombre de «Sociedad Civil», pero que era menester buscar la anatomía de la sociedad civil en la economía política” (2011,66).

es el uso al término de “poder”¹⁶⁵ (Bobbio 1989, 102). En este sentido, el Estado como la entidad tiende a acaparar mayores espacios que una organización política menor, ejerce su poder y su dominio de distintas formas.

Desde una perspectiva sociológica, la política sería la “aspiración a la participación en el poder, o a la influencia sobre la distribución del poder, ya sea entre Estados o en su caso, en el interior de un Estado, entre los grupos humanos que comprende” (Weber 1983, 1056). Por tanto, lo político se entrelaza necesariamente con el poder, y se identifica con la coacción, esto es, como “el poder que para obtener los efectos deseados tiene el derecho de servirse de la fuerza” (Bobbio 1989, 108). Así, el Estado como organización política, ejerce poder a partir de controlar el uso de la fuerza. Una de las definiciones clásicas de la sociología es que el Estado “es aquella comunidad humana que en el interior de un determinado territorio reclama para sí (con éxito) el monopolio de la coacción física legítima” (Weber 1983, 1056).

El problema del poder político trae como colación la incógnita sobre si este dominio coactivo puede durar o permanecer (ser obedecido) en el tiempo con la sola utilización de la fuerza. El poder político que usa el Estado se ve revestido por la necesidad de establecer un orden que le permita mantener su dominación, de esta forma, el Estado moderno legitima su dominación a partir de la legalidad.

La dominación legal que utiliza el Estado moderno se presenta “en virtud de la creencia en la validez de un estatuto legal y de la competencia objetiva fundada en reglas racionalmente creadas, es decir: disposición de obediencia en el cumplimiento de deberes conforme a estatuto, esta es la dominación tal como lo ejerce el moderno servidor del Estado” (Weber 1983, 1057).

Ahora bien, no se puede reducir, ni identificar al derecho con el Estado ni a este último como simple derecho, tal y como lo ha definido Kelsen desde una posición jurídica, “solo hay un concepto jurídico del Estado: el Estado como un orden jurídico centralizado” (2008, 224). Más bien, el Estado y el derecho mantienen una

¹⁶⁵ El concepto de poder “proviene del griego *cratos* fuerza, potencia, y *arqué* autoridad” (Bobbio 1989, 102).

posición dialéctica, ya que “sin el carácter de creador de poder, que el derecho entraña, no existe ni validez jurídica normativa ni poder estatal; pero sin el carácter de creador de derecho que tiene el poder del Estado no existe positividad jurídica ni Estado” (H. Heller 1998, 246). El derecho es la manifestación del poder político ejercido por el Estado, y el poder político del Estado es aquel que “tiene a su disposición el orden jurídico establecido y asegurado por órganos estatales” (H. Heller 1998, 264).

Por lo tanto, el Estado encausa el poder político a través del derecho, mismo que se ve reflejado en normas que rigen a la sociedad, de ahí que la Constitución sea la norma fundamental que organiza una sociedad determinada y los intereses de las distintas fuerzas sociales y los factores reales (la clase política, los banqueros, la pequeña burguesía y la clase obrera) se expresen jurídicamente en la Constitución. Tal y como Lasalle interpretó el significado de la Constitución: “se toman estos factores reales de poder, se extienden en una hoja de papel, se les da expresión escrita, a partir de este momento, incorporados a un papel, ya no son simples factores reales de poder sino se han erigido en derecho, en instituciones jurídicas, y quien atente contra ellos atenta contra la ley, y es castigado” (Lasalle 2013, 60). En tal sentido, los cambios en las relaciones políticas y económicas dominantes logran imponerse en la sociedad modificando el ordenamiento jurídico a partir del cambio en los contenidos normativos (Cossío Díaz 2008, 15).

Una vez establecidos los parámetros de la relación entre política, Estado y derecho, resta hacer mención la cuestión de lo público y privado, es decir, cómo se ha establecido la relación del Estado y el derecho con la actividad de los particulares. Para ello, se parte de la premisa de que la norma que permite, faculta y obliga, así como también, prohíbe y limita conductas, se relaciona directamente con la actividad de los particulares. En este sentido la premisa central es establecer de qué forma el Estado y el derecho han generado espacios y ámbitos de representación de lo público, pero a su vez de articulación (límites o extensiones como lo son los permisos, las prohibiciones, las licencias, las concesiones o regulaciones) con el espacio denominado como privado.

Por lo tanto, hablar de la configuración de los espacios de lo público y lo privado en el Estado y el derecho, es plantear necesariamente la relación entre el desarrollo del Estado y el derecho mexicano, y su relación con el desarrollo económico capitalista. Es decir, el Estado y el derecho como representantes de una dimensión de lo público, van adquiriendo determinadas características conforme el modelo político-económico dominante.

De esta forma, lo público se caracteriza por ser una:

Dimensión social que obliga al Estado a salvaguardar un conjunto de intereses considerados como prioritarios para la sociedad. Más propiamente, lo público es una dimensión impuesta al Estado por la sociedad bajo una determinada correlación de fuerzas, en la que esta consigue poner al margen de la lógica del mercado un complejo de tareas socialmente necesarias para la reproducción y desarrollo de la sociedad como un todo. Al interior de lo público quedan resguardados los intereses comunes de la sociedad, por lo que es una dimensión que excluye al mercado (A. Gurza Lavalle 1994, 65).

En este sentido Gurza Lavalle plantea, que en México la conformación de la sociedad civil fue débil y por lo tanto el Estado tuvo que intervenir atendiendo las demandas sociales que no pudieron ser cubiertas por el propio mercado, situación que llevó a configurar un público en el que se establecieron demandas y necesidades sociales, producto del movimiento revolucionario¹⁶⁶ (1994, 66). Por lo tanto, lo público estatal en un momento histórico dado, representó espacios que se encontraron fuera del mercado, sin embargo, la función de lo público estatal no solo llevó a cabo un proyecto de realización de demandas sociales importantes, sino además, cumplió un papel que sirvió al desarrollo del capital, “lo público también se encuentra estrechamente vinculado con el capital, en tanto que asume las necesidades de su reproducción como una necesidad social” (A. Gurza Lavalle 1994, 66).

¹⁶⁶“Lo público forma parte de esta imposición y es una característica constitutiva e irrenunciable del Estado pos revolucionario. Los artículos 3º, 27º, 28º y 123º constitucionales son la condensación más significativa de lo público en México, pero a la par de ellos existe un impresionante complejo de instituciones, valores, disposiciones jurídicas, comportamientos, ideologías y sistemas de expectativas sociales montados sobre lo público como dimensión social, que lo determinan y otorgan su especificidad” (A. Gurza Lavalle 1994, 66).

Al mismo tiempo lo público también se transforma, es decir, adquiere dimensiones según el nivel de fuerzas y de intereses que son representados:

Lo público no es una dimensión social inmutable, tiene posibilidades de extensión o estrechamiento para cubrir o desconocer ciertas demandas sociales específicas como públicas [...] no obstante la configuración básica de lo público, anteriormente explicada, opera como la matriz fundamental que determina lo que es y lo que no es obligación del Estado frente a la sociedad, vale decir, que pre clasifica las necesidades sociales en su viabilidad de ser acogidas en el seno estatal como parte integrante de lo público (A. Gurza Lavalle 1994, 67).

De lo anterior, resulta que el Estado recoge ciertas necesidades y obligaciones sociales y las establece como lo público del Estado, pero además, dichas necesidades y obligaciones pueden ser modificadas y reestructuradas con relación a los intereses de las fuerzas políticas y económicas en un momento histórico determinado.

Mediante esta tesitura y una perspectiva de la administración pública, Rina Aguilera Hintelholher señala que lo público se puede entender como una esfera en la que se encuentra conviviendo gobernados y ciudadanos, en la que las instituciones estatales se organizan en torno a ciertos valores y determinadas atribuciones para el cumplimiento de tareas y funciones asignadas. Ello, bajo el respeto de las libertades civiles que permiten el desarrollo de distintos ámbitos y actividades (económicas, laborales, empresariales, de servicios) para el beneficio de la sociedad y de la comunidad (2012, 67).

Desde esta perspectiva, la autora hace mención que el espacio público también lo forman los distintos poderes de un gobierno democrático y se caracteriza por espacios institucionales con atribuciones¹⁶⁷ y responsabilidades relacionados

¹⁶⁷ “En la esfera pública se reconocen tareas de orden general a cargo de la autoridad como el cobro de impuestos, la elaboración y aplicación de la ley, la procuración y administración de justicia, la conducción de las relaciones exteriores, la administración de la política interior, el orden, la justicia, la protección de las libertades civiles y políticas; la tareas de soberanía, autodeterminación y salvaguarda a cargo del Estado, la dotación de los servicios públicos, el cuidado del ornato, la limpieza de las calles, los servicios de salud, educación, recreación, la seguridad social, los programas de retiro, el estímulo a la cultura, los apoyos a la divulgación; la aplicación de reglamentos y de incentivos positivos y negativos, el estímulo a la ciencia y la tecnología; en fin, todo aquello que favorece un ambiente en el cual la sociedad puede desarrollarse de acuerdo a estímulos, certidumbre y confianza” (Aguilera Hintelholher 2012, 68).

directamente con el interés público, y que se contraponen a intereses particulares (2012, 68). Por tanto, señala Aguilera Hintelhorer que:

El espacio público es pues un sitio en el cual hay poderes y autoridades legales, políticas y públicas, a fin de que el poder estatal desarrolle las responsabilidades que tienen a su cargo, correspondiendo al Poder Ejecutivo, la Administración Pública y la burocracia gubernamental las actividades que se relacionan con la sobrevivencia, desarrollo y consolidación de la vida individual y la vida colectiva” (2012, 69).

A su vez, la autora hace una tipología de lo público en la que compara distintas acepciones, esto es: lo público estatal, lo público gubernamental, lo público administrativo y lo público social. Para la autora, lo público estatal lo refiere “a las tareas generales que no pueden estar en manos de los individuos, no solo por ser complejas, sino por el grado de especialización que demanda campos profesionales” (2012, 73); lo público gubernamental hace referencia a la administración pública “se encarga de procesar las demandas en políticas públicas lo cual implica que lo público, referente a la Administración Pública la caracteriza como una institución que es común, general y accesible a todos los habitantes de la sociedad” (2012, 73); lo público administrativo que “deviene de lo que se ocupa de entender y satisfacer necesidades colectivas, produce bienes que son para toda comunidad civil, ejerce el presupuesto y el gasto público para generar ventajas, incentivos y distribución de beneficios” (2012, 73); y por último, lo público social que “es todo aquello que es distinto pero no adverso al Estado y está dado por espacios comunes, sitios abiertos y convivencia plena con sujeción a reglas de orden general y universal” (2012, 73).

Desde una perspectiva política Paul Starr señala que lo público adquiere diferentes concepciones atendiendo a sus diversos empleos y usos:

Puede ser entendida como lo abierto y visible (la esfera de la vida pública, el teatro público, el mercado público, la sociabilidad pública. También se le puede concebir como lo que se aplica a todo el pueblo o, como decíamos, al público en general, caso en el que el público puede consistir en un agregado o en una masa que no tiene contacto directo ni relación social: lo opuesto a una esfera de sociabilidad. O la esfera pública puede ser específicamente concebida como el dominio circunscrito por el Estado, aunque acaso sea realmente difícil saber con exactitud donde fijar los límites al Estado” (1993, 30).

El autor enfatiza lo público estatal, haciendo alusión al pensamiento liberal democrático en el que se hacen ciertas exigencias al Estado, las cuales se traducen en una concepción de gobierno público como una “estructura de reglas que limita el ejercicio del poder del Estado” (1993, 31). El gobierno público tiene que rendir cuentas por el papel que cumple como funcionario del Estado, pero además, “las decisiones y deliberaciones del gobierno deben ser públicas en el sentido de que informe de ellas públicamente y que estén abiertas a la participación general. En suma, se supone que los ciudadanos de un Estado liberal tienen el derecho de esperar que su gobierno sea público no solo en sus fines, sino también en sus procesos” (1993, 32). Lo público estatal adquiere un marco en el que los valores como la transparencia, la rendición de cuentas, la participación ciudadana en la toma de decisiones gubernamental son necesarias para legitimar a los gobiernos, además de dotarlo de herramientas públicas y democráticas. Por consecuencia las distintas perspectivas sobre lo público permiten construir una panorámica más amplia la problemática del concepto.

Es decir, en el ámbito de la actuación del Estado se puede distinguir un público estatal, gubernamental, administrativo y social como ya se ha señalado en párrafos anteriores, pero además, no solo se presenta con relación a las funciones y fines estatales, sino en torno a los actos de carácter procedimental. Esto es, al régimen por el cual se encuentran sometidos los actores involucrados en una situación jurídica, ya sea régimen de derecho público o a uno de derecho privado.

Así, la interpretación de los conceptos como interés público, orden público o utilidad pública conllevan una carga de contenidos que forman lo público en el derecho. No solo se puede limitar afirmar que el derecho público es aquel que regula el actuar del Estado (ya sea poder ejecutivo, legislativo y judicial), sino además, es conveniente señalar cuál es el contenido de lo público en el derecho.

Para ello se toma en cuenta el análisis que hace José Roldán Xopa haciendo especial énfasis en los términos jurídicos de orden público, interés público, derechos de la sociedad, interés general e interés social. El autor parte de una perspectiva que relaciona los límites de actuación de los particulares a partir de que éstos son

tomados como agentes económicos y por consecuencia, se desenvuelven en torno de las regulaciones que son vistas como un orden público y social y por lo tanto, como límites a la actuación de los particulares (2004, 231). Por otro lado, se afirma que la conceptualización que se analiza se encuentra sometida a una tensión entre el eje público y privado¹⁶⁸. Por lo tanto, se delimita lo que se prohíbe a los particulares o los límites sobre los derechos de libertad de actuación. Roldán Xopa señala que dichos conceptos tienen las siguientes funciones formales¹⁶⁹: 1) como limitaciones de los derechos, 2) como limitación a la autonomía de la voluntad, 3) como limitación a la aplicación extraterritorial de las leyes, 4) como criterio para determinar la prevalencia de un interés sobre otro, 5) como fundamento de la oficialidad procesal, 6) como fundamento de actuación oficiosa de la Administración pública, 7) como elemento de validez de los actos administrativos, 8) como calidad de los sujetos jurídicos, 9) como calidad de ciertas normas jurídicas, 10) como situación de coexistencia pacífica de la sociedad.

En la primera función el límite de actuación de los particulares se presenta debido a la existencia de un orden público, esto es, no se puede realizar alguna transacción mercantil debido a la limitación que el derecho impone a los particulares.

La segunda función se desenvuelve en el marco de las relaciones mercantiles de los sujetos en la cual “los conceptos jurídicos indeterminados se configuran como elementos de validez de los actos, determinando la corrección normativa de las manifestaciones de voluntad o bien determinando la regularidad de la conducta de los mismos, en tanto la misma no vaya en contra de normas de interés público comprenden derechos irrenunciables” (2004, 233).

¹⁶⁸Plantea que “Si, por una parte tenemos que jurídicamente existe un ámbito de actuación de los sujetos privados y, por otra, se establecen limitaciones, encontramos que la elección del agente económico se delimita por regulaciones, (en sentido económico) sustentadas en razones de orden público o social estimadas como valiosas; entonces tenemos como resultado una tensión entre lo privado, con lo público o social” (Roldán Xopa 2004, 231)

¹⁶⁹ El autor desarrolla dicha conceptualización en base de una clasificación realizada por Josefina Cortés Campos, pero además agrega otras funciones que tienen dichos conceptos (Roldán Xopa 2004, 232).

En la tercera función hace alusión al conflicto suscitado por la aplicación de normas de un derecho extranjero al derecho nacional en la que se tiene que tomar en cuenta para resolver el conflicto normativo el interés público.

La cuarta función tiene que ver cuando se tiene que decidir respecto intereses de un particular e intereses que afectan a la sociedad o al interés público¹⁷⁰.

Con relación a la quinta función, se presenta cuando se afectan el interés público tratándose de un conflicto entre particulares en el que tiene que intervenir ya sea el Juez o el Ministerio Público, como es el caso de los juicios en materia familiar, en el que para dar impulso procesal es necesario la presencia del Ministerio Público como representante de la sociedad.

Mientras en la sexta función el autor hace alusión a la obligatoriedad de proteger el interés público tratándose de actos en materia administrativa “no solamente se está ante un fundamento para la actuación oficiosa del órgano administrativo sino que el interés público se convierte en un elemento de validez de la actuación” (2004, 234).

Y por último, en la séptima función tiene que ver con que se le atribuyen a ciertos sujetos la calidad de interés público, como lo son los partidos políticos. En la octava se hace referencia a que se les impone a las normas la calidad de interés y orden público, en general las leyes que son aprobadas por el Congreso de la Unión en el ejercicio de sus funciones. Y por último, la que se refiere a la paz, es decir, se establece como la forma de garantizar la seguridad y el orden en la sociedad.

Estas comparaciones de lo público en sus diversas modalidades permiten entrever que la dimensión de lo público en el Estado y al interior del mismo conlleva toda una estructuración y elaboración de marcos de actuación en los que predomina el principio de lo público. En este sentido ya sea como dimensión social impuesta por ciertos intereses hegemónicos o dominantes, hay un espacio de lo público que se opone al mercado, por la cual, el Estado asumió la función de salvaguardar

¹⁷⁰ El autor aduce lo siguiente: “El caso típico es el que se presenta cuando el Juez de Amparo tiene que decidir sobre el otorgamiento de la suspensión del acto reclamado y tiene que valorar que no se siga el perjuicio del interés social, ni se contravengan disposiciones de orden público” (Roldán Xopa 2004, 233).

dichas necesidades sociales. Hay que hacer mención que aunque lo público se ha identificado con el aparato del Estado, no necesariamente lo es así.

En este sentido Gurza Lavalle menciona que en el contexto del Estado de social, se identificó lo público con el Estado a partir del crecimiento exponencial de la intervención del Estado en la economía. Sin embargo, señala el autor, que se confunde el estatismo como un proceso de incremento desmedido de lo público “de manera que lo público es percibido como pura expansión de la voluntad estatal” (1998, 195).

Desde esta perspectiva crítica, el autor¹⁷¹ refiere que esta utilización de los términos como sinónimos no puede ser representada a cabalidad ya que en México es difícil que el Estado actúe de conformidad con los criterios de publicidad, tal y como lo relata en el siguiente párrafo:

La sinonimia entre el Estado y lo público también se presenta por el lado de la crítica a los excesos del Estado de bienestar, según la cual, éste resulta ineficiente e incapaz de resolver más problemas de los que a la larga crea a través de su propia actuación. Sin embargo, al emprenderla contra los excesos del Estado social, contra lo que en un lenguaje poco específico ha sido llamado estatismo, la emprende por igual y sin discriminación alguna contra lo público, como si lo público y el Estado fueran idénticos (1998, 195).

Por otro lado, en el contexto de la reestructuración del Estado, es decir, del desmantelamiento del Estado social y de su reconfiguración en su forma neoliberal, Fernando Escalante Gonzalbo señala bajo otro argumento crítico que lo público no es este estatismo ni tampoco burocratización y corrupción al que se le calificó para desarticular el Estado social, “sin olvidar que lo público no es estatal. Y que lo público no significa burocracia, ineficiencia, ineptitud y corrupción, lo mismo que privado no significa eficiencia y honestidad” (Escalante Gonzalbo 2015, 314).

Resulta importante señalar que las tensiones entre lo público y lo privado se han ido transformando y reconfigurando y adquieren mayor o menor presencia de

¹⁷¹ Este planteamiento se toma como parte del pie de página en el que señala textualmente “el Estado no puede ser su sinónimo, pero además en México no lo es porque el Estado no garantiza la publicidad de sus actos, valga decir: no obra conforme a criterios públicos” (A. Gurza Lavalle 1998, 195).

acuerdo a las necesidades de las relaciones económicas predominantes, con esto se quiere decir, que en la etapa capitalista del Estado interventor lo público abarcó problemáticas sociales como la salud, educación, seguridad social, alimentación y vivienda.

Por otro lado, en cuanto a lo privado Star señala que dicho ámbito hace referencia al término para designar lo que no se encuentra dentro de la esfera del Estado, como lo son en la tradición liberal política y económica; la familia y el mercado¹⁷² (Starr 1993, 29).

Se puede afirmar que el espacio de lo privado y el derecho moderno¹⁷³ se presenta por medio de la dinámica en la que: 1) todo puede ser mercancía, 2) toda mercancía puede tener una voz (Capella 2001, 134).

En cuanto el primer planteamiento en las relaciones capitalistas la mercancía es importante porque ésta es la forma en que se pueden realizar intercambios en el mercado a través de otra mercancía universal como lo es el dinero. Es decir, en las

¹⁷²Escalante señala que “en su sentido original el mercado era un espacio físico, normalmente una plaza, un edificio público, donde se reunían los comerciantes para ofrecer su mercancía. Los compradores podían ir de un puesto a otro, comparar precios, calidades, y decidir sus compras en el momento, a partir de esa información – y de su relación con los vendedores” (2015, 63). Sin embargo, para los neoliberales el mercado es visto como un producto o como un hecho natural. Es decir, como una creación deliberada, pero se refieren a él no como lo primero sino a partir del hecho natural. Textualmente señala el autor “pero en la práctica se refieren al mercado como si fuese un hecho único, siempre igual a sí mismo, y que produce siempre los mismos resultados. Insensiblemente, se adoptan los supuestos del modelo neoclásico más elemental: individuos racionales, información perfecta, competencia, y se atribuyen a esa entidad única, el mercado –tan siempre igual como las gramíneas o los mamíferos” (2015, 63-64).

¹⁷³ Con relación este punto es conveniente citar este razonamiento que hace Marx: “Las mercancías no pueden acudir ellas solas al mercado, ni cambiarse por sí mismas. Debemos pues volver la vista a sus guardianes, a los poseedores de mercancías. Las mercancías son cosas, y se hallan por tanto inermes frente al hombre. Si no se le someten de grado, el hombre puede emplear la fuerza o, dicho en otros términos, apoderarse de ellas. Para que estas cosas se relacionen las unas con las otras como mercancías, es necesario que sus guardianes se relacionen entre sí como personas cuyas voluntades moran aquellos objetos, de tal modo que cada poseedor de una mercancías solo pueda apoderarse de la de otro por voluntad de éste y desprendiéndose de la suya propia; es decir, por medio de un acto de voluntad común a ambos. Es necesario, por consiguiente, que ambas personas se reconozcan como propietarios privados. Esta relación jurídica, que tiene que tener como forma de expresión el contrato, es, hállese o no legalmente reglamentada, una relación de voluntad en que se refleja la relación económica. El contenido de esta relación jurídica lo da la relación económica misma. Aquí las personas solo existen las unas para las otras como representantes de sus mercaderías, o lo que es lo mismo, como poseedores de mercancías” (1973, 48).

relaciones capitalistas se requiere necesariamente del intercambio, y el régimen del derecho privado permite y regula la forma en que se debe dar ese intercambio.

El segundo aspecto se refiere a establecer las condiciones de posibilidad para que el intercambio pueda ser posible. Para lograrlo el derecho privado se ha asegurado de que las figuras jurídicas sean encaminadas a realizar dichas transacciones mercantiles a partir de acuerdos y de pactos, es decir, se han establecido conceptos como el de persona jurídica en el que se elimina toda cualidad que determine al sujeto para poder realizar el intercambio debido. Por tanto, “vistas por el derecho burgués moderno las personas son primariamente voces de mercancías, titulares de un patrimonio. Solo secundariamente tienen otras funciones; el derecho se desinteresa de sus actos en la esfera privada cuando no tienen un contenido o unas consecuencias en el ámbito patrimonial” (Capella 2001, 135).

3.1.2 El Estado y el derecho posrevolucionario en la reconstrucción de la economía

La etapa denominada como Estado pos-revolucionario inicia a partir del establecimiento del orden constitucional de 1917, y continúa con los gobiernos que van desde el Presidente Venustiano Carranza (1917-1920), Álvaro Obregón (1920-1924), Plutarco Elías Calles (1924-1928), el periodo denominado el Máximato (1928-1934) y culminan con el del general Lázaro Cárdenas (1934-1940). En este periodo fue necesario lograr la reconstrucción económica nacional, así que los gobiernos tuvieron que enfrentar varios problemas: la desmilitarización de los grupos revolucionarios, concretar los contenidos sociales establecidos en la constitución (el reparto de tierras a las campesinos, así como llevar a la práctica los derechos de los trabajadores). Además, de generar ingresos económicos para reactivar la economía (Cárdenas Sánchez 2015, 358).

Por tanto, lo que caracterizó los gobiernos de los años veinte y treinta, fue el establecimiento de medidas tendientes a la reconstrucción económica por medio del incremento del papel del Estado en áreas y sectores que permitieran llevar a cabo éste objetivo. (Medina Peña 2014, 90-91). De esta forma, en esta etapa se

estableció el marco de actuación entre los espacios de lo público y lo privado, en cuanto a que el Estado intervino en ciertos sectores de la economía generando una dinámica en la que se establecieron marcos que delimitaron la actuación del Estado, con relación a los particulares.

En este periodo caracteriza al Estado mexicano “la creación de una infraestructura institucional que le permitió al Estado hacer frente a su función como promotor del desarrollo. Es un periodo fundamental en la consolidación de un Estado fuerte a través del presidencialismo, el corporativismo, un partido oficial y una clase política homogénea que definieron e instrumentaron una serie de mecanismos de organización y control de la economía” (Valverde Viesca 1998, 139).

También cabe destacar que en este periodo (1920 y 1930) los gobiernos tuvieron que enfrentar distintos sucesos políticos que repercutieron directamente en la economía, como lo fueron “la caída del gobierno de Carranza (1920), la revuelta de la huertista (1923), los conflictos entre Iglesia y Estado (1926-1928), la Guerra Cristera (1927-1929), y la Depresión Mundial (1929-1931)” (Gollás 2003, 228). A pesar de lo anterior, la intensidad en la que el Estado mexicano fue interviniendo en ciertos sectores de la economía fue constante. En esta etapa, se intervino primordialmente en las áreas financieras, agraria, del trabajo, educación, obra e infraestructura nacional. Cada uno de los sectores comienza a tener un régimen jurídico específico, por el cual el Estado delimita los ámbitos de su regulación.

Se estableció un sistema financiero y monetario¹⁷⁴ que permitió al Estado la consolidación y el desarrollo económico. Se crearon diversas instituciones como lo

¹⁷⁴ “Una de las primeras instituciones que creó Calles fue la Comisión Nacional Bancaria en diciembre de 1924, apenas unos días de haber tomado posesión. Este hecho reflejaba el fuerte interés del nuevo presidente por institucionalizar las tareas propias del Estado respecto de los bancos. Por ejemplo, el mandato de la comisión era vigilar el cumplimiento de las regulaciones aplicables, someter a la Secretaría de Hacienda los medios que hicieran falta para el impulso del sistema bancario, así como supervisar los bancos mediante inspecciones, entre otras [...] El Banco de México fue fundado el 1 de septiembre de 1925; su organización y ley correspondiente fueron diseñados por Manuel Gómez Morín, ante la hostilidad y desconfianza del público, de los bancos comerciales y de los acreedores internacionales” (Cárdenas Sánchez 2015, 385-385).

son “el Banco de México (1925); el Banco de Crédito Agrícola (1916), el Banco Nacional Hipotecario, Urbano y de Obras Públicas (1933), Nacional Financiera (1934); la Comisión Federal de Electricidad (1937); el Banco Nacional de Comercio Exterior (1937); Ferrocarriles Nacionales, y Petróleos Mexicanos (1938)” (Valverde Viesca 1998, 139).

Otra de las prioridades fue atender las demandas sociales, por lo que se realizó el reparto agrario que progresivamente fue aumentando. Los años que van de 1900 a 1914 se repartieron un total de 194, 495 hectáreas, de 1915 a 1934 un total de 11, 580,833 hectáreas, y de 1935 a 1940 18, 786,131 hectáreas¹⁷⁵ (Estadísticas Históricas de México 1986, 321).

Con el gobierno cardenista se consolidó la estructura estatal y permitió el impulso al desarrollo económico nacional, generó un modelo económico nacionalista que permitiría, con posterioridad, lo que se consideró como la etapa del desarrollo estabilizador. Mirón Lince señala que existen cuatro aspectos centrales a mencionar en este periodo gubernamental: la Reforma Agraria, la Expropiación Petrolera, la refundación del Partido de la Revolución Mexicana y la educación socialista (1994, 237).

En cuanto la Reforma Agraria, se crearon una serie de instituciones para llevar acabo dicho cometido. Se creó el Departamento de Asuntos Agrarios y Colonización, el Banco Nacional de Crédito Agrícola y el Banco Nacional de Crédito Ejidal (Mirón Lince 1994, 243-244).

¹⁷⁵ “Para 1928 los diversos gobiernos revolucionarios habían entregado, en números redondos, 5.4 millones de hectáreas, lo que representaba el 3% de la superficie total del país. De ese total, Carranza había entregado el 4%; De la Huerta el 3%; Obregón el 31% y Calles el 62% [...] El gobierno interino de Emilio Portes Gil (1929), distribuyó 1.8 millones de hectáreas en un año. En cambio, en la breve presidencia de Pascual Ortiz Rubio (1930-1932) el promedio anual descendió a 746 mil hectáreas. Este promedio de se incrementó, sin llegar a duplicarse, con el gobierno del presidente sustituto Abelardo L. Rodríguez” (Medina Peña 2014, 114-115). “Y finalmente, el propio ánimo reformador de Cárdenas, que había iniciado el experimento agrarista en Michoacán siendo gobernador, y que ya siendo presidente aceleró el reparto. Mientras que entre 1916 y 1928 se repartieron solo 5.3 millones de hectáreas, entre 1929 y1940 se repartieron 23.7 millones de hectáreas, o que significo un 347.2% de aumento” (Cárdenas Sánchez 2015, 454).

La Expropiación Petrolera¹⁷⁶ y la Expropiación del Ferrocarril significó la pauta por el cual el Estado se vio fortalecido, a partir del apoyo de los sectores campesinos y de trabajadores, “sentó las bases para la implantación de las directrices de un nuevo desarrollo económico del país, basado en la reafirmación del poder y la soberanía del Estado sobre ciertas ramas de la producción” (Mirón Lince 1994, 248).

En este periodo se da impulso a la intervención estatal en ciertos sectores de la economía, pero lo que hay que destacar es que la inversión privada como la inversión pública crecieron simultáneamente “así se estima que la inversión privada obtuvo un crecimiento entre el periodo de 1933-1940 de 104 a 419 millones de pesos corrientes” (Cárdenas Sánchez 2015, 465) Mientras que la inversión pública creció durante el periodo presidencial “de 98 a 290 millones de pesos, una tasa promedio anual de 19.8% mientras que el gasto público total ejercido creció 14.7% en promedio anual en ese mismo periodo” (Cárdenas Sánchez 2015, 466).

De esta manera, la configuración del Estado se presenta aprovechando ciertas circunstancias históricas y condiciones establecidas por el movimiento revolucionario, lo cual llevaría a cierto grado de industrialización y desarrollo económico. Para ello, se organizó al Estado para que se incluyeran demandas sociales, formando una organización política en el que se presenta la inclusión de las masas en torno al aparato estatal¹⁷⁷.

¹⁷⁶ La expropiación petrolera se presenta por la demanda de los trabajadores de aumento de salario y mejora de sus condiciones contractuales. Las empresas petroleras se negaron a realizar un acuerdo de mejoras contractuales aduciendo que no tenía la capacidad económica para ello. Para 1937 estalla la huelga y el asunto se encaminó hacia la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje. Ésta, ordenó realizar un estudio respecto de las condiciones económicas de las empresas petroleras, determinando que las empresas si tenía la capacidad económica suficiente para poder atender la problemática contractual. Ante esta situación, los empresarios recurren al amparo y el asunto pasa hacia la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el cuál niega el amparo a las empresas y resuelve a favor de los trabajadores. Para el 18 de marzo de 1938, el Presidente Lázaro Cárdenas decreta la expropiación petrolera con fundamento en la Ley de Expropiación, retomando el control petrolero para la nación (Mirón Lince 1994, 247-148).

¹⁷⁷ En esta etapa de formación del Estado posrevolucionario toda vía no se había organizado el Estado corporativo como tal, fue con posterioridad que la inclusión de las masas dio forma a una relación política corporativa, “se siguió una línea de masas cuyo objetivo esencial era conjurar la revolución social, manipulando a las clases populares mediante la satisfacción de demandas limitadas; más tarde entre 1929 y 1938, las masas fueron enclavadas en un sistema corporativo

Por lo tanto, la característica que fue adoptando en esta etapa el Estado¹⁷⁸ es la conformación de un Estado fuerte a través de implementar medidas tendientes a concentrarlo, sometiendo las posibilidades de revueltas o cualquier otro movimiento desestabilizador.

El nuevo régimen se fundó en un sistema de gobierno paternalista y autoritario que se fue institucionalizando a través de los años [...] Del autoritarismo derivado del carisma del caudillo revolucionario, se pasó con el tiempo al autoritarismo del cargo institucional de la Presidencia de la República (Córdova 1972, 34).

El Estado mexicano se organiza a través de un gobierno con un régimen presidencialista, bajo un sistema de representación de intereses (corporativo),¹⁷⁹ incluyendo a las masas (diversos sectores sociales primordialmente obreros y campesinos), bajo un modelo, que si bien, en un principio regula la propiedad bajo un esquema individual (propiedad privada) y colectivo (propiedad comunal), en el fondo se establece el modelo capitalista, atendiendo a la propiedad

proporcionando por el partido oficial y las organizaciones sindicales semioficiales y dentro del cual siguieron planteándose y resolviéndose las reformas sociales” (Córdova 1972, 34).

¹⁷⁸ “Esta nueva política y la institucionalización, por vía autoritaria, permitieron incorporar a las organizaciones populares en el seno del PRI y darles albergue allí hasta nuestros días. La legitimidad que obtenía el Estado gracias a su política social y a su hábil manejo de las reivindicaciones populares, sobre todo de aquello que surgían de los sectores más sensibles políticamente, ha sido determinante para mantener la estabilidad del sistema político y de dominación que surge al fin de la revolución” (Bizberg 1990, 51).

¹⁷⁹ En términos generales el concepto se refiere a la intervención estatal en torno a las relaciones sindicales. Sin embargo, este concepto ha ido penetrando en otro tipo de relaciones que no solo se refleja en el ámbito laboral. El corporativismo se refiere a una corporación, es decir un grupo de personas con cierto tipo de intereses y actividades en común. Se basa en el seguimiento y el cumplimiento de lineamientos o normas por los cuales fue creada dicha organización (Robles 2001, 95). A través del corporativismo toda la sociedad de un Estado estará integrada bajo la tutela y el mando del gobierno que es representante del Estado. Así, las instituciones que caracterizan al Estado, son representaciones de los intereses del mismo, lo cual, integra un lazo o correa que va de la sociedad y sus instituciones (sindicatos o partidos políticos) a la del aparato del Estado. Por lo que se borran las diferencias institucionales formando un organismo que desaparecería los contrapesos creados por las monarquías constitucionales y por las democracias liberales (Robles 2001, 96). Se tiene entonces que la forma de organización corporativa es un instrumento que sirve como medio de transmisión de control político por parte del Estado. De lo cual se desprende que el Estado une a sus instituciones de la sociedad y se integra a éste como una corporación. Por lo que se puede establecer que el juego democrático de libre competencia al acceso al poder se encuentra sometido por el poder de mando ejercido por quienes dirigen al Estado. Todas las instituciones trabajan como un cuerpo y para una visión común. Por lo que estas organizaciones serán el reflejo de una estructura interna sometida a la integración de la corporación.

privada y estableciendo una posición frente a los campesinos y los obreros de alianzas y pactos, lo cual estableciera un orden en la sociedad mexicana.

Para Ilán Bizberg, el papel que cumplió el Estado, se presenta como agente de desarrollo económico en torno a una lógica popular-nacionalista. De la primera afirmación se desprende que la intervención estatal se origina con base a una construcción política por parte del Estado que abarcara todos los sectores posibles de la sociedad, “en el caso de México, está bien claro que es el Estado, confundido con el gobierno y con el sistema político fundamentado sobre un partido dominante, el que define las orientaciones políticas” (Bizberg 1990, 26).

Por tanto, para poder lograr la reconstrucción nacional fue indispensable crear la consolidación de un sistema político jerárquico, fuerte e inclusivo. Para ello, y como bien lo señala el autor, el dar un fuerte impulso a las clases campesinas y obreras era totalmente indispensable. Para lograr dicho objetivo fue necesario construir una lógica que diera sentido esta conformación o ésta construcción nacional (Bizberg 1990, 37). En ello se basaría el presidente Cárdenas para poder realizar los cambios institucionales.

El Estado utilizó una lógica nacional y populista (Bizberg 1990, 45)¹⁸⁰, que serviría al presidente, como una medida que permitiera unir a la sociedad mexicana, pero además de lograr cierta unidad en una sociedad que se encontraba desorganizada y fragmentada, esta base nacional-popular le permitió legitimar políticamente aún más su gobierno, y por ende, poder realizar las transformaciones económicas y políticas necesarias en el país. Es decir, de momento a momento, fue haciendo a un lado a aquellas fuerzas económicas (como las empresas petroleras extranjeras) y políticas que representaban intereses contrarios a los de la nación.

¹⁸⁰ “La doble lógica nacional y popular, bajo la cual se planteó el proyecto de modernización económica, que era toda vía más eficaz frente a la amenaza exterior que representaba la segunda guerra mundial, fue lo que hizo factible un cambio de actitud hacia las organizaciones populares, al tiempo que se pasaba de un proyecto fundamentalmente agrario a otro básicamente industrial” (Bizberg 1990, 45).

De ello resulta, que las contradicciones creadas por las medidas tomadas fueron socavadas ante el impulso inclusivo y corporativo del Estado.

3.1.3 El sector público estatal y las funciones del Poder Ejecutivo

Una vez analizado las características generales del periodo del Estado posrevolucionario, es menester adentrarse a la forma en que se organiza el Estado para llevar a cabo su actividad con relación a los particulares. Dos temas son centrales para comprender los cambios realizados en el Estado y el derecho en el espacio público y privado. El primero tiene que ver con la estructura que organiza la actividad del Estado (sector público o administración pública) y en segundo lugar, la estructura jurídica de actuación del Estado con relación a los particulares.

El sector público o la administración pública, puede ser analizado desde distintos puntos de vista, esto es, tanto el área de la administración pública como desde el derecho administrativo, los ámbitos han generado perspectivas de análisis respecto a los órganos del Estado y la configuración del aparato de la administración pública. En este sentido, para Marcos Kaplan el sector público se define “como el conjunto de actividades, instituciones, órganos e instrumentos que integran el Estado o se hallan bajo su control directo y le permiten intervenir de diversas maneras en el proceso socioeconómico, incluso producir y distribuir bienes y prestar servicios públicos (1988, 52).

Para llevar a cabo dichas actividades, el sector público se subdivide en diferentes órganos de actuación, el cual, Kaplan, los describe de la siguiente manera: a) órganos legislativos, ejecutivos, judiciales, del gobierno central y de los gobiernos provisionales (congresos, tribunales, jefatura ejecutiva y ministerios); b) órganos administrativos o departamentos gubernamentales normales, a través de los cuáles el Estado, como persona del derecho público, asume directamente una actividad económica determinada, la producción y distribución de bienes o la prestación de servicios, bajo la forma y con los métodos de una administración gubernamental común; c) órganos auxiliares creados con el fin de suministrar bienes y servicios para el propio Estado y para empresas públicas- particulares; d) Entidades estatales administrativas con descentralización institucional y

competencia especial con fines de interés público adquiriendo como característica principal que estas últimas no están unidas jerárquicamente a los órganos del gobierno central; e) organismo para ejecutar programas especiales con grados de descentralización funcional y presupuestaria; y la empresa pública (Kaplan 1988, 73-74).

En cuanto a las funciones del Poder Ejecutivo se ha denominado en la doctrina administrativista como la función administrativa, que es distinta a la de los poderes legislativo y judicial. Siguiendo con los planteamientos de Gabino Fraga, las funciones del poder ejecutivo se puede dividir desde dos puntos de vista el criterio formal que se define como “la actividad que el Estado realiza por medio del Poder Ejecutivo” (2000, 53) y desde el punto de vista material “es la que el Estado realiza bajo un orden jurídico, y que consiste en la ejecución de actos materiales o de actos que determinan situaciones jurídicas para casos individuales (2000, 63).

De esta manera para Serra Rojas la función administrativa engloba los siguientes elementos:

a) es una función del Estado que la doctrina y la legislación asignan, por regla general, al Poder Ejecutivo Federal, b) se realiza bajo un orden jurídico de derecho público, c) la finalidad de la función se cumple con la actuación de la autoridad que lo hace de oficio y con iniciativa para actuar, d) la limitación de los efectos jurídicos de los actos administrativos, e) los medios como se realiza la función, actos jurídicos materiales y formales, f) el régimen de policía o régimen de control de todas las actividades administrativas, g) la función administrativa implica la realización de todos los actos materiales como antecedentes del acto jurídico (1977, 63).

La administración pública hace referencia a las actividades del Estado o del sector público. Serra Rojas señala que la administración pública tiene sentidos diversos pero hace alusión a los siguientes puntos: “a) administrar un negocio o asuntos públicos, b) se refiere al conjunto de órganos, servicios o actividades bajo la misma dirección o consejo, a fin de perseguir una tarea determinada de interés privado o público, c) esta actividad estatal va más allá de la actividad de la ley, y ahora se involucra en asuntos económicos” (1977, 77) Y señala que la administración pública es “la realización del interés general por medio de una acción

desinteresada de todo propósito de lucro, que se asegura con determinadas prerrogativas que establecen un régimen jurídico exorbitante del privado (1977, 78). En este sentido la organización de la administración pública se ha dividido en distintos órganos para la realización de las actividades estatales. La estructura administrativa estatal se ha planteado conforme a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal de la siguiente manera: órganos centralizados y organismos descentralizados o entidades paraestatales¹⁸¹.

Ahora bien, bajo esta esquematización solo resta señalar cuales son las características de las funciones que ha tomado el Estado. Para Kaplan la evolución del sector público se puede establecer de la siguiente manera:

1) Actividad administrativa de coacción o policía: limitación forzosa de actividades particulares para el logro de fines de interés público; 2) actividad administrativa de fomento o estímulo: promoción o apoyo de actividades privadas que satisfacen necesidades públicas o se consideran de interés general, sin recurso a la coacción; 3) Prestación administrativas de servicios asistenciales y sociales (beneficencia, sanidad y educación): la administración no se reserva la titularidad ni el monopolio de tales actividades, ni prohíbe a los particulares su libre ejercicio. No aparece toda vía la fórmula de la concesión en sentido estricto, pero se va afirmando la potestad reglamentaria del Estado sobre las actividades privadas, por su conexión con el interés público, y sin elevar aquellas categoría de servicios públicos; 4) Administración pública como titular de servicios económicos en ésta etapa de evolución y según la forma que se considera, se intenta resolver el problema planteado por la concepción vigente del Estado liberal, que impide atribuir la explotación económica de los servicios públicos a la administración estatal. Se llega así a los conceptos de servicio público y de concesión de los mismos, como fórmula transaccional que respeta la explotación en manos de particular y 5) La empresa mixta representa una especie de forma transicional entre la actividad de la administración pública como titular de servicios de carácter económico a cargo de particulares, como prestadora directa de tales servicios y productora sin intermediaciones de bienes y servicios (1988, 70-71).

¹⁸¹ La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal señala en su artículo 1º lo siguiente: La presente Ley establece las bases de organización de la Administración Pública Federal, centralizada y paraestatal. La Oficina de la Presidencia de la República, las Secretarías de Estado, la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal y los Órganos Reguladores Coordinados integran la Administración Pública Centralizada. Los organismos descentralizados, las empresas de participación estatal, las instituciones nacionales de crédito, las organizaciones auxiliares nacionales de crédito, las instituciones nacionales de seguros y de fianzas y los fideicomisos, componen la administración pública paraestatal.

3.1.4 La constitución de 1917 y el régimen jurídico con relación a la actividad de los particulares

Es atendiendo al ordenamiento constitucional como se puede analizar de qué forma se delimitó lo público y lo privado en esta etapa. Es evidente que como producto histórico social, la constitución adquiere un contenido específico que reguló de singular manera las relaciones de lo público y lo privado. La constitución estableció un modelo jurídico en torno a las relaciones económicas y sociales que permitieron la reconstrucción y con posterioridad el desarrollo económico y social. Aunque no se estableció un apartado en específico en que se establecieran las funciones económicas del Estado, si señalaron límites y alcances respecto de lo público, lo privado y lo social, cuestión que interesa analizar en la presente investigación.

De esta manera la Constitución de 1917 se puede expresar bajo dos grandes temáticas: la basada en la postura del liberalismo político a través de la protección de los derechos del hombre por el Estado y el de la garantía de los derechos sociales producto de la lucha revolucionaria¹⁸². Aunque en varios artículos se mantuvieron las posturas establecidas en la constitución de 1857, como la del liberalismo político¹⁸³, el marco constitucional tomó características específicas sobre todo en lo relativo a la propiedad, a los monopolios del mercado y a la regulación del Estado en la materia del trabajo.

¹⁸² “Una de las características del Congreso Constituyente de 1916-1917 consiste en que el mismo se desarrolló en dos etapas ideológicas: la primera, definida por el pensamiento evidentemente liberal del proyecto de reformas presentado por Carranza, y por el inicial predominio del grupo cercano a éste; en la segunda, señalada por la creciente influencia de las ideas sociales que, finalmente, terminaron por establecer muchos de los rasgos definitorios del texto constitucional” (Cossío Díaz 2008, 80).

¹⁸³ De esta manera, cuando Carranza presentó el proyecto relativo a la reforma constitucional, uno de los primeros aspectos a señalar fue la necesidad de establecer una relación entre Estado y sociedad en la que prevaleciera el individuo. Para él, el Estado estaba limitado a proteger la esfera del individuo. En el mensaje que realiza Carranza al presentar su proyecto de reforma de constitución, hace alusión a la constitución de 1857, donde establece la importancia que se tuvo al señalar como referencia a los derechos del hombre, pero afirmó, que dichos artículos resultaron demasiado abstractos para su aplicación, por lo que era conveniente que tales derechos se pudieran llevar a la práctica¹⁸³, sustituyendo el apartado de derechos del hombre por el de Garantías Individuales (Rabasa 1995, 153).

3.1.4.1 La propiedad¹⁸⁴: lo público, lo social y lo privado

La regulación de la propiedad se estableció en tres sentidos: la propiedad pública, la propiedad social y la propiedad privada. Es decir, el Estado estableció los límites y alcances en que iban a convivir los espacios de lo público, lo privado y lo social.

El primer párrafo del artículo 27 constitucional de 1917 señaló expresamente que el propietario originario¹⁸⁵ de las tierras y aguas dentro de los límites del territorio, era la nación.¹⁸⁶ (Estado), tiene a su vez el derecho de

¹⁸⁴ “La propiedad como derecho “depende de la voluntad de la ley, cuándo ésta establece que un bien es susceptible de disposición en general, aun cuando este acto se prohíba a determinada categoría de personas respecto de cierta especie de bienes [...] la propiedad se traduce, pues, en un modo o manera de atribución de un bien a una persona. De la calidad o categoría de ésta depende la índole de tal derecho. Así cuando el sujeto a quien imputa o refiere una cosa es el Estado, como entidad política y jurídica con personalidad propia distinta de la que corresponde a cada uno de sus miembros, la propiedad será pública, la cual es ejercida por conducto y a través de las autoridades (Burgoa 1986, 456).

¹⁸⁵ En este sentido existe una discusión respecto de la cuestión originaria de la tierra, y es que al establecerse esta acepción la interpretación que devino fue en palabras de Tena Ramírez citando la tesis del Constituyente de Querétaro lo siguiente “la propiedad actual deriva de la que se formó durante la colonia. “El principio absoluto de la autoridad del rey, dueño de las personas y de los bienes de sus súbditos, dio a la propiedad sobre todos estos bienes el carácter de precaria...El rey era el dueño, a título privado, de las tierras y aguas, como cualquier particular puede disponer de los bienes de su patrimonio; pero dentro de ese derecho de disposición concedía a los pobladores ya existentes y a los nuevamente allegados, derechos de dominio...Por virtud precisamente de existir en dicha legislación colonial el derecho de propiedad absoluta en el rey, bien podemos decir, que ese derecho ha pasado con el mismo carácter a la Nación. En tal concepto la Nación viene a tener el derecho pleno sobre las tierras y aguas de su Territorio, y solo reconoce u otorga a los particulares el dominio directo en las mismas condiciones en que se tuvo, por los mismos particulares, durante en la época colonial, y en las mismas condiciones en que la República después lo ha reconocido u otorgado (2000, 186). De antemano, Tena Ramírez señala que no fue para nada afortunado el hacer alusión a dichos antecedentes históricos monárquicos y que su la acepción se justifica porque se ve al derecho como “un derecho real de naturaleza pública” (Tena Ramírez 2000, 187). Así, se señala como el inventor de esta conceptualización al Lic. Molina Enríquez, quien acompañó a los diputados en la redacción del mismo artículo 27 constitucional. Arnaldo Córdova señala al respecto lo siguiente: “La reforma verdaderamente trascendental, según Molina Enríquez consistió en reestablecer el principio de que los derechos de la nación son antes y están por encima de todos los derecho privados,; el artículo 27 no quiso imponer determinado sistema de propiedad, ni cambió en manera alguna el sistema establecido desde la época colonial; en realidad, lo restauró, con la salvedad de que establece una vinculación directa entre el Rey de España y la nació, su legítima sucesora, y que el interés de esta se califica, de inmediato, como un interés social...Ahora bien, esta concepción, por medio de la cual se justifica la nueva forma de propiedad, no solo tuvo el efecto de legitimar, desde el punto de vista histórico, el poder político surgido de la Revolución, sino además, el de legitimar la misma Constitución como norma positiva” (1973, 226).

¹⁸⁶ El término nación debe ser entendido como el del Estado. “Aquí el término nación debe de interpretarse como sinónimo de Estado, pues en realidad por una ficción jurídica el Constituyente mexicano utilizó el calificativo de Nación por el de Estado como propietario original (Pueblita 1987, 184). Tena Ramírez señala que no debe identificarse el término nación por el del Estado, “es claro que en rigor técnico, no es posible emplear como sinónimos tales voces, por lo que se necesita explorar la realidad a que se refiere el texto...el territorio nacional no pertenece a ninguno de los

transmitir el dominio de las mismas para constituir la propiedad privada. Es decir, se le dio la facultad al Estado para establecer las modalidades en que se constituiría la propiedad.

La propiedad pública

El primer párrafo constitucional le otorga fuerza al Estado o nación, es decir, se establece una posición en la cual los derechos de la nación están por encima de los particulares. Esta situación presenta al Estado como titular del territorio nacional. No obstante, la propiedad pública se establece con relación a los párrafos cuarto y quinto¹⁸⁷ constitucionales a los que se hace alusión a la serie de recursos naturales que pertenecen a la nación, así como a su dominio directo con los bienes naturales como los minerales, hidrocarburos, las aguas, mares, lagunas y esteros de las playas.

órdenes co-extensos (federación y Estados miembros), sino a la Nación representada generalmente por el gobierno federal. Asentado que el territorio nacional no es pertenencia de los Estado miembros ni del gobierno federal, procede agregar que, no obstante ello, es en el territorio nacional donde aquéllos y peste ejercen sus jurisdicciones respectivas” (Tena Ramírez 2000, 189).

¹⁸⁷ Artículo 27, párrafos cuarto, quinto y sexto de la constitución de 1917: “Corresponde a la Nación el dominio directo de todos los minerales o substancias que en vetas, mantos, masas o yacimientos, constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos, tales como los minerales de los que se extraigan metales y metaloides utilizados en la industria; los yacimientos de piedras preciosas, de sal de gema y las salinas formadas directamente por las aguas marinas. Los productos derivados de la descomposición de las rocas, cuando su explotación necesite trabajos subterráneos; los fosfatos susceptibles de ser utilizados como fertilizantes; los combustibles minerales sólidos; el petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos. Son también propiedad de la Nación las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fija el Derecho Internacional; las de las lagunas y esteros de las playas; las de los lagos inferiores de formación natural, que estén ligados directamente a corrientes constantes; las de los ríos principales o arroyos afluentes desde el punto en que brota la primera agua permanente hasta su desembocadura, ya sea que corran al mar o que crucen dos o más Estados; las de las corrientes intermitentes que atraviesen dos o más Estados en su rama principal; las aguas de los ríos, arroyos o barrancos, cuando sirvan de límite al territorio nacional o al de los Estados; las aguas que se extraigan de las minas; y los cauces, lechos o riberas de los lagos y corrientes anteriores en la extensión que fije la ley. Cualquiera otra corriente de agua no incluida en la enumeración anterior, se considerará como parte integrante de la propiedad privada que atraviese; pero el aprovechamiento de las aguas, cuando su curso pase de una finca a otra, se considerará como de utilidad pública y quedará sujeta a las disposiciones que dicten los Estados. En los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores, el dominio de la Nación es inalienable e imprescriptible, y sólo podrán hacerse concesiones por el Gobierno Federal a los particulares o sociedades civiles o comerciales constituidas conforme a las leyes mexicanas, con la condición de que se establezcan trabajos regulares para la explotación de los elementos de que se trata, y se cumplan con los requisitos que prevengan las leyes.”

Estos bienes, de dominio directo, están sometidos a un régimen por el cual son inalienables e imprescriptibles¹⁸⁸, lo que hace alusión a la restricción que estableció el constituyente sobre ellos. No obstante a lo anterior, la única manera de que se pueda disponer de los bienes de la nación es a través de la concesión, y esta estará sometida a las regulaciones secundarias y a las prohibiciones constitucionales.

La propiedad social

Es indudable que resolver la cuestión social en la Constitución de 1917 fue de vital importancia, por lo que se creó la función social de la propiedad, distinta a la clásica concepción individual de la propiedad. El párrafo tercero de artículo 27 constitucional¹⁸⁹ estableció que a través del Estado se podrá imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, además, el Estado tendrá que regular los recursos naturales que puedan ser apropiados. Esto, con el objetivo de distribuir equitativamente la riqueza.

La Constitución establece de qué forma se harán las medidas necesarias para lograr una distribución equitativa de la riqueza las cuales se mencionan a continuación: a) fraccionamiento de latifundios para el desarrollo de la pequeña propiedad; b) creación de nuevos centros de población agrícola con las tierras y

¹⁸⁸ Fraga señala que la inalienabilidad “de la que es una consecuencia la imprescriptibilidad [...] significa que los bienes de dominio público no están sujetos a acción reivindicatoria o de posesión definitiva o provisional y que los particulares y las instituciones públicas solo podrán adquirir sobre el uso, aprovechamiento y explotación de estos bienes los derechos regulados por la propia ley” (2000, 348). De esta manera la inalienabilidad “tiene un carácter absoluto cuando se trata de bienes que por su naturaleza se incorporan al dominio público. Por el contrario, cuando han sido afectados al uso común por disposición de la ley, el carácter de inalienables sólo se les reconoce mientras no varíe su situación jurídica” (2000, *Ídem*).

¹⁸⁹ Párrafo tercero del artículo 27 constitucional: “La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, para hacer una distribución equitativa de la riqueza pública y para cuidar de su conservación. Con este objeto se dictarán las medidas necesarias para el fraccionamiento de los latifundios; para el desarrollo de la pequeña propiedad; para la creación de nuevos centros de población agrícola con las tierras y aguas que les sean indispensables; para el fomento de la agricultura y para evitar la destrucción de los elementos naturales los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la sociedad. Los pueblos, rancherías y comunidades que carezcan de tierras y aguas, o no las tengan en cantidad suficiente para las necesidades de su población, tendrán derecho a que se les dote de ellas, tomándolas de las propiedades inmediatas, respetando siempre la pequeña propiedad. Por tanto, se confirman las dotaciones de terrenos que se hayan hecho hasta ahora de conformidad con el Decreto de 6 de enero de 1915. La adquisición de las propiedades particulares necesarias para conseguir los objetos antes expresados, se considerará de utilidad pública”.

aguas que le sean indispensables, para fomentar la agricultura; c) dotación de tierras y agua a los pueblos, rancherías y comunidades que carezcan de ellas d) la adquisición de la propiedad particular se considera como causa de utilidad pública.

Estos cuatro apartados fueron indispensables para comenzar con lo que se denominó la Reforma Agraria. El artículo constitucional señaló los procedimientos y las medidas para realizar el reparto de tierras, estableciendo la protección a las mismas, sometiéndolas al régimen de lo inalienable y lo imprescriptible.

En este sentido, señala Pueblita “es el de mayor contenido socioeconómico y uno de los más trascendentes en la dirección de la economía nacional porque fundamentalmente regula con carácter tuitivo y social el primer factor de la producción sobre el que se inicia la actividad económica: el recurso natural” (Pueblita 1987, 183).

La propiedad privada

El Estado (nación) es el propietario de las tierras y aguas comprendidas en su territorio. Éste, tiene el derecho a su vez, de transmitir su dominio a los particulares para constituir la propiedad privada, expresa el primer párrafo de la constitución.

Modalidades y límites a la propiedad privada

Para Roldán Xopa, y desde el punto de vista Constitucional, la propiedad privada “es una modalidad de propiedad derivada de la originaria y es un derecho constituido y protegido por la Constitución, pero además, limitado por ella” (2004, 143). De esta forma el autor señala que la propiedad está sometida a un régimen de protección (principio de legalidad¹⁹⁰ y de seguridad jurídica¹⁹¹) en el que se le imponen una serie de restricciones al Estado (2004, *Ídem*).

¹⁹⁰ Como lo es el que señala el artículo 14 Constitucional segundo párrafo: “nadie puede ser privado de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”.

¹⁹¹ Artículo 16 párrafo primero constitucional el cual establece que “nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones si no en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento”.

Roldán establece una esquema de las limitaciones al derecho de propiedad: a) limitaciones en cuanto a los sujetos; b) limitaciones en cuanto a la extensión; c) sujeción a modalidades; d) la función social de la propiedad y; e) casos de pérdida del derecho de propiedad. (2004, 144).

Las limitaciones de la propiedad en cuanto a los sujetos, hace alusión al artículo 28 constitucional, en el que se establece la posibilidad de proteger el derecho de propiedad a través de privilegios temporales de los autores de obras e invenciones (Roldán Xopa 2004, 143). A su vez, la limitación de la propiedad en cuanto a la extensión, el autor se refiere a la afectación de la propiedad tratándose de la figura jurídica del patrimonio de familia, en el que los bienes no pueden ser enajenados, embargados o establecerse algún gravamen (Roldán Xopa 2004, 143).

Con relación a la limitación de la propiedad, tratándose a la sujeción de modalidades se establece lo siguiente. El artículo 27 de la Constitución señala que “la Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, para hacer una distribución equitativa de la riqueza pública y para cuidar de su conservación”. Las modalidades a que se refieren las líneas anteriores tienen relación con la afectación del derecho de propiedad, esto es, modalidades que van directamente a modificar el uso, goce y disfrute del bien en cuestión, pero no a modificar la propiedad en sí misma.

Al respecto, se tiene que modalidad se traduce en: “la supresión o limitación de alguno de los derechos reales inherentes y consubstanciales a ella, a saber, el derecho de usar de la cosa (*jus utendi*), el de disfrutar de la misma (*jus fruendi*) y el de disposición respectiva (*jus abutendi*)” (Burgoa 1986, 465). Las modalidades afectan los atributos de la propiedad, pero no a la propiedad misma, en este sentido, para que esta pueda establecerse tiene que

considerarse ciertos elementos tal es el caso de que sea a través de una norma general y abstracta y la transformación del derecho de propiedad¹⁹².

Hay que considerar que dichas modalidades, sobre la propiedad, tienen que ir encaminadas y relacionadas a satisfacer: a) el interés público, b) el de regular el aprovechamiento de elementos naturales y, c) generar una distribución equitativa de la riqueza pública. Solo en este contexto se puede considerar el imponer modalidades a la propiedad privada. Es decir, Roldán señala que este es un tipo de regulación a la propiedad del que se desprende dos cuestiones. La cuestión de atender el interés público, tiene que ver con el predominio de lo público sobre lo privado desde una perspectiva liberal. Y la que se desprende de la distribución equitativa de la riqueza, que tiene que ver con la función social (Roldán Xopa 2004, 144).

Hay que señalar que la cuestión de interés público se reserva establecerla al Congreso de la Unión por medio de una norma general y abstracta. En este sentido, el Congreso de la Unión a través de la legislación correspondiente puede imponer las modalidades respectivas. Sin embargo, no solo el Congreso Federal puede hacerlo, también, el Congreso de los Estados cuando se traten de materias que no están reservadas al Congreso de la Unión.¹⁹³

¹⁹² PROPIEDAD PRIVADA, MODALIDAD A LA. ELEMENTOS NECESARIOS PARA QUE SE CONFIGURE. Por modalidad a la propiedad privada debe entenderse el establecimiento de una norma jurídica de carácter general y permanente que modifique, esencialmente, la forma de ese derecho. Son, pues, elementos necesarios para que se configure la modalidad, primero, el carácter general y permanente de la norma que la impone y el segundo, la modificación sustancial del derecho de propiedad en su concepción vigente. El primer elemento requiere que la regla jurídica se refiera al derecho de propiedad sin especificar ni individualizar cosa alguna, es decir, que introduzca un cambio general en el sistema de propiedad y, a la vez, que esa norma llegue a crear una situación jurídica estable. El segundo elemento implica una limitación o transformación del derecho de propiedad; así, la modalidad viene a ser un término equivalente a limitación o transformación. El concepto de modalidad a la propiedad privada se aclara con mayor precisión si se estudia desde el punto de vista de los efectos que produce en relación con los derechos del propietario. Los efectos de la modalidad que se imponga a la propiedad privada consisten en una extinción parcial de los atributos del propietario, de manera que éste no sigue gozando, en virtud de las limitaciones estatuidas por el Poder Legislativo, de todas las facultades inherentes a la extensión actual de su derecho. Época: Séptima Época, Registro: 232486, Instancia: Pleno, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Volumen 157-162, Primera Parte, Materia(s): Constitucional, Tesis: Página: 315

¹⁹³ PROPIEDAD PRIVADA, MODALIDADES A LA. EL CONGRESO DE LA UNIÓN NO ES EL ÚNICO FACULTADO PARA IMPONERLAS, EN TÉRMINOS DE LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 27 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Si bien es cierto que el Congreso de la Unión

En cuanto a las privaciones de la propiedad o casos de pérdida, se hace alusión a la figura jurídica de la expropiación el cual se desarrolla en el siguiente apartado.

Afectación a la propiedad: La expropiación por causa de utilidad pública

El artículo 27 constitucional, estableció la facultad para la expropiación de la tierra por causa de utilidad pública mediante previa indemnización. Cabe señalar que este instrumento jurídico fue una necesidad surgida del movimiento revolucionario para poder dotar a la población de tierras, ello, por la manera en que los latifundistas y terratenientes habían concentrado la propiedad agraria a través de la figura de la hacienda.

Si bien el contenido del artículo 27 constitucional otorgaba una redistribución de las tierras, el reparto de estas en un inicio no fue realizado de manera inmediata. Después de su constitucionalización, dicho reparto fue utilizado más por ambiciones políticas que el de mejorar las condiciones del campesinado mexicano. El reparto agrario¹⁹⁴ se enfrentaba principalmente a la Iglesia, a los terratenientes y a los

está facultado legalmente para imponer las modalidades a la propiedad privada, a través de las leyes que expida, también lo es que dicha facultad legislativa no opera en todos los casos, pues es menester para ello que el interés público que legitime constitucionalmente la imposición de la modalidad, incida en alguno de los ramos o materias que formen el cuadro competencial del citado Congreso; de manera tal que si, por el contrario, el ramo o materia incumbe legislativamente a los Congresos de los Estados por virtud del principio contenido en el artículo 124 de la Constitución Federal, las leyes que impongan modalidades a la propiedad privada pueden provenir de éstos, lo que encuentra apoyo en lo previsto en la fracción II del artículo 121 de la Ley Fundamental que consagra el principio *lex rei sitae*, al disponer que los bienes muebles e inmuebles se regirán por la ley del lugar de su ubicación. Así, al ser evidente que la propiedad es un derecho real que se ejerce sobre un bien mobiliario o inmobiliario, sin el cual tal derecho sería inconcebible, la imposición de modalidades a la propiedad repercute necesariamente en su objeto constituido por dichos bienes en cuanto a la manera o forma de usarlos, disfrutarlos y disponer de ellos. De ahí que respecto de los bienes muebles e inmuebles que se ubiquen dentro de su territorio, las Legislaturas Locales pueden dictar las leyes que regulen su uso, goce y disponibilidad, siempre que el interés público que funde dicha regulación no concierna a ninguno de los ramos o materias que sean de la competencia constitucional del Congreso de la Unión, integrada por las facultades expresas e implícitas de dicho órgano legislativo federal, pues considerar lo contrario, es decir, que el mencionado Congreso, en todos los casos, es el único facultado para imponer modalidades a la propiedad privada en términos de lo dispuesto en el artículo 27 constitucional, implicaría un impedimento para aquéllas de establecer las modalidades necesarias en función del interés público. Época: Novena Época, Registro: 190598, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XII, Diciembre de 2000, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a. XLII/2000, Página: 256

¹⁹⁴ Medina señala que el reparto agrario no se llevó a cabo inmediatamente por los intereses políticos que representaba. Así el reparto agrario comenzó a materializarse hasta los años treinta. "El número

militares. Por otro lado, este artículo fue polémico porque afectó los intereses de compañías extranjeras, en especial petroleras Estadounidenses¹⁹⁵.

De esta forma, la expropiación tendría que reunir ciertos elementos para poderse llevar a cabo. A diferencia de la figura de las modalidades impuestas a la propiedad, la expropiación afecta todos los atributos derivados de la propiedad. Es decir, “consiste en la supresión de los derechos de uso, disfrute y disposición de un bien decretado por el Estado, el cual lo adquiere” (Burgoa 1986, 468). Para ello, es necesario dos elementos: la utilidad pública y la necesidad.

La Ley de Expropiación de 1936 enumeró las causas de utilidad pública: a) El establecimiento, explotación o conservación de un servicio público; b) La apertura, ampliación o alineamiento de calles, la construcción de calzadas, puentes, caminos y túneles para facilitar el tránsito urbano y suburbano; c) El embellecimiento, ampliación y saneamiento de las poblaciones y puertos, la construcción de hospitales, escuelas, parques, jardines, campos deportivos o de aterrizaje, construcciones de oficinas para el Gobierno Federal y de cualquier obra destinada a prestar servicios de beneficio colectivo; d) La conservación de los lugares de belleza panorámica, de las antigüedades y objetos de arte, de los edificios y monumentos arqueológicos o históricos, y de las cosas que se consideran como características notables de nuestra cultura nacional; e) La satisfacción de necesidades colectivas en caso de guerra o trastornos interiores; el abastecimiento de las ciudades o centros de población, de víveres o de otros artículos de consumo necesario, y los procedimientos empleados para combatir o impedir la propagación

de hectáreas repartidas entre 1920 y 1930 fluctuó anualmente de acuerdo a la percepción del gobierno de las amenazas de revuelta o rebelión. Obregón al final de su cuatrienio afirmaba haber repartido, en forma definitiva o provisional, 4420000 hectáreas en beneficio de 400 mil campesinos. La mayor cantidad de resoluciones de dotación de tierras ejecutadas en su gobierno coincidió con el año de la rebelión delahuertista” (Medina Peña 2014, 46).

¹⁹⁵ Como lo afirma Medina Peña: El reconocimiento final del gobierno de Obregón tendría aún que pasar por las horcas caudinas de las negociaciones diplomáticas, en las cuales Estados Unidos quería obtener garantías absolutas para los intereses de sus nacionales en México...Las negociaciones conducirían, no a un tratado en forma como lo quería Washington, sino a los acuerdos de Bucareli. Estos pactos extraoficiales establecieron, en términos generales, la no retroactividad del artículo 27 constitucional en materia petrolera; derechos de preferencia en materia de concesiones para la explotación petrolera a estadounidenses propietarios de predios, y la restitución, dentro de lo posible, de propiedades y derechos confiscados indebidamente a ciudadanos de Estados Unidos durante la Revolución” (Medina Peña 2014, 95).

de epidemias, epizootias, incendios, plagas, inundaciones u otras calamidades públicas; f) Los medios empleados para la defensa nacional o para el mantenimiento de la paz pública; g) La defensa, conservación, desarrollo o aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de explotación; h) La equitativa distribución de la riqueza acaparada o monopolizada con ventaja exclusiva de una o varias personas y con perjuicio de la colectividad en general, o de una clase en particular; i) La creación, fomento o conservación de una empresa para beneficio de la colectividad; j) Las medidas necesarias para evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la colectividad; k) La creación o mejoramiento de centros de población y de sus fuentes propias de vida; l) Los demás casos previstos por leyes especiales.

De esta forma, la utilidad pública tiene que justificarse a partir de estos elementos, que van encaminados principalmente al interés colectivo, y en segundo lugar, a resolver la satisfacción de una necesidad pública (Burgoa 1986, 468). Para Roldán Xopa la definición de utilidad pública no es nada sencilla, ya que ha implicado una serie de interpretaciones dirigidas a resolver casos concretos, pero afirma que son dos aspectos primordiales a tomar en cuenta; la finalidad (justificar el interés colectivo o social) y el titular que se beneficia de la expropiación. (2004, 151-152). En este último aspecto, el autor advierte que es posible que la expropiación se lleve a cabo para efectos de beneficiar a otro particular (empresas) con miras de que la producción beneficie a la sociedad, en el sentido de redistribuir la riqueza hacia los que menos tienen. En este sentido, en la época del Estado posrevolucionario, la utilidad pública tenía una finalidad social y colectiva, iba encaminada a beneficiar a los sectores sociales desfavorecidos y atender el servicio

público del Estado¹⁹⁶ más que el de la utilidad pública como producto del desarrollo del mercado¹⁹⁷.

¹⁹⁶ **EXPROPIACION, QUE DEBE ENTENDERSE POR UTILIDAD PUBLICA EN CASO DE.** Por utilidad pública debe entenderse la que directamente recibe la sociedad por medio del acto expropiatorio, y no la que se efectúa para beneficiar al particular contratista a cuyo cargo esté ejecutar las obras en que consista la utilidad pública. Época: Quinta Época, Registro: 322503 , Instancia: Segunda Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo LXXXV , Materia(s): Administrativa, Tesis: Página: 2277..

Otra tesis jurisprudencial señala lo siguiente al respecto: **UTILIDAD PUBLICA COMO REQUISITO DE LA EXPROPIACION, APRECIACION DEL CONCEPTO DE LA.** Jurídicamente no existe una diferencia sustancial y precisa entre los conceptos de "utilidad pública" e "interés público", pues es incuestionable que la ejecución de un acto por parte del Estado, que tiene como causa determinante la utilidad que reporta el público, no viene a ser otra cosa que un acto en el cual está interesada la colectividad; de manera que la utilidad pública no es sino el interés social o colectivo encaminado a la ocupación de la propiedad privada, sin que deba entenderse ese concepto en forma restringida y sin que pueda comprenderse como utilidad pública o interés social, el que tiene determinada clase social a la cual se trata de beneficiar, pudiendo citarse como ejemplo, las expropiaciones llevadas a cabo en materia agraria. Época: Quinta Época, Registro: 329839, Instancia: Segunda Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo LXII, Materia(s): Administrativa , Tesis:, Página: 3026.

¹⁹⁷ **EXPROPIACIÓN. CONCEPTO DE UTILIDAD PÚBLICA.** La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cuanto al concepto de utilidad pública, ha sustentado diversos criterios, en los que inicialmente señaló que las causas que la originan no podrían sustentarse en dar a otro particular la propiedad del bien expropiado, sino que debía ser el Estado, en cualquiera de sus tres niveles, quien se sustituyera como propietario del bien a fin de conseguir un beneficio colectivo a través de la prestación de un servicio o realización de una obra públicos. Posteriormente amplió el concepto comprendiendo a los casos en que los particulares, mediante la autorización del Estado, fuesen los encargados de alcanzar los objetivos en beneficio de la colectividad. Así, esta Suprema Corte reitera el criterio de que el concepto de utilidad pública es más amplio, al comprender no sólo los casos en que el Estado (Federación, Entidades Federativas, Distrito Federal o Municipios) se sustituye en el goce del bien expropiado a fin de beneficiar a la colectividad, sino además aquellos en que autoriza a un particular para lograr ese fin. De ahí que la noción de utilidad pública ya no sólo se limita a que el Estado deba construir una obra pública o prestar un servicio público, sino que también comprende aquellas necesidades económicas, sociales, sanitarias e inclusive estéticas, que pueden requerirse en determinada población, tales como empresas para beneficio colectivo, hospitales, escuelas, unidades habitacionales, parques, zonas ecológicas, entre otros, dado que el derecho a la propiedad privada está delimitado en la Constitución Federal en razón de su función social. Por ello, atendiendo a esa función y a las necesidades socioeconómicas que se presenten, es evidente que no siempre el Estado por sí mismo podrá satisfacerlas, sino que deberá recurrir a otros medios, como autorizar a un particular para que preste un servicio público o realice una obra en beneficio inmediato de un sector social y mediato de toda la sociedad. En consecuencia, el concepto de utilidad pública no debe ser restringido, sino amplio, a fin de que el Estado pueda satisfacer las necesidades sociales y económicas y, por ello, se reitera que, genéricamente, comprende tres causas: a) La pública propiamente dicha, o sea cuando el bien expropiado se destina directamente a un servicio u obra públicos; b) La social, que satisface de una manera inmediata y directa a una clase social determinada, y mediatamente a toda la colectividad; y c) La nacional, que satisface la necesidad que tiene un país de adoptar medidas para hacer frente a situaciones que le afecten como entidad política o internacional. Época: Novena Época, Registro: 175593, Instancia: Pleno, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la federación y su Gaceta, Tomo XXIII, Marzo de 2006, Materia(s): Constitucional, Administrativa, Tesis: P./J. 39/2006, Página: 1412.

Capacidad para ser propietario

Como se desprende del artículo 27 constitucional, la etapa posrevolucionaria se limitó la capacidad para que las personas pudieran adquirir el dominio de las tierras y de los bienes:

a) Solo los mexicanos por nacimiento y naturalizados pueden adquirir el dominio de tierras y aguas. Los extranjeros siempre que establezcan ante la Secretaria de Relaciones no invocar la protección de su gobierno y considerarse como nacionales respecto de los bienes; b) La prohibición por parte de los extranjeros de adquirir dominio directo sobre tierras y aguas en una franja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas; c) prohibición a las asociaciones religiosas para adquirir bienes; d) a las instituciones de beneficencia pública siempre y cuando realicen actividades de ayuda a los necesitados, e) la investigación científica y la enseñanza; f) las sociedades comerciales no podrán adquirir fincas rusticas, solo aquellas que estén destinadas a realizar actividades de la industria y solo en la extensión necesaria para el cumplimiento de su objeto; g) los bancos podrán tener capitales, pero solo el suficiente para el cumplimiento de su objeto; h) los condueñazgos, rancherías, pueblos, congregaciones, tribus y demás corporaciones de población, que de hecho o por derecho guarden el estado comunal, tendrán capacidad para disfrutar en común las tierras, bosques y aguas que les pertenezcan que se les haya restituido o restituyeren; i) los Estados, el Distrito Federal y los Territorios, lo mismo que los Municipios de toda la República, tendrán plena capacidad para adquirir y poseer todos los bienes raíces necesarios para los servicios públicos.

Córdova señala que el artículo 27 dio al Estado una fuerza bastante amplia, lo que iba a constituir el motor de la economía, y a su vez, el poder estatal a través de la figura de la nación, iba a lograr unificar a las clases marginadas que se habían generado en la época porfirista ya que se reconocía a todos los grupos sociales sin distinción y en igualdad de condiciones. Sin embargo, señala el autor, que la constitución del 17 fue más un producto de la concepción de una clase media

mexicana, un tanto conservadora, que se iba a imponer en las reforma constitucional, convirtiendo al Estado “en una monstruosa superpotencia que engullía a todos los elementos sociales y los disponía en su seno por compartimentos bien delimitados y bajo su rígido control” (Córdova 1973, 230).

Prohibición de Monopolios Económicos

El artículo 28 constitucional¹⁹⁸ prohibió los monopolios y estancos en el comercio y estableció el pago obligatorio de impuestos. En este sentido, este mismo artículo constitucional define al monopolio de la siguiente manera: “toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos, de artículos de consumo necesario, y que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acto o procedimiento que evite o tienda a evitar la libre concurrencia en la producción, industria o comercio, o servicios al público; todo acuerdo o combinación, de cualquiera manera que se haga, de productores, industriales, comerciantes y empresarios de transportes o de alguno otro servicio, para evitar la competencia entre sí y obligar a los consumidores a pagar precios exagerados; y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social”. De esta forma, constitucionalmente e indirectamente se estableció lo que se denomina la libre competencia y la libertad de comercio.

Por otro lado, aunque en la constitución de 1917 se estableció con claridad el sentido de las actividades del Estado en el sector económico (cuestión que será establecida en las reformas de 1982), si señaló las áreas en las cuales la actividad del Estado no podrán ser consideradas como monopolios. Así se tiene que: a) la acuñación de moneda; b) los correos; c)

¹⁹⁸Artículo 28 constitucional “En los Estados Unidos Mexicanos no habrá monopolios ni estancos de ninguna clase; ni exención de impuestos; ni prohibiciones a título de protección a la industria; exceptuándose únicamente los relativos a la acuñación de moneda, a los correos, telégrafos y radiotelegrafía, a la emisión de billetes por medio de un solo Banco que controlará el Gobierno Federal, y a los privilegios que por determinado tiempo se concedan a los autores y artistas para la reproducción de sus obras, y a los que, para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora”.

telégrafos y radiotelegrafía; d) la emisión de billetes y; e) la protección respecto de las obras artísticas e inventos.

A su vez, señaló los que no son considerados como monopolios: a) asociaciones de trabajadores y; las b) asociaciones o sociedades cooperativas de productores.

Por otro lado, hay que hacer ser mención que el artículo 28 constitucional facultó al Estado para prohibir los monopolios económicos, lo cual le da la facultad al Estado para intervenir en las regulaciones económicas cuando estime que hay monopolio en productos o artículos en consumo, o para intervenir cuando se impide la libre competencia o la competencia entre sí. Además, este artículo estableció la creación de un banco central (Banco de México) que permitiera al Estado construir y regular el sector bancario y financiero que había decaído con la revolución.

El trabajo y lo público-social

El artículo 123 constitucional reguló las condiciones de trabajo, fue establecido en el texto constitucional como un logro de la lucha de los trabajadores en el que el Estado se comprometía a respetar una serie de derechos (salario mínimo, huelga, vacaciones, utilidades) lo que constituyó una novedad para aquel entonces. Así y en realidad en lo que se transformó fue en una regulación que dejaría de sujetarse a las relaciones entre privados para pasar a formar parte del interés público¹⁹⁹.

El Estado pasó ahora a ser protector de los trabajadores debido a su posición de desigualdad que se encontraban. Esta protección fue una salida política al problema, ya que, en realidad, lo que se trató de regular, fue el control del trabajador por parte del Estado, y éste a su vez, se convertiría en un instrumento “conciliador” de las distintas clases enfrentadas (Córdova 1973, 235).

¹⁹⁹ El autor señala que esta intervención estatal en la protección del trabajador rompía con la clásica división público privado. Ya que se le colocaba en el límite de dicha división sin pertenecer a un espacio determinado, es decir: “si se les contemplaba como privados debía de reconocerse que se trataba de sujetos desiguales; cuando en cambio, se les quería ver como sujetos iguales, había que admitir la intervención del Estado a favor de uno de ellos, con lo cual dejaban de ser sujetos privados para volverse verdaderas fuerzas políticas que gravitaban en torno al Estado, y a pesar de ello no podía ser admitidos como sujetos públicos, pues no tocaba a ellos tomar decisiones sobre la acción estatal” (Córdova 1973, 235).

Estos tres artículos constitucionales le dieron al Estado el poder de intervención necesaria para regular los problemas derivados del conflicto revolucionario, pero a su vez, estableció una nueva relación que con el Porfiriato se había roto, es decir, las amplias posibilidades de desarrollo del sistema capitalista en el modelo constitucional de 1917. Tuvo una base social, pero lo más significativo fue que introdujo un modelo de Estado interventor en las relaciones de la sociedad. Este modelo estatal, condicionado por su historia de lucha social, entabló las nuevas relaciones necesarias para encauzar los conflictos derivados de la relación capital-trabajo.

3.2. La intervención estatal en el ámbito de lo privado

Se habla del proceso de intervención en el dominio privado, porque en esta etapa el Estado adquirió una importante presencia en el sector económico. Esta intervención del Estado se presenta después de la Segunda Guerra Mundial. Los motivos por el cual el Estado se ve involucrado en la participación de la economía son varios y depende de las características estatales de los países como fue adquiriendo mayor relevancia.

El proceso de intervención en la economía, modifica la concepción del Estado liberal de derecho,²⁰⁰ y por consecuencia, modifica la relación de los espacios de lo público y privado. Es decir, en esta etapa el Estado se ve en la necesidad de intervenir directamente en el desarrollo económico como producto de los constantes vaivenes generados por el sistema capitalista. Y aunque las intervenciones del Estado en la economía se presentan desde tiempos remotos, (a través de la implementación de impuestos a ciertos productos, y límites al derecho de propiedad) es en el siglo XX cuando adquiere una mayor importancia. En este sentido, el propósito de la intervención estatal “es alterar y controlar los resultados que el mercado "natural o espontáneamente" impone a la propiedad, a los agregados macroeconómicos y a las organizaciones sociales y políticas” (Ayala Espino 1992, 53).

²⁰⁰ Para analizar el proceso ver el capítulo referente a lo público y lo privado en el modelo de Estado liberal de derecho.

De esta manera, el Estado interviene en las relaciones económicas para establecer una serie de correcciones al funcionamiento de la economía. Así, afirma Witker que “la intervención del Estado en la economía surge como el instrumento temporal por el cual el poder público penetra al sistema económico, para corregir las contradicciones y crisis internas del sistema económico liberal “ (Witker , Introducción al derecho económico 1999, 34).

En este contexto existen varias justificaciones por el cual el Estado interviene en la economía. Ayala Espino establece que desde una Literatura en favor del Estado interventor se justifica en los siguientes términos generales: a) la actividad de la economía requiere de una intervención del Estado; b) para que el capitalismo y el mercado puedan desarrollarse y funcionar en grandes dimensiones requiere del aparato del Estado; c) el Estado se ha transformado en una entidad de gran concentración de poder y ha generado que las finanzas públicas repercutan e influyan en el sector privado; d) el Estado se ha convertido en colaborador para la reproducción del capital y en actor de la organización del mercado (Ayala Espino 1992, 55).

Witker señala que las características principal de este modelo son: “a) la rectoría del Estado en la dirección del sistema económico; b) creación de un sector público estratégico; c) existencia de empresas privadas nacionales y extranjeras; d) áreas económicas planificadas o publicitarias; áreas económicas concurrenciales o privatizadas; e) aceptación parcial y regulada de los mecanismos del mercado f) liberación parcial del comercio exterior; g) protección estatal de sectores atrasados; h) servicios públicos en salud, seguridad social etc.; i) libertad individual empresarial” (1999, 64).

Por su parte, la intervención del Estado en la economía genera relaciones distintas entre los espacios públicos y privados, sin poder en ocasiones definir con exactitud la pertenencia de uno u otro, “no es posible delimitar las fronteras entre ambas esferas con precisión, entre otras razones, por las siguientes: - se han creado instituciones cuasi-públicas o semi-privadas que no se pueden clasificar en rigor en alguna de las esferas, existen traslapes entre lo público y privado en los

ámbitos jurídico y de la propiedad, y las relaciones entre ambas esferas son dinámicas y cambiantes” (Ayala Espino 1992, 60).

3.2.1. El Estado en la intervención en la economía

La etapa que se denomina de intervención estatal, en la economía, se establece en México durante el periodo que corre de 1940 hasta 1982. Desde una perspectiva económica se establecen varios momentos o periodos, el primero que inicia de 1935 a 1956 que se denomina crecimiento con inflación, el que va de 1956-1972 que se denomina crecimiento con estabilidad (“el milagro mexicano”) y el periodo que va de 1972 a 1985 con la disminución de la tasa de crecimiento y un aumento de la inflación (Medina Peña 2014, 132).

Las características de este periodo se pueden definir bajo los siguientes aspectos: “importante presencia e intervención del Estado en la economía; 2) destacado papel social del Estado; aliento mediante una baja fiscalidad y una alta protección arancelaria a la industria y a la agricultura, y 4) amplios déficit presupuestales financiados, al principio, por la expansión monetaria, y después, por el ahorro interno y externo (Medina Peña 2014, 132).

De esta manera, el primer periodo que va de los Gobiernos del Presidente Ávila Camacho (1940-1946) y de Miguel Alemán (1946-1952) el desarrollo de la economía se dirigió principalmente hacia la industrialización del país. Por otro lado, el contexto de la segunda guerra mundial, permitió que los gobiernos se enfocaran en crear las condiciones necesarias para el crecimiento de la industria nacional, a través del arribo de capitales extranjeros y nacionales y mediante la producción interna de mercancías así como, la exportación de las mismas (Aboites y Loyo 2010, 645). A este periodo se le consideró como el de “la sustitución de importaciones” mediante la producción de bienes de consumo nacionales.

A su vez, para poder generar el crecimiento industrial, el Estado fue interviniendo en la creación de empresas estatales con el objetivo de apoyar actividades del sector privado, “a partir de la década de los cuarenta, la acción del Estado para apoyar las actividades encomendadas al sector privado se vinculó

estrechamente a la política de promoción de la industrialización nacional. En este periodo se construyeron y/o fortalecieron buena parte de las entidades públicas” (Carrillo Castro 1976, 17).

Algunas de las empresas estatales de importancia creadas en este periodo fueron “Altos Hornos de México, el complejo industrial Ciudad Sahagún, Petróleos Mexicanos, Comisión Federal de Electricidad, Compañía de Luz y Fuerza del Centro y Caminos y Puentes Federales de Ingresos y Servicios Conexos” (Carrillo Castro 1976, 18).

Se crearon además, instituciones que permitieron proteger el consumo de bienes y regular el mercado de los mismo tales como “Compañía Nacional de Subsistencias Populares (CONASUPO), Almacenes Nacionales de Depósito, S.A. (ANDSA), Fondo de Fomento y Garantía para el Consumo de los Trabajadores (FONACOT), el Instituto Nacional del Consumidor. El Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) y el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales para los Trabajadores del Estado (ISSSTE)” (Carrillo Castro 1976, 18).

Cabe hacer mención que en el periodo de Ávila Camacho, no solo aumentó el número de empresas estatales, además, se aumentó el número de industrias apoyadas por el Estado a través de “políticas impositivas y comercial favorable, trato preferencial a las llamadas industrias nuevas y necesarias, adjudicación selectivas de créditos, en especial a los sectores manufactureros, implantación de sistemas arancelarios, aplicación de políticas salariales diferenciadas según las ramas de actividad” (Férrandez Santillan 1980, 49).

De esta forma el Estado se convierte en palanca para el desarrollo nacional, por medio de una política fiscal que beneficio a los empresarios nacionales y a través del gasto del Estado en infraestructura. “En términos reales, el gasto de inversión aumentó 140.1% durante los años de la guerra, es decir, a una tasa promedio anual de 14.7 %” (Cárdenas Sánchez 2015, 529).

En datos que señala el propio Cárdenas la red carretera creció 8577 km, la obra de irrigación aumentó en 2.5 millones de hectáreas, entre 1939 y 1945 y se mejoraron 1.7 millones más. Se aumentó la capacidad de generar energía eléctrica

de 680500 a 719600 kilowatts. (Cárdenas Sánchez 2015, 529). Por lo tanto, el crecimiento del sector público repercutió directamente en el crecimiento del sector privado, “así la inversión bruta fija aumentó de un 10.3% del producto nacional en 1939-1945, a un 13.6% del producto en 1946-1949” (Cárdenas Sánchez 2015, 538).

El periodo que va del gobierno de Miguel de la Madrid, se continúa con la política de industrialización con el apoyo del Estado. En este etapa surge una clase empresarial que mantuvo un pacto con el Estado, como la Cámara Nacional de la Industria y Transformación (Canacintra), que pregonó por la participación del Estado en la economía (Loeza 2014, 667). Es decir, consideraban necesario la protección estatal para su continuidad empresarial, “el nuevo grupo estuvo a favor por la colaboración obrero-patronal de la legislación progresista del trabajo, de la limitación de la inversión extranjera y del proteccionismo arancelario” (Medina Peña 2014, 130). Hecho que se vio reflejado en las medidas proteccionistas hacia la industria, como la reforma del artículo 131 constitucional²⁰¹ (D.OF 28-03-1951) que estableció al poder ejecutivo imponer gravámenes a los productos y mercancías respecto la importación y exportación de los mismos²⁰², a través de la aprobación del Congreso de la Unión.

Además, es en este periodo que se crea la ley sobre atribuciones del Ejecutivo Federal en materia económica (DOF 30-12-1950), en el que se faculta al poder ejecutivo de imponer precios máximos al mayoreo o menudeo, siempre sobre la base del reconocimiento de una utilidad razonable (artículo 2 de la ley). En este

²⁰¹ El artículo 131 constitucional de 1917 dio facultades para que se impusieran sobre las mercancías gravámenes: artículo 131.- Es facultad privativa de la federación, gravar las mercancías que se importen o exporten o que pasen de tránsito por el territorio nacional, así como reglamentar en todo tiempo, y aún prohibir por motivos de seguridad o de policía, la circulación en el interior de la República, de toda clase de efectos, cualquiera que sea su procedencia; pero sin que la misma Federación pueda establecer ni dictar en el Distrito y Territorios Federales, los impuestos y leyes que expresan las fracciones VI y VII del Art.117.

²⁰² Adición al artículo 131 Constitucional: “El Ejecutivo podrá ser facultado por el Congreso de la Unión para aumentar, disminuir o suprimir las cuotas de las tarifas de exportación e importación, expedidas por el propio Congreso, y para crear otras; así como para restringir y para prohibir las importaciones, las exportaciones y el tránsito de productos, artículos y efectos, cuando lo estime urgente, a fin de regular el comercio exterior, la economía del país, la estabilidad de la producción nacional, o de realizar cualquiera otro propósito, en beneficio del país. El propio Ejecutivo al enviar al Congreso el Presupuesto Fiscal de cada año, someterá a su aprobación el uso que hubiese hecho de la facultad concedida”.

sentido la política del gobierno estuvo destinada apoyar al sector privado a través de destinar los recursos públicos a infraestructura principalmente, y por medio de medidas proteccionistas, “así el mercado mexicano quedó casi cerrado a productos del exterior, pero las empresas locales tenían muchas facilidades para la importación de maquinaria y equipo” (Loeza 2014, 668).

Con estas medida el sector privado creció de forma constante, amparado por los recursos estatales, “durante el periodo de 1950-1962, la inversión del sector privado creció 8.1% en términos reales en promedio del año. De la inversión privada total, alrededor del 91.6% fue nacional y solo el 8.4% restante fue extranjera” (Cárdenas Sánchez 2015, 513).

En el periodo que inicia con Adolfo López Mateos (1960-1966) y que termina con Díaz Ordaz (1966-1972) se creó una política económica que se denominó como el “desarrollo estabilizador”, planteada por el ex Secretario de Hacienda Ortiz Mena “que consistía en lograr la estabilidad de precios y del tipo de cambio, para estimular el ahorro y la inversión privada nacional y extranjera” (Loeza 2014, 682). De esta forma, en este periodo la economía mexicana creció un 7% de 1963 a 1971 (Loeza 2014, 683), el PIB por habitante aumentó un 3.6 %, la inflación en un 2.8% y el peso se mantuvo estable en 12.50 por dólar (Cárdenas Sánchez 2015, 575).

Además es importante señalar que el crecimiento que se presentó en esta etapa está relacionado directamente con la inversión pública y la inversión privada. De esta manera la inversión privada aumentó en promedio anual de 11.5 %, mientras que la inversión pública un 7% anual. Lo que se destaca es que existió una relación de cooperación entre los dos sectores, el público a través de la inversión en infraestructura básica, energía eléctrica, combustibles, apoyo en el sector agrícola, en educación y en servicios de la salud, mientras que el sector privado aprovechó los beneficios de dichas inversiones así como la protección que el Estado le brindaba a través de impuestos a las importaciones y restricciones a las empresas extranjeras (Cárdenas Sánchez 2015, 577-579).

Cabe señalar que en esta etapa histórica se nacionalizó el sector eléctrico (1960), pero además, se adquirieron empresas con el objeto de rescatarlas, de

amortiguar el desempleo o con el motivo de regular los precios de ciertos productos básicos²⁰³. Además, en este periodo aparecen las empresas como “el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (1960), la Compañía Nacional de Subsistencias Populares (1961), el Instituto Mexicano del Petróleo, Aeropuertos y Servicios Auxiliares (1965), Financiera Nacional Azucarera (1966), el Sistema de Transporte Colectivo (1967), y la Siderúrgica Lázaro Cárdenas-Las Truchas (1969)” (Valverde Viesca 1998, 141). Por otro lado, el número de empresas del sector público fue en aumento. Tal y como se desprende del cuadro siguiente:

Sectores	Agropecuario y forestal	Comunicaciones y Obras públicas	Política Interior	Servicios	Industrial, Comercial y pesquero	Política Exterior	Beneficio Social	Organismos del sector financiero	Suma Total
Organismos que inciden									
Dependencias Centrales	3	2	10	-	1	1	3	1	21
Organismos Descentralizados	10	6	45	1	13	1	46	-	122

²⁰³ Como lo afirma Cárdenas se utilizó a las empresas del Estado con varios objetivos, no solo para producir bienes y productos, sino para rescatar empresas y proteger a los trabajadores, o para no afectar el precio de los productos. “Así, se dio la nacionalización de la mayor parte de la industria eléctrica de 1960, la compra de La Consolidada en ese mismo año, la adquisición de la Azufrera Panamericana 1967, la expansión de Guanos y Fertilizantes mediante la compras de otras empresas para consolidarse como Guanomez en 1966, la consolidación de diversas empresas para finalmente formar el complejo Industrial de Ciudad Sahagún en 1969, entre varias otras. Además, el gobierno rescató, por ejemplo por medio de Nacional Financiera, empresas privadas que enfrentaban problemas con el objetivo explícito de evitar su quiebra y el consecuente desempleo. En otras ocasiones, el gobierno tenía que quedarse con empresas en casos de controles de precios que llegaban a eliminar su rentabilidad. Es importante destacar que en 1961 Nacional Financiera era accionista mayoritario en 12 empresas: Altos Hornos de México, Siderúrgica Nacional (antes Toyoda), Compañía Industrial de Atenquique, Fábrica de Papel Tuxtepec, Ayotla Textil, Operadora Textil, Refrigeradora del Noroeste, Ingenio Rosales, Ingenio Independencia, Guanos y Fertilizantes de México, Chapas y Triplay, y Maderas Industrializadas de Quintana Roo. Todas, con la única excepción de Guanos y Fertilizantes, iniciaron sus actividades como empresas privadas, pero pasaron a ser controladas por el gobierno debido a diversos problemas. Además, Nafinsa era accionista minoritario en otras 29 empresas. Esto aparte de ser acreedora de 533 entidades privadas” (Cárdenas Sánchez 2015, 592-593).

Empresas de participación Estatal mayoritaria	25	14	-	40	177	-	-	-	256
Empresas de participación Estatal minoritaria	-	7	-	5	66	-	-	-	78
Centro, Comisiones, Comités y Consejos	74	27	50	2	23	23	37	-	236
Fideicomisos	38	25	12	4	52	1	49	4	185
Sector Financiero	-	-	-	-	-	-	-	65	65
Suma Total	150	81	117	52	332	26	135	70	963

Fuente: Carrillo Castro Alejandro Cuadro 2 "Las empresas públicas en México", INAP, México, 1976, p. 19

Por tanto, es importante la participación del Estado en la producción de bienes y servicios, aunado a que el Estado tiene un cambio de posición respecto al desarrollo estabilizador, es decir, reorienta el rumbo de la economía nacional y ahora establece una política económica encaminada hacia lo que se denominó el desarrollo compartido, esto es, "el Estado pasa a ser de meramente proteccionista (en el sentido de garantizar las condiciones necesarias para el buen desempeño de la economía) a ser directriz del proceso económico a través de la economía mixta" (Valverde Viesca 1998, 141).

Para el periodo que va del Gobierno de Luis Echeverría (1970-1976) y el de José López Portillo (1976-1982), comienza a decaer el modelo denominado de desarrollo estabilizador, debido a la crisis económica mundial producto por la crisis petrolera de 1973. Para enfrentar esta situación el gobierno de Echeverría decide

hacer frente a través de la expansión del gasto público²⁰⁴ por medio del crecimiento de la deuda externa. Sin embargo, lo que ocasionaron estas medidas fue el aumento de la deuda pública y el aumento de la balanza de pagos: “la deuda pública creció de 6,700 millones de dólares en 1971 a 15,700 millones de dólares en 1975; la deuda pública creció de 6,700 millones de dólares en 1971 a 15,700 millones de dólares en 1975; la tasa de inflación de 3.4% en 1969 a 17% entre 1973 y 1975” (Gollás 2003, 238).

Por su parte, los empresarios en 1976 crean el Consejo Coordinador Empresarial (CCE) como medida de presión a las políticas que el gobierno de Echeverría venía instrumentando²⁰⁵. Alba Vega señala los siguientes factores por el cual se da un descontento empresarial: a) suspensión de consultar a los empresarios en materia económica por parte del gobierno; b) presión de los trabajadores para disminuir los días de la semana laboral; c) los discursos del presidente y lo actos del presidente eran considerados como contradictorios y con posiciones demagógicas; d) la intervención del Estado en el sector económico y en actividades consideradas como del sector privado; la ola de violencia por parte de universitarios por la secuela del movimiento estudiantil de 1968; e) y el tono de confrontación con los empresarios (Alba Vega 2005, 167-168). Los empresarios reaccionaron ante tales circunstancias dejando de invertir y sacando sus capitales del país, tal y como le señala Alba Vega “el promedio que resulta de seis estudios sobre el tema, indica que entre 1976 y 1984 pasó de menos de 4,000 millones de dólares a más de 40,000 millones” (Alba Vega 2005, 169). Al final del Gobierno de Luis Echeverría el Estado presentó una crisis²⁰⁶ que generó la devaluación del peso

²⁰⁴ “Se pensaba que si controlaba una parte importante de la inversión nacional, se hacía propietarios de los sectores estratégicos de la economía, como la energía, el acero, las comunicaciones, la banca etc... y regulaba el funcionamiento de los precios, se tendría un país más próspero, más equitativo y menos vulnerable ante las presiones políticas de los sectores privados, nacionales y extranjeros” (Gollás 2003, 238).

²⁰⁵ Para un análisis respecto de los empresarios en el periodo del gobierno de Luis Echeverría, Carlos Alba Vega en “Las relaciones entre los empresarios y el Estado”, Océano, 2005.

²⁰⁶ Para 1976 esa forma de conducir la economía era insostenible e irresponsable, ya que con seguridad llevaría a grandes problemas. La fuga de capitales era la expresión inequívoca de que algo malo estaba pasando. Ante esta situación el gobierno respondió con medidas adicionales para mantener fija la tasa de cambio, y amortiguando la fuga de capitales mediante préstamos externos y derrochando reservas (Gollás 2003, 238). Como lo señala Germán Pérez y Rosa María Mirón “Al finalizar el periodo de Luis Echeverría, en el nivel de lo económico encontramos una inflación

y llevó al gobierno a la firma de un convenio con el Fondo Monetario Internacional lo que contribuyó a que el Presidente Echeverría terminara su periodo gubernamental de no muy buena manera.

El gobierno de López Portillo inició su periodo tratando de paliar la crisis de su antecesor a través una serie de reformas encaminadas a regular el desajuste y descontrol económico, así como el de recobrar la confianza con relación a los empresarios. De esta manera se planteó la planificación, la reforma administrativa, la reforma política y la reforma fiscal. Así, el gobierno de López Portillo planeó a través de tres etapas el desarrollo del país, esto es, en los dos primeros años reducir los efectos de la crisis, en los dos siguientes consolidar la economía, y los dos últimos generar un alto crecimiento (Pérez y Mirón 1991, 206). A su vez, llevo a cabo lo que se denominó la “Alianza para la Producción” que estableció generar acuerdos entre los empresarios, sectores productivos y sindicatos para lograr el desarrollo nacional.

Aunque las medidas adoptadas fueron llevándose adecuadamente, el gobierno continuó con la política del gasto público a través del endeudamiento. Cabe señalar que en este gobierno el descubrimiento de reservas de petróleo en “Cantarell” llevó a que se dependiera más de este producto, es decir, se petrolarizó la economía. Esta situación permitió al gobierno pedir préstamos a bancos extranjeros. “Entre 1978 y 1980 la deuda pública total (externa más interna) se incrementó de 26,000 a 34,000 millones de dólares” (Gollás 2003, 239).

Lo que no contaba el gobierno de López Portillo es que la crisis petrolera se presentó para los años de 1981, lo que trajo como consecuencia que bajarán los precios del petróleo y se aumentarán las tasas de interés de la deuda. A su vez, la

creciente (que aumenta de un promedio de 14,2 por ciento entre 1971 y 1976 a uno de 18.8 por ciento entre 1973 y 1976); una drástica reducción de la inversión y de la producción en todas las áreas de la economía; un enorme déficit gubernamental acompañado de un inusitado crecimiento de la deuda pública externa (la cual entre 1971 y 1976 tuvo un crecimiento medio anual del 29.8 por ciento, pasando así de 4,545 millones de dólares en 1971 a 19,600 millones al finalizar el sexenio) un grave desequilibrio con respecto al sector externo que se quiso corregir a través de la devaluación de la moneda en casi cien por ciento (se abandonó la paridad de 12.50 pesos por cada dólar, mantenida por más de 20 años, para fijarla en 23 pesos); así como una abierta y descarada fuga de capitales por parte de los sectores más pudientes del país (Pérez y Mirón 1991, 193-194).

misma deuda se comenzó a pagar con más endeudamiento. Por lo tanto, se devaluó el peso, se generó una inflación importante y disminuyeron las reservas del país. Todo ello llevó a que se generara una crisis económica de gran alcance (Gollás 2003, 240). Por otro lado, a nivel externo se generó una crisis que aumentó las tasas de intereses²⁰⁷. Además de lo anterior, se presentó la fuga de capitales que afectó de manera drástica la economía nacional (Medina Peña 2014, 201).

Esta situación llevó al gobierno a devaluar el peso, pero a su vez a planear lo que se denominó la nacionalización de la banca que se realizó el primero de septiembre de 1982. Aunque se señala que ésta fue una afrenta dirigida en contra de los banqueros, fue la enorme cantidad de fuga de capitales lo que llevó a que el presidente tomara esta decisión, en este sentido “estimaciones conservadoras calculan en más de 8000 millones de dólares los recursos transferidos por mexicanos al extranjero en aquellos meses (otras multiplican ese monto por tres o por cuatro” (Rodríguez Kuri y González Mello 2014, 738).

La etapa histórica antes analizada no profundizó en los aspectos políticos y sociales. Sin embargo, en todo el periodo que fue de aproximadamente 30 años, la lucha de los trabajadores y sindicatos fue intensa. Como la llevada a cabo por el magisterio en 1958 con Othón Salazar como líder de los maestros, o la llevada a cabo por el sindicato ferrocarrilero y Demetrio Vallejo. Además, de otras expresiones de luchas políticas como la de los estudiantes en 1968, o con la guerrilla de Lucio Cabañas en Guerrero durante el Gobierno de Luis Echeverría. Tampoco se analizó el sector agrario, porque se hizo énfasis en como el gobierno se centró en el sector industrial como motor del desarrollo económico. Es conveniente decir, que pese a que el crecimiento económico durante esos años se mantuvo constante, no lo fue el de abatir la pobreza. Los gobiernos trabajaron para generar riqueza pero su distribución no fue de manera equitativa.

²⁰⁷ “En suma, inflación, crecimiento del déficit del sector público, incremento del déficit de la balanza de la cuenta corriente de la balanza de pagos y elevación inusitada de la deuda externa, fueron el saldo negativo de la deuda externa” (Mirón Lince 1994, 224).

3.2.2. Las transformaciones de las funciones del Estado respecto a la actividad de los particulares

Como se desprende del análisis realizado con anterioridad, el proceso que inicia en 1940 y que concluye 1982, y que se denominó como el de intervención económica del Estado, fue un proceso en el que se protegió al sector privado a través de aranceles a productos de importación, por medio de restricciones a empresas extranjeras, y por parte del Estado ayudando al sector en materia de infraestructura básica.

A su vez, el Estado interviene en la economía a través de la inversión pública en la infraestructura. Después, interviene en la atención de los servicios públicos (alumbrado, agua, alcantarillado, drenaje, transporte, salud y educación) y por último, interviene en la producción de bienes y productos con el objetivo de proteger el mercado nacional. En este sentido, en esta etapa el Estado realizó un papel importante para el desarrollo del capitalismo nacional como lo señala Hernández Oliva:

Cumplió, entre otros, con los siguientes objetivos: garantizar el crecimiento de la economía a través de un cierto volumen global de inversión en áreas estratégicas y construcción de infraestructura; proporcionar servicios públicos indispensables para el funcionamiento de la economía y el desenvolvimiento de la sociedad; complementar a la inversión privada y mantener fuentes de ocupación; subsidiar a las empresas privadas sin atender a los costos (operando las industrias básicas para abastecer al capital privado de productos y servicios a precios reducidos); garantizar el crecimiento industrial subsidiando los costos de instalación y operación de un número creciente de empresas industriales; ampliar y mantener en operación los sistemas básicos de transporte y comunicación, aunque sea en condiciones antieconómicas; evitar colapsos financieros, absorbiendo pasivos en que incurren empresas financieras o industriales (2000, 62).

A pesar del crecimiento económico es preciso advertir que en esta misma etapa se produjo condiciones de exclusión social importantes. Desigualdad y pobreza comenzaron a menguar el espectro desarrollista. Crecimiento de la población y concentración de en zonas urbanas fueron parte del Estado interventor. A su vez, el Estado no pudo redistribuir de manera adecuada los beneficios, y generó la concentración de la riqueza y de la toma de decisiones en ciertos grupos y oligopolios (Hernández Oliva 2000, 63).

Para concluir, desde una perspectiva general se toma el análisis de Capella respecto a las funciones centrales que el Estado realizó en esta época:

a) administración del ciclo económico y de las crisis mediante políticas presupuestarias y monetarias, b) fijación política de precios y contingentación de la producción, bien coercitivamente o mediante políticas de subvenciones, c) socialización de las pérdidas de industrias de insuficiente rendimiento económico pero indispensables para la producción y para la competitividad de otras industrias, d) creación de industrias y realización de actividades no atractivas para la inversión privada, el Estado paso a ser el primer empresario del país, e) realización de una planificación económica indicativa, f) socialización de los gastos de innovación tecnológica, g) funciones de socialización de riesgo de las empresas privadas (2001, 188-190).

En cuanto a las funciones que atienden a la población el mismo autor señala las siguientes:

a) satisfacer las necesidades sanitarias de la población activa, establecer un sistema público de seguros sociales, b) mantener un aparato educativo que garantice la formación mínima indispensable de la fuerza de trabajo y la reproducción continuada, c) mantener instituciones de investigación básica o aplicada que atiendan a las necesidades de adaptación tecno científica de los agentes económicos (2001, 191).

Al mismo tiempo se creó un ordenamiento jurídico acorde a la protección estatal de ciertos sectores de la economía. Principalmente en el petrolero y el sector eléctrico. El poder ejecutivo amplió sus facultades para intervenir en la economía a través de diversas leyes secundarias, el cual se le permitía en ciertos sectores regular los precios de los productos cuando fuera necesario para la sociedad, además, de la facultad del poder ejecutivo de regular la inversión extranjera.

3.2.3. El régimen jurídico de intervención estatal en la economía

Las modificaciones constitucionales que surgieron en esta etapa se presentan de la siguiente manera.

3.2.3.1 Prohibiciones en materia de propiedad

En 1940 se hace una adición al artículo 27 constitucional párrafo sexto (D.O.F. 09/11/1940) en el que se prohíbe “que en materia del petróleo y de los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos, no se expedirán concesiones y la Ley

Reglamentaria respectiva determinará la forma en que la Nación llevará a cabo las explotaciones de esos productos”.

En esa misma fecha se expide la Ley reglamentaria del artículo 27 Constitucional en materia de petróleo. En dicha ley se establece los siguientes elementos: a) el dominio directo del petróleo es de la nación, b) lo relativo en materia del petróleo se exclusivo el gobierno federal; c) el petróleo podrá ser explotado y explorado por medio de trabajos en forma directa o por las instituciones del Estado; d) el Estado podrá realizar contratos con particulares para la exploración y explotación; e) los contratos para la exploración y explotación solo podrán realizarse por sociedades nacionales; f) la Secretaria de Economía podrá otorgar concesiones para la construcción de oleoductos y para la distribución de gas. De esta manera, se permite que los particulares puedan participar en la explotación y exploración, pero con la salvedad de que las compañías que lo realizaran tenían que ser mexicanas.

Para el año de 1947 se reforman las fracciones décimas, décimo cuarta y décimo quinta, en estas se establecen la protección a los ejidatarios cuando se afecte la propiedad para el reparto de tierras. Para el 20 de enero del año de 1960 se reforman los párrafos cuarto, quinto, sexto y séptimo, fracción I del artículo 27. La reforma principal consistió en prohibir contratos y concesiones en materia del petróleo. Señala textualmente el artículo 27 constitucional: “tratándose del petróleo y de los carburos de hidrógeno sólido, líquidos o gaseosos, no se otorgarán concesiones ni contratos, ni subsistirán los que se hayan otorgado”. En esta reforma solo se permitió las concesiones en materia de minería y aguas.

El 20 de diciembre de ese mismo año se adiciona el párrafo sexto del mismo artículo pero la prohibición se establece ahora al sector eléctrico. Señala el párrafo respectivo: “corresponde exclusivamente a la Nación general, conducir, transformar, distribuir y abastecer energía eléctrica que tenga por objeto la prestación de servicio público. En esta materia no se otorgaran concesiones a los particulares y la Nación aprovechará los bienes y recursos naturales que se requieran para dichos fines”.

Para el 6 de febrero de 1975 se adiciona el párrafo sexto y un séptimo párrafo la protección por parte del Estado respecto de los combustibles nucleares y el uso de la energía nuclear. Para el 6 de febrero de 1976 se establece en la constitución el regular los asentamientos humanos y se establece el de regular la organización y explotación colectiva de los ejidos y comunidades.

Cabe hacer mención que todas las iniciativas de reformas al artículo 27 en materia de propiedad se han llevado a cabo mediante la iniciativa del poder ejecutivo. De esta forma, en esta etapa se refleja una fuerte protección a la propiedad y a los recursos naturales por parte del Estado. Incluso se protege a los empresarios para que solo los nacionales puedan ser propietarios, hecho que en una etapa posterior comienza a modificarse.

3.2.3.2 Normatividad creada con relación a las atribuciones del poder ejecutivo en materia económica

Es con el Presidente Miguel Alemán que se reforma el artículo 131 constitucional (DOF 29/03/51). En este artículo se establece la posibilidad de que el presidente pueda regular las tarifas de los productos de exportación e importación, así como, restringir el tránsito de los mismos, teniendo la posibilidad de regular el comercio exterior para la estabilidad de la producción nacional²⁰⁸. Además, a la anterior modificación constitucional se puede agregar que se emite en esa misma área la Ley de Atribuciones del Ejecutivo en materia económica (D.O.F. 30/12/1950).

En esta ley se señalan las atribuciones del presidente con relación a los particulares en la producción de mercancías. De ella resulta que se establece un control estatal para ciertos productos que son necesarios para la vida cotidiana. El artículo primero los señala de la siguiente manera: alimentos, vestimenta, materias prima para la

²⁰⁸ Artículo 131 constitucional segundo párrafo: “El Ejecutivo podrá ser facultado por el Congreso de la Unión para aumentar, disminuir o suprimir las cuotas de las tarifas de exportación e importación, expedidas por el propio Congreso, y para crear otras; así como para restringir y para prohibir las importaciones, las exportaciones y el tránsito de productos, artículos y efectos, cuando lo estime urgente, a fin de regular el comercio exterior, la economía del país, la estabilidad de la producción nacional, o de realizar cualquiera otro propósito, en beneficio del país. El propio Ejecutivo al enviar al Congreso el Presupuesto Fiscal de cada año, someterá a su aprobación el uso que hubiese hecho de la facultad concedida”.

actividad industrial, artículos producidos por ramas importantes de la industria nacional, en general productos que representen renglones considerables de la actividad económica mexicana, se excluyen los artículos de lujo, pero se faculta al ejecutivo para determinar cuáles de las mercancías que entraran en esta lista antes mencionada.

Resulta notorio como esta ley estableció amplias facultades para que el Ejecutivo a través de la Secretaría de Economía regulara los precios y la distribución de las mercancías, es decir, hay una intervención clara del ejecutivo en áreas que en la actualidad son consideradas exclusivamente para el sector privado. Las facultades que se derivan de la ley antes mencionada son las siguientes: a) imponer precios máximos al mayoreo o menudeo; b) disponer que no se eleven los precios del mercado; c) obligar a vender las mercancías a precios que no exceden los máximos autorizados; d) se faculta la intervención cuando la demanda de la mercancía sea insuficiente; e) se faculta para dictar disposiciones sobre la organización de la distribución de las mercancías a fin de evitar intermediarios; f) establecer las mercancías que preferentemente tienen que producirse en las fábricas o establecer compensaciones a la mismas; g) los que realicen exportaciones de materias primas o artículos manufacturados estarán obligados a satisfacer la demanda nacional.

Por otro lado, la Ley Orgánica del artículo 28 constitucional, en materia de monopolios (D.O.F. 31/08/1934), estableció en su exposición de motivos que esta ley estuvo encaminada a proteger sectores sociales y al público en general, haciendo una interpretación más acorde al origen constitucional del artículo. Lo sustenta en la interpretación que hace el Partido Nacional Revolucionario, el cual señale que es necesario “el mantenimiento de los precios de las mercancías en un nivel conveniente, para lo cual se establecerán canales de distribución de las mercancías que no agreguen sino un costo mínimo al de su producción” (D.O.F. 31/08/1934).

La ley regula los monopolios y los estancos²⁰⁹ en los productos y los servicios. Es importante señalar que se estableció las facultades a la Secretaría de Economía para que en caso de comprobarse algún monopolio podrá fijar los precios máximos de los productos o de los servicios, exigir la venta de los artículos, y se obliga a los concesionarios a realizar los servicios públicos necesarios²¹⁰.

Ahora bien, para el año de 1973 se estableció la Ley para promover la inversión mexicana y regular la inversión extranjera (D.O.F. 9/03/1973). Esta ley delimita las áreas exclusivas del sector público, las cuales las enmarca en su artículo cuarto, y que son las siguientes: petróleo y los demás hidrocarburos, petroquímica básica, explotación de minería y generación de energía nuclear, electricidad, ferrocarriles, comunicaciones telegráficas y radiotelegráficas. Reservadas con cláusulas de exclusión a extranjeros las siguientes: radio y televisión, transporte automotor urbano, interurbano y en carreteras federales, transporte aéreo y marítimo nacional, explotación forestal y distribución de gas.

Ahora bien, las actividades en las que sí está permitido la inversión extranjera son las siguientes: explotación de sustancias minerales, productos secundarios de la industria petrolera y las que señalen las leyes específicas. Además, se establece claramente la prohibición a las empresas extranjeras de adquirir concesiones para la explotación de aguas.

Cabe señalar que es en esta etapa que la relación entre lo público y lo privado se centra principalmente en generar espacios para el desarrollo económico con una visión eminentemente social y nacionalista. El Estado adquiere un contenido de lo público por que se desarrollan contenidos sociales que hacen que esta dimensión adquiera relevancia. La educación pública, la salud, la vivienda, el trabajo y la alimentación a través de un sistema de seguridad alimentaria, son materias en las que el Estado se vio involucrado.

²⁰⁹ El artículo tercero de la ley señala: se presumirá la existencia de monopolios, salvo prueba en contrario: I.-En toda concentración o acaparamiento de artículos de consumo necesario; II.- En todo acuerdo o combinación de productores, industriales, comerciales o empresarios de servicios, realizado sin autorización y regulación del Estado, que permita imponer los precios de los artículos a las cuotas de los servicios, y III.- en toda situación comercial, industrial o de prestación de servicios creada deliberadamente, que permita imponer los precios.

²¹⁰ Artículo séptimo de la Ley Orgánica del Artículo 28 constitucional en materia de monopolios.

A su vez, el Estado comenzó a intervenir en otras áreas de la economía (en la industria de la transformación como en la producción de acero, o en empresas forrajeras y empresas azucareras, además de establecer financiación a los sectores agropecuario e industrial entre otras más) cuestión que le permitió tener un crecimiento considerable. Lo característico es que se protegió aún más el sector económico, ayudando al sector privado a través de barreras arancelarias y la prohibición para el establecimiento de empresas extranjeras en el país. Por su parte, el Estado fue delimitando las áreas o sectores exclusivos de la actividad estatal y que con posterioridad, se han ido acotando. Por tanto la actividad del Estado con relación a los particulares se presentó de forma más intensa en este periodo. Lo que hay que señalar es que aunque la crisis de los años setenta comenzó a minar el modelo de crecimiento económico, la economía nacional siguió un ritmo de crecimiento constante.

Sin embargo, la crisis del petróleo en los años ochenta fue un factor importante para que el modelo económico y el modelo jurídico dieran un giro de 180 grados. Y aunque la nacionalización de la banca fue una medida contraria a los intereses económicos privados, se puede considerar como un movimiento que trató de recobrar la autonomía estatal, cuestión que ya no se recuperaría del todo.

En cuanto a su expresión jurídica en esta etapa se generaron un sinnúmero de normas que regularon cada uno de los sectores en el que el Estado se vio involucrado. Su función era el de regular las empresas y los servicios estatales, pero además, su contenido estuvo dirigido a generar una protección del interés colectivo y social. Es decir, la regulación se justificaba en torno al interés público y al interés social. Cuestión que será modificada en las reformas de los años ochenta y noventa, ya que, el objetivo viraría hacia la regulación económica y la eficacia del mercado.

3.3 La desarticulación de lo público-estatal y la expansión del ámbito de lo privado

Los años ochenta y noventa se presenta un giro de vital importancia para la modificación de las funciones del Estado y el derecho. Se llevan a cabo reformas

que modifican las tendencias intervencionistas estatales en materia económica iniciadas en los años de posguerra y que tuvieron su declive hasta los años setentas. Dichos cambios se presentan bajo distintas dimensiones (local, nacional internacional), y se realizaron como justificación para salir de la crisis económica mundial que se inicia en los años setenta.

Ahora bien, las modificaciones llevadas a cabo en México, se presentan en contexto de crisis política y económica, durante los años ochenta en el gobierno de Miguel de la Madrid (1982-1986). Para aminorar esta tendencia se implementan reformas constitucionales en materia económica, en la cual se establecen los ámbitos de actuación estatal en la economía. En el discurso se le denominó cambio estructural pero en la práctica fue una reestructuración de la actuación del Estado en el sector económico a través del desmantelamiento del sistema público y social.

De esta manera, con el gobierno del Presidente Carlos Salinas de Gortari (1988-1994) se realizaron de nueva cuenta modificaciones constitucionales, con el objetivo de establecer la “modernización” que el país requería y de este modo abatir la crisis económica que había aquejado al país en años anteriores. En efecto, estas modificaciones reestructuran y reconfiguran las relaciones entre el Estado y la sociedad, profundizado y priorizando los esquemas que favorecen al capital nacional y primordialmente al capital extranjero o transnacional. Por lo que estas modificaciones pueden ser vistas como una reestructuración clave para el desarrollo del capitalismo global.

La reestructuración que tuvo lugar en los ámbitos económicos prioritariamente, llevó a que la tensión de lo público y lo privado transformara la articulación tradicional, implementando mecanismos encaminados hacia la mercantilización de los espacios públicos y sociales. De este modo, las funciones estatales que se desarrollaron en la etapa denominada como Estado interventor en la economía, se modificaron para favorecer e intensificar las relaciones entre particulares, es decir, se profundizaron las relaciones privadas.

De ante mano, se limitó al Estado para que interviniera en actividades económicas a través del gasto público. Se abre la posibilidad para que la propiedad colectiva y común (ejidal) pueda ser sometida a lógica de la propiedad privada. Se

privatizan las empresas estatales (como lo fue la Compañía Nacional de Subsistencia Populares CONASUPO) que otorgaban protección a ciertos sectores en estado de vulnerabilidad, o se restringe el uso del crédito para sectores como el campesino.

Al mismo tiempo, se crean esquemas de lógicas privatizadoras en sectores como el de la salud o la educación por mencionar algunos de los sectores que fueron afectados. Es decir, predomina el dominio de la mercantilización de los servicios públicos, pero se podría afirmar, de todo el sistema público y social creado por el Estado en etapas históricas anteriores.

Estos planteamientos han llevado a la discusión en torno al Estado mínimo y su debilitamiento, lo que puede ser factible si se analiza cómo se llevó a cabo el desmantelamiento de las instituciones públicas estatales. No obstante a lo anterior, se considera que en esta etapa histórica se ha requerido una mayor intervención estatal para implementar las reformas y llevar a cabo el “nuevo modelo de desarrollo económico”, ello a través de la privatización, la desregulación y apertura del mercado. Es decir, el Estado interviene pero de forma diversa, a partir de todo aquello que pueda favorecer a ser mercantilizado, pero a la vez, el mismo se reconfigura como sujeto dentro del mercado. Alienta la reproducción del capital y promueve grandes proyectos que beneficia a las compañías y empresas sin tomar en cuenta las necesidades de la comunidad. Es decir, existe una socialización de lo privado y del mercado, esto último, el Estado lo reproduce de manera intensa.

Por otro lado, el ámbito del derecho público se ha modificado drásticamente. Es necesario el derecho pero reconfigurando sus alcances (de protección e intervención a una de regulación) principalmente en su relación en el ámbito de los particulares. El derecho público sufre modificaciones respecto en la forma de intervención en la economía (límites a través de áreas estratégicas y prioritarias) y modificación en la forma de interactuar con los servicios públicos por medio de regulaciones que se alejan del control del régimen jurídico público para crear regímenes de auto-regulación que se acercan a formas del derecho privado (arbitraje, mediación y contratos). Es decir, el derecho público “regula”, e interviene simplemente de forma indirecta en las relaciones con los particulares.

3.3.1. El modelo neoliberal en el Estado y el derecho

Antes de iniciar con el proceso histórico de la implementación de las medidas neoliberales es conveniente hacer una breve reflexión respecto cual es la base que da pauta para implantar el programa neoliberal en México²¹¹. El neoliberalismo puede ser definido en distintas dimensiones: en el terreno ideológico, en el político y el económico.

En el terreno ideológico conforma una serie de ideas y pensamientos respecto a una determinada manera de concebir la sociedad, es decir constituye la implementación de un discurso hegemónico que es llevado a cabo por grupos e intereses dominantes, esto es, afirma la preminencia del individuo como ser racional y egoísta, se hace énfasis en el libre intercambio de las mercancías, es el mercado un orden que permite que los recursos sean usados de manera eficiente, es necesario un Estado mínimo para los aspectos sociales y uno interventor para cuidar el mercado y el desarrollo del capital, las organizaciones de trabajadores no son vistas de buena forma por que alteran el buen funcionamiento del mercado, además, de un derecho que garantice la propiedad privada y el desarrollo mercantil (Cárdenas Gracia 2015, 6). En resumen, se produce el dogma del mercado como mediador de las relaciones en la sociedad.

²¹¹ Es con las ideas de Frederick Von Hayek que se desarrolla el concepto de mercado como orden espontaneo. Ver su obra Derecho, Legislación y Libertad. Por otro lado, señalan Laval y Dardot que el mercado se autoengendra y lo único que lo puede perturbar son factores externos como la intervención del Estado, textualmente afirman: “El proceso de mercado, una vez instaurado, constituye un marco de acción que ya no requiere ninguna otra clase de intervenciones: éstas sólo podrían constituir obstáculos, fuente de destrucción de la economía. Pero el mercado ya no es ese «aire» natural por el que circulan las mercancías sin obstáculo, ya no es un «medio» dado de una vez por todas, regido por leyes naturales, gobernado por un principio misterioso de equilibrio. Es un proceso regulado que pone en acción mecanismos psicológicos y competencias específicos. Es un proceso que es menos autorregulador (o sea, conducente al equilibrio perfecto) que autocreador, capaz de auto-engendrarse en el tiempo. Y si no tiene necesidad, precisamente, de poderes externos reguladores, es porque tiene su propia dinámica. Una vez instaurado, podría seguir un perfecto movimiento perpetuo, autopropulsado, salvo en caso de que lo ralenticen o lo perviertan los obstáculos estatales o éticos que constituyen, todos ellos, fricciones perjudiciales. El mercado se concibe, en consecuencia, como un proceso de autoformación del sujeto económico, como un proceso subjetivo auto-educador y auto-disciplinario mediante el cual el sujeto aprende a conducirse. El proceso del mercado construye su propio sujeto. Es autoconstructivo” (Laval y Dardot 2013).

Segundo, es un programa político, ya que establece una serie de acuerdos y arreglos institucionales (Escalante Gonzalbo 2015, 18), pero además, como señala Cárdenas Gracia, se equipara al gobierno como si fuere una empresa, esto es, se enaltecen valores como el de eficiencia, calidad, competencia (2015, 6-7).

Y económico por que establece una serie de recetas y medidas económicas y financieras tendientes a generar el equilibrio del mercado. En este sentido Escalante Gonzalbo plantea una serie de elementos que caracterizan a este programa. Por tanto, el neoliberalismo tiene sus bases en ciertos elementos del liberalismo económico y político clásico, pero no en su totalidad, con esto se quiere decir, que para el liberalismo clásico en sus dos vertientes (política y económica), existe una limitación de la actuación del Estado, es decir, el Estado tiene la obligación de no impedir el libre desarrollo del mercado. Así mismo, en el liberalismo económico el mercado se desenvuelve bajo la tesis de lo que se denominó la mano “mano invisible”, el cual se auto-regula de manera natural a través de la competencia entre los actores involucrados.

Para el neoliberalismo es fundamental la libertad del mercado, pero, para esto es necesario una serie de elementos que lo diferencian de la doctrina liberal clásica. El primero de ellos es el Estado, ya que permite el desarrollo adecuado del mercado, es decir, éste último no puede ser entendido como un hecho natural, al contrario de los planteamientos del liberalismo clásico, “en consecuencia de ello, al Estado le corresponde un papel mucho más activo del que suponían los liberales de los siglos anteriores” (Escalante Gonzalbo 2015, 21). Además, es necesario establecer como eje fundamental el desarrollo del mercado, el cual, es un mecanismo que permite saber el procesamiento de información por medio de precios establecidos y del conocimiento de los costos de producción. Asimismo, en el mercado, la competencia es importante ya que esta última genera que los precios se auto regulen y produce además, un mejor aprovechamiento de los recursos²¹² (2015, 21).

²¹² Señala textualmente el autor: “La idea de que el mercado es fundamentalmente un mecanismo para procesar información, que mediante el sistema de precios permite saber que quieren los consumidores, qué se puede producir, cuánto cuesta producirlo [...] la competencia es lo que permite

Otro elemento primordial es que solo por medio del mercado se puede encontrar la libertad. Esto es, es necesario impedir que se haga interferencia o imponer algún obstáculo para su funcionamiento “el mercado es la expresión material, concreta, de la libertad. No hay otra posible y toda interferencia con el funcionamiento del mercado significa un obstáculo para la libertad” (Escalante Gonzalbo 2015, 21). Para el neoliberalismo solo en el ámbito de lo privado es posible generar mayor eficiencia en los servicios, menos corrupción y burocratización, así como la idea de que se evitan los acuerdos opacos o a manos de ciertos intereses, es mejor y superior lo privado sobre lo público (Escalante Gonzalbo 2015, 22). Y por último, en este programa se prepondera al individuo sobre otras formas de organización política así como la política es vista en términos de mercado, es decir, los políticos buscan siempre generar el máximo beneficio (Escalante Gonzalbo 2015, 22).

Sin tratar de hacer un análisis exhaustivo, ya que rebasa los propósitos del presente trabajo, Lavat y Dardot realizan los siguientes planteamientos con relación al Estado y al derecho citando el análisis que realiza Hayek al respecto.

Los autores señalan que el planteamiento de Von Hayek hace alusión a los siguientes elementos generales:

1) La existencia de un orden espontáneo que es el del mercado, a diferencia de los órdenes creados por el hombre o los órdenes naturales. En este sentido es preferible el orden espontáneo porque tienen la posibilidad de autorregularse, impidiendo cualquier interferencia deliberada (2013, 161).

2) El orden del mercado funciona con relación a normas o reglas formales generales porque la interferencia en el mercado perturba el funcionamiento de dicho orden (2013, 162).

3) la sociedad es un orden espontáneo y entre ella se encuentra el mercado que genera cohesión social, aunque no hay que equiparar el orden del mercado con las economías, ya que estas últimas son organizaciones creadas por los hombres

que los precios se ajusten automáticamente y a la vez garantiza que se hará el mejor uso posible de los recursos” (Escalante Gonzalbo 2015, 21).

como lo son las familias. En este sentido, cada una de las personas en la sociedad no puede tener el conocimiento general sino simplemente un conocimiento parcial y limitado (*savoir faire*), por lo que el mercado constituye un orden que permite dar una dirección no deliberada a esos conocimientos dispersos.

4) Este orden se le denomina *catalaxia*²¹³ (intercambio) haciendo alusión a la palabra griega, el cual establece un vínculo social es decir, el mercado produce una forma de organizar las diferentes acciones de los individuos (2013, 164).

5) El derecho tiene que adoptar una forma general que no interfiera en ese orden espontáneo. El derecho civil es su fiel representante porque establece normas abstractas e impersonales que permiten el funcionamiento adecuado del orden espontáneo. El derecho público es una regla que organiza la actuación del Estado, sin embargo, ha sido llevado al extremo y por tanto ha intervenido en el orden de los particulares. El orden que debe de regir y prevalecer tiene que ser planteado “como una sociedad de derecho privado” (2013, 165), porque permiten que se realice sin interferencia el orden del mercado (2013, 167).

6) Las normas del derecho civil son las únicas que permiten extender la libertad al individuo, la libertad es entendida como la falta o ausencia de la coerción. Estas normas de derecho privado deben salvaguardar y proteger las esfera privada (2013, 169-170).

3.3.1.1 El neoliberalismo y su implementación

La implementación en México de las políticas neoliberales se ha realizado en distintas etapas, su profundización se ha llevado de manera paulatina como consecuencia, principalmente, de los procesos políticos de configuración nacional. Sin embargo, los diferentes gobiernos se han aprovechado las crisis económicas

²¹³ “Hayek vincula esta noción de orden espontáneo con la gran filosofía escocesa del siglo XVIII, ilustrada por los nombres respectivos de Ferguson, Smith y Hume. En el artículo de 1965, «Clases de racionalismo», opone una a otra dos clases de racionalismo: un «racionalismo ingenuo» y un «racionalismo crítico». El primero, el de Bacon, Descartes y Hobbes, sostiene que todas las instituciones humanas son «creaciones deliberadas de la razón consciente»: a este primer racionalismo, ignorante de los límites de los poderes de la razón, le conviene la apelación de «constructivismo». El segundo se define, por el contrario, por la conciencia de esos límites, y es precisamente dicha conciencia lo que le permite dar un lugar a órdenes no procedentes de una deliberación consciente” (Laval y Dardot 2013, 164).

por las que el país se ha enfrentado constantemente. Bajo estas circunstancias, en un primer momento se recurrió a al discurso de reforma estructural, y en un segundo momento al de la modernización del Estado, para generar crecimiento económico y bienestar social, pero lo que ha fructificado ha sido llevar de forma radical el modelo neoliberal.

Cabe decir que en el contexto internacional fue con el Gobierno de Estados Unidos de América, con Ronald Reagan como presidente y Margaret Thatcher en Gran Bretaña, generaron un cambio radical en la configuración estatal como medidas para establecer un nuevo modelo económico y solventar la crisis del capitalismo mundial.

En este contexto: “el punto de partida era que la planificación económica y la propiedad social habían fracasado y que solo el mercado podía ofrecer a la vez libertad, eficiencia y crecimiento. Los servicios públicos –sanidad, educación, transporte, podían gestionarse de forma eficiente si se introducían en ellos mecanismos de mercado o se gestionaban privadamente, incluso si seguían siendo financiados públicamente” (Paramio 2009, 60).

Fue a través de los organismos financieros internacionales que se establecieron mecanismos rectores (privatización y liberalización de los mercados nacionales) condicionados por medio de préstamos a los países denominados del tercer mundo, como consecuencia de las crisis sistémicas del capitalismo. Para ello se propuso un plan denominado Consenso de Washington con el propósito de salir de la crisis, pero restructurando la economía de los países con problemas económicos. Este plan económico fue elaborado por el economista John Williamson²¹⁴ su objetivo era encontrar la manera de solventar las crisis de deudas de los países en América Latina, pero además, fue la manera en que Washington interpretó dicha situación, por lo que se desarrollaron una serie de medidas las cuales establecían una relación distinta entre los bancos y los Estados, los cuales señalaban:

²¹⁴ Ver Williamson, John (1990), “What Washington Means by Policy Reform” extraída el 21/V/2014 desde <http://www.iie.com/publications/papers/paper.cfm?ResearchID=486>.

Disciplina presupuestaria, cambios en las prioridades del gasto público (disminuyendo los gastos en áreas del sector público), reforma fiscal con una base impositiva más amplia, tipos de interés basados en el mercado, tipo de cambio basados en la fuerza del mercado, liberalización comercial (no intervencionismos nacionales), política de apertura respecto a la inversión extranjera directa, política de privatizaciones como medida a ayudar a la reducción de la presión en el presupuesto del gobierno con el fundamento de que las empresas privadas son más eficientes que las empresas estatales y fortalecimiento de los derechos de propiedad (Casilda Béjar 2002, 113-115).

Bajo estos argumentos Cásilda Bejar señala que el plan giraba sobre cuatro planteamiento centrales: 1) generar estabilidad y equilibrio económico atendiendo a la política fiscal y tipos de cambios; 2) Generar un sector público eficiente a partir de su disminución y presencia, principalmente sobre el gasto público; 3) Un sector privado que permita generar competencia a nivel nacional e internacional; 4) sectorización de las políticas de pobreza (2002, 115).

Por tanto, para poder abatir la crisis se usó como argumentó el reestructurar las relaciones capitalistas, y más propiamente, el de modificar los planteamientos que sustentaron al Estado interventor en la economía. Para los neoliberales las causas de las crisis se presentaron debido a las siguientes elementos: 1) La falta de legitimidad y el deterioro de la democracia 2) un aumento desmedido del Estado en la economía que ha causado inflación y déficit público 3) la influencia a escala nacional de los sindicatos en la toma de decisiones públicas, lo cual modifica su función en cuanto a su papel en la producción, 4) El surgimiento del nacionalismo que ha ido en aumento en los países productores, y en aquellos que han impulsado esquemas de industrialización, lo que ha encarecido los procesos de la producción y han generado obstáculos a la libre circulación de las mercancías (Cordera y Tello 2010, 112).

En este sentido, la propuesta para abatir la crisis giró en torno a los siguientes planteamientos: reducción del Estado en la intervención económica, hacer énfasis en una política monetaria que controle la circulación de la moneda y regular las tasas de interés, así como enfocarse en la estabilidad monetaria sobre el crecimiento económico o el apoyo a las menos favorecidos, disminuir el gasto público a través de recorte presupuestales y preponderar el libre intercambio sobre cualquier medida proteccionista (Cordera y Tello 2010).

Cada una de las condiciones antes señaladas se han ido implementando teniendo determinadas consecuencias en la economía, pero principalmente, afectando al aparato del sector público y la protección a los sectores sociales. Como señala Joseph Stiglitz, dicho plan fue estructurado para los países en América Latina con problemas de déficit financiero y alta inflación. Las medidas que se tomaron iban encaminadas hacia la disciplina fiscal, la privatización y la liberalización del mercado. A pesar de lo anterior, señala que muchas de estas políticas estuvieron bien enfocadas en cuanto a la solución del problema, sin embargo, lo que no se planteó es que no en todos los países existían las mismas condiciones para su implementación, y además, dichas políticas no fueron los medios adecuados para generar un modelo equilibrado y de crecimiento económico, sino solo un fin en sí mismo (2016, 114).

3.3.1.2 El ajuste estructural y modernización

El neoliberalismo en México tiene su punto de partida con el gobierno de Miguel de la Madrid (1982-1988). Su periodo de gobierno se vio afectado por la crisis capitalista que se presentó a finales del gobierno del Presidente López Portillo. Hernández Oliva señala que la crisis económica que se presentó en los años ochenta fue producto de las propias contradicciones del Estado desarrollista e interventor. Aunque en primera instancia la crisis internacional²¹⁵ fue un factor importante para entender la crisis nacional, los factores principales se presentaron sobre todo por la estrategia del gobierno para contener las crisis de los años setenta a través del gasto social, la creación exacerbada de empresas estatales políticas de

²¹⁵Señala Guerrero Olvera que la crisis internacional repercutió en México por distintas razones, pero “particularmente como el resultado del desequilibrio existente entre la oferta y la demanda de insumos y productos, ya que al no expandirse la oferta por la reducida demanda de bienes de consumo y de capital, principalmente a finales de la década de los sesenta, la inversión en el sector de bienes de capital se vio reducida, a lo que se sumó la presencia de una profunda crisis agrícola como resultado de una baja productividad de las economías planificadas y de los países subdesarrollados, producto entre otros factores, de la presencia de malos ciclos agrícolas, del incremento en los precios de los alimentos e insumos industriales y de la presencia de prácticas especulativas. La situación se agravó por la crisis financiera y por la inestabilidad en las principales monedas dando problemas de paridad y de disturbios en los pagos por deudas contraídas” (Guerrero Olvera 2012, 64).

subsidios al sector privado, así como política de ajustes salariales lo que conllevó al deterioro de las empresas estatales y a un déficit fiscal importante (2000, 61).

Huerta Moreno indica que además del problema financiero internacional, se sumó la caída de los precios del petróleo, un déficit interno, inflación, fuga de capitales y una fuerte deuda externa. Esta situación trajo como consecuencia que el gobierno se viera imposibilitado para poder tomar cualquier medida económica que le permitiera salir de esta crisis (2001, 88).

Para revertir dicha situación se actuó en dos sentidos: a través del establecimiento de medidas tendientes a generar estabilidad económica y establecer un programa de ajuste estructural; y medidas que iban encaminadas hacia la disminución de las políticas intervencionistas del Estado en la economía. Pero sobre todo, dichas políticas tenían una clara influencia en los planteamientos del Fondo Monetario Internacional.

Para Chávez Ramírez el Fondo Monetario Internacional cumplió un papel importante en la implementación de estas políticas económicas. La interpretación de este organismo internacional, con relación a las crisis que presentaban los países con esta problemática, fue que la inflación y el desequilibrio económico externo se presentaron debido a la implementación de políticas económicas inadecuadas. Para contrarrestar esta situación era conveniente que las relaciones económicas regresaran a un equilibrio respecto a una balanza entre los precios y la moneda a nivel externo e interno, lo que conduciría a un funcionamiento libre de los mercados (1996, 23).

Este ajuste monetario, señala Chávez Ramírez, tuvo dos perspectivas que fueron planteadas por el Fondo Monetario Internacional: la primera era que en la inflación se podría corregir a partir de la devaluación de la moneda, lo que permitiría a traer más exportaciones, así, para lograr que la inflación disminuyera, era necesario que el exceso de la demanda de productos interna disminuyera. Hay que señalar que para el organismo internacional la inflación era producto de la deuda fiscal estatal y por eso es importante que se recorte el gasto del Estado y aumentar los impuestos para disminuir la demanda (1996, 24). La segunda tiene que ver con el crédito como factor de la inflación y el desequilibrio de la balanza de pagos, es

decir, si se aumenta el crédito aumenta la cantidad de moneda circulante y afecta proporcionalmente a las importaciones, lo que aminora la cantidad de reservas internacionales, por lo tanto, es conveniente poner un freno y control al crédito interno (1996, 24). Por medio de esta perspectiva el FMI comprende la estabilidad “como un equilibrio del balance de pagos y eliminación de las alzas de precios implicaba, desde este punto de vista, un proceso de ajuste monetario” (1996, 25).

De esta manera, la implementación de estas políticas económicas tiene como consecuencia la reducción del Estado en materia económica. Es decir, el Estado se convierte en un obstáculo para generar estabilidad económica. Pero además, es necesario que el Estado abra su economía, en otros términos, libere el mercado eliminando las barreras arancelarias y el control sobre las mercancías, además, el de restringir el acceso a créditos motivo por el cual se dificulta poder generar inversión interna²¹⁶.

Por lo tanto, el presidente Miguel de la Madrid estableció una serie de medidas que buscaron estabilizar la situación económica del país: la primera de ellas fue la implementación que se llevó a cabo para establecer los alcances del Estado en materia económica. Para ello, el Programa Inmediato de Reordenación Económica (PIRE) (1/12/1982) planteó diez puntos para lograr la estabilización económica: disminución del gasto público, protección al empleo, continuidad a las inversiones de producción, implementación de normas para un gasto público eficiente, protección a los programas de producción, importación y distribución de alimentos básicos para la población, aumentar los ingresos públicos para abatir el crecimiento del déficit público, otorgar crédito para el desarrollo nacional, reivindicación del mercado cambiario, por medio de la autoridad del Estado, reestructuración de la administración pública, y por último, se actuará por medio del principio de rectoría económica del Estado y bajo un régimen de economía mixta (De la Madrid Hurtado 1982).

Otra de las medidas adoptadas fue que el gobierno estableció el Plan Nacional de Desarrollo, (1983) mecanismo que permitiría racionalizar la actuación

²¹⁶ “Como vemos, esta política tiene por objeto restringir la demanda agregada, con la consecuente reducción de las importaciones y el nivel de producción, e incluye también medidas de austeridad y contracción presupuestal” (Chavez Ramirez 1996, 26).

gubernamental e impedir actuaciones arbitrarias o autoritarias, sobre todo en materia económica. En este sentido, el plan propuso establecer disciplina administrativa y financiera para poder abatir la crisis por la cual estaba pasando el gobierno. El plan se basó en cuatro objetivos fundamentales: “conservar y fortalecer las instituciones democráticas, vencer la crisis, recuperar la capacidad de crecimiento iniciar los cambios cualitativos que requiere el país en sus estructuras económicas, políticas y sociales” (De la Madrid Hurtado 1983, 119-120). Por lo tanto, el Programa Inmediato de Reordenación Económica, como el Plan Nacional de Desarrollo fueron instrumentos para dar un giro a las políticas económicas del gobierno mexicano. En este sentido, el PND, ya se presentaba como un modelo para realizar lo que fue denominado un “ajuste estructural”²¹⁷.

Las reformas estructurales afectaron el sector público disminuyendo, por un lado, su intervención en la economía, y por el otro, aminorando y reestructurando el complejo administrativo gubernamental, principalmente en las empresas productivas del Estado por medio de la privatización²¹⁸. A su vez, la economía nacional quedó estancada como consecuencia del traslado de dinero al pago de la deuda, lo que ocasionó beneficios a los capitales financieros (Hernández Oliva 2000, 62).

Por otro lado, la firma de las cartas intención con el Fondo Monetario Internacional en el año de 1982, 1984 y 1985²¹⁹ para recibir préstamos y solventar

²¹⁷ Para el Fondo Monetario Internacional, el ajuste estructural se planteó bajo los siguientes elementos: “acatar los postulados del mercado internacional, reducción del Estado en favor del sector privado por medio de la desregulación y límites a la participación económica del Estado, liberalización comercial, apertura financiera y supervisión de un grupo cerrado sobre las modificaciones estructurales” (Chavez Ramirez 1996, 30-31).

²¹⁸ Hay que señalar que la privatización que se realizó durante el gobierno de Miguel de la Madrid no se llevó a cabo a profundidad. Como lo afirma Sánchez González: “Los datos señalan que La privatización se inició lentamente, pero después de 1985 se aceleró. Solo se privatizaron 23 empresas en 1983-1984 (comparadas con 30 en 1984). En febrero de 1985, de la Madrid anunció un nuevo paquete de medidas económicas: incluía un programa de privatización más amplio que ponía en la mira 236 entidades gubernamentales (de las cuales únicamente 52 eran empresas en operación), (J. J. Sánchez González 1998, 184).

²¹⁹ “Ahora bien, la conducción de la política económica independientemente de una u otra administración, había dependido de dos convenios firmados a partir de 1982 con el Fondo Monetario Internacional (FMI) y de tres acuerdos firmados de reestructuración de la deuda externa del sector público alcanzados con la comunidad financiera internacional a mediados de 1986. En dichos convenios se refuerzan las condiciones de los organismos financieros internacionales impuestos a México desde 1982, que significan entre otras cosas, una mayor apertura de la economía, una rápida privatización de las empresas públicas, mayores facilidades a la inversión extranjera, así como la

los pagos de la deuda, tuvieron como condición a una política de estabilización económica en materia financiera, a disminuir el gasto público y a la venta de empresas paraestatales. En los acuerdos con el organismo internacional se planteó, en primer lugar, generar la estabilidad económica de acuerdo a corregir el déficit de las finanzas públicas a través de reducir los gastos estatales y los subsidios en los precios y al capital privado. En segundo lugar, la obligación de someter los precios y las tarifas de los bienes y los servicios al mercado (Trejo Ramírez y Andrade Robles 2013, 39).

A pesar de la implementación de los programas y planes señalados, las condiciones económicas no fructificaron, ya que para el año de 1986 se presentó la caída de los precios del petróleo, por lo que se tuvo que tomar medida al respecto. Se continúa con medidas tendientes a sanear las finanzas públicas, en este sentido, para 1986 “el gobierno anunció la reducción de 500 mil millones de pesos del gasto autorizado para ese año. El recorte se aplicó en 50 % al sector industrial, 27 % al rural y social, 6% al desarrollo regional y 16% a otros rubros” (Medina Peña 2014, 249). Pese a lo anterior, se firma de nueva cuenta un préstamo del FMI en el que se otorgó 1600 millones de dólares, y se establecieron condiciones como la liberalización del mercado (Medina Peña 2014, 250-251).

De esta forma se tuvo que realizar otro acuerdo denominado *Plan de Aliento y Crecimiento* (22 de junio de 1986) en el que se establecía generar crecimiento económico, regular la inflación y crear empleos²²⁰. Sin embargo, debido al derrumbe

mayor intromisión de la banca internacional, multilateral y privada en la conducción de la economía nacional” (J. Sánchez González 2010, 184).

²²⁰ “Cuyo objetivo fundamental era recobrar la tasa de crecimiento moderado, el control de la inflación y proteger la empresa productiva y la generación de empleos. Además, este programa insistía en la necesidad de incrementar los recursos externos e internos, y en introducir cambios estructurales orientados a la oferta –necesarios para fomentar la eficiencia de la economía y fortalecer el crecimiento del país a mayor plazo y profundizar las acciones que se han ejecutado desde 1983” (Chavez Ramirez 1996, 56). Sobre este convenio hay que decir que fueron tres los aspectos en los cuales el país obtuvo ventajas: Se estableció un “seguro” contra las fluctuaciones en los precios del petróleo que permitiría aislar la evolución de la economía de los choques externos desfavorables debido a las alteraciones de los precios del crudo. México logró que el FMI adoptara un enfoque novedoso en cuanto al déficit presupuestal, pues éste se fijaría a partir del “déficit operacional”, que elimina el efecto inflacionario sobre los pagos gubernamentales. El programa preveía un segundo mecanismo especial que operaría si la recuperación no se lograba, es decir, si no se crecía entre el 3 y 4 % , caso en el cual la ayuda sería por 500 millones de dólares en el periodo del programa. No obstante, también había algunas políticas que bien podrían insertarse en la serie de condiciones que para el otorgamiento de créditos propuso el Plan Baker, tales como la profundización de la

de la bolsa de valores en Nueva York, el programa no tuvo los efectos deseados, por lo que se realiza de nueva cuenta un pacto denominado de *Solidaridad Económica* (23 de diciembre de 1987), este último tuvo como prioridad disminuir la inflación a partir de contener los salarios y aumentar los servicios públicos²²¹ (J. J. Sánchez González 1998, 82).

Además de lo anterior, en este gobierno se realiza la entrada del gobierno al GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*) Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (17/07/1986). Este acuerdo representa la apertura del comercio internacional, hecho que significó que los precios de los productos no se encontrarían sometidos al control estatal, constituyendo un antecedente para llevar a cabo el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos y Canadá.

En este sentido, para Gurza Lavalle el gobierno de Miguel de la Madrid representó el inicio de la etapa neoliberal, y aunque se considera que este gobierno fue opaco debido a la falta de crecimiento, afirma que fue exitoso en cuanto al giro neoliberal que logra dar a su gobierno mediante las políticas de austeridad en el gobierno y en el gasto social. En este sentido señala que:

Dentro de sus logros más notables destacan: el control de la inflación a través del Pacto de Solidaridad Económica (PASE), el mismo PASE como mecanismo de control de la inflación de eficacia insospechada, la aceptación social de la necesidad de una transformación a fondo del país, el restablecimiento de la confianza del capital en el gobierno, la renegociación de los créditos externos y de la deuda, el establecimiento de un marco jurídico propicio para la reestructuración, el congelamiento de los salarios en niveles de competitividad internacional, la conciencia generalizada en el gran capital sobre la pertinencia de reconvertir su planta productiva y la apertura de las primeras vías para el estrechamiento de relaciones comerciales con Estados Unidos (GATT) (A. Gurza Lavalle 1994, 55).

No obstante a lo señalado en el párrafo anterior, fue con el Gobierno de Carlos Salinas de Gortari (1988-1994) que se llevó a cabo de manera radical los

liberalización comercial, la venta de empresas paraestatales y, en general, políticas que conducirían a la economía mexicana a una mayor privatización (Chavez Ramirez 1996, 64).

²²¹ “El PSE consistió en castigar en mayor grado a los salarios a fin de reducir la demanda y con ello detener los precios. Se aumentaron los salarios un 15%, aumentaron un 80% en promedio las tarifas de luz, gasolina, teléfono y otros servicios y se pretendió detener el ritmo de deslizamiento del peso, lo que se tradujo en un duro golpe para los trabajadores, pues mientras casi todos los bienes y servicios aumentaron en la realidad en un 100%, los salarios sólo lo hicieron en 15%. Lo peor fue cuando en marzo se concertó la segunda fase, en la que el aumento salarial fue sólo de un 3%, de tal manera que de diciembre a marzo el salario sólo se incrementó en un 18%, frente al referido 100% en que subieron los bienes y servicios” (J. J. Sánchez González 1998, 82).

planteamientos neoliberales. Su propuesta se fundamentó en la obligatoria y necesaria reforma del Estado como parte fundamental del desarrollo económico. En el análisis que hace Salinas de Gortari de su gobierno establece como punto de partida la reforma del Estado y la modernización.

El ex presidente hace un análisis de la razones por las cual era necesario establecer la reforma, es decir, justifica la necesidad de la reforma estatal. El referente principal es el papel del Estado en la sociedad, es decir, Salinas arguye que el Estado ya no pudo cumplir su papel por su excesiva participación en la sociedad. Así señala que “el ensanchamiento del papel del Estado en todos los ámbitos de la vida social dejó de ser útil para tornarse crecientemente en un obstáculo a la dinámica que su propia acción generó” (Abril 1990).

Para Salinas de Gortari es conveniente regresar a los ideales de la Constitución de 1917, pero en el sentido de “construir un Estado menos social y más propietario, y dar principio al Estado más social por responsabilidad compartida con un firme compromiso de justicia y democracia” (Abril 1990). En este marco de ideas, el análisis que hace sobre los factores externos recae en el fenómeno de la globalización que consisten en los cambios vertiginosos “de la ciencia y la tecnología de alcances toda vía inimaginables, la formación de nuevos centros de financiamiento mundial y de nuevos bloques económicos, imponen una competencia más intensa por los mercados” (Abril 1990).

Por tanto, los cambios necesarios a modificar tiene que ver principalmente con el Estado en el que afirma que:

Nuestro problema no ha sido el de un Estado pequeño y débil, sino el de un Estado que creció de manera desproporcionada y desordenada [...] la reforma que lo agilice y haga eficiente, demanda ampliar los espacios a la iniciativa de los grupos sociales organizados y de los ciudadanos, liberar recursos hoy atados en empresas públicas y concentrar la atención política en las prioridades impostergables de justicia” (Abril 1990).

Por otro lado, el sentido de modernización estatal lo explica de manera que el Estado debe cumplir con el papel respecto a: garantizar el Estado de derecho y la seguridad de los ciudadanos, ser eficaz mediante la eliminación de su estructura administrativa que impide y obstaculiza el cumplimiento de sus funciones principalmente en la economía, por lo que el Estado tiene que crear las condiciones

para el desarrollo económico²²². En este sentido, el Estado debe ser el guía y el conductor²²³ para el desarrollo económico nacional, “el quehacer del Estado en la economía es, pues, promover, alentar, vigilar y coordinar la actividad económica nacional, en el marco de la Constitución y sus leyes, a efecto de garantizar el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales” (Plan Nacional de Desarrollo 1989-1994 1989).

Por otro lado, el papel del Estado en el exterior debe establecer políticas que generen acuerdos y negociaciones bilaterales o multilaterales, así como ser eficiente en la apertura comercial, ser eficiente para eliminar los obstáculos de las regulaciones que impiden el libre desarrollo de los sectores productivos y para lograrlo es necesario la intervención de los particulares²²⁴ (Plan Nacional de Desarrollo 1989-1994 1989).

Fueron tres los principales ejes en los que se presentaron cambios importantes en la economía. La liberalización económica, la apertura del mercado y la privatización. Alrededor de estos ejes se realizaron las modificaciones estructurales del gobierno. Elvira Concheiro señala que el Gobierno de Salinas de Gortari implementó tres mecanismos importantes para llevar a cabo la Reforma del

²²² Reproducción textual del párrafo respecto a la Estrategia de Modernización señalada en el Plan Nacional de Desarrollo: “El Estado debe modernizarse para cumplir eficazmente con sus obligaciones más fundamentales; garantizar el Estado de Derecho y la seguridad de los ciudadanos, armonizar los intereses de todos los grupos y promover las condiciones de crecimiento que permitan un avance significativo en el bienestar de todos los mexicanos. Exige también ser eficaz, eliminando el peso de su estructura que limita y en ocasiones erosiona su capacidad de respuesta ante sus obligaciones constitucionales. Su fuerza económica no radica en su tamaño ni en los ámbitos del quehacer productivo que posee, sino en la creación de las condiciones de un desarrollo efectivo que de base permanente al empleo y a la calidad de vida” (Salinas de Gortari 1989).

²²³ Reproducción textual del párrafo respecto a la Estrategia de Modernización señalada en el Plan Nacional de Desarrollo: “Este es el sustento del concepto de rectoría del Estado acorde con su propia modernización: el Estado debe conducir el desarrollo nacional, armonizando y articulando los intereses de todos los sectores concurrentes, en aras de fomentar el crecimiento económico y el empleo, y garantizar una más justa distribución del ingreso y la riqueza” (Salinas de Gortari 1989).

²²⁴ Reproducción textual del párrafo respecto a la Estrategia de Modernización señalada en el Plan Nacional de Desarrollo: “El esfuerzo de modernización se habrá de dar en todas las esferas de nuestra economía. Modernizar es ampliar y mejorar la infraestructura; es aceptar y enfrentar con eficacia la apertura comercial; es eliminar obstáculos y regulaciones que reducen el potencial de los sectores productivos; es abandonar con orden lo que en un tiempo pudo ser eficiente pero hoy es gravoso; es aprovechar las mejores opciones de producción, financiamiento, comercio y tecnología de que dispone el país; es reconocimiento de que el desarrollo en el mundo moderno no puede ser resultado sólo de las acciones del Estado, sino también precisa la participación amplia de los particulares (Salinas de Gortari , Plan Nacional de Desarrollo 1989-1994 1989).

Estado y su proyecto modernizador: el Pacto para la Estabilidad y el Crecimiento Económico (PECE), la negociación de la deuda externa con apertura al exterior, y superación de la crisis de las finanzas del Estado (1996, 22). Todas estas medidas estuvieron encaminadas a generar estabilidad económica y salir del problema inflacionario que tanto aquejó al país. Por tanto, el Pacto fue un instrumento que se estableció para lograr la estabilidad en los precios del mercado, el cual iba encaminado a buscar recuperar la tasa de ganancia y producir una estabilidad en los precios para que con ello se buscaran inversiones. Mediante la negociación de la deuda externa se logró ahorrar 1500 millones de dólares lo que permitió disminuir el déficit y poder generar ahorro venido del exterior perdido totalmente en los años anteriores (1996, 22).

Además, la apertura comercial se llevó a cabo mediante la liberalización del mercado disminuyendo aranceles de los productos, así como promoviendo la inversión extranjera, “el resultado inmediato fue la creación de 2028 nuevas sociedades entre 1989 y 1991, de las cuales 1,280 son de capital foráneo” (1996, 23).

La liberalización comercial emprendida por el Gobierno estuvo encaminada a abatir el problema de la inflación, el primer paso para ello lo había dado el gobierno de Miguel de la Madrid con la firma de la adhesión al GATT, pero fue con Salinas de Gortari que se llevó de manera más amplia. El gobierno firmó el Tratado de Libre Comercio que comenzó a regir para el año de 1994, el cual “comprometía a Estados Unidos, México y Canadá a reducir los aranceles y los controles cuantitativos con la finalidad de aumentar los flujos comerciales de la región” (Márquez y Meyer 2010, 756). En este contexto de liberalización comercial se reducen las restricciones para poder invertir en el país, de acuerdo a la aprobación de la Ley de Inversión Extranjera (27/12/1993).

A su vez, fue en este periodo que se llevó a cabo una segunda oleada de privatizaciones de las empresas públicas estatales. En un inicio dichas privatizaciones fueron justificadas por la falta de eficiencia y la gran carga que ocasionaron al Estado. Esa misma tendencia se puso en práctica en este gobierno aunque en muchas de las privatizaciones no existiera un motivo concreto para ello,

es decir, la falta de eficiencia para realizar la privatización. Se estima “que se retiraron 21 ramas de la actividad económica entre las que destacan: minería, construcción, comercio, transporte, servicios financieros, industria manufacturera y servicios comunales” (J. Sánchez González 2010, 270).

Hay que señalar que además de las privatizaciones anteriores, se llevó a cabo la privatización de la Banca (es decir, liberalización del sector financiero), en la que el Estado cede el manejo de los recursos financieros a manos de particulares. Pero lo que hay que destacar en esta ocasión es que “no se devolvió a sus antiguos dueños, sino entregándola a sus nuevos banqueros sin experiencia pero a fines al presidente” (Márquez y Meyer 2010, 757). Para ello se reformó el artículo 28 constitucional (D.O.F.27/06/1990), para que el sistema financiero pudiera ser gestionado por capital privado.

Además, para poder concretar estas modificaciones también fue necesario reformar el artículo 27 constitucional (D.O.F. 06/01/1992). Esta reforma planteó eliminar la serie de protecciones a la propiedad comunal o ejidal para que pudieran pasar a manos de los particulares. Hecho que culminó con el final del reparto agrario, y por consiguiente, con la idea social de la tenencia de la tierra. Así, el argumento para haber llevado dicha modificación fue “considerar que se requiere un amplio y libre mercado de tierras para facilitar la creación de unidades productivas que puedan asimilar considerables volúmenes de capital” (Concheiro Bórquez 1996, 113).

Guerrero Olvera menciona que el gobierno realizó modificaciones tendientes a ordenar las finanzas públicas, generar una mayor estabilidad de precios, la no intervención del Estado en los procesos de producción, dejar las funciones estatales en manos de los mercados a través de la liberalización interna y externa de las transacciones financieras y comerciales, y por último, una apertura a la inversión extranjera (Guerrero Olvera 2012, 85).

Para Enrique Montalvo, la implementación del Neoliberalismo fue un proceso complejo en el cual se desmantela la empresa estatal, se desarticula las agrupaciones de los trabajadores y se disminuye la fuerza de los sindicatos, se construye un nuevo sujeto sustituyendo al sujeto nacionalista, producto de la

revolución mexicana, se fortalece el individualismo, así como se da prioridad al consumo (Montalbo Ortega 2013, 46).

A su vez Arturo Anguiano señala que la implementación del modelo representa la alianza entre el gobierno y el capital, lo que trajo como consecuencia reformar el papel del Estado en la economía. Para el autor, las modificaciones del capitalismo, que se vieron reflejadas en el funcionamiento del aparato estatal, fueron una forma de dar salida a la crisis de los años ochenta, a partir de la reestructuración productiva y de modernización. Se transforma el intervencionismo estatal y se prioriza aminorar la presencia del estado, “*el adelgazamiento del Estado obeso*” (2010, 196). Pero además, este hecho significó la transferencia del poder estatal en manos del capital (nacional e internacional), “el Estado mexicano se desprendió incluso de un aspecto básico de su legitimidad histórica al transferir al sector privado la rectoría estatal sobre la economía, esto es el papel motor del desarrollo y dejar al mercado la función de regulación” (2010, 199).

Por su parte, para Concheiro, el proyecto modernizador representó un acercamiento entre la clase empresarial y la clase política, es decir, el acercamiento “de los gobernantes a la mentalidad empresarial y el del sector privado a las funciones públicas de gobierno (1996, 61). Aunque para la autora, la modernización implicó una nueva alianza entre empresarios y políticos, el papel del sector privado es protagónico y “predominante en la conducción económica y participe en todas las esferas del quehacer de la sociedad mexicana” (1996, 62).

Gurza Lavalle señala que estos cambios modifican lo público en el Estado ya que “suponen la destrucción de las estructuras de compromiso social, producto de un determinado equilibrio de fuerzas entre el capital y trabajo [...] este compromiso y el equilibrio de fuerzas tienen un costo demasiado elevado para el capital” (1994, 62). Las modificaciones de la reestructuración de lo público versan sobre el proyecto modernizador que requiere “extinguir el carácter obligatorio sobre lo público, es decir, que requiere borrarlo de su nivel de política de gobierno” (1994, 74).

3.3.2 La reconfiguración de las funciones del Estado y el derecho

En este apartado se analiza a la privatización, la liberación del mercado y la desregulación, así como los medios e instrumentos principales que fueron usados para la implementación del modelo neoliberal los cuales modifican las funciones del Estado. Pueden ser definidos como técnicas administrativas, pero también, estos medios pueden ser vistos como el eje que articula al complejo proceso neoliberal, y al mismo tiempo, fungen como medios para descoyuntar el aparato de lo público-estatal.

La implementación de estas medidas se puede entender bajo la explicación que hace Rene Villarreal sobre el modelo de mercado. El cambio estructural iniciado en los años ochenta se presenta bajo la política de la desprotección, desregulación y desestatización (2001, 122).

La primera de ellas tiene que ver con la sobre protección que se dio al mercado. El ajuste estructural y el modelo del mercado hacen alusión a la desprotección de cualquier obstáculo o barrera respecto al funcionamiento del mercado, el ejemplo se presenta con la firma del Tratado de Libre Comercio entre México, Estados Unidos y Canadá. Para implementar el tratado tuvo que establecerse una serie de marcos normativos que permitieran el libre mercado entre países, pero a su vez, la liberalización o desprotección implica la posibilidad de realizar transacciones monetarias y no solo mercantiles, es decir, se presenta también la liberalización financiera de restricciones entre los países (2001, 123).

La sobrerregulación fue planteada como un obstáculo para el desarrollo del libre mercado, en el sentido de que el Estado sustituía las fallas del mercado estableciendo controles a través de marcos normativos y de reglamentación que impiden al el mercado ser eficiente y producir ganancias (2001, 123).

Por último, la sobre estatización que se presentó por medio de la intervención de las empresas estatales en la producción de bienes y servicios y el gasto social, primordialmente. Para la desestatización es necesaria la privatización, para poder que el Estado dejara su injerencia en territorios considerados (2001, 123).

3.3.2.1 La liberalización de la economía

En contexto general, la liberalización puede ser entendida como: “la supresión de interferencias públicas en los mercados financieros y de capitales, y de las barreras al comercio” (Stiglitz 2016, 122). Desde una perspectiva técnica, liberalizar la economía “la identificamos con el conjunto de acciones tendientes a la creación de condiciones para la realización de una economía de mercado, y por lo tanto, con la preponderancia de sus leyes: oferta y demanda como los reguladores principales de la economía” (Roldán Xopa 2004, 74).

La liberalización económica se entiende entonces, como la eliminación de barreras o impedimentos para el intercambio comercial o financiero. En México los procesos que se dieron en torno a la liberalización económica y financiera se presentan principalmente con los presidentes Miguel de la Madrid y Carlos Salinas de Gortari. El primero con la firma al GATT y el segundo, con la firma del Tratado de Libre Comercio.

En este sentido, señala Concheiro, que ahora el Estado tiene que ser pequeño y el mercado amplio, contrario a la etapa del llamado “Estado interventor” en el que el Estado participaba en los distintos sectores de la actividad económica y mediante mercado protegido. De esta manera “ahora la reducción del Estado va acompañada de la más amplia liberación de los procesos sociales, para dejarlo todo al mando del libre mercado, mismo que tiende a ya no ser nacional ni siquiera regional, si no globalizado” (1996, 122). Por tanto la liberalización es entendida como la eliminación de toda restricción o control sobre la libre circulación de capital (1996, *Ídem*). En este sentido la apertura a la inversión extranjera y el Tratado de Libre Comercio constituyen los ejemplos sobre la liberalización económica.

3.3.2.2 La desregulación

Para poder implementar el modelo neoliberal es necesario establecer marcos normativos que no interfieran u obstaculicen el libre mercado. La desregulación “se refiere a las condiciones normativas para la realización de conductas económicas eficientes” (Roldán Xopa 2004, 63). Sin embargo, la desregulación implica una nueva regulación, lo que fue denominado la mejora regulatoria, es decir, eliminar

obstáculos para reorganizar la regulación estatal con relación a los sectores que fueron modificados.

La desregulación se presenta en torno a la apertura del comercio exterior en México, el punto inicial fue la entrada de México al Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio. Para el año de 1989 con el Gobierno de Salinas de Gortari se crea el acuerdo en el que se establece que la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial revisará el marco regulatorio de la administración con el objetivo de generar eficiencia económica y promover la actividad económica mediante la revisión de aquellos marcos normativos que impiden el libre desarrollo del mercado, esto es, el libre mercado, la competitividad y la eficiencia (Salinas de Gortari, Diario Oficial de la Federación 1989). En su artículo primero se establece claramente el objetivo del acuerdo que es el de revisar el marco regulatorio para propiciar la libre competencia, alentar el desarrollo eficiente de la economía y generar empleos (Salinas de Gortari 1989, 41).

En este contexto es Concheiro quien señala que para el año de 1989 se lleva a cabo un intenso proceso de desregulación:

Se realizó la desregulación en pesos y medidas, se suprimieron 90 regulaciones en las normas sobre envasados y contenidos netos, se eliminaron las restricciones en transporte de carga y multimodal y se redefinió la clasificación de la petroquímica básica y secundaria [...] Además se modificó la Ley de Transferencia de Tecnología, se hicieron nuevas disposiciones relativas a la producción y comercialización de azúcar, cacao y café, se reformó la Ley de Pesca y la de Aduanas y se llevó a cabo una amplia liberalización en materia de comunicaciones (1996, 123-124).

De igual manera, se realizaron modificaciones a la legislación como “la Ley Federal de Cinematografía de 1992, La ley Federal sobre Metrología y Normalización de 1992, la Ley de Competencia Económica de 1992, la Ley de Caminos, Puentes y Autotransporte Federal de 1993, la Ley de Comercio Exterior de 1993, la Ley de Puertos de 1993, la Ley Federal de Telecomunicaciones de 1995, la Ley de Aviación Civil de 1995, Ley de Aeropuertos de 1995” (COFEMER 2010).

En este sentido la desregulación cumplió con los objetivos de eliminar obstáculos a los procedimientos administrativos y liberar actividades económicas que eran controladas por el gobierno. Pero a la vez, se introdujo una nueva forma de reglamentar las actividades, es decir, se presenta lo que se llamaría la nueva

regulación. Así, las desregulaciones vienen precedidas de otra regulación (re-regulación) y esta es definida como “el proceso por el cual los servicios públicos son desempeñados cada vez más por empresas privadas o agencias estatales o cuerpos voluntarios semiautónomos en relaciones contractuales con agencias públicas” (Serna de la Garza 2010, 60).

3.3.2.3 La privatización

La implementación de la privatización en México se inicia a partir de los años ochenta con el Gobierno de Miguel de la Madrid. La crisis económica fue el punto de partida para plantear el cambio de políticas estatales. La razón principal fue que el Estado se había convertido en “obeso” y había que “adelgazarlo”.

Ahora bien, la privatización modifica la tradicional distinción entre lo público y lo privado, esto es, la privatización reestructura esta tensión, en términos generales “la privatización significaría un proceso de retiro/avance de lo público y lo privado,” (Roldán Xopa 2004, 57). Un examen detallado respecto de la significación del término privatización lo realiza Paul Starr, para este autor la privatización presenta tres dimensiones: idea, política y retórica.

Como idea, la privatización ha sido utilizada mediante una oposición, esto es, “público es a privado, así como abierto es a cerrado y como todo es a parte” (1993, 28). Estas oposiciones generales pueden ser usadas en distintos ámbitos y diferentes contextos, no obstante, de dichas contradicciones, existe una que genera un conflicto: la del mercado. Así, para el autor el término de “mercado” puede entenderse de manera distinta tratándose de la posición en la que se encuentra. En ocasiones puede ser visto como esencialmente privado (para los economistas) pero también puede ser visto desde lo público (sociólogos o antropólogos) (1993, 29). Por tanto, el término privatización puede ser concebida como el retiro de la esfera pública en sus diversas vertientes (en ella se encuentra el Estado) (1993, 30).

Además, la privatización puede significar “todo retiro del todo a la parte: la apropiación, por un individuo o grupo particular, de algún bien que antes estaba a disposición de toda comunidad. Y como el retiro de toda participación, la privatización en el sentido de apropiación privada bien puede alterar la distribución

de bienestar” (1993, 30). Ahora bien, privatizar en el nivel de gobierno significa “retirar al Estado de los activos, las funciones y, en realidad instituciones enteras [...] las dos formas de privatizar están relacionadas en la búsqueda del lucro privado sirve al orden social en general nos lleva a probar, a la vez, la conducta egoísta y la empresa privada” (1993, 30).

En realidad, señala el autor, en el Estado liberal, tanto público como privado, adquieren un sentido dicotómico y uno como otro se condicionan “desde luego, detrás de las categorías legales se borran los límites. Por una parte, los intereses privados afectan la conducta del Estado y sus dependencias. Por la otra, el Estado cruza los límites al regular los contratos privados” (1993, 32). De esta forma, en la privatización pueden estar involucrados varios significados y no solamente una perspectiva como lo es el de pasar a manos de particulares los bienes y servicios gestionados por el Estado. Por tanto, su significado adquirirá sentido con relación al sistema de equilibrio de lo público-privado en un área o dominio en específico (1993, 34).

El término político del concepto conlleva dos significados: 1) todo cambio de actividades o de funciones del Estado del sector privado, y 2) todo cambio de lo público a lo privado en la producción de bienes y servicios (Starr 1993, 34). Para el autor, estos dos significados tienen distintas connotaciones y dependiendo de la posición en la que se encuentre puede llevarse a cabo una privatización, es decir, el paso del sector público al sector privado puede llevarse a cabo bajo diversas modalidades, ya sea de forma deliberada o sujeta a las necesidades de demanda o de consumo.

En la primera de ellas (de demanda) se realiza la privatización porque el sector público no puede atender la demanda de la población, un ejemplo es el actual sistema de salud, en la que la gestión del sector público ha dejado de tener capacidad suficiente para realizar el servicio, por lo que la atención se transmite al sector privado (privatización por la demanda) (Starr 1993). A su vez, la privatización por consumo hace referencia a la producción y los bienes que pueden ser privatizados. En este caso, hay bienes que no son producidos por el Estado y son públicos, como es el caso del aire, por tanto, siguiendo con el ejemplo del sistema

de salud, este puede ser un organismo gubernamental, sin embargo, los medicamentos para atender a los pacientes no son provistos por la institución, hecho que podría considerarse como una privatización de consumo (Starr 1993, 36). Por tanto, la gama de privatización puede ser amplia y bajo diferentes esquemas²²⁵.

Como teoría y retórica, el autor señala que hay distintas concepciones al respecto, sin embargo, se puede analizar a la privatización como reasignación de derechos de propiedad en donde juega un papel importante el mercado y la competencia. En este sentido, esta perspectiva se enfoca a señalar que el desempeño eficiente se presenta en el mercado, y por lo tanto, es más eficiente lo privado sobre lo público (1993, 40).

Otra teoría que justifica la privatización es aquella que señala que la privatización es indispensable como reasignación de las funciones económicas. Para esta teoría el mercado como el Estado pueden generar fallas importantes en la economía. Por tanto, se usa a la privatización como medio para hacer funcionar dichas distenciones (1993, 46).

Por último, el término –privatización- puede ser utilizado como desarrollo de la comunidad. Este término pone énfasis en asociaciones intermedias que no están sometidas a la lógica del mercado, como las iglesias o asociaciones voluntarias que también se encuentran en un ámbito considerado como privado (1993, 48).

Desde una perspectiva económica, la privatización es entendida “como un proceso que abre nuevas áreas para la valorización del valor con la finalidad de incrementar los ingresos capitalistas y las relaciones de dominación a favor de los empresarios” (Trejo 2012, 76). Para Rubén Trejo las empresas públicas o estatales han generado capital que no está sujeto a la dinámica de la lógica del mercado y de

²²⁵ Starr lo ejemplifica de la siguiente manera: “1. El paro de los programas públicos y el rechazo por el gobierno de ciertos tipos específicos de responsabilidad (privatización implícita), o, en un nivel menos drástico, la limitación de servicios públicamente producidos en volumen, disponibilidad o calidad, causando un giro de los consumidores hacia unos sustitutos producidos y consumidos en privado (también llamada privatización por desgaste); 2) La transferencia de activos públicos a la propiedad privada, incluyendo venta de tierras públicas, infraestructura y empresas; 3) El financiamiento de servicios privados –por ejemplo, mediante contratos y resguardos – en lugar de una producción directa de servicios por el gobierno; y 4) La desregulación del ingreso de firmas privadas en actividades que antes eran tratadas como monopolio público” (Starr 1993, 37).

los intereses de particulares, por lo que al privatizar estas empresas se logra una plusvalía mayor ya que no existen impedimentos económicos, legales y políticos para generar acumulación. Por lo que para este autor la privatización consiste en modificar las relaciones sociales de propiedad para permitir el desarrollo sin impedimentos de las relaciones sociales de producción capitalista por medio de la valorización del valor dentro de ámbitos que solo estaban permitidas para el Estado como capital público (2012, 78).

Para Trejo, el capital generado por las empresas estatales se encuentra mistificado ya que el Estado es el representante del interés general y de la población y no el de los particulares. Cuando en esencia el Estado responde a la dinámica del mercado y del sistema capitalista. Por lo que, “la propiedad pública, más claramente el capital estatal, revela que el Estado y el mercado son dos momentos de las relaciones sociales capitalistas; si el Estado interviene a través de la posesión de empresas productivas o para transferirlas a particulares mediante la privatización ello obedece a la fase del ciclo de acumulación del capital, entre competencia entre Estados y a la guerra” (2012, 79).

Por lo tanto, la privatización trae como consecuencia el cambio de relaciones sociales, de un bien que es público al de la propiedad privada. Además de esta modificación, también se produce el cambio de un derecho que debe de ser garantizado por el propio Estado al pasar a formar parte de la propiedad privada. Sin embargo, debido a la debilidad y la falta de la capacidad del Estado resulta que este ya no puede realizar de manera adecuada esta función, lo que deja al descubierto la posibilidad de que organismos internacionales intervengan en la protección y garantía de su propiedad. De esta manera, la privatización incluye la transformación de un derecho público a uno privado y la intervención directa de organismos transnacionales (2012: 84).

Desde una perspectiva política Beatrice Hibou señala que la privatización se ha convertido en una nueva forma de gobernar y de interactuar entre la política y el mercado: “privatización no es sinónimo de retirada o abandono del Estado; tampoco de primacía de lo privado sobre lo público. Estos diferentes ejemplos muestran además de la extensión del papel de las entidades llamadas privadas, la

permanencia de las negociaciones entre actores dominantes, sean públicos o privados, la reformulación incesante de las fronteras entre lo público y lo privado y la continuidad y la influencia de lo político y las relaciones de poder en general” (2013, 37).

Desde un punto de vista jurídico la privatización puede ser entendida como: “toda iniciativa que persigue reducir la intervención pública y aumentar la eficiencia económica, abandonando lo público y recurriendo a lo privado en diversos campos: titularidad de la actividad, forma de gestión, régimen de propiedad, régimen jurídico, forma de financiación” (Ariño Ortiz 1999, 439).

3.3.2.4 La privatización de las empresas productivas del Estado

En México, en el periodo neoliberal se llevó a cabo el giro privatizador, los objetivos que llevaron a cabo la privatización fueron los siguientes:

Fortalecer las finanzas públicas, canalizar adecuadamente los recursos del sector público en las áreas estratégicas y prioritarias, eliminar gastos y subsidios no justificables, ni desde el punto de vista social, no del económico, promover la productividad de la economía transfiriendo parte de esta tarea al sector privado y mejorar la eficiencia del sector público, disminuyendo el tamaño del sector público (Rogozinski 1993, 41).

Evolución del sector paraestatal, diciembre 1982 / mayo 1993												
	1982	1983	1984	1985	1986	1987	1988	1989	1990	1991	1992	1993
Organismos Descentralizados	102	97	95	96	94	94	89	88	82	78	82	82
Empresas de participación mayoritaria	744	700	703	629	528	437	252	229	147	120	100	99
Fideicomisos Públicos	231	199	173	147	108	83	71	62	51	43	35	32
Empresas de participación minoritaria	78	78	78	69	7	3	0	0	0	0	0	0
Total	1155	1974	1049	941	737	617	412	379	280	241	217	213

Fuente: Rogozinski, Jacques, *La privatización de las empresas estatales*, FCE, México, 1993, p 46.

En este sentido, el cuadro que presenta la evolución de las privatizaciones realizado por Rogozinski, enmarca perfectamente que el Estado mexicano ha transformado su función. Utilizar el concepto de retirada del Estado es un tanto amplio, lo que se puede afirmar es que el Estado ha reconfigurado su papel en el proceso de acumulación del capital. La reconfiguración estatal modifica la función del Estado, ahora su papel primordial es el de regular que las relaciones privadas funcionen de acuerdo a los parámetros del mercado, como los son la búsqueda de la eficiencia y la competitividad.

Actualmente existen un total de 201 entidades de la Administración Pública Federal, es decir, desde el año noventa y tres a la fecha se ha mantenido constante y con poca variabilidad el número de entidades estatales. Tal y como se señala en el siguiente cuadro.

Sector Paraestatal	Agosto 2017
Organismos Descentralizados	75
Organismos Descentralizados Institutos Nacionales de Salud	13
Organismos Descentralizados Considerados Centros Públicos de Investigación	13
Empresas de Participación Estatal Mayoritaria	37
Empresas de Participación Estatal Mayoritaria Consideradas Instituciones de Banca de Desarrollo	6
Empresas de Participación Estatal Mayoritaria Consideradas Instituciones Nacionales de Seguros	2
Empresas de Participación Estatal Mayoritaria Consideradas Centros Públicos de Investigación	18
Fideicomisos Públicos	11
Fideicomisos Públicos Considerados Centros Públicos de Investigación	2
Fideicomisos Públicos que Forman Parte del Sistema Bancario Mexicano	6
Empresas Productivas del Estado	2
Empresas Productivas Subsidiarias	16
Total	201
Entidades Paraestatales en proceso de desincorporación	1

Fuente: Información Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 15 de Agosto de 2017, emitida por la Secretaría de Hacienda y Crédito Públicos en el documento denominado "Relación de Entidades Paraestatales de la Administración Pública Federal"

Capítulo Cuarto

La expansión de lo privado en el Estado y el sistema de regulación transnacional

El objetivo del presente capítulo es analizar cuáles son las transformaciones de la relación público- privado en la etapa histórica de la globalización capitalista. Como se señaló en el capítulo anterior, una primera etapa fue el desmantelamiento del Estado interventor a través de la liberalización del mercado, desregulación y privatización, elementos que dieron forma a una nueva relación entre el Estado y el capital.

En la actual etapa histórica, la dimensión económica global juega un papel importante para determinar el funcionamiento de la estructura interna del Estado y por consecuencia, de la producción normativa. Una vez que los Estados han llevado a cabo las modificaciones de sus estructuras internas (liberalización, desregulación, privatización), el capitalismo global representando, principalmente, por compañías transnacionales y un sistema financiero global, modifica los espacios nacionales que han creado un nuevo tipo de relaciones que transforman las estructuras, capacidades y funciones estatales. Por tanto, lo que se analiza son las nuevas relaciones establecidas por el Estado y el capital, y que tiene como elementos centrales la desnacionalización estatal y el crecimiento de formas privadas de autoridad en el dominio público, es decir, un desplazamiento del Estado al sector privado, lo que de forma extrema puede ser considerado como la privatización del aparato Estatal o como la publicación de lo privado, esto es, lo privado adquiere una relevancia pública.

Bajo esta misma tesitura se explora la implementación de instrumentos, mecanismos y técnicas jurídicas de índole privada en el sector estatal, las cuales se insertan en el sector público y como consecuencia lleva a una hibridación o mutación de contenidos. Al mismo tiempo, se intentará explicar de qué manera las nuevas formas de relaciones jurídicas (pluralismo jurídico transnacional) afectan la relación público privado. En este sentido, se explicará cómo la producción jurídica transnacional ya no está sometida al monopolio estatal, o mejor dicho, es

transversal, lo que provoca alteraciones a los ordenamientos locales y nacionales, y disloca la articulación de lo público y lo privado.

4.1 La globalización económica, el Estado y la desnacionalización estatal

En esta etapa histórica el Estado ha modificado sus funciones y capacidades que desarrolló en etapas y fases anteriores para insertarse en la dinámica del capitalismo global. Por tanto, el Estado es un factor de vital importancia para generar una arquitectura económica global. Ello implica, que al contrario de lo que se ha trazado como una retirada estatal, éste se ha reconfigurado para articularse y estructurarse en una dimensión o escala de relaciones transnacionales.

De esta manera se entiende que la globalización²²⁶ es un proceso de interconexión e interdependencia que ha repercutido en las relaciones económicas, políticas y jurídicas. No es un proceso de desarrollo lineal, su materialización presenta diversas dinámicas que vinculan lo espacial y lo temporal en distintas escalas e intensidades.

La globalización puede ser analizada desde distintas aristas, mismas que a su vez se interrelacionan de manera compleja. Se puede ubicar como un proceso que presenta facetas “multicéntricas” porque no tiene un punto de ubicación concreto, es “multiescalar” porque se puede producir a partir de distintas dimensiones y sin un orden jerárquico, más bien se muestra de forma interdependiente, interconectada o en red. Esta actividad puede presentarse a nivel espacial y en distintos niveles escalares de la división del trabajo. Es “multitemporal” porque se articula y reconfigura en un nivel complejo de temporalidad, multicausal por la interacción de diversos procesos causales, y “multiforme” porque es llevado a cabo por medio de formas diversas a través de diferentes estrategias (Jessop 2009, 140).

A su vez, la globalización tiene dos momentos: uno estructural y otro estratégico. El primero de ellos es la interdependencia “entre las acciones, organizaciones e instituciones en los diferentes subsistemas funcionales, tales

²²⁶ Para una definición general de globalización analizar el capítulo segundo del presente trabajo.

como: la economía, el derecho, la política, la educación, la ciencia, el deporte, etcétera, (pero no entre ellos), y en las diferentes esferas del mundo de la vida” (Jessop 2009, 141). La globalización estratégica se refiere a “los diferentes intentos de los actores de coordinar globalmente sus actividades en (pero no necesariamente entre ellos) los diferentes subsistemas funcionales y el mundo de la vida” (Jessop 2009, 141).

En este sentido, la globalización se presenta bajo una relación de distintas escalas que adquieren como característica principal su complejidad en su estructuración, en cuanto al tiempo y el espacio. Por tanto, la globalización es una escala espacial y temporal que se presenta por medio de una multitud de articulaciones que rebasan la lógica de lo local, lo nacional y lo global (Jessop 2009, 222).

Este proceso genera una interconexión e interrelación de escalas de distintos niveles, y de relaciones jerárquicas complejas. Por tanto, ya no existen “las muñecas rusas encajadas unas dentro de otras, lo cual se hace particularmente evidente en el surgimiento de la red de ciudades globales que, como red, no aparece contenida dentro de ningún espacio territorial regulado por un Estado; al contrario de lo que sucedía en el siglo XIX, cuando las ciudades del mundo funcionaban básicamente como capitales de los imperios” (Jessop 2009, 223).

Para una explicación general al respecto, Santos afirma que la globalización implica un proceso amplio de transición paradigmática y subparadigmática,²²⁷ es llevada a cabo mediante tres contradicciones que se presentan en este periodo histórico: la primera contradicción que se presenta a partir de una serie de fenómenos locales que se globalizan o glocalizan, esto es, fenómenos globales que interactúan e influyen directamente en las relaciones locales. La segunda, es aquella que se presenta entre la relación del Estado nacional y el Estado

²²⁷ Para Santos lo paradigmático es presentado como una crisis estructural o como una crisis de acumulación del sistema capitalista. En cuanto a lo subparadigmático son aquellas soluciones que implican modificaciones o ajustes para el funcionamiento del sistema. “La lectura paradigmática es mucho más amplia que la subparadigmática...de acuerdo con ella las crisis del régimen de acumulación y del modo de regulación son meros síntomas de una crisis más profunda: una crisis de una época o una civilización. Las soluciones de las crisis su paradigmáticas son las obras de los mecanismos de ajuste estructural del sistema ya que éstos están siendo debilitados irreversiblemente (1998, 52).

transnacional, el cual hace referencia a las diferentes dimensiones en el que Estado interactúa abriendo la discusión del papel estatal en la nueva composición global. A su vez, una tercera contradicción hace referencia a una globalización que permite generar relaciones de solidaridad y de lucha mutuas contra el capitalismo (2005, 264-265). De esta forma no existe un solo proceso de globalización, sino una pluralidad de éstos.

Para el autor estas contradicciones llevan hacia un nuevo periodo transicional e influyen sobre tres dimensiones centrales: sistema de jerarquías y desigualdades en el sistema mundial, transición en el sistema institucional y transición en la escala de los conflictos sociales (2005, 266). Por tanto, el sistema mundial en transición se compone de tres prácticas colectivas: las interestatales, las capitalistas globales y prácticas sociales y culturales. La primera hace referencia al papel y función de los Estados en el sistema mundial moderno, jerarquía estatal (centro-periferia). Las segundas prácticas tienen que ver con la relación capitalista global y su dimensión espacio temporal planetario. Y la última, se ve representada por los flujos migratorios de personas, cultura y comunicación (2005, 267).

Estas prácticas están insertas en el sistema mundial en transición sobre el sistema mundial moderno. Éste último se basa sobre dos pilares fundamentales que tiene que ver con la economía mundo y el sistema interestatal. Mientras que aquél (Sistema Mundial en Transición) se fundamenta en tres pilares (prácticas interestatales, prácticas capitalistas globales, prácticas sociales y culturales transnacionales) pero hasta ahora sin una consistencia sistémica. Por tanto, “mientras que en el SMM, los dos pilares presentaban contornos claros y bien distinguidos, en el SMET hay una interpenetración constante e intensa entre las diferentes constelaciones de prácticas, de tal modo que se presentan zonas grises o híbridas donde las constelaciones asumen un carácter particularmente complejo” (2005, 269).

De esta manera los procesos de globalización se presentan a través de la relación de las interacciones de las prácticas antes mencionadas. La característica de estas interacciones puede presentarse mediante “una horizontalidad por medio de elementos de interdependencia, complementariedad, coordinación, cooperación,

red, etcétera. Frente a esto los conflictos tienden a ser vividos como difusos, siendo difícil discernir quién o que se encuentra en conflicto” (Santos 2005, 269).

De esta forma los problemas que se presentan en las diferentes prácticas (interestatales, capitalistas, sociales y culturales) hacen difícil conocer y discernir el origen del conflicto y ubicarlo como tal. Por eso en la etapa transnacional o en el sistema mundial en transición se presentan la multiplicidad de jerarquías, en donde en el sistema interestatal no existe una centralidad clara, existen múltiples centros que interactúan con los espacios estatales (2005, 271-272). Por ejemplo el poder de influencia de los sistema financiero internacionales sobre los Estados o la implementación de medidas que emanan de organismos internacionales y que son recibidas e implementadas por los estados como si fueran políticas de orden nacional.

Por último, existen cuatro procesos por el cual es llevada a cabo la globalización. La primera forma de globalización es el localismo globalizado; la segunda globalismo localizado; la tercera el cosmopolitismo, y por el último; el patrimonio común de la humanidad. De esta manera hace alusión a cuatro procesos de producción de la globalización y de lo cual solo hacemos referencia a dos por su relevancia para este tema, el localismo globalizado y globalismo localizado. Estas dos formas de producción en la globalización hacen referencia al proceso en el que un fenómeno local es globalizado o llevado hacia una escala que es transnacional²²⁸. Por su parte el globalismo localizado hace alusión a los efectos y consecuencias que crea el establecimiento de empresas transnacionales llevados a cabo por los localismos globalizados como por ejemplo la industria minera de empresas transnacionales²²⁹ (2005, 75-76).

²²⁸ Como lo afirma Santos, “Se define como el proceso por el cual un determinado fenómeno local es globalizado con éxito, sea éste la actividad mundial de las multinacionales, la transformación de la lengua inglesa en lengua franca, la globalización de la comida rápida Norteamericana o de su música popular, o bien la adopción mundial de las mismas leyes de propiedad intelectual”. (2005, 275)

²²⁹ “al impacto específico en las condiciones locales, producido por las prácticas y los imperativos transnacionales que se desprenden de los localismos globalizados. Para responder a estos imperativos transnacionales, las condiciones locales son desintegradas, desestructuradas y eventualmente reestructuradas bajo la forma de inclusión subalterna” (Santos 2005, 276).

4.1.1 La globalización económica

La influencia económica global ha generado transformaciones en el seno de los Estados, principalmente modificaciones relacionadas con la centralidad y concentración estatal como la configuración de espacios transnacionales que se enmarcan fuera de la lógica de la regulación jerárquica, así como el aumento de la presencia de autoridades privadas con procesos de creación de nuevos espacios de producción jurídica.

Ahora bien, la globalización capitalista se caracteriza porque en esta fase histórica existen las condiciones de posibilidad para que las relaciones mercantiles puedan ser realizadas en todo el mundo, y con ello se ha creado un nuevo espacio económico que sobrepasa el espacio territorial de los Estados, que puede ser considerado como un espacio transnacional.

Robinson entiende este proceso como el paso de una economía capitalista mundial hacia una economía global, es decir, afirma que los países generaron economías nacionales vinculándose con otras economías a través de relaciones de intercambio mercantil y financiero, lo cual es definido como una economía mundial en el que cada Estado desarrolló circuitos nacionales de acumulación, se crearon relaciones entre cada circuito, por lo que se instauró un sistema económico interestatal (2013, 31). Sin embargo, a diferencia de este sistema de acumulación interestatal, en la dinámica económica actual, los circuitos de acumulación sobrepasan los circuitos estatales, o como lo afirma el autor, sobrepasan los circuitos de acumulación nacionales, y por lo tanto, el capital se globaliza y queda integrado a circuitos globales de producción (2013, 32).

La globalización de la producción es realizada por medio de cadenas de producción que pueden ser ubicadas en cualquier parte del mundo, esta situación lleva a buscar a la clase capitalista las mejores condiciones de producción a escala global. Así, las empresas buscan las mejores condiciones de producción transnacionales que mejoren sus ganancias, lo que conlleva a que los Estados establezcan condiciones salariales y laborales mínimas, condiciones jurídicas de

control y protección a las empresas y a la propiedad privada, así como condiciones con relación a la estabilidad laboral y social (2013, 45).

Jessop señala que la producción a escala global ha llevado a establecer las siguientes características²³⁰: 1) internacionalización de los espacios económicos nacionales; 2) Creación de bloques económicos regionales, principalmente por tríadas; 3) vínculos económicos entre autoridades locales y regionales (internacionalización local); 4) crecimiento (extensivo e intensivo) de la multinacionalización a través de empresas multinacionales, bancos transnacionales y empresas de servicios a través de la localización global; 5) generación de regímenes internacionales sobre asuntos económicos; 6) el crecimiento de normas y estándares globales e indicadores globales (2009, 142).

Las implicaciones de esta dinámica transnacional conllevan a resumirse de la siguiente manera, como lo afirma Santos:

Las economías nacionales deben abrirse al mercado mundial y los precios domésticos han de adecuarse forzosamente a los precios internacionales; se debe dar prioridad a la economía de exportación; las políticas monetarias y fiscales deben ser orientadas hacia la reducción de la inflación y de la deuda pública, así como hacia la vigilancia de la balanza de pagos; los derechos de propiedad privada tienen que ser claros e inviolables; es necesario que el sector empresarial del Estado sea privatizado; la toma de decisiones privada, apoyada por precios estables, deberá dictar los modelos nacionales de especialización, la movilidad de los recursos, de las inversiones y de las ganancias; la regulación estatal de la economía debe ser

²³⁰ "(1) la internacionalización de los espacios económicos nacionales mediante la creciente penetración (flujos hacia dentro) y extravención (flujos hacia fuera); (2) la formación de bloques económicos regionales que abarcan diferentes economías nacionales incluyendo, especialmente, la formación de varios bloques formalmente organizados en las regiones tríadicas de América del Norte, Europa y Asia del Este, y el desarrollo de vínculos formales entre dichos bloques, especialmente mediante el Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico, la Nueva Agenda Transatlántica y los Encuentros Asia-Europa; (3) el crecimiento de la "internacionalización local" o de las "regiones virtuales" mediante el desarrollo de vínculos económicos entre autoridades locales y regionales, contiguas o no contiguas, dentro de diferentes economías nacionales (vínculos que con frecuencia puentean el nivel del Estado nacional pero que también pueden ser promovidos por este último); (4,) la extensión y la profundización de la multinacionalización, entendida como el hecho de que compañías multinacionales, bancos transnacionales y empresas de servicios para productores internacionales pasan de realizar ciertas actividades económicas en el extranjero a desarrollar estrategias completas en todo el mundo, en ocasiones hasta la "localización global", mediante la cual las empresas montan su estrategia global sobre la base de explotar o ajustar las diferencias locales; (5) ampliación y profundización de los regímenes internacionales relativos a ciertos asuntos económicos o de relevancia económica-, y (6) el surgimiento de la globalización propiamente dicha mediante la introducción y aceptación de normas y estándares globales, la adopción de los indicadores globales, el desarrollo de mercados integrados globalmente junto con estrategias orientadas también globalmente, y las empresas "erradicadas" que carecen de una base operativa nacional evidente" (Jessop 2009, 142)

mínima, la importancia de las políticas sociales en el gasto público tiene que ser reducida, disminuyendo el monto de las transferencias sociales, eliminando su universalidad y transformándolas en simples medidas compensatorias en relación con los estratos sociales inequívocamente vulnerados por la acción del mercado (2005, 239).

4.1.2 La globalización y el Estado

Este proceso complejo de relaciones políticas y económicas de distintos niveles y dimensiones es representado como una nueva geografía del poder, en dónde el Estado ha desempeñado un papel trascendental en su articulación.

El capitalismo global ha reconfigurado las relaciones entre el Estado, su soberanía y territorio. En este sentido, la concepción clásica de esta relación hace referencia a la centralización y concentración del poder político en un determinado territorio en manos del Estado, al mismo tiempo, el Estado fue considerado como autónomo e independiente de otros Estados, esto quiere decir, que las relaciones interestatales fueron consideradas entre iguales. Aunque dicha conceptualización presentó diversos matices en la realización de cada uno de sus elementos, lo cierto es que existió un control por parte de los gobiernos estatales en el diseño de sus políticas económicas y sociales. Esta visión tradicional se ve afectada e influenciada por el desarrollo de un capitalismo económico que es llevado con mayor intensidad en esta etapa histórica.

Para Sassen tres son los elementos o componentes que representan esta nueva geografía del poder: los efectos que la globalización ha tenido en el territorio, la creación de un régimen jurídico y en el desarrollo del ciberespacio. No dejando a un lado la importancia y el papel que juegan los corporativos multinacionales y las empresas transnacionales como actores importantes en la globalización económica.

En cuanto a la territorialidad, la autora señala la cuestión de la dispersión geográfica de las empresas, esto fue posible debido a las cadenas de montaje global permitieron la dispersión de la producción en todo el planeta, con ello fue necesario establecer oficinas en distintos puntos del planeta para gestionar y coordinar la producción global. (2001, 26) Sassen señala que esta dinámica ha generado espacios económicos que ya no son controlados por los Estados

nacionales, lo cual ha contribuido a generar elementos de desnacionalización parcial. (2001, 27). Esta situación puede verse reflejada con la firma del Tratado de Libre Comercio en México y su integración económica con los Estados Unidos de América.

Por lo que respecta a la relación entre territorio y soberanía, la autora señala que la dispersión geográfica de las empresas provoca un crecimiento de las funciones centrales de las empresas alrededor del planeta, esto quiere decir que las empresas transnacionales aumentan su complejidad en torno a la coordinación y gestión empresarial ya que estas tienen un gran número de filiales en el extranjero. Así, la segunda implicación tiene que ver con la centralización de las funciones empresariales, ya que estas generalmente se encuentran centralizadas en los países considerados con mayor peso económico a nivel global. No obstante a ello, las empresas necesitan de funciones especializadas para operar y gestionar todo el entramado de la producción, por lo tanto necesitan contratar empresas de servicios, “es decir, la red de empresas financieras, jurídicas, contables, publicitarias y de otros servicios que afrontan las dificultades de operar con más de un sistema jurídico nacional” (2001, 29).

En cuanto a la parte jurídica, señala la misma autora que la globalización económica ha creado nuevos ordenamientos que esquivan los ámbitos territoriales de los Estados, lo que ha llevado a nuevas prácticas jurídicas como la desregulación. Por otro lado, el aumento del arbitraje comercial internacional en las relaciones comerciales define los conflictos fuera del control de los Estados, es decir, es básicamente un sistema jurídico privado. Aunado a lo anterior, la autora señala que existe otro sistema importante en esta nueva geografía del poder que son las agencias de clasificación crediticia, que se instauran fuera del marco regulatorio nacional (2001, 32-34).

Por último, el espacio cibernético que ha facilitado las transacciones económicas de país a país, pero además de comunicación de cualquier tipo de información para llevar acabo los servicios de empresas y corporaciones internacionales, “aquí, solo puedo centrarme en un aspecto concreto: el específico desafío que la virtualización de un creciente número de actividades económicas

presenta no solo para el existente aparato regulador del estado, sino también para las instituciones del sector privado” (2001, 40).

Si bien es cierto que los efectos de la globalización han producido cambios importantes en la relación Estado, territorio y soberanía, para Robinson la globalización ha generado un nuevo tipo de Estado el cual denomina “Estado Transnacional”. Este tipo de Estado adquiere características ligadas al desarrollo del capitalismo global, esto es, son relaciones entre el surgimiento de una clase capitalista global o transnacional representadas por un diverso número de instituciones políticas y económicas. Estas instituciones son la red de Estados integrados, conjuntamente con los foros económicos y políticos supranacionales (Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial, Organización Mundial de Comercio, etcétera) (2013, 136).

De esta forma, el autor señala que para el capitalismo global, las barreras impuestas por los estados nacionales en etapas anteriores se eliminan, ya sea a nivel político como a nivel económico, y se enmarcan dentro los circuitos globales del capital. Estas barreras internas de los Estados nacionales son transformadas para poder ser reguladas y controladas a nivel local y nacional, ya que esta dimensión transnacional se presenta a partir de distintas regulaciones y legislaciones fiscales y laborales específicas como lo son los distintos Tratados de Libre Comercio entre los países. Ello, conduce a que estos nuevos espacios creados por las empresas y organismos internacionales adquieran grados de poder para realizar sus actividades, desplazando a los Estados de su capacidad para determinar tanto imposiciones fiscales como relaciones laborales, es decir, disminuye su capacidad de regulación y control (2013, 144-145).

Por lo tanto, una característica fundamental de los Estados transnacionales es que el poder de regulación y de control que ejerció el Estado en un determinado territorio, se modifica, esto no quiere decir que el Estado haya retrocedido del todo en ciertas actividades y funciones esenciales que en fases y épocas anteriores realizó, como es la función de seguridad pública. Estos nuevos espacios permiten a una clase capitalista formar una red de relaciones transnacionales que

sobrepasan el espacio tradicional de control estatal²³¹. Ahora, los Estados se encuentran entrelazados en una red o correas de transmisión que interactúan con los distintos poderes supranacionales para llevar a cabo el proyecto capitalista en su nueva etapa (2013, 146).

En estos espacios transnacionales existe una hibridación entre la actividad pública y privada²³². Esta mezcla de contenidos y de actividades tiene una serie de consecuencias importantes, y aunque no existe una clara distinción al respecto, como producto de las diferentes escalas en juego y la multiplicidad de dimensiones y actores, estas nuevas relaciones transnacionales establecen espacios fuera de control de aspectos que anteriormente eran considerados en el Estado nacional, como públicos. Es decir, son áreas que predomina el ámbito de lo privado, de esta forma, la globalización económica y su relación con el Estado han llevado a establecer tres tendencias en cuanto a la organización estatal: la desnacionalización del Estado, la desestatalización del sistema político, y por último, la internacionalización de los regímenes de políticas públicas.

La primera tendencia tiene que ver por la crisis y agotamiento del aparato estatal, producto de la transformación en la capacidad del Estado para organizar su territorio con relación al incremento de las actividades económicas transnacionales,

²³¹ Como bien lo enmarca Jessop con relación a la manera que las elites transnacionales concretaron el proyecto capitalista global: "A medida que las elites corporativas y políticas transnacionales aparecían en la escena mundial en los ochenta, hicieron demandas explícitas para construir y manejar una economía global mediante instituciones multilaterales y nacionales reestructuradas. Ellas presionaron para el desmantelamiento de los Estados keynesianos del bienestar y los Estados desarrollistas, y el levantamiento de los controles nacionales sobre la libre circulación del capital globalmente móvil. Propiciaron que los sectores públicos, así como las esferas de la comunidad no mercantiles, se abrieran para la obtención de las ganancias a la privatización y se propusieron imponer nuevas relaciones de producción de acumulación flexible" (2009, 151).

²³² Como lo afirma el autor en relación a la formulación de proyectos de la Organización de las Naciones Unidas y los países en desarrollo para formar proyectos de conformación de mercados emergentes: "La fusión de las esferas pública y privada, muy conocida en el ámbito del Estado nación capitalista, pareció ser una creciente realidad a escala global, hasta el grado en que las operaciones y el discurso de la ONU revelaron explícitamente que actuaba al servicio de la acumulación global [...] Este tipo de fusión de lo público y lo privado entre las instituciones del ETN y el liderazgo, de las CTN a principios del siglo XXI se expande por todo el sistema de la ONU. La ONU y sus agencias han firmado cientos de acuerdos con las CTN para proyectos conjuntos y el patrimonio de la ONU a iniciativas corporativas [...] incluso agencias de la ONU como la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) operan según la lógica de la acumulación, los refugiados, y demás, análogo a la mercantilización de estas esferas en el nivel de Estado-nación" (2013, 154-155).

pero además, por la búsqueda de los Estados en mejorar su operatividad para la reproducción del capitalismo global. En este contexto, las funciones económicas estatales se han trasladado a escalas espaciales distintas. Los Estados nacionales se enfrentan con las relaciones mercantiles locales y regionales establecidas con organismos transnacionales, excluyendo al Estado nacional del control de estas relaciones comerciales. Estas relaciones conducen a vínculos que pueden establecerse de distintas formas, ya sea de forma horizontal o en red sin tener una relación específica de jerarquización, lo cual es difícil regular. Por consiguiente, la desnacionalización del Estado se refiere a la dispersión territorial de las actividades del Estado nacional (Jessop 2009, 241).

Asimismo, esta desnacionalización estatal es llevada a cabo en primer lugar por las crecientes relaciones entre organismos locales, regionales, internacionales y supranacionales. En segundo lugar, por el aumento del papel económico de entidades locales y regionales dentro Estados nacionales. Y en tercer lugar debido a la incapacidad de los Estados nacionales de generar políticas generales para cada problemática local, es decir, las localidades y regiones adquieren mayores vínculos entre las mismas entidades (Jessop 2009, 242-245).

La segunda tendencia se presenta con la desestatalización del sistema político, esta hace alusión a la reconfiguración y redefinición de la división de lo público y lo privado. Se presenta una rearticulación de funciones y tareas técnicas-económicas en distintos niveles espacio escalares, por lo que estas funciones ahora son compartidas con otros actores (organizaciones internacionales, empresas paraestatales, empresas multinacionales, actores no estatales, etcétera). El Estado, ahora, tiene que realizar actividades de cooperación y de gestión, con estos actores que provienen de diferentes escalas espaciales, lo que lleva a que el Estado establezca relaciones entre iguales con actores no estatales. En este sentido, la división de lo que es público y privado se borra o se desvanece, lo que en palabras de Jessop ha generado:

Desarrollo deliberado del principio de subsidiariedad, a un mayor papel del sector informal y de la empresa privada (especialmente en la provisión del bienestar y en el consumo colectivo) y a una creciente confianza en mecanismos tales como la autorregulación regulada y el gobierno de los intereses privados [...] Esta tendencia se da en diferentes escalas territoriales y en distintos dominios funcionales,

habiendo sido descrita con frecuencia como el paso del gobierno a la gobernanza²³³ (2009, 245).

Por último, la tendencia relativa a la internacionalización de los regímenes de políticas públicas se refiere a que los Estados nacionales, en la toma de decisiones de sus políticas, toman en cuenta a los actores externos y el contexto internacional, afectando los espacios locales y regionales y la configuración de formaciones estatales supranacionales (Jessop 2009, 247).

Estas tendencias son importantes porque se presentan en mayor medida dependiendo de la fuerza de los Estados nacionales. Sin embargo, es pertinente cuestionar ¿A qué se refiere cuándo se habla de desnacionalización del Estado? ¿Cuáles son las características que se presentan en la desnacionalización estatal? ¿Una vez que se desnacionaliza el Estado, cómo es la nueva articulación del espacio que antes era nacional?

4.1.3 La desnacionalización estatal

Como ya se mencionó en párrafos anteriores, existe una tendencia de los Estados a producir una desnacionalización estatal y una desestatalización del sistema político. Cada tendencia es realizada de manera diversa, no en forma lineal y

²³³ El termino Gobernanza tiene varios significados y usos. Tomamos la definición que da Luis F. Aguilar "Al momento de su aparición, gobernanza fue predominantemente un concepto descriptivo. El concepto describe que en numerosos países, a partir de los años 80 y 90, a raíz de las reformas financieras y administrativas emprendidas por los gobiernos para prevenir o superar su crisis fiscal y debido a la mayor independencia política y capacidad de las organizaciones sociales, comunitarias y cívicas, el gobierno define sus objetivos y realiza sus políticas mediante variadas formas de consulta, acuerdo y colaboración con actores privados y sociales. Describe asimismo el hecho de que el gobierno ha aceptado y hasta formalizado legalmente que las organizaciones privadas y sociales se hagan cargo de la efectuación de ciertas políticas y servicios, sin intervenir en modo directo en su operación, aun si en estos casos el gobierno suele establecer las normas y estándares de operación, producto y resultado, da seguimiento a las operaciones, probablemente las financia, así como evalúa sus actividades y resultados. El concepto descriptivo enuncia que el papel directivo del gobierno ha cambiado, que él ya no decide de forma autónoma las políticas ni impone sus objetivos y actividades, debido también o sobre todo a que las organizaciones económicas, sociales y ciudadanas han abandonado su subordinación o ausentismo y tienen ahora un papel más influyente en la definición y efectuación de las políticas, los servicios públicos y los proyectos de inversión, tal como lo muestra la aparición de «las redes de política» o «redes de asuntos», la «externalización» de varios servicios públicos mediante contratos y la formación de «partenariados» y «consorcios» públicos – privados para atender problemas críticos o realizar proyectos sociales de envergadura" (2010, 34).

progresiva, proceso que se ha llevado a cabo de manera paulatina y muy cerca de las formas jurídicas del ámbito de lo privado. Es decir, en esta fase del capitalismo, se ha creado una articulación entre actores no estatales y actores gubernamentales que va acompañado del surgimiento de un sistema de orden privado.

Este nuevo sistema de orden privado se configura a partir de las privatizaciones de gran parte de los sectores públicos de los Estados llevado a cabo en los ochenta y noventa, y de las políticas de desregulación estatal. Para Sassen este nuevo orden tiene una autoridad normativa que deviene del ámbito de lo privado (orden jurídico privado) pero que se inserta y se sitúa en la esfera pública, por lo que tiene la capacidad de anular políticas de contenido nacional. Al mismo tiempo, afirma que algunas instituciones estatales ahora funcionan como piezas claves para el capital global (2010, 107-108).

Teubner establece que los regímenes globales privados producen derecho sin la presencia de los Estados, ni de tratados internacionales. En este régimen específico predominan los acuerdos entre particulares y resoluciones privadas, haciendo que la producción y creación normativa se lleve a cabo sin ninguna intervención estatal (2010, 71). De esta forma, este desplazamiento hacia los regímenes privados ha generado la creación de instrumentos jurídicos a la par de los instrumentos estatales como los son “acuerdos obligatorios entre actores globales, la regulación del mercado privado mediante empresas multinacionales, las reglamentación internas en las organizaciones internacionales, los sistemas de negociación interorganizativos y los procesos mundiales estandarizados” (2010, 72).

Así, la desnacionalización estatal no solo puede ser vista como una reorganización territorial del Estado, producto de la actividad económica globalizada, ni una desestatización del sistema político en el que existe una reestructuración de las funciones técnicas económicas de los Estados, como lo afirma Jessop. Además, se puede entender como la creciente intervención de organismos privados u organismos internacionales e informales, en las relaciones de los espacios estatales que hacen que se modifiquen su estructura interna. En este contexto, desnacionalización es entendida: “como un conjunto específico de

actividades que tienen lugar en los marcos institucionales nacionales, pero que se dirigen a cubrir las necesidades de programas económicos y políticos no nacionales o transnacionales, y no las de los programas nacionales” (Sassen 2010, 115).

En este nuevo marco de actividades institucionales se utiliza el concepto de desnacionalización “para reflejar ese fenómeno, y de manera más precisa, la desnacionalización incipiente y parcial de órdenes institucionales específicos, muy especializados, y de los programas políticos estatales” (Sassen 2010, 116).

Con la desnacionalización se establecen modificaciones importantes en la estructura interna estatal mediante el establecimiento de procesos que responden a lógicas de intereses de particulares y grupos privados locales y transnacionales. Un ejemplo de ello es la inserción de intereses privados en la formulación de políticas públicas, es decir, son políticas que formalmente son nacionales pero en el contenido no lo son,²³⁴ políticas que responden a las dinámicas de operaciones económicas globales, “lo que circula a través del dominio público en la actualidad está orientado en gran medida a la preparación de la infraestructura necesaria para las operaciones globales de los mercados y las empresas” (Sassen 2010, 256). Esto puede ser visto como un fenómeno de desnacionalización del Estado, pero al mismo tiempo, es un fenómeno implícito de privatización.

Existen varias dinámicas que pueden ser analizadas al respecto, un ejemplo de ello puede ser los tratados económicos que establecen marcos de actividad de libre comercio entre regiones, así como leyes de inversión extranjeras con exenciones y beneficios importantes para el desarrollo empresarial o decretos que eliminan impuestos para la comercialización de ciertos productos. Estos acuerdos generan una dinámica de regulación en el que el Estado solamente interviene tratándose cuestiones de seguridad o si existe algún incumplimiento respecto a las cláusulas pactadas en los tratados comerciales. No obstante a ello, y a pesar de la

²³⁴ Como lo señala Sassen “mi hipótesis sobre esto es que algunos componentes de las instituciones nacionales, aunque formalmente serían nacionales, no lo son en el sentido en el que la práctica estatal ha interpretado el significado del concepto desde la aparición de lo que se conoce como Estado Regulador. Las políticas keynesianas, que están dirigidas al fortalecimiento de la economía nacional, la capacidad de consumo nacional, y el aumento del nivel educativo de la fuerza laboral nacional, aunque se ejecutaron imperfectamente y a menudo excluyeron a las minorías nacionales, son un buen ejemplo del significado de lo nacional” (2010, 112).

libertad económica que existen en estos espacios globalizados, se debe de incluir a esta dinámica ciertas reglas y estándares que aunque no son validados por los Estados, los actores económicos acatan, como es el caso de la normatividad ISO (*International Standard Organization*) sistema de gestión de calidad llevado a cabo por un organismo internacional no estatal.

Por tanto, estas dinámicas establecen campos estratégicos de operaciones y de transacciones concretas, es decir, no existe presencia estatal directa en las transacciones, sino, a partir de organismos estatales técnicos especializados como las Comisiones Regulatoras y Órganos desconcentrados,

éstas son transacciones transfronterizas en el sentido de que afectan a los estándares y las regulaciones impuestos a empresas y mercados que tienen actividades globales, y por consiguiente producen cierto nivel de convergencia con respecto al derecho y las practicas regulatorias nacionales [...] Por el contrario, es un campo de transacciones integrado en parte en el sistema interestatal y en parte en un nuevo y cada vez más institucionalizado espacio transfronterizo de agentes y sujetos privados (Sassen 2010, 121-122).

4.2. La transformación de la estructura interna del Estado: elementos privados en el ámbito estatal

El incremento de las relaciones entre actores privados con el Estado y la implementación de mecanismos tendientes a buscar la eficacia del mercado han generado una nueva dinámica antes desconocida. Los Estados nacionales, como ya se ha mencionado con anterioridad, desarrollaron características específicas al interior del aparato administrativo estatal como lo son la jerarquía y verticalidad, la centralización y concentración del poder estatal, control territorial de las relaciones económicas, políticas y jurídicas, así como el monopolio jurídico y de coacción. Con la globalización económica estas características se han modificado, es decir, la expansión de relaciones de mercado global ha generado características con tendencias hacia la horizontalidad, la heterarquía, descentralización, desterritorialización, reflexividad y pluralismo normativo.

Bajo este contexto el proceso de globalización ha modificado la articulación de lo público y lo privado y puede ser entendido a partir de dos dinámicas generales. El primero, a nivel interno mediante los procesos que conllevan la

desnacionalización estatal y la desestatalización del sistema político con procesos que se identifican con la desregularización, liberalización del mercado y privatización. Pero además, con nuevos procesos que tienen que ver con el incremento de la prestación de servicios públicos realizados por particulares, el aumento de particulares en la prestación de funciones públicas que colaboran con el Estado, la colaboración de asociaciones públicas y privadas, así como el establecimiento en la estructura administrativa estatal de organismos tendientes a generar grados de autonomía respecto al poder Ejecutivo por medio de lo que se conoce como el derecho a la regulación y el derecho a la competencia económica.

La segunda, por medio de la transnacionalización de los procesos económicos conjuntamente con el surgimiento de las nuevas tecnologías. Estos movimientos han generado que la distinción sufra un reordenamiento que afecta primordialmente a la estructura interna de los Estados,²³⁵ a través del establecimiento de un ordenamiento privado transnacional que interactúa en el plano local y nacional, y que el Estado no tiene la capacidad para regular y controlar.

Por lo tanto, se puede afirmar es que existen sectores en los cuales el Estado ha transformado sus atribuciones y existe un desplazamiento gradual hacia figuras e instituciones provenientes del mercado, esto es, de lo que tradicionalmente fue considerado como un espacio público. En este contexto, estos desplazamiento se han insertado en espacios considerados como públicos, incluso, actividades que eran consideradas propias del *imperium* estatal, ahora los particulares las llevan a cabo.

4.2.1. La autoridad privada

²³⁵ Como señala Sassen, la mayoría de los estudios sobre globalización no se enfocan en los cambios que suceden al interior o al seno de los Estado y sus relaciones con el espacio transnacional, que pueden ser un vital ejemplo para comprender de qué manera la globalización afecta las relaciones entre el Estado y la sociedad. A pesar de la gran variedad de la producción teórica sobre este tema, “se ha pasado por alto un aspecto relacionado con el tipo de capacidad administrativa representada por el Estado y la fuerza comparativa de los diversos componentes estatales en el proceso de globalización...dado el objeto predominante de análisis académico, la estructuración interna del Estado ha sido desatendida” (2010, 232-234).

En un artículo presentado en 1937, Jaffe (1937, 221) intenta demostrar que los intereses de los grupos privados generalmente se imponía sobre la ley cuando se suscitaba algún conflicto a resolver,²³⁶ es decir, el derecho del Estado que goza de una legitimidad con base al interés general, no se aplicaba como tal cuando en los casos concretos esa generalidad se veía modificada en favor de los grupos privados (Jaffe 1937). Ahora bien, esta problemática que no resulta novedosa, es una realidad que se presenta con mayor intensidad en esta fase histórica.

Debido al predominio de la lógica del mercado sobre las políticas estatales, es que las empresas transnacionales, así como organismos internacionales no estatales, han aumentado su influencia principalmente en las economías de los Estados. Así, cabe preguntarse ¿en qué actividades el Estado ha perdido su injerencia y control?, a su vez, ¿si esta pérdida de control se ha visto suplida por grupos y actores privados? y ¿de qué forma han intervenido en las dinámicas y actividades que antes fueron realizadas por los Estados?

Por tanto, ya se analizó en apartados anteriores que el proceso del capitalismo global generó en los Estados pérdida de capacidad para controlar determinadas actividades. Así, unos de los planteamientos centrales es que en el capitalismo global en las empresas transnacionales se convierten en actores políticos, arrebatando al Estado funciones de autoridad, incluso se hace referencia a que las empresas transnacionales son actores políticos porque establecen relaciones políticas con la sociedad civil, son actores políticos porque en sus actividades ejercen ciertas relaciones de poder (Strange 2003, 73).

Ante este escenario es conveniente definir autoridad privada, cabe hacer mención que este concepto es complejo y ha sido analizado en mayor medida por la Filosofía y la Teoría Política. De esta forma, sobrepasaría las pretensión de la

²³⁶ Así señala textualmente lo siguiente: "In sum, the great complexes of property and contract which constitute our modern industrial machine, the monopolistic associations of capital, labor, and the professions which operate it, exert under the forms and sanctions of law enormous powers of determining the substance of economic and social arrangement, in large part irrespective of the will of particular individuals. Here it is not the purpose to criticize that fact, but to show how pervasive it is. Participation in law-making by private groups under explicit statutory "delegation" does not stand then in absolute contradiction to the traditional process and conditions of lawmaking; it is not incompatible with the conception of law" (Jaffe 1937, 221).

presente investigación dilucidar con mayor acuciosidad los problemas relativos a estas dimensiones. Por tanto, se examina el concepto de forma general y se hace hincapié en cuáles son los desplazamientos respecto de lo público y lo privado, teniendo en cuenta que el argumento a seguir es que el ámbito de lo privado se desplaza y se instaura en la dinámica del poder estatal generando una interrelación entre ambos espacios.

Hay que agregar que estas transformaciones también repercuten en el ámbito del derecho, principalmente en cuanto a la estructura normativa en que dicho espacio transnacional regula sus relaciones con la sociedad y el Estado.

De esta manera se puede definir autoridad como:

Una especie del poder, como una relación de poder establecido e institucionalizado en que los súbditos prestan obediencia incondicional. En este sentido se tiene autoridad cuando el sujeto pasivo de la relación de poder adopta como criterio de su propio comportamiento el mandato o la orientación del sujeto activo, sin evaluar de su parte el contenido. La obediencia se basa únicamente en el criterio formal de la recepción de un mandato o de una señal proveniente de una cierta fuente (Stoppino 2002, 118).

Cutler retoma el concepto para ubicarlo en el contexto de la economía global enfocándose principalmente en las reglas de las relaciones del comercio internacional. Para la autora, la autoridad tiene dos elementos indispensables: la publicidad y la autoridad vista como una construcción social. La primera de ellas hace referencia a la dificultad de poder tener un juicio privado, es decir, obedecer conlleva a que el individuo acate el mandato o la orden, en este caso, obedece sin que este pueda establecer un juicio propio al respecto, porque no hay necesidad de que se justifiquen las razones para llevar a cabo el mandato. El concepto lleva a la noción de reconocimiento, se acepta la obediencia porque se “reconoce” que tiene el derecho a formular la acción para que se realice, lo que trae como consecuencia que se adhiera en torno a la autoridad el derecho de gobernar. Así, no solo se presenta esta cuestión de la justificación que legitima la acción, sino, además, se incluye que el concepto de autoridad debe ser público. Se debe conocer públicamente quien tiene la autoridad.

Se agrega que el concepto plantea la disociación o separación de lo público y lo privado, en cuanto a que se establece que en el ámbito de lo privado, las decisiones no son consideradas como juicios con grados de autoridad (1999, 62-63).

El segundo elemento deriva respecto a que el concepto es una construcción histórica y social, para que este pueda concretarse se establecen arreglos normativos dentro de los diferentes miembros de una sociedad, es decir, se establecen una serie de criterios sociales por el cual se reconoce a los sujetos como una autoridad. Afirma además, que el concepto de autoridad siempre ha estado acompañado de la separación de lo público y lo privado. Tratando de ubicar la autoridad privada en el contexto económico global, la autora afirma que es un problema importante porque muchas de las ocasiones la autoridad establece una cohesión y unidad social, y en este caso, es difícil de ubicar y localizar (1999, 63-64).

De esta forma, ubicar el concepto de autoridad en el contexto global es complejo. Por ejemplo, para la postura anarquista el problema se centra entre la autonomía del individuo y obediencia a la autoridad, esto es, para el anarquismo no existe justificación alguna para obedecer porque al hacerlo el individuo perdería su autonomía de decisión, de razonar y de juzgar, por eso la autoridad es ilegítima y no crea ese vínculo de unidad social. Por tanto, para otros el problema de la autoridad recae en el ejercicio de poder entre la persuasión y la coerción. Para el liberalismo el problema de la obediencia a la autoridad, es decir, la legitimidad de la autoridad recae en el consenso, es decir, la unidad y la cohesión están dadas en la forma en que se lleva acabo el ejercicio de autoridad a través de mecanismos para gobernar. Por medio del consenso hay una mediación entre autoridad y poder, entre obediencia y autonomía de la voluntad. Esto permite traer a colación que la división de lo público y lo privado permitieron dar una unidad y cohesión social. El Estado y la política por un lado y las empresas y los mercados por el otro (A. Cutler 1999, 64).

Aun así, la división establecida por el liberalismo ha encubierto el ejercicio de autoridad de los particulares, es decir, la división tradicional equipara o iguala a los

sujetos, encubriendo las asimetrías de poder. Además, la noción de unidad social es limitada en cuanto a su alcance. Por lo tanto, Cutler aduce que la tradicional división de lo público y de lo privado, encubre y mistifica el poder y la autoridad de los poderes privados (1999, 65-66)²³⁷.

Porter señala que el análisis se ha enfocado en la centralidad de los intereses estatales y hay que tomar en cuenta la importancia de la elaboración de la autoridad privada en el actual contexto histórico. Para el autor en primer lugar las empresas o grupos privados han creado toda una estructura privada para mejorar su eficiencia, o en su caso, suplir las deficiencias de poder estatales. En segundo lugar, no se ha tomado en cuenta la importancia en conocer la manera o la forma en que se constituye las identidades y los intereses de los Estados y otros actores. En este sentido, el autor destaca que existe conocimiento especializado que causa, sean aplicadas reglas derivadas de este tecnificación y especialización del conocimiento, producidas por estos actores y que hace que tengan una autoridad técnica (2005, 2-3).

Por lo tanto, la autoridad se refiere a un “actor o a un conjunto de reglas que es capaz de obtener el cumplimiento como resultado de la creencia de lo que es correcto, y como tal, se encuentra entre la coerción y la negociación” (Porter 2005, 3) Para Porter, el surgimiento de la autoridad privada presenta tres elementos: “ la eficiencia, el poder, y las tendencias históricas de largo alcance, como el crecimiento de los mercados globales” (2005, 3).

De esta forma, la autoridad técnica hace referencia al aumento del conocimiento de las nuevas tecnologías, pero además envuelve una dimensión normativa con reglas específicas mediante la cual se establece una la creencia en una superioridad inherente en la tecnología o ciencia (2005, 4). Por último, el autor

²³⁷ “Furthermore, liberalism also obscures the fact that social may be very limited in scope. It may operate only as regards generally accepted procedures for making choices over matters where there is no substantive agreement. The notion that consent somehow creates an equal playing field as between the governors and the governed obscures the fundamental asymmetry in power relationship between them and risk overstating and social unity that constitutes political authority. Moreover, the presumed separation of the public and private spheres, the former associated with civil society and economy, while the latter is associated with the state and government, creates the false imagery of a consensual realm of civic and economic freedoms, as distinct from the political and potentially coercive realm of the state (A. Cutler 1999, 65-66).

señala que en la autoridad pública se constituye por el sector público y se legitima en referencia a la gestión de los bienes públicos y el bienestar de los ciudadanos, mientras que la autoridad privada se legitima con referencia a la superioridad inherente al sector con relación a maximizar los méritos del mercado, por último, la autoridad técnica se legitima por la ciencia y las técnicas en base al método científico (2005, 6-7).

En este sentido, “privado” se refiere a todo aquello que no es Estado, que no se encuentra basado en él o creado por él. Al mismo tiempo, “autoridad” se define como una forma institucionalizada de expresión de poder que se legitima mediante formas de consentimiento normativas no coercitivas o de reconocimiento de autoridad por parte del gobernado (Bütthe 2004, 281-282).

Ahora bien, ¿de qué formas estas autoridades privadas intervienen en los espacios que antes eran autoridad estatal? Strange señala que el desplazamiento de la autoridad del Estado hacia el mercado fue producto de políticas estatales. En este sentido, ha sido necesario que el Estado desregule, para regular o como señala Santos: “la desvinculación del Estado no puede ser obtenida sino a través de una fuerte intervención estatal. Paradójicamente el Estado debe intervenir para dejar de intervenir, es decir, tiene que regular su propia desregulación” (2005, 249).

Las empresas transnacionales tienen un papel importante en el control de la producción, en la industria, los servicios y el comercio. Strange menciona cuatro aspectos importantes sobre el cual el Estado ha perdido el control. En primer lugar, debido a las políticas privatizadoras, el Estado ha dejado de intervenir en sectores de la producción y de la economía nacional, dejando a las empresas el control de estas áreas económicas. En segundo lugar, el Estado pierde el control debido a la posibilidad de la reubicación de la industria, esto es, el traslado de la producción a países en vías de desarrollo. En tercer lugar, la gestión de las relaciones laborales, que pasó a ser regulada por los Estados y por una fuerte colaboración con los organismos sindicales nacionales, este control estatal permitió que las condiciones laborales de los trabajadores se negociaran en el contexto local y nacional. Sin embargo, debido a la influencia de los mercados financieros y otras fuerzas económicas que escaparon del control estatal, así como la deslocalización de la

producción, las negociaciones de las condiciones laborales ya no se realizaron en el contexto nacional, ahora, las empresas tienen suficiente poder para presionar a los Estados respecto a las condiciones laborales, debido a la posibilidad de trasladar su inversión a otros Estados con condiciones de igual o inferior nivel. Y en cuarto lugar, tiene que ver con la capacidad de los Estados de gestionar impuestos a las empresas transnacionales. Es difícil tener un control de impuestos efectivos por parte de los Estados hacia las empresas transnacionales (2003, 87-100).

Por último lugar, Strange señala diez responsabilidades en las que el Estado reclama el control, pero que están siendo sometidas a transformaciones importantes: 1) la seguridad nacional 2) sistema monetario 3) la regulación del modelo económico y el Estado 4) la capacidad del Estado para regular los vaivenes económico 5) la capacidad para proveer bienestar social 6) la capacidad para recaudar impuestos 7) el control estatal sobre el comercio exterior 8) el desarrollo económico sobre territorio estatal 9) la capacidad estatal para generar un mercado competitivo y no establecer monopolio estatales 10) el control de la seguridad interna (2003, 112-124).

Strange concluye que el Estado sigue siendo importante, pero el control de sectores y áreas se está reduciendo, y ahora tiene que compartirlo con otros actores no estatales, es decir, se modifica la relación Estado-territorio, Estado-democracia, Estado-Economía.

4.2.2.- El ejercicio de funciones públicas por particulares

El ejercicio de funciones públicas²³⁸ por particulares reviste un interés especial porque representa un ejemplo importante de como existe una relación estrecha entre la actividad pública y la privada. Aunque este tema no es del todo actual, ya que la actividad de los particulares es indispensable para el desarrollo de las sociedades capitalistas, lo novedoso estriba en que existe una mayor participación

²³⁸ Fraga hace una distinción conceptual entre funciones del Estado y atribuciones del Estado. Las primeras se refieren a la forma de las funciones, esto es, el Estado se estructura orgánicamente a través de la tradicional división de poderes (Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial), mientras que las atribuciones son las actividades que este realiza para alcanzar sus propios fines (2000, 14).

en actividades²³⁹ que antes eran consideradas propiamente del Estado y que ahora comparten el poder público (decisiones vinculantes) en el ejercicio de sus actividades.

Las atribuciones y actividades del Estado en la sociedad se han ido transformando dependiendo de las necesidades para la reproducción y expansión del sistema capitalista. Así, el Derecho Administrativo ha clasificado sus actividades de la siguiente manera: En una primera etapa se consideró que una de las principales atribuciones del Estado era la actividad de policía (protección, mando y coacción). En la segunda interviene para regular las actividades económicas de los particulares. En la tercera, para gestionar servicios públicos y realizar actividades de fomento a la economía. Y por último, para intervenir en la vida cultural, económica y asistencial del país (Fraga 2000, 15).

Desde la perspectiva del derecho administrativo, la intervención por parte del Estado en el ámbito de los particulares puede ser vista de dos maneras: aquellas actividades privadas estatales sin interés público y las actividades privadas estatales de interés público. En la primera de ellas, el Estado se limita a garantizar las relaciones jurídicas, es decir, no interviene en las actividades de los particulares; en la segunda, el Estado interviene limitando la autonomía de la voluntad a través de reglamentación administrativa (Valls Hernández y Matute González 2014, 291). En esta segunda característica el Estado interviene en el sector económico tratándose de sectores estratégicos y primordiales para el Estado.

De esta manera, resulta confusa la forma en que actualmente tanto el Estado como los particulares realizan actividades de las dos esferas. El Estado y los particulares llevan a cabo procesos de intervención de formas diversas. Actualmente, las empresas privadas pueden intervenir en ámbitos que son considerados prioritarios para un Estado, así como, una empresa estatal puede intervenir en sectores considerados como eminentemente privados. Un ejemplo actual es el régimen especial con relación a las denominadas empresas productivas

²³⁹ Hay que considerar que las actividades privadas se rigen por el principio de autonomía de la voluntad y la igualdad de las partes ante la ley, mientras que las actividades estatales originarias son aquellas como la seguridad pública, servicios públicos, asistencia y seguridad social (Valls Hernández y Matute González 2014, 290-291).

del Estado, que se someten a un régimen de derecho privado (derecho civil y mercantil)²⁴⁰ para su regulación, pero sometidas a la vigilancia y control del Estado.

Por otro lado, las empresas privadas colaboran con los Estados para la realización de ciertas actividades, que en teoría son funciones y actividades estatales. Esta relación público privada es un fenómeno que se viene incrementando y genera un desplazamiento importante en la distinción. El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la administración tiene un régimen específico y colaboran en ciertas actividades, porque en ocasiones la administración no tiene la suficiente capacidad de personal y de recursos materiales, representa una dificultad técnica y científica el realizar dicha actividad y en ocasiones se sugiere que el trabajo por particulares tendrá como resultado mayor calidad y eficiencia (Galán Galán y Prieto Romero 2008, 66).

Asimismo, este tipo de relación tiene la característica peculiar de que el ejercicio de las funciones de autoridad que corresponden al Estado, es trasladado a los particulares. Las decisiones pueden ser vistas como vinculantes y con poder potestativo del Estado, “esta nueva tipología de entidades privadas de colaboración se caracteriza, en concreto, por el cometido que tienen encomendado. Pese a su carácter jurídico privado, son competentes para la toma de decisiones vinculantes mediante el ejercicio de función de control, inspección y certificación del cumplimiento de la legalidad vigente” (Canals Ametller 2010, 23).

El ejemplo que permite esclarecer este tipo de funciones son las empresas privadas colaboradoras de la administración en funciones de control, inspección y certificación²⁴¹. Este tipo de funciones principalmente referentes a la seguridad

²⁴⁰ En las actuales reformas del Sector Energético mexicano se crean las denominadas Empresa Productiva del Estado, (Ley de Petróleos Mexicanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de Agosto de 2014) en la cual expresamente señala el Artículo 61.- Son empresas filiales de Petróleos Mexicanos aquellas en las que participe, directa o indirectamente, en más del cincuenta por ciento de su capital social, con independencia de que se constituyan conforme a la legislación mexicana o a la extranjera. Las empresas filiales no serán entidades paraestatales y tendrán la naturaleza jurídica y se organizarán conforme al derecho privado del lugar de su constitución o creación.

²⁴¹ “No se trata de la búsqueda de vías de colaboración en tareas de simple gestión o ejecución material de políticas y decisiones públicas, de simple colaboración, en suma en la ejecución administrativa. Se trata del recurso a la colaboración privada para el ejercicio de funciones públicas de control, inspección y certificación en aquellos ámbitos en los cuales, en su gran mayoría, el

industrial, significa un traslado de funciones públicas a los particulares. Ahora bien, este tipo de colaboración se establece a través de la reglamentación pertinente, es decir, las entidades privadas colaboran con la administración mediante el cumplimiento de una reglamentación emitida por el Estado o mediante un control administrativo previamente establecida en una normatividad estatal, lo que es considerado en la doctrina española como cumplimiento reglamentario y de control administrativo.

Es decir, en el cumplimiento reglamentario, se obliga a que los particulares cumplan los requisitos técnicos para poder realizar alguna actividad señalada en la regulación administrativa. Sin embargo, la reglamentación puede exigir que los particulares simplemente declaren el cumplimiento de mencionados requisitos pudiendo presentar una acreditación de un particular, pero ello no implica que exista la realización de una función pública como tal, ya que, la actividad se encuentra sujeta a una declaración voluntaria de cumplimiento previo, en dado caso que se estuviera en una relación de colaboración entre particulares. Pero cuando el reglamento específica y autoriza que la acreditación tiene que hacerse mediante una entidad privada técnica, se puede hablar propiamente de una función pública (Galán Galán y Prieto Romero 2008, 82).

Por su parte, el control administrativo se refiere a funciones propias de inspección administrativa que deben ser realizadas periódicamente. Dicha actividad de inspección puede ser llevada a cabo mediante el Estado o indirectamente por particulares (Galán Galán y Prieto Romero 2008, 83)²⁴².

De esta manera el carácter público de la actividad tiene que ver con que el particular realiza una actividad que tiene como característica una función de la

desarrollo tecnológico es el imperante y el elemento de la técnica y su complejidad rebasa los conocimientos de las instancias públicas” (Canals Ametller 2010, 25).

²⁴² Puede resumirse de la siguiente manera por parte de los autores: “En conclusión, las entidades privadas colaboradoras pueden intervenir tanto en el ámbito del cumplimiento reglamentario como en el del control administrativo. Ahora bien, lo harán en una diferente condición. En el ámbito del cumplimiento reglamentario, la regla general es que la entidad privada actúa como colaboradora del particular, puesto que no se está ejerciendo ninguna función pública (salvo en los casos en que la normatividad sectorial exija autorización administrativa y no mera comunicación a la administración). En el control administrativo, en cambio, la entidad privada actúa como colaboradora de la administración, concretándose esa colaboración en el ejercicio de la función pública de inspección” (Galán Galán y Prieto Romero 2008, 83).

administración, “en concreto, un poder jurídico conferido por el ordenamiento a las Administraciones públicas que lleva implícito una obligación de sujeción por parte de los afectados por la misma” (Canals Ametller 2010, 27-28).

Por lo tanto, estas entidades privadas se caracterizan por ser personas jurídicas privadas que no pertenecen a la administración pública, con ánimo de lucro mediante el cobro de una tarifa, realizan actividades técnicas especializadas de manera imparcial y colaboran con la administración en una sola función pública. (Galán Galán y Prieto Romero 2008, 67-85).

Los instrumentos jurídicos por el cual las entidades privadas emiten sus criterios técnicos pueden ser diversos, pero el principal es la acreditación. Tanto Galán y Prieto así como Canals hacen alusión a que no es la concesión, ni el contrato el mecanismo jurídico por el cual es llevado a cabo la participación de las entidades privadas, para los autores, la acreditación es el mecanismo para llevar a cabo esta tipo de colaboración. Esta es definida como: la “resolución administrativa mediante la cual se certifica que una determinada entidad o agente cumple determinados requisitos relativos a su capacidad material, técnica, y financiera para cumplir con objetividad e imparcialidad los cometidos asignados, en el caso que nos ocupa, las funciones públicas de control, inspección y certificación” (Canals Ametller 2010, 44).

Para ejemplificar al respecto, en el caso de la normatividad mexicana, la Ley Federal sobre Metrología y Normalización contempla a las entidades de acreditación así como los comités de evaluación que emiten las acreditaciones y las evaluaciones de conformidad correspondiente, dicha Ley establece la colaboración de los organismos privados²⁴³ para la emisión de la evaluación de la conformidad de las normas.

En particular en el sector de Seguridad y Salud del Trabajo se establece en el reglamento la obligación por parte de los solicitantes de obtener una acreditación

²⁴³ En el artículo 3 fracción XXI el Reglamento Federal de Seguridad y Salud en el Trabajo señala que los organismos privados son: “Las unidades de verificación, los laboratorios de pruebas y los organismos de certificación, acreditados y aprobados en términos de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización y su reglamento, que realizan actos de Evaluación de la Conformidad de las Normas”.

respectiva. Dicha acreditación (evaluación de la conformidad de las normas²⁴⁴) podrá ser emitida por una entidad de acreditación, una unidad de verificación u organismos de verificación respectiva²⁴⁵. Por tanto, la Secretaría del Trabajo y Previsión Social aprobará a los organismos privados que deberán estar acreditados para emitir la evaluación de conformidad. La acreditación de los organismos privados podrá ser realizada por entidades de acreditación correspondiente, estas entidades de acreditación²⁴⁶ integrarán los comités de evaluación que son órganos de apoyo de la administración para la acreditación de los organismos privados. De esta forma, los organismos privados y las entidades de acreditación colaboran con la administración para la acreditación y verificación de las normas oficiales mexicanas²⁴⁷.

²⁴⁴ Según el artículo 3º de La Ley Federal sobre Metrología y Normalización, la evaluación de conformidad de las normas, “Es el documento expedido 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”.

²⁴⁵ En el artículo 68 de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización señala que: “La evaluación de la conformidad será realizada por las dependencias competentes o por los organismos de certificación, los laboratorios de prueba o de calibración y por las unidades de verificación acreditados y, en su caso, aprobados en los términos del artículo 70. La acreditación de los organismos, laboratorios y unidades a que se refiere el párrafo anterior será realizada por las entidades de acreditación”. Por su parte el Artículo 70 señala que: “Las dependencias competentes podrán aprobar a las personas acreditadas que se requieran para la evaluación de la conformidad, en lo que se refiere a normas oficiales mexicanas, para lo cual se sujetarán a lo siguiente: I. Identificar las normas oficiales mexicanas para las que se requiere de la evaluación de la conformidad por personas aprobadas y, en su caso, darlo a conocer en el Diario Oficial de la Federación; y II. Participar en los comités de evaluación para la acreditación, o reconocer sus resultados. No duplicar los requisitos solicitados para su acreditación, sin perjuicio de establecer adicionales, cuando se compruebe justificadamente a la Secretaría la necesidad de los mismos a fin de salvaguardar tanto el objetivo de la norma oficial mexicana, como los resultados de la evaluación de la conformidad con la misma y la verificación al solicitante de las condiciones para su aprobación”.

²⁴⁶ El artículo 69 de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización señala que: “Las entidades de acreditación integrarán comités de evaluación, como órganos de apoyo para la acreditación y, en su caso, para la aprobación por las dependencias competentes. Los comités de evaluación estarán constituidos por materias, sectores y ramas específicas, e integrados por técnicos calificados con experiencia en los respectivos campos, así como por representantes de los productores, consumidores, prestadores y usuarios del servicio, y por el personal técnico de las entidades de acreditación y de las dependencias competentes, conforme a los lineamientos que dicte la Secretaría, previa opinión de la Comisión Nacional de Normalización.

²⁴⁷ **METROLOGÍA Y NORMALIZACIÓN. LA ENTIDAD DE ACREDITACIÓN Y EL COMITÉ DE EVALUACIÓN ACTÚAN COMO AUXILIARES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CUANDO AQUÉLLA EMITE LA ACREDITACIÓN Y ÉSTE EL DICTAMEN DE EVALUACIÓN CORRESPONDIENTE.** El objeto de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización en materia de normalización, certificación, acreditamiento y verificación, según su artículo 2o., fracción II, inciso d), consiste en "Promover la concurrencia de los sectores público, privado, científico y de consumidores en la elaboración y observancia de normas oficiales mexicanas y normas mexicanas.", lo que se

Esta actividad, colaboradora de la administración pública y realizada por los particulares, es un ejemplo de cómo el Estado delega funciones de autoridad permitiendo que los particulares elaboren los dictámenes respectivos. Estos organismos privados de certificación pueden estar avalados por organismos internacionales de certificación. Emiten y producen a la vez estándares normativos que son aplicados en un contexto nacional, muchos de estos estándares están considerados como parte de ordenamientos privados transnacionales. Es decir, forman parte de la arquitectura normativa del capital global, como los estándares de calidad que emite la ISO.

Otras personas privadas que colaboran en la administración son los peritos técnicos aduanales,²⁴⁸ también los notarios y corredores públicos, estos “tienen por lo

corroborar con la integración de los comités de evaluación que constituyen órganos de apoyo para la acreditación y, en su caso, autorización por parte de las dependencias competentes para la operación de la unidad de verificación que evalúa el grado de cumplimiento de las normas oficiales mexicanas o normas mexicanas, pues aquéllos se integran por técnicos calificados, representantes de los productores, consumidores, prestadores y usuarios del servicio, así como por el personal técnico de las entidades de acreditación y de las dependencias competentes, en términos del artículo 69 de la Ley citada. Ahora bien, por medio de tal acreditación la entidad correspondiente confirma el dictamen del comité de evaluación en el sentido de que el solicitante es apto técnicamente para la evaluación de la conformidad, lo que incide en la aprobación para operar como unidad de verificación, y aun cuando tales actos son emitidos por particulares, éstos actúan como auxiliares de la administración pública, pues una vez que la unidad de verificación es acreditada por la entidad respectiva, son las dependencias competentes de la administración pública las que emiten la aprobación para su operación, en términos de los artículos 38, fracción VI, 70 y 84 de la Ley Federal mencionada, lo que confirma la concurrencia del sector público y privado en la autorización del funcionamiento de las unidades de verificación, y que la intervención de los particulares es como terceros auxiliares de la administración pública. Novena Época, Registro: 179541, Instancia: Segunda Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXI, Enero de 2005, Materia(s): Administrativa, Tesis: 2a. VIII/2005, Página: 606.

²⁴⁸ **PERITOS TÉCNICOS ADUANALES, DOCUMENTOS ELABORADOS POR. SON TESTIMONIOS DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS ESPECIALIZADOS Y TIENEN EFICACIA PROBATORIA PLENA.** De la interpretación de los artículos 3o. de la Ley Aduanera y 42, apartado A, fracción XXII, del Reglamento Interior del Servicio de Administración Tributaria, se asume que las autoridades aduaneras, para llevar a cabo sus funciones administrativas vinculadas con la entrada o salida de mercancías al territorio nacional, válida y legalmente se pueden auxiliar de los funcionarios y empleados públicos federales y locales, en la esfera de sus respectivas competencias, por lo que a fin de establecer la naturaleza, estado, origen y demás características de las mercancías de comercio exterior, así como para determinar su clasificación arancelaria, las aduanas tienen la posibilidad de requerir el auxilio necesario de los agentes aduanales, los dictaminadores aduaneros o de cualquier otro perito, de suerte que aun cuando no se prevea expresamente su existencia en el Reglamento Interior del Servicio de Administración Tributaria, lo cierto es que sí se establece que las aduanas contarán con el personal que se requiera para satisfacer las necesidades del servicio, donde deben quedar incluidos los referidos servidores públicos, lo que lleva a concluir no sólo que las aduanas pueden válidamente auxiliarse con dicho personal, sino que los dictámenes que aquéllos realicen cuya naturaleza no es de un acto de molestia que deba provenir de autoridad competente (sino que se trata de un acto jurídico de la administración que contiene opiniones e informes técnico-

menos, funciones de auxilio a la autoridad fiscal y están obligados a determinar, retener y pagar o verificar que se pagaron las contribuciones que se relacionen con los actos jurídicos que protocolizan” (Valls Hernández y Matute González 2014, 314).

Recientemente, en el sistema normativo mexicano, se permitió el amparo contra actos de autoridad que son equiparables a los particulares. Dicha modificación establece una definición más amplia de autoridad, en la cual ya no solo son los funcionarios o servidores públicos en ejercicio de sus funciones lo que emiten o realizan de manera unilateral estos actos. Por tanto, la Ley de Amparo establece que procede el juicio de amparo contra actos de particulares, siempre y cuando sus funciones se encuentren reguladas en una norma general y sus actos puedan crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; u omita el acto que de realizarse, crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas²⁴⁹.

Un ejemplo de ello es el caso de las Federaciones Deportivas mexicanas, las cuales son reguladas por régimen del derecho civil como Asociaciones Civiles, pero además, están vinculadas a la Ley General de Cultura Física y del Deporte. De esta forma, mediante jurisprudencia por contradicción emitida por el Tribunal Colegiado de Circuito, se señaló que dichas federaciones realizan funciones estatales. Como se desprende de la siguiente cita, extraída de la jurisprudencia antes mencionada²⁵⁰:

jurídicos, preparatorios de la voluntad administrativa, que no produce efectos jurídicos inmediatos), tienen eficacia demostrativa, al provenir de funcionarios públicos, criterio este que es acorde al sustentado por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis visible en la página 84 del Semanario Judicial de la Federación, Sexta Época, Volumen CXXXII, Tercera Parte, de la voz: **"VISTAS ADUANALES, DECLARACIONES DE LOS. SON TESTIMONIOS DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS, Y TIENEN EFICACIA PROBATORIA PLENA."**, por lo que el dictamen elaborado por el perito técnico aduanal, en auxilio del administrador local jurídico, tiene eficacia probatoria plena. Época: Novena Época. Registro: 188383. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XIV, Noviembre de 2001. Materia(s): Administrativa. Tesis: II.2o.A.24 A. Página: 526.

²⁴⁹ La Ley de Amparo señala en su Artículo 5º Fracción II: La autoridad responsable, teniendo tal carácter, con independencia de su naturaleza formal, la que dicta, ordena, ejecuta o trata de ejecutar el acto que crea, modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria; u omite el acto que de realizarse crearía, modificaría o extinguiría dichas situaciones jurídicas. Para los efectos de esta Ley, los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general.

²⁵⁰ **FEDERACIONES DEPORTIVAS MEXICANAS. SON PARTICULARES EQUIPARADOS A UNA AUTORIDAD PARA EFECTOS DEL JUICIO DE AMPARO CUANDO EJERCEN, POR**

DELEGACIÓN, FUNCIONES PÚBLICAS DE CARÁCTER ADMINISTRATIVO, ACTUANDO COMO AGENTES COLABORADORES DEL GOBIERNO FEDERAL Y COMO CONSECUENCIA DE MANEJAR RECURSOS PÚBLICOS.

Dichas federaciones son personas morales constituidas bajo el amparo de normas de carácter civil, reguladas en los artículos 2670 a 2687 del Código Civil para el Distrito Federal (actualmente Ciudad de México), pero su objeto social guarda relación con el deporte, reglamentado por la Ley General de Cultura Física y Deporte, que tiene su base en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que regula el derecho de toda persona a la cultura física y práctica del deporte, que tiene una estructura compleja, al integrarse por distintas relaciones jurídicas y diversos sujetos, obligaciones y derechos, en las cuales, el Estado no es el único responsable de su efectividad, sino que para lograr su cumplimiento efectivo se requiere de la intervención tanto de éste, como de los particulares. En términos de dicha legislación, las Federaciones Deportivas Mexicanas tienen el carácter de Asociaciones Deportivas Nacionales, por lo que a diferencia de otras asociaciones civiles, su estructura interna y funcionamiento se encuentran regulados por sus estatutos sociales y por esa ley y su reglamento. De igual forma, deben observar en todo momento los principios de democracia, representatividad, equidad, legalidad, transparencia y rendición de cuentas y, además de sus propias atribuciones, ejercen, por delegación, funciones públicas de carácter administrativo, actuando en este caso como agentes colaboradores del Gobierno Federal, actuación que se considera de utilidad pública y realizan las actividades propias de gobierno, administración, gestión, organización y reglamentación de las especialidades que corresponden a cada una de sus disciplinas deportivas. Por tales motivos, están determinadas en una norma general que les confiere atribuciones para actuar como una autoridad del Estado, cuyo ejercicio tiene un margen de discrecionalidad, en tanto pueden decidir si las ejercen o no y en qué sentido, aunado a que sus decisiones se encuentran revestidas de un grado de imperatividad, por lo que pueden dictar, ordenar, ejecutar o tratar de ejecutar algún acto en forma unilateral y obligatoria, o bien, omitir actuar en determinado sentido, lo que se traduce en que, con independencia de que formalmente puedan estar constituidas como una asociación de carácter civil, puede realizar actos equivalentes a los de autoridad en los que afecten derechos. Además, al manejar recursos públicos, las Federaciones Deportivas Mexicanas cuentan con distintas obligaciones previstas constitucional y legalmente y son sujetos de fiscalización y, como tal, de escrutinio en cuanto a que el manejo de esos recursos se destine a los propósitos que fijen las leyes correspondientes, y que todos los actos encaminados a la custodia y cuidado de los recursos públicos se cumplan cabalmente. Así, paralelamente a lo anterior, la obligación de esas asociaciones de observar, entre otros, los principios de transparencia y rendición de cuentas, abre otra posibilidad para que las Federaciones Deportivas Mexicanas puedan considerarse particular equiparado a una autoridad para efectos del juicio de amparo, pues tal deber implica que cualquier persona que cuente con interés legítimo para ello, pueda exigirles el conocer los términos en que fueron aplicados los recursos que, aunque en principio sean públicos, forman una unidad con los obtenidos de otras fuentes. De modo que dichas federaciones tienen múltiples obligaciones y pueden realizar diversos actos, algunos que realizan por sí, otros en coordinación con la Comisión Nacional de Cultura Física y Deporte (CONADE) y otros como integrantes del Sistema Nacional de Cultura Física y Deporte (SINADE), los cuales pueden dividirse enunciativamente en los siguientes grupos: 1) Aquellos en los que ejercen, por delegación, funciones públicas de carácter administrativo, actuando en este caso como agentes colaboradores del Gobierno Federal, que pueden considerarse como "actos de autoridad", porque al llevarlos a cabo u omitir hacerlo se conducen alejadas de su ámbito privado o particular convencional; 2) Otros actos u omisiones relacionados con el derecho a la información que reconoce el artículo 6o. constitucional, en relación con los principios de transparencia y rendición de cuentas, por manejar recursos públicos y tener una actividad encomendada por la ley que las rige, en relación al derecho a la práctica del deporte y la cultura física y, que al realizarlos u omitir hacerlo, también se encuentran alejadas de su ámbito privado o particular convencional y pueden considerarse "actos de autoridad"; 3) Otros actos que, aunque estén obligadas a realizar, no tienen ese carácter de autoridad, sino que actúan como auxiliares de la administración pública, realizando actos que no corresponden a los de autoridad, pues no se llevan a cabo de manera unilateral y obligatoria, sino que se realizan en cumplimiento de lo que prevén las disposiciones que le ordenan la realización precisamente de esos actos, en donde actúa en un plano de coordinación o de sometimiento a la autoridad; y, 4) Otros actos que, son emitidos en el ámbito meramente privado de sus relaciones con los también

En términos de dicha legislación, las Federaciones Deportivas Mexicanas tienen el carácter de Asociaciones Deportivas Nacionales, por lo que a diferencia de otras asociaciones civiles, su estructura interna y funcionamiento se encuentran regulados por sus estatutos sociales y por esa ley y su reglamento. De igual forma, deben observar en todo momento los principios de democracia, representatividad, equidad, legalidad, transparencia y rendición de cuentas y, además de sus propias atribuciones, ejercen, por delegación, funciones públicas de carácter administrativo, actuando en este caso como agentes colaboradores del Gobierno Federal, actuación que se considera de utilidad pública y realizan las actividades propias de gobierno, administración, gestión, organización y reglamentación de las especialidades que corresponden a cada una de sus disciplinas deportivas.

Este nuevo marco normativo, abre el espacio para que particulares puedan ser considerados autoridad en el juicio de amparo. Esto es, la estructura interna del Estado está produciendo esquemas público privado, que crea una nueva interrelación.

4.2.3 La regulación pública

En el apartado anterior, se analizó una forma específica en que los particulares colaboran con el Estado, y en donde es el particular quien lleva a cabo una función estatal, como lo es el de la certificación, acreditación y verificación. Cabe señalar que las normas que derivan de sus análisis técnicos-científicos tienen un carácter reglamentario, pero de ninguna forma son normas derivadas y provenientes de una discusión y aprobación legislativa. Hay una colaboración estatal, y a la vez una producción normativa reglamentaria, derivada de una ley, proceso que es interesante porque la norma técnica que obliga y el acto que acredita son, en cierta medida, producido por particulares que vinculan, con la técnica de la autorregulación y regulación, cuestión que se analizará en los párrafos posteriores.

particulares, a los que presta un servicio deportivo, de acuerdo a su régimen estatutario y normativo. De modo que sólo al realizar alguno de los actos del primer o segundo rubros u omitir hacerlo, puede considerarse que dichas federaciones actúan como particulares equiparados a una autoridad para efectos del juicio de amparo, los cuales en cada caso concreto corresponderá al Tribunal Colegiado de Circuito determinar. Décima Época. Registro: 2012001. Instancia: Plenos de Circuito. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 32, Julio de 2016, Tomo II. Materia(s): Común. Tesis: PC.I.A. J/74 A (10a.). Página: 1205.

Ahora bien, la regulación y autorregulación se analizan con el objetivo de explicar de qué manera se presenta un desplazamiento del Estado y la administración pública hacia el sector de los particulares. Por tanto, lo que se busca explicar es que a partir de la desregulación, liberalización económica y privatización de sectores estatales, se han establecido mecanismos jurídicos en la administración pública que se acercan a las ideas y lógicas de mercado, transformando la intervención estatal en una actividad reguladora. Para ello, se reconfigura la estructura administrativa y se establecen mecanismos de eficiencia y competencia económica, lo que produce una estrecha interrelación entre actores públicos y privados (Picciotto 2006, 3)

Esta dinámica no se presenta en todos los sectores de la administración, pero sí es conveniente aclarar que los sectores económicos estratégicos del Estado están siendo sometidos a esta dinámica. Lo que implica es importante, porque el Poder Ejecutivo está sometiendo a las áreas estratégicas del Estado (recientemente la privatización de los hidrocarburos) a mecanismos administrativos que pretenden generar eficiencia económica, y buscan hacer énfasis hacia la autorregulación mercantil, estos es, que el ámbito de lo privado (empresas y firmas) gestionen dichas actividades que antes fueron reguladas por el Estado. Por lo tanto, en teoría, el proceso de toma de decisiones se traslada hacia la relación entre órganos reguladores de la administración y los actores privados o sujetos regulados a partir de generar equilibrios en el mercado para conseguir eficiencia en la producción de los bienes y servicios que antes eran gestionados por el Estado, encubriendo el interés del mercado como si fuera de interés público nacional.

De esta manera, los mecanismos de regulación de las relaciones entre órgano regulador y regulados, son establecidos a través de contratos técnicos especializados, y las controversias que resulten se dirimen a través de Tribunales de Arbitraje. Es decir, las relaciones se contractualizan, por tanto, se elimina cualquier mecanismo de derecho público, reemplazándolo por instrumentos del

derecho privado, presentándose lo que es considerado como la huida del derecho administrativo²⁵¹ y un proceso de fragmentación estatal (Picciotto 2006, 13).

Por lo tanto, la regulación y la competencia económica son técnicas que la administración estatal ha implementado con el objetivo de establecer la lógica del mercado como eje de articulación de las relaciones entre el Estado y la sociedad. A su vez, permiten vincular los sectores económicos nacionales con la lógica del capital transnacional. Esta arquitectura de la regulación es emblemática porque ha permitido una amalgama de relaciones entre lo público y lo privado a través del mecanismo del mercado, transformándose en elemento de interés público nacional²⁵² (Sassen 2010).

El término “regulación”²⁵³ presenta varias dificultades para ser definido ya que es usado en diversas áreas del conocimiento, con diferentes sentidos. En el derecho y la economía el concepto adquiere una connotación distinta pero les une un elemento en común, el mercado. El enfoque hacia el mercado de las dos materias ha

²⁵¹ Ariño Ortiz aduce que la huida del derecho administrativo se refiere a la búsqueda de la administración de esquemas que tienden a la eficacia económica, por tanto, hay un acercamiento hacia formas de organización de empresas que eliminan cualquier procedimiento que impidan dichos objetivos. Así, “de modo especial se ha postulado dicho acercamiento en la empresa pública, en todos sus aspectos: objetivos, status jurídico, régimen de personal, autonomía empresarial, régimen patrimonial y financiero, etc..., se quiere con ello –según se nos dice- despolitizar la empresa, convertirla en una empresa de verdad, lo que exige es la privatización de su régimen jurídico” (1999, 42).

²⁵² Como lo afirma Sassen: “Gracias a la supuesta neutralidad de los mercados estos resultan esenciales para lograr eficiencia y, por lo tanto, para alcanzar el bienestar público general” (2010, 268).

²⁵³ “Es habitual referirse a las agencias federales estadounidenses como las antecesoras de las autoridades nacionales de regulación que se encuentran hoy en día en la mayor parte de los Estados europeos y, por extensión, se admite, muchas veces sin decirlo, que ellas dieron origen a la noción de regulación...En efecto las primeras agencias, comenzando por la *Interstate Commerce Commission*, tenían como misión reglamentar (*regulate*) la actividad económica de las empresas de ciertos sectores mediante la utilización de poderes de policía que les delegaba el Congreso, con el fin de preservar el interés público. Estas agencias constituían una forma de intervencionismo económico dentro de un marco político en el que no existía la posibilidad de crear empresas públicas, salvo, muy excepcionalmente, ni de nacionalizar empresas privadas. La reglamentación era una alternativa a la competencia, cuando esta no existía, o no tenía la capacidad de garantizar que se satisficiera el interés público. Las críticas que sufrió esta política durante los años 60 y 70 llevaron a que fuera cuestionada a partir de la presidencia de Jimmy Carter, quien llevó a cabo una política que tuvo el propósito de suprimir las reglamentaciones que obstaculizaban la libre competencia...Para crear las condiciones para la libre competencia se eliminaron las reglamentaciones que apuntaban justamente a reducirla o a excluirla, lo que condujo a la supresión de ciertas agencias, en particular de la agencia de energía (Federal Power Commission) en 1977, la agencia de la aviación civil (civil Aeronautics Board) en 1985, y la Interstate Commerce Commission en 1995. Desde entonces la reglamentación tienen el propósito de crear las condiciones para la competencia y no de sustituirla (Marcou 2009, 25-26).

generado una serie de teorías (desde la perspectiva económica, la teoría de la regulación) y explicaciones acerca de lo que cada área tendría que establecer al respecto. Por un lado, la economía busca que el mercado sea eficiente, por el otro, el Derecho requiere de cierto tipo específico de normas que alienten la dinámica mercantil. El mercado como concepto no es de fácil definición, y aunque este hace alusión a la venta e intercambio de productos en un lugar determinado, por lo que Polanyi lo explica de esta forma:

Tal economía supone la existencia de mercados donde la oferta de bienes (incluidos los servicios) disponibles a un precio dado será igual a la demanda de ese precio. Supone la presencia del dinero, que funciona como un poder de compra en manos de sus propietarios. La producción estará controlada entonces por los precios, ya que los beneficios de quienes dirigen la producción dependerá de ellos; la producción de los bienes dependerá también de los precios, ya que los precios forman ingresos, y es con la ayuda de estos ingresos que los bienes producidos se distribuyen entre los miembros de la sociedad (2003, 118-119).

Entonces, resulta necesario plantear cómo establecer que este sistema económico de mercado funcione de forma eficiente. Para ello necesita el aparato estatal, pero no un aparato estatal que intervenga en el desarrollo del sistema económico, que en términos generales se tiende a buscar lo siguiente:

No debe permitirse que nada inhiba la formación de mercados, ni que se formen ingresos sino es a través de las ventas. Tampoco debe haber interferencia alguna con el ajuste de los precios al cambio de las condiciones del mercado, ya se trate de los precios de los bienes, la mano de obra, la tierra o el dinero. Por tanto, no solo debe haber mercados para todos los elementos de la industria, sino que ninguna medida o política deberá influir sobre la acción de los mercados. Ni el precio ni la oferta ni la demanda deben ser fijados o regulados; solo se permitirán las políticas y medidas que ayuden asegurar la autorregulación del mercado creando condiciones que conviertan al mercado en el único poder organizador de la esfera económica (Polanyi 2003, 119) .

Los argumentos retomados por Polanyi, cuestionados en su trabajo, explican de forma general el planteamiento al respecto: para que pueda existir una economía de mercado se necesita crear condiciones para ello. En este caso, el Estado y el Derecho funcionan como entidades que tienden a producir las técnicas de regulación. No se requiere un Estado policía, ni uno que genere fomento económico, sino, aquel que simplemente produzca las condiciones necesarias para la reproducción del

mercado, es decir, se requiere un Estado con funciones distintas: un Estado regulador.

Por tanto, el término regulación es un concepto ambiguo e indeterminado, su origen se presentó en Estados Unidos a partir de la implementación de Agencias como entidades de la administración pública²⁵⁴ (Marcou 2009). Ahora bien, la regulación en un sentido amplio es aquella en la que se establecen los mecanismos por los que se orienta el comportamiento o la conducta conforme a una regla, y puede enmarcarse en cualquier ámbito de lo social. Así, la regulación es guiar o conducir un comportamiento conforme a cualquier tipo de reglas, y no solamente las establecidas por el derecho estatal (Picciotto 2002, 1)²⁵⁵. En este sentido cualquier relación social podría ser sometida a regulación. En el ámbito jurídico-estatal regulación puede ser confundida con reglamentación.

²⁵⁴ “Es habitual referirse a las agencias federales estadounidenses como las antecesoras de las autoridades nacionales de regulación que se encuentran hoy en día en la mayor parte de los Estados europeos y, por extensión, se admite, muchas veces sin decirlo, que ellas dieron origen a la noción de regulación...En efecto las primeras agencias, comenzando por la *Interstate Commerce Commission*, tenían como misión reglamentar (*regulate*) la actividad económica de las empresas de ciertos sectores mediante la utilización de poderes de policía que les delegaba el Congreso, con el fin de preservar el interés público. Estas agencias constituían una forma de intervencionismo económico dentro de un marco político en el que no existía la posibilidad de crear empresas públicas, salvo, muy excepcionalmente, ni de nacionalizar empresas privadas. La reglamentación era una alternativa a la competencia, cuando esta no existía, o no tenía la capacidad de garantizar que se satisficiera el interés público. Las críticas que sufrió esta política durante los años 60 y 70 llevaron a que fuera cuestionada a partir de la presidencia de Jimmy Carter, quien llevó a cabo una política que tuvo el propósito de suprimir las reglamentaciones que obstaculizaban la libre competencia...Para crear las condiciones para la libre competencia se eliminaron las reglamentaciones que apuntaban justamente a reducirla o a excluirla, lo que condujo a la supresión de ciertas agencias, en particular de la agencia de energía (*Federal Power Commission*) en 1977, la agencia de la aviación civil (*Civil Aeronautics Board*) en 1985, y la *Interstate Commerce Commission* en 1995. Desde entonces la reglamentación tienen el propósito de crear las condiciones para la competencia y no de sustituirla” (Marcou 2009, 25-26).

²⁵⁵ “En términos generales se refiere a los medios por el cual una actividad, persona, organismo o institución es guiada a un comportamiento de manera regular o conforme a la ley. En un principio, puede hacerse referencia a la regulación de cualquier tipo de comportamiento social, lo cual da al término un alcance muy amplio. Sin embargo, este es particularmente más usado, en relación con la actividad económica. En el contexto de los estudios socio-legales, el concepto tiene dos principales ventajas. Primero, deja una útil ambigüedad en la medida en que tal comportamiento regular es generado internamente o implica intervención externa. Segundo, este abarca todo tipo de reglas, no solo la ley formal del Estado” (Picciotto 2002, 1). Por lo tanto, el término proviene de la jerga de la economía y del ámbito anglosajón. “Su traslación al castellano provoca un traslape de significados. Para nosotros la regulación se relaciona con reglas, con normas de ordenación general. En la jerga regulatoria económica-institucional tiene una aplicación más amplia, y la función ordenadora es una de ellas” (Roldán Xopa 2015, 244).

Esta última deviene del poder estatal para elaborar cualquier normatividad en el ejercicio de sus funciones (Modern 2009, 111). En este contexto, quien ha tenido la capacidad para llevar a la concreción del término ha sido el Estado. Por tanto, “daremos entonces por hecho que la regulación, edictada, controlada o bajo los auspicios del Estado, no es ni cuantitativa ni cualitativamente contraria a la reglamentación” (Modern 2009, 104).

De esta forma, la regulación puede ser vista como una actividad y como instrumento. La primera tiene que ver con la regulación en términos generales, esto es, una “actividad que tendría por función garantizar los equilibrios en el mercado o los equilibrios sociales, esta finalidad es asumida como propia por los Estados y, de hecho, constituye el fin con base el cual se justificó en la teoría clásica, su existencia” (Darnaculleta I Gardella 2005, 369).

Y como instrumento, es decir, aquellos mecanismos que posibilitan el ejercicio de la regulación, de guiar la conducta o el comportamiento, de forma tal que sea impuesto de manera heterónoma e unilateral como lo es el Estado, “y, más en concreto, el poder ejecutivo, como ejecutor de las decisiones del parlamento, el sujeto al que se le reconoce la autoridad y al que se le atribuyen las potestades necesarias para imponer heteronomía e unilateralmente determinadas reglas a los administrados” (Darnaculleta I Gardella 2005, 369).

Esto lleva a plantearse el tipo de regulación que es necesaria para el sistema económico de mercado. La regulación en materia económica presenta tres características principales: a) Régimen de libre competencia y competencia b) Un sistema de supervisión para que evite generar conductas monopólicas o dominantes en el mercado c) Reglas que den certeza, transparencia e imparcialidad, es decir, grados de neutralidad que beneficie el libre juego del mercado (Timsit 2009, 326-327).

La regulación de la competencia es de vital importancia para el mercado ya que la competencia tiende a ser vista desde dos perspectivas: perfecta e imperfecta. La primera es un modelo ideal y tiene las características de: “multitud de agentes económicos en la búsqueda de maximizar la ganancia, la libre competencia sin barreras que impidan la participación en el mercado, no hay restricciones al

comercio entre países, intercambio de productos e información completa” (Witker y Varela 2003, 4). Mientras que la imperfecta es aquella en que se generan monopolios, no existe variedad de empresas, ni variedad de productos en el mercado, el precio es fijado por el monopolio para obtener una mayor utilidad (Witker y Varela 2003, *Ídem*). Por lo que el trabajo de los organismos reguladores es buscar el equilibrio perfecto del mercado.

Para Aman existen tres tipos de reformas regulatorias que modifica la distinción público y privado, y que se presentan en términos globales: 1) Las que enfatizan al mercado como sustituto de los cambios de la regulación legislativa 2) las que ven al mercado como herramienta regulatoria 3) Las que ven al mercado en asociación con el Estado y la contratación de servicios públicos.

En el primer término mencionado lo que se establece es una delegación de poder a los actores privados porque se deja en manos de los mercados y a los actores privados la regulación del servicio, además, evita los problemas derivados de la democracia. Así, el desregular un sector permite regresar las funciones a los particulares, por lo cual se entiende que el mercado va a ser favorable para los consumidores (1998, 824).

En el segundo término se utiliza la regulación del mercado para establecer incentivos entre las entidades reguladas; por ejemplo, cuando se compensa a una industria por bajar los niveles de la contaminación que produce. Este tipo de regulación es importante, sin embargo, señala Aman, que aunque la regulación busque re-nacionalizar ciertos procesos globales, de alguna forma el proceso legislativo se termina sometiendo y armonizando los intereses globales. Este tipo de procesos fomentan una integración de economías nacionales hacia economías globales, es decir, se producen estructuras regulatorias que se encuentran en competencias con otros Estados (1998, 828-830).

El tercer término, donde este tipo de reformas o, dicho de otra forma, el mercado en asociación con el Estado y la contratación de servicios públicos, señala la combinación de aspectos en ambas reformas regulatorias, y se presentan a partir de llevar a cabo tareas que antes realizaba el Estado, en este sentido, en la mayoría de las contrataciones no es usual que sean acompañados por ninguno de los

procesos administrativos, lo que se genera es que el mercado sustituya a la ley y a los ciudadanos, convirtiéndose en simples consumidores sin que estos pueden ser involucrados en las decisiones de los servicios públicos (1998, 832).

El autor señala que estos procesos de la globalización, los cuales presentan un acercamiento hacia el mercado, necesitan conocer cuál es el alcance de los poderes privados y cómo son llevadas a cabo sus técnicas para el logro de fines públicos. Por lo tanto, la implementación de la regulación o la de contratos de prestación de servicios público pueden ser vistos como un acercamiento del capital global para el logro de intereses públicos. Por último, los procesos legislativos generalmente se ven ahora influenciados por una perspectiva global, es decir, existe una influencia mayor de actores globales en las legislaciones nacionales. (1998, 846).

Para implementar dichas reformas fue necesario realizar modificaciones a la estructura administrativa de los Estados, es decir, fue necesario introducir un modelo administrativo en donde las dependencias tengan mayor autonomía de gestión. Autonomía entendida como la libertad de actuación y realización de tareas sin influencia política y que la toma de decisiones se estableciera a partir de cuestiones técnicas y procedimentales²⁵⁶ (Roldán Xopa 2015, 233). En el caso de México fue posible a través de los organismos desconcentrados de la administración²⁵⁷.

Estos órganos desconcentrados de la administración se les dotó de facultades para poder alcanzar grados autónomos (eliminar influencia política) de actuación. Las principales funciones de la Comisiones es ser organismos dotados de autonomía técnica y operativa para la realización de sus actividades. De esta forma

²⁵⁶ Para Roldán estas modificaciones en la estructura de la administración se trataron de un "injerto del derecho estadounidense. Esto genera el encuentro con nuevas formas organizativas previamente establecidas que tienen una lógica diversa...En el caso que nos ocupa la desconcentración administrativa –en la cual se inserta la mayor parte de los órganos reguladores– llegó, en un principio, a nuestro país inspirada en el modo de organización centralista francesa, pero tuvo que adaptarse a un régimen de administración presidencialista y federal. Con el mismo espíritu de importación jurídica, la nueva desconcentración se ve influida por el modelo estadounidense de las *administrative agencies*. (2015, 233)

²⁵⁷ Algunos organismos desconcentrados en México son los siguientes: La Comisión Nacional Bancaria y de Valores, la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro, la Comisión Federal de Competencia, la Comisión Federal de Telecomunicaciones y la Comisión Reguladora de Energía" (Roldán Xopa 2015, 236).

se entiende que no solo en el área económica se han establecido este tipo de organismos, también en el sector salud y social se han planteado este tipo de organismos reguladores.

Tipo de regulador	Regulador	Año de Creación
Económico	Comisión Reguladora de Energía (CRE)	1993
	Comisión Federal de Telecomunicaciones (COFETEL)	1995
	Comisión Federal de Competencia (COFECO)	1993
Social	Comisión Federal para la Protección Contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS)	2001
	Servicio Nacional de Sanidad, Inocuidad y Calidad Agroalimentaria (SENASICA)	2001
	Comisión Nacional de Agricultura y Pesca (CONAPESCA)	2001
	Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos (IFAI)	2002
Financiero	Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV)	1995, antes CNB (1915)
	Comisión Nacional de Seguros y Fianzas (CNSF)	1960
	Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro (CONSAR)	1996

Fuente (Camacho Mier y Terán, y otros 2012, 12)

Como se muestra en el cuadro anterior, se puede observar el desprendimiento en las distintas comisiones surgidas en los años noventa en adelante, siendo un proceso de crecimiento constante hasta nuestras fechas. Ahora bien, el grado de autonomía es medido de acuerdo a los siguientes elementos: poder de decisión y mando,²⁵⁸ poder de nombramiento, poder de revisión, poder de información, poder presupuestal (Roldán Xopa 2015, 237-244). Dependiendo del grado facultativo de cada de una de las dependencias, es el nivel de autonomía adquirido; en México hay varios factores que influyen para que estos organismos sean débiles y funcionen con grados mínimos de autonomía e independencia, con

²⁵⁸ Un conflicto respecto al poder de decisión y mando (creación de lineamientos sobre derechos de audiencia) se presentó en fechas recientes con relación al Instituto Federal de Telecomunicaciones y la Presidencia de la República, respecto de la capacidad generar normatividad reglamentaria. Los lineamientos fueron publicados en el Diario Oficial de la Federación el día 21 de diciembre de 2016.

relación a las influencias políticas o a la captura de las entidades reguladores por los entes regulados.²⁵⁹ Hay que señalar que los Órganos Autónomos Constitucionales,²⁶⁰ lo cuales son considerados como entidades de la administración bajo un régimen específico, y que son considerados con competencias cuasi legislativas, cuasi jurisdiccionales y cuasi ejecutivas sobre ciertos sectores técnicos y especializados. De esta manera estos Órganos

²⁵⁹ La captura de los entes regulados hacen referencia a los beneficios que una industria recibe por los entes reguladores e impide que se dé entrada a otras industrias y se genere competencia, es decir, quien regula no es el órgano regulador sino el regulado: “El Estado-la maquinaria y el poder del Estado- puede ser un recurso o una amenaza para cualquier industria. Con su poder para prohibir u obligar, para tomar o dar dinero, el Estado puede ayudar o dañar selectivamente a un gran número de industrias. La industria del petróleo, un gigante político, consume ingentes beneficios políticos; a la vez, las aseguradoras marítimas tienen su más modesto banquete. Las tareas centrales de la teoría de la regulación económica son explicar quién recibirá los beneficios o cargas de la regulación, que forma tomará la regulación, y los efectos de la misma sobre la asignación de recursos. La regulación puede ser perseguida activamente por una industria, o puede ser impuesta sobre la misma. Una tesis central de este trabajo es que, como regla general, la regulación es conseguida por la industria y es diseñada y operada básicamente para su beneficio” (Stigler 1996, 35).

²⁶⁰ Los Órganos Autónomos Constitucionales son aquellos que se encuentran establecidos constitucionalmente, entablan relaciones de coordinación con otros órganos del Estado, cuentan con autonomía presupuestal y financiera y deben de atender ciertas funciones primarias de forma eficaz en beneficio de la sociedad, tal y como lo advierte la siguiente jurisprudencia: **ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS. NOTAS DISTINTIVAS Y CARACTERÍSTICAS.** El Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto de los órganos constitucionales autónomos ha sostenido que: 1. Surgen bajo una idea de equilibrio constitucional basada en los controles de poder, evolucionando así la teoría tradicional de la división de poderes dejándose de concebir la organización del Estado derivada de los tres tradicionales (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) que, sin perder su esencia, debe considerarse como una distribución de funciones o competencias, lo cual hace más eficaz el desarrollo de las actividades encomendadas al Estado. 2. Se establecieron en los textos constitucionales, dotándolos de garantías de actuación e independencia en su estructura orgánica para que alcancen los fines para los que fueron creados, es decir, para que ejerzan una función propia del Estado que por su especialización e importancia social requería autonomía de los clásicos poderes del Estado. 3. La creación de este tipo de órganos no altera o destruye la teoría tradicional de la división de poderes, pues la circunstancia de que los referidos órganos guarden autonomía e independencia de los poderes primarios, no significa que no formen parte del Estado mexicano, pues su misión principal radica en atender necesidades totales tanto del Estado como de la sociedad en general, conformándose como nuevos organismos que se encuentran a la par de los órganos tradicionales. Atento a lo anterior, las características esenciales de los órganos constitucionales autónomos son: a) Deben estar establecidos directamente por la Constitución Federal b) Deben mantener, con los otros órganos del Estado, relaciones de coordinación c) Deben contar con autonomía e independencia funcional y financiera d) Deben atender funciones primarias u originarias del Estado que requieran ser eficazmente atendidas en beneficio de la sociedad”. Consultado en: Novena Época, Núm. de Registro 172456, Instancia Pleno, Jurisprudencia, Fuente Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXV mayo de 2007, Materia Constitucional, Tesis P./J. 20/2007, Página 1647.

Autónomos Constitucionales se encuentran facultados para producir normas respecto a sus áreas especializadas, consideradas como interés nacional²⁶¹.

Estos órganos modifican las funciones del Estado porque son entidades que pueden crear normas, emitir resoluciones y llevar a cabo actos administrativos. De lo cual se desprende que la interpretación al respecto señala que este tipo de organismos se encuentran acorde a la división clásica de funciones estatales en el sentido de que el principio de división de poderes establecido a nivel constitucional puede ser interpretado de forma flexible y ha evolucionado acorde a la necesidad y fines históricos del momento²⁶².

²⁶¹ **ESTADO REGULADOR. EL MODELO CONSTITUCIONAL LO ADOPTA AL CREAR A ÓRGANOS AUTÓNOMOS EN EL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.** De la exposición de las razones del Constituyente Permanente en relación con la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2013, se observa que el modelo constitucional adopta en su artículo 28 la concepción del Estado Regulador, entendido como el modelo de diseño estatal insertado para atender necesidades muy específicas de la sociedad postindustrial (suscitadas por el funcionamiento de mercados complejos), mediante la creación de ciertas agencias independientes -de los órganos políticos y de los entes regulados- para depositar en estas la regulación de ciertas cuestiones especializadas sobre la base de disciplinas o racionalidades técnicas. El modelo de Estado Regulador, por regla general, exige la convivencia de dos fines: la existencia eficiente de mercados, al mismo tiempo que la consecución de condiciones equitativas que permitan el disfrute más amplio de todo el catálogo de derechos humanos con jerarquía constitucional. Ahora, la idea básica del Estado Regulador busca preservar el principio de división de poderes y la cláusula democrática e innovar en la ingeniería constitucional para insertar en órganos autónomos competencias cuasi legislativas, cuasi jurisdiccionales y cuasi ejecutivas suficientes para regular ciertos sectores especializados de interés nacional; de ahí que a estos órganos se les otorguen funciones regulatorias diferenciadas de las legislativas, propias del Congreso de la Unión, y de las reglamentarias, concedidas al Ejecutivo a través del artículo 89, fracción I, constitucional. Este diseño descansa en la premisa de que esos órganos, por su autonomía y aptitud técnica, son aptos para producir normas en contextos de diálogos técnicos, de difícil acceso para el proceso legislativo, a las que puede dar seguimiento a corto plazo para adaptarlas cuando así se requiera, las cuales constituyen reglas indispensables para lograr que ciertos mercados y sectores alcancen resultados óptimos irrealizables bajo la ley de la oferta y la demanda. Pues bien, al introducirse el modelo de Estado Regulador en la Constitución, se apuntala un nuevo parámetro de control para evaluar la validez de los actos y normas de los órganos constitucionales autónomos, quienes tienen el encargo institucional de regular técnicamente ciertos mercados o sectores de manera independiente, únicamente por referencia a racionalidades técnicas especializadas, al gozar de una nómina propia de facultades regulatorias, cuyo fundamento ya no se encuentra en la ley ni se condiciona a lo que dispongan los Poderes clásicos. Consultado en: Décima Época, Núm. de Registro: 2010881, Instancia: Pleno, Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 26, Enero de 2016, Tomo I Materia(s): Constitucional Tesis:P./J. 46/2015 (10a.)Página:339.

²⁶² **INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES (IFT). SU FUNCIÓN REGULATORIA ES COMPATIBLE CON UNA CONCEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES EVOLUTIVA Y FLEXIBLE.** El principio de división de poderes previsto en el artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es útil para controlar las relaciones jurídicas entre los Poderes; no obstante, sus implicaciones normativas no se obtienen mediante la modalidad de interpretación literal de la Norma Fundamental, por resultar insuficiente para capturar la integridad del parámetro de control de la validez a que da lugar. Por ello, en tanto elemento articulador del

Hay que añadir, además, que la administración pública mexicana se somete a un procedimiento que tiende a analizar la eficacia y los costos de los procedimientos y trámites de la administración a través de la Comisión Nacional de Mejora Regulatoria²⁶³.

De lo anterior, se desprende que existe una transformación importante en la tradicional estructura del Estado. Una vez que fueron privatizadas la mayoría de los sectores económicos del Estado (lo que se conoce como retirada del Estado) se dio pauta a que los servicios públicos y actividades económicas de interés nacional fueran sometidos a esta técnica administrativa. Por lo que respecta a la crítica que conlleva a someter los servicios públicos a una regulación de este tipo, es dotar de

Estado, es necesario acudir a sus fines como un instrumento de limitación y de ordenación del poder público -tanto negativa, en cuanto lo limita, como positiva, en cuanto genera posibilidades creativas de actuación-, para poder apreciar sus consecuencias normativas. Así, al tratarse de un principio evolutivo, con un contenido flexible, puede adaptarse a cada momento histórico y proyectar su ideal regulativo de pesos y contrapesos a cada arreglo institucional constitucional, toda vez que la arquitectura del poder público no es estática, sino dinámica. Pues bien, el Constituyente Permanente, atento a las necesidades de la sociedad, mediante la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de junio de 2013 al artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, introdujo un modelo innovador de ingeniería constitucional para atender un estado de cosas a modificar, a través de la creación de un órgano regulador constitucionalmente autónomo en el sector de las telecomunicaciones y radiodifusión para atender las distorsiones de éste, que de no atenderse sobre la base de criterios científicos y técnicos, impedirían lograr una eficiencia al mismo tiempo que un espacio óptimo para los derechos de libertad de expresión y acceso a la información. En consecuencia, cuando el artículo 28, párrafo vigésimo, fracción IV, de la Constitución Federal establece que el IFT podrá emitir disposiciones administrativas de carácter general exclusivamente para el cumplimiento de su función regulatoria en el sector de su competencia, debe reconocer a este órgano constitucional que tiene la facultad cuasi legislativa necesaria para su fin institucional, denominada facultad regulatoria, cuyos límites en relación con las facultades de producción normativa de los otros Poderes; por ejemplo del Legislativo, deben determinarse caso por caso, buscando siempre un balance. Sin embargo, cualquier afirmación en torno a que no puede ejercer una facultad de producción normativa de carácter general, por la única razón de que la facultad legislativa sea monopolio exclusivo del Poder Legislativo debe rechazarse, ya que el órgano regulador tiene asignada en el texto constitucional una facultad regulatoria que debe garantizarse en el margen necesario para cumplir sus fines institucionales a costa de lo que decidan en contrario los otros poderes, lo que incluye necesariamente la capacidad de emitir reglas generales, abstractas e impersonales, condicionándose la validez competencial de sus actos y normas a que se inserten en el ámbito material de la regulación y no se extralimite invadiendo la facultad legislativa del Congreso de la Unión, definida en el artículo 73 constitucional. Así, el principio de división de poderes busca limitar el poder mediante la idea reguladora de pesos y contrapesos, esto es, a través de una cierta idea de balances que impida la concentración del poder, al mismo tiempo que posibilite la generación creativa de competencias públicas para la realización del bien común, balance que debe buscarse progresivamente, para determinar el alcance de las facultades del IFT en cada caso concreto. Consultado en: Décima Época; Registro 2010672; Pleno; Jurisprudencia; Gaceta del Semanario Judicial de la Federación; Libro 25, Diciembre de 2015; Tomo I; Constitucional; Tesis: P./J. 45/2015 (10a.); Página: 38;

²⁶³ La creación de este organismo fue en el año 2000 a través de la reforma realizada a la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

valores y principios de mercado a la actuación del Estado. En efecto, el planteamiento de este acercamiento del Estado al mercado se ve reflejada en las tendencias de la Nueva Gerencia Publica en el que se establecen elementos del mercado. Como lo afirma Guerrero:

Por lo tanto, aunque la nueva gerencia ostenta como apellido el vocablo *público*, nada la vincula a esa noción, pues sus propósitos y resultados se encaminan a la privatización del Estado. En segundo lugar, aunque lleva por nombre la voz *gerencia*, no es ella en el sentido clásico su fundamento, sino la noción de mercado, al cual propone como modelo sustituto del esquema “burocrático” del Estado. Aquí tienen su origen las propuestas a favor de: 1) establecer mercados intra-gubernamentales y orientar al gobierno hacia el consumidor, no hacia el ciudadano; 2) desarrollar la competencia en la provisión de bienes y servicios públicos y 3) introducir al “espíritu empresarial” en el gobierno (2003, 381-382).

De esta manera, falta señalar cuales son las implicaciones de estas modificaciones en un contexto global. Para Aman, la globalización lleva a los Estados y a los mercados a formar una relación de asociación y de formas híbridas que cruzan y comprimen el interés nacional. La globalización conlleva la necesidad de competir por las inversiones transnacionales, así los gobiernos delegando las funciones públicas a los particulares se convierten cada vez más en actores privados buscando competir en los mercados globales (2003, 131-132).

Para el autor delegar los servicios públicos a los particulares se presenta a través de un contexto global regulatorio en el que los actores no estatales ahora son una parte fundamental en el gobierno. Este contexto global, los Estados buscan inversiones y los actores privados mercados que le otorguen beneficios y ganancias. Los Estados se asocian con los actores privados porque les permite traspasar la barrera territorial, de esta forma los Estados se interrelacionan con los actores privados de diferentes formas cambiando la manera en que es llevado el concepto de interés público (2003, 132-134).

Para Picciotto, la globalización se presenta a través de redes de gobernanza multilateral, además, aduce que existen tres aspectos principales: la primera de ellas es que existe una desestabilización de la jerarquía regulatoria (el monopolio jurídico del Estado) debido a la producción de diferente normatividad en los distintos espacios y dimensiones, ocasionando problemas de legitimidad y aplicabilidad,

además, de traslapar diferentes sistemas normativos; lo que genera una fragmentación de la esfera pública creando espacios privados, donde solo actores económicos poderosos pueden tener acceso, generando una privatización de la justicia (2006, 8)

En segundo lugar, se borran las distinciones de las formas normativas (públicas y privadas) debido a la erosión del derecho público y privado, así como al cambio de derecho formal a formas cuasi legales de regulación en los espacios globales, es decir, el denominado *soft law* versus *hard law* (2006, 11).

En tercer lugar, se presenta una fragmentación funcional de los Estados debido al traslado de ciertas funciones estatales a entidades públicas autónomas especializadas, es una extensión global que va más allá del proceso de tecnificación de los Estados modernos; es decir, el crecimiento de los organismos reguladores puede ser visto como una respuesta a la complejidad de los problemas actuales. Por tanto se concede bastante autonomía a la toma de decisiones técnicas dentro de un marco de políticas establecido por los gobiernos. Estas nuevas formas de gobernar (gobernanza) son descentralizadas y e interactivas, lo que genera problemas en su legitimación (2006, 14).

Por último, señala el autor, que esta fragmentación funcional puede ser un reflejo de cambios más profundos en la relación de lo público y lo privado. La transferencia de áreas especializadas a algunos organismos reguladores es descrita por la necesidad de aislar las decisiones de la influencia de intereses privados y de los de intereses políticos y electorales dominantes, por lo que refleja cambios en los procesos políticos con la ruptura de la representación democrática (2006, *Ídem*).

La regulación pública de la autorregulación

Ya se ha analizado de qué forma la regulación interviene en las relaciones actuales donde se ha determinado que su objetivo principal es mantener en equilibrio las relaciones de mercado, además, se puede atribuir como una forma en que el Estado fragmenta sus funciones a través de un régimen de cuestiones técnicas y

especializadas. A pesar de ello, cierta presencia del Estado permanece como si fuese un simple observador del funcionamiento de las relaciones económicas y sociales. En teoría, ejerce su presencia (unilateralidad, imperatividad y coercibilidad) cuando existen las fallas del mercado o existen monopolios (externalidades) que lo desequilibran; regula, no reglamenta, aunque la regulación lleve implícita cierta reglamentación. Se deja que la sociedad se autorregule normativamente; es decir, “la regulación estatal se centra en la atribución de competencias, en el establecimiento de procesos y en el reconocimiento de los efectos de la autorregulación, dejando a ésta la fijación y el control de los contenidos normativos primarios” (Darnacullea I Gardella 2005, 280).

Autorregulación significa: el poder de autogobernarse así mismo; entraña la posibilidad para darse sus propias normas y de mantener la responsabilidad de quien las produjo. En este caso son los códigos de conducta, normas técnicas, protocolos y procedimientos normalizados de trabajo, instrumentos declarativos de autorregulación, certificados técnicos emitidos por terceros, entre una infinidad de normatividad que en la academia ha sido denominado como “derecho suave” (*soft law*). Por tanto, “por autorregulación entendemos, de acuerdo con lo expuesto, la actividad privada de producción y de control de normas, bajo la responsabilidad de quienes elaboran, aplican o controlan tales normas” (Darnacullea I Gardella 2005, 336).

Existe un acatamiento voluntario de dicha normatividad, como se señaló en apartados anteriores la colaboración de entidades privadas en funciones públicas es un ejemplo de cómo ciertas actividades técnicas y especializadas son sometidas a procedimientos consultivos, para emitir normatividad, son adoptadas por las industrias para certificarse, en este sentido la producción normativa no se realiza mediante el proceso legislativo, ni es fuente de reglamentación administrativa. Aun así, adquiere carácter vinculatorio bajo ciertas condiciones; la diferencia estriba en que esta autorregulación no interviene bajo ningún aparato coercitivo que acate la conducta descrita por la norma. Hay que señalar que no es fenómeno novedoso, sino que es parte integrante del derecho civil. En otros términos, se puede afirmar que el contrato es la base de todas estas normas ya que se fundamenta en el

principio de la autonomía de la voluntad de las partes. Sin embargo, lo relevante consiste en que muchos de sus efectos tienden a manifestarse en el ámbito de lo público²⁶⁴.

De esta manera la autorregulación es la producción normativa por agentes privados que son acatados de forma voluntaria por terceros. Así, la solución de conflictos derivadas de arbitraje o las actividades de mediación administrativa que últimamente ha estado en la palestra del derecho, constituyen mecanismos de acatamientos voluntarios y de manifestaciones de autorregulación.²⁶⁵ Los efectos públicos son aquellos en los que dicha normatividad tiene un alcance vinculante y actos que pueden ser ejercidos de manera unilateral por la administración. Por lo que se considera que este tipo de técnicas rayan en los límites de entre de lo público y lo privado:

Los efectos públicos de mayor intensidad que pueden atribuirse a los instrumentos de autorregulación serían equivalentes a los que son propios de un acto administrativo, -la presunción de validez-, de un reglamento-los efectos vinculantes- o de una sentencia judicial-los efectos de cosa juzgada- Cuando se atribuyen efectos de este tipo a la autorregulación no hallamos en realidad en la frontera misma de lo público y lo privado, a un paso de la transformación de la naturaleza jurídica de la autorregulación” (Darnaculleta I Gardella 2005, 401).

Darnaculleta considera que este tipo de técnica no es una privatización de las funciones del Poder Ejecutivo, sino, que se está ante una novedosa forma de interrelación que no corresponde a la privatización misma a la publicación del régimen de derecho privado. (2005, 394-395). Desde un punto de vista crítico esta

²⁶⁴ “La regulación de la autorregulación permite, así, que la autorregulación constituya un complemento o un sustituto de la regulación administrativa de policía. Esta forma de instrumentalización pública de la autorregulación se manifiesta también cuando los poderes públicos atribuyen concretos efectos jurídicos a la autorregulación. Entre tales efectos cabe destacar los efectos habilitantes, los efectos probatorios, los efectos vinculantes, y los efectos de cosa juzgada de la autorregulación –normas técnicas de carácter privado- y , más en concreto, la certificación privada del cumplimiento de dichas normas, constituye una presunción de adecuación de dicha actividad a las normas públicas de seguridad, Asimismo, la incorporación en las normas jurídicas de conceptos que poseen una considerable carga ética, o las referencias generales al estado de los conocimientos científicos y técnicos, indican una renuncia expresa de los poderes públicos a regular determinados contenidos” (Darnaculleta I Gardella 2005, 385-386).

²⁶⁵ “Esto es, solo estamos ante una manifestación de la autorregulación, cuando por un lado, quien se auto regula debe asumir como propios los resultados de la autorregulación, y, por el otro, cuando dicha autorregulación responde a la consecución de un fin que, desde un punto de vista jurídico, debe ser alcanzado en primer término mediante la autorregulación –y no mediante una regulación estatal directa” (Darnaculleta I Gardella 2005, 341).

técnica puede entenderse como una forma en que los poderes privados eliminan los obstáculos para realizar sus actividades privadas, no obstante, dichas actividades tienen repercusiones públicas; en este sentido, el Estado con sus nuevas funciones alienta estas regulaciones a través de otras de tipo consensual o de negociación. Por lo tanto, el Estado “ha provocado que este adquiera una posición de bajo perfil, más frágil en su intervención reguladora, abandonando esa tarea para que la lleven a cabo desde sus distintos centros de poder, los entes privados, en especial, los más importantes actores de la economía globalizada” (Hernández Cervantes 2014, 130).

4.2.4.- La asociación pública y privada

La asociación pública privada es otro elemento que ha modificado las dimensiones público privado. En esta modalidad, la participación privada puede llevarse a cabo a partir del diseño, construcción, financiación, el funcionamiento y la gestión de los servicios públicos estatales. Los particulares toman una relevancia importante ya que se delega la totalidad de la provisión del servicio público o de la construcción de infraestructura pública a los particulares a cambio de una contraprestación proveniente del erario público; por tanto, oficialmente se ha planteado que esta colaboración se maneja como algo novedoso y benéfico para la sociedad. Sin embargo, preocupa que este tipo de modalidades tergiverse el interés público por un interés privado que influye, capture o decida sobre el desarrollo nacional.

El Banco Mundial establece una definición de dicha relación en un sentido positivo al respecto, es decir, la define como: “un acuerdo entre el sector público y el sector privado en el que parte de los servicios o labores, que son responsabilidad del sector público es suministrada por el sector privado bajo un claro acuerdo de objetivos compartidos para el abastecimiento del servicio público o de la infraestructura pública” (Banco Mundial 2017).

En el mismo tenor, la Organización de Cooperación para el Desarrollo Económico (OCDE) establece que las asociaciones público-privadas son “un acuerdo a largo plazo entre el gobierno y un socio privado, cuando los objetivos del gobierno se encuentran alineados con los objetivos de beneficio del sector privado.

La eficacia de la alineación depende de una transferencia suficiente y apropiada de riesgo a los socios privados. En el APP, el gobierno especifica la calidad y cantidad del servicio que requiere del socio privado. A su vez, los privados pueden encargarse del diseño, la construcción, la financiación, el funcionamiento y la gestión de bienes de capital” (OCDE 2012, 3).

Como se desprende de las definiciones antes mencionadas, estas dos organizaciones internacionales hacen una descripción que fomenta y motiva dicha participación, incluso, señalan que tanto el gobierno como el sector privado trabajan en conjunto a partir de acuerdos compartidos y de objetivos alineados. Resulta contradictorio que el servicio público esté sobre una balanza que se incline al mercado, es decir, se está ante la privatización y mercantilización de los servicios públicos. Por tanto, en esta nueva modalidad, como ya se señaló, permite la participación de actores privados de capital nacional e internacional, en la creación de infraestructura y prestación de servicios públicos mediante contratación pública a largo plazo, con el objetivo de crear bienestar social, como lo refiere la Ley de Asociaciones Público Privadas²⁶⁶.

La OCDE señala que existe una diversidad de modalidades al respecto y afirma que los beneficios que conllevan este tipo de relación son principalmente la eficacia y la experiencia del sector privado en obras de gran complejidad técnica (OCDE 2012, 3). Además, en estos contratos la empresa financia el proyecto y la obra que se encuentra realizando le pertenecerá como si fuese propietaria. Al finalizar el contrato, la propiedad será transferida al gobierno. Sin embargo, durante la vigencia del contrato el gobierno pagará una contraprestación, o en su caso, al concluir el contrato puede ceder el cobro de derechos del servicio que se trate (por ejemplo obras de infraestructura de carretera y autopistas) (Laurell y Herrera Ronquillo 2015, 124). Este tipo de modalidad puede ser realizada a través de

²⁶⁶ En su artículo 2º la Ley señala textualmente: “Los proyectos de asociación público-privada regulados por esta Ley son aquellos que se realicen con cualquier esquema para establecer una relación contractual de largo plazo, entre instancias del sector público y del sector privado, para la prestación de servicios al sector público, mayoristas, intermediarios o al usuario final y en los que se utilice infraestructura proporcionada total o parcialmente por el sector privado con objetivos que aumenten el bienestar social y los niveles de inversión en el país”.

empresas locales, nacionales y transnacionales; en el contexto mexicano no existe limitación para la participación de empresas transnacionales.

Si bien es cierto que las definiciones sobre la contratación ponen al gobierno y a las empresas privadas con objetivos mutuos, desde un punto de vista diferente, esta relación puede llegar a entenderse de forma diversa. Así, desde una perspectiva de las Relaciones Internacionales, las asociaciones público-privadas son definidas como: “una forma híbrida de gobernanza, por la cual la autoridad política de actores no estatales se ha extendido. De esta forma, en vez de influenciar la gobernanza global a través del cabildeo, los actores no estatales se involucran directamente en políticas gubernamentales y en co-gobierno con actores estatales” (Shaferhoff, Campe y Kaan 2009, 453). Con base a esta definición se puede entender que este tipo de relaciones otorgan a los particulares autoridad respecto a funciones que antes eran realizadas por el Estado, por lo que “se convierte en un sujeto con capacidad y autoridad para tomar decisiones en materias que afectan a sectores específicos de la población” (Espejel Espinoza y Díaz Sandoval 2015, 143).

En México, este tipo de asociaciones se implementaron en los años noventa con los denominados PIDIREGAS (Proyectos de Infraestructura Diferidos en el Registro del Gasto)²⁶⁷ que era básicamente el mismo esquema de financiación privada para la realización de proyectos a largo plazo. Estos proyectos solo se permitieron en sectores estratégicos, principalmente fueron utilizados para el área del sector energético, a pesar de que constitucionalmente no había una posibilidad para ello. No obstante de lo anterior, el 9 de abril de 2004 fue publicado por el Diario Oficial de la Federación, el Acuerdo por el que se establecen las reglas para los Proyectos de Presentación de Servicios (PPS) (Sada Correa y Sada Correa 2014, 46). En dicho acuerdo se estableció un alcance mayor al de los PIDIREGAS, esto es, se permitió que los particulares pudieran intervenir en otras áreas que no

²⁶⁷En México, uno de los antecedentes de participación activa del sector privado en proyectos de inversión de largo plazo surge en 1995 con los llamados Proyectos de Inversión de Infraestructura Productiva con Registro Diferido en el Gasto Público (PIDIREGAS). Esta figura se utilizó para desarrollar proyectos de infraestructura energética de Petróleos Mexicanos (PEMEX) y la Comisión Federal de Electricidad (CFE) (Centro de Estudio de las Finanzas Públicas 2016, 3).

estuvieran restringidas por el Estado.²⁶⁸ De esta forma, este tipo de acuerdos fueron la antesala para la aprobación de la Ley de Asociaciones Público Privadas el 16 de febrero de 2012.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público emitió dicho acuerdo, en él se hizo mención a la importancia sobre la participación del sector privado en áreas de infraestructura, además, se argumentó que este tipo de proyectos era una forma novedosa de usar los recursos públicos de manera eficiente, ya que éstos podrían otorgar ahorro y racionalidad en el gasto público estatal, y lograr un alto impacto en beneficio de la sociedad (Secretaría de Hacienda y Crédito Público 2004, 1).

En términos generales, el planteamiento de contractualizar la infraestructura de los servicios públicos a favor de los privados se entiende conveniente y razonable, es decir, los particulares llevan a cabo la construcción de infraestructura necesaria y estratégica para el país, se compartirían los riesgos en la elaboración y puesta en práctica de los mismos y se dejaría en manos de profesionales y especialistas la concreción del mismo, con lo que se contribuiría al ahorro y a la eficiencia gubernamental. Así lo sostiene principalmente el gobierno y los organismos internacionales.

Como justificación de lo anterior, se señala que este tipo de proyectos “aceleran la provisión de infraestructura, su implementación se lleva a cabo en menos tiempo, existe una importante reducción de costos, los riesgos se distribuyen de forma eficiente, existen mayores incentivos para un mejor desempeño, calidad en el servicio, generación adicional de ingresos y mejor gerencia de gobierno y valor por dinero” (Centro de Estudio de las Finanzas Públicas 2016, 9). Sin embargo, cuando se analiza con detenimiento, existen rasgos y características que no se encuentran bien definidas en la legislación, lo que puede ocasionar que los supuestos beneficios de estos esquemas de negocios, tiendan a desvirtuarse.

²⁶⁸ Así lo señala en su artículo 5º dicho acuerdo: “5. Las dependencias y entidades deberán especificar los servicios que pretendan recibir a través de la realización de un proyecto para prestación de servicios. Dentro de estos servicios se podrán incluir aquellos que sirvan de apoyo a las dependencias y entidades para dar cumplimiento a las funciones y los servicios públicos que tienen encomendados. Quedan excluidos los servicios públicos que, de acuerdo a las leyes, deban ser proporcionados, de manera exclusiva, por el sector público”.

Son varios los planteamientos que hacen énfasis en que este tipo de asociaciones no son adecuadas en los esquemas gubernamentales. Para Sandoval Ballesteros este tipo de asociaciones constituye un riesgo importante, porque generalmente los riesgos los termina pagando los gobiernos, es decir, no existe un marco adecuado de transferencia de riesgos en la prestación de servicios públicos, Lo que lleva a un incremento en la deuda pública y un aumento de los impuestos, así como una mayor explotación de la fuerza de trabajo. Se enmascara la eficiencia y la eficacia en un contexto de apropiación de recursos públicos por particulares (2015, 104).

Para la autora Sandoval es importante no perder de vista tres elementos que permiten entender este tipo de asociaciones: 1) Es un esquema que permite a los Estados adquirir deudas para que el pago sea realizado con posterioridad, lo que implica vulnerabilidad del sector público frente al financiamiento privado 2) Este tipo de esquemas permiten que se lleven a cabo los denominados rescates financieros 3) Implica un ataque directo a los trabajadores y sindicatos a nivel mundial, porque no contiene un marco adecuado para el respeto de los derechos laborales (2015, 104).

Por otro lado, para poder llevar a cabo la implementación de la Ley de Asociaciones se tuvieron que modificar sustancialmente otras legislaciones, como es el caso de la Ley de Expropiación, la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, a Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, la Ley de Expropiación, la Ley General de Bienes Nacionales y el Código Federal de Procedimientos Civiles. Atendiendo lo anterior, “se violan ciertos artículos constitucionales como lo es el 27 de la Constitución, al facilitar las expropiaciones sin intervención judicial, el artículo 28, al suprimir las concesiones de los bienes de dominio de la federación como medio fundamental de participación privada, el artículo 134, al hacer nugatorias las licitaciones públicas” (Ampudia 2015, 146).

Puede resultar anticonstitucional que se encubra el pago de los proyectos, como si fueran de gasto corriente y no a través de deuda pública. “En la LAPP aprobada se disfrazó este hecho estipulando el requisito de inclusión de este tipo

de costo, como una contraprestación de servicios multianual en el presupuestos de egresos programándola por la duración del contrato” (Laurell y Herrera Ronquillo 2015, 129). La Ley de Asociaciones establece que este tipo de proyectos pueden realizarse a través de licitación pública, invitación al menos tres personas y adjudicación directa, de esta forma, el control que se tiene sobre la elegibilidad de los proyectos es laxo, ya que no tiene que ser sometido a la aprobación del Congreso para decir qué proyecto es de interés general. Se deja al Poder Ejecutivo a través de la aprobación de la Secretaria de Hacienda la elección de los proyectos por medio de un dictamen que la dependencia entregará, este último puede llevarse a cabo a través de la contratación de servicios.

Otro de los planteamientos en el que se involucra a particulares es en las instituciones de crédito, privadas, las cuales podrán realizar avalúos de los bienes que se adjudican para la realización del proyecto. Cuestión que resulta contraria a los intereses de los propietarios de los bienes que pueden ser expropiados para la realización del proyecto, porque necesariamente las instituciones de crédito buscan la ganancia sobre el bienestar social.²⁶⁹

Ampudia afirma que este tipo de asociaciones es un nuevo tipo de privatización de conformidad con lo siguientes argumentos: 1) Existe la posibilidad de que los contratos puedan llevarse a cabo por adjudicación directa, es decir, en vez de que todos sean realizados a través de licitación pública 2) Se facilitan las expropiaciones para transferir los bienes al sector privado 3) Las gestiones que realice el sector privado se sumarán en costo hacia el sector público 4) No se limita la inversión extranjera 5) No existen claros esquemas de evaluación al desempeño, la evaluación de operaciones y sanciones claras por deficiencia (2015, 150).

Por lo que se debe señalar que existe un alto grado de privatización en el sector público ya que la responsabilidad para la realización de los servicios públicos es delegada hacia los particulares, de esta forma “el contrato de asociación público-

²⁶⁹ Artículo 68. Para proceder a la adquisición a través de la vía convencional o, en su caso, a la expropiación de los inmuebles, bienes y derechos necesarios para el proyecto de asociación público-privada, se solicitará avalúo de los mismos al Instituto de Administración y Avalúos de Bienes Nacionales o a las instituciones de crédito del país que se encuentren autorizadas, a corredores públicos o profesionistas con postgrado en valuación, en los términos que indique el Reglamento.

privada es, en esencia, la transferencia de una responsabilidad pública a una empresa privada, lo que convierte en una novedosa forma de privatización dado que la ganancia que se genera partir de la prestación o explotación de insumo público se torna exclusivamente privada” (Laurell y Herrera Ronquillo 2015).

Hay que hacer mención que este tipo de contratos se pueden llevarse a cabo en cualquier área que el Estado realice, construcción e infraestructura. Principalmente en el sector salud, sector educativo, infraestructura; carreteras y servicios de suministro de agua, en telecomunicaciones y el sector penitenciario. Éste último con implicaciones importantes en materia de seguridad nacional y que afecta directamente a la función de policía estatal.

Recientemente el Estado mexicano informó que se llevaran a cabo proyectos²⁷⁰ relativos a la construcción y conservación de obras carreteras y construcción de hospitales. No obstante lo anterior, lo que llama la atención, es el caso de la construcción de los centros penitenciarios que se presentaron, principalmente, en el gobierno del Presidente Felipe Calderón.

Es importante hacer hincapié sobre este tema ya que toca el centro de la discusión, es decir, el papel del Estado en temas de seguridad nacional, función que es esencial para el mismo. En este contexto, las asociaciones público-privadas, en el centro penitenciario, solo se ha presentado en México para la construcción y la prestación de algunos servicios al interior, como el de la alimentación y hospitalización de los internos. Sin embargo, el proceso llevado a cabo por el gobierno federal mantiene entre dicho las bondades del mismo.

²⁷⁰Estos son los distintos proyectos llevados a cabo por el gobierno mexicano a través de las asociaciones público privadas; “Libramiento de la Carretera La Galarza-Amatitlanes, Programa Asociación Público Privada de Conservación Plurianual de la Red Federal de Carreteras (APP Querétaro - San Luis Potosí), Programa Asociación Público Privada de Conservación Plurianual de la Red Federal de Carreteras (APP Coahuila de Zaragoza - Villahermosa), Construcción del Hospital General de Zona en Bahía de Banderas, Nayarit, Construcción del Hospital General de Zona de Tapachula, en el estado de Chiapas, Construcción del Hospital Regional en el Municipio de García, Nuevo León, Construcción del Hospital General Regional en Tepetzotlán, en el Estado de México, Construcción y operación del nuevo Hospital General Dr. Gonzalo Castañeda, D.F., Construcción de una nueva Clínica Hospital en Mérida, Yucatán, Sustitución del Hospital General Dr. Daniel Gurría Urgell en Villahermosa, Tabasco., Sustitución del actual Hospital General “Águiles Calles Ramírez” en Tepic, Nayarit, Construcción de un nuevo Hospital General en la Zona Sur de la Ciudad de México” (Secretaría de Hacienda y Crédito Público s.f.)

El contexto para la implementación de los contratos se presentó por el aumento de la violencia en la llamada guerra contra el narcotráfico, así, el gobierno federal consideró necesario la construcción de Centros Penitenciarios a través de este tipo de esquemas. Hay que señalar que estos procesos se establecieron mediante adjudicación directa, sin pasar por la licitación respectiva. Además, la mayoría de las adjudicaciones se dieron a empresarios relacionados directamente con el gobierno y sin tener experiencia al respecto. Dichas empresas cotizan en la Bolsa de Valores para obtener financiamiento y poder realizar las construcciones, a su vez, se estimó que las ganancias serán aproximadamente del 35 por ciento, y el gobierno obtendría sin ningún impedimento préstamos para la realización de los mismos (Espejel Espinoza y Díaz Sandoval 2015, 146-147).

Los centros penitenciarios son los siguientes: Centro Penitenciario de Chiapas (construido por Homex, grupo empresarial encabezado por Eustaquio Tomás de Nicolás Gutiérrez, y por la empresa Arendal de Mauricio Gelo Rodríguez), Centro Penitenciario de Cuernavaca, Morelos (a cargo de Homex), Centro penitenciario 11 de Hermosillo, Sonora (a cargo de Ingenieros Civiles Asociados (ICA) encabezado por Bernardo Quintana Isaac), Centro Penitenciario en Ocampo, Guanajuato (financiado por Ingenieros Civiles Asociados (ICA) encabezado por Bernardo Quintana Isaac), Centro Penitenciario en Gómez Palacio, Durango (financiado por Prodemex del empresario de Olegario Vázquez Raña), Centro penitenciario en Buenavista Tomatlán (financiado por Prodemex del empresario de Olegario Vázquez Raña), Centro Penitenciario de Oaxaca (financiada por la empresa GIA de Hipólito Gerard Rivero), Centro Penitenciario de Ramos Arizpe, Coahuila (financiado por Tradeco, liderado por Federico Alberto Martínez Urmenet), dos centros de máxima y mediana seguridad en el Distrito Federal (financiado por el Grupo Financiero Interacciones que es encabezado por Carlos Hank Rohn) (Espejel Espinoza y Díaz Sandoval 2015, 147).

Se señala que el establecimiento de Centros Penitenciarios conlleva las siguientes críticas: 1) Las empresas privadas buscan generar ganancias, por lo que según el número de internos, es el pago que el gobierno otorgará, por ende se buscará incrementar el número de reclusos 2) Se delegan funciones que son

esencialmente gubernamentales 3) Se puede presentar discriminación entre internos (aquellos que tengan mejores ingresos) 4) La dificultad que se presenta para establecer una rendición de cuentas 5) Es posible que en la búsqueda de ganancia, las empresas contraten personal no calificado o reduzcan el personal, lo cual generaría riesgos en la seguridad 6) Lo relativo al costo, muchas veces existen cambios en la construcción o zonas no previstas que ocasiona el aumento en los costos de la construcción (Espejel Espinoza y Díaz Sandoval 2015, 133).

Otro aspecto que llama la atención tiene que ver con la acreditación de las correccionales en el que se intenta cumplir con ciertos objetivos a partir de establecer estándares de calidad. De esta manera el gobierno mexicano acordó establecer un proyecto de colaboración con la Asociación Americana de Correccionales, en él se calificaría estándares como seguridad, orden, cuidado, programas y actividades, justicia interna y el tipo de administración (Análisis y Acción para la justicia social, y otros 2016, 31). El gobierno federal reportó que realizó contratos con 14 Centros penitenciarios para llevar a cabo las certificaciones respectivas. De esta forma, el informe sobre la privatización de las penitenciarías señala que la empresa de acreditación cobra “entre 8 mil y 19 mil dólares por cada acreditación, además, afirma que este proceso resulta un tanto opaco porque no se pudo obtener los contratos en el que se estipulan las obligaciones de la acreditadora y el gobierno (Análisis y Acción para la justicia social, y otros 2016, 29-30).

Este proceso permite aclarar cuáles son los límites y alcances de este tipo de relaciones contractuales. Se muestra el alcance de la participación de los privados en el Estado. Ya que no solo es a partir de la construcción de las penitenciarías en el que se invierten una cantidad importante de recursos del Estado, sino, además, es a través de proporcionar los servicios que se requieran al interior de las cárceles como se realiza este tipo de participación, delegando una cantidad bastante amplia de funciones a los particulares. Por otro lado, otro esquema de negocio resulta de establecer estándares de calidad por medio de las agencias de certificación, quienes determinan cómo se debe trabajar y conducir en materia de seguridad.

El proceso de globalización económica está presente en esta forma de gobernanza compartida a través del sistema financiero internacional. Muchas de las

empresas que participan requieren de apoyo financiero para la construcción, y por otro lado, el Estado requiere pagar la cantidad en los años que dure el servicio, cuestión que los Bancos Internacionales les interesa proporcionar. Es decir, existe un esquema de negocios que va de lo local hacia lo global en materia de prestación de servicios públicos. Lo preocupante está en que se distorsionan los conceptos de interés general, el Estado se encuentra taladrado por una mezcla de intereses particulares y se aleja cada vez más de los procesos democráticos y del principio de legalidad. A su vez, existe un distanciamiento con relación a la problemática de los ciudadanos. Estos proyectos se justifican solo a partir del mercado y el beneficio que conlleva el realizarlos, es decir, eficiencia-costo-beneficio, pero de ninguna manera resuelve la problemática en términos de beneficios sociales señalados en la ley.

4.3. La Producción Jurídica Transnacional

Con la temática anterior, se ha planteado la forma en que los gobiernos están interactuando y compartiendo funciones esenciales del Estado con los particulares. Estos desplazamientos de lo privado al interior estatal modifican de singular manera la estructura del Estado, ya que no solo son desplazamientos en una dimensión local y nacional. Estos procesos pueden ser analizados bajo una dinámica de la globalización en el que constantemente se está interactuando con empresas y organismos internacionales. El ámbito transnacional juega un factor importante para entender porque los Estados realizan este tipo de colaboración con los actores privados. Es decir, la estructura interna del Estado se está modificando por pautas que no son nacionales, sino por el movimiento de toda una estructura transnacional que no alcanza, todavía, encontrar una coherencia sistemática precisa.

Cuando se habla sobre la existencia de una regulación transnacional, se hace referencia a una dimensión diferente, con características y peculiaridades específicas, pero que abarcan ámbitos que no pueden ser pensados sobre la concepción tradicional del Estado nación. Quizá, lo más complejo es entender que este nuevo orden regulatorio es producido por organismos que no tienen una nación como referente, y se instauran en lo nacional mediante procesos de interlegalidad.

Desde una postura crítica, estos procesos han privatizado y desnacionalizado aspectos fundamentales de la autoridad del Estado. Sin embargo, al mismo tiempo se está presentando un nuevo orden que está gobernando y alienta a reproducir beneficios económicos a ciertos actores políticos. Como señala Sassen: “se trata de un fenómeno muy parcial, no universal, pero a la vez estratégico, ya que ejerce una enorme influencia sobre amplias esferas del ámbito institucional [...] sin necesidad de rendir cuentas a los sistemas democráticos formales” (2007, 55).

De esta forma, este orden tiene características importantes:

Capacidad de privatizar lo que hasta ahora era público y desnacionalizar ciertos componentes de la autoridad y de las políticas del Estado [...] Dicho orden cuenta con una autoridad normativa, lo que genera una nueva normatividad por fuera de la existente hasta ahora. Esta normatividad proviene del ámbito privado, pero se instala en el dominio público. Determinados componentes institucionales del Estado comienzan a funcionar como espacio institucional para la operación de las poderosas dinámicas que hoy constituyen el capital global y el mercado global de capitales (Sassen 2007, 55-56).

Mientras para Cutler la transnacionalización se define como un proceso híbrido de lo público y lo privado, del derecho doméstico e internacional en el que participan una multiplicidad de actores, fuentes jurídicas, públicas y privadas. Además, señala que es un procesos dialéctico entre la tensión de un derecho vinculante (*hard law*) y un derecho suave (*soft law*), entre lo transnacional y lo internacional (delocalización y relocalización) (2013, 725-726).

Este proceso, que se produce en la interacción de múltiples centros de producción jurídica, ya no es solo el derecho del Estado juega un papel importante en la producción normativa, sino, además, el derecho que producen otros actores no estatales y que toman un papel trascendental para el funcionamiento del ámbito transnacional. Así, la pluralidad de actores en una dimensión transnacional un papel importante para la producción normativa de diferentes sectores.

En este sentido se comparte el planteamiento que hace Santos respecto a la transnacionalización del campo jurídico. Para explicar este fenómeno señala, en primera instancia, una definición de derecho más amplia no definida desde la concepción de Estado nación. El derecho constituido “como un cuerpo de procedimientos y estándares normativos regulados, que se considera exigible ante un juez o un tercero que imparte justicia y que contribuye a la creación y la

prevención de disputas, así como a su solución mediante un discurso argumentativo acompañado de la amenaza de la fuerza” (1998, 20). A su vez, esta concepción del derecho se compone de tres elementos estructurales (retórica, burocracia y violencia)²⁷¹, que varían y se articulan recíprocamente. De esta forma, “las sociedades modernas son formaciones o constelaciones jurídicas que se encuentran reguladas por una pluralidad de ordenamientos jurídicos, interrelacionados y distribuidos socialmente y de varias maneras [...] El pluralismo jurídico tiene que ver con la idea de que más de un sistema jurídico opera en una misma unidad jurídica” (1998, 23).

Por tanto, De Julios Campusano²⁷² señala que el pluralismo jurídico global se caracteriza por:

- 1) un elemento estructural, relativo a la variedad de instituciones, normas procesos de resolución de conflictos registrados y localizados en diferentes ámbitos del mundo, entendido por tal no un espacio necesariamente geográfico sino un foro o una institución, como el arbitraje comercial, las asociaciones de comercio, etc., 2) Un elemento relacional, que concierne básicamente a las relaciones ente ámbitos de naturaleza diversa en términos de estructura y proceso. Estas relaciones de estructura y proceso constituyen el campo jurídico global y determinan las características básicas del pluralismo jurídico global, tales como la igualdad o la jerarquía, el dominio o la sumisión, la creatividad o la imitación y la convergencia y la divergencia” (2009, 24).

De esta forma, las relaciones jurídicas ahora son a través de una multiplicidad de actores, que conviven de distintas formas y que transforman las relaciones de los Estados.

4.3.1 Redes jurídicas transgubernamentales y redes jurídico privadas transnacionales

²⁷¹ Para el autor estos elementos los define de la siguiente manera: “La retórica es una forma de comunicación y una estrategia de toma de decisiones basada en la persuasión, o en la convicción por medio de la movilización del potencial argumentativo de las secuencias y mecanismos verbales y no verbales aceptados. La burocracia es considerada aquí una forma de comunicación y una estrategia de toma de decisiones fundada en las imposiciones autoritarias, realizadas mediante la movilización del potencial demostrativo de los procedimientos regulados y los estándares normativos. Finalmente, la violencia es una forma de comunicación y una estrategia de toma de decisiones basada en la amenaza de la violencia física” (1998, 20).

²⁷² De Julios- Campuzano define las características del pluralismo global citando a Snyder.

Los distintos actores que participan en la dimensión transnacional se puede definir que se hace mediante una red de relaciones transnacionales en las que participan organismos internacionales Transgubernamentales y Actores no estatales transnacionales; por ejemplo: las Naciones Unidas, Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial, la Organización Económica de Cooperación y Desarrollo, Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional, Tratado de Libre Comercio de América del Norte, Organización Mundial de Comercio y la Unión Europea.

Para Cutler estas organizaciones transgubernamentales son fundamentales para la expansión del capitalismo, pero a la vez, son fundamentales para generar percepciones de legitimidad a través de los Estados (2013, 727).

En este contexto, la producción normativa que procede de los organismos económicos-financieros internacionales, las conocemos como: redes jurídicas económicas transgubernamentales, cuya actuación es considerada rápida, flexible y descentralizada, permitiendo dar resultados óptimos en un contexto de cambios vertiginosos (Hernández Cervantes 2014, 145). Estas redes jurídicas económicas operan como centros que atraviesan a los Estados en la toma de decisiones. Estos centros generan cierto tipo de normatividad que es implementado por los Estados de distintas maneras. Hernández señala que la red hace referencia a que

se estructuran complejas redes de acuerdos formales e informales a escala mundial [...] en el que se supone un conjunto de elementos organizados para un determinado fin, esto explica que el derecho al operar en red articule instituciones estatales, organizaciones internacionales públicas y privadas, instancias de decisión internacional tanto públicas como privadas, así como empresas transnacionales” (2014, 164-165).

Por otro lado, se encuentran las redes privadas económicas de autorregulación transnacional, son producidas por organismos privados transnacionales como la Comisión Trilateral, Comisión de Derecho Internacional, Cámara Internacional del Derecho, Corporación de Negocios Internacionales, negocios privados, Bancos, asociaciones de contabilidad y finanzas, en las cuales crean una serie de normatividad transnacional, modificando formas del derecho por medio de regulaciones privadas transnacional bajo criterios de eficiencia económica y disciplina efectiva de mercado (C. Cutler 2013, 727).

De esta forma, existe un nuevo contexto normativo que puede ser definido como:

Un nuevo cuerpo de normas, prácticas y procedimientos creados por actores privados, firmas, organizaciones no gubernamentales (en adelante ONGs, expertos independientes creadores de estándares técnicos y comunidades epistémicas, que desarrollan un poder regulatorio autónomo o desarrollan poderes que han sido delegados por el derecho internacional o por la legislación nacional. Su crecimiento reciente refleja, en primer lugar, una reubicación del poder regulatorio desde la esfera local /domestica a la esfera global y, en segundo lugar, una redistribución entre los reguladores públicos y privados (Caffaggi 2014, 186).

Como señala Caffaggi, la Regulación Transnacional Privada puede ser identificada en varias o diversas formas, pasando por aquellas impulsadas por organizaciones de comerciantes y participantes del mercado, hasta aquellas promovidas por ONGs y sindicatos. Ello incorpora:

- 1) Un mercado regulatorio que involucra empresas individuales, promovido por los accionistas y otros controlantes de poder
- 2) La regulación y los procedimientos regulatorios mismos de pequeñas empresas por parte de grandes corporaciones multinacionales a lo largo de las cadenas de distribución
- 3) La regulación de aspectos financieros de empresas por parte de agencias de calificación y firmas contables
- 4) La regulación de estándares transnacionales de empleo promovidas por sindicatos y organizaciones internacionales como la OIT
- 5) La regulación de aspectos ambientales (Caffaggi 2014, 187).

4.3.2 La regulación transnacional en el ámbito intra-gubernamental

De lo anterior, se puede afirmar que existen dos marcos normativos transnacionales que se desarrollan e interactúan en un espacio global. Este nuevo tipo de orden, que sobrepasa los ámbitos tradicionales del derecho internacional público y el derecho internacional privado (el Estado juega un papel importante), se inserta en los Estados tomando diversas formas y características.

Como ya mencionó Sassen, este nuevo orden privatiza sectores del Estado o los desnacionaliza sin que el Estado modifique drásticamente su estructura. Esta permanece pero bajo dinámicas privadas que se insertan en el Estado que se reproducen como si fueran públicas.

Para Caffaggi la regulación privada transnacional se establece en un marco de complementariedad entre la regulación privada y regímenes públicos. Las esferas están influenciando mutuamente, el derecho vinculante y el derecho suave

intervienen en las funciones de la regulación privada, y viceversa, el establecimiento de ciertos modelos regulatorios afecta el régimen público internacional. De esta manera, cuando el Estado implementa su derecho, utiliza al derecho suave en términos de complementariedad y sirve como medio para fortalecer al derecho vinculante, a su vez, cuando el derecho suave es implementado le confiere legitimidad al derecho vinculante (2014, 210).

Existen cuatro formas en que interactúan y se transforman lo público y lo privado: la hibridación, la creación normativa por colaboración, la coordinación y la competencia. La primera de ellas, la hibridación, se presenta cuando reglas y principios del derecho administrativo se ejercen sobre organizaciones privadas transnacionales, y viceversa, cuando reglas y principios del derecho privado (contratos) se implementan para regular actividades gubernamentales. La creación normativa por colaboración se presenta cuando los procesos de creación normativas son realizados de manera conjunta entre actores públicos y actores no estatales o cuando los actores privados realizan cierta normatividad y los actores públicos las implementan. La coordinación, se presenta cuando actores públicos y privados son autónomos pero en actividades de regulación son influenciados mutuamente. Por último, la competencia a nivel transnacional, se presenta cuando ciertos estándares establecidos por los actores públicos son elevados por los actores privados, disminuyendo la legitimidad de la regulación pública (Cafaggi 2014, 211-212).

Para Schwarcz el orden privado puede ser visto como como un amplio espectro dentro del cual la reglamentación es clasificada por la participación gubernamental. Para el autor existen cuatro formas en que el orden privado puede verse involucrado en el nivel gubernamental. La primera de ellas son reglas originadas por los gobiernos, la segunda, son reglas originadas por actores privados, pero aplicada por los gobiernos; un ejemplo de ello proviene de las normas técnicas. En un plano internacional las normas que emanan del Comité Bassel sobre Supervisión Bancaria. La tercera, son reglas originadas y aplicadas por actores privados de conformidad con la delegación gubernamental (las agencias crediticias

como *Stándar and Poor's*. Y la cuarta, son aquellas reglas originadas por los actores privados sin aplicación gubernamental (2002, 324-329).

Por tanto, estos dos modelos de interacción de actores públicos y privados, a partir de los distintos centros de producción normativa, conllevan a entender de qué manera se están inmiscuyendo e interrelacionando los espacios de lo público y lo privado. Dicha dimensión ha adquirido características que pervierten el sentido de ambos espacios.

Para la mayoría de los autores que tratan al respecto, lo público y lo privado está perdiendo sus límites y sus fronteras. Lo preocupante estriba en que no existe un planteamiento claro con relación a la falta de rendición de cuentas en estos procesos transnacionales, a la falta de toma de decisiones democráticas, a la pérdida gradual del principio de legalidad y a la falta de mecanismos de derechos humanos. Lo que se puede plantear es que al mismo tiempo que se entremezclan intereses en el ámbito transnacional, el concepto de ciudadanía y democracia se encuentran cada vez más marginado.

Además, este proceso de entrecruzamiento de dimensiones no permite visualizar qué elementos son públicos y cuáles provienen de lo privado. Desentrañar el núcleo de los espacios resulta una tarea importante porque como se analizó, existe una tendencia de gradación de los procesos de privatización en el gobierno.

4.4 La hibridación de lo público y lo privado

La articulación de lo público y lo privado, caracterizada en la etapa del Estado liberal y del Estado de bienestar, se ha visto modificada por el capitalismo global. La implementación de políticas neoliberales como la desregulación, la privatización y liberalización económica permitieron el establecimiento de un nuevo modelo institucional basado en la construcción del mercado como mecanismo para el desarrollo del capital global. Estas modificaciones al interior del Estado pueden ser analizadas como procesos parciales de desnacionalización, y sirven para insertarse en la lógica de la globalización. Al mismo tiempo, el crecimiento de actores económicos transnacionales han influido para que el Estado y la sociedad civil se re-articule de diferentes maneras. Las dinámicas transnacionales han generado

espacios y actividades que al Estado le resulta complicado regular y someterlo a su control institucional.

La desnacionalización estatal conlleva a eliminar elementos que fueron considerados como políticas económicas nacionales, pero a la vez, establecen un desplazamiento importante hacia la lógica del mercado, lo que ha ocasionado el surgimiento de un nuevo tipo de relaciones con los actores privados. La implementación de mecanismos como la regulación de la economía y la introducción de valores que tienden principalmente a la eficacia, han desplazado las funciones intervencionistas que el Estado venía realizando (Aman 1998, 819).

Por tanto, los procesos analizados en el presente capítulo permiten explicar de qué manera la estructura gubernamental está siendo transformada. La colaboración de los particulares en funciones estatales, la regulación pública que establece una nueva estructura organizativa en el Estado, la sustitución directa en la construcción de infraestructura y la provisión de servicios públicos por particulares, hacen que se someta a revisión las dimensiones mencionadas.

De lo anterior se desprende que cada uno de los procesos implica gradaciones de privatizaciones en la estructura estatal. No se puede afirmar que el Estado se haya retirado por completo. Como se ha visto en estos procesos, la participación del Estado es fundamental. Además, es evidente que los procesos de globalización generan un nuevo tipo de relaciones en donde el Estado ya no es el centro. Estas nuevas relaciones sobrepasan las dimensiones estatales, generando un nuevo orden y estructura global donde los actores privados pueden llegar a tener grados de autoridad pública.

Por tanto, se desprende que existen dos procesos principales que enmarcan el cambio de las dimensiones. El primero, es aquel en que la distinción se borra por completo y puede ser planteada como el declive de la dimensión. La otra, señala una interrelación creando un nuevo espacio de arreglos y negociaciones.

4.4.1 La decadencia

En una postura crítica, Duncan Kennedy señala que cuando una distinción ya no representa su significado, o cuando la distinción ya no puede ser entendida a través de su opuesto se está ante su declive²⁷³ (1981, 1349). Haciendo una crítica a los postulados de los términos del Estado liberal, señala que lo público y lo privado ya no representa una distinción nítida y clara. Para el autor existen seis etapas por la cual atraviesa una dimensión; inicia con la dificultad de establecer una definición clara de los términos relativo a un problema, pasa por el desarrollo de los mismos, existe un colapso de términos debido a su incoherencia, sin embargo continua funcionando, hasta que se diluye la significación acercando cada uno de los términos, sin poder entender claramente su significado.

Resulta sugerente plantear cómo las instituciones pierden sentido y no responden a las problemáticas por las que estas fueron creadas. Dicho en otra manera, las implicaciones teóricas de estas reconfiguración son importantes porque hay una ruptura de las concepciones tradicionales y de las relaciones establecidas entre los dos polos. La funcionalidad de dichas conceptualizaciones esta entre dicho. Es decir, como Cutler señala, y se ha resaltado en apartados anteriores, una de las principales funciones de la distinción fue separar lo económico (sociedad) del Estado y viceversa, lo que permitió encubrir el poder de los actores privados, pero cumplió la función de permitir desarrollar el sistema económico capitalista.

En estos términos, el planteamiento que hace Kennedy sobre la decadencia resulta interesante por el hecho de que la distinción ya no responde al funcionamiento bajo los términos en que lo venía haciendo. Asimismo, Cutler afirma que la distinción en un contexto de derecho internacional, ya no representa

²⁷³ Para el autor hay seis etapas por las cuales pasa una distinción. 1) Comienza con casos difíciles, en el que se puede llegar a estar en desacuerdo apasionadamente y que implican el poder analizar con ahínco que términos le corresponde a cada quien 2) Es aquella en que se presenta el desarrollo de los términos intermedios, es decir, puede ser tanto una como la otra, no es público ni tampoco se es privado. Aquí la categoría comienza a quebrarse. 3) La tercera es aquella en la que existe un colapso, es decir, que existen contradicciones y que la distinción es incoherente en sus definiciones 4) Es continuación, que significa que las instituciones o los actores están en el medio de los significados o en el polo extremo de los mismos 5) Estereotipificación de la distinción, implica la disolución de las distinciones, en esta por tener una percepción exagerada de los términos, 6) Loopificación, cuando parece que los polos se acercan más entre uno y otro.

empíricamente su significado y resulta que este está siendo incoherente, es decir, se encuentra en un colapso (1997, 262).

Pese a esta problemática, la autora asevera que esta es una construcción de las condiciones históricas, materiales e ideológicas, asunto que aunque puede encontrarse en una etapa terminal, considera que “la distinción todavía opera conceptual e ideológicamente, sirviendo para encubrir el papel fundamental llevado a cabo por el derecho internacional privado legitimando los procesos de privatización y globalización” (1997, 274).

También, la misma autora señala que la incoherencia de la distinción en el derecho internacional permite tres explicaciones: empírica, conceptual e ideológica. La primera tiene que ver con la difuminación de la distinción debido a los cambios en la naturaleza en la actividad que constituyen las dos esferas. Es decir, la distinción ya no puede ser representada empíricamente y se hace alusión al incremento de la participación de los actores privados en actividades públicas, lo cual aumenta la interpenetración de las esferas. “De hecho en el periodo actual se está experimentado una fusión de autoridades públicas y privadas en una elite transnacional empresarial y comercial comprometida con el neoliberalismo, la privatización y la globalización de la autoridad. Por lo que la incoherencia resulta de la interdelegación o fusión de autoridad pública y privada (1997, 275).

La segunda tiene que ver con la incertidumbre conceptual del derecho internacional privado, como un ordenamiento legal autónomo que ha contribuido a obscurecer las relaciones comerciales internacionales privadas. Conduce necesariamente a hacer invisible la autoridad política de lo privado. Esta incoherencia del derecho internacional privado tiene que ver, en cuanto a la concepción del alcance de la materia, ya que hay opiniones que consideran al derecho internacional privado como un derecho de elementos nacional que va hacia el exterior o que consideran al derecho internacional privado como una extensión de la soberanía de las naciones, o la tensión que considera que es una proyección que va más allá de los territorios estatales. Sin embargo, la tensión que considera importante es aquella que se presenta en torno a las relaciones comerciales y que

le resulta difícil regular al derecho internacional privado, es decir, a la relación de comercio internacional privado como una fuente de legitimidad que permite mejorar la regulación privada del comercio internacional y no la del derecho internacional privado (1997, 276).

La tercera tiene que ver con el ámbito ideológico. La distinción funciona a nivel simbólico y trabaja para reflejar una separación entre el Estado y la sociedad civil (mercado). Por tanto, aunque a partir de la crisis del capitalismo la distinción está siendo sometida a cambios, en un nivel ideológico, sigue cumpliendo la función de tratar de separar las esferas de lo público y lo privado y por tanto de ocultar, su naturaleza mutuamente constitutiva. Además de que enmascara la fuerza política que siempre ha tenido la autoridad privada y el papel de del derecho mercantil privado como constitutiva de la ideología del capitalismo global. (1997, 276-277).

En este sentido, aunque el proceso por el cual la distinción deja de representar su significado empíricamente, en otros términos, va en camino hacia su decadencia, ello no significa que en ciertos niveles conceptuales, como el ideológico, continúa reflejándose para crear una imagen de separación. Su continuidad y su existencia dependerán de la funcionalidad y de su capacidad para seguir reproduciendo los intereses capitalistas.

4.4.2 La hibridación

En un tono menos crítico, el planteamiento que se hace respecto la hibridación puede ser entendido como una etapa que permite fusionar y dar cauce a la crisis de la distinción. Esta conceptualización puede ser vista como una fase para dar paso hacia una nueva restructuración, y por tanto, seguir reproduciendo las relaciones capitalistas. Se puede hablar de hibridación²⁷⁴ cuando ninguno de los componentes que configuran las dimensiones puede ser distinguida o diferenciada, pero sus elementos permanecen entremezclados o interrelacionados.

²⁷⁴ La Real Academia de la Lengua Española señala que el término híbrido se refiere: “adj. Dicho de una cosa: Que es producto de elementos de distinta naturaleza”.

Hoy en día la proliferación de actores no estatales (nacionales y transnacionales), así como organismos intergubernamentales, están produciendo distinta normatividad que se desenvuelve en un plano transnacional. Este tipo de producción normativa puede cruzar las fronteras territoriales sin problema, pero a la vez puede vincularse y entremezclarse con los gobiernos nacionales. Además, no solamente en una dimensión transnacional los actores público privados se interrelacionan, también se puede analizar como en espacios territoriales nacionales, las empresas transnacionales y nacionales (privados) están participando en funciones públicas que antes eran llevadas a cabo por los Estados, esto hace que se produzca una combinación que borra las dimensiones entremezclando sus contenidos.

Por lo tanto, se explicarán tres posturas que describen distintas formas de interrelacionar las dimensiones, y por consecuencia la problemática que ello conlleva. La primera tiene que ver en los desplazamientos de agentes privados en el Estado; es decir, es una postura que describe los procesos en que los particulares se encuentran circulando al interior del aparato gubernamental. El segundo planteamiento se refiere a la forma en que se interrelacionan organismos intergubernamentales con organismos internacionales privados en el que se crea una interrelación entre ellos (hibridación). Y por último se hace una reflexión respecto a los desafíos que conlleva establecer la distinción de la dimensión en un Estado regulador.

Para Sassen existe una gran cantidad de agentes privados que están creando cierto tipo de normatividad y administran espacios que antes eran llevados a cabo por el gobierno. Describe esta problemática en tres grandes procesos. En primer lugar la generación de nuevas formas de autoridad privada y la privatización del poder ejecutivo, en segundo lugar, la reconfiguración de lo público y lo privado mediante la privatización de las funciones públicas y por último, la inserción de los intereses privados en la elaboración de políticas públicas (2010, 255-256).

Señala, además, que existe una variante de la privatización de la autoridad pública que no son manifiestas: "a) circulación de normas y objetivos privados en el dominio público donde se representan como públicos cuando en realidad son

privados b) desplazamiento de las funciones públicas de regulación hacia el sector privado donde aparecen como servicios empresariales de conservación del orden por ejemplo los servicios contables y jurídicos” (2010, 263).

Plantea que el dominio público y el dominio privado se articulan actualmente mediante dos conjuntos de dinámicas, por separado: a) El primer conjunto supone cierto desplazamiento de autoridades estatales al sector privado b) El segundo conjunto por su parte no supone un desplazamiento de la autoridad estatal al dominio privado, sino, una desnacionalización de ciertos componentes particulares del dominio público (2010, 263-264).

Por último, afirma que esta problemática termina por ocultar que en realidad los intereses públicos y nacionales son producto de los objetivos de los actores privados, “lo que se observa en todos estos fenómenos es un incremento en la importancia y la formalización de la división entre lo público y lo privado, caracterizado por el ascenso de los mercados y el notable avance del derecho en tanto agente supuestamente neutral para establecer los criterios de la economía”. (2010, 267).

Cansini señala tres ejemplos que se enmarcan en un contexto global y que representan procesos de entrecruzamiento entre lo público y lo privado: 1) La hibridación de los regímenes internacionales 2) El aumento de patneriados público-privados y 3) La proceduralización como un nuevo campo de la distinción público-privada.

Cuando habla de la hibridación de los regímenes internacionales se refiere a que los regímenes intergubernamentales usan mecanismos de derecho privado. Cita para dar un ejemplo a la Agencia Internacional de Energía Atómica, la cual ha desarrollado un conjunto complejo de reglas basadas en estándares, acuerdos y memorándums, etcétera. A su vez, señala que de forma similar los regímenes privados utilizan instrumentos de derecho público, para construir ciertos modelos de gobernanza que refleje la jerarquía de las normas, instrumentos constitucionales y cierto tipo de mecanismos de revisión. Señala que los regímenes globales privados como el internet o los deportes, han incrementado su grado de publicidad o publicación (adopción de mecanismos de derecho público, el involucramiento de

gobiernos a través del derecho administrativo, y mecanismos de rendición de cuentas democráticos). Esto hace ver que los regímenes tiendan a estar hibridizados y permiten inferir la existencia de un orden global sin Estado. Este orden global borra la diferencia entre lo público y lo privado²⁷⁵ (2014, 411).

El segundo tiene que ver con el aumento de patneriados público-privados, en el que organizaciones intergubernamentales, formalizan relaciones con la sociedad civil y entidades comerciales privadas.²⁷⁶ Un ejemplo de ello es la seguridad nuclear, la protección ambiental, el internet y los deportes (2014, 414). Para el autor este tipo de organizaciones privadas globales se complementan con los gobiernos y cumplen funciones públicas.

Y por último, la proceduralización que se refiere a mecanismos para gobernar organizaciones complejas y sus procesos de elaboración normativa. Hace referencia a mecanismos que las corporaciones multinacionales establecen, como los manuales de procedimiento, que pueden ser aplicados tanto a gobiernos como a empresas. Así, la proceduralización

despliega un carácter y forma multipolar contemporáneo del derecho administrativo, debido a la presencia de diferentes niveles de actividad (nacional, regional, internacional), diferentes cuerpos legislativos (públicos y privados), y la pluralidad de actores (gobiernos, administraciones, organizaciones internacionales, sociedad civil) [...] Más allá, los regímenes globales privados tienden al desarrollo y al refinamiento de herramientas procedimentales como la participación, consultas, y cláusulas del debido proceso (2014, 418).

De esta forma existen tres razones del entrecruzamiento entre el derecho público y el derecho privado en el espacio global. Cansini señala como primera

²⁷⁵ El autor señala dos ejemplos. Uno relativo al Código de Antidoping Mundial el cual ofrece una fuente privada de normas que muestran mecanismos de publicación. La UNESCO (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura) en la Convención Internacional contra el Dopaje en el Deporte requirió a los Estados adoptar en su legislación dichos estándares. El segundo ejemplo es el Consejo Internacional de Museos, es un órgano privado que tiene una función consultiva. El Código de Ética para los museos que fija un mínimo de estándares de prácticas profesionales.

²⁷⁶ El autor cita entre otros a la ICCAN (Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números) es una organización internacional no gubernamental que se dedica a mejorar la gestión técnica de Internet a nivel mundial, proveyendo y organizando direcciones y dominios. Otro claro ejemplo puede ser la ISO (Organización Internacional de Estándares) que provee estándares de calidad empresarial.

razón, que en la arena global existe falta de democracia y se requiere desarrollar mecanismos de legitimidad y de rendición de cuentas, lo que conlleva a la hibridación de las dimensiones, por tanto, los actores públicos siempre actúan mediante mecanismos para generar consenso y acuerdos. El régimen privado busca herramientas implementadas en el derecho público que le ayudan para fortalecer su legitimidad (como lo son la participación y la transparencia). Advierte que muchas de veces este tipo de relaciones e interacciones pueden encubrir intereses privados por parte de actores públicos, o los actores privados pueden usar herramientas del derecho como manifiestos o simples formas de requerimientos que permitirán seguir con el Estado actual en la tomas de decisiones, es decir, de forma privada y con la puerta cerrada (2014, 421-422).

En la segunda razón señala que los gobiernos juegan un papel importante en este proceso de hibridación ya que al momento de implementar procedimientos de organismos intergubernamentales u organismos privados internacionales, se tienen que desarrollar mecanismos e instrumentos de adaptabilidad y compatibilidad con el régimen nacional (2014, 421-422).

Por último, esta hibridación es establecida con el fin de reproducirse en un contexto internacional y asegurar el establecimiento de ciertos valores globales, tanto a nivel gubernamental como a nivel de organizaciones internacionales privadas. (2014, 422).

Esta descripción sobre la hibridación, en una dimensión global, permite explicar cómo la complementariedad parece una necesidad en la búsqueda de mecanismos de adaptabilidad en la relación entre actores privados transnacionales y los gobiernos. Sin embargo, el fenómeno de la hibridación no solamente se presenta en la dimensión global, sino, también en la dimensión nacional.

Como lo describe Shamir, con relación a la implementación de mecanismos de regulación en los Estados. Para la autora, la transformación en las distinciones tienen que ver principalmente en las modificaciones de los contenidos de las esferas que han repercutido directamente en la estabilidad e interrelación de las dimensiones. Esta situación es causada, principalmente, por el establecimiento del Estado regulador y la privatización de las funciones del Estado. La autora señala

que la implementación del Estado regulador implica tres desafíos: El primero es la difícil posibilidad de localizar el núcleo de cada esfera. La segunda tiene que ver con la posibilidad de distinguir la separación de las esferas. Y el tercero tiene que ver con los mecanismos de toma de decisiones para delinear las esferas (Shamir 2014, 11).

El primer desafío hace referencia principalmente en encontrar los atributos de cada una de las esferas, cuestión que no resulta sencilla establecer, porque si se piensa en el Congreso como una institución verdaderamente pública, se tendrá que analizar la influencia de los particulares en la elaboración legislativa (Shamir 2014, 12). El segundo desafío consiste en establecer cuáles y de qué forma interactúan las esferas, cuestión difícil de establecer porque en muchas de las ocasiones los mecanismos elaborados por cada una se entremezclan. Y por último, señalar en describir cuáles son los procesos que permiten entender las transformaciones de las esferas (Shamir 2014, 11-13)

Para Shamir, el Estado regulador ha creado nuevas instituciones y una variedad de regímenes privados que conviven con el Estado, “el estado regulador representa un cambio de atención en la distribución y en las formas de partido mayoritarias hacia formas de partidos no mayoritario y tecnócrata, en la cual la coordinación del mercado cumple un papel paradigmático en el gobierno” (Shamir 2014, 15). En este sentido, Shamir señala que el Estado regulador no es solamente el cambio de funciones públicas estatales a funciones públicas realizadas por particulares, sin embargo, estas nuevas regulaciones hacen que la distinción se desdibuje. Planteando el problema, distinguir el núcleo de cada una de las esferas y cuál es el contenido que le dio estabilidad²⁷⁷ (Shamir 2014, 16).

Para dar un planteamiento diferente a la hibridación, Aman establece que el Estado en la globalización es un proceso complejo que tiene que ser tomado en cuenta por los tribunales nacionales y los legisladores. En este sentido, como existe la tendencia en hacer énfasis en el mercado y sus resultados, hay que tomar en cuenta a los poderes privados y sus técnicas insertadas en la consecución de fines

²⁷⁷ Este análisis es establecido en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Israel respecto a la inconstitucionalidad de la legislación sobre prisiones privadas (Shamir 2014, 18).

públicos. Después, dadas las presiones de los Estados por la fuerza de los mercados, no solo se tiene que simplificar el análisis visto como una captura del Estado por particulares, sino, que en el proceso de globalización, las técnicas de regulación y la contratación de servicios públicos tienen que ser analizados como una nueva forma del Estado global, para lograr beneficios de interés público. Por último, el ámbito de lo público y lo privado son sujetos de los procesos de la globalización; aunque existan procesos normativos que suelen ser entendidos como nacionales, envuelven la posibilidad de estar enmarcados en un proceso global (1998, 846).

Freeman señala que la participación de los privados en el gobierno es directa y se presenta de diversas formas. En este sentido, la participación de los privados en el gobierno tiene un alcance importante “una cuidadosa investigación sobre el papel privado en la gobernabilidad revela no solo su invasividad, sino también su alcance, en la medida que opera de manea simbiótica con la autoridad pública” (2000, 547) Los actores privados están profundamente involucrados en la regulación, diseño de políticas y su implementación. De hecho, para el autor no hay un campo puramente público, ni un ámbito puramente privado, solo hay interdependencia entre uno y otro (2000, 565).

Capítulo Quinto

La hibridación jurídica en el sector energético de hidrocarburos

El presente capítulo tiene como objetivo explicar la forma en que actualmente se presenta la transformación de la naturaleza en relación de lo público y lo privado. Se analiza el proceso de interrelación estrecha entre ambas dimensiones que modifican sustancialmente la función estatal y la forma que adquiere el derecho. Este nuevo fenómeno se estudia como un proceso que combina mecanismos provenientes del derecho privado, en el que se esfuman las contradicciones entre el Estado y mercado y entre lo público y lo privado, para pasar a formar una articulación de características compuestas y confusas.

Para llevar a cabo lo anterior, se analiza la reforma estructural al sector energético llevada a cabo en México en el año 2013. Se estudia dicha reforma porque en ella se establece de qué forma los intereses transnacionales y nacionales privatizan un sector que históricamente había permanecido bajo exclusividad estatal. Una actividad económica de vital importancia para el país, ha sido modificada en los propios términos de las regulaciones transnacionales, y en este sentido, el Estado adecua su estructura político jurídica para dar paso a las relaciones económicas a nivel transnacional.

Bajo esta tesitura general se estudia la forma en que instrumentos, técnicas y mecanismos jurídicos, provenientes del derecho privado, se encuentran funcionando al interior de la administración pública; que en realidad constituye una nueva estructura administrativa de altos grados de contenido de derecho privado, mismo que se instauran en el sector estatal y al interior del ordenamiento jurídico nacional, producto de la privatización del sector energético. Para demostrar lo anterior, se utiliza el concepto de hibridación jurídica el cual proporciona los elementos necesarios para entender la forma en que se legitima y legaliza la intromisión de los intereses corporativos y empresariales, nacionales e internacionales en el derecho público mexicano.

5.1. Aspectos generales del proceso de hibridación jurídica

La hibridación jurídica se encuentra íntimamente relacionada con el proceso de transnacionalización del derecho o lo que puede ser considerado como derecho transnacional. El proceso de transnacionalización constituye un nuevo espacio por el que se borran las fronteras y los marcos conceptuales jurídicos previamente establecidos, por lo que se está ante un punto de quiebre que hace necesario repensar las categorías jurídicas tradicionales. El derecho transnacional hace referencia a una dimensión que traspasa fronteras, que incorpora diversos actores y que cruza los límites de las conceptualizaciones y categorías jurídicas conocidas.

El derecho nacional tiende a ser receptor de la reglamentación en su orden interno, es decir, busca formas de integración a partir de establecer y añadir límites dentro de su territorio, lo que puede ser considerado como una forma de integración positiva, mientras que en el derecho transnacional sucede lo contrario, se busca principalmente establecer una integración normativa eliminando cualquier tipo de espacio que obstaculice la transferencia de recursos, es decir, se presenta una integración negativa²⁷⁸ (P. Kjaer 2013, 3).

El proceso de transnacionalización puede caracterizarse por la proliferación de normas provenientes de ámbitos no estatales, es decir, se presenta la creación de reglas que puedan llegar a ser vinculantes y que emanan de procesos institucionales fuera del ámbito estatal²⁷⁹. Este tipo de procesos pueden ser vistos como la pérdida y erosión de la capacidad del Estado para crear y controlar la

²⁷⁸ Como lo explica Kjaer textualmente: "Hybridization has become common place insofar as the combined forces of globalization and privatization and an increased reliance on self-regulation have resulted in the emergence of regulatory arrangements which combine elements from several legal orders...Regulatory arrangements are in most cases oriented towards the facilitation of transfers of social components such as economic products and capital, scientific knowledge, political decisions and artistic artifacts between different societal contexts and different legal orders. Thus, one of the many differences between national and transnational law is that the latter is oriented towards negative integration through the removal of obstacles to such transfers whereas the former remains focused on positive integration characterised by the definition of limiting rules" (P. Kjaer 2013, 3).

²⁷⁹ Zumbansen hace referencia a los mecanismos de resolución de conflictos establecidos por la Ley Mercatoria que le otorgan autonomía y permite diferenciar a ésta de la creación normativa estatal. En este sentido, el arbitraje le da la posibilidad de establecerse como un orden autónomo legal, sin la necesidad de la intervención estatal (2013 b, 123).

producción normativa. Las transformaciones producidas por la globalización han generado el entrecruzamiento de las fronteras conceptuales de distintas disciplinas y áreas, además de la influencia de regulaciones diversas²⁸⁰ a la de las instituciones estatales, lo que hace que se plantee una crisis del derecho y de la ley producida por el Estado (Zumbansen 2013 b, 117-118). La teoría del pluralismo jurídico transnacional señala que este espacio transnacional consiste en una nueva perspectiva metodológica que busca encontrar aquellos contextos y condiciones, plantea funciones sociales altamente diferenciadas y mediante relaciones estrechas entre legalidad o ilegalidad, esto es, entre lo que es considerado como ley y no ley (Zumbansen 2010, 9).

Se puede entender que lo transnacional es un espacio regulatorio distinto, el cual difiere de lo nacional e internacional porque su producción no solo es aplicada en un territorio determinado, además que su constitución se presenta a través de una mezcla de elementos públicos y privados, y que es considerada como híbrida²⁸¹ (Zumbansen 2010, 28).

De esta manera el espacio de lo transnacional

se identifica con aquellos regímenes que son originados mediante una combinación de formación institucional y normativa que trascienden los límites jurisdiccionales y combinan lo nacional y lo internacional actores públicos y privados [...] una mezcla compleja pública y privada con normas estatales y no estatales con principios y reglas

²⁸⁰ Con la globalización el control de los Estados se desvanece y da paso a una nueva producción normativa que es aplicada en las relaciones jurídicas, el ejemplo de ello son las áreas como los mercados globales, las cadenas de servicios, el arbitraje comercial o regímenes de estandarización. Así lo refiere Zumbansen: "Supply chains that tie regional and global markets together, commercial arbitration, food safety and food quality standardisation regimes, internet governance, but also environmental protection, crime and terrorism are key examples of fast expanding spaces of individual, organisational and regulatory activity that evolve with little regard for jurisdictional boundaries but, instead, appear to develop according to functional imperatives. Similarly, fields such as corporate, insolvency and even labour law that had long been understood as embedded in historically evolved political and regulatory economies, today display a distinctly de-nationalised character, which we should approach from the distinct methodological perspective indicated above. Constituted through a complex overlapping of different national, international, public and private norm-creation processes, these fields underscore the conundrum nature of a proliferating and expanding global regulatory space: in response, state-based responses that draw on architectures of normative hierarchy, separation of powers and unity of law are likely to fall short of grasping the nature of the evolving transnational normative order" (2010, 50-53).

²⁸¹ De esta forma, la teoría del pluralismo jurídico transnacional se plantea el reto de trazar puntos de contactos o puentes para entender la articulación que existe entre lo legal y lo ilegal, lo nacional e internacional y entre lo público y lo privado (2012, 324-325).

generadas, divulgadas y monitoreadas por un conjunto diverso de actores” (Zumbansen 2012, 329-330).

En este contexto la articulación de esta nueva dimensión transnacional desafía las concepciones jurídicas tradicionales; como lo son el monopolio de la producción normativa y la dimensión territorial y jurisdiccional del Estado. Lo que conlleva a nuevas formas y articulaciones jurídicas que pueden presentarse a través de regímenes jurídicos híbridos. Esto es, regulaciones que entremezclan normatividad estatal con formas y técnicas del derecho privado.

Por tanto, en el espacio transnacional se pueden ver entremezclándose “mercados financieros, contratos de venta en línea, regulaciones laborales a través de empresas multinacionales, caracterizadas por una amalgama compleja de normas suaves y duras y normas que no caben dentro de los campos disciplinarios semánticos como el derecho laboral o el derecho corporativo” (Zumbansen 2010, 9). De esta forma, se puede entender a este tipo de regímenes y regulaciones ya no desde las perspectivas conceptuales de lo público y lo privado, es decir, desde un marco normativo en contraposición o dicotómico, sino a partir de las distintas interacciones, procesos y actores que intervienen para regular una determinada área.

Desde esta perspectiva, la producción jurídica transnacional,²⁸² “se trata de un corpus jurídico generado por el cruce de varias sedes de producción normativa (colaboración en red) no radicadas exclusivamente en el Estado, pero que es susceptible de formalización por parte del derecho estatal” (Hernández Cervantes 2016). Este proceso es llevado a cabo a partir de la implementación de técnicas y estrategias jurídicas (desregulación, la privatización de lo público y lo común, y autorregulación) (Hernández Cervantes 2016)²⁸³ que permiten flexibilizar las

²⁸² Hernández Cervantes hace un desarrollo teórico de la producción jurídica transnacional que actualmente se encuentra en construcción. Al respecto, plantea la esquematización siguiente: “esa forma de producción jurídica transnacional la explico en varios ejes: 1) productores jurídicos, 2) niveles y relaciones de producción jurídica, 3) estrategias y técnicas jurídicas de la producción, 4) tipología de la normatividad producida” (Hernández Cervantes 2016).

²⁸³ “Con relación a las técnicas y estrategias jurídicas de la producción, encontramos al menos tres: a) desregulación jurídica; b) privatización de lo público y lo común, c) autorregulación. Por lo que se refiere a la desregulación jurídica, ésta se localiza y profundiza más en el derecho estatal: se trata

relaciones entre el Estado y la sociedad, generan marcos jurídicos que engarzan adecuadamente con todo tipo de actores transnacionales. De esta forma, en este nuevo tipo de regímenes es necesario tomar en cuenta los tipos de actores que intervienen en los procesos, que se establezcan una mezcla de figuras jurídicas que tradicionalmente se presentaban en ámbitos públicos y privados, además, que se presente una colaboración e interdependencia en ciertas etapas de la regulación²⁸⁴.

Por lo tanto, el derecho transnacional es un nuevo espacio que genera cambios significativos entre las relaciones nacionales e internacionales. Al mismo tiempo transforma la relación público y privado, es decir, se puede considerar que este nuevo espacio transnacional produce una doble hibridación. Kjaen afirma que la globalización ha representado un doble movimiento o una doble hibridación, que va de lo nacional hacia lo internacional, y la modificación de la relación de lo público y privado (P. Kjaer 2013, 1).

En este marco de ideas es necesario analizar cómo el derecho transnacional afecta a los Estados nación y a sus estructuras normativas. De qué forma al interior de los Estados se está llevando a cabo cambios regulatorios y modificaciones en

de técnicas de elaboración de los contenidos jurídicos que tienden a restarle fuerza normativa a la intervención, regulación, supervisión y sanción por parte del Estado a los particulares, a los entes privados. Con ésta técnica se logra hacer delgada la ley del estado, frágil por cuanto hace a las obligaciones, restricciones, prohibiciones y sanciones a los privados. Por lo que hace a la técnica de privatización de lo público, muchas veces está unida a la anterior técnica mencionada, pero no necesariamente. Privatización de lo público, genera normas desde el Estado que traslada funciones y servicios que antes le eran exclusivas. Esto lo concreta a través del uso y ampliación de figuras jurídicas como la concesión, los contratos, la subcontratación de servicios, permisos, licitaciones, entre otros. Por otro lado, la técnica de la autorregulación, consiste en las propia regulación que se dan para sí los entes privados, y allí podemos encontrar por ejemplo, toda la normatividad relativa a los códigos de conducta empresarial, a las normas ISO (normas producidas a nivel mundial por una organización privada internacional de estandarización de normas para ciertos sectores como el de la salud, la seguridad, la comida, el cambio climático, y otros); o las leyes modelo de comercio producidos por ejemplo por la Cámara Internacional de Comercio, o las normas operativas en materia de derechos humanos y medio ambiente producidos por los bancos de desarrollo y/o que otorgan créditos para proyectos, como el Banco Mundial (Hernández Cervantes 2016).

²⁸⁴ Un ejemplo de lo anterior se presenta con la Propiedad Industrial “The developments in the area of adjudication of cross-border IP disputes serves as an informative example for further considerations with regard to augmenting hybridization in the transnational sphere. In fact, it is possible to argue that there is a connotation within the notion of ‘hybridity’ *per se*. Namely, one can identify (a) hybridity of actors/stakeholders (b) hybridity of normative IP regimes; and (c) hybridity of modalities of rulemaking. As for the hybridity of stakeholders, international IP law has transformed from a system where the main, and only players, were sovereign states to a system where states co-exist with other stakeholders” (Jurcys, Regulatory Hybridization in International Intellectual 2013, 94-95).

las relaciones entre el Estado y la sociedad a través de marcos regulatorios transnacionales, y de igual manera, qué forma el derecho transnacional interactúa y se articulan dentro del espacio nacional.²⁸⁵

Los nuevos órdenes jurídicos estatales-transnacionales mantienen una lógica que permite la transferencia de recursos, se engarzan con toda una nueva red jurídica de relaciones transnacionales. Esto no quiere decir que el Estado se haya retirado del todo, al contrario, cumple una función esencial para la reproducción del capital transnacional, lo que puede ser considerado desde una perspectiva económica como el proceso de acumulación por desposesión (Harvey 2004, 111-140) a través de la creación de plataformas jurídicas transnacionales, impulsada desde los Estados nacionales. Como consecuencia, este nuevo orden crea formas jurídicas nacionales híbridas, al servicio del capitalismo transnacional.

Las nuevas estructuras jurídicas tienen como principal función facilitar la transferencia de recursos hacia el espacio transnacional. El proceso de acumulación, por desposesión, modifica las estructuras normativas estatales acorde a las necesidades del capital transnacional. Harvey define este proceso de la forma siguiente: “la acumulación por desposesión se puede interpretar en este caso como el coste necesario de un avance exitoso hacia el desarrollo capitalista con el fuerte respaldo de los poderes estatales. Las motivaciones pueden ser internas (como en el caso de China) o impuestas desde el exterior” (2004, 123). Hay que señalar que para el autor, antes citado, el proceso tiene su punto de partida en la sobreacumulación capitalista²⁸⁶ y la necesidad de buscar la manera de reinvertir en

²⁸⁵ Como lo afirma Zumbansen “Building on this perspective, which redirects the globalization investigation back into the nation state to study the regulatory changes that occur ‘on the ground’ and that fuel the creation of a global space of communication and interaction, we need to recognize the connection between the shifts in public and private governance, norm creation and norm enforcement, which have characterized the recent three decades of the Western welfare state. As well as, the shift “from government to governance” As well as, the shift “from government to governance” which has—on the level of the Western nation state—significantly shaped the context out of which the globalization wave of the late 20th century arose. The focus on the “erosion from below” allows for an historically informed perspective on the particular changes that mark an evolving political economy over a certain period of time. From that perspective it becomes possible to identify both gradual and radical shifts between the public and private spaces’ spheres of rule creation, and the changing role of the state in generating and administering norm production” (2013 a, 50-51).

²⁸⁶ “La producción de espacio, la organización de divisiones territoriales del trabajo totalmente nuevas, el acceso a complejos de recursos inéditos y más baratos, la promoción de nuevas regiones, como espacios dinámicos de acumulación del capital y la penetración en formaciones sociales

otros lugares y espacios dicha sobreacumulación, para así lograr generar de nueva cuenta ganancia y rentabilidad.

En este sentido, el concepto es retomado del análisis de la acumulación originaria,²⁸⁷ es decir, el proceso mediante el cual se fue llevando a cabo el desarrollo de las relaciones capitalistas, y por consecuencia, el proceso de separación entre los propietarios de los medios de producción y la venta de la fuerza de trabajo que se traduce en la proletarización de la clase campesina (K. Marx 2009, 893).

Este proceso se presenta en la historia de forma violenta y a través de instrumentos y mecanismo que conducen hacia la expropiación y el despojo de los bienes comunes²⁸⁸ que producen la afectación de población campesina. La

preexistentes de las relaciones sociales y de los dispositivos institucionales capitalistas (como las reglas contractuales y leyes sobre la propiedad privada) proporcionan canales importantes para la absorción del exceso de capital y de fuerza de trabajo” (Harvey 2004, 97). A su vez señala que: “Lo que posibilita la acumulación por desposesión es la liberación de un conjunto de activos (incluida la fuerza de trabajo) a un coste muy bajo (y en algunos casos nulo). El capital sobre acumulado puede apoderarse de tales activos y llevarlos inmediatamente a un uso rentable. La acumulación primitiva, tal como la describió Marx, suponía apoderarse de la tierra, por ejemplo, cercándola, y expulsar a sus habitantes para crear un proletariado sin tierra, introduciendo esta última posteriormente en el circuito privado de la acumulación de capital. Durante los últimos años, la privatización, (por ejemplo en Gran Bretaña, de viviendas sociales, las telecomunicaciones, los transportes, el agua, etc.) ha abierto igualmente vastas áreas en las que puede introducirse el capital sobre acumulado” (Harvey 2004, 119).

²⁸⁷ La definición de la acumulación originaria como la plantea Marx se refiere a lo siguiente: “La llamada acumulación originaria no es, por consiguiente, más que el proceso histórico de escisión entre productor y medios de producción. Aparece como originaria porque configura la prehistoria del capital y del modo de producción correspondiente al mismo” (2009, 893). En este mismo sentido Harvey señala que la acumulación originaria entraña distintos procesos que se llevan a cabo de manera diversa como los son actualmente la privatización y la expulsión de las poblaciones indígenas de sus territorios: “Un examen más detallado de la descripción marxiana de la acumulación primitiva revela una amplia abanico de procesos, que incluyen la mercantilización y privatización de la tierra y la expulsión por la fuerza de las poblaciones campesinas; la conversión de varios tipos de derechos de propiedad (comunal, colectiva, estatal, etc.) en derechos de propiedad privada exclusivos; la supresión del acceso a bienes comunales; la mercantilización de la fuerza de trabajo y la supresión de formas alternativas (indígenas) de producción y consumo; los procesos coloniales, neocoloniales e imperiales de apropiación de bienes (incluidos los recursos naturales); la monetarización del intercambio y los impuestos, en particular sobre la tierra; la trata de esclavos; y la usura, la deuda nacional y más recientemente el sistema de crédito” (2004, 116).

²⁸⁸ Como lo afirma Marx, “en la historia del proceso de escisión hacen época, desde el punto de vista histórico, los momentos en que se separa súbita y violentamente a grandes masas humanas de sus medios de subsistencia y de producción y se las arroja, en calidad de proletarios totalmente libres, al mercado de trabajo. La expropiación que despoja de la tierra al trabajador, constituye el fundamento de todo proceso. De ahí que debemos considerarla en primer término. La historia de esa expropiación adopta diversas tonalidades en distintos países y recorre en una sucesión diferente las diversas fases” (2009, 895).

acumulación por desposesión es un proceso que arrebató de distintas formas y maneras (legales e ilegales, con uso de la fuerza y la violencia) a la población de los bienes y recursos. Harvey señala que una de las características de este tipo de acumulación es la participación activa y decidida del Estado y de sus instituciones²⁸⁹ en el proceso de acumulación por desposesión. Para éste autor el proceso de acumulación originaria, no solo se presentó para dar forma a la articulación del desarrollo del capitalismo, además, en esencia se presentan constantemente este tipo de prácticas violentas²⁹⁰ (despojo de tierras y de recursos naturales, además de bienes intangibles y culturales) que se asimilan hacia el concepto primigenio de acumulación originaria²⁹¹ (2004, 116). Este proceso ha utilizado diferentes métodos e instrumentos como lo señala Harvey a grandes rasgos:

También se han creado nuevos mecanismos de acumulación por desposesión [...] la mercantilización de diversas expresiones integrales (la industria de la música descuella como ejemplo de la apropiación y la explotación de la cultura y creatividad populares). La empresarización y privatización de instituciones hasta ahora públicas (como universidades), por no mencionar la oleada de privatizaciones del agua y otros bienes públicos de todo tipo que recorre el mundo, supone una reedición a escala gigantesca del cercado de las tierras comunales en la Europa de los siglos XV y XVI. Como entonces, se vuelve a utilizar el poder del Estado para impulsar estos procesos contra la voluntad popular. El desmantelamiento de los marcos reguladores destinados a proteger a los trabajadores y al medio ambiente de la degradación ha supuesto la pérdida de derechos duramente alcanzados. La cesión al dominio privado de los derechos de propiedad comunales obtenidos tras largos años de encarnizada

²⁸⁹“El Estado, con su monopolio de la violencia y su definición de la legalidad, desempeña un papel decisivo en el respaldo y promoción de estos procesos...hay abundantes pruebas de que la transición al desarrollo capitalista fue y sigue siendo vitalmente dependiente de la actitud del Estado. El papel desarrollista del Estado tiene una larga historia, manteniendo las lógicas territorial y capitalista del poder siempre entrelazadas, aunque no necesariamente concordantes” (Harvey 2004, 116).

²⁹⁰ Como lo refiere Harvey en la siguiente descripción que hace sobre el proceso de acumulación por desposesión: “Una mirada más atenta de la descripción que hace Marx de la acumulación originaria revela un rango amplio de procesos. Estos incluyen la mercantilización y privatización de la tierra y la expulsión forzosa de las poblaciones campesinas; la conversión de diversas formas de derechos de propiedad –común, colectiva, estatal, etc.- en derechos de propiedad exclusivos; la supresión del derecho a los bienes comunes; la transformación de la fuerza de trabajo en mercancía y la supresión de formas de producción y consumo alternativos; los procesos coloniales, neocoloniales e imperiales de apropiación de activos, incluyendo los recursos naturales; la monetización de los intercambios y la recaudación de impuestos, particularmente de la tierra; el tráfico de esclavos; la usura, la deuda pública y, finalmente, el sistema de crédito. El estado con su monopolio de violencia y sus definiciones de legalidad, juega un rol crucial al respaldar y promover estos procesos (2005, 113).

²⁹¹ “de prácticas depredadoras de la acumulación primitiva u originaria en la amplia geografía histórica de la acumulación de capital es, por lo tanto, muy necesaria, como han observado recientemente varios autores. Dado que no parece muy adecuado llamar primitivo u original a un proceso que se halla vigente y se está desarrollando en la actualidad, en lo que sigue sustituiré estos términos por el concepto de acumulación por desposesión” (Harvey 2004, 116).

lucha de clases (el derecho a una pensión pública, al bienestar, a la sanidad pública nacional) ha sido una de las fechorías más sobresalientes de los planes de desposesión emprendidos en nombre de la ortodoxia neoliberal (2004, 118-119).

Este proceso ha podido realizarse a través de mecanismos implantados por los Estados a través de las reformas estructurales, y principalmente por medio de la técnica de la privatización²⁹². En lo que respecta a la hibridación jurídica, estos marcos normativos llevan a establecer nuevos mecanismos para explotar territorios y articularlos a la lógica capitalista nacional, y en este caso, en el espacio transnacional. La función de la hibridación jurídica es explotar los recursos (ya sean naturales o incluso bienes intangibles, como culturales) de territorios y poblaciones para reinvertir el capital acumulado, que ha modificado los marcos conceptuales jurídicos que identificaron en etapas anteriores las relaciones entre el Estado y la sociedad.

La nueva lógica capitalista del despojo y la desposesión se dirige hacia formas híbridas, porque el conjunto de actores ya no son solo organismos estatales, sino, además, actores privados tanto nacionales como internacionales u organismos públicos internacionales o privados internacionales.

Por tanto, estas estructuras híbridas complejas son adecuadas para la transferencia de recursos. Como lo afirma Kjaer:

Las fuerzas combinadas de la globalización y la privatización, la confianza en la autorregulación ha dado lugar a la aparición de disposiciones reglamentarias que combinan elementos de varios ordenamientos jurídicos [...] tales arreglos reguladores están en la mayoría de los casos orientados hacia la facilitación de transferencias de componentes sociales tales como productos económicos y capital, conocimiento científico, decisiones políticas y artefactos artísticos entre diferentes contextos sociales y órdenes legales diferentes (2013, 3).

Una de las principales funciones de estos regímenes es buscar la manera de transferir los recursos de sedes nacionales hacia otro tipo de sedes, sin que se pierda cierto grado de control nacional. Para poder llevar a cabo este proceso es necesario privatizar ciertos elementos de las estructuras consideradas como nacionales, es decir, este tipo de regímenes contienen un alto grado de injerencia

²⁹² Para un análisis del concepto de privatización y su alcance revisar el capítulo tercero del presente trabajo.

del derecho privado, que se inserta en el derecho público, a través de la instrumentación de mecanismos contractuales y formas de autorregulación, modificando la relación de los espacios de lo público y lo privado. Estos elementos son fundamentales para entender la forma que adquieren estos nuevos regímenes jurídicos.

En este sentido, la influencia del proceso de globalización en el cambio en las dinámicas económicas, políticas, tecnológicas y sociales ha afectado al derecho público en su esencia, sus principios y sus procedimientos. Sand destaca a grandes rasgos los siguientes:

a) una infinidad de organizaciones y actores internacionales, el aumento de tratados, así como el aumento de órganos de solución de controversias han influido en la ley. Una buena parte del derecho público ahora es generado por organizaciones internacionales a través de negociaciones en el derecho internacional público; b) a nivel internacional el derecho aparece fragmentado y asimétrico, el cual se encuentra regulado por los tratados que difieren de los métodos del derecho público nacional; c) el derecho público regula un sinnúmero de áreas de alto conocimiento especializado y tecnológico por lo que el derecho tiende a ser un parasito cuando se encuentra con otros códigos y racionalidades; d) elementos y mecanismos que fueron considerados del derecho público o el derecho privado ahora se encuentran estrechamente vinculados e interconectados y es difícil encontrar una distinción, por ejemplo el uso de contratos, o el derecho de la competencia económica que es utilizado por las agencias de regulación pública; principios y estándares que cada vez más son utilizados en distintas áreas como los contratos, lo que tiene como consecuencia la falta de procesos democráticos en las instituciones legales y la falta de certidumbre sobre la interpretación de lo que son bienes comunes (2013, 203).

Por lo tanto, el derecho público está siendo afectado en sus principios y procedimientos, pero a la vez influenciado por el derecho privado. El derecho público regulado por agencias y órganos reguladores, interactúan directamente con corporaciones y empresas del sector regulado a través de contratos públicos y privados²⁹³. Las distintas áreas interactúan de diferentes maneras dependiendo una

²⁹³ Para la autora un ejemplo claro tiene que ver con el sector energético en Noruega: "State-owned corporations, wholly or partially owned, are used for public services, communications, energy production, and other policy areas, such as telecommunications and oil and gas production. Because of the more general history of the use of state corporations in Norway, particularly with regard to hydroelectricity and oil and gas production, Norway has a large number of state-owned corporations. They are run as autonomous corporations on market terms. The three largest corporations in Norway today are partially state owned, the two largest with a clear (state-) majority ownership, Telenor and Statoil. They were both first wholly state owned, and then listed on the NY Stock Exchange for partial

de otra; “combinan pero también compiten, acoplamientos institucionales y legales, como la privatización de utilidades públicas, empresas corporativas estatales y el derecho de competencia evoluciona como una conexión entre el derecho público y el derecho privado y sus respectivos contenidos y valores, los mismos estándares de eficiencia económica siempre son aplicados en ambas esferas²⁹⁴ ” (I. Sand 2013, 205).

Por tanto, se han alterado los regímenes normativos estatales generando un conglomerado de procesos que interactúan entre sí, en principios contradictorios. Es decir, la pluralidad de actores y de centros de producción normativa interactuando en espacios transnacionales (local, nacional, internacional), así como

private ownership, which inevitably means running them according to market rationality with the government acting as a professional commercial owner. Privatization and market participation also means a more visible exposure of commercial risks in public budgets. In addition to this, a part of the Norwegian state’s ownership of Statoil has been placed in a separate corporation fully owned by the state, with the sole function of managing the ownership of Statoil. The Norwegian state’s revenue from oil and gas production has for some years now been placed in a state-owned (sovereign wealth) fund, the Norwegian state’s pension fund. It is the second largest sovereign wealth fund in the world, with a capitalization of approximately 3,000 million Norwegian krone (£320 million) (2011). The Santiago principles, or ‘Generally Accepted Practices and Principles for Sovereign Wealth Funds’ (GAPP), are applied by the fund. The annual use of the fund (by the state) is set at a standard rate of 4 per cent return on investment. Both the fund and the state’s ownership in Statoil and Telenor underscore the close interaction and interdependence between public and private law and their respective principles and concerns” (2013, 210).

²⁹⁴ Se reproduce esta idea porque refleja el proceso de modificaciones al derecho público y al mismo tiempo la influencia del sector económico y del mercado en las instituciones: “Economic and market-oriented law has become an increasingly vital part of public law. The internationalization of law has led to complex and interdependent multi-level institutional systems and has had significant effects on the structure and the institutions of public law. Finally, new forms of law have evolved. Self-regulation and other more autonomous forms are increasingly applied and may be seen as lying on the boundary between public and private law or as qualitatively new legal forms. Public legislation frequently delegates the implementation of law in some áreas. to self-regulatory mechanisms and more distanced forms of public control. Moreover, the expansion and differentiation of law has also led to various forms of inclusion of citizens and non-public actors and organizations in the various processes connected to public regulation. Forms of self-regulation, consumer rights, and patient rights are examples. Some areas develop organizations and institutions of their own for the implementation of regulatory decision-making and control, as part of public agencies, privately organized, or organized by sector. In some cases international institutions or agencies are developed to standardize, harmonize, or regulate highly specialized areas. One well-known example is the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN), but other examples include UNbased agencies such as the Codex Alimentarius of the FAO/WHO, the UNHCR, and the WTO. Self-regulatory mechanisms are used by both public institutions and private organizations. Regulatory and semantic resistance from highly specialized areas can be a well-known problem for public regulatory law. This problem has become more urgent in scope and intensity because the different areas have become increasingly specialized, and thus internally defined, communicatively as well as normatively. A vital problem is how to develop legal concepts, standards, and procedures which include a wider societal scope, also addressing the various negative side-effects and consequences of new technologies, including relevant ethical problems”. (I. Sand 2013, 206).

la influencia de mecanismos e instrumentos de corte mercantil conjuntamente con mecanismos jurídicos llevados a cabo por los Estados, hace que se creen acoplamientos y una serie de incrustaciones en los órdenes jurídicos nacionales para la transferencia de recursos a nivel transnacional.

5.1.1 El problema de la privatización del derecho público y la publicación del derecho privado en la hibridación jurídica

Antes de estudiar el concepto de hibridación jurídica se explica otro fenómeno que desde el derecho administrativo se ha analizado con mayor detenimiento, y es el de la privatización del derecho público y la publicación del derecho privado. Estos dos fenómenos se presentan ya desde la etapa en la que el Estado interviene en las relaciones económicas, es decir cuando es considerado como un Estado de fomento económico. La privatización del derecho público y la publicación del derecho privado son temas que están íntimamente relacionados con el proceso de hibridación jurídica, ya que son los mecanismos por los cuales interactúan los particulares en espacios que antes eran controlados y gestionados por el Estado. Por un lado la privatización del derecho público es el medio por el cual se flexibiliza la estructura de la administración estatal, y permite generar la participación de particulares en áreas económicas estratégicas, pero además, permite crear acoplamientos y amalgamas que hacen una difícil distinción entre las esferas. Y no solo eso, permite la articulación de elementos del espacio transnacional en los sistemas normativos nacionales (ejemplo de ello es la incorporación de arbitrajes internacionales para la resolución de conflictos en la legislación nacional) y por consecuencia la participación de empresas transnacionales en el espacio nacional.

Por el otro, la publicación del derecho privado se presenta cuando el régimen jurídico de los particulares es decir, el derecho privado se encuentra regulado por el régimen de derecho público, por ejemplo el uso del contrato para la prestación de un servicio público, en el cual se debe de respetar ciertos principios provenientes del derecho administrativo como a la sujeción por parte de los particulares a un

procedimiento de licitación pública. Esto es, existe una sujeción de los particulares al derecho administrativo.

Planteado lo anterior, cabe hacer la siguiente pregunta: ¿Qué sucede cuando dentro de un ordenamiento jurídico se establecen ambos mecanismos, esto es, procedimientos provenientes del derecho administrativo público y del derecho privado?

De esta forma, la necesidad de intervención estatal en la economía hizo necesario un acercamiento por parte del Estado al derecho privado²⁹⁵. En ese entonces, el fenómeno ya había sido discutido y planteado. Aunque para Nava Negrete este fenómeno no debía plantearse de esa forma ya que de ninguna manera se perdía la condición de las esferas, simplemente se utilizaban los instrumentos jurídicos de uno u otro ámbito sin perder su esencia respectiva, así menciona que²⁹⁶: “aquellos fenómenos no propenden hacer público lo que es derecho privado ni viceversa” (1963, 4). De igual manera, afirmaba que lo correcto es denominarlos como la publicización de la actividad de los particulares y la privatización de las actividades del Estado. Entendiendo por la primera como aquellas actividades que formaron parte del terreno del derecho privado pasan a formar parte del ámbito estatal sometidos a un régimen de derecho público. En este sentido, el derecho privado pierde su esfera de acción pero de ninguna manera deja de ser derecho privado (1963, 4). A su vez, en la privatización de las actividades del

²⁹⁵ Como lo afirma Nava Negrete, “para entender el radicalismo de la intervención reflexionemos sobre el sentido de las novísimas locuciones: «Estado-empresario» y «Estado-socio», que nos descubren un Estado industrial o comerciante que por igual crea y dirige industrias, directa o indirectamente (por medio de organismos desconcentrados o descentralizados), que se asocia con los particulares en empresas industriales o mercantiles. Estas nuevas ocupaciones del Estado no son más que respuesta a las exigencias de la vida social contemporánea, que a su vez son provocadas fundamentalmente por el alto desarrollo económico alcanzado por los pueblos... El panorama que se nos ofrece es que a medida que el Estado agiganta su actividad, entran al régimen del derecho público regiones que tradicionalmente estaban sometidas al régimen de derecho privado y cuando le es imposible extender ese régimen no se detiene, aprovecha, utiliza, se sirve del derecho privado para lograr sus tareas públicas. En condiciones tales el derecho público ha dejado de ser el único conjunto normativo encargado de regular la actividad del Estado” (1963, 4).

Estado, hace referencia a la utilización de técnicas y procedimientos provenientes del derecho privado para la realización de los fines estatales (1963, 4).

Ahora bien, desde la tesis planteada por Nava Negrete se tendría entonces que de ninguna manera existiría un fenómeno jurídico hibridatorio. Sin embargo, se considera que en el proceso jurídico actual intervienen otros factores que hacen que dichas distinciones no queden del todo claras ya que las actividades estatales eran preferentemente reguladas por el derecho público, es decir, se consideraba que el Estado tenía el control pleno de todas las actividades en el que intervenía y que el uso de estas técnicas generalmente eran la excepción y no la regla. Ahora, existe toda una nueva coyuntura de corte neoliberal y transnacional que han modificado las tareas del Estado, y al mismo tiempo se ha generado toda una nueva legislación donde no se elimina del todo la participación estatal, es decir, se da cierto margen de participación y al mismo tiempo, se delega en todo o en parte actividades económicas a los particulares que antes eran consideradas como exclusivas del sector público. Es decir, existe una dependencia e interrelación en las actividades de cada sector.

En un marco general, la privatización aminora la participación y la intervención del Estado en áreas en las que éste tenía el control o llevaba a cabo de forma exclusiva la realización y gestión de ciertas actividades. Actualmente cede a los particulares su gestión. Por tanto, la privatización puede realizarse mediante dos formas; la primera mediante el traspaso o venta de propiedades y empresas del Estado a los particulares, y la segunda, por medio de la devolución de tareas o servicios hasta entonces gestionados por el Estado (Ariño Ortiz 1999). En el primer caso, la privatización se realiza cuando se cede la facultad de control a los particulares sobre un ente público dedicado a la actividad de producir bienes y servicios y que era manejado con anterioridad por el Estado²⁹⁷ (Ariño Ortiz 1999, 440).

²⁹⁷ Señala Ariño Ortiz que no puede ser considerada como privatización cuando se realiza una enajenación parcial y minoritaria del capital de las empresas en las que el Estado sigue manteniendo el control y dirección de las mismas (1999, 440).

En el segundo caso, el referente a la devolución de tareas y servicios que eran llevados a cabo por el Estado existen dos modalidades: a) aquella en la que se mantiene el control del servicio estatal (*publicatio*) pero se privatiza su gestión, en ésta el Estado sigue siendo el titular del servicio público pero su gestión es realizada por una empresa privada²⁹⁸ y, b) aquella en la que se presenta la despublicación, en la que se cede la titularidad del servicio al sector privado²⁹⁹ (Ariño Ortiz 1999, 440-441). Este tipo de privatización y sus modalidades se presentan en la reforma energética, es decir, el Estado mantiene en ciertos aspectos la *publicatio* o el control estatal del servicio pero es cedido y gestionado por empresas privadas, de igual forma hay determinadas actividades de todo el proceso en las que la titularidad la transfiere el Estado a los particulares.

En este contexto general se entiende las modalidades de privatización. Por otro lado, en el seno del derecho administrativo también se establecen una serie de transformaciones importantes. La privatización del derecho público se define entonces como todo tipo de regulación que tiende a evadir el principio de legalidad³⁰⁰, o de mejor forma, se presenta la huida del derecho administrativo y

²⁹⁸ De igual forma Ariño Ortiz señala lo siguiente “sobre el servicio público o tradicional, las actividades económicas denominadas servicios públicos han sido objeto de una publicación previa mediante ley formal en la que se señala que la actividad en cuestión pertenece al que hacer del Estado y lo asume él en exclusiva, eliminando, por tanto, en aquel sector económico la libertad de empresa...La *public utility* norteamericana es una actividad sometida a regulación intensa, por su condición monopolista pero en la que no se ha cuestionado si la titularidad de esa actividad pertenece al Estado o pertenece a la sociedad. De ahí que no exista el instituto jurídico de la concesión (1999, 441).

²⁹⁹ Este tipo de modalidad de privatización embona con la privatización en el sector energético en México. Como bien lo afirma Ariño Ortiz, en el contexto de la Unión Europea: “hoy, tanto un sector como otro han sido en gran medida privatizados, en el sentido de despublicados y liberalizados, como consecuencia de la integración europea y la internacionalización de los mercados, lo que supone un cambio importante en el marco jurídico en el que tales actividades han de desenvolverse en el futuro. Junto a esta importante *despublicatio* de la titularidad de la actividad, que hoy es privada, se ha producido en los últimos años, asimismo, un proceso de privatización de las empresas principales de estos sectores (Teléfonica, Repsol, Endesa, Gas Natural). En todo caso, se debe señalar que estas dos modalidades del fenómeno privatizador se corresponden a este cambio histórico del Estado” (1999, 442).

³⁰⁰ Para un análisis más detallado sobre el principio de legalidad ver el capítulo segundo del presente trabajo. Se señala el principio de legalidad porque este conlleva el rasgo esencial del derecho público, esto es, el sometimiento a controles de la actuación de la autoridad y el control del uso de recursos provenientes del erario público, y además, el respeto al proceso deliberativo para el surgimiento de la ley pública. “En el seno mismo del Derecho administrativo se ha producido un abandono o rechazo de esos principio tradicionales que históricamente se habían considerado indispensables para el sometimiento de la actuación de la administración pública «privilegiando la

cualquier control por parte del derecho público por el cual se encuentra sujeta toda autoridad pública. Al mismo tiempo, se establece la aplicación de instrumentos jurídicos provenientes del derecho privado para regular las relaciones y actividades que antes eran consideradas del sector público. Esta aplicación se realiza a través de técnicas y procedimientos tendientes a establecer principios de eficiencia económica, de mercado y del derecho privado como lo son la libertad contractual y el respeto a la autonomía de la voluntad.

Para Valls y Matute, la privatización del derecho público, y en específico, del derecho administrativo, significa que un órgano o entidad del sector público pasa a ser regulado por el derecho privado. A esto lo autores lo llaman una privatización formal porque no se aleja del todo al sometimiento de reglas de derecho. Así, es diferente una privatización formal frente a la huida plena del derecho. En este sentido, la huida del derecho se presenta cuando prevalece y se privilegia al derecho privado sobre el derecho público. Así es como ellos lo afirman: “vale la pena distinguir la privatización formal que se refiere a que la regulación de una entidad pública se rija por el Derecho privado, de la huida que se presenta cuando tal privatización formal no lleva consigo la sujeción a reglas jurídicas suficientes. La huida es el abuso en el ejercicio de la libertad de elección entre el Derecho público o el privado, privilegiando este último” (2014, 194-195).

En consecuencia, es pertinente adentrarse al análisis sobre la huida del derecho y en específico sobre la huida del derecho administrativo. Valls y Matute señalan que la huida del derecho administrativo se refiere “a un aspecto patológico de las relaciones entre el Derecho Público y Privado, que se produce cuando se aplica incorrectamente este último ordenamiento para la regulación de sujetos que tienen a su cargo funciones administrativas” (2014, 195).

A diferencia de Valls y Matute, Ariño Ortiz señala que existen tres vías por las cuales se plantea la huida del derecho administrativo: a) la exención de la aplicación de los principios básicos de Derecho Público a la empresa Pública; b) la

eficacia, eficiencia y economía, frente a las garantías de legalidad, de igualdad y de justicia» (Valls y Matute Gonzalez 2014, 178).

huida general al Derecho privado de las organizaciones públicas y; c) la privatización del derecho administrativo.

La primera de ellas hace referencia a que las actuaciones de las entidades públicas que utilizan recursos y bienes públicos dejen de estar sometidas a reglas y principios provenientes del derecho público como lo son la sujeción de los derechos fundamentales, la publicidad o el control gubernamental del gasto público (1999, 43).

Sobre la huida general al Derecho privado de las organizaciones públicas hace referencia a que la actuación gubernamental es llevada a cabo a través de formas de derecho privado. Es autoridad pública pero ciertos aspectos de su actividad es regida por formas contractuales distintas a los procedimientos administrativos, así como también toda la gestión administrativa se flexibiliza, es decir, “una empresa mercantil dictando unos actos administrativos que son la esencia de la soberanía” (1999, 44-45). Por la cual aparecen dos rasgos importantes: a) transformaciones de organismos públicos para obtener un régimen jurídico flexible, o privatizado, y b) generalización de la figura del ente público, sometido al régimen jurídico privado (1999, 45).

En cuanto a la transformación de los organismos públicos, tienden a establecerse medidas que flexibilizan los organismos administrativos, para que puedan actuar de forma eficiente en la toma de decisiones, lo cual para Ariño Ortiz resulta conveniente, sin embargo, hace énfasis en que se abandonan las garantías establecidas por el derecho público (1999, 47). A su vez, la generalización de la figura del ente público tiene que ver con el sometimiento de las entidades públicas al ordenamiento privado. Esto es, tienen competencias y facultades públicas pero su actividad está regulada por un ordenamiento privado (1999, 48).

También agrega otras vías que pueden ser indirectas y que escapan del derecho público como por ejemplo sociedades que pueden ser consideradas dentro de una regulación típica administrativa como lo son los contratos de obras y servicios, que en México puede ser regulado por la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las mismas, pero quedan sometidas al derecho privado.

Otra vía indirecta de privatización es la creación de sociedades con un objeto demasiado amplio (1999, 50-51).

Por último, la privatización del propio Derecho Administrativo, por medio del cual se abandonan los principios rectores del derecho administrativo, como el principio de legalidad, principio de igualdad, el de control y rendición de cuentas y procedimientos administrativos, y se instauran principios que tienen que ver con la eficiencia y la eficacia de la administración así como la flexibilización interna. Así se establecen, “a) modificaciones en el régimen general de contratación, la huida del concurso, b) modificaciones en la ley y en la práctica de la función pública, c) modificaciones en el régimen patrimonial del Estado, d) relajación y quiebra de los principio presupuestarios y, e) la desnaturalización del control previo del gasto público” (1999, 54).

Para abonar a la discusión de la temática señalada, además, Valls y Matute señalan que existe un derecho administrativo privado “el cual consiste en sujetar a los derechos fundamentales y los principios generales de derecho administrativo la actividad en régimen jurídico-privado de los entes que crea la Administración para el cumplimiento de funciones administrativas o de los entes privados que realizan actividades de índole pública” (2014, 188).

Para Valls y Matute el Derecho administrativo privado se basa principalmente en el principio de libertad de elección donde la administración puede elegir en someterse a un régimen derecho público o privado. De esta forma existe una diferenciación entre la Administración en forma de derecho público y de derecho privado. Señalan los autores que existen tres formas ordenadas con relación a su mayor o menor vinculación respecto al Derecho público: 1) se realizan funciones públicas sujetando la actividad a derecho privado como la concesión de servicios públicos; 2) los negocios jurídicos privados de la administración como los contratos de arrendamiento y 3) la actividad puramente privada e industrial (2014, 189). De esta manera la privatización formal se presenta cuando un organismo con funciones administrativas se sujeta y se rige por el derecho privado, mientras que en la

privatización material existe un traslado completo de la función o servicio (2014, 189).

Actualmente el control constitucional establecido por el Estado con relación a las áreas estratégicas y prioritarias se ha modificado en su totalidad. En este sentido solo algunas áreas se encuentran sometidas plenamente a un régimen derecho administrativo público, ya que ahora, tratándose del sector energético se permite la participación de los particulares. En este sentido, se puede afirmar que dicha reforma cae en estas distinciones y más en específico en la sujeción del derecho privado con relación al sector energético. Esto puede ser considerado como la penetración de los particulares mediante técnicas del derecho privado en un sector tan importante como el sector energético para el país.

Además de las caracterizaciones señaladas con anterioridad, se encuentra otro fenómeno a destacar y que tiene relación con la problemática mencionada en los párrafos anteriores: la iuspublicación del derecho privado. Este fenómeno hace referencia a “hacer públicas reglas del derecho privado”, o puede ser entendido como la transformación de reglas privadas en públicas, en donde “el derecho parece dirigirse hacia una mayor caracterización pública de las relaciones jurídico-privadas de los entes que cumplen funciones administrativas” (Valls y Matute Gonzalez 2014, 193). En este sentido en los nuevos ordenamientos jurídicos existe una mezcla de figuras jurídicas provenientes del ámbito de lo privado que fueron incorporadas a un régimen de derecho público y que conviven dentro de la administración pública.

De esta forma, el análisis de la privatización del derecho público a través de sus diversas variantes nos permite dar cuenta de cómo la nueva legislación energética plantea este fenómeno. Como lo afirma Cárdenas Gracia, la privatización del derecho público conlleva a someter a reglas del derecho privado el servicio público (2015, 584). Para este autor, la reforma energética es una privatización del derecho público porque señala que la mayoría del sector se encuentra sometido a reglas del derecho privado, y ello conlleva a la pérdida de la soberanía del Estado,

principalmente porque se traspasa el control del sector energético a los particulares y empresas privadas tanto nacionales como transnacionales³⁰¹ (2015, 611).

Ahora bien, este fenómeno de la privatización del derecho público, representada a través de la huida del derecho administrativo no solo se presenta en el traslado de servicios públicos o de sectores estratégicos para ser gestionados por entidades privadas, a través de ser regidos por el derecho privado. Además, existe otro tipo de fenómeno al interior de la administración que tiende a generar formas de gestión pública con dinámicas privatizadoras y que se alejan del control estatal.

Este tipo de privatización se presenta con las modificaciones realizadas dentro de la estructura administrativa del Estado mediante figuras denominadas en el derecho administrativo mexicano como Órganos Desconcentrados o Descentralizados. Creados principalmente para que su funcionamiento sea adecuado a los intereses del mercado. A estos organismos se les otorga flexibilidad administrativa a partir de lo que se considera como autonomía de los organismos de la administración³⁰². Sin embargo, en la práctica consiste en separar las

³⁰¹ Esta privatización se manifiesta en: “a) el fin de la cláusula Calvo porque las controversias que se susciten con motivo de la reforma no serán resueltas por los tribunales nacionales sino por instancias de arbitraje internacional; b) la protección de las inversiones extranjeras sobre las nacionales — artículos 1103, 1106 y 1110 del TLC—implica que el derecho público mexicano y la propiedad de los nacionales queda subordinado al derecho internacional de carácter comercial; c) la aplicación del derecho privado de manera supletoria en la materia; d) el régimen fiscal de los contratos que no es tratado como contribución fiscal sino como contraprestación regida por el derecho privado; e) el Fondo Mexicano del Petróleo que no se rige por las reglas de los fideicomisos públicos sino como fideicomiso *sui generis* al margen de los controles estatales que operan en el resto de los fideicomisos; f) las expropiaciones simuladas bajo la figura de ocupaciones temporales o servidumbres que se realizarán, no para garantizar una causa de utilidad pública, sino para satisfacer el interés privado de los contratistas; g) el “*booking*” que permite que las reservas de hidrocarburos de la nación se otorguen como garantía para la obtención de créditos en la banca internacional; h) la bursatilización de las reservas nacionales en las bolsas de valores del extranjero; y, por último, i) la subordinación de la propiedad ejidal e indígena a los fines de la reforma energética” (Cárdenas Gracia 2015, 611).

³⁰² La autonomía de los Órganos Desconcentrados puede plantearse mediante la capacidad de éstos respecto el poder que tienen de decisión y mando. Afirma Roldán Xopa que “el poder de instrucción o mando se rompe cuando se otorgan atribuciones a los órganos desconcentrados para decidir sus propias resoluciones sin estar sujetos a las instrucciones de los órganos superiores de la dependencia o entidad de la cual forma parte. El fenómeno anterior se presenta con el otorgamiento de competencias propias, cuyo ejercicio y decisión corresponde en exclusiva al órgano. Así pues, mientras los órganos desconcentrados típicos funcionan con atribuciones correspondientes a las secretarías y, por tanto, a su titular, las atribuciones de los órganos desconcentrados autónomos les son dadas de manera directa. De esta suerte, aun cuando las atribuciones corresponden por igual a

decisiones importantes de los organismos de la administración de los controles tradicionales del derecho administrativo, así como la posibilidad de creación e inclusión normativas dentro del ámbito del derecho administrativo provenientes de otras áreas (como normas técnicas o códigos de conducta, lineamientos,) que pueden apartarse del proceso de control administrativo.

Como lo afirma Roldán Xopa “se produce la modificación del principio de control y mando que edifica la relación orgánica de la administración clásica inspirada en el modelo militar, incorporándose una organización administrativa en red, con órganos administrativos límite en la gestión ordinaria de regulaciones sectoriales o bien horizontales” (2008, 13). Es decir, lo que puede entenderse como una privatización de la producción normativa dentro de la estructura administrativa, y que la legislación estatal ha denominado y considerado como autonomía técnica y de gestión de los órganos reguladores³⁰³, pero en realidad lo que se presenta es una especie de privatización de las funciones del Poder Ejecutivo para alinearse y adecuarse al funcionamiento y necesidades del mercado.

Esta influencia e interrelación de lo privado sobre lo público, hace que se generen regímenes jurídicos mixtos o como se señala en el presente trabajo regímenes jurídicos híbridos. Hasta el momento no existe una teoría jurídica completa³⁰⁴ que permita explicar el problema anterior en la administración pública y el Estado. Lo preocupante está en que estos procesos han generado nuevos regímenes que no tienen un control jurídico adecuado. Primero porque existe una ruptura con los marcos jurídicos tradicionales, en segundo lugar porque al

la secretaría, su ejercicio no corresponde al titular de la misma sino a un órgano de su estructura” (2008, 237).

³⁰³ Para un análisis al respecto ver el capítulo IV de la presente investigación.

³⁰⁴ Valls y Matute hacen un análisis respecto de la teoría de los dos niveles. Esta teoría la explican a partir de establecer dos niveles o etapas preguntándose al qué corresponde al derecho público y al derecho privado. Y en segundo lugar el cómo puede adecuarse uno y otro ámbito. Así describen los siguiente: “la primera etapa se inscribe en la discusión de cuál es la línea divisoria entre lo público y lo privado. Si solamente se puede ser certero en distinguir ambos conceptos en los extremos, entonces será pública, sin discusión alguna, la elaboración de leyes, la declaratoria de guerra, el reclutamiento de tropas, la potestad tributaria, la procuración de justicia, entre otras, y serán privadas aquellas relaciones civiles o mercantiles que se presenten entre personas que posean circunstancias que las iguallen tanto en términos políticos y sociales como económicos. Sin embargo, conforme uno se acerca al límite es más complicado distinguirlos” (2014, 185).

fracturarse los controles del derecho público no existen mecanismo que permitan dar una salida bajo principios de derecho nacional ya que este tipo de regímenes establecen la posibilidad de trasladar la resolución de los conflictos hacia sedes transnacionales, y por último, en estos regímenes no se establecen instrumentos de defensa adecuada de la población y a las comunidad en caso de afectación.

En el siguiente apartado se analiza el concepto de hibridación jurídica, que permite entender como estos nuevos regímenes jurídicos permiten la privatización del sector energético. Es decir, la hibridación jurídica es un proceso que genera nuevas estructuras acordes a las necesidades del mercado pero a la vez permite la desnacionalización estatal.

5.1.2 La descripción general del concepto de hibridación jurídica

El concepto de hibridación ha sido utilizado principalmente en áreas de las ciencias sociales. Por lo que se señalan algunas definiciones que dan pauta para entender cuáles son sus elementos. El concepto “híbrido” hace referencia al producto generado por dos seres de distinta naturaleza o especie³⁰⁵. Es un concepto que se ha usado principalmente del ámbito de la biología, pero además se ha referido a los procesos de influencia de las distintas culturas. No es un concepto del todo novedoso, fue usado para señalar a los migrantes que llegaban hacia Roma, o el mestizaje que se presentó en el mediterráneo en tiempos de la Grecia clásica, o incluso para explicar el proceso de expansión y colonización de Europa hacia América (García Canclini 2003). Este concepto es usado en otras áreas como la sociología, la antropología y la literatura para referirse a procesos transculturales como el de mestizaje, sincretismo, aculturación, heterogeneidad y creolización (De Grandis 1997, 38).

³⁰⁵ Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua el término híbrido proviene del latín *hybrida*, que significa: 1) adj. Dicho de un animal o de un vegetal: procreado por dos individuos de distinta especie; 2) adj. Dicho de una cosa: que es producto de elementos de distinta naturaleza; 3) adj. Biol. Dicho de un individuo: De padres genéticamente distintos con respecto a un mismo carácter; 4) adj. Mec. Dicho de un motor y, por extensión, de un vehículo: que puede funcionar tanto con combustible como con electricidad.

Desde esta perspectiva García Canclini señala que hibridación hace referencia “a procesos socioculturales en los que estructuras o prácticas discretas, que existían en forma separada, se combinan para generar nuevas estructuras” (2003, 4). Por tanto para el autor la “hibridación aparece como el concepto que permite lecturas abiertas y plurales de las mezclas históricas, y construir proyectos de convivencia despojados de las tendencias a resolver conflictos multidimensionales a través de políticas de purificación étnicas” (2003, 5).

Desde una perspectiva social Sandoval Godoy explica el término como un modelo conceptual:

que hace referencia a una interacción de prácticas, modelos, procesos o fuerzas sociales de naturaleza y trayectoria distinta que contiene principios de novedad, transición, adaptación, resimbolización, mejoramiento y rendimiento expresados mediante instrumentos, mecanismos y además recursos de creación, innovación, experimentación y aprendizaje [...] refleja una condición de mediación entre lo que se considera representa lo global y lo local, lo general y lo específico, lo universal o lo particular. Expresa también una relación de tensión o de conflicto entre prácticas sociales hegemónicas y subordinadas (2003, 49).

Desde la formación de la Ciencia Política como disciplina, la hibridación se entiende como:

un proceso de fragmentación rompiendo con los núcleos duros de una disciplina por diversos factores como la especialización y la dispersión, que no es otra cosa que un seguimiento de la complejidad social y política de la misma sociedad. En el proceso mismo de desarrollo de las ciencias sociales aparece un fenómeno de intersección, de encuentro entre las mismas disciplinas, el cual es el origen de la fragmentación y al mismo tiempo produce espacios híbridos. Las disciplinas se salen de sus centros y se mudan a las periferias trasgreden las fronteras clásicas y generan nuevas expresiones (1998, 17).

Por tanto el término resulta sugerente ya que en primer lugar puede ser visto como un concepto que permite una transición o una mediación de determinadas prácticas sociales hacia otras diferentes. Rompe con marcos conceptuales previamente establecidos, para adaptarse y acoplarse para crear otros. El uso de técnicas, mecanismos o conceptos de otras áreas permite generar otras disciplinas como lo fue el surgimiento de la Ciencia Política.

Para recapitular de las definiciones anteriores que provienen del ámbito de las ciencias sociales se destacan los siguientes elementos: a) estructuras o prácticas sociales separadas; b) combinación de las prácticas sociales para generar

otras prácticas sociales; c) se introducen principios de novedad, transición, adaptación, resimbolización, mejoramiento y rendimiento; d) refleja una condición de mediación pero además refleja una relación de tensión o de conflicto entre prácticas sociales hegemónicas y subordinadas y; e) es un proceso de fragmentación pero a la vez de intersección de las distintas disciplinas que genera la hibridación.

Así estos primeros referentes dan pauta para entender de mejor manera los elementos del concepto hibridación. Desde una perspectiva del derecho indígena, se analiza la diversidad y pluralidad del sistema jurídico de las comunidades indígenas (Tzeltal-Tenejapaneca) y la influencia que tiene el sistema jurídico estatal en los procedimientos utilizados por la propia comunidad. Orantes García señala que “al realizar un análisis de lo jurídico, los procesos socioculturales en los que estructuras o prácticas discretas, que existían en forma separada, se combinan para generar nuevas estructuras, objetos y prácticas... Al tener en cuenta la existencia de dos sistemas jurídicos (el indígena y el mexicano) en un municipio alteño de Chiapas, es inevitable que se recurra a un principio de discurso jurídico que unifique a estos dos sistemas en uno solo: el tenejapaneco³⁰⁶” (2007, 60).

Teubner hace una definición al respecto de las hibridaciones en el derecho contractual, el derecho de las sociedades y sus relaciones con la economía, principalmente en las relaciones con el mercado y la estructura jerárquica

³⁰⁶ “Para explicar esto, es necesario recalcar aquí, premisas que nos sirvieron de manera importante para entender el proceso de hibridación entre el derecho mexicano y el sistema jurídico indígena entre los tenejapanecos. En perspectiva histórica tenemos que el sistema jurídico tenejapaneco se nutre en su organización: 1) del sistema de cargos religiosos, instituido por las cofradías católicas, desde la colonia española: normas impuestas que se basaban en un ideario segregacionista, en el cual las leyes se aplicaban a indígenas y a españoles. Con base en este criterio, entendemos que la característica que marca el sistema jurídico colonial es el de la subordinación. Este sistema jurídico se componía además, desde una perspectiva localista, de algunas normas de los indígenas tzeltales. En este tenor tenemos también: 2 la aplicación del derecho mexicano en los periodos pos independentistas, en el siglo XIX, que llevaba consigo los preceptos inspiradores de la Revolución Francesa, la teoría de la separación de poderes y del principio de la igualdad ante la ley, y postrevolucionario a partir de la década de los treinta, en el siglo XX, con la creación de juzgados en las cabeceras municipales en todo el territorio chiapaneco, y con la participación de autoridades mestizas en la aplicación de la justicia en pueblos con una población mayoritariamente indígena; 3 los movimientos indígenas acaecidos en las décadas de los sesenta y setenta, para expulsar a mestizos de los pueblos, que actualmente se llaman indígenas, de los Altos de Chiapas, principalmente y, 4 las movilizaciones y reclamos de género a partir de la década de los setenta” (Orantes García 2007, 61).

organizativa de las instituciones corporativas. Para explicar la hibridación el autor hace alusión a un ejemplo proveniente desde la psicología en el que una madre le da a su hijo dos mensajes contradictorios: el primero aquel en la que la madre le dice que lo ama, el niño intenta acudir a sus abrazos para besarle pero cuando éste lo hace la madre lo rechaza expresándole con otro mensaje que se aleje de ella. En este contexto se recibe dos mensajes contradictorios, por el cual el niño tendrá que rechazar y admitir solo uno de los mensajes creciendo con ello toda su vida. Para el autor el niño está atrapado en un doble vínculo de situaciones contradictorias, sin embargo, para lograr salir de esta situación se tiene que reprimir una de ellas. Por tanto, la manera de salir de estas contradicciones paradójicas es por medio de arreglos híbridos que permiten destrabar estas situaciones, esto es, la hibridación juega un papel de-paradójico. Así, estos mensajes contradictorios son representados de la siguiente forma (A=no A). Por lo cual los "híbridos son el producto morfogénico de una comunicación económica paradójica"³⁰⁷ (1996, 59).

En esta misma lógica, el término puede ser entendido como consecuencia de la transformación de las estructuras sociales, lo que genera la emergencia de marcos legales (híbridos) que permiten estabilizar dichas estructuras sociales (P. Kjaer 2014, 66). Por lo que la emergencia de este fenómeno se presenta debido a que los conceptos tradicionales que sirvieron para dar explicación a los conflictos sociales, no permiten regular ni dar solución adecuada a dichas transformaciones, ya que han llegado a su límite conceptual, o terminan en contradicciones y paradojas frente a la realidad de la sociedad. De esta manera, se establecen formas regulatorias híbridas ya que son aplicadas y encausadas a través de los contextos normativos tradicionales, pero contienen elementos que escapan de los marcos conceptuales tradicionales (I.-J. Sand 2008, 872).

³⁰⁷ Teubner cita a Krippendorff para explicar la definición de híbrido "Unless one is able to escape a paradoxical situation which is what Whitehead and Russell achieved with the theory of logical types, paradoxes paralyze an observer and may lead either to a collapse of the construction of his or her world, or to a growth in complexity in his or her representation of this world. It is the latter case which could be characterized as morphogenesis." (1996, 59).

La hibridación jurídica “implica una mezcla, de hasta ahora, entidades separadas” (P. Kjaer 2013, 1). Este fenómeno no es para nada novedoso, pero su intensificación a partir de la globalización capitalista ha hecho que las categorías y los marcos legales se hibridicen, es decir, que las distinciones jurídicas dejen de ser claras (P. Kjaer 2013, *Ídem*), o como señala Sand “los híbridos son definidos como la combinación de ambos lados de una diferencia o como la combinación de ser y no ser algo. Es una combinación de una diferencia contradictoria, marcada no por uno, sino por ambos” (2008, 874).

En este sentido la hibridación no solo se refiere a las contradicciones propias que presenta la conceptualización tradicional y su desfase para poder generar marcos que den salida adecuada a los cambios de la realidad social, sino además, puede ser entendido como un concepto que representa: “un proceso general más amplio de cambios producidos en las formas, la semántica e incluso en la función del derecho...Puede argumentarse que el término hibridación puede ser usado en el proceso de descripción y auto descripción de estos cambios como los son las ambigüedades, la polivalencia, transición y situaciones contradictorias de cambios transicionales o de situaciones que son difíciles de definir” (I.-J. Sand 2008, 877).

La hibridación es un concepto que da cuenta de las transformaciones sociales, pero además, se presenta como un concepto transitorio que describe las situaciones en determinada etapa histórica (I.-J. Sand 2008, 882). De esta forma, la división de lo público y lo privado es influenciada por las diferentes combinaciones e interacciones de los lados de la distinción. Además, existe una fuerte influencia de lo global, y de relaciones entre asociaciones de lo público y lo privado, así como la participación de actores no estatales y actores públicos. Por lo que las estructuras sociales a las cuales se hace referencia, presentan formas heterárquicas, con relaciones en red, con una multitud de instituciones y organizaciones que interactúan en los ámbitos nacionales e internacionales (I.-J. Sand 2008, 879).

Por tanto la hibridación “se puede presentar cuando en el derecho se relaciona demasiado en una semántica externa y su propia lógica o cuando el derecho llega a ser predominantemente parte de una institución económica o política y sus lógicas de comunicación” (I. Sand 2012, 222). De igual manera la

hibridación “puede ser un concepto útil que describe una combinación paradójica sobre autonomía (identidad) e interdependencia de una compleja organización” (I. Sand 2012, 234).

De esta manera la hibridación jurídica se presenta mediante la interacción e interdependencia de distintas figuras jurídicas. La hibridación es llevada a cabo a través de un régimen jurídico determinado y específico que regula diferentes áreas técnicas y especializadas, con una mezcla importante de distintos contenidos jurídicos, impulsados conjuntamente por el Estado, actores no estatales y el mercado y que permite la vinculación de espacios nacionales, internacionales y transnacionales. Hay que considerar que la hibridación jurídica “tiene varios discursos e identidades autónomas (como el legal, el político, el económico y el de la comunicación) y están al mismo tiempo interconectados e interdependientes en maneras que puede ser conceptualizado como un híbrido” (I. Sand 2012, 234).

En un artículo sobre la participación de actores públicos y privados en la realización de servicios públicos Van Der Heijden señala que en los híbridos, existe una multiplicidad de agencias del sector público y privado que operan en el mismo campo. Pero además hace hincapié en que “aunque la «cantidad» de servicios del sector público y privado proveedores en un híbrido es un foco central en estudios sobre hibridación, esta proporción no es la única característica clave de un híbrido. Otra característica clave es la interacción o relación entre las partes del sector público y privado” (Van Der Heijden 2011). El autor afirma que existe una variedad significativa de actores que participan y que se interrelacionan y compiten entre sí con empresas estatales. Para el autor todas las nuevas formas producidas que tienen relación con la regulación económica como acuerdos de cuasi mercado, asociaciones público privadas y autorregulación, tienen que ver con híbridos con características diferentes³⁰⁸ (Van Der Heijden 2011, 369).

³⁰⁸ Así hace una clasificación de los regímenes híbridos: “Siguiendo las formas contemporáneas de gobernanza, los académicos reguladores han introducido una amplia gama de “grandes ideas” para describir y analizar híbridos tales como acuerdos de cuasimercado (LeGrand y Bartlett 1993), asociaciones público-privadas (Hodge y Greve 2007), incorporación y concertación acción (Huyse y Parmentier 1990), pactos y contratación (Van den Heuvel 1994), y una gama de iniciativas de autorregulación, como la corregulación (Gunningham y Grabosky 1998), autorregulación forzada (Ayres y Braithwaite 1992), autorregulación autorizada y autorregulación coaccionada (Price y Verhulst 2005), o autorregulación obligatoria. Aunque se podría decir que estos eruditos juegan un

Las definiciones anteriores se agrupan en dos grupos las provenientes de las ciencias sociales y las del campo jurídico con algunas variaciones. Las primeras hacen hincapié en el proceso en que las prácticas sociales interactúan para generar otras. Las provenientes del campo jurídico hacen énfasis en la interrelación y el acoplamiento de las contradicciones de los discursos normativos que interactúan en un mismo campo.

Para una definición en un sentido amplio y general del concepto se establece la siguiente propuesta:

La hibridación jurídica es un proceso que asimila, incorpora, combina o compite con racionalidades y discursos autónomos y/o contradictorios entre sí, que provienen de otras disciplinas para producir nuevas estructuras jurídicas y en el que no existe un límite claro y preciso entre una y otra.

Cabe señalar que los procesos hibridatorios tienen como función central dar respuesta a las transformaciones sociales. Sin embargo, en el análisis de procesos específicos, como lo es el de la reforma energética, responden principalmente a la influencia de proceso económico capitalista transnacional y tiene como consecuencia principal establecer mecanismos de mercado desarticulando cualquier contenido de carácter social.

Como se señaló en apartados anteriores, desde el punto de vista transnacional hay hibridaciones positivas y negativas. A nivel nacional, se afirma que producto de esa influencia hay hibridaciones que tienen como objetivo principal articularse para el funcionamiento adecuado del mercado, es decir, son hibridaciones jurídicas para fines privados (por su alta injerencia de intereses particulares en los ordenamientos jurídicos estatales). Por tanto, en este capítulo se plantea que en el ordenamiento jurídico del sector energético existe una hibridación

"juego de lenguaje" (Hodge y Greve 2007, 547-48), un análisis detallado de su trabajo revela que se refieren a híbridos verdaderamente diferentes, que se tipifican por la "cantidad" de participación del sector público y privado en un híbrido" (Van Der Heijden 2011, 369-370). Otro análisis detallado de híbridos revela que pueden dividirse aproximadamente en tres tipos: 1. híbridos en los cuales cada tarea llega a una agencia del sector público o privado, conocidos como solitarios a lo largo del artículo; 2. híbridos en los que algunas o todas las tareas son asumidas por una organización conjunta de agencias del sector público y privado, conocidas como afiliaciones a lo largo del artículo; y 3. híbridos en los que algunas o todas las tareas pueden ser públicas o privadas agencias sectoriales, llamadas opcionales a lo largo del artículo" (Van Der Heijden 2011, 370).

jurídica para fines privados. En esta investigación se propone la siguiente definición que describe este proceso, la cual es planteada de la siguiente manera:

La hibridación jurídica es un proceso por medio del cual se asimilan, incorporan, combinan y compiten principios, instrumentos, técnicas y procedimientos del derecho civil y mercantil con aquellos provenientes del derecho público y que son regulados y sancionados por el ordenamiento jurídico de hidrocarburos y tienen como finalidad encubrir y simular la intromisión de intereses corporativos y empresariales nacionales e internacionales en el sector estratégico de la energía.

Por lo tanto, para demostrar la anterior definición se analizan los siguientes elementos contenidos en la Ley de Hidrocarburos que tienden a generar condiciones de hibridación jurídica:

- a) A nivel de principios, discursos y racionalidades provenientes del derecho privado que se combinan y modifican el sentido de los principios como por ejemplo el de “Sector Estratégico”, de “Interés Público y Social”, de “Utilidad Pública”, de “Orden público” con relación a la intromisión de principios de “Eficiencia”, “Eficacia”, “Competencia” y “Mercado”.
- b) A nivel de técnicas e instrumentos y procedimientos que se implementan como instrumentos de derecho privado: sujeción a técnicas de regulación y de competencia económica, sujeción a procedimientos del Derecho Civil o Mercantil establecidos en las leyes nacionales, preeminencia de esquemas contractuales que subordinan al derecho público sobre el derecho privado, sujeción de la actuación de los Organismos Públicos al derecho privado, sujeción a mecanismos de resolución de conflictos arbitrales, sujeción al derecho privado de las empresas productivas del Estado.
- c) A nivel de técnicas e instrumentos regulados por el derecho público y que los particulares son sometidos a actos unilaterales de la administración como lo son los procesos de licitación, autorizaciones, licencias, permisos, que conviven dentro de la normatividad estatal conjuntamente con los instrumentos de derecho privado.
- d) A nivel de instrumentos técnicos científicos como lo son dictámenes o normas técnicas y que son aplicados bajo criterios de eficiencia, eficacia

y competencia económica y que provienen de entidades privadas nacionales e internacionales.

- e) A nivel de participación de actores públicos y privados en el que se establecen relaciones de alianza y asociación para explorar y explotar un bien público o realizar actividades que son consideradas como públicas para someterlo a la lógica mercantil.

5.2 La hibridación en el ordenamiento jurídico del sector energético de hidrocarburos

En el presente apartado se estudia la Ley de Hidrocarburos con el propósito de analizar cuáles han sido las principales modificaciones que producen una nueva forma de relaciones jurídicas y que permite generar una hibridación en el ordenamiento jurídico del sector energético. Como ya se mencionó en el tema sobre la hibridación jurídica del presente capítulo lo que se trata es demostrar cómo estos nuevos regímenes tienen una estructura que produce desplazamientos importantes hacia el sector privado sobre el público, que se mezclan y se combinan. En este sentido uno de los argumentos de la presente investigación es que en la actual etapa el capitalismo global la relaciones entre los espacios de lo público y lo privado se difuminan generando una hibridación que impide discernir que corresponde a cada uno de ambos espacios, pero sobre todo es importante no perder de vista que estas hibridaciones jurídicas, es decir, estas nuevas estructuras, tienen como característica central lograr la transferencia de recursos, es decir, son estructuras que van acorde con el capitalismo global.

En este contexto en el análisis solo se exploran en aquellas figuras jurídicas en las que se involucran contradicciones entre principios y discursos y que generan sujeción a reglas de derecho privado, procedimientos administrativos de afectación a la propiedad y procedimientos de derecho privado como lo es el arbitraje judicial, procedimientos administrativos en el que participan los particulares para después de ser sujetos al ordenamiento civil y mercantil y aquella normatividad que permite la participación en forma de asociación entre actores públicos y privados. Estas dimensiones de análisis aplicadas en la Ley de Hidrocarburos permiten entender la

forma en que la hibridación en el sector energético se concreta y se lleva a la práctica, teniendo como consecuencia un ordenamiento jurídico público para los fines e intereses privados.

5.2.1 La hibridación jurídica para fines privados en la reforma constitucional del sector energético

El 20 de diciembre de 2013 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma constitucional de los artículos 25, 26 y 27 además de la creación de 21 artículos transitorios. Conjuntamente a la creación de la Ley de Hidrocarburos y la Ley de Petróleos Mexicanos, se encuentra la Ley de la Comisión Federal de Electricidad, la Ley de la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y Protección al Medio Ambiente del Sector de Hidrocarburos y, la Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética. Se reformaron y adicionaron la Ley de Inversión Extranjera, la Ley de Minería, la Ley de Aguas Nacionales, la Ley de Asociaciones Público Privadas, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la Ley de las Entidades Paraestatales, la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y la Ley de Obras Públicas y Servicios relacionados con las mismas.

De esta manera, la reforma energética modificó el control estatal que tenía sobre el petróleo y la electricidad. Es una reforma que rompe con la histórica expropiación petrolera llevada a cabo el 18 de marzo de 1938 por el entonces presidente Lázaro Cárdenas, pero además, se elimina toda visión de corte social y de vinculación con el desarrollo económico nacional, dejando simplemente que la suerte del mercado y la preminencia de los intereses de las compañías transnacionales exploten los recursos nacionales. Cuestión que es a plenas luces contraria a lo que se estableció en la Constitución emanada del movimiento revolucionario.

El alcance y consecuencia de estas reformas con lleva la privatización de los recursos energéticos para someterlos a la lógica del intercambio mercantil y a las relaciones entre empresas privadas, nacionales y transnacionales. Saxe Fernandez afirma que esta reforma ha sido impuesta a través de “un diseño de flexibilización

constitucional para privatizar y extranjerizar el complejo Petroeléctrico del país, diseño que se ha venido elaborando desde los años 80” (2015, 185).

Esta reforma que permite la flexibilización constitucional, constituye un programa que desarticula por completo el sector energético nacional. Pero además “este diseño ha sido implementado a través de las “Cartas de Políticas por Rama” del BM, el diseño incluyó: permitir 1) contratos de riesgo para exploración y desarrollo petrolero; 2) que exista inversión extranjera mayoritaria en la petroquímica; 3) dividir Pemex en empresas separadas y en competencia entre sí; 4) permitir la competencia interna e internacional frente a Pemex y 5): privatizar –o desactivar- Pemex” (Saxe-Fernández 2015, 190).

Se puede plantear que la reforma constitucional constituye un proceso contrario al iniciado en 1917 y que se vio reforzada en los años 70 cuando se estipuló expresamente en el texto constitucional la prohibición de llevar a cabo contratos en el sector energético. Para Gutiérrez Rivas este fenómeno puede considerarse como un proceso de-constituyente para la acumulación que se ha construido desde los años 80 y tienen como característica el impulsar y dar fuerza a los poderes privados sobre lo público y lo común³⁰⁹ y sobre lo que fue considerado como el Estado social. De esta forma “se trata de una ruptura constitucional desde arriba, no democrática, promovida en favor de los poderes fácticos que en conjunto puede calificarse como un proceso de-constituyente para la acumulación” (Gutiérrez Rivas 2017, 214).

Por lo tanto, las reformas constitucionales, abren el espacio para la participación en la explotación y en la exploración de hidrocarburos, así como toda la estructura que conlleva su procesamiento y su distribución hasta su venta final. Se permite además que las empresas estatales participen en asociación con otras

³⁰⁹ En este sentido Gutiérrez Rivas lo señala como un proceso violento y de ruptura: “Lo anterior resulta tan avasallante que no puede seguir siendo explicado y legitimado, desde el campo del derecho constitucional, como un conjunto de reformas constitucionales impulsadas para adecuar el marco normativo a las transformaciones sociales en aras de modernizarlo y actualizarlo. Lo que ha ocurrido en estas tres décadas, es un proceso violento de ruptura constitucional, de clara matriz oligárquica, que implica una quiebra integral de la Constitución de 1917, cuyos objetivos estratégicos son instalar la primacía de lo privado sobre lo público, sustituir la noción de bien común por el de competencia y sobreponer los intereses del capital sobre los presupuestos del Estado social y el beneficio de las mayorías” (2017, 214).

empresas privadas, generando una interdependencia de ambos sectores en el sector energético. De igual manera, la industria eléctrica se privatiza para que los particulares generen y produzcan la electricidad, desarticulando el sector energético (Cárdenas Gracia 2015)³¹⁰.

De esta forma las modificaciones constitucionales se desarrollan a continuación. El artículo 25 constitucional es modificado en su párrafo cuarto, sexto y octavo. El párrafo cuarto establece que es el sector público se encargará de: a) las áreas estratégicas³¹¹ señaladas en el artículo 28 constitucional b) de las empresas productivas del Estado c) de la planeación y el control del sistema eléctrico nacional d) del servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica e) de la exploración y extracción de petróleo y demás hidrocarburos f) estas actividades serán reguladas por la legislación secundaria introduciendo los conceptos de eficacia, eficiencia, honestidad, productividad, transparencia, rendición de cuentas y mejores prácticas como base de la actuación del organismo gubernamental.

En el párrafo sexto del artículo constitucional se hace mención de los principios de equidad social así como de productividad y sustentabilidad para impulsar a las empresas de los sectores social y privado.

En el párrafo octavo se establece la protección a la actividad de los particulares y se alentará para que el sector privado contribuya a al desarrollo económica a través de la competitividad y por medio de un desarrollo industrial sustentable.

En el artículo 27 de la Constitución se reforma el párrafo sexto³¹², el cual establece: a) la prohibición de otorgar concesiones tratándose de mineral radiactivo;

³¹⁰ Para un análisis más exhaustivo de la Ley de Hidrocarburos y de la Ley de la Industria Eléctrica ver el Artículo de Jaime Cárdenas Gracia (2015 b).

³¹¹ Cárdenas Gracia señala que el uso del concepto de área estratégica es modificado totalmente. Así textualmente señala que: “La reforma quiere indicar que aún se conservan las áreas estratégicas pero bajo una naturaleza distinta que incluye la participación de los particulares. Las razones de este uso del lenguaje jurídico, que para algunos es manipulador, entrañan una pretensión de engaño. Por mi parte, encuentro que ese uso intencional tiene entre sus propósitos que los pueblos y comunidades indígenas del país tengan acceso de manera preferente a la explotación de recursos naturales de sus territorios. Se conservó la expresión estratégico para que no se actualizara en beneficio de los indígenas” (2015 c, 302).

³¹² Esta modificación al artículo 27 constitucional en su párrafo sexto tiene las siguientes finalidades: “1) establecer que respecto a minerales radioactivos no se otorgarán concesiones; 2) Excluir del

b) el uso exclusivo de la nación sobre la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica; c) la prohibición de otorgar concesiones y pero al mismo tiempo se concede la facultad para celebrar contratos con particulares en la industria eléctrica.

Se crea e incorpora el párrafo séptimo del artículo 27 constitucional³¹³, el cual señala lo siguiente: a) sobre el petróleo y los hidrocarburos la propiedad corresponde a la nación, ésta será inalienable e imprescriptible; b) prohibición para otorgar concesiones en materia de hidrocarburos; d) se facultan realizar actividades de exploración y extracción del petróleo y demás hidrocarburos a través de asignaciones a las empresas productivas del Estado; e) se permiten los contratos con las empresas productivas del Estado y con particulares para la exploración y extracción del petróleo.

El artículo 28 constitucional en su párrafo cuarto³¹⁴ señala que no son considerados como monopolios estatales las áreas estratégicas en: a) correos, telégrafos, radiotelegrafía; minerales radiactivos y generación de energía nuclear; la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, así como el servicio público

párrafo sexto del artículo 27 de la Constitución a los hidrocarburos y regular exclusivamente en él a la industria eléctrica; 3) Precisar que en la planeación, control, transmisión y distribución de la energía eléctrica para servicios público no se otorgarán concesiones pero que esos ámbitos serán susceptibles de contratos y otro tipo de actos jurídicos con los particulares; y 4) en todas las demás actividades de la industria eléctrica, diferentes a las anteriores, puede haber tanto concesiones como contratos” (2015 c, 304).

³¹³ Es evidente que este nuevo párrafo constitucional tiene como objetivo privatizar el sector de hidrocarburos mediante la gestión de los particulares: “La reforma liberaliza el sector de los hidrocarburos porque se cree por los apoyadores de la misma que el desarrollo de la Nación, solo se puede lograr con la inversión privada nacional y extranjera [...] En México la liberalización o privatización de un sector económico, la creación de un puñado de multimillonarios que destruyen el escaso desarrollo democrático porque a través de sus influencias y presiones se apoderan del Estado y sus instituciones para favorecer a sus intereses en perjuicio de los ciudadanos” (Cárdenas Gracia 2015 c, 307).

³¹⁴ Este párrafo marcaba la pauta para determinar las actividades estratégicas y las actividades prioritarias del Estado mexicano: “El párrafo cuarto del artículo 28 constitucional, distinguía entre actividades estratégicas que eran exclusivas del Estado, es decir, solo éste a través de los organismos públicos del gobierno las podía realizar, sin concurrencia alguna del sector privado y social; las actividades o áreas prioritarias, en donde el Estado tenía la rectoría económica y la prevalencia en su ejecución pero permitía que particulares y el sector social concurren en ellas; y, las actividades de economía de mercado en donde todos participan y el Estado lo hace en ellas en igualdad de circunstancias con los particulares y el sector social. La nueva regulación del párrafo cuarto del artículo 28 constitucional diluye y relativiza los conceptos” (Cárdenas Gracia 2015 c, 309-310).

de transmisión y distribución de energía eléctrica, y la exploración y extracción del petróleo y de los demás hidrocarburos, en los términos de los párrafos sexto y séptimo del artículo 27 constitucional; b) Son áreas estatales prioritarias la comunicación vía satélite y los ferrocarriles y se podrán otorgar concesiones y permisos buscando proteger la seguridad y soberanía nacional.

En el párrafo sexto del artículo mencionado se hace alusión a los siguiente:
a) se crea el fideicomiso Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo que recibirá y administrará los ingresos de las asignaciones y contratos
b) por medio del Banco de México como institución fiduciaria.

En el párrafo noveno señala lo siguiente: a) la creación de los órganos reguladores coordinados en materia energética; Comisión Nacional de Hidrocarburos y Comisión Reguladora de Energía.

La reforma constitucional en materia energética es en sí misma contradictoria. En primer término en el artículo 25 constitucional se establecen criterios económicos como lo son los conceptos de eficacia, eficiencia, honestidad, productividad, transparencia, rendición de cuentas y mejores prácticas como base de la actuación del organismo gubernamental. Dicha modificación establece un cambio importante en los principios rectores económicos del Estado, ahora los principios que provienen del ámbito corporativo y empresarial predominan sobre aquellos que tienen como finalidad buscar el desarrollo económico nacional.

Si bien es cierto que se señala que el Estado mantendrá la rectoría económica en el sector energético, permite la participación de los particulares a través de contratos de exploración y extracción de hidrocarburos, así lo refiere el artículo 27 constitucional. En este sentido no es un monopolio la extracción y exploración de los hidrocarburos pero se delegan facultades a los particulares para llevar a cabo dicha actividad lo que conlleva a una contradicción en el mismo ordenamiento constitucional.

En consecuencia se estaría hablando de una combinación en el sector que permite interrelación e interdependencia pero al mismo tiempo una contradicción que permite la simulación jurídica porque el objetivo final es trasladar los recursos y

las ganancias a los particulares con débiles controles públicos. Como lo afirma Anglés Hernández:

Además, se articula la simulación jurídica en torno a la propiedad de la nación y el desarrollo social incluyente y pluricultural, pues el artículo 28 constitucional propone un argumento en sí mismo contradictorio, al sostener que tratándose de hidrocarburos en el subsuelo, la propiedad de la nación es inalienable e imprescriptible, y no se otorgarán concesiones. Pero a efecto de obtener ingresos, la nación llevará a cabo las actividades de exploración y extracción mediante asignaciones a empresas productivas del Estado o a través de contratos con éstas o con particulares (2017, 131).

5.2.2 La hibridación jurídica para fines privados en la Ley de Hidrocarburos

Hay que considerar que la hibridación que se realiza en la reforma energética se presenta de forma tal que el gobierno no se retira plenamente del sector, existe presencia estatal en la regulación energética, pero bajo condiciones que favorecen a los particulares y por medio de limitar y fragmentar la participación estatal en el sector energético. Se destaca que no se elimina de forma absoluta la presencia de las empresas estatales, más bien se re-articula su funcionamiento bajo una dinámica en la que se encuentran sujetas al ordenamiento derecho civil y mercantil, o en otros términos, como si estas empresas fueran privadas siendo que su naturaleza y su origen estructural es la de ser empresas del Estado.

A su vez, se permite una participación conjunta y en asociación del Estado (Empresas Productivas del Estado) con empresas privadas a través de contratos y otros medios administrativos para la obtención de los recursos energéticos. El sector energético nacional se desarticula y se crean espacios en la que predomina la presencia de los particulares y otros en dónde se sigue manteniendo el control del servicio por parte del Estado.

5.2.2.1 Las asignaciones, los contratos y el arbitraje internacional

En ésta legislación, se señala expresamente que los recursos (hidrocarburos) son de la nación, y que es ésta la que llevará acabo la exploración y explotación (artículo 3). A su vez, estas actividades son consideradas como estratégicas (artículo 5 de la ley) en los términos del artículo 28 constitucional que elimina la exclusividad estatal

de la actividad para la exploración y explotación de los hidrocarburos, esto es, aunque se señala que la actividad de exploración y extracción constituye un monopolio estatal, se cambia el sentido del término estratégico³¹⁵, ya que, el propio artículo 27 constitucional señala que los hidrocarburos son de la nación y serán inalienables e imprescriptibles, lo que constituye un contrasentido el permitir que se lleven a cabo contratos con particulares para realizar actividades de exploración y extracción.

En este sentido se modifica el término de lo nacional (Artículo 5). Existe un componente de desnacionalización estatal en esta reforma constitucional, ya que, si se toma lo señalado por el artículo 5º de la Ley de la materia, en el que señala que solo la nación podrá llevar a cabo las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos a través de asignatarios y contratistas, se equipara a la nación como si ésta fuese una empresa privada más. De esta forma la privatización es llevada a cabo mediante instrumentos jurídicos contractuales y por medio de las asignaciones, figura jurídica que se aplica solo a las empresas productivas de los Estados. Asimismo, las actividades de reconocimiento y exploración superficial de los hidrocarburos (artículo 5 párrafo segundo) podrán ser llevadas a cabo por particulares y por la empresa estatal a través de autorización y permiso.

Las asignaciones³¹⁶ (artículo 6) serán otorgadas por el Ejecutivo Federal a través de la Secretaría de Energía de forma excepcional a las Empresas Productivas del Estado, para realizar la exploración y extracción de los hidrocarburos. Además,

³¹⁵ Por tanto, existe una reconfiguración del concepto estratégico establecido en la legislación secundaria. Estratégico hace referencia al control del Estado del recurso natural para poder transmitir su explotación hacia los particulares atendiendo a la lógica del mercado. En etapas anteriores el interés público se relacionaba con el control estatal, sin estar sometido necesariamente al mercado. Ahora el interés público tiene un fuerte contenido mercantil.

³¹⁶ Prácticamente la migración a través de contrato es la forma técnica de encubrir el traslado de un recurso nacional hacia los particulares: "Propiciar la migración de asignaciones a contratos es otro mecanismo para dejar las reservas petroleras en manos de las corporaciones. Las Leyes están diseñadas para restar poder a Pemex y una forma de hacerlo es, precisamente, quitándole a Pemex reservas petroleras y gaseras. Incluso Cantarell podría pasar a manos de las transnacionales. Sener queda a cargo de darlas a licitar a la Comisión Nacional de Hidrocarburos (CNH). Con el traspaso de las reservas las corporaciones privadas podrán formar consorcios para realizar la actividad de exploración. Con los contratos, las migraciones y las asociaciones de Pemex (*farm-out*) y la explotación de los yacimientos transfronterizos, la mayor parte de las reservas petroleras quedarán en manos privadas. Esto podría hacer que la participación de Pemex concluya en un tiempo menor de lo declarado por la Sener (20.5 años).¹⁶ Esta es la forma en que se introduce la competencia y se incorpora a Pemex a la misma" (Vargas Suarez 2015, 136).

se puede ceder una asignación a otras empresas productivas del Estado (artículo 8). Solo se permite celebrar contratos de servicios con particulares (artículo 9) bajo criterios de productividad y rentabilidad y a través de una contraprestación en efectivo.

Los contratos para la Exploración y Extracción

A través de la Comisión Nacional de Hidrocarburos se podrán celebrar contratos para la exploración y extracción (artículo 11). Las empresas productivas del Estado podrán solicitar la migración de las Asignaciones de las que estos sean los titulares (Artículo 12) a contratos de exploración y extracción. A su vez, si la migración de las asignaciones es procedente, se podrán realizar alianzas o asociaciones con personas morales (artículo 13 párrafo primero). Estas asociaciones se llevarán a cabo mediante licitación que represente las mejores prácticas internacionales a través de la Comisión Nacional de Hidrocarburos (artículo 13 párrafo segundo).

Las empresas productivas del Estado podrán celebrar alianzas o asociaciones para participar en procesos de licitación de contratos de exploración y extracción y se registrarán por la Ley de Petróleos Mexicanos o la Ley que regula a la empresa respectiva. Las alianzas o asociaciones serán reguladas por el derecho común (artículo 14 párrafo primero)³¹⁷. Dichas alianzas se podrán llevar a cabo bajo esquemas que permitan la mayor productividad y rentabilidad, incluyendo las modalidades en las que se pueda compartir costos, gastos, inversiones, riesgos, así como utilidades, producción y demás (artículo 14 párrafo segundo). Así mismo, las Empresas Productivas del Estado no podrán celebrar contratos con particulares mediante la Ley de Asociaciones Público Privada.

El proceso para otorgar los contratos con particulares será mediante licitación pública³¹⁸ por medio de la Comisión Nacional de Hidrocarburos que tendrá que

³¹⁷ Cárdenas Gracia señala que “una empresa productiva del Estado debe guiarse por los principios constitucionales –interés social, desarrollo nacional, rectoría económica orden público, desarrollo sustentable, etc.. y no por objetivos que busquen maximizar la rentabilidad, es decir, los objetivos preponderantes tienen que ser de derecho público” (Cárdenas Gracia 2015, 558).

³¹⁸“La incorporación del mercado a las actividades corriente arriba se pone en marcha a partir de licitaciones de bloques y reservas petroleras llamados rondas mediante las cuales los privados acceden a las actividades corriente arriba bajo los contratos de producción compartida. Hasta ahora ha habido tres rondas: la cero, la cero punto cinco y la uno. La entrega de las reservas y yacimientos petroleros bajo el mecanismo de «la ronda cero» (13 de agosto 2014) llevaría a que Pemex eligiera las reservas con las cuales se quiere quedar. Si bien aun cuando la retórica oficial afirma que se van

autorizar la celebración de estas alianzas en lo que respecta al control corporativo (Artículo 15). De igual forma, se permite la participación de las empresas privadas en la bolsa de valores. Se permite la participación del Estado mexicano a través de las empresas productivas del Estado o de vehículos financieros especializados cuando coexiste un área contractual con un área de asignación, cuando existan oportunidades para la transferencia de conocimiento o proyectos impulsados por los vehículos financieros especializados (Artículo 16). Sin embargo, se limita su participación hasta el treinta por ciento de la inversión del proyecto. Se establece una limitación a las empresas estatales para participar en áreas en la que se encuentren yacimientos fronterizos, de al menos el 20 por ciento de la inversión del proyecto³¹⁹ (artículo 17). La Secretaría de Energía establecerá el modelo de contratación para cada área contractual, por lo cual se podrá elegir entre contratos de servicios, de utilidad o producción compartida o de licencia³²⁰ (artículo 18).

Se establecen quince cláusulas que son obligatorias para poder llevar a cabo los contratos de exploración y explotación (Artículo 19)³²¹, de las cuáles se destacan

a dejar las reservas de los yacimientos en los que actualmente produce, el mecanismo induce a que Pemex migre hacia contratos, condición para obligarla a cederlos a los extranjeros y empresas nacionales” (Vargas Suarez 2015, 135)

³¹⁹ Se limita la participación de las empresas productivas del Estado en yacimientos transfronterizos: “El artículo 17 de la Ley permite que las empresas extranjeras participen en los yacimientos transfronterizos, con ello se vulnera el principio de dominio eminente. Solo a Pemex debiera corresponderle esa explotación por la parte que le corresponda al Estado mexicano” (Cárdenas Sánchez, El largo curso de la economía mexicana. De 1780 a nuestros días 2015, 552).

³²⁰ Uno de los problemas de vital importancia es quién toma las decisiones de las empresas productivas estatales, en estos regímenes híbridos las empresas estatales tienen un denominado régimen corporativo en el cual se plantea que las decisiones sean a través del consejo de administración, como si esta fuera en empresa privada. Así lo señala Vargas Suarez: “Hay tres tipos de contratos: los de utilidad y de producción compartida, de licencias y los ya conocidos contratos de servicios. ¿Quién decide la licitación y las características de los contratos (en efectivo, con utilidad o producción compartida y licencias a través de la transmisión “onerosa” de hidrocarburos que se pueden llevar las transnacionales). La respuesta es que la especificidad de los contratos queda bajo la discrecionalidad de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP) y las contraprestaciones están sujetas a la ley de ingresos de hidrocarburos. Sin embargo, en la Ley no se explicita la figura del tipo de contratos a otorgar y sus características. Al no existir un modelo general, la SHCP podría tener un alto grado de discrecionalidad en cuanto a las especificidades fiscales del contrato y el monto de renta a compartir con el privado, ya que el “modelo de contrato” se realizará yacimiento por yacimiento” (2015, 134-135).

³²¹ Estas son las cláusulas que señala el artículo 19 de la Ley de hidrocarburos: “I. La definición del Área Contractual; II. Los planes de Exploración y de desarrollo para la Extracción, incluyendo el plazo para su presentación; III. El programa mínimo de trabajo y de inversión, en su caso; IV. Las obligaciones del Contratista, incluyendo los términos económicos y fiscales; V. La vigencia, así como las condiciones para su prórroga; VI. La adquisición de garantías y seguros; VII. La existencia de un sistema de auditorías externas para supervisar la efectiva recuperación, en su

causales por terminación anticipada y por rescisión administrativa, porcentaje mínimo de contenido nacional, solución de controversias incluyendo los medios alternativos de solución de conflictos, responsabilidad del contratista, así como la observancia de las mejores prácticas internacionales para la operación del área contractual.

En este contexto, la Ley señala siete causas de rescisión administrativa obligatorias (artículo 20). Lo cual hace que se establezca una serie de obligaciones para los contratistas. Afirma que se transferirá al Estado sin cargo, ni pago, ni indemnización alguna el área contractual cuando se presente las causas de rescisión administrativa señaladas en la Ley. Se señala que el contrato para la exploración y extracción determinará las condiciones de la transferencia y las obligaciones a cargo del contratista.

Las controversias respecto de los Contratos para la Exploración y Extracción podrán ser llevadas a cabo a través de mecanismos alternativos, como es el caso de acuerdos arbitrales señalados en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio y en los tratados internacionales en materia de arbitrajes y solución de Controversias por lo que este apartado puede plantearse como una forma de privatización de la justicia³²²

caso, de los costos incurridos y demás contabilidad involucrada en la operación del contrato; VIII. Las causales de terminación del contrato, incluyendo la terminación anticipada y la rescisión administrativa; IX. Las obligaciones de transparencia que posibiliten el acceso a la información derivada de los contratos, incluyendo la divulgación de las contraprestaciones, contribuciones y pagos que se prevean en el propio contrato; X. El porcentaje mínimo de contenido nacional; XI. Las condiciones y los mecanismos para la reducción o devolución del Área Contractual; XII. La solución de controversias, incluyendo los medios alternativos de solución de conflictos; XIII. Las penas aplicables en caso de incumplimiento de las obligaciones contractuales; XIV. La responsabilidad del Contratista y del operador conforme a las mejores prácticas internacionales. En caso de accidente, no se limitará la responsabilidad del Contratista u operador si se comprueba dolo o culpa por parte de éstos, y XV. La observancia de mejores prácticas internacionales para la operación en el Área Contractual”.

³²² Como bien lo afirma Hernández Zubizarreta “Privatización de la justicia. La Corte Permanente de Arbitraje con sede en La Haya, la corte de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC, el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias sobre Inversiones (CIADI) del Banco Mundial... Todos estos tribunales privados se constituyen como una especie de sistema paralelo al poder judicial, favoreciendo a las grandes empresas al margen de los poderes judiciales nacionales e internacionales. En esta *justicia privatizada*, son las transnacionales las que demandan a los Estados —nunca al revés— y eligen la jurisdicción, sin necesidad de agotar los recursos internos a nivel nacional; es más, pueden ser incluso una instancia de apelación a las sentencias de tribunales ordinarios y no cabe recurso al fallo arbitral. Y además, como afirma Luis Rico, miembro de Ecologistas en Acción y de la campaña No al TTIP, “los árbitros pertenecen a una camarilla de diez bufetes, y pueden actuar a veces como consejeros de multinacionales, otras como fiscales, como árbitros... Pueden ser jueces y parte” (2015).

Los contratos para la exploración y explotación serán regulados por la Ley de Hidrocarburos y sus reglamentos, sin embargo para los efectos de su ejecución se aplicará supletoriamente la legislación mercantil y el derecho común (artículo 22). Se presenta la huida del derecho administrativo. Por tanto se puede establecer dos pautas generales. En la primera de ellas, se lleva a cabo un procedimiento para determinar a quién se entregarán los contratos y el tipo de ellos. Aunque es un procedimiento a través de licitación pública como lo marca la Constitución en su artículo 134 párrafo tercero³²³, se establece un régimen especial para ello. La segunda pauta es la sujeción al derecho privado una vez que se haya adjudicado el contrato, el cual es la huida del derecho administrativo en su versión de privatización del derecho.

El procedimiento para la adjudicación contractual será a través de licitación pública. En los procedimientos de adjudicación no se aplicará la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados y la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (artículo 23). El procedimiento de licitación y de adjudicación de contratos para la Exploración y Extracción se considera de orden público y de interés social (artículo 25). Además solo procederá el juicio de amparo indirecto.

El Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo solicitará a la Comisión Nacional de Hidrocarburos contratar a Petróleos Mexicanos o a cualquier otra persona moral por medio de licitación pública³²⁴, para que se realice los servicios de comercialización de los hidrocarburos relativos a los contratos de exploración y explotación (artículo 28).

³²³Del cual se desprende: “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”.

³²⁴ Se advierte que este tipo de licitaciones la regula el artículo 50 del Reglamento de la Ley de Hidrocarburos que señala lo siguiente: “La licitación para la contratación del comercializador a que se refiere el artículo 28 de la Ley se desarrollará por la Comisión conforme a la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y su Reglamento”. De esta forma esta licitación es regulada por esta otra Ley que prevé otras condiciones administrativas pero además se establece dentro de ese procedimiento la posibilidad de adjudicación directa.

5.2.2.2 Las autorizaciones y los permisos en la Ley de Hidrocarburos

De las autorizaciones

Tratándose de pozos exploratorios, pozos en aguas profundas y ultra profundas y pozos tipo que se utilicen como modelo de diseño se requiere autorización³²⁵ (artículo 36). Estas actividades requieren ser licitadas, sin embargo, en la Ley se permite que se de esta figura de autorización sin licitación.

De los Permisos

Las actividades por la cual se tendrá que tener un permiso son las siguientes: tratamiento y refinación de petróleo, el procesamiento de Gas Natural, y la exportación e importación de hidrocarburos, y petrolíferos. El transporte, almacenamiento, distribución, compresión, licuefacción, descompresión, regasificación, comercialización, expendio al público de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos según corresponda, así como la gestión de los sistemas integrados³²⁶, el cual serán expedidos por la Secretaria de Energía (artículo 48).

Las actividades de comercialización de los hidrocarburos, petrolíferos y petroquímicos requerirán de permiso que emitirá la Comisión Reguladora de Energía (artículo 49). En este sentido, dichos permisos serán otorgados a las empresas estatales como a los particulares y su regulación será mediante el reglamento de la Ley de Hidrocarburos.

Hay que señalar que muchas de estas actividades son servicios públicos y se tendrían que gestionar a través de licitación pública. Pero la Ley señala que pueden otorgarse de forma directa, prestándose a que este tipo de actividades se alejen del control de derecho público. De esta manera son figuras jurídicas que han

³²⁵ Esta constituye una violación al artículo 134 de la Constitución ya que tiene que ser sometido a licitación pública.

³²⁶ Para Cárdenas Gracia esta figura es violatoria del artículo 134 Constitucional (2015, 564), que señala que las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de bienes, de prestación de servicios y contratación de obra, se adjudicarán o llevarán a cabo a través de licitaciones públicas mediante convocatoria pública. De esta manera opina que “Los permisos, aunque existían en la legislación previa, entrañan la entrega de las otrora actividades exclusivas del Estado a manos privadas, principalmente extranjeras (2015, 566).

sido instrumentos característicos del Derecho administrativo y regulan a los particulares para que estos puedan llevar a cabo su actividad

De los sistemas Integrados

Los sistemas integrados que la ley señala como sistemas de transporte por ducto y de almacenamiento interconectados, agrupados para efectos tarifarios y que cuenta con condiciones generales para la prestación de los servicios que permiten la coordinación operativa entre las diferentes instalaciones (artículo 2). Se señala la posibilidad de que los sistemas de transporte por ducto y de almacenamiento de Gas Natural, Petrolíferos y Petroquímicos que se encuentren interconectados podrán conformar sistemas integrados³²⁷ (artículo 60). Estos sistemas integrados serán aprobados por la Comisión Reguladora de Energía, y su prestación de servicios estará sujeta a las disposiciones de carácter general que la Comisión Reguladora de Energía apruebe (artículo 61). Los sistemas integrados podrán ser operados por un gestor (artículo 62) y podrán ser públicos como privados o en asociación (artículo 63). La integración de los sistemas de almacenamiento y transporte privados será de carácter voluntario (artículo 65).

Del expendio al Público y de la Regulación y Obligaciones de la Industria de Hidrocarburos

Es importante señalar que los hidrocarburos, los petrolíferos, y los petroquímicos deberán de transportarse, almacenarse, distribuirse, enajenarse, expendirse y suministrarse sin alteración (artículo 77). Se señala además que las especificaciones de calidad de los Hidrocarburos, Petrolíferos y Petroquímicos se tendrán que establecer mediante las Normas Oficiales Mexicanas que expedirá la Comisión Reguladora de Energía (artículo 78). Es importante señalar que este tipo de normas son una forma de introducir reglamentación proveniente de

³²⁷ Para Cárdenas Gracia estos sistemas tienden “a conformar un oligopolio en el sistema de transporte y almacenamiento de gas, petrolíferos y petroquímicos. Se desmantela al Estado para que este pierda el control y la administración sobre procesos de la industria de hidrocarburos y, al mismo tiempo, la Ley crea sistemas integrados de carácter particular que tendrán el control y administración de esos procesos” (2015, 566)

especificaciones técnicas en las que se colabora mediante certificaciones de entidades privadas.

De igual forma le corresponde a la Secretaría de Energía, instruir a las Empresas Productivas del Estado, sus subsidiarias y filiales para garantizar que sus actividades y operaciones no obstaculicen la competencia y el desarrollo eficiente de los mercados así como la política pública en materia energética (artículo 80 fracción III). Situación que es un contrasentido ya que las Empresas Productivas del Estado son organismos públicos y por tanto sujetos a las reglas establecidas por esta ley. Además, le corresponde a la Secretaría de Energía adoptar y observar estándares técnicos internacionales (artículo 80 párrafo segundo). En este sentido, se introduce la necesidad de acudir a través de estos estándares que provienen del ámbito internacional³²⁸. Lo que puede ser considerado como una forma de ejercicio e intervención de los particulares en funciones públicas. Aunque se debe señalar que en la reforma energética la participación de los particulares se encuentra permitida en ciertas actividades, esta forma específica de participación es la manera en que normas técnicas provenientes del ámbito de lo privado (orden privado) nacionales e internacionales se introduzcan en la actividad del sector estratégico de hidrocarburos de manera que rige y sustituye a las especificaciones normativas estatales. Lo que puede ser considerado como una publicación del derecho privado.

5.2.2.3 La jurisdicción y la utilidad pública

En el caso de la jurisdicción se señala expresamente que esta será exclusiva del ámbito federal. Solamente el gobierno Federal podrá dictar las disposiciones

³²⁸ Como ejemplo nos encontramos con este tipo de documentos técnicos aunque en teoría no son vinculantes cumplen una función técnica científica que permite el funcionamiento del área. Para ejemplificar la propia Comisión Reguladora de Energía emite una guía de estándares técnicos para empresas proveedoras de la Industria de Hidrocarburos. En esta guía se puede observar normas y estándares nacionales como internacionales que provienen de asociaciones como la *American Petroleum Institute*, *Norwegian Standards Writing Bodies*, *European Standards Organization*, *American Society of Mechanical Engineers*, *American Society for Testing Materials*. Esta guía fue publicada en el año de 2017 por la Subsecretaría de Industria y Comercio y puede ser consultada en:

https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/271104/SE_Gu_a_de_Est_ndaes_T_cnicos_Hidrocarburos_2017.pdf

respecto de la materia. Dejando aún lado la posibilidad de que las entidades federativas puedan plantear la problemática que corresponde a cada Estado en particular (artículo 95).

La industria de hidrocarburos es de utilidad pública, por lo que podrá afectarse la propiedad a través de las servidumbres legales de hidrocarburos, la ocupación o afectación necesarias para llevar a cabo las actividades de la industria. A su vez, toda aquella actividad relacionada con la exploración y extracción es considerada como de interés social y de orden público, por lo que se señala expresamente que estas actividades tendrán preferencia sobre cualquier otra que implique el aprovechamiento de la superficie o del subsuelo de los terrenos afectos a aquéllas. Precisamente este artículo modifica los conceptos de utilidad pública, interés social y orden público porque lo que se señala es que ahora es prioridad para el Estado la afectación de la propiedad para fines de la industria de hidrocarburos en beneficio de particulares. Esto es, para que puede ser afectada la propiedad es necesario que sea una causa de utilidad pública como lo señala la Ley de Expropiación, sin embargo, esta reforma hace que la utilidad pública cambie su sentido y ahora es posible la afectación de la propiedad por utilidad pública en beneficio de las empresas nacionales y transnacionales³²⁹.

³²⁹ Ahora el concepto de utilidad pública es para el uso mercantil con fines públicos contrario al origen del término como lo señala la autora citando una tesis jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: “Por lo que resulta fundamental la determinación del concepto de “utilidad pública”, la cual se determina de acuerdo con las condiciones políticas, sociales y económicas imperantes en determinada época y lugar, con la finalidad de satisfacer necesidades de la colectividad, por lo que esta noción no es inmutable ni universal, y se determina casuísticamente. En consecuencia, la SCJN ha dicho que se trata de un término amplio, a fin de que el Estado pueda satisfacer las necesidades sociales y económicas de sus gobernados. Genéricamente, el concepto comprende tres causas: a) la pública, propiamente dicha, o sea, cuando el bien expropiado se destina directamente a un servicio u obra públicos; b) la social, que satisface de una manera inmediata y directa a una clase social determinada, y mediatamente a toda la colectividad, y c) la nacional, que satisface la necesidad que tiene un país, de adoptar medidas para hacer frente a situaciones que le afecten como entidad política o internacional (Tesis P./J. 39/2006). Ahora bien, al remitirnos al artículo 1o. de la Ley de Expropiación, tenemos que aunque no define qué se entiende por utilidad pública, sí realiza un listado de las causas para que proceda, entre las que se encuentran la defensa, conservación, desarrollo o aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de explotación. Por otra parte, el artículo 58 de la Ley de Hidrocarburos establece que las actividades y servicios amparados por un permiso para llevar a cabo actividades de la industria de hidrocarburos serán de utilidad pública, lo cual es totalmente contrario a la esencia del concepto, pues los permisos dan cabida a la participación en el sector de entes de naturaleza privada, con intereses económicos que escapan al beneficio de la colectividad” (Anglés Hernández 2017, 135-136).

Además, todo aquello que no se encuentre previsto en esta ley será considerado como actos mercantiles regidos por el Código de Comercio y por el Código Civil Federal, por lo que se actualiza la huida del derecho administrativo en su versión de privatización del derecho administrativo (artículo 97).

5.2.2.4 Las servidumbres legales de hidrocarburos

La legislación señala un procedimiento específico para poder realizarse la afectación de la propiedad. Se establece la posibilidad de entablar una negociación con los propietarios de los bienes o de derechos para poder llevar acabo la actividad de expropiación y la extracción de hidrocarburos mediante una contraprestación. Esto incluye a los derechos reales, ejidales o comunales (artículo 100). Se puede negociar y adquirir la propiedad mediante cualquier figura legal que no contravenga la ley. Un aspecto que es importante a destacar y que tiene que ver con la problemática de este trabajo son los procedimientos de afectación en caso de que no se llegue a ningún acuerdo en la negociación. Así transcurridos 180 días naturales el asignatario o contratista podrá promover ante el Juez de Distrito en materia Civil o mediante Tribunal Unitario Agrario la constitución de la servidumbre legal de hidrocarburos o solicitar a la Secretaria de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano una mediación respecto la formas de adquisición, goce, uso o afectación de los terrenos bienes o derecho así como su contraprestación (artículo 106).

En caso de que en la mediación no se llegue a un acuerdo conforme a los avalúos presentado por las partes, dentro de los treinta días naturales contados a partir de la sugerencia de la contraprestación, la Secretaria de Energía podrá solicitar a la Secretaria de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano que inicie el trámite ante el Ejecutivo Federal para la constitución de la servidumbre legal de hidrocarburos por vía administrativa (artículo 108).

La servidumbre legal se refiere al derecho de tránsito de personas; el transporte, condición y almacenamiento de materiales para la construcción, vehículos, maquinaria y bienes de todo tipo; el de construcción, instalación o mantenimiento de la infraestructura o realización de obras y trabajos necesarios

para el adecuado desarrollo y vigilancia de las actividades amparadas por virtud de un Contrato o Asignación.

Todas las servidumbre legales de hidrocarburos que se decreten a favor del Asignatario o Contratista serán regidas por el derecho común y si existe una controversia por Tribunales Federales. A su vez, las servidumbres legales podrán constituirse por vía administrativa y/o jurisdiccional (artículo 109).

En este caso es importante porque se permite afectar la propiedad a través de un procedimiento administrativo. Esta situación trasgrede la división de poderes señalada a nivel constitucional³³⁰. Pero además, esta manera de afectar la

³³⁰ Como lo afirma Anglés Hernández: “Sin duda, por virtud de este artículo se trastoca la teoría de la división de poderes (Montesquieu, 2003), fundamental en la construcción y operación de cualquier Estado democrático de derecho, cuyos orígenes plantearon evitar la concentración y el abuso de poder en perjuicio de la sociedad a la cual se deben, recayendo en el Poder Judicial una labor de gran relevancia, al ser el intérprete último del sistema jurídico; esto es, quien vigila y garantiza el control constitucional; pero en la ley que revisamos, este sistema de contrapesos se desdibuja, ya que el Legislativo mandata al Judicial sobre cómo proceder, por lo que cabe preguntarse: ¿y dónde queda el ejercicio hermenéutico que el juzgador tendría que llevar a cabo para ponderar los derechos en pugna y, con base en el principio pro persona, tomar una decisión orientada a garantizar la justicia social?” (2017, 141-142). No obstante a lo anterior, en esta jurisprudencia la Suprema Corte de Justicia de la Nación avala el cambio de sentido en el concepto de utilidad pública, llevándolo hacia la posibilidad de que ésta última sea definida a partir del mercado y de los intereses de particulares: **“EXPROPIACIÓN. CONCEPTO DE UTILIDAD PÚBLICA.** La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cuanto al concepto de utilidad pública, ha sustentado diversos criterios, en los que inicialmente señaló que las causas que la originan no podrían sustentarse en dar a otro particular la propiedad del bien expropiado, sino que debía ser el Estado, en cualquiera de sus tres niveles, quien se sustituyera como propietario del bien a fin de conseguir un beneficio colectivo a través de la prestación de un servicio o realización de una obra públicos. Posteriormente amplió el concepto comprendiendo a los casos en que los particulares, mediante la autorización del Estado, fuesen los encargados de alcanzar los objetivos en beneficio de la colectividad. Así, esta Suprema Corte reitera el criterio de que el concepto de utilidad pública es más amplio, al comprender no sólo los casos en que el Estado (Federación, Entidades Federativas, Distrito Federal o Municipios) se sustituye en el goce del bien expropiado a fin de beneficiar a la colectividad, sino además aquellos en que autoriza a un particular para lograr ese fin. De ahí que la noción de utilidad pública ya no sólo se limita a que el Estado deba construir una obra pública o prestar un servicio público, sino que también comprende aquellas necesidades económicas, sociales, sanitarias e inclusive estéticas, que pueden requerirse en determinada población, tales como empresas para beneficio colectivo, hospitales, escuelas, unidades habitacionales, parques, zonas ecológicas, entre otros, dado que el derecho a la propiedad privada está delimitado en la Constitución Federal en razón de su función social. Por ello, atendiendo a esa función y a las necesidades socioeconómicas que se presenten, es evidente que no siempre el Estado por sí mismo podrá satisfacerlas, sino que deberá recurrir a otros medios, como autorizar a un particular para que preste un servicio público o realice una obra en beneficio inmediato de un sector social y mediato de toda la sociedad. En consecuencia, el concepto de utilidad pública no debe ser restringido, sino amplio, a fin de que el Estado pueda satisfacer las necesidades sociales y económicas y, por ello, se reitera que, genéricamente, comprende tres causas: a) La pública propiamente dicha, o sea cuando el bien expropiado se destina directamente a un servicio u obra públicos; b) La social, que satisface de una manera inmediata y directa a una clase social determinada, y mediatamente a toda la colectividad; y c) La nacional, que satisface la necesidad que tiene un país de adoptar medidas para hacer frente a situaciones que le afecten como entidad política

propiedad permite que de manera unilateral se pueda llevar a cabo la desposesión de las tierras de las comunidades y poblaciones. En este contexto, se modifica el sentido de utilidad pública, ya que el gobierno sin mediar un juicio ante el poder judicial podrá llevar a cabo la afectación de la propiedad.

5.2.3 Las empresas productivas del Estado y su naturaleza híbrida para fines privados

Lo que interesa en este apartado es como se presenta la transformación de la naturaleza de las empresas del Estado. El cambio central consiste en someter al régimen de derecho privado a empresas estatales. Esta hibridación permite entender que se trata de un cambio en el que se modifica la estructura jurídica de las empresas del Estado y se crea una nueva, con el objetivo central de escapar del régimen de control del derecho público y de privatizar la empresa, cuestión que entraña un contrasentido porque el capital de estas empresas es estatal, lo que puede ser considerado de mejor manera como una forma de trasladar recursos públicos para uso de fines privados sin rendición de cuentas. En estos términos se crea la huida del derecho administrativo por medio de privatización de la gestión de la empresa. Por tanto, las Empresas Productivas del Estado son híbridos para fines privados porque hay una mezcla o una combinación en su estructura jurídica entre el control público estatal y la gestión privada.

Esta situación conlleva a plantear que estos nuevos regímenes jurídicos de carácter híbrido es la forma que permite justificar la privatización del sector energético en México. Son los nuevos mecanismos que permiten trasladar los recursos al sector internacional a través de una intensa participación del Estado y los particulares en asociación y alianza.

Naturaleza y objetivos de las Empresas Productivas del Estado

o internacional. Época: Novena Época, Registro: 175593, Instancia: Pleno, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXIII, Marzo de 2006, Materia(s): Constitucional, Administrativa, Tesis: P./J. 39/2006, Página: 1412.

De este modo en cuanto a su definición la Ley de Petróleos Mexicanos señala que la naturaleza de Petróleos Mexicanos es ser una empresa productiva del Estado, de propiedad exclusiva del Gobierno Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propio, con autonomía técnica, operativa y de gestión (artículo 2). A su vez, se sujetará al derecho mercantil y civil de manera supletoria. En cuanto a su interpretación esta estará encaminada a la naturaleza jurídica de empresa productiva del Estado con régimen especial³³¹, y bajo un régimen de gobierno corporativo para competir con eficacia en la industria³³² (artículo 3).

La finalidad de las empresas productivas del Estado es el desarrollo de actividades empresariales, económicas, industriales y comerciales, para generar 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 (artículo 4). De esta forma se modifica el objeto de la función de las empresas en los propios términos de las dinámicas del mercado.

Petróleos Mexicanos podrá celebrar contratos con el Gobierno Federal y con personas físicas y morales sobre cualquier tipo de actos relacionados con su objeto. Los contratos y, 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 (Artículo 7).

Solo a partir de la aprobación por parte de la Comisión Nacional de Hidrocarburos mediante los procedimientos respectivos Petróleos Mexicanos podrá celebrar contratos con terceros o de forma independiente o en Asociación o con participación con particulares (artículo 8).

³³¹ Lo que se considera como una hibridación jurídica para fines privados.

³³² Hay que mencionar que en la Ley de Entidades Paraestatales se señala en su artículo tercero párrafo segundo que las Empresas Productivas del Estado y sus respectivas empresas productivas subsidiarias, la Procuraduría Agraria, la Procuraduría Federal del Consumidor, la Agencia de Noticias del Estado Mexicano y el Sistema Público de Radiodifusión del Estado Mexicano, atendiendo a sus objetivos y a la naturaleza de sus funciones, quedan excluidas de la observancia del presente ordenamiento.

Gobierno Corporativo y Organización

Petróleos Mexicanos contará con la organización y estructura corporativa conforme lo determine su Consejo de Administración. 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 (artículo 11). Petróleos Mexicanos será dirigida y administrada por: I. Un Consejo de Administración, y II. Un Director General (artículo 12).

En este sentido se crea un consejo de administración con un régimen especial, como presidente el titular de la Secretaría de Energía y el titular de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Tres consejeros del Gobierno Federal designados por el Ejecutivo Federal y cinco consejeros independientes, designados por el Ejecutivo Federal y ratificados por el Senado de la República, quienes ejercerán sus funciones de tiempo parcial y no tendrán el carácter de servidores públicos (artículo 15).

Los tres consejeros del Gobierno Federal y los independientes podrán desempeñar otros empleos, cargos o comisiones públicos o privados, salvo aquellos que impliquen un conflicto de interés en términos del Reglamento (artículo 16).

Los consejeros no tendrán relación laboral alguna por virtud de su cargo con Petróleos Mexicanos, sus empresas productivas subsidiarias o empresas filiales, o con el Gobierno Federal. Los consejeros del Gobierno Federal que no sean servidores públicos, así como los consejeros independientes, recibirán la remuneración que al efecto determine un comité especial que estará integrado por dos representantes de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y un representante de la Secretaría de Energía, todos con nivel mínimo de subsecretario, mismos que no tendrán suplentes (Artículo 24).

Los consejeros, con relación al ejercicio de sus funciones como miembros del Consejo de Administración, serán responsables exclusivamente en términos de

lo dispuesto en esta Ley, por lo que no estarán sujetos al régimen de responsabilidades establecido en la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos o en cualquier otro ordenamiento o disposición aplicable en general a los servidores públicos de carácter federal (Artículo 30).

Régimen Especial, Empresas Productivas Subsidiarias y Empresas Filiales

Petróleos Mexicanos podrá contar con empresas productivas subsidiarias y empresas filiales en términos de la presente Ley. Petróleos Mexicanos actuará a través de empresas productivas subsidiarias para realizar las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos. Las demás actividades de Petróleos Mexicanos podrá realizarlas directamente, a través de empresas filiales, empresas en las que participe de manera minoritaria, directa o indirectamente, o mediante cualquier figura de asociación o alianza que no sea contraria a la ley (artículo 59).

Las empresas productivas subsidiarias son empresas productivas del Estado, con personalidad jurídica y patrimonio propios. Las empresas productivas subsidiarias operarán conforme al régimen especial previsto en la Ley para Petróleos Mexicanos en materia de presupuesto; deuda; adquisiciones, arrendamientos, servicios y obras; responsabilidades administrativas; remuneraciones; bienes y dividendo estatal (artículo 60).

Se consideran empresas filiales de Petróleos Mexicanos en las que participe directa o indirectamente con más del cincuenta por ciento del capital social. A su vez, las empresas filiales no serán entidades paraestatales, su naturaleza jurídica será regida conforme al derecho privado del lugar de su constitución (artículo 61).

Petróleos Mexicanos podrá realizar las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos, conforme a lo siguiente: I. Si las actividades se realizan al amparo de una asignación, deberá actuar a través de una o más empresas productivas subsidiarias. II. Si las actividades se realizan por virtud de un Contrato para la Exploración y Extracción de Hidrocarburos: a) En los casos en que Petróleos Mexicanos realice la actividad de manera exclusiva, deberá hacerlo a través de una

o más empresas productivas subsidiarias, y b) En los casos que pretenda realizar las actividades en asociación o alianza con terceros, podrá hacerlo mediante la creación o participación en empresas filiales. En los casos en que Petróleos Mexicanos forme parte de una asociación en participación o consorcio, podrá hacerlo a través de empresas productivas subsidiarias o empresas filiales. Lo dispuesto en esta fracción será aplicable cuando Petróleos Mexicanos resulte ganador en un proceso de licitación para la adjudicación del Contrato para la Exploración y Extracción de Hidrocarburos o cuando la celebración del mismo sea resultado de un proceso de migración de asignación a contrato (artículo 63). Por tanto, se permite la participación en el Sector bajo los criterios señalados, lo que resulta incongruente es que el Estado ahora compite con otras empresas para la prestación del servicio de exploración y explotación siendo que a nivel constitucional el recurso es de la nación.

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 (artículo 75).

Todos los actos que se desarrollen dentro del procedimiento de contratación que se regula en el presente Capítulo, hasta el momento del fallo, inclusive, serán de naturaleza administrativa. Una vez firmado el contrato, éste y todos los actos o aspectos que deriven del mismo serán de naturaleza privada y se regirán por la legislación mercantil o común aplicable (artículo 80).

Haciendo una recapitulación al respecto, en la Ley de Hidrocarburos y en la conformación de las Empresas Productivas del Estado, se presenta como una tendencia la sujeción al derecho privado. Se intenta que los procedimientos administrativos sean solo para la designación de la explotación y exploración mediante contratos y asignaciones si es por parte de las reservas que se le asignaron a la Empresa Productiva del Estado. Existe licitación, es decir acto administrativo solo hasta la adjudicación contractual. Después de la asignación o adjudicación será regido por el derecho privado. Esta etapa solo podrá interponerse un juicio de amparo indirecto, es decir, no se puede analizar el fondo del asunto.

A su vez, es a través de los contratos de exploración y extracción que se establecen las formas en que se llevará a cabo la participación de los particulares en el sector. Aunque se establece una serie de condiciones a cumplir (como las cláusulas de rescisión) que puede ser considerado como un acto de autoridad, en lo general se establece que el derecho privado es el que regulara la relación contractual.

Lo mismo se aplica con las Empresas Productivas del Estado que en teoría son de naturaleza pública, pero se encuentran sujetas al régimen del derecho privado para su regulación. De igual forma, compiten con las demás empresas para participar en la exploración y explotación de los hidrocarburos.

En esta lógica es evidente que estos nuevos regímenes permiten la privatización del sector energético, y al mismo tiempo, se permite que empresas transnacionales participen en estas actividades. Se deja abierta la posibilidad de que los conflictos puedan ser resueltos por medio de Tribunales de Arbitraje Internacionales que velan por los intereses empresariales. De esta forma estos híbridos jurídicos son la expresión de la penetración del sector económico transnacional que elimina cualquier barrera estatal para la transferencia de los recursos nacionales hacia los particulares.

6.- Consideraciones finales

La hibridación jurídica como proceso de privatización del Estado y el derecho en la globalización económica

El proceso de configuración del Estado moderno, así como de desarrollo de sus funciones se ha desplegado a través de diversas etapas y fases que de ninguna manera pueden presentarse como progresivas o lineales. Su devenir histórico es contradictorio y se ha configurado a partir de múltiples interacciones y relaciones. Del mismo modo existe una estrecha relación entre la forma de producción económica en una época histórica determinada y las formas de organización del poder político. En este sentido, el proceso de transición del modo de producción feudal hacia un modo de producción capitalista produjo una organización estatal absolutista representada por las monarquías que llevaron hacia la conformación de burocracias centralizadas, al monopolio de la violencia, al desarrollo del concepto de soberanía y al monopolio de la producción normativa y su aplicación en un determinado territorio como elementos que conformaran al Estado moderno. De acuerdo con esto, han existido varias configuraciones que han sido caracterizadas desde la Teoría del Estado. De entre ellas se destacan el Estado liberal, el Estado social de bienestar y en épocas actuales el Estado neoliberal.

El Estado liberal presenta como características el establecimiento de la Ley general y abstracta, y derechos y libertades para los ciudadanos, limitando el poder del Estado que con el absolutismo monárquico se habían generado. Es con este modelo de Estado liberal que una naciente clase social (la burguesa) se desarrolla. Esta última, reproduce las relaciones de mercado y de intercambio comercial como forma de acumulación. Para que las relaciones mercantiles y los intereses privados pudieran expandirse, se necesitó de la protección y de seguridad del Estado. Es decir, la protección a la propiedad privada por parte del Estado es fundamental para el desarrollo del capitalismo. De igual forma es con el Estado liberal que surge la contraposición general Estado-sociedad. En otros términos, el Estado va a garantizar y desarrollar (principalmente por medio de la Ley general que conlleva el uso de la coerción) el desenvolvimiento de las relaciones capitalistas. Es en esta

etapa que el interés general se determina por el los intereses de la sociedad y en específico de los intereses de la nueva clase social.

Así las funciones del Estado se limitan a cumplir actividades de policía y de seguridad al interior de los territorios estatales. No puede interferir en el desarrollo de actividades económicas y productivas, que son llevadas a cabo por los particulares (empresas, compañías y corporaciones). De este modo, se genera una división clara entre el derecho producido por el Estado (derecho público) que tiene como fin principal garantizar la seguridad y protección a la actividades comerciales y mercantiles llevadas a cabo por los particulares; y por otro lado, el derecho producido por los comerciantes principalmente con sus figuras contractuales que son la herramienta primordial del derecho privado. Existe un límite entre las actividades económicas y las actividades estatales, al igual que entre el derecho público y el derecho privado.

En el Estado social se modifican las funciones liberales del Estado. En esta etapa se establece la necesidad de que éste lleve a cabo actividades asistenciales como la educación, la asistencia médica, un sistema de pensiones y mejores condiciones de trabajo. A su vez, se produce una fuerte intervención del Estado en la economía a través de la creación de empresas estatales o por medio de la nacionalización de la industria de distintas actividades económicas. El derecho adquiere una significación importante porque se establecen leyes tendientes a equilibrar desigualdades sociales.

El auge de un derecho del trabajo que buscara equilibrar las relaciones de poder asimétricas entre el trabajador y los propietarios de los medios de producción, el derecho a una pensión para los trabajadores o un derecho a la salud que garantizara la posibilidad de que la población pudiera acceder a este servicio básico. Esto es, el Estado y el derecho amplían su actividad y llevan a cabo servicios a la población en general. Su función consiste entonces en atender las necesidades de la población y el interés colectivo y social.

No se puede soslayar que en esta etapa histórica la intervención del Estado fue fundamental para que se posibilitara la reproducción de las relaciones

capitalistas a gran escala y de manera extensiva a partir de una nueva forma de organización de la producción capitalista (forma de organización fordista).

Esta nueva forma de organización permite un cambio en la manera en que se produce, pero al mismo tiempo modifica las relaciones de trabajo. Se generan las grandes industrias donde el trabajador se encuentra sujeto a la producción de las grandes fábricas. Se crea una acumulación de capital de gran alcance que conduce a la reorganización del trabajo que ocasiona una nueva forma de vida en las sociedades. Por lo que existe una correlación directa con el desarrollo del capitalismo a gran escala. Es decir, hay una postura en la que el bienestar se encuentra vinculado con el consumo y por consecuencia con el aumento de la producción capitalista a gran magnitud. Para ello, el Estado y el derecho cumplieron un papel central.

De igual forma, en el Estado social existió un fortalecimiento del poder Ejecutivo, que permitió generar las condiciones sociales para el desarrollo del capital. Aunque se considera que el excesivo aumento de intervención en la economía por el Estado generó una transformación en el modelo clásico liberal, en cuanto a la pérdida de centralidad de la ley, y un alcance regulatorio basto que deja abierta los procesos de control público estatal. El principio de legalidad se rompe en la medida en que el Poder Ejecutivo emite regulación para cada actividad económica que desempeñaba, lo que trae como consecuencia, pérdida de coherencia y unidad producto a la multiplicación de regulaciones técnicas y especializadas.

La intervención estatal modificó las dinámicas creadas en un inicio entre el Estado y la sociedad burguesa. Aunque se conserva en el modelo la tradicional separación y la clásica estructura jurídico política, la intervención estatal abrió nuevos campos y nuevas formas de relaciones jurídicas que desvirtúan el funcionamiento sistémico generado en anteriores etapas. Hay que resaltar que aunque este crecimiento ve afectada la tradicional separación, el Estado abarcó todo un conjunto de servicios que se materializaron en mejores condiciones para la población y la comunidad. La articulación de lo público estatal representó una forma

de mejoramiento de las condiciones sociales. El significado del interés general y de utilidad pública se vio materializado a través de la generación de servicios públicos y la mejora de las condiciones sociales. Se definía entonces a lo público estatal como todas aquellas actividades que realizaba el Estado a través de la Administración Pública y que se encontraban fuera de la lógica del mercado, como contraposición de lo privado que sostenía relaciones propiamente mercantiles y comerciales.

El cambio del papel del Estado y el derecho en esta etapa se presenta producto de la crisis en la economía a partir de los años setentas. El aumento del precio del petróleo debido al conflicto árabe-israelí y el estancamiento de la economía por medio de una baja demanda de consumo, al alza en los precios derivada de la crisis del petróleo, y el mantenimiento altos salarios llevo a replantear el papel del Estado y el derecho en la economía. Por lo que una de las primeras críticas fue la intervención estatal. Se expresó que la intervención económica era un mal que había que corregir, ya que generaba inflación en los precios del mercado, y una burocracia que impedía que los servicios fueran eficientes y eficaces, y que el poder de los organismos sindicales generaba una alta carga económica poco sostenible.

En los inicios de los años ochenta se introducen y se llevan a la práctica la teoría del neoliberalismo económico como mecanismo de la solución de la crisis de los Estados. El planteamiento central es la reducción del Estado en la economía. Para ello se establecen planes económicos como lo fue el Consenso de Washington que plantea una serie de medidas encaminadas a la disminución de la inflación y a palear las deudas estatales por medio de la reducción del gasto público, la venta de las empresas estatales a través de la privatización y a la liberación económica a través de la desregulación económica. Y con ello modificaciones a las estructuras normativas generadas en etapas anteriores. Proliferaron a su vez acuerdos económicos con organismos internacionales como lo son el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial que condicionaban los apoyos económicos para los Estados a través de la implementación de las medidas neoliberales.

El establecimiento de las políticas económicas neoliberales modificaron las funciones del Estado que anteriormente venía realizando. Su objetivo principal ahora será la de regular el funcionamiento adecuado del mercado a través de mecanismos de libre mercado, buscando sobre todo la eficiencia y la eficacia de los servicios, bajo la premisa de que las empresas y las corporaciones son mejores que los servicios que presta el Estado. El gasto público y social de los Estados se limita y se condiciona sobre aspectos compensatorios según su estrato socioeconómico, eliminando la universalidad del gasto público y social.

Por otro lado, el desarrollo del capitalismo global que se define a partir de la fragmentación y deslocalización de las cadenas de producción alrededor del mundo, genera modificaciones importantes en los Estados nacionales. Es decir, ahora se considera que existe un nuevo espacio transnacional que atraviesa a los Estados. Las empresas buscan establecerse donde existan las mejores condiciones de producción, lo que hace que los Estados generen condiciones laborales mínimas que permiten generar mayor ganancia empresarial, normatividad tendiente al beneficio de la inversión extranjera y sobre todo comercial, así como una fuerte protección de la propiedad privada nacional y transnacional.

Por tanto los Estados se reestructuran conforme a las necesidades del capitalismo global, lo cual implica modificaciones al alcance y contenido de las soberanías de las naciones y la aceptación y vinculación de reglas provenientes de otras latitudes y de otros actores, principalmente del sector empresarial y corporativo transnacional. Las organizaciones de Comercio Internacional (como la Organización Mundial de Comercio o la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil) adquieren relevancia en las decisiones de los Estados. Esta reconfiguración trae consigo elementos y características como lo son la desnacionalización de los Estados a partir de políticas económicas que permiten el libre mercado, la libre transferencia de recursos y la penetración de un nuevo régimen jurídico de alto contenido privado en la estructura interna del Estado. Lo que ha generado un nuevo tipo de Estado Neoliberal Transnacional con funciones híbridas para fines privados.

De esta forma, en el Estado Neoliberal Transnacional se generan espacios en los que se conviven con intercambios comerciales regionales e internacionales a través de bloques económicos, vinculación entre los Estados con empresas industriales transnacionales, financieras y de servicios, así como el establecimiento de regímenes normativos internacionales (convenios, leyes modelos, códigos de conductas, estándares técnicos, esto es, el denominado derecho suave o *soft law*) producidos por las organizaciones intra gubernamentales y empresas transnacionales.

Las funciones del Estado Neoliberal Transnacional consisten en una doble función general: la primera en el establecimiento de regímenes jurídicos que faciliten la transferencia de recursos a nivel transnacional (a través de tratados y acuerdos comerciales internacionales). Y la segunda a nivel interno, se establece un Estado que solo regule las actividades económicas nacionales con mínima intervención en la economía, así como se posibilita la circulación de contenido privado en los ordenamientos jurídicos estatales para la participación de manera conjunta o de forma unilateral en actividades que antes llevaba a cabo el Estado (funciones y servicios públicos). Por lo que la toma de decisiones gubernamentales se desplaza hacia el mercado y hacia intereses privados nacionales e internacionales. Ahora las actividades empresariales y corporativas son consideradas como de interés general y de utilidad pública y se imponen sobre las sociedad, incluso sobre el derecho de las comunidades a decir sobre su propio territorio.

En este tenor de ideas, en el Estado Neoliberal Transnacional existen órganos especializados que rompen con la tradicional división de poderes, y responden a las dinámicas propias de su actividad. Son organismos públicos pero sin un control por parte del poder legislativo. La toma de decisiones ya no la hace la población a través de vías democráticas, sino, a partir de las decisiones de órganos autónomos que responden a los intereses de las actividades que realizan y de la lógica mercantil y comercial. Además, el poder de control que ejerció el Estado en un determinado territorio se modifica. Es decir, son áreas en las que el Estado cede el control y en ocasiones lo comparte con el ámbito de lo privado.

Actualmente los Estados se encuentran en una red de relaciones que interactúan con el espacio supranacional. Así que se presenta una mezcla de contenidos y de actividades producto de las diferentes escalas de relaciones y de la multiplicidad de dimensiones y actores interrelacionados. Así, la tradicional división de lo público y lo privado se difumina pasando a formar una relación de interdependencia. Lo público estatal se modifica en favor de la eficiencia y la eficacia del mercado contrario en etapas anteriores en las que iba encaminada a mejorar las condiciones y desigualdades sociales. Ahora, las contradicciones (Estado-mercado) se difuminan y se entre mezclan racionalidades y dinámicas económicas con principios que en teoría deberían responder al interés general de la población.

Esta mezcla genera hibridaciones no solamente porque existe una asociación entre actores estatales y no estatales, sino porque además jurídicamente existe una asimilación y combinación de normatividad proveniente del derecho privado en el derecho público. A sí mismo, existe toda una normatividad proveniente del ámbito transnacional ya sea a través de la firma y aceptación de tratados internacionales o mediante la influencia e incorporación de un orden privado transnacional no vinculante en el orden jurídico nacional.

Con referencia a la reforma constitucional en materia energética en México, ésta es el ejemplo de las actuales estructuras jurídicas neoliberales transnacionales. Es decir, es un proceso de-constituyente y de flexibilización de los contenidos nacionales que generan la desnacionalización estatal mediante la participación de actores privados nacionales e internacionales en la explotación y exploración de los hidrocarburos (bienes estratégicos nacionales). Al mismo tiempo, se limita el grado de participación estatal en el sector energético y se pierde la soberanía energética nacional mediante la subordinación de los intereses privados (empresas nacionales e internacionales).

Existe un alto contenido de derecho privado en el ordenamiento jurídico de los hidrocarburos. La mezcla o combinación de elementos publico privados se presenta de forma difusa y el contenido discursivo de principios empresariales en las legislaciones se lleva a cabo a través de una retórica de contenido nacional que en realidad es una estructura que faculta a los particulares la explotación y

exploración de los hidrocarburos. Así se mantiene el control del sector pero su gestión podrá ser llevada a cabo por particulares. Lo que ocasiona que se genere una contradicción que puede ser entendida como una simulación. En efecto, este proceso de hibridación jurídica adquiere esta característica y se ve reflejada tanto en el ordenamiento constitucional como en la legislación de hidrocarburos.

Por lo que el proceso de hibridación en la ley de hidrocarburos y en la Ley de Petróleos Mexicanos que regula a las Empresas Productivas del Estado consiste en someter la regulación a un régimen de derecho privado, lo que tiene como consecuencia la privatización de lo público. Se hace hincapié en que la hibridación es un proceso que consiste en simular o hacerse pasar como una regulación con fines públicos pero en realidad es toda una estructura jurídica con fines privados y que está vinculada hacia el ámbito transnacional.

Por consecuencia, en esta etapa histórica existe un proceso continuo de desarticulación y desmantelamiento de lo público estatal hacia formas públicas para fines privados. De esta manera, tanto en la Ley de Hidrocarburos como en la Ley de Petróleos Mexicanos se encuentra una coparticipación en la prestación de servicios públicos por particulares o en asociación y alianza, órdenes jurídicos nacionales con sujeción al derecho privado, así como la sujeción de órganos y entidades de la administración al derecho privado, lo que puede ser considerado como la huida del derecho administrativo en su modalidad de privatización del derecho público. Empresas Estatales con regímenes especiales fuera de cualquier control del derecho público y con sujeción al derecho mercantil nacional e internacional, así como a la subordinación a regímenes de arbitraje internacionales. Sujeción a procedimientos de carácter civil y mercantil y la implementación de instrumentos contractuales bajo el predominio del derecho privado.

En este marco de ideas, la hibridación jurídica es concepto que sirve para explicar el fenómeno de lo transnacional ya que no solamente permite entender la participación de las empresas privadas y estatales en el sector estratégico de hidrocarburos, sino además, establece una interconexión con la pluralidad de órdenes normativos con sedes transnacionales. Es un fenómeno que se presenta en esta etapa histórica y que no solamente puede analizarse para el sector de

hidrocarburos. Hay que agregar que este tipo de hibridaciones tiene como finalidad responder a las dinámicas comerciales y mercantiles globales. Son esquemas normativos que funcionan a partir de la lógica de mercado. La problemática de estos regímenes híbridos para fines privados es que son estructuras creadas para posibilitar la mercantilización de los bienes y servicios públicos. Se olvida que existen áreas y actividades que no deben de estar sometidas a la lógica del mercado. El problema estriba en que al fusionarse o combinarse los elementos y crearse nuevas estructuras es difícil establecer medios que limiten y que frenen los objetivos para lo cual fueron creadas.

Estos nuevos regímenes jurídicos no toman en cuenta de forma clara y precisa los derechos humanos de los pueblos para determinar la manera pueden ser usado los recursos de sus comunidades. Es una legislación que establece como causa utilidad pública cualquier actividad relacionada con los hidrocarburos y por lo tanto la afectación puede llevarse a cabo bajo procedimientos especiales. Así aunque se hace referencia al derecho a la consulta de los pueblos para determinar exploración o explotación de hidrocarburos, prevalece los principios mercantiles sobre el derecho pueblos a decidir. Un ejemplo de ellos son los procedimientos para afectar la propiedad (servidumbre legales de hidrocarburos) que ni si quiera en la Ley de Expropiación se establecen como tal. Son procedimientos que afectan la división de poderes y la posibilidad de defensa de las comunidades. Pero además, son establecidos para que el Poder Ejecutivo a través de la Secretaria de Estado respectiva pueda llevar a cabo dicha afectación.

En este contexto general la presente investigación permite entrever de qué forma se están estableciendo las relaciones entre el Estado y el sector de lo privado. Además, se establece que las hibridaciones para fines privados no solamente se presentan en el sector energético. Aunque el análisis de este trabajo solo presentó una configuración general de las relaciones privadas en las que el Estado se encuentra trabajando a partir del análisis de la Ley de Hidrocarburos, es importante mencionar que es posible llevar a cabo futuras investigaciones en otras áreas del derecho, principalmente en lo relacionado con los derechos sociales, económicos, y culturales. De igual manera, en lo relacionado con el sistema político mexicano en

cuanto al déficit democrático que se adopta en el Estado Neoliberal Transnacional y la intervención de la autoridad privada en la política pública. De esta forma se infiere que existen diversos problemas que la presente investigación no dan cuenta de ellos, como el de la gobernanza global, o el desarrollo a profundidad de la teoría del pluralismo jurídico transnacional. Cuestión que podrá desarrollarse desde otras perspectivas en posteriores análisis.

Bibliografía

- Aboites , Luis, y Engracia Loyo. 2010. «La construcción del nuevo Estado, 1920-1945.» En *Nueva Historia General de México* , de Erik Velásquez García, 818. México: El Colegio de México.
- Aguilar, Luis F. *Gobernanza*.2010. *El nuevo proceso de gobernar*. México: Fundación Friedrich Naumann para la Libertad.
- Aguilera Hintelholher, Rina M. 2012. *Naturaleza de lo público en la Administración Pública Moderna*. México, D.F.: INAP.
- Alba Vega, Carlos. 2005. «Las relaciones entre los empresarios y el Estado». En *Una historia contemporánea de México*, coordinado por Ilán Bizberg y Lorenzo Meyer, Tomo 2 Actores, 157-200. México: Océano.
- Aman, Alfred C. 1998. «The globalizing State: A future-Oriented Perspective on the Public/Private Distinction, Federalism, and Democracy.» *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 31, nº 3 (Octubre): 769-869.
- . 2003. «Globalization, Democracy, and the Need for a New Administrative Law.» *Indiana Journal of Global Legal Studies* 10, nº 1 (Invierno): 125-155.
- Ampudia , Víctor J. 2015 . «Anticonstitucionalidad de la LAAP.» En *Interés Público, asociaciones público-privadas y poderes fácticos*, coordinado por Irma Eréndira Sandoval Ballesteros, 145-156. México: UNAM-IIS.
- Analisis y Acción para la justicia social, y otros. 2016. *Privatización del Sistema Penitenciario en México*. México. <http://www.documenta.org.mx/layout/archivos/2016-agosto-privatizacion-del-sistema-penitenciario-en-mexico.pdf>
- Anderson, Perry. 1987. *El Estado Absolutista*. México: FCE.
- . 1979. *Transiciones de la antigüedad al feudalismo*. México, D.F. : Siglo XXI.
- Anglés Hernández , Marisol. 2017. «La reforma en materia de hidrocarburos en México, como parte del proyecto neoliberal hegemónico violatorio de derecho humanos.» En *Reforma en materia de hidrocarburos* , coordinado por Marisol Anglés Hernández , Ruth Roux y Enoc Alejandro García Rivera , 129-158. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Anguiano, Arturo. 2010.*El ocaso interminable. Política y sociedad en el México de los cambios rotos* . México, D.F.: Era.
- Ariño Ortiz, Gaspar. 1999. *Principios de Derecho Público Económico. (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica)*. Granada: COMARES.
- Aristóteles. 1988. *Política*. Madrid, España: Gredos.

- Atili, Antonella. 2008. *Artificium, categorías de la política moderna*. D.F., México: Ediciones Coyoacán.
- Atrián, María Teresa. 1997. *Civilización ilustrada: los entramados de la modernidad*, Cuaderno Teoría Sociológica y la Modernidad. Vol. 4. Distrito, Federal: UNAM, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales.
- Ayala Espino, José Luis. 1992. *Limites del mercado limites del Estado. Ensayo sobre economía política del Estado*. México: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Aziz Nassif, Alberto. 1998. *La Ciencia Política: Empirismo, fortaleza vacía, hibridación y fragmentos*. México, D.F.: UNAM-Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades.
- Banco Mundial. Consultado el 09 de Marzo de 2017. <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/es/asociaciones-publico-privadas/definicion>.
- Benzaid, Daniel. 2010. *Cambiar el mundo*. España: Diario Público.
- Berns, Laurence. «Thomas Hobbes.» En *Historia de la Filosofía Política*, coordinado por Leo Strauss y Joseph Cropsey, 377-399. México: FCE, 1993.
- Bizberg, Ilán. 1990. *Estado y sindicalismo en México*. México: El Colegio de México.
- Bobbio, Norberto. 1985. *Liberalismo y democracia*. México, D.F. : FCE.
- . 1989. *Estado, gobierno y sociedad*. D.F., México: FCE.
- Bodenheimer, Edgar. 1994. *Teoría del Derecho*. D.F., México: FCE.
- Bodin, Jean. 1985. *Los seis Libros de la República*. Madrid: Tecnos.
- Braudel, Fernand. 1968. *La historia y las ciencias sociales*. Madrid: Alianza Editorial.
- . 1986. *La dinámica del capitalismo*. México, D.F.: FCE.
- Burgoa , Ignacio. *Las Garantías Individuales*. Vigésima edición. México: Porúa, 1986.
- Büthe, Tim. 2004. «Governance through private authority: Non-state actors in world politics.» *Journal of International Affairs*. 58, nº 1: 281-290.
- Cabo de la Vega, Antonio. 1997. *Lo público como supuesto constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Cabo, De Cabo Martín Carlos de. 1988. *Teoría histórica del Estado y del Derecho constitucional*. Barcelona, España: PPU.
- Cafaggi, Fabrizio. 2014. «Los nuevos fundamentos de la regulación privada transnacional.» *Revista de Derecho Privado*, nº 26 (Enero-Junio): 185-217.

- Camacho Mier y Terán, Ignacio Rafael , Alfonso Carballo Pérez, Marguerita Corina, y Esteban Romero Romero Fhong. 2012. *Fortaleza Institucional de las Agencias Reguladoras en México*. Documento de Investigación en Regulación Num. 2012-03, México: COFEMER.
- Canals Ametller, Dolors. 2010. «El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la administración.» En *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la administración*, coordinado por Alfredo Galán Galán y Alfredo Prieto Romero, 21-52. Barcelona: Huygens.
- Cansini, Lorenzo. 2014. «"Down the rabbit-hole":The projection of the public/private distinction beyond the state.» *International Journal of Constitutional Law*: 402-428.
- Capella, Juan Ramón. 2001. *La fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y el Estado*. 3a Edición. Madrid, España: Trotta.
- Carbajal, Alberto. , 1994. «El mercantilismo y el Estado Nacional.» En *De la Prehistoria a la Historia*, coordinado por Ismael Comernares, Arturo Delgado, Miguel Ángel Gallo, Francisco González y Armando Pérez. México, D.F. : Ediciones Quinto Sol.
- Cárdenas Gracia, Jaime. 2015 a. «Las características jurídicas del neoliberalismo.» *Revista Mexicana de Derecho Constitucional. Cuestiones Constitucionales*. Núm. 32 (Enero-Junio): 3-44.
- .2015 b. «La nueva legislación secundaria en materia energética de 2014.» *Boletín Mexicano de Derecho Comparado (UNAM-IJJ)* XLVIII, Núm. 143 (Mayo-Agosto): 547-613.
- .2015 c. «La reforma constitucional en materia energética .» En *Reforma Energética. Análisis y Consecuencias*, coordinado por Jaime Cárdenas Gracia, 299-357. México, D.F.: Tirant Lo Blanch.
- Cárdenas Sánchez, Enrique. 2015. *El largo curso de la economía mexicana. De 1780 a nuestros días* . México: FCE, COLMEX, FHA.
- Cárdenas, Lázaro. 1991. *Ideario Político*. 4a Ed. México: ERA.
- Carrillo Castro, Alejandro. 1976. *Las Empresas Públicas en México. Su importancia en el sector industrial y comercial. Bases jurídicas de su acción*. México: INAP.
- Casilda Béjar, Ramón. 2002. «El Consenso de Washigton.» *Política Exterior (Estudios de Política Exterior S.A de C.V.)* 16, nº 86 (Marzo-Abril): 109-128.
- Casirer, Ernest. 1968. *El mito del Estado* . México: FCE.

- Castells, Manuel. 1999. *La era de la información. La sociedad en red*. D.F., México: Siglo XXI.
- Centro de Estudio de las Finanzas Públicas. 2016. *Las Asociaciones Público Privadas como Alternativa de Financiamiento para las Entidades Federativas*. México: Cámara de Diputados LXIII, , 1-78.
- Cerroni, Umberto. 1987. «Sobre la Historicidad de la distinción entre derecho privado y derecho público.» *Crítica Jurídica*, nº 6.
- Chavez Ramirez, Paulina Irma. 1996. *Las cartas de intención y las políticas de estabilización y ajuste estructural de México: 1982-1994*. México: IIE-UNAM-BUAP.
- COFEMER. 2010. Acceso 22 de Julio de 2010. <http://www.cofemer.gob.mx/contenido.aspx?contenido=86>.
- Concheiro Bórquez, 1996. Elvira. *El gran acuerdo* . México, D.F. : ERA.
- Cordera , Rolando, y Carlos Tello. 2010. *México: la disputa por la nación: perspectivas y opciones del desarrollo*. 2a . México: Siglo XXI.
- Córdova, Arnaldo. 1972. *La formación del poder político en México*. México: ERA.
- . 1973. *La ideología de la Revolución Mexicana*. 2a Edición. México: ERA.
- Cossío Díaz, José Ramón. 2008. *Cambio social, cambio jurídico*. México: ITAM-Miguel Ángel Porrúa.
- Coulanges, Fustel de. 1971. *La ciudad Antigua* . México: Porrúa.
- Crossman, R.H.S. 1986. *Biografía del Estado Moderno*. Cuarta Edición . México, D.F.: FCE.
- Cutler, A. Claire. 1997. «Artifice, ideology and paradox: the public/private distinction in the international law.» *Review of International Political Economy* (Taylor and Francis, LTD.) 4, nº 2 : 261-285.
- . 1999. «Locating "Authority" in the Global Political Economy.» *International Studies Quarterly*: 59-81.
- . 2013. «Legal Pluralism as the common sense of transnational capitalism.» *Oñati Socio-Legal Series* 3, nº 4): 719-740.
- Darnaculleta I Gardella, Ma Mercé. 2005. *Autorregulación y Derecho Público: La autoregulación regulada*. Madrid: Marcial Pons.
- De Cabo de la Vega, Antonio. 1997. *Lo público como supuesto constitucional*. México, D.F.: UNAM- IJ.

- De Cabo Martín, Carlos. 1988. *Teoría histórica del Estado y del Derecho. Formas precapitalistas y Estado moderno*. Vol. I. Barcelona: PPU.
- . 1997. *Contra el Consenso, Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*. D.F. México: UNAM.
- . 2000. *Sobre el concepto de ley*. Madrid, España: Trotta.
- De Grandis , Rita. 1997. «IncurSIONES en torno a hibridación: Una propuesta para discusión. De la mediación lingüística de Batjín a la mediación simbólica de García Canclini.» *Revista de Crítica Literaria Latinoamericana*, nº Año XXIII No. 46 (2o semestre): 37-51.
- De Julios-Campuzano, Alfonso. 2009. *La Transición Paradigmática de la Teoría Jurídica. El derecho ante la globalización* . Madrid: Dykinson.
- De la Cueva, Mario. 1976. *La idea del Estado*. México, D.F. : FCE.
- De la Madrid Hurtado , Miguel . 1982. «Programa Inmediato de Reordenación Económica.» *Aleph Ciencias Sociales: Comunidades y Colecciones*. Acceso el 16 de Agosto de 2016. http://www.aleph.org.mx/jspui/bitstream/56789/6154/1/DOCT2065328_ARTI_CULO_25.PDF.
- De la Madrid Hurtado, Miguel . 1983. «Plan Nacional de Desarrollo 1983-1998. Presentación» *Revista de Administración Pública*, No. 55-56, *Instituto de Investigaciones Jurídicas*. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/rap/cont/55/doc/doc7.pdf>.
- Del Palacio, Díaz. 1986. *Teoría Final del Estado*. México: Miguel Ángel Porrúa.
- Díaz, Elías. 2010. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Madrid, España: Taurus.
- Dobb, Maurice. 1971. *Estudios sobre el desarrollo del capitalismo*. México, D.F. : Siglo XXI.
- Dussel, Enrique. 1992. *1492 El encumbrimiento del otro. Hacia el origen del mito de la modernidad*. La Paz: Plural Editores-Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación-UMSA.
- . 2007. *Política de la Liberación. Historia mundial y crítica*. Marid: Trota.
- Efimov, A. 1994. «La revolución burguesa del siglo XVII en Inglaterra.» En *De la prehistoria a la historia*, coordinado por Ismael Colmenares, Arturo Delgado, Miguel Ángel Gallo, Francisco González y Armando Pérez. México, D.F. : Ediciones Quinto Sol.
- Elias, Norbert. 2009. *El proceso de la civilización*. México, D.F.: FCE.

- Escalante Gonzalbo, Fernando. 2015. *Historia mínima del neoliberalismo*. México, D.F. : El Colegio de México.
- Espejel Espinoza, Alberto, y Mariela Díaz Sandoval. 2015. «De violencia y privatizaciones en México: El caso de las asociaciones público-privadas en el sector penitenciario.» *Revista Mexicana de Analisis Político y Administración Pública* IV, nº I (Enero-Junio): 129-158.
- Estadísticas Históricas de México*. 1986. Vol. I. Aguascalientes, México: INEGI.
- Etxezarreta, Miren. 1997. «Globalización e intervención pública.» *Mientras Tanto*, nº 70 (Otoño): 105-130.
- Faria, José Eduardo. 2001. *El derecho en la economía globalizada*. Madrid, España: Trotta.
- Fedirici, Silvia. 2010. *Calibán y la Bruja. Mujeres, cuerpo y acumulación originaria*. Madrid: Traficantes de Sueños.
- Ferguson, John M. 1948. *Historia de la Economía*. México, D.F. : FCE.
- Fernández Santillan , José Florencio. 1980. *Política y Administración Pública en México (1934-1978)*. México: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Ferrajoli, Luigi. 2006. «Estado Social y Estado de Derecho.» En *Derechos Sociales. Instrucciones de uso*, coordinado por Victor Abramovich, María José Añón y Christian Courtis, 11-21. D.F., México: Fontamara.
- Fraga, Gabino. 2000. *Derecho Administrativo*. 40a . México: Porrúa.
- Freeman, Jody. 2000. «The private role in public governance.» *Law Review New York University*, 75 (Junio): 543-675.
- Galán Galán, Alfredo, y Cayetano Prieto Romero. (2008). «El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración.» *Anuario de Derecho Municipal*, nº 2: 63-104.
- García Canclini, Néstor. 2003. «Noticias recientes sobre la hibridación.» *Revista Transcultural de Música*, nº 7 (Diciembre).
- Giddens, Anthony. 2001. «El gran debate sobre la globalización.» Editado por Publicacions Universitat de Valencia. *Pasajes*, nº 7 (Septiembre-Diciembre): 62-73.
- Gollás, Manuel. 2003. «Breve relato de cincuenta años de política económica.» En *Una historia contemporánea de México. Transformaciones y permanencias*, coordinado por Bizberg Ilán y Lorenzo Meyer, 643. México: Oceano.
- Grimm, Dieter. 2006. *Constitucionalismo y derechos fundamentales*. Madrid, España: Trotta.

- Guerrero Olvera , Miguel. 2012. *Privatización, seguridad social y regimen político en México: Implicaciones sociopolíticas de la privatización*. México, D.F. : Fontamara.
- Guerrero, Omar. 2003. «Nueva Gerencia Publica: ¿Gobierno sin Política?» *Revista Venezolana de Gerencia* 8, nº 23 (Julio/Septiembre): 379-395.
- Gurza Lavalle, Adrian. 1994. *La reestructuración de lo público. El caso conasupo*. México, D.F.: UNAM.
- . 1998. *Estado, sociedad y medios*. México, D.F. : Universidad Iberoamericana-Plaza y Valdés.
- Gutiérrez Rivas , Rodrigo. 2017. *Poderes salvajes. Lex Mercatoria y Derechos Sociales: Repensar la Constitución de 1917 a cien años de su promulgación. Cien ensayos para el centenario*, coordinado por Gerardo Esquivel , Francisco Ibarra Palafox y Pedro Salazar Ugarte, Tomo II, 211-229. Ciudad de México: UNAM-IIJ-Instituto Belisario Domínguez.
- Habermas, Jürgen. 1969. *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*. Barcelona, España: Gustavo Gili.
- Harvey, David. 2004. *El nuevo imperialismo* . España: Akal.
- . 2005. «El nuevo imperialismo:acumulación por desposesión.» Enero. *Socialist register*: CLACSO.
2007. *Breve historia del neoliberalismo*. México: Akal.
- Heller, Hermann. 1998. *Teoría del Estado*. Segunda Edición . México: FCE.
- Hernández Cervantes, Aleida. *La producción jurídica de la globalización económica. Notas de una pluralidad jurídica transnacional*. México: UNAM,UASLP, CEJS, Mispat, A.C. , 2014.
- .«Nuevas formas jurídicas que emanan de la globalización neoliberal: estrategias que apuntalan las reformas estructurales.» *En proceso de dictaminación*, 2016.
- Hernández Oliva , Rocío Citlalli. 2000. *Globalización y privatización. El sector público en México, 1982-1999*. México: INAP.
- Hernández Zubizarreta, Juan. (2007). «Empresas transnacionales, desarrollo y soberanía: Modificaciones normativas.» *Sortuz. Oñati Journal of emergent Socio-Legal Studies* 1, nº 2: 76-102.
- . 2015. *Observatorio de Multinacionales para América Latina*. Acceso el 19 de Noviembre de 2017. <http://omal.info/spip.php?article7092>.

- . 2015 «Un nuevo feudalismo global.» *Alainet*. Acceso: 16 de Noviembre de 2015. <https://www.alainet.org/es/articulo/173407>.
- Hibou, Beatrice . 2013. *De la privatización de las economías a la privatización de los Estados*. México, D.F.: FCE.
- Hintze, Otto. 1968. *Historia de las formas políticas*. Madrid, España: Ediciones de la Revista de Occidente.
- Hirsch, Joachim. 1996. *Globalización, capital y Estado*. D.F., México: UAM-X.
- Hobbes, Thomas. 1980. *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. México, D.F. : FCE.
- Hobsbawm, Eric. 1997. *La era de la revolución, 1789-1848*. Argentina , Buenos Aires: Crítica.
- Huberman, Leo. 1979. *Los bienes terrenales del hombre*. México, D.F.: Nuestro Tiempo.
- Huerta Moreno, Ma. Guadalupe. 2001. *Reforma del Estado y modernización económica. La estrategia de privatización en el subsector eléctrico. El caso de la Comisión Federal de Electricidad* . México, D.F. : INAP.
- Hufton, Olwen. 1983. *Europa: privilegio y protesta 1730-1789*. México, D.F. : Siglo XXI.
- Jaffe, Louis L. 1937. «Law making by private groups.» *Harvard Law Review* LI, nº 2 (December): 201-253.
- Jessop, Robert . 2009. *El futuro del Estado capitalista*. Madrid: Catarata.
- Jurcys, Paulius. 2013. «Regulatory Hybridization in International Intellectual Property Law» En *Regulatory Hybridization in the Transnational Sphere*, coordinado por Paulius Jurcys, Poul F. Kjaer y Ren Yatsunami, 73-98. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff.
- Jurcys, Paulius, Poul F. Kjaer, y Ren Yatsunami. 2013. *Regulatory Hybridization in the Transnational Sphere*. Leiden Boston : Martinus Nijhoff.
- Justiniano. 1976. *Instituciones de Justiniano*. Argentina: Heliasta.
- Kaplan, Marcos. 1988. «Intervencionismo del Estado.» En *Regulación jurídica del intervencionismo estatal en México*, coordinado por Marcos Kaplan, 13-93. México, D.F.: FCE-Secretaría de Energía, Minas e Industria Paraestatal.
- Kelsen, Hans. 2008. *Teoría general del derecho y del Estado*. Editado por Tercera edición. México: UNAM.
- Kennedy, Duncan. 1981. «The Stage of the decline of the public/private distinction.» *University of Pensilvania Law Review*: 1349-1359.

- Kjaer, Poul F. 2013. «Introduction.» En *Regulatory Hybridization in the transnational sphere*, coordinado por Paulius Jurcys, Poul F. Kjaer y Ren Yatsunami, 1-8. Boston : Martinus Nijhoff.
- . 2014. *Constitutionalism in the global realm. A sociological approach*. London and New York: Routledge.
- L. Cohen, Jean, y Andrew Arato. 2000. *Sociedad civil y teoría política*. México, D.F.: FCE.
- Lasalle, Ferdinand. 2013. *¿Qué es una Constitución?* México: TM.
- Laski, Harold. 1939. *El liberalismo europea*. México: FCE.
- Laurell , Asa Cristina, y Joel Herrera Ronquillo. 2015. «Claves para entender los contratos de asociación público-privada.» En *Interés Público, Asociaciones Público-Privadas y Poderes Fácticos*, coordinado por Irma Eréndira Sandoval Ballesteros, 123-143. México: UNAM-IIS,
- Laval, Christian, y Pierre Dardot. 2013. *La nueva razón del mundo. Ensayo sobre la sociedad neoliberal* . Barcelona: Gedisa.
- Locke, John. 2014. *Ensayo sobre el gobierno civil*. México: Porrúa.
- Loeza, Soledad. «Modernización autoritaria a la sombra de la superpotencia 1944-1968.» En *Nueva historia general de México*, cordinado por Erik Velásquez García, 653-698. México: El Colegio de México, 2014.
- Maquiavelo, Nicolás. 1996. *El Príncipe*. México, D.F.: Ediciones Coyoacán.
- Marcou, Gérard. 2009. *La regulación y los servicios públicos. Las enseñanzas del derecho comparado*. Vol. Tomo I Comparaciones y Comentarios, de *Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integracion regional*, de Gérard Marcou y Franck Moderne, 11-93. Colombia: L´Harmattan-Universidad del Rosario.
- Márquez, Graciela, y Lorenzo Meyer. 2010.«Del Autoritarismo agotado a la democracia frágil, 1985-2010.» En *Nueva Historia General de México*, coordinado por Erik Velásques García,747-792. México: El Colegio de México.
- Marshal, T.H. 1997. «Ciudadanía y clase social.» *Revista Española de Investigaciones Sociológicas* (C.D. Sociológicas, Ed.), nº 79: 297-344.
- Martinez Alier, Joan, y Arcadi Oliveres. 2003. *¿Quién debe a quién? Deuda Ecológica y Deuda Externa*. España: Diario Público.
- Martinez Morales, Rafael I. 2000. *Derecho Administrativo 1er y 2o. cursos*. México : Oxford,

- Marx, Carlos. 1973. *El capital. Crítica de la economía política*. México D.F.,: FCE.
- Marx, Karl. 1971. *Formaciones económicas precapitalistas*. México, D.F. : Siglo XXI.
- . 2009. *El capital*. 8a Reimpresión. Tomo I, Vol 3. México, D.F.: Siglo XXI.
- . 2011. *Introducción General a la Crítica de la Economía Política/ 1857* . México, D.F.: Siglo XXI,
- Medina Peña, Luis. 2014. *Hacia el nuevo Estado*. 3a Edición. México, D.F.: FCE.
- Meyer, Lorenzo. 1981. *El primer tramo del camino*. Vol. II, de *Historia General de México*, de Daniel Cosío Villegas, 1214. D.F.: El Colegio de México.
- Miaille, Michel. 2008. *El Estado del Derecho. Introducción al derecho constitucional*. México, D.F.: Ediciones Coyoacán.
- Mirón Lince, Rosa María. 1994. «*Cardenas en el Poder*». En *Evolución del Estado Mexicano. Restructuración 1910-1940*, Vol. II. Coordinado por Rosa María Mirón Lince. México, D.F.: El Caballito.
- Modern, Franck. 2009. «Los usos de la noción de regulación en el derecho positivo y en la doctrina jurídica de los Estados de la Unión Europea.» Comparaciones y comentarios de *Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional*, de Gérard Marcou y Franck Moderne. Tomo I. 98-117, Colombia: L'Harmattan-Universidad del Rosario.
- Montalbo Ortega, Enrique. 2013. *Neoliberalismo. La dictadura (realmente) perfecta*. México: Ariel-INAH.
- Naef, Werner. 2005. *La idea del Estado en la edad Moderna*. Granada, España: Comares.
- Nava Negrete, Alfonso. 1963. «Contratos Privados de la Administración Pública.» *Revista de la Facultad de Derecho de México* t. XIII, nº 51 (Julio-Septiembre).
- Neffa, Julio Cesar. 1990. *El proceso de trabajo y la economía de tiempo*. Buenos Aires, Argentina: HUMANITAS.
- OCDE. 2011. *Public Governance and Territorial Development Public Management Committee. 32nd Annual meeting of Working Party of Senior Budget Officials 6-7 June, Luxemburg Hand-Out. From Lessons to Principles for the use of Public Private Partnership*. Acceso el 09 de Marzo de 2017. <http://www.oecd.org/gov/budgeting/48144872.pdf>.
- Orantes García, José Ruben. 2007. «Proceso hibridatorio en el sistema jurídico de los Tzeltal Tenejapanecos.» En *Pluralismo Jurídico: otros horizontes*, coordinado por Oscar Correas, 39-65. México: Ediciones Coyoacán.

- Paramio, Ludolfo. 2009. *La socialdemocracia*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Parker, Geoffrey. 1981. *Europa en Crisis 1598-1648*. México, D.F. : Siglo XXI.
- Pellicani, L. 1991. *El Estado de Bienestar. Diccionario de Ciencia Política*, Tomo I A-K, coordinado por Norberto Bobbio. D.F., México: Siglo XXI.
- Pérez, Germán, y Rosa María Mirón. 1991. «López Portillo: un sexenio de auge y crisis.» En *Evolución del Estado mexicano. Consolidación 1940-1983*, coordinado por Rosa María Mirón. México: Ediciones El Caballito.
- Petrie, A. 1956. *Introducción al Estudio de Grecia*. México, D.F.: FCE.
- Picciotto , Sol. 2002. «Introduction:Reconceptualizing Regulation in the Era of Globalization.» *Journal of Law and Society* 29, nº 1 (Marzo).
- Picciotto, Sol. «Regulatory networks and global governance.» Editado por University of London Instituto of Advance Legal Studies. *W.G. Hart Legal Workshop*,, 29 de Junio 2006 2006.
- Pimentel Álvarez, Julio. *Diccionario Latin Español, Español Latin*. México, D.F.: Porrúa , 1996.
- Pisarello, Gerardo. «El Estado Social como Estado Constitucional: mejores garantías, mas democracia.» En *Derechos Sociales*, de V. Abramovich, M. J. Añón y Ch. Courtis. México: Fontamara, 2003.
- Poggi, Gianfranco. 1978. *The development of the modern state. A sociological introduction*. USA: Stanford U. Press.
- Polanyi, Karl. 2003. *La gran transformación. Los orígenes políticos y económicos de nuestro tiempo*. México: FCE.
- Porter, tony. 2005. «Private Authority, Technical Authority, and the Globalization of Accounting Standards.» *Bussines and Politics* 7, nº 3: 1-30.
- Portinaro, Pier Paolo. *Estado, Lexico de la Política*. Buenos Aires, Argentina: Nueva Visión, 2003.
- Pueblita, Arturo.1987. *Elementos economicos en las Constituciones de México. Legislación, doctrina y jurisprudencia*. México: Limusa.
- Rabasa, Emilio O. 1995. «El pensamiento constitucional de Venustiano Carranza: analisis de su mensaje del 1o de Diciembre de 1916 al presentar el proyecto de Constitución.» *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, nº 7: 151-162.
- Rabotnikof, Nora. 2005. *En busca de un lugar común. El espacio público en la teoría política contemporánea*. México, D.F. : Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM.

- Radbruch, Gustav. 2005. *Introducción a la filosofía del derecho*. D.F. México: FCE.
- Ramonet, Ignacio. 2009. *La catástrofe perfecta: crisis del siglo y refundación del porvenir*. España: Diario Público.
- Robinson , William I. 2013. *Una teoría sobre el capitalismo global* . México: Siglo XXI.
- Robles, Jorge. 2001. «Estado corporativo y movimiento obrero.» En *Democracia Sindical*, coordinado por Bouzas Alfonso. México: AFL-CIO,FAT,IIE,UAM,UNAM.
- Rodriguez Kuri, Ariel , y Renato González Mello. «El fracaso del éxito, 1970-1985.» En *Nueva historia general de México* , de Erik Velásques García, 818. México : El Colegio de México, 2014.
- Rogozinski, Jacques. 1993. *La privatización de empresas paraestatales. Una visión de la modernización de México*. México, D.F.: FCE.
- Roldán Xopa, José. 2004. *Constitución y mercado* . México: Porrúa-ITAM.
- . 2008. *Derecho Administrativo*. México: Oxford.
- Romano, Ruggiero, y Alberto Tenenti. 1971. *Los fundamentos del mundo moderno*. México, D.F. : Siglo XXI.
- Romero, José Luis. 1949. *La Edad Media*. México, D.F.: FCE.
- Rousseau, Juan Jacobo. 2008. *El contrato social* . México, D.F. : Libuk.
- . 2015. *El contrato social o principio de derecho político* . D.F. México: Porrúa.
- Ruiz Miguel, Alfonso. 2002. *Una filosofía del derecho en modelos históricos* . Madrid, España: Trotta.
- Sabine, George H. 1945. *Historia de la Teoría Política*. México, D.F.: FCE.
- Sada Correa , Heidi Claudia, Ingrid Fabiola Sada Correa. 2014. «Evolución y análisis institucional del esquema de asociaciones público-privadas en México.» *Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Iberoamericana* (Universidad Iberoamericana A.C.), nº Año IX, 117 (Enero-Junio): 22-72.
- Salinas de Gortari, Carlos. 1989. «Plan Nacional de Desarrollo 1989-1994.» *Diario Oficial de la Federación*. 31 de mayo de 1989. Acceso el 19 de Julio de 2016. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/compila/pnd/PND_1989-1994_31may89.pdf.
- . 1989. « Acuerdo por el cual la Secretaria de Comercio y Fomento Industrial procederá a revisar el marco regulatoria de la actividad económica nacional». *Diario Oficial de la Federación*. 9 de Febrero de 1989. Acceso el 19 de Julio de 2016). <http://www.dof.gob.mx/index.php?year=1989&month=02&day=09>.

- .1990. «Reformando al Estado.» *Nexos*, Abril: 1-11.
- Sánchez González , José Juan. 1998. *Administración pública y reforma del Estado en México*. México: INAP.
- . 2010. *La Privatización en México como retracción estatal*. México, D.F. : Instituto de Administración Pública del Estado de México.
- Sand, Inger-Johanne. 2008. «Hybrid Law- Law in a Global Society of Differentiation and Change.» En *Sociologische Jurisprudenz. Festschrift Für Gunther Teubner*, coord. G.P. Callies, A. Fischer-Lescano, D. Wielsch y P. Zumbansen . Berlin: De Gruyter.
- . 2012. «European Legal Method: a New Technology, Law in Context, a New Legal Realism or Hybrid Law?» En *European Legal Method-towards a New european Legal realism?*, coord. Ruth Nielsen y Ulla Neergaard, 211-237. Denmark: DJOF Publishing.
- . 2013. «Globalization and the Trascendence of the public/private Divide-What is Public Law under Conditions of Globalization?» En *After Public Law*, de Comarc Mac Amhlaigh, Claudio Michelon y Neil Walker, 201-217. England: Oxford,
- Sandoval Ballesteros, Irma Erendira. 2015. «Opacidad y nula rendición de cuentas en APP.» En *Interés Público, asociaciones público-privadas y poderes fácticos*, coordinado por Irma Eréndira Sandoval Ballesteros , 97-122. México: UNAM-IIS.
- Sandoval Cabrera, Seyka Verónica. *La cadena global de hortalizas, las estrategia de ascenso de los productores sinaloenses*. D.F., México: UNAM-IIE, 2013.
- Sandoval Godoy , Sergio A. «Hibridación Social: un modelo conceptual para el analisis de la región y el territorio.» *Región y Sociedad XV*, nº 28 (2003): 47-80.
- Santos, Boaventura de Sousa. 1998. *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia-Facultad de derecho, Ciencias Políticas y Sociales, ILSA.
- . 2003. *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*. Bilbao, España: Desclée.
- . 2005. *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*. Madrid: Trotta.
- Sassen, Saskia. 2001. *¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización*. Barcelona, España: Ediciones Bellaterra.
- . 2007. *Una sociología de la globalización*. Buenos Aires: Katz.

- .2010 a. «Desnacionalización de las políticas estatales y privatización de la producción de normas.» En *Estado, Soberanía y Globalización*, de Gunther, Teubner, Saskia Sassen y Stephen Krasner, 175. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar,
- . 2010 b. *Territorio, autoridad y derechos*. Madrid: Katz.
- Saxe-Fernández, John. 2015. «Flexibilización Constitucional y el reingreso a México de las petroleras nacionalizadas por Lázaro Cárdenas.» En *Reforma Energética. Análisis y Consecuencias*, coordinado por Jaime Cárdenas Gracia , 181-205. México, D.F.: TIRANT LO BLANCH.
- Schiera, P. 1991. «El Estado Moderno.» En *Diccionario de Ciencia Política*, coordinado por Norberto Bobbio, 624-626. D.F., México: Siglo XXI.
- Swarcz, Steven L. 2002. «Private Ordering.» *North western University Law Review*: 319-349.
- Secretaría de Hacienda y Crédito Público. 2017. *Transparencia Presupuestaria*. Publicado el 23 de Febrero de 2017. Acceso el 9 de Marzo de 2017. <http://www.gob.mx/shcp/documentos/registro-para-efectos-estadisticos-sobre-proyectos-bajo-el-esquema-de-asociacion-publico-privada>.
- Secretaría de Hacienda y Crédito Público. 2015. *Acuerdo por el que se establecen las reglas para los Proyectos de Presentación de Servicios*. Publicado el 27 de octubre de 2015. Acceso el 9 de Marzo de 2017. <https://www.gob.mx/shcp/documentos/acuerdo-por-el-que-se-establecen-las-reglas-para-la-realizacion-de-proyectos-para-prestacion-de-servicios>.
- Serna de la Garza , José Ma. 2010. *Globalización y Gobernanza: Las Transformaciones del Estado y sus implicaciones para el derecho público*. México, D.F.: IIJ-UNAM.
- Serra Rojas, Andrés. 1977. *Derecho Administrativo. Doctrina, Legislación y Jurisprudencia*. Octava Edición. Vol. I. México: Porrúa.
- Shaferhoff, Marco, Sabine Campe, y Christopher Kaan. 2009. «Transnational public-private partnerships in International Relations: Making Sense of Concepts, Research Frameworks, and Results.» *International Studies Review*, nº 11: 451-474.
- Shamir, Hila. 2014. «The public/private distinction now: The Challenge of privatization of the regulatory State.» *Theoretical Inquiries in Law*: 25.
- Sotelo, Ignacio. 2010. *El Estado Social. Antecedentes, origen y declive*. Madrid, España: Trotta.

- Starr, Paul. 1993. «El significado de privatización.» En *La privatización y el Estado benefactor*, de Sheila B. Kamerman y Alfred S. Kahn. México, D.F.: F.C.E.
- Stigler, George J. 1996. «La Teoría de la regulación económica.» En *Privatización, desregulación, y ¿competencia?*, coordinado por Germa Bel I Queralt, 35-60. Madrid: Civitas Ediciones.
- Stiglitz, Joseph E. 2016. *El malestar en la globalización*. México: Penguin Random House.
- Stoppino, Mario. 2002. «Autoridad.» En *Diccionario de Ciencia Política*, coordinado por Norberto Bobbio, Nicola Matteucci y Gianfranco Pasquino, 118-125. México: Siglo XXI.
- Strange, Susan. 2003. *La retirada del Estado. La difusión del poder en la economía mundial*. 2a. Barcelona: Icaria.
- Tena Ramírez, Felipe. 2000. *Derecho Constitucional Mexicano*. Trigesima Tercera Edición. México: Porrúa.
- Tenenti, Alberto. 2011. *La edad moderna XVI-XVIII*. Barcelona, España: Crítica.
- Teubner, Gunter. 1996. «Double Bind: Hybrid arrangements as De-Paradoxifiers: Comment.» *Journal of Institutional and Theoretical Economics* (Mohr Siebeck) 152, nº 1 (Marzo): 59-64.
- . 2010. «Regímenes globales privados: ¿derecho neoespontáneo y constitución dual de sectores autónomos?» En *Estado, soberanía y globalización*, de Teubner Gunther, Saskia Sassen y Stephen Krasner, Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad de los Andes; Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar.
- Tilly, Charles. 1992. *Coerción, capital y los Estados europeos 990-1990*. Madrid: Alianza Universidad.
- Timsit, Gérard. 2009. *La regulación y la teoría del derecho*. Comparaciones y comentarios, de *Derecho de la regulación, los servicios públicos y la integración regional*, de Gérard Marcou y Franck Moderne. Tomo I, 321-332. Colombia: L'Harmattan-Universidad del Rosario.
- Trejo Ramírez, Marina, y Agustín Andrade Robles. 2013. «Evolución y desarrollo de las reformas estructurales en México (1982-2012).» *El cotidiano*, nº 177 (Enero-Febrero): 37-46.
- Trejo, Ruben. 2012. *Despojo capitalista y privatización en México 1982-2010*. México, D.F.: Itaca.
- Vallespín, Fernando. 1997. «El Estado Liberal.» En *Manual de Ciencia Política*, de Rafael Del Águila, 53-80. Madrid: Trotta.

- Valls Hernández, Sergio, y Carlos Matute González. 2014. *Nuevo Derecho Administrativo*. D.F.: Porrúa.
- Valverde Viesca, Karla. 1998. «El desmantelamiento del Estado interventor en México.» *Estudios Políticos* (UNAM) Cuarta Época, nº 18 (Mayo-Agosto): 133-154.
- Van Der Heijden , Jeroen . 2011. «Friends, Enemies, or Strangers? On relationships between Public and Private Sector Service Providers in Hybrid Forms of Governance.» *Law and Policy* (Universidad Of Denver) 33, nº 3: 367-390.
- Vargas Suarez, Rocío. 2015. «Reforma Energética. De servicio público a modelo de negocios.» *Política y Cultura* (Universidad Autonoma Metropolitana), nº 43 (Marzo-Junio): 125-145.
- Villarreal, René. 2001. «La nueva economía institucional de mercado y el Estado de derecho.» En *Economía y Constitución*, de Diego Valadés y Rodrigo Gutiérrez Rivas, 113-143. México, D.F.: IIJ.
- Voltaire. 2010. *Tratado sobre la Tolerancia*. España: Diario Público.
- Wallerstein, Immanuel. 2005. *Análisis de Sistemas-Mundo: Una introducción*. México, D.F.: Siglo XXI.
- . 2011. *El moderno sistema mundial. La agricultura capitalista y los orígenes de la economía-mundo europea en el siglo XVI*. Vol. I. México, D.F.: Siglo XXI.
- . 2014. *El moderno Sistema Mundial, El triunfo del liberalismo centrista, 1789-1914* . Vol. IV. México, D.F. : Siglo XXI.
- Warner, Michael. 2012. *Público, públicos, contrapúblicos*. México, D.F.: FCE.
- Weber, Max. 1983. *Economía y Sociedad*. 2a Edición Sexta Reimpresión. México: FCE.
- . 1942. *Historia Económica General*. México, D.F. : FCE.
- Witker , Jorge. 1999. *Introducción al derecho económico*. México: Mc Graw-Hill/Interamericana Editores.
- Witker, Jorge, y Angélica Varela. 2003. *Derecho de la competencia económica en México*. México: IIJ-UNAM,
- Zagrebelsky, Gustavo. 1995. *El derecho dúctil. La ley, derechos y justicia*. Madrid, España: Trotta.
- Zumbansen, Peer. 2010. «Transnational Legal Pluralism.» *Osgoode Hall Law school of York University. Osgood Digital Commons*: 71.

- . 2012. «Defining the Space of Transnational Law: Legal Theory, Global Governance, and Legal Pluralism.» *Transnational Law and Contemporary Problems*: 305-336.
- . 2013 a. «Law and Legal Pluralism: Hibrydity in transnational governance.» En *Regulatory Hybridization in Transnational Sphere*, de Paulius Jurcys, Poul F. Kjaer y Ren Yatsunami, 49-70. Leiden-Boston : Martinus Nijhoff.
- . 2013 b. «Transnational private regulatory governance: ambiguities of public authority and private power.» *Law and Contemporary Problems* 76: 117-138.