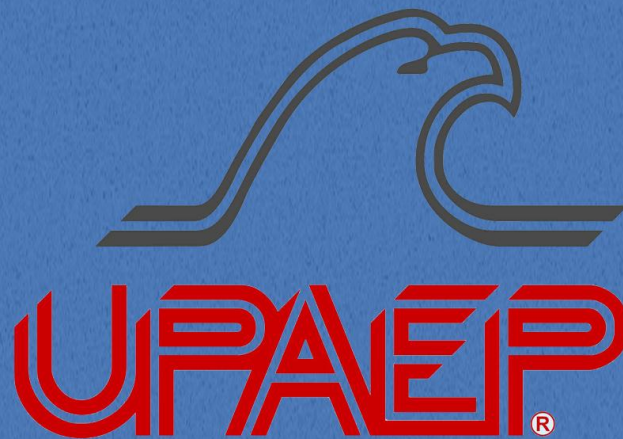


**REVISTA DE DERECHO
DE LA EMPRESA**



N° 1 Primavera 2011

Índice

Presentación.....6

Colaboraciones Internacionales

BREVE PANORAMA DO TELETRABALHO NO BRASIL, NOS TRIBUNAIIS BRASILEIROS E NO EXTERIOR

Manuel Martín Pino Estrada.....**10**

Tópicos de Derecho

ABUNDANCIA NORMATIVA, COLISIÓN DE NORMAS Y DIAGNÓSTICO JURÍDICO.

Ana María Estela Ramírez Santibáñez.....**35**

Temas de Derecho de la Empresa

EL COMISIONISTA EN DERECHO FRANCÉS Y MEXICANO

Dr. Jean Boudaud Soulagne.....**51**

LA ANOMIA DEL PAGO DE LOS IMPUESTOS Y EL FRACASO DE LA PENA PARA EXIGIR SU CUMPLIMIENTO

Silvino Vergara Nava.....**88**

ACUERDO DE CONFIDENCIALIDAD EN LA RELACIÓN LABORAL

Felipe Miguel Carrasco Fernández.....**126**

EL DERECHO DEL CONSUMIDOR EN EL ENTORNO DIGITAL.

Alejandro Loredó Álvarez.....**147**

ANTECEDENTES Y DESARROLLO DEL DERECHO AMBIENTAL.

Lic. José Fernando García Villanueva.....**162**

LOS RIESGOS DE TRABAJO Y LA NO RESPONSABILIDAD PATRONAL, EL CASO DE MÉXICO

Dr. Jacinto García Flores.....**262**

IMPORTACIÓN Y EXPORTACIÓN DE ORGANISMOS GENÉTICAMENTE MODIFICADOS, EN EL CONTEXTO DE LA LEY DE BIOSEGURIDAD DE MÉXICO

J. C. Sergio Leal Flores.....**225**

ÉTICA DEL ABOGADO DE EMPRESA

José Amando Loaiza Ponce.....**246**

POLITICA EDITORIAL.....**260**

DIRECTORIO

DR. JOSE ALFREDO MIRANDA LOPEZ
RECTOR

MTRO. RICARDO LOPEZ FABRE
VICE-RECTOR ACADEMICO

DR. FRANCISCO FERNANDO EUGENIO URRUTIA ALBIZUA
DIRECTOR DE INVESTIGACION

MTRA. EVA MARIA PEREZ CASTREJON
DIRECTORA DEL DEPARTAMENTO DE CIENCIAS SOCIALES

MTRA. MARIA GRACIELA PAHUL ROBREDO
COORDINADORA DE LA FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS JURIDICAS

MTRO. ENRIQUE BRETON GONZALEZ
CATEDRATICO DE DERECHO Y CIENCIAS JURIDICAS

MTRA. MARIA CRISTINA CARRILLO GONZALEZ
CATEDRATICA DE DERECHO Y CIENCIAS JURIDICAS

MTRO. JOSE FERNANDO GARCIA VILLANUEVA
CATEDRATICO DE DERECHO Y CIENCIAS JURIDICAS

DR. FELIPE MIGUEL CARRASCO FERNANDEZ
INVESTIGADOR

MTRA. NORMA ANGELICA HUERTA LOPEZ
COORDINADOR DEL BUFETE JURIDICO

DR. FELIPE MIGUEL CARRASCO FERNANDEZ
DIRECTOR DE LA REVISTA DE DERECHO DE LA EMPRESA

Presentación.

La presente Revista de Derecho de la Empresa, constituye una aportación del Departamento de Derecho y Ciencias Sociales a través de su Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas, con el objeto de difundir la ciencia jurídica y ahondar en la investigación por parte de los estudiosos del Derecho.

Esta revista se encuentra dividida en tres secciones que son: Colaboraciones Internacionales, Tópicos de Derecho y Temas de Derecho de la Empresa. Cada una de estas secciones son una invitación a la reflexión y al análisis de temas de vanguardia, los cuales permiten, en una universidad, que sus miembros piensen con originalidad, libertad y creación, permitiendo la capacidad de reflexión a través de la investigación para contribuir a entender la realidad social y jurídica en un mundo global.

En la sección de colaboraciones internacionales contamos con la participación del Dr. Martín Pino Estrada, que diserta sobre el tema del Teletrabajo en Brasil, que constituye un tema de actualidad y no únicamente en ese país, en virtud de su necesidad y cada vez mayor presencia debido a la globalización, así como las problemáticas que han surgido en ocasiones por la falta de adecuación legislativa.

En la sección de Tópicos de Derecho, la Mtra. Ana María Ramírez Santibáñez, genera un análisis concienzudo sobre una temática de la teoría de Derecho; su aportación ha sido titulada “Abundancia Normativa, Colisión de Normas y Diagnostico Jurídico”, sin lugar a duda constituye una contribución de actualidad a la teoría del Derecho y permite analizar éste en la sociedad desde el punto de vista de un sistema; a la vez aborda las antinomias y el papel del abogado.

En la sección de Temas de Derecho de la Empresa, encontramos la gran mayoría de colaboraciones de este primer número. El Dr. Silvino Vergara, con su destacada experiencia en el ámbito fiscal, aborda el tema de la “Anomia del Pago de Impuestos y el fracaso de la pena para exigir sus cumplimiento”; un tema de actualidad que permite el análisis reflexivo sobre la falta de idoneidad de la pena por ilegitimidad por parte de las

autoridades en el cobro de impuestos; además de utilizar una extensa bibliografía que permite una excelente documentación sobre el tema abordado.

El Derecho mercantil, siempre presente en el área empresarial es abordado por Jean Boudaud, específicamente con el tema de “Comisionista en el Derecho Francés y Mexicano”, dicha aportación nos permite un análisis corporativo sobre el mismo tema en dos países, estableciendo semejanzas y diferencias por demás importantes, pero también una reflexión hacia el futuro de dicha temática.

Asimismo, el Mtro. Alejandro Loredo, participa en este número con el título “El Derecho del Consumidor en el Entorno Digital”, esta temática es importante para el Derecho de la Empresa porque convergen tanto los derechos del consumidor como la nueva situación de contratos que se generan en el entorno digital; hace un análisis desde el punto de vista doctrinario, legislativo y de derecho comparado que nos permite entender el comercio electrónico y los derechos del consumidor.

El Dr. Jacinto García Flores, nos presenta un tema importante para la empresa que ha titulado “Los riesgos de trabajo y la no responsabilidad patronal, Caso México”, dicho artículo constituye una aportación valiosa, específicamente sobre los riesgos de trabajo y la muy solicitada no responsabilidad patronal, llegando a conclusiones interesantes sobre el tema que nos presenta.

El Mtro. Fernando García Villanueva, en forma por demás detallada aborda los antecedentes del desarrollo del Derecho ambiental otorgándonos un panorama importante de esta rama del Derecho que cada día tiene mayor importancia tanto en la sociedad como en el derecho de la empresa en virtud de sus implicaciones de diversa índole; realmente un artículo que invita a la lectura y al análisis.

Otro tema novedoso de este número es el presentado por el Mtro. Sergio Leal Flores, específicamente sobre “Importación y exportación de organismos genéticamente modificados en el contexto de la bioseguridad de México”; debemos recordar que en el nuevo contexto empresarial, debido a la globalización, las empresas no únicamente producen bienes o servicios, sino que también existe un sector dedicado a importación y exportación de organismos genéticamente modificados. El autor hace un análisis detallado sobre el tema concluyendo con los antecedentes y diversos organismos internacionales y la

legislación respectiva, sin lugar a duda un tema de controversia pero que invita a la reflexión sobre la evolución de los bienes jurídicos protegidos en la actualidad.

El Mtro. José Amando Loaiza Ponce, aborda un tema siempre presente para el abogado, que es el aspecto ético, pero en este número se vincula al papel del abogado de empresa, dicho artículo constituye un análisis de la importancia que tiene la ética en el ejercicio profesional del abogado para que su actuar, independientemente de estar apegado a derecho, sea también con base a principios de ética; analizando diversos autores y códigos de deontología como es el Código de Ética de la Barra Mexicana Colegio de Abogados y de la Asociación Nacional de Abogados de Empresa.

Por último, su servidor contribuye en este número con un artículo titulado “Acuerdo de confidencialidad en la relación Laboral”, en el cual se analizan las consecuencias de los activos intangibles de la empresa como es la información confidencial, el secreto industrial y comercial y sus implicaciones jurídico-laborales.

Sin lugar a duda, contando con el apoyo de la Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla y su Departamento de Ciencias Sociales y por supuesto de la Coordinación de la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas, se logra la publicación del primer número de esta Revista de Derecho de la Empresa que constituye un esfuerzo para el análisis y la reflexión de los temas abordados significando trabajo, esfuerzo, dedicación, creatividad, desarrollo, consolidación, trascendencia, responsabilidad y compromiso para así contribuir a la ciencia jurídica, estableciendo diversa documentación útil para los académicos, estudios e investigadores de Derecho.

COLABORACIONES INTERNACIONALES

BREVE PANORAMA DO TELETRABALHO NO BRASIL, NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS E NO EXTERIOR

Manuel Martín Pino Estrada¹

Sumário. 1. Introdução; 2. Definição de teletrabalho e teletrabalhador; 3. A realidade do teletrabalho no Brasil; 4. O teletrabalho nos Tribunais do Brasil; 5. O futuro do teletrabalho; 6. Rede interplanetária e trabalho espacial ou interplanetário; 7. Os "novos tipos de subordinação"; 8. Conclusão; Referências bibliográficas.

1.- Introdução

O processo de reestruturação global da economia dado pelo desenvolvimento científico-tecnológico está levando-nos para as relações no mundo virtual, mudando as formas de vida e de trabalho, impondo um novo ritmo nas atividades humanas. Surge a necessidade de uma redefinição do tempo e do espaço, tendo como resultado novas processos na organização e no desenvolvimento do trabalho em si.

Com os meios de comunicação existentes, o empregado não precisa mais trabalhar na sede principal da empresa, e sim em seu próprio domicílio ou até mesmo no carro, trem etc., fazendo que as atividades económicas cada vez mais se distanciem do modelo de concentração de trabalhadores no mesmo lugar.

No caso da internet, este não é simplesmente um meio, como o telefone ou sistema de correios eletrônicos, é também um lugar, uma comunidade virtual onde as pessoas se conhecem, se encontram, tornam-se amigos, iniciam um relacionamento amoroso. No âmbito mercadológico, os profissionais fazem contato com clientes onde estes estiverem, formando equipes de trabalho com outros que se encontram em regiões distantes ou em

¹ Formado em Direito na Universidade de São Paulo (USP), mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), autor do livro "Análise Juslaboral do Teletrabalho", professor de Direito da Informática e Direito do Trabalho, email: martinpino@yahoo.com

países diferentes, fazendo e realizando projetos, trocando informações em tempo real sem a necessidade de que se conheçam pessoalmente, tendo como resultado um produto útil para a comunidade científica, feito por pessoas "ausentes".

Como vemos aqui, é desenvolvido todo tipo de relações realizadas numa comunidade física, claro está que existem características únicas, como é o caso da distância física e o anonimato potencial. Neste contexto, o teletrabalho, por mostrar em sua natureza intrínseca a flexibilidade do tempo e do espaço, mediante o uso de tecnologias da informação, possibilita um alcance extraterritorial, neste caso podemos afirmar que esta forma de trabalho seria a mais conveniente para as exigências da globalização.

Para o teletrabalho, não importa raça, sexo, deficiência física ou lugar onde o trabalhador estiver, barreiras muito comuns para o mercado tradicional de trabalho, podendo ser desenvolvido no campo ou na cidade, atuando deste jeito, como um fator de inserção de trabalhadores fora dos grandes centros urbanos, é só fazer a divulgação das tecnologias da informação a lugares que ainda não foram atingidos por este tipo de infraestrutura.

O teletrabalho é capaz de produzir tantos empregos altamente especializados quanto aqueles que demandam menos especialização, atingindo, portanto uma grande quantidade de trabalhadores, inclusive que hoje se encontram excluídos do mercado de trabalho, porém, existem críticas muito fortes a respeito desta forma de trabalho à distância.

2. Definição de teletrabalho e teletrabalhador

Segundo a Organização Internacional do Trabalho (OIT) o teletrabalho é qualquer trabalho realizado num lugar onde, longe dos escritórios ou oficinas centrais, o trabalhador não mantém um contato pessoal com seus colegas, mas pode comunicar-se com eles por meio das novas tecnologias.

Conforme a Carta Europeia para o Teletrabalho, "é um novo modo de organização e gestão do trabalho, que tem o potencial de contribuir significativamente à melhora da qualidade de vida, a práticas de trabalho sustentáveis e à igualdade de participação por parte dos cidadãos de todos os níveis, sendo tal atividade um componente chave da Sociedade da Informação, que pode atetar e beneficiar a um amplo conjunto de atividades

económicas, grandes organizações, pequenas e médias empresas, microempresas e autónomos, como também á operação e prestação de serviços públicos e a efetividade do processo político".²

O autor do presente trabalho dá as seguintes definições:

- "Define-se teletrabalho como a transmissão da informação conjuntamente com o deslocamento do trabalhador, através de antigas e novas tecnologias da informação, em virtude de uma relação de trabalho, permitindo a execução á distância, prescindindo da presença física do trabalhador em lugar específico de trabalho".
- "Teletrabalhador é aquela pessoa que desenvolve atividades laborais através de antigas e novas tecnologias de informação e comunicação, distante da sede da empresa ou da pessoa física á qual presta serviços".

2.1. Projeto de lei da Argentina, no. 829/06

O país vizinho tem o projeto de lei supracitado muito breve, porém, bem abrangente ponto de vista conceitual, muito importante para um país que tem um milhão e seiscentos mil teletrabalhadores, segundo dados da Associação Argentina de Teletrabalho.³

Art. 1º. (definição de teletrabalho e de teletrabalhador): "Realização de atos, execução de obras ou prestação de serviços, tanto total como parcialmente no domicílio do trabalhador ou em lugares diferentes do estabelecimento ou estabelecimentos do empregador, mediante o uso de todo tipo de tecnologia da informação ou das comunicacões (Tics)

Teletrabalhador é toda pessoa que realiza teletrabalho conforme a definição anterior.

O art. 2º. determina que o teletrabalhador terá os mesmos direitos e garantias do trabalhador comum.

2.2. A lei sobre teletrabalho da Colômbia, no. 1221/08

² GBEZO, Bernard E. Otro modo de trabajar: la revolución del teletrabajo. Trabajo, revista da OIT, n. 14, dez de 1995.

³ Asociación Argentina de Teletrabajo. Disponível em: www.aat-org.ar Acesso em 20/03/2010

Esta lei é a primeira sobre teletrabalho na América Latina, sancionada em 16 de Julio de 2008, a sua criadora é a senadora colombiana Claudia Rodriguez de Castellanos, tanto que em 2 e 3 de setembro daquele ano foi realizado o III Congresso Iberoamericano de Teletrabalho no auditório do Congresso Nacional da Colômbia, no qual o autor do presente artigo teve a honra de palestrar sobre a realidade do teletrabalho no Brasil.⁴

Art. 1º menciona a importância do projeto como impulsor na geração de emprego e autoemprego mediante o uso das Tics.

Art. 2º define o teletrabalho como "uma forma de organização laboral, que consiste no desenvolvimento de atividades ou prestação de serviços mediante as Tics numa relação de trabalho e que permita a sua realização á distância, quer dizer, sem precisar da presença física do trabalhador num lugar específico de trabalho".

O teletrabalhador é a pessoa que desenvolve atividades laborais mediante os meios telemáticos fora da empresa que presta seus serviços.

2.3. O teletrabalho no Código de Trabalho de Portugal de 2003.

O Código de Trabalho de Portugal entrou em vigor em 1º de dezembro de 2003 com várias inovações, dentre estas está a Seção IV que trata exclusivamente sobre teletrabalho, começando do artigo 233 até o 242.

Art. 233: Para efeitos deste Código, considera-se teletrabalho a prestação laboral realizada com subordinação jurídica, habitualmente fora da empresa do empregador, e através do recurso a tecnologias de informação e de comunicação.⁵

3. A realidade do teletrabalho no Brasil

Vestir o terno, enfrentar trânsito, chegar pontualmente, registrar ponto, almoçar fora de casa e se encontrar em meio a ruídos e conversas dos colegas. Estas ações rotineiras de quem trabalha em empresa já mudaram para mais de 10,6 milhões de brasileiros, que hoje usufruem da liberdade de trabalhar no conforto da própria casa. Esta tendência norte-

⁴ Centro de Teletrabajo y Teleformación. Disponível em: <http://www.cetelco.org/pageID-6959001.html> Acesso em 21/03/2010.

⁵ PINO ESTRADA, Manuel Martín. Análise Juslaboral do Teletrabalho. Camoes, Curitiba, 2008

americana começa a ganhar a simpatia dos brasileiros com a promessa de redução de custos da corporação e aumento da produtividade dos funcionários.

As empresas que lidam com tecnologia e produção criativa são as mais abertas para esta modalidade. As multinacionais Cisco, IBM e Ernest & Young, por exemplo, adotam o sistema e economizam em espaço, equipamentos e transporte. Seus colaboradores permanecem como funcionários contratados, mas como não precisam se deslocar diariamente ao escritório, economizam tempo, flexibilizam os horários, reduzem o nível de estresse e equilibram melhor o trabalho com a vida familiar e social. Em casa, o trabalhador produz até 30% mais que no ambiente corporativo. Além dos benefícios que isso traz para a empresa e para o funcionário, ainda diminui congestionamentos e ajuda o meio ambiente

Tantas vantagens para ambos os lados da relação de trabalho vêm acompanhadas de alguns poréns. Trabalhar de casa também tem seus pontos negativos, que começam na diminuição das relações interpessoais e podem terminar até mesmo em depressão. Existem casos de pessoas que ficaram deprimidas porque não tinham com quem conversar durante a jornada de trabalho. Há quem reclame de estar sozinho e muito dependente da tecnologia. Por isso o teletrabalho não é recomendado para quem tendência á depressão.

A crença de que o "work from home" é algo negativo e contrário ao profissionalismo ainda persiste no Brasil. Algumas empresas entrevistadas preferem, inclusive, não revelar que os funcionários trabalham de casa, pois acreditam que isso possa manchar a imagem de credibilidade perante os clientes.

O empresário brasileiro ainda não está acostumado a fiscalizar o funcionário á distância, mas hoje controlar a produtividade está fácil, pois há tecnologia para isso. Existem softwares que registram até quantas teclas o funcionário apertou no teclado. Apesar da existência de formas de controle, o especialista alerta que é a relação de confiança entre empregado e empregador que vai garantir o sucesso da modalidade.

A falta de uma legislação específica que regulamente o teletrabalho no Brasil também é um ponto a menos para a modalidade. Apesar do artigo 6º da CLT não impedir o trabalho remoto em domicílio, o projeto de lei 3129/04 que equipara o trabalho em domicílio realizado no estabelecimento ainda está em tramitação e o projeto 4505/08 que não trata completamente sobre o tema, esquecendo-se do teletrabalhador autónomo.

Infelizmente, não é só isso, o aumento dos congestionamentos nas grandes cidades, a produção de carros em três milhões e cem mil em 2009, poluindo o meio ambiente faz com que se estude outra forma de trabalho para tentar resolver esta situação, mas existem interesses económicos por trás disso, porque as fábricas de carros não gostariam de que esta idéia saia do papel, o mesmo caso das construtoras de pontes, viadutos, metros e afins, que obviamente estarão contra o teletrabalho, porque esta forma de trabalho permite cada vez menos o uso de carros, conseqüentemente o menor uso de estradas, mas haverão menos acidentes de trânsito, diminuindo o número de vítimas fatais.⁶

Pelo menos 23,2% da população adulta em atividade no país, ou seja, um em cada quatro brasileiros, adota ao longo do mês alguma forma de teletrabalho. Um terço desses profissionais (8,1%) exerce o trabalho virtual quase diariamente, indica estudo realizado pela Market Analysis, instituto de pesquisa de mercado e opinião pública.

Entre os vinculados a microempresas com até quatro funcionários, o percentual duplica, chegando a 15%. Empresas desse porte são pioneiras na adoção intensiva e diária da nova estratégia de trabalho, seguida pelas de médio porte (10,1%), entre 20 e cem funcionários.

Trabalhar de casa é a forma mais popular da modalidade (52%). "Dentre aqueles que realizam o teletrabalho todos os dias, as pessoas que pertencem a classe A (18%), como os donos das companhias, gerentes e colaboradores de cargos administrativos mais altos, são as principais representantes desse comportamento", afirma Fabián Echegaray, diretor da Market Analysis.

O levantamento também apontou que o computador é a principal ferramenta utilizada por esses profissionais (60%) na maior parte do tempo em que estão fora do escritório.

A pesquisa foi realizada com 345 trabalhadores do setor privado (funcionários ou donos de pequenos negócios), residentes nas nove principais capitais do país: São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Porto Alegre, Curitiba, Salvador, Recife, Goiânia e

⁶ GARCIA, Beatriz. Trabalho era casa aumenta produtividade. In Jornal A Tarde, 21/03/2010, Salvador

Brasília, com casos originalmente distribuídos proporcional ao tamanho da população destas cidades.

Atualmente, esse cenário é composto por pessoas com idade entre 45 e 54 anos (15,5%). Apesar disso, a aceitação e disposição em adotar o teletrabalho no futuro já é percebida entre os jovens (44%), de 18 a 24 anos, situação semelhante á abordada em estudo encomendado pela Nortel, sobre hiperconectividade, que revela a América Latina como o continente que emerge com maior potencial quando comparado com outras regiões do mundo.

No Brasil, as regiões Nordeste (43%), principalmente Salvador, e Sudeste (41%), principalmente Belo Horizonte, tem maior potencial para o teletrabalho. Apesar disso, é no Sul do país que as pessoas trabalham de casa o maior número de dias por mês.⁷

4. O teletrabalho nos Tribunais do Brasil

A seguir iniciativas jurídicas para regulamentar o teletrabalho no Brasil e jurisprudência mineira a respeito deste tema, que aos poucos está ganhando importância no mundo jurídico.

4.1. O Teletrabalho no Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul

No Tribunal de Contas do Estado do RS (TCE-RS) existe a Instrução Normativa no. 11/2003, que dispõe a realização de trabalhos fora das dependências deste Tribunal e dá outras providências.

É importante salientar que o teletrabalho neste Tribunal existe desde 1988, ou seja, há 21 anos, naquela época era via telefone e fax, e atualmente é pela internet, considerando o aumento gradual de trabalho e o pouco espaço físico existente, pensou-se no trabalho a distância e acabou dando bons resultados, com um crescimento de até 30% de produtividade e os funcionários públicos teletrabalhadores vão a cada 15 dias para Porto Alegre pegar mais processos e também para não perder o vínculo físico com a instituição e não ficar só no "virtual"

⁷ Um de cada quatro brasileiros faz teletrabalho. Disponível em: www.tiinside.com.br Acesso em 20/03/2010

Na justificativa, menciona-se o benefício do Tribunal com o aumento da produtividade, redução de custos com energia elétrica, telefone e água, usando microcomputador conectado à internet, já comprovado há alguns anos e com excelentes resultados com o desenvolvimento do Projeto Mutirão, utilizando-se de recursos humanos e os equipamentos de informática disponíveis.⁸

Quem teletrabalha é o auditor público externo, inclusive existe um concurso público só para este tipo de trabalho.

4.2. O teletrabalho no Tribunal de Contas da União

A Portaria 139 do Tribunal de Contas da União de 9 de março de 2009 define o que é teletrabalho conforme segue:

Capítulo II — Dos trabalhos realizados fora das dependências do Tribunal

Art. 2º: Os trabalhos do Tribunal de que trata esta portaria são aqueles expressamente definidos pelo titular da unidade ou, por delegação de competência, pelos diretores, no interesse da Administração, observado no disposto no § 1º do artigo anterior.

§ 1º a realização dos trabalhos fora das dependências do Tribunal é uma faculdade à disposição de cada unidade, a ser adotada, a critério do respectivo titular, em função da convivência do serviço, não se constituindo direito do servidor

§ 2º Enquadram-se como trabalhos a serem realizados fora das dependências do Tribunal, preferencialmente, aqueles cuja desenvolvimento, em determinado período, demande maior esforço individual e menor interação com outros servidores, tais como, instruções, pareceres, relatórios, roteiros, propostas de normas e de manuais, dentre outros.⁹

4.3. O teletrabalho nos Tribunais Regionais do Trabalho: os dois acordãos do TRT de Minas Gerais

⁸ Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: www.tce-rs.gov.br Acesso em 15/03/2010.

⁹ Tribunal de Contas da União. Disponível em: www.tcu.gov.br Acesso em 21/03/2010

O Tribunal Regional do Trabalho do Estado de Minas Gerais é o primeiro em criar jurisprudência sobre teletrabalho, foi em 17 de dezembro de 2009 e em 8 de fevereiro do ano em curso, e são os seguintes:

EMENTA: RELAÇÃO DE EMPREGO. A prestação de serviços na residência do empregado não constitui empecilho ao reconhecimento da relação de emprego, quando presentes os pressupostos exigidos pelo artigo 3º da CLT, visto que a hipótese apenas evidencia trabalho em domicílio. Alias, considerando que a empresa forneceu equipamentos para o desenvolvimento da atividade, como linha telefônica, computador, impressora e móveis, considero caracterizada hipótese de teletrabalho, visto que o ajuste envolvia execução de atividade especializada com o auxílio da informática e da telecomunicação

RELATOR

Convocado Milton Vasques Thibau de Almeida

Neste, caso, o artigo 3º da CLT define o que é o empregado, como um trabalhador sujeito à subordinação, conseqüentemente haverá relação de emprego, independentemente se é à distância ou não, usando internet ou rádio. É importante salientar que o juiz do trabalho não quer saber se há teletrabalho ou não, o que ele ressalta é se existe relação de emprego para dar os direitos trabalhistas respectivos. No acórdão supracitado o teletrabalhador ganhou em primeira instância e na segunda o reclamado não apresentou recurso e em 22 de março do ano em curso houve trânsito em julgado.¹⁰

EMENTA: VÍNCULO DE EMPREGO PROFESSOR - CURSOS Á DISTÂNCIA. Como bem destaca a r. sentença recorrida, o reclamante foi contratado intuitu personae para trabalhar no assessoramento dos cursos á distância. A intermitência invocada pela reclamada não descaracteriza o vínculo jurídico de emprego entre o professor e a instituição de ensino, por não ser imprescindível que o empregado compareça ao estabelecimento de

¹⁰ Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais. Disponível em: www.trt3.gov.br. Acesso em 15/03/2010

ensino todos os dias, especialmente no presente caso concreto, por ter sido contratado o reclamante para trabalhar na execução do Projeto Pedagógico dos Cursos à Distância instituído pela Universidade reclamada, portanto só comparecendo às atividades presenciais com a frequência que lhe for determinada pelo empregador, o que não descaracteriza a "não-eventualidade" do vínculo jurídico contratual que preside o relacionamento jurídico entre as partes. Em se tratando de ensino à distância não é imprescindível a presença física do empregado no estabelecimento de ensino diariamente para que haja a configuração da relação de emprego, como ocorre com o trabalho externo e com o teletrabalho. Quem se insere num Projeto Pedagógico de Cursos à Distância, trabalha para o empregador em casa, participa de uma equipe de teletrabalho ou que seja contratado para trabalhar on line sozinho em casa, tem plenamente preenchido o requisito da não eventualidade necessária para a proclamação judicial da existência do vínculo jurídico de emprego. Os cursos à distância até podem ter curta duração, ser seqüenciados ou ser descontinuados, o que depende exclusivamente do poder de comando empresarial e não da vontade individual dos professores contratados. A atividade empresarial de educação superior adotada pela reclamada é permanente, como instituição de ensino superior privada - uma Universidade particular-, cuja característica de permanência fundamenta o princípio jurídico da continuidade da relação de emprego, de molde a afastar a suposta eventualidade por ela invocada.

RELATOR

Convocado Milton Vasques Thibau de Almeida

Neste caso, a Turma, conheceu o recurso ordinário interposto pela reclamada e o recurso adesivo interposto pelo reclamante e, no mérito, sem divergência, negou provimento ao recurso adesivo e deu provimento parcial ao recurso da reclamada para excluir da condenação o pagamento de honorários advocatícios de sucumbência. Determinou a expedição de ofícios encaminhando cópias do presente acórdão e do recurso ordinário interposto pela reclamada às fls. 128/139, à Secretaria de Ensino Superior do Ministério da Educação e ao Sindicato dos Professores no Estado de Minas Gerais, para os devidos fins de Direito

5. O futuro do teletrabalho

Com as novas tecnologias e cada vez mais em evolução, o teletrabalho consequentemente irá evoluir para além daquilo que se imagina, a Nasa está trabalhando em projetos com os quais o trabalho terá que ser realizado a distâncias muito maiores daquelas que se acostuma no nosso planeta, vai chegar um tempo pouco longínquo, no qual pessoas que estão em Marte, em naves espaciais em movimento e estações espaciais junto com a Lua e a Terra estarão interconectadas numa rede interplanetária, obviamente alterando a rotina laboral.

5.1. O trabalho em rede.

É o trabalho á distância usando a tecnologia da informática, diferente do teletrabalho que usa a tecnologia da comunicação, sendo este um termo cada vez mais em desuso porque "tele" vem do vocábulo grego "telou" que quer dizer "longe", mas é um conceito físico e não virtual, pois na época da Grécia antiga só existia esse tipo de aceção, enquanto que a palavra de origem inglesa "web" que significa "tela de aranha" está relacionada com a internet, com o mundo virtual, com o mundo que não é físico, portanto o webtrabalho ou trabalho em rede é o trabalho que usa a internet como ferramenta para a realização da prestação de serviços e não outros meios, sendo o lugar onde é desenvolvido que não é um lugar físico e sim um lugar virtual onde o conceito de espaço é diluído num só e não de maneira geográfica.

No trabalho em rede, o trabalhador trabalha num espaço imaterial e não físico como é comum, é um lugar único construído por um programador com regras impostas por ele mediante códigos digitais e não por um legislador usando o direito positivo, portanto não existem barreiras geográficas, mesmo assim, é possível delimitar este espaço, criando salas virtuais temporárias ou permanentes para reuniões, execução de trabalhos e recabar ordens ou comandos para a realização de prestapbes de serviços. Exemplos: envio de emails, torpedos e de ordens via chats.

No teletrabalho o trabalhador trabalha num espaço físico que não é internet, onde as regras não são impostas por um programador e sim pelo legislador e pela sociedade, as pessoas comunicam-se limitadamente, delimitando-se a receber ordens para a realização de

trabalhos, mas não para atividades com a liberdade que o espaço virtual oferece. Exemplos: uso do fax, do rádio, do telefone, do telégrafo etc.

Charles Grantham afirma que o teletrabalho está morto. Para ele, trata-se de um conceito ultrapassado que se transformou naquilo que chamo de trabalho distribuído. Teletrabalho significava um empregado de uma empresa que trabalhava em casa uma ou duas vezes por semana. Com o advento da Internet, isto foi estendido para trabalhar em qualquer lugar, em qualquer hora do dia. Agora temos uma nova forma de trabalho-distância/tempo/colaboração/- e as pessoas estão tornando-se trabalhadores em part-time, contratadoras e similares. Então, a tecnologia moveu-se do simples "tele" para a "web" ou "rade" e o trabalho moveu-se dos assalariados para os trabalhadores independentes. O trabalho tornou-se mais complexo, mais criativo e mais colaborativo numa arena internacional.¹¹

5.2. Subordinação em rede.

É a subordinação á distância usando os meios informáticos e não os de comunicação como é no caso do teletrabalho. Isso é possível, mediante envio de emails, torpedos e nas salas virtuais, não usando fax, telefone, telégrafo ou outro meio que não seja a internet.

Como está percebendo-se, o conceito de subordinação clássica está cada vez mais em desuso, dando lugar á telessubordinação usada no teletrabalho, mas com o advento do webtrabalho ou trabalho em rede, usando o espaço virtual para dar ordens ou comandos está dando-se espaço para a websubordinação ou subordinação em rede, que é uma subordinação puramente virtual, dada no mundo da internet, sendo dada e captada por agentes físicos que é o empregador ou alguém de nível hierárquico superior ao trabalhador ou webtrabalhador ou trabalhador em rede.

5.3. Fiscalização em rede.

¹¹ GRANTHAM, Charles. Charles Grantham apresenta the future of vwork. Disponível em: http://www.guronline.tv/pt/proc_art.asp Acesso em 20/03/2010

E a fiscalização realizada usando meios informáticos para conferir se o trabalhador está exercendo a prestação de serviços de maneira que ética e correta dentro do horário de trabalho combinado entre ambas as partes. Esta situação dá-se, por exemplo, quando o empregador "navega" na rede e entra no computador no empregado para saber se está usando sites pertinentes ao trabalho encomendado ou quando é usado um programa de computador para saber quantas vezes foram colocados os dedos no teclado e por quanto tempo.

5.4. Trabalhador em rede ou virtual.

É o trabalhador que usa os meios informáticos para a execução de serviços encomendados tanto no âmbito do trabalho subordinado como no autónomo.

5.5. Centro virtual.

É o espaço virtual delimitado onde o trabalho é desenvolvido por determinadas pessoas distantes geograficamente, porém, juntas mediante o uso da internet, que se reúnem com um horário previo estabelecido e combinado. Esta sala normalmente tem ferramentas necessárias para o desenvolvimento de um determinado trabalho e só podem entrar aquelas pessoas que tiverem um senha de acesso. Exemplo: Sala Virtual "x" do site "y". Neste caso, não interessa se os trabalhadores encontram-se no Para, Brasília ou Rio Grande do Sul, eles encontrar-se-ão numa sala "x" do site "y" num determinado horário previamente combinado para realizar seus trabalhos, enviando-se arquivos mediante emails, trocando idéias na própria sala virtual ou falando mesmo usando o programa de voz da internet. O mesmo caso seria se um trabalhador estiver na Rússia, outro em Angola e um terceiro na Austrália.

6. Rede interplanetária e trabalho espacial ou interplanetário.

Até 2010, a internet interplanetária estará de pé e funcionando. É a previsão de Vinton Cerf. Ele foi um dos criadores do padrão de comunicação em que se baseia a rede (por enquanto) mundial de computadores --é conhecido como um dos pais da internet. Hoje, entre outras atividades, é vice-presidente do Google e pregador-chefe da empresa para assuntos de internet.

Ele visitou o Brasil em visita aos escritórios do Google. Também participou de conferência e teve encontros com representantes do governo. Conversou com um pequeno grupo de jornalistas em São Paulo. Falou sobre os problemas da internet, como a enxurrada de e-mails indesejados (spam), e seu futuro, aqui e no Sistema Solar. Lela a seguir os principais trechos da entrevista.

Sobre uma rede interplaneária, desde 1998, está trabalhando nesse projeto no Laboratório de Propulsão a Jato da Nasa (agência espacial dos Estados Unidos), e já estão no caminho de se tornarem capazes de juntar os planetas do Sistema Solar com a internet terrestre para formar sistema interplanetário.

Muita gente pergunta por que fazer isso em vez de focalizar em problemas terrestres. A resposta é: a ciência quer saber de onde viemos, se há vida em outros planetas, o que vai acontecer no Sistema Solar. E para isso nós precisamos de dados.

A internet interplanetária é simplesmente um projeto para padronizar os protocolos utilizados na comunicação espacial. Nós já vimos o valor de padronizar protocolos aqui na Terra: a internet não funcionaria se não tivéssemos os padrões TCP-IP (sistema que baseia a comunicação na internet). O resultado da padronização é que, quando você entra na internet, imediatamente está compatível com 400 milhões de outras máquinas.

Nós gostaríamos que isso também acontecesse no espaço. Nós queremos que todo e qualquer veículo espacial seja capaz de usar outro veículo como uma estação de retransmissão, assim formando uma estrutura de telecomunicação. Até 2010, nós deveremos ter um sistema de monitoramento funcionando. O sistema de reconhecimento que entrara em órbita em torno de Marte já leva alguns dos protocolos interplanetários, Isso continuará tendo atualizações até o final desta década.¹²

Sobre esta rede interplanetária o teletrabalho não seria mais do jeito convencional, nem o trabalho em rede, o trabalho tornar-se-ia um trabalho espacial ou teletrabalho espacial ou interplanetário, pois alguém que estiver na Terra, poderá realizar trabalho junto

¹² CERF, Vinton. O pai do ciberespaço, o homem que inventou a grande rede em 1974 quer estendê-la a outros planetas do sistema solar. Disponível em: www.istoe.com.br/reportagens/30217_O+PAI+DO+CIBERESPACO?pathImagens=&path=&actualArea=internalPage Acesso em 16/03/2010

com alguém que está na Lua e em Marte em tempo real, num espaço virtual, trocando informações e realizando projetos diversos, ou seja, o nosso planeta já está ficando pequeno e o nosso céu não é mais o limite.

7. Os "novos tipos de subordinação"

A subordinação, um dos requisitos da relação de emprego tem varias definições, dados por diversos autores no Brasil e no exterior e inclusive na própria jurisprudência encontra-se a acepção desta, mas todas elas, remetem-se a um tipo de subordinação física, ou seja, aquela onde o trabalhador está sempre ao alcance do empregador, presente fisicamente no centro de trabalho, onde ele possa ser visto por todos e não aquele que sai de sua casa ou fica nela, cumprindo ordens mediante meios como Internet, teletone, dentre outros meios que cada certo tempo acabam surgindo para agilizar o trabalho, mas com a devida capacitação, para depois, no final do dia ou da semana mandar os trabalhos via e-mail, recebendo o seu saáario mensal normalmente.

7.1. A parassubordinação

Nos tempos atuais surgiram novas atividades e profissões que não estão enquadradas nas leis existentes, como o teletrabalhador, personal trainer e do professor que ensina inglês a executivos na hora do almoço. Nenhum deles é empregado ou microempresário e qualquer tentativa nesse sentido seria artificial. De acordo com Luiz Carlos Amorim Robortella, a velha dicotomia subordinação/autonomia vem sendo assediada por novas formas de trabalho e pelo uso de sofisticada tecnologia, nas quais, muitas vezes, não se identifica nítidamente a característica da subordinação, propondo a diversificação e pluralização da tutela. O trabalho autônomo hoje é utilizado para atividades antes prestadas com subordinação. Mesmo no trabalho subordinado típico, sua diversificação é cada vez maior, com níveis distintos de dependência hierárquica, fustigando a tradicional idéia do tratamento homogêneo e compacto da relação de emprego.

O trabalho parassubordinado é uma categoria intermediária entre o autônomo e o subordinado, abrangendo tipos de trabalho que não se enquadram exatamente em uma das duas modalidades tradicionais, entre as quais situa-se, como a representação comercial, o

trabalho dos profissionais liberais e outras atividade atípicas, nas quais o trabalho é prestado com pessoalidade, continuidade e coordenação. Seria a hipótese, se cabível, do trabalho autônomo com características assimiláveis ao trabalho subordinado, ou seja, nas relações onde a autonomia convive com características da subordinação.

O conceito de parassubordinação surgiu na Itália. Stefano Gregorio, mostra que a expressão "trabalho parassubordinado" resultou de uma opção interpretativa feita pela doutrina e pela jurisprudência a fim de individuar as relações de colaboração tipificadas no ordenamento jurídico italiano. O prefixo "para" concorreu para formar a palavra "parassubordinado", um trabalho que, embora apresentando características análogas àquelas que configuram o trabalho subordinado, não está compreendido neste porque não faz parte da tipificação abstrata do legislador. É esse o motivo porque a prestação é apenas "coordenada" e não "subordinada", além de existir uma sujeição econômica derivada da colaboração pessoal em favor de um comitente.

A jurista italiana Paola Tesauro explicita os requisitos configuradores do trabalho parassubordinado, conforme o artigo 409, n. 3, do Código de Processo Civil Italiano.

O primeiro requisito é a continuidade, mas não se refere à duração do vínculo obrigacional e não se atém à causa do contrato como no trabalho subordinado, mas significa que a atividade protraí-se no tempo necessário à execução dos serviços; a doutrina sustenta que vislumbra-se a continuidade nas relações que são realizadas pela reiteração da mesma prestação ou mediante várias prestações de serviços, sempre que destinadas a satisfazer um interesse do credor, que se prolonga no tempo, seja para a execução de uma única obra ou para atividades cujo cumprimento requeira certa duração; segundo a jurisprudência dominante, a continuidade ocorre quando a prestação não é meramente ocasional e não instantânea, mantendo-se por um período de tempo indeterminado ou, de qualquer maneira, longo e que implique repetição das prestações. Quer dizer, que a continuidade é identificada pelo fato de que relação não se exaure com o cumprimento de uma ou mais prestações ocasionais, tratando-se de uma série de prestações consideradas como parte de um complexo e com a perspectiva de repetir-se durante a relação, podendo classificá-la como uma "única atividade de colaboração".

O segundo requisito é a coordenação, exprimindo um conceito de relação entre a atividade do colaborador e aquela do sujeito a quem se dirige a prestação laboral. Colabora

coordenadamente com um outro sujeito quem coopera, com a própria atividade, para o desenvolvimento do fim almejado pelo comitente. A coordenação implica, por isso, uma coligação funcional entre a atividade do prestador de serviços com a do seu destinatário, inserida num programa negocial destinado á realização do interesse do sujeito que se vale dessa colaboração. O prestador de serviços parassubordinado, ao contrario do trabalhador subordinado, pode determinar autonomamente as modalidades, o tempo e o lugar do cumprimento. O carácter distintivo está na autonomia organizativa que exclui a obrigação do prestador de ficar á disposição do comitente. O requisito da coordenação, se de um lado influi certamente na modalidade do cumprimento da obrigação, não afeta a autonomia da prestação.

O elemento da continuidade não requer obrigatoriamente uma repetição ininterrupta das atividades, bastando um único contrato de considerável duração, pois o que é considerado é o tempo da colaboração. Este requisito é o de mais difícil interpretação, pois é aquele relativo á coordenação da atividade, distinto da heterodireção típica do trabalho subordinado.

Este requisito é o que realmente distingue o trabalho parassubordinado dos outros tipos de trabalho.

O terceiro requisito é o da prevalente pessoalidade, diferente da pessoalidade do trabalho subordinado, que se baseia na infungibilidade subjetiva do trabalhador. A prestação pessoal do contraente deve ter um carácter de predominância nos resultados produzidos. Existe um critério objetivo (elemento patrimonial, capital investido na atividade colaborativa pelo trabalhador) e um critério subjetivo (referente á aceitação de eventuais colaboradores do prestador de serviços para a execução das atividades ajustadas).

Não existem restrições quanto ás profissões que podem ser enquadrados dentro do trabalho parassubordinado, sendo normalmente usado nos serviços de representação comercial, consultoria e assessoria empresarial, telemarketing, telefonia, pesquisas de mercado, psicologia, jornalismo, tradução, o teletrabalho, etc.

No Brasil, o trabalho parassubordinado teria alguma utilidade para o Direito do Trabalho se houvesse alguma regulamentação específica a respeito e que não seja coincidente com o trabalho subordinado e autônomo, mas não existe, inclusive o problema da extensão dos direitos dos trabalhadores parassubordinados nem na Itália está resolvido.

Considerado o mencionado anteriormente no Brasil existiriam trabalhadores parassubordinados que, pelo fato de não termos uma legislação pertinente estão sem a devida proteção legal, portanto poderiam ser colocados dentro dos os artigos 444 e 468 da CLT para que a tenham.¹³

Art. 444: As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Art. 468: Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mutuo consentimento, e, ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia.

7.2. A telessubordinação.

Uma aproximação superficial ao teletrabalho poderia levar-nos á idéia de que este novo modo de trabalhar, permite que o teletrabalhador faça as suas atividades longe da empresa e sem a presença de seus superiores, pode ter uma incidência negativa sobre a nota de dependência, no sentido de que esta seria mitigada. Como acontecia com o trabalhador a domicilio na época pré-industrial e agora com o moderno teletrabalhador com o computador pessoal volta-se a propor a falsa imagem de um trabalhador aparentemente livre de diretrizes e controles sobre a prestação, desvinculado dos ritmos de trabalho, aparentemente autónomo usuário de uma tecnologia da qual é o único gestor competente. Porém, esta visão, é ás vezes só uma miragem, pois, mediante a utilização de instrumentos informáticos, muitos teletrabalhadores encontram-se submetidos a uma dependência tão intensa ou mais que se estivessem trabalhando nos locais da empresa. A utilização de novas tecnologias pode supor algumas vezes uma maior autonomia do teletrabalhador, mas também em varios casos o nascimento de um novo taylorismo via computador.

¹³ SILVA, Otávio Pinto e. Subordinação, Autonomia e Parassubordinação nas Relações de Trabalho. Tese apresentada á Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção de título de Doutor em Direito do Trabalho, São Paulo, 2002

Quando o teletrabalhador está conectado mediante o seu terminal ao computador central da empresa (conectado), o empresário pode passar as suas instruções, controlar a execução do trabalho e conferir a qualidade e quantidade do trabalho, de forma instantânea e em qualquer momento, como se o trabalhador estivesse no local físico da empresa. O teletrabalhador encontra-se em conexão direta e permanente através de seu computador com o centro de processamento de dados da empresa, devendo permanecer perante o mesmo um número determinado de horas, permitindo não só um diálogo interativo, também fazer que o empregador possa dar as suas instruções digitais e conseguir uma supervisão e direção virtuais. O computador age simultaneamente como instrumento de trabalho e como meio de controle da atividade do trabalhador. O desenvolvimento dos serviços que oferece a Internet, por exemplo, permite saber se o terminal do teletrabalhador está conectado e o tempo passado desde a última ação que executou sobre o seu computador (quanta tempo está sem tocar no teclado); igualmente, para verificar se o teletrabalhador destinado á atenção telefônica está cumprindo a sua obrigação, é só usar a mesma via de comunicação que um possível cliente e espere a resposta de seu empregado. Nestes casos, a informatização oferece ao empresario ferramentas maiores que as oferecidas pelo seu normal e comum poder diretivo ou disciplinar. O empresário afasta-se dos teletrabalhadores no mesmo tempo que se aproxima deles, "circula" pela rede, de tal forma que o computador pode ser considerado como um prolongamento da empresa, que anulando de fato a distância, coloca o teletrabalhador numa posição significativamente subordinada.

Esta intensificação do controle pode dar-se também quando a prestação é realizada de forma desconectada, não em "tempo real" e sim mediante um trabalho no qual a máquina permite o controle minuto a minuto de quem tratou a informação e do como o fez. Por meio de um programa de computador específico ou software é possível registrar o tempo de trabalho efetivo, inclusive até das pausas obrigatórias, o número de operações realizadas, os erros y falsas manobras, mas também conhecer as deficiências do trabalho e passar instruções. O teletrabalhador deve de respeitar toda um conjunto de procedimentos codificados para a realização do trabalho e de seu não cumprimento. As instruções do empresário vêm incorporadas ao próprio instrumento de trabalho e o teletrabalhador limita-se a realizar um trabalho improvisado de qualquer iniciativa pessoal, com a observância

inclusive de um horário pré-estabelecido. Nestes casos, os teletrabalhadores têm uma independência de fato devido á distância que os separa da empresa, mas não em nível funcional.

Inclusive, quando o teletrabalhador parecesse desfrutar de maior autonomia para o desenvolvimento de suas tarefas (pesquisa, consulta, programação, estudos de mercado, etc), não por isso tem que deixar de ser afetado pelo *ius variandi* do empresário, considerando que este pode dar novas instruções a serem cumpridas e controlar sempre os mesmos resultados e que o teletrabalhador adquire o compromisso de satisfazer determinadas prestações tomando em conta determinadas pautas, períodos e condições pré-fixadas. Assim, por exemplo, a ausência de um horário pré-estabelecido não impede dar ordens mediante chamadas, faxes ou e-mails, de tal forma que esta situação consiga derrubar as barreiras que separam a vida privada da vida laboral e fazer que em vez de maiores doses de autonomia na organização do trabalho nos encontremos perante uma nova forma de subordinação.

No teletrabalho o poder de direção se sente com maior ou menor intensidade, mas existe. Há um titular daquela direção, parte do contrato de trabalho, que dá ao teletrabalhador direções para impô-la outra, conforme os parâmetros produtivos e econômicos fixados pelo próprio titular.¹⁴

7.3. A para-autonomía

Em posição diametralmente oposta, mas também situado em zona nebulosa, encontra-se o para-autônomo. Este é o trabalhador que ganha autonomia na execução de suas atividades, a despeito de enquadrado no artigo 3º da norma consolidada, a exemplo dos altos empregados.¹⁵

7.4. A subordinação estrutural ou reticular

¹⁴ RAMÍREZ COLINA, Súlmer Paola. El teletrabajo y su sujeción a la Ley Orgánica del Trabajo. In Revista Derecho y Tecnología, No. 2, Táchira — Venezuela, Fundación Editorial de la Universidad Católica del Táchira, 2003.

¹⁵ BARROS, Alice Monteiro. Curso de Direito do Trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006

Com a evolução histórica que constantemente faz surgir novas formas de emprego, a subordinação também sofre seus efeitos e às vezes é até mascarada, como na terceirização, com o intuito de suprimir direitos. Os empresários tomadores de serviço que tinham construído um dogma clássico de subordinação jurídica e através dela conseguiram, muitas vezes, reduzir seus custos e aumentar seu lucro, hoje pela interpretação que se dá à função social, dos princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, poderão responder pelos direitos de um terceirizado na condição de empregador com vínculo empregatício direto com o mesmo à luz de uma interpretação da subordinação estrutural.

O doutrinador Dallegrave diz que quanto às novas figuras contratuais surgidas frente aos avanços tecnológicos e ao traspasse da sociedade industrial para a sociedade pós — industrial, entende-se que todas elas devem ser recepcionada pela legislação do trabalho, impondo-se ao operador jurídico uma hermenêutica constitucional excludentes e tutelar. Segundo este jurista, ao ser construída a relação de emprego pelo modelo fordista e depois tendo passado para o paradigma toyotista de produção flexível, o operador do direito deve fazer uma releitura dos requisitos legais da relação de emprego em face da reestruturação produtiva e das novas figuras contratuais que surgem nesta relação. Toda prestação de serviço, realizada por conta e risco alheio, sob dependência hierárquica ou forte dependência econômica sendo presumida (a subordinação jurídica) no caso do empregado prestar serviço essencial à atividade da empresa. Subordinação é sujeição, é dependência de alguém em face de outrem. É estar sob a ordem explícita, rígida ou maleável, constante ou ato de esporádico e de poder. O Ministro e jurista Maurício Godilho Delgado a subordinação corresponde ao pólo antiético e combinado do poder de direção existente no contexto da relação de emprego. Consistente, assim, na situação jurídica derivada do contrato de trabalho, pela qual o empregado compromete-se a acolher o poder de direção empresarial no modo de realização de sua prestação de serviço, alegando também que a subordinação é objetiva, pois atua sobre o modo da realização da prestação de serviço e não sobre a pessoa do trabalhador do ponto de vista subjetivo. A concepção subjetiva não consegue inserir na subordinação a dependência quando se trata de trabalhadores intelectuais e altos funcionários.

O jurista Godilho diz que a subordinação oriunda do contrato de trabalho é de caráter jurídico e combinada com o poder diretivo do poder empresarial resultam da relação

de emprego e que quando o empregado se compromete acolher o poder de direção do seu empregador no modo de realizar a sua prestação, pode-se identificar aí a subordinação estrutural integrativa. Uma vez que para realizar a atividade assim descrita, o empregado precisa estar vinculado a toda estrutura, a toda dinâmica empresarial. Por isso é importante o conceito de subordinação objetiva. Ela se revela pela circunstâncias do trabalhador se inserir nos fins do empreendimento, mesmo não sendo atividade-fim, pelo que se expôs acima, uma vez que ao realizar uma atividade na empresa, o obreiro precisa trabalhar de modo que possa atingir os objetivos da empresa, não recebendo necessariamente ordens, mas pela circunstâncias social diária desse trabalhador de ingressar na estrutura e funcionamento empresarial, ao comando implícito das ordens da empresa diuturnamente.

Quando na terceirização restar provado a ausência de subordinação direta, a realização da atividade-meio ou mesmo de atividade-fim, diante da prestação de serviço, o tomador de serviço nada responde pelos direitos do obreiro, mesmo tendo se beneficiado da energia de trabalho do empregado e mesmo não mais podendo devolvê-la, ou quando o prestador de serviço desapareceu ou não tem forças financeiras para arcar com os direitos do obreiro. Isso porque o trabalhador não é um subordinado do tomador, não está a ele vinculado, é um terceirizado. E, ainda, a terceirização, por si, tem um efeito negativo precarizante de dizimar as categorias profissionais no âmbito da empresa a que presta serviço, pois os terceirizados não se enquadram na atividade similar ou conexas dessa.

Por isso, a doutrina e a jurisprudência, por um processo de interpretação vem construindo e defendendo essa forma de subordinação que é a subordinação integrativa estrutural, relevando o conteúdo da norma, que é praticamente ausente, de que trata a terceirização e adequando esse conteúdo á realidade. A própria Constituição Federal sofreu uma alteração com o fim de refletir na relação de emprego com a EC 45/04 para absorver outras formas de relação de trabalho, demonstrando que é preciso se adaptar ás novas mudanças, buscando-se novas áreas da função social, á luz dos princípios mais relevantes da Carta Magna, da norma da CLT e de inclusão social, mas sempre preocupando-se em realizar essa leitura pela técnica de interpretação, cuidando, entretanto, para não fazer dela um processo arbitrário em confronto com a ordem jurídica estabelecida.

Outro não é o entendimento a que se inclina a jurisprudência pátria, a exemplo do Acórdão do TRT da 3ª Região de Minas Gerais que vem a seguir:

Ennenta: Subordinação estrutural — Subordinação ordinária.

A subordinação estrutural é aquela que se manifesta pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, pouco importando se receba ou não suas ordens diretas, mas se a empresa o acolhe, estruturalmente, em sua dinâmica de organização e funcionamento. Vínculo que se reconhece. (TRT 3ª Região, 01/08/2007 — RO 01352 — 2006 Rel. Vieigas Peixoto). 00199-2008-001-03-00-1- RO 10030100800299100

A subordinação jurídica tradicional foi desenhada para a realidade da produção fordista e taylorista, fortemente hierarquizada e segmentada. Nela prevalecia o binômio ordem-subordinação. Já no sistema ohnista, de gestão flexível, prevalece o binômio colaboração-dependência, mais compatível com uma concepção estruturalista da subordinação. Nessa orden de idéias, é irrelevante discussão acerca da ilicitude ou não da terceirização. Na verdade, através da subordinação estrutural cria-se um novo tipo de cidadania e de consciência humana, pois o direito do trabalho, ao mesmo tempo que confere poder e riqueza a alguns, é um direito protetivo que trouxe a marca democrática da sociedade humana e da inclusão social.¹⁶

8. Conclusão

O teletrabalho é uma alternativa de solução para diversos problemas atuais como a distância entre o interior e as grandes cidades e também para os congestionamentos que acontecem especificamente nas capitais dos Estados, e o Brasil está ficando atrás em comparação com a Colômbia, que possui uma legislação a respeito e os projetos de lei de outros países da região como Argentina, e felizmente no Brasil há magistrados interessados no assunto, como é o caso do acórdão do Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais de 17 de dezembro de 2009, sendo o primeiro no país.

O teletrabalho evolui junto com a evolução das tecnologias da comunicação, telecomunicação e internet, tanto que existe um projeto da Nasa, o interplanet, que modificará mais ainda as relações laborais, pois permitirá que uma pessoa na Terra possa

¹⁶ CADIDÉ, Iracema Mazetto. A subordinação estrutural no contexto da terceirização. Revista Ltr, vol. 74, no. 05, maio de 2010

trabalhar on line com outra que está em Marte, com outra que está na Lua e assim por diante. A evolução do teletrabalho junto com a subordinação fez surgir novas formas desta última, sendo um desafio a mais para o Direito do Trabalho brasileiro.

Referências bibliográficas

BARROS, Alice Monteiro. Curso de Direito do Trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 2006.

CADIDÉ, Iracema Mazetto. A subordinação estrutural no contexto da terceirização. Revista Ltr, vol. 74, no. 05, maio de 2010.

GARCIA, Beatriz. Trabalho em casa aumenta produtividade. In Jornal A Tarde, 21/03/2010, Salvador.

GBEZO, Bernard E. Otro modo de trabajar: la revolución del teletrabajo. Trabajo, revista da OIT, n. 14, dez de 1995.

PINO ESTRADA, Manuel Martín. Análise Juslaboral do Teletrabalho. Camões, Curitiba, 2008.

RAMÍREZ COLINA, Súlmer Paola. El teletrabajo y su sujeción a la Ley Orgánica del Trabajo. In Revista Derecho y Tecnología, no. 2, Táchira — Venezuela, Fundación Editorial de la Universidad Católica del Táchira, 2003

SILVA, Otávio Pinto e. Subordinação, Autonomia e Parassubordinação nas Relações de Trabalho. Tese apresentada á Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção de título de Doutor em Direito do Trabalho, São Paulo, 2002.

Sities de internet

CERF, Vinton. O pai do ciberespaço, o homem que inventou a grande rede em 1974 quer estendê-la a outros planetas do sistema solar. www.istoe.com.br/reportagens/30217_O+PAI+DO+CIBERESPACO?pathImagens=&path=&actualArea=internalPage Acesso em 16 de março de 2010.

Associação Argentina de Teletrabalho. Disponível em: www.aat-ar.org

Centro de Teletrabalho da Colômbia. Disponível em: http://www.cetelco.org/pagelD_6959001.html

GRANTHAM, Charles. Charles Grantham apresenta the future of work In http://www.gurusonline.tv/pt/proc_artasp Acesso em 20/03/2010.

Revista T1 Inside. Disponível em: www.tiinside.com.br

Tribunal de Contas da União. Disponível em: www.tcu.gov.br

Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: www.tce-rs.gov.br

Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais. Disponível em: www.trt3.gov.br

TOPICOS DE DERECHO

ABUNDANCIA NORMATIVA, COLISIÓN DE NORMAS Y DIAGNÓSTICO JURÍDICO.

Ana María Estela Ramírez Santibañez¹⁷

Palabras Clave: Colisión de normas; abundancia normativa; Derecho en la sociedad; teoría del Derecho.

Sumario: Introducción, 1-El Derecho en la sociedad. 2- El Derecho como sistema. 3- Colisión de normas: antinomias. 4-El papel del Abogado en el diagnóstico jurídico. Conclusión. Bibliografía.

Introducción

En el presente artículo pretendemos llamar la atención del lector sobre el problema de la abundancia de normas que inundan nuestros sistemas jurídicos y que dificultan día con día la tarea de los diversos operadores jurídicos generando, no en pocas ocasiones, las contradicciones de normas, que denominamos técnicamente antinomias. Ante ese panorama queremos resaltar el importante papel del Abogado para saber moverse con habilidad en la selva normativa y una vez que ha logrado identificar el problema mediante un adecuado diagnóstico jurídico se vea en la posibilidad de proponer la solución jurídica más conveniente que no sólo satisfaga los intereses y necesidades de su cliente sino que también contribuya a lograr el fin más importante del Derecho en la sociedad: la justicia.

¹⁷ Licenciada en Derecho por la Escuela Libre de Derecho de Puebla, Maestra en Derecho por la Universidad Iberoamericana, Puebla, Maestra en Derecho Civil y Mercantil por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. Actualmente Académica de Tiempo Completo del Departamento de Ciencias Sociales de la Universidad Iberoamericana, Puebla y catedrática de Derecho Civil, Teoría del Derecho y Evaluación de Proyectos Jurídicos dentro del Programa de Licenciatura en Derecho de la misma institución

1. El Derecho en la Sociedad

Los antiguos romanos decían, donde hay sociedad hay Derecho: *ubi societas ibi jus*. Es que no puede sobrevivir y desarrollarse una sociedad si carece de un orden interno; y para hacer posible ese orden son necesarias las normas. Y, si no hay sociedad sin normas, tampoco hay normas sin sociedad.¹⁸

La norma es, entonces, un fenómeno esencialmente social, que sirve para ordenar y regular las conductas de los miembros de una sociedad.

Puesto que, para la existencia de una norma, debe darse alguien que posea autoridad o potestad de mando y otro alguien que reciba ese mando, es evidente que todas las normas, sea cual fuere su especie, presuponen la existencia de:¹⁹

- a) Una sociedad
- b) Con alguien que posea autoridad y
- c) Con, por lo menos, un súbdito
- d) Además, es común a todas las normas la obligatoriedad

Lo anterior, implica que en toda norma intervienen dos libertades:²⁰

- i. La de quien tiene autoridad que puede mandar o dejar de mandar, mandar esto o aquello; y
- ii. La del súbdito que puede obedecer o desobedecer

Toda norma jurídica está dotada de una validez específica espacial, material, temporal y personal y tiene un grado en la jerarquía de las normas.²¹

Las normas jurídicas son tetradimensionales. Su estudio, tanto científico como filosófico, debe comprender al análisis de estas cuatro dimensiones.²²

¹⁸ VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, 10ª. ed. México, Porrúa, 1993, p 466

¹⁹ VILLORO TORANZO, Miguel, *op. cit.* p. 466

²⁰ *Ibidem*

²¹ VILLORO TORANZO, Miguel, *op. cit.*, p. 313

²² PACHECO MARTÍNEZ, Filiberto, *Introducción al Derecho. Elementos y contenidos para una Teoría General del Derecho*, México, Porrúa, 2007, pp. 38-39. NOTA: Las mayúsculas y las negritas son nuestras

- 1) **FORMA** Toda norma jurídica se expresa con una fórmula: **Si A es debe ser B; si B no es, será C**. El estudio formal del Derecho debe hacerse con el estudio de la Lógica
- 2) **CONTENIDO** Toda norma jurídica tiene un contenido; se refiere a cierta materia mediante la cual se indican sus prescripciones
- 3) **FINES** Toda norma jurídica está elaborada para perseguir un fin colectivo. Contiene propósitos múltiples. Su estudio requiere un enfoque teleológico
- 4) **VALORES** Toda norma jurídica, por ser norma, obedece a la idea de lograr algún valor social. Por eso, en principio deben ser obedecidas, ya sea de manera voluntaria o bien coactiva. La libertad y la dignidad humanas deben ser valores imprescindibles en todo sistema jurídico que pretenda ser valioso, humano y eficaz, porque son el medio para lograr otros valores.

Estas cuatro dimensiones se presentan al mismo tiempo y sólo son separables para su análisis y comprensión.

2. El Derecho Como Sistema

Los sistemas jurídicos son cada día más complejos no sólo por la cantidad de leyes que comprenden sino por la diversidad de contenido o materias que regulan las normas; ya que el Derecho regula prácticamente todos los ámbitos de nuestra vida, y en la medida en que las relaciones humanas se tornan más complejas, el Derecho también se complica.²³

Las normas jurídicas forman un conjunto, no están aisladas, son un todo ordenado, es decir, un sistema. Estudiar la norma aislada o un concepto jurídico sin relación con otros conceptos impide una visión global, sistémica del Derecho. El sistema posibilita una explicación mejor de la existencia del derecho en cuanto relaciona al ordenamiento jurídico con las instituciones jurídicas. Lo sistémico ayuda a comprender más cabalmente el Derecho como ordenamiento de normas, Asimismo, lo sistémico explica mejor lo peculiar

²³ MUÑOZ ROCHA, Carlos I., *Teoría del Derecho*, México, Oxford University Press, 2007, p. 293

de lo jurídico, ya que sólo como ordenamiento se explica la validez jurídica y se cuestiona el último elemento que da validez al conjunto.²⁴

La concepción actual del sistema considera al Derecho como un conjunto organizado de normas que presentan una unidad esencial tanto en su forma –como insiste Hans Kelsen– como en su contenido axiológico al que suelen aludir los textos constitucionales.²⁵

Son tres los elementos básicos que vamos a considerar en el sistema jurídico: la UNIDAD, la COHERENCIA y la PLENITUD.²⁶

La **unidad** del ordenamiento jurídico supone la existencia de una norma jurídica superior, la Constitución, norma fundante de las demás normas, tanto en los requisitos de la forma como del contenido. La idea de una norma superior conlleva el principio de jerarquía normativa, que supone una estructura escalonada con normas de diferente rango, semejante a una pirámide en cuyo vértice está la Constitución. Existirían diferentes planos en el ordenamiento jurídico en relación jerárquica, de modo que una serie de normas de nivel intermedio estarían subordinadas al conjunto de las normas superiores, y a su vez, ostentan una jerarquía mayor con respecto a las inferiores.²⁷

Otro de los elementos principales de todo ordenamiento jurídico es el *Principio de coherencia* que supone que entre las diferentes normas existe una relación ordenada, armónica y coherente. Esta coherencia –en opinión de Pérez Valera– es más un ideal que una realidad. En efecto, no es raro encontrar en un mismo sistema normativo algún grado

²⁴ Cfr. PÉREZ VALERA, Victor Manuel, *Teoría del Derecho*, México, Oxford University Press, 2009, pp. 343 y ss.

²⁵ PÉREZ VALERA, Victor Manuel, *op. cit.*, p. 344. Vid. KELSEN, Hans, *La Teoría Pura del Derecho*, trad. por Luis Legaz Lacambra, México, Colofón, 2010

²⁶ PÉREZ VALERA, Victor Manuel, *op. cit.*, p. 344. NOTA: las mayúsculas, las cursivas y las negritas son nuestras

²⁷ *Ibidem*

de incompatibilidad: algunas veces se dan a un mismo caso soluciones diversas, en otras ocasiones, la observancia de una norma comporta la inobservancia de otra.²⁸

De acuerdo con el *Principio de Plenitud Jurídica*, el ordenamiento jurídico en cuanto sistema es algo hermético, cerrado, pleno o completo. Sabemos que existen lagunas legales, pero no existen lagunas²⁹ jurídicas, en cuanto que todo problema o conflicto jurídico que surja puede tener una solución.³⁰

La existencia de una pluralidad de fuentes aunado al fenómeno de la sobrerregulación que se ha producido en los últimos tiempos con el objeto de prever todas las soluciones posibles, ha generado no solamente incertidumbre en cuanto al volumen del universo normativo que rige en un determinado país, sino también problemas de incompatibilidad entre las normas de un mismo sistema jurídico.³¹

Recordemos que la Teoría del Derecho contemporánea considera al Derecho como un sistema de normas, que opera conforme a ciertos criterios de racionalidad, tales como la completitud del sistema, la coherencia e independencia de sus normas, así como la compatibilidad de sus prescripciones. De igual modo, debemos tener presente que la eliminación de las contradicciones en las normas jurídicas constituye uno de los objetivos más importantes de la Ciencia del Derecho.³²

3. Colisión De Normas: Antinomias

Teniendo en cuenta la previsible colisión de intereses que la aplicación de distintas normas puede generar, verbigracia entre actor y demandado en cualquier juicio, no nos

²⁸ *Idem.* pp. 344-345

²⁹ Por “lagunas legales” vamos a entender la probable existencia de vacíos normativos del ordenamiento jurídico positivo. Vid. PÉREZ VALERA, *op. cit.* p. 346.

³⁰ PÉREZ VALERA, *op. cit.* p. 346

³¹ Cfr. HUERTA OCHOA, Carla Aurora, *Conflictos normativos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2003, introducción p. 2.

³² Cfr. HUERTA OCHOA, Carla Aurora, *op. cit.*, introducción p. 3

referimos aquí a los intereses que pueden ser previsiblemente molestados por las consecuencias de la aplicación de una norma y queremos, desde ahora, excluir este tipo de colisiones para referirnos exclusivamente a la colisión de normas que en un determinado sistema jurídico generan distintos tipos de antinomias debido al conflicto entre normas.

Las dos tareas principales de un estudio sobre las antinomias jurídicas son: primera, la de fijar los criterios para individualizar las antinomias en un discurso normativo; segunda, la de fijar los criterios para resolverlas después de haberlas individualizado. La primera advertencia es que se trata de dos problemas distintos que deben mantenerse bien diferenciados: una cosa es saber que dos normas son antinómicas, y que, por tanto, no pueden ser aplicadas ambas al mismo caso, y otra saber cuál de las dos es preferible aplicar en el caso de antinomias por contradicción, o si es preferible no aplicar ni una ni otra en el caso de antinomia pro contrariedad.³³

Existe un conflicto entre dos normas cuando aquello que una dispone como debido es irreconciliable con aquello que la otra dispone como debido, y por ello el cumplimiento o la aplicación de una norma implica necesaria o posiblemente la violación de la otra.³⁴

Un conflicto entre normas supone que las dos normas que están en conflicto son vigentes. Un conflicto entre normas no puede compararse con una contradicción lógica, sino sólo con dos fuerzas que obran sobre un mismo punto, pero en dos direcciones opuestas. Un conflicto entre normas es un caso no deseable, pero posible, y existe con bastante frecuencia.³⁵

A continuación presentamos los esquemas explicativos que hemos diseñado para ilustrar los principales conflictos de normas:³⁶

³³ BOBIO, Norberto, *Contribución a la Teoría del Derecho*, edición a cargo de Alfonso Ruiz Miguel, México, Puebla, Ed. Cajica, 2006, p. 349

³⁴ KELSEN, Hans, *Teoría General de las Normas*, trad. Hugo Carlos Delory Jacobs México, Trillas, 1994 [reimp. 2003], p. 130

³⁵ KELSEN, Hans, *op. cit.* pp. 131-132

³⁶ *Idem* p. 130

CONFLICTO BILATERAL	CONFLICTO UNILATERAL
Cuando el cumplimiento o la aplicación de cada una de las dos normas implica necesaria o posiblemente la violación de la otra	Cuando el cumplimiento o la aplicación de solo una de las dos normas implica la violación de la otra

CONFLICTO TOTAL	CONFLICTO PARCIAL
<p>Cuando una norma decreta determinada conducta y la otra prohíbe justamente esta conducta (decreta la abstención de la conducta)</p> <p style="text-align: center;">EJEMPLO</p> <p>NORMA (1) Ama a tus enemigos</p> <p>NORMA (2) No ames, odia a tus enemigos</p> <p>En este caso el cumplimiento de la norma 1 implica necesariamente la violación de la norma 2 y el cumplimiento de la norma 2 implica necesariamente la violación de la norma 1.</p> <p>CONFLICTO BILATERAL</p> <p>CONFLITO NECESARIO</p> <p>CONFLICTO TOTAL</p>	<p>Cuando el contenido de una norma es sólo parcialmente diferente del contenido de la otra norma</p> <p style="text-align: center;">EJEMPLO</p> <p>NORMA (1) El asesinato debe sancionarse con la muerte</p> <p>NORMA (2) El asesinato debe sancionarse con reclusión</p> <p>La aplicación de cada una de las dos normas implica necesariamente la violación de la otra.</p> <p>CONFLICTO BILATERAL</p> <p>CONFLICTO NECESARIO</p> <p>CONFLICTO PARCIAL</p>

Sucede que cuando dos o más normas de un mismo sistema con el mismo ámbito de validez temporal, espacial y personal tienen contenidos incompatibles nos encontramos frente a una antinomia.³⁷

³⁷ Cfr. PÉREZ VALERA, Victor Manuel, *op. cit.*, p. 345

La antinomia (del griego *anti*, contra, y *nomos*, ley) designa un conflicto entre dos leyes, esto es, una antinomia se presenta cuando en el ordenamiento legal existen dos o más normas que regulan de modo diferente una misma situación, entonces se presenta el problema de cuál norma aplicar. De modo que las antinomias representan un problema de aplicación del Derecho.³⁸

Las antinomias jurídicas en sentido estricto pueden ser de varios tipos, pero la que nos parece más importante es la división entre ANTINOMIAS CONTRARIAS y CONTRADICTORIAS. En las primeras una norma ordena algo que la otra prohíbe; en la segunda, una ley prohíbe una acción que la otra permite.³⁹

4. El Papel Del Abogado

La Abogacía se define como la profesión y actividad del Abogado (*advocatus*, de *ad*: a y *vocare*: llamar o sea abogar), quien al ejercerla debe actuar a favor de los intereses que tiene confiados; de los más nobles por su importancia para lograr la paz y el bienestar social.⁴⁰

El Abogado ha de tener presente que es un servidor del Derecho y un coadyuvante de la Justicia; y que la esencia de su deber profesional es defender diligentemente y con estricto apego a las normas morales y jurídicas, los derechos de su cliente.⁴¹

La necesidad de la función del Abogado se hace sentir en una sociedad en cuanto ésta se moderniza y se hacen más complejas las relaciones sociales. Entonces los particulares han menester de peritos en Derecho que puedan aconsejarles en sus asuntos jurídicos (de

³⁸ MUÑOZ ROCHA, *op. cit.* p. 294

³⁹ PÉREZ VALERA, Victor Manuel, *op. cit.*, p. 345. NOTA: Las mayúsculas son nuestras

⁴⁰ SCHROEDER CORDERO, Francisco Arturo, "Abogacía" en *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo I, 3ª. ed., México, Porrúa - Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1989, p. 13.

⁴¹ VILLOORO TORANZO, Miguel, *op. cit.*, p. 275.

allí, el nombre de “jurisconsultos” que se da a tales peritos) y, cuando sea necesario, defender sus asuntos ante los tribunales.⁴²

Por definición, se puede decir que el cliente del Abogado es aquel que, por no ser perito en Derecho, por su temperamento o por la complejidad de sus asuntos, no puede defenderlos por sí solo. Podrá tener mucha razón en su modo de proceder pero no sabe cómo exponer jurídicamente esa razón. Es misión del Abogado escuchar pacientemente, pasando por el tamiz de sus conocimientos de la Ciencia del Derecho, los datos jurídicos proporcionados por quien solicita sus servicios. Cuando se ha formado idea del caso, el abogado tiene libertad para aceptar o rechazar los asuntos en que se solicite su patrocinio, sin necesidad de exponer los motivos de su resolución, salvo el caso de nombramiento de oficio en que la declinación debe ser justificada.⁴³

La abogacía es una de las funciones más importantes que un profesional puede desarrollar al servicio de la sociedad, pues como lo considera el autor Miguel Roca Junyet, el Abogado es simplemente un servidor del Derecho.⁴⁴

Ser abogado es dotar de contenido práctico los grandes principios, es hacer aterrizar en la realidad la letra de la norma. Garantizar la convivencia es una obligación de todos, pero los abogados son una pieza fundamental de la misma. El legislador, como interprete del interés general y depositario de la soberanía popular, define el cuadro normativo de la convivencia. Corresponde a jueces y magistrados corregir las situaciones en que la norma e incluso su espíritu no son respetados. Pero sin los abogados; la justicia no sería posible: sólo ellos acercan al ciudadano a la justicia y sólo ellos contrastan con la realidad los límites y la eficacia de las normas.⁴⁵

⁴² *Ibidem*

⁴³ Cfr. VILLORO TORANZO, Miguel, *op. cit.*, p. 275

⁴⁴ Cfr. ROCA JUNYET, Miquel, *¡Sí, Abogado! Lo que no aprendí en la Facultad*, Barcelona, Crítica, 2007, p. 19

⁴⁵ *Idem* p. 20

La función del Abogado no es la de dictar normas jurídicas, sino solamente la de conocer las que se encuentran en vigor.⁴⁶

El Derecho, como manifestación reguladora de la actividad omnipresente del Estado, lo invade todo, a todo lo alcanza. El ciudadano se siente, muy a menudo, indefenso ante el cúmulo de normas y disposiciones. Necesita del abogado para navegar entre todo ello, y sobre todo, para garantizarle que sus derechos y libertades no se verán limitados como consecuencia de la invasión <publicadora> de la vida de los particulares.⁴⁷

Uno de los elementos con que cuenta el decisor (juez) son las normas, las cuales para cumplir correctamente con su función requieren <...que la estipulación de sus enunciados sea sumamente estricta, unívoca, consistente, sistemática, con ausencia de ambigüedades, vaguedades e indeterminaciones, sino pierden sus elementos descriptores de un estado de cosas deseado y la producción de la respuesta de comportamiento dirigida a ese fin>. Al no cumplirse tales requisitos se convierten automáticamente en el primer escollo a sortear por el juez en los casos difíciles. Ello se debe a la incertidumbre que ellas provocan, entre otras cosas por su cantidad, o por su disonancia armónica, ya sea a raíz de la norma o del legislador.⁴⁸

La inflación normativa, su indeterminación, el uso de principios y directrices políticas tan frecuentes en estos casos, dificultan las diversas tareas del funcionamiento de las normas: el reconocimiento, la interpretación, la determinación, la elaboración, la aplicación, la conjetura, la argumentación y la síntesis.⁴⁹

La abundancia normativa obliga al Abogado a saber diagnosticar cuál es el <núcleo duro> del problema. Y una vez definido éste, buscar la norma que consultar. Un mal

⁴⁶ VILLORO TORANZO, *op. cit.*, p. 319

⁴⁷ ROCA JUNYET, Miquel, *op. cit.* pp. 27-28

⁴⁸ CARRASCO FERNÁNDEZ, Felipe Miguel Compilador, *Argumentación Jurídica. (Estudios en torno a...)*, 2ª. ed., México, Popocatépetl Editores, 2007, p. 255

⁴⁹ *Idem* p. 256

diagnóstico puede hacerle ignorar el camino adecuado o conducir la defensa de los intereses confiados por vías improcedentes.⁵⁰

El abogado frente a cualquier problema jurídico, puede realizar las cuatro operaciones a que hacía alusión Geny, a saber:⁵¹

a) El conocimiento del dato jurídico
b) La valoración del dato jurídico
c) La construcción del esquema jurídico, y
d) La aplicación del esquema construido

Al esquema jurídico que elabora el Abogado para atender los asuntos que sus clientes le presentan, es a lo que hemos llamado diagnóstico⁵² jurídico.

Como se desprende del significado gramatical del término, por diagnóstico jurídico vamos a entender aquella actividad o conjunto de actividades que lleva a cabo el Abogado consistentes en recoger y analizar datos jurídicos para evaluar problemas de naturaleza jurídica.

El Derecho no lo es todo, debemos aceptarlo, conocerlo e, incluso, si procede, cambiarlo. La letra fría de la norma debe ser llenada de espíritu, de <alma>. La norma debe ser complementada, a veces, por lo que no dice pero que se espera de ella. La convivencia en libertad y en paz puede ser violentada por la norma. Y, así, en muchas ocasiones el Derecho avanza en la contradicción: libertad-seguridad y progreso-cohesión son dicotomías

⁵⁰ ROCA JUNYET, Miquel, *op. cit.*, p. 93 NOTA: El subrayado es nuestro

⁵¹ *Cfr.* VILLORO TORANZO, Miguel, *op. cit.*, p. 420

⁵² En el ámbito de la Medicina, el diagnóstico se define como el arte o el acto de conocer la naturaleza de una enfermedad mediante la observación de sus síntomas o signos; o bien, la calificación que da el médico según los signos que advierte. También se entiende por diagnóstico lo relativo o perteneciente a la diagnosis que significa acción y efecto de diagnosticar. Diagnosticar significa recoger y analizar datos para evaluar problemas de diversa naturaleza. *Vid.* REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española

que requerirán soluciones equilibradas para que la convivencia, la libertad y la paz coincidan en su aplicación. Y de este modo, el jurista está justamente ahí: en la definición y defensa de estos difíciles desequilibrios. El legislador también, no hay duda. Pero corresponde fundamentalmente al jurista, al abogado, a jueces y magistrados percibir las sensibilidades sociales que van a ser destinatarias de la norma y los distintos efectos que en ellas podrá producir. Y esta tarea no es nada sencilla.⁵³

Conclusiones:

1. La función del Abogado cuando se desempeña con apego a los más estrictos principios éticos y jurídicos es una de las más nobles profesiones que puede existir.
2. Al Abogado le son confiados por sus clientes los más delicados y variados intereses, tanto de índole patrimonial como aquéllos que no son valorables en dinero y debido a ello su labor debe ser desempeñada con el grado máximo de diligencia y responsabilidad
3. Hoy en día, la abundancia normativa constituye uno de los problemas más relevantes en el ámbito jurídico, el cual que se ha visto agravado en los últimos años, debido a que en los sistemas pertenecientes a la Familia Romano-Germánica todo se pretende resolver con leyes y como es lógico pensar “el remedio ha sido peor que la enfermedad” habiendo contribuido el exceso de leyes vigentes a la indeseable inflación normativa.
4. Tradicionalmente en el Derecho ha existido el problema de la incompatibilidad, contradicción o conflicto de normas, mismo que se ha agravado con la abundancia de leyes en todas las materias regulables legislativamente
5. La interpretación jurídica ha sido un valioso instrumento en manos del jurista mediante el cual se intenta resolver el problema de las diversas y múltiples

⁵³ Cfr. ROCA JUNYENT, Miquel, *op. cit.* p. 16

contradicciones entre normas; inconveniente que cada vez es más frecuente en la etapa actual que se conoce, por varios autores, como de globalización del Derecho.

6. En este contexto, es enorme la responsabilidad del Abogado quien para atender debidamente a su cliente o al usuario de servicios legales, debe hacer un adecuado, preciso y conciso diagnóstico jurídico del problema que atiende y pretende resolver; pues mientras mejor sea el diagnóstico que elabore, más idónea será la solución que proporcione a su cliente.

Bibliografía

BOBIO, Norberto, *Contribución a la Teoría del Derecho*, edición a cargo de Alfonso Ruiz Miguel, México, Puebla, Ed. Cajica, 2006

CARRASCO FERNÁNDEZ, Felipe Miguel Compilador, *Argumentación Jurídica. (Estudios en torno a...)*, 2ª. ed., México, Popocatépetl Editores, 2007

HUERTA OCHOA, Carla Aurora, *Conflictos normativos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2003.

KELSEN, Hans, *Teoría General de las Normas*, trad. Hugo Carlos Delory Jacobs México, Trillas, 1994 [reimp. 2003]

KELSEN, Hans, *La Teoría Pura del Derecho*, trad. por Luis Legaz Lacambra, México, Colofón, 2010

MUÑOZ ROCHA, Carlos I., *Teoría del Derecho*, México, Oxford University Press, 2007

PACHECO MARTÍNEZ, Filiberto, *Introducción al Derecho. Elementos y contenidos para una Teoría General del Derecho*, México, Porrúa, 2007

PÉREZ VALERA, Victor Manuel, *Teoría del Derecho*, México, Oxford University Press, 2009

ROCA JUNYET, Miquel, *¡Sí, Abogado! Lo que no aprendí en la Facultad*, Barcelona, Crítica, 2007

VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, 10ª. ed. México, Porrúa, 1993

Diccionarios:

Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo I, 3ª. ed., México, Porrúa - Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1989

Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, 22ª. ed. [consulta en línea el día 4 de Abril de 2011 en la Página de la Real Academia Española www.rae.es]

TEMAS DE DERECHO DE LA EMPRESA

EL COMISIONISTA EN DERECHO FRANCÉS Y MEXICANO

*Dr. Jean Boudaud Soulagne*⁵⁴

Palabras Clave.- Comisionista; Derecho Francés; Derecho Mexicano; Comitente.

Sumario.- CAPITULO 1 LA CALIFICACIÓN DEL COMISIONISTA. Par. 1.- El comisionista es un comerciante. A.- En derecho francés. B.- En derecho mexicano. Par. 2.- El comisionista es un intermediario opaco ligado al comitente por medio de un mandato comercial. A.- En derecho francés. B.- En derecho mexicano. CAPITULO 2 EL REGIMEN JURÍDICO DEL COMISIONISTA. Par. 1 La celebración del contrato de comisión. A.- En derecho francés. B.- En derecho mexicano. Par. 2 La ejecución del contrato de comisión. A.- La relación entre el comitente y el comisionista. 1.- Las obligaciones del comisionista. a).- La rendición de cuentas. b).- Conservación, identificación y reexpedición de las mercancías. 1.- Los derechos y privilegio del comisionista. a).- El derecho a la colaboración del comitente. b).- El derecho a la remuneración. c).- El derecho al reembolso de los gastos. d).- El privilegio del comisionista. B.- La relación entre el comisionista y el cliente. 1.- En derecho francés. 2.- En derecho mexicano. C.- La relación entre el comitente y el cliente. 1.- En derecho francés. 2.- En derecho mexicano. Par. 3 La terminación del contrato de comisión. A.- Las causas voluntarias de terminación del contrato de comisión. 1.- En derecho francés. 2.- En derecho mexicano. B.- Las causas accidentales de terminación del contrato de comisión. 1.- En derecho francés. 2.- En derecho mexicano. Conclusión. Bibliografía.

Que se trate de la calificación del comisionista (Capítulo 1) o de su régimen jurídico (Capítulo 2), los derechos francés o mexicano adoptaron reglas similares.

CAPITULO 1 LA CALIFICACIÓN DEL COMISIONISTA

⁵⁴ Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montpellier Francia

Los derechos francés y mexicano disponen que el comisionista es por una parte un comerciante (Par.1) y por otra parte un intermediario opaco ligado al comitente por un mandato comercial basado sobre el “intuitu personae” (par.2)

Par.1 El comisionista es un comerciante

El comisionista es un comerciante puesto que realiza actos de comercio de manera habitual, en derecho francés (A) y en derecho mexicano (B)

A. En derecho francés

La ley francesa declara “acto de comercio” toda operación de comisión⁵⁵ y comerciantes a las personas que realizan actos de comercio de manera habitual en el marco de su profesión⁵⁶. Entonces, los comisionistas son comerciantes cuando realizan operaciones de comisión de manera habitual o profesional⁵⁷. Nada impide que una persona ordinaria realice una operación de comisión aislada. Esta persona sería comisionista, pero no tendría la calidad de comerciante, pues no hace de la realización de actos de comercio una profesión habitual. El comisionista es comerciante aun cuando realiza operaciones civiles de manera profesional⁵⁸. La jurisprudencia y la doctrina sostienen que la persona que realiza actos de comercio lo debe hacer en su nombre y por su cuenta para tener la calidad de comerciante. El comisionista es una excepción a esta regla puesto que actúa por

⁵⁵ Código de Comercio, art. L 110-1

⁵⁶ Código de Comercio, art. L. 121-1

⁵⁷ M.P. DUMONT. L'opération de commission, Bibliothèque du droit de l'entreprise, Litec 2000, p.663: “Si el comisionista ejerce su actividad de comisionista de manera profesional y celebra los contratos de comisión de manera habitual, no hay duda de que la comisión sea comercial. Si el comisionista actúa de manera profesional sin que el contrato de comisión sea celebrado por él de manera habitual, será considerado como comerciante si es comisionista de profesión.”

⁵⁸ RIPPET et ROBLLOT, par PH. DELEBECQUE et M. GERMAIN, Traité de Droit Commercial, Tome II, LGDJ 2000, p. 683: “Hay comisionistas que sólo realizan con terceros operaciones civiles, por ejemplo, la compra de cosechas y que a pesar de esto son comerciantes porque tienen una empresa de comisión”

cuenta de un comitente⁵⁹, o sea, actúa por cuenta de una tercera persona y no por su cuenta. A pesar de esto, conserva su autonomía y su libertad de acción como cualquier comerciante⁶⁰.

B. En derecho mexicano

En México, la ley reputa “actos de comercio” las empresas de comisión y las operaciones de comisión mercantil⁶¹ y el comisionista es la persona que desempeña la comisión mercantil⁶², definida como el mandato aplicado a actos concretos de comercio⁶³. Apoyándose sobre estas definiciones del Código de Comercio, la doctrina concluyó que el comisionista es un comerciante cuando es dueño de una empresa de comisión que sistemáticamente realiza operaciones por cuenta de terceros, utilizando un personal especializado. Al contrario, el comisionista no sería comerciante si ejecutaba la comisión mercantil de manera ocasional sin ser dueño de una empresa de comisión. “Es raro el comisionista no comerciante”⁶⁴. Los autores se han preguntado qué sentido hay que dar a la palabra “concretos” en la expresión “actos concretos de comercio” y llegaron a la conclusión que el legislador quiso prohibir que un poder general fuera otorgado al comisionista para la realización de actos de comercio. Este poder general pertenece sólo al gerente. El comisionista puede realizar varias categorías de actos de comercio sin poder, sin embargo, realizar todas las categorías de actos de comercio⁶⁵.

⁵⁹ Código de Comercio. Art. L. 132-1

⁶⁰ Código de Comercio. Art. 273 al. 2

⁶¹ Código de Comercio, Art. 75, X y XII

⁶² Código de Comercio. Art. 273

⁶³ Código de Comercio. Art. 273

⁶⁴ R. CERVANTES AHUMADA, Derecho Mercantil, Editorial Porrúa 2007., p. 295

⁶⁵ A. DIAZ BRAVO, Contratos Mercantiles, Octava Edición, Iure Editores 2006., p. 361

Par. 2 El comisionista es un intermediario opaco ligado al comitente por medio de un mandato comercial.

El comisionista actúa en su nombre por cuenta de un comitente. Es un intermediario opaco en derecho francés (A) como en derecho mexicano (B).

A. En derecho francés

“El comisionista es la persona que actúa en su propio nombre o bajo el nombre de una sociedad por cuenta de un comitente⁶⁶” Resulta de esta definición del Código de Comercio que la comisión es un mandato puesto que el comisionista actúa por cuenta de una tercera persona, pero un mandato de tipo particular puesto que el comisionista actúa en su nombre y se encuentra comprometido frente a terceros⁶⁷. Se interpone entre el comitente y los clientes⁶⁸. Por esto se califica al comisionista de intermediario opaco. Esto no significa que la comisión sea necesariamente oculta⁶⁹, o ignorada por terceros. Para describir la situación del comisionista, se habla de mandato sin representación o de representación indirecta o imperfecta⁷⁰. La utilización de un intermediario opaco en las relaciones internacionales, permite evitar las reacciones nacionalistas y el rechazo de los productos provenientes de países extranjeros. El comisionista no tiene la obligación de revelar al comitente el nombre de las personas con las cuales ha contratado. Por el hecho de ignorar el nombre de los clientes, el comitente no podrá fácilmente prescindir de los servicios del comisionista.

⁶⁶ Código de Comercio, art. L. 132-1

⁶⁷ M.P.DUMONT, op. cit. p. 659: “La operación de comisión es entonces una técnica original para la realización de actos jurídicos por un comisionista actuando en su nombre por cuenta de una tercera persona, por medio de la cual los efectos personales de derechos creados se fijan sobre la persona que actúa en su nombre, mientras que los efectos reales creados operan directamente del patrimonio del comitente al patrimonio de la tercera persona y recíprocamente”

⁶⁸ Com. 20 mai 1997: RJDA 1997-10, n° 1187

⁶⁹ Com. 3 janv. 1995 : RJDA, 1995, n° 425

⁷⁰ D. FERRIER, Droit de la Distribution, Litec 2000., p. 105

Cuando el comisionista actúa en nombre del comitente, sus derechos y obligaciones son determinados por el código civil⁷¹; o sea, es un mandatario gozando de un poder de representación⁷².

B. En derecho mexicano

“Cuando el comisionista contrate en nombre propio, tendrá acción y obligación directamente con las personas con quienes contrate, sin tener que declarar cuál sea la persona del comitente, salvo en el caso de seguros”⁷³. Si el comisionista revela el nombre del comitente, no pierde su carácter opaco puesto que actúa en su nombre y él sólo se compromete. Si no revela el nombre del comitente, la comisión es oculta. No tiene la obligación de revelar al comitente el nombre de los clientes con los cuales celebra contratos y generalmente no lo hará para evitar de ser eliminado por el comitente en futuras transacciones. Existe una excepción a esta regla. El comisionista no puede, sin autorización del comitente vender a crédito⁷⁴. En caso de venta a crédito, debe comunicar al comitente el nombre de los compradores y si no lo hace, la venta, relativamente al comitente se considera como venta al contado⁷⁵. La doctrina considera que el comisionista debe revelar el nombre del comprador en caso de venta a crédito, para que el comitente pueda medir el riesgo al cual está sometido y evitarlo o disminuirlo por medio de advertencias hechas al comisionista⁷⁶. En caso de venta a crédito el comisionista no tiene un control efectivo sobre sus clientes puesto que el comitente puede decidir tener con estos clientes una relación directa.

⁷¹ Código de Comercio, art. L. 132-1

⁷² Civ. 17 nov 1993 : Bull. Civ., I, n° 329

⁷³ Código de Comercio, art. 284

⁷⁴ Código de Comercio, art. 301

⁷⁵ Código de Comercio, art. 302

⁷⁶ F de J. TENA, Derecho Mercantil Mexicano., p. 240

“Cuando el comisionista contratare expresamente en nombre del comitente, no contraerá obligación propia, rigiéndose en este caso sus derechos y obligaciones como simple mandatario mercantil, por las disposiciones del derecho común”⁷⁷. Entonces, el comisionista que actúa en nombre del comitente ya no es comisionista sino un simple mandatario de derecho civil, actuando con representación. Es la interpretación del artículo 285 que hace la doctrina⁷⁸. La expresión “mandatario mercantil de derecho común” no parece apropiada. Hubiera sido preferible decir simplemente “mandatario sometido al derecho común”. Los únicos mandatarios mercantiles conocidos, además del comisionista, son el gerente y los mandatarios especializados.

CAPITULO 2 EL REGIMEN JURÍDICO DEL COMISIONISTA

En el momento de la celebración (Par. 1) de la ejecución (Par.2) y de la terminación del contrato de comisión (Par. 3), el comisionista debe asumir obligaciones y se beneficia de derechos. El conjunto de obligaciones y de derechos constituye su régimen jurídico.

Par. 1 La celebración del contrato de comisión.

La celebración del contrato de comisión no presenta particularidades en derecho francés o mexicano. A una oferta de contrato debe corresponder una aceptación que puede ser expresa o tácita. La aceptación es tácita cuando el comisionista habitualmente solicitado por el comitente, recibe órdenes sin rechazarlos de manera expresa⁷⁹, o cuando el comisionista ha empezado a ejecutar la comisión confiada por el comitente⁸⁰. Sin embargo el derecho francés (A) y mexicano (B) dan soluciones diferentes relativamente a las

⁷⁷ Código de Comercio, art. 285

⁷⁸ F. de J. TENA, op. cit. p. 217

⁷⁹ RIPPERT et ROBLLOT, par PH. DELEBECQUE et M. GERMAIN, op. cit., p. 683: “Siendo mercantil, el contrato de comisión puede ser probado por todo medio de prueba. Esta libertad de prueba permite al juez de basarse sobre simples presunciones para considerar que hubo aceptación de la comisión por parte del comisionista”

⁸⁰ Código de Comercio mexicano, art. 276

consecuencias de un rechazo del contrato y relativamente a la forma del contrato.

A. En derecho francés

En caso de rechazo de la oferta de contrato, los tribunales ponen en juego la responsabilidad civil del destinatario de la oferta, por culpa, negligencia, imprudencia, cuando su rechazo causa un perjuicio al autor de la oferta. El perjuicio tomado en cuenta es generalmente constituido por la pérdida de tiempo, los gastos efectuados de manera anticipada para la ejecución de un contrato cuya firma parecía segura, la pérdida de los mercados a los cuales el autor de la propuesta renunció con el fin de poder firmar el contrato propuesto⁸¹. La falta puede resultar de la comunicación de informaciones erróneas o de la prolongación inútil de la negociación⁸². No es necesario que exista la intención de causar un daño para que la responsabilidad civil se tome en consideración; la simple negligencia o imprudencia es suficiente⁸³.

El derecho francés no impone ninguna forma particular al contrato de comisión; puede ser oral o escrito, privado o por acto celebrado ante notario.

B. En derecho mexicano

El rechazo de la comisión crea obligaciones a cargo del destinatario de la oferta en aplicación de disposiciones específicas del Código de Comercio. “Es libre el comisionista para aceptar o no el encargo que se le hace por el comitente, pero en caso de rehusarlo, lo avisará así inmediatamente, o por el correo más próximo al día en que recibió la comisión, si el comitente no residiere en el mismo lugar”⁸⁴, y “Cuando sin causa legal dejare el comisionista de avisar que rehúsa a la comisión, o de cumplir la expresa o tácitamente

⁸¹ J.M.MOUSSERON, *Technique Contractuelle*, Editions Juridiques Francis Lefebvre, 1999, p. 50

⁸² Aix, 5 janv. 1978, Bull.arrêts Cour d'aix.1978, V, 8

⁸³ Civil 3 oct. 1972, Bull. Civ., III, n° 491

⁸⁴ Código de Comercio, art. 275

aceptada, será responsable al comitente de todos los daños que por ello le sobrevengan”⁸⁵. A veces, sucede que el comitente entregue la mercancía a comercializar al comisionista en el momento de la oferta de contrato, con el fin de ganar tiempo. En este caso el comisionista que rechaza la comisión “no estará dispensado de practicar las diligencias que sean de indispensable necesidad para la conservación de los efectos que el comitente le haya remitido, hasta que éste provea de nuevo encargado, sin que por practicar tales diligencias se entienda tácitamente aceptada la comisión”⁸⁶. La particularidad del contrato de comisión, según la doctrina es que, aun antes de su celebración por aceptación del comisionista, crea obligación a cargo del comisionista, ya sea por el simple hecho de recibir una propuesta del comitente, ya sea por el hecho de recibir mercancías en el mismo tiempo que la propuesta de contrato⁸⁷. Estas disposiciones del Código de Comercio se justifican por el carácter generalmente profesional de la comisión⁸⁸. Al contrario, en caso de propuesta de comisión hecha a un simple particular, éste la podría rechazar sin que se creen obligaciones a su cargo.

“El comisionista puede hacer vender los efectos que se le han consignado, por medio de dos corredores, o dos comerciantes a falta de éstos, que previamente certifiquen el monto, calidad y precio de ellos: I. Cuando el valor presunto de los efectos que se le han consignado no pueda cubrir los gastos que haya de desembolsar por el transporte y recibo de ellos; II. Cuando habiéndole avisado el comisionista al comitente que rehúsa la comisión, éste, después de recibir dicho aviso, no provea de nuevo encargado que reciba los efectos que hubiere remitido. El producto líquido de los efectos así vendidos, será depositado a disposición del comitente en una institución de crédito, si la hubiere, o en poder de la persona que en su defecto designe la autoridad judicial.”⁸⁹.

⁸⁵ Código de Comercio, art. 278

⁸⁶ Código de Comercio, art. 277

⁸⁷ F. de J. TENA, op. cit., p. 212

⁸⁸ R. Mantilla Molina, Derecho Mercantil, Editorial Porrúa, 1998, p. 170

⁸⁹ Código de Comercio, art. 279

El comisionista, para el desempeño de su misión, no necesita celebrar un contrato ante notario. Como en derecho francés, un simple escrito es suficiente. La comisión puede ser oral, sin embargo, “cuando haya sido verbal, se ha de ratificar por escrito antes que el negocio concluya”⁹⁰. La falta de ratificación escrita hace que el contrato de comisión no adquiere ningún valor jurídico⁹¹. Toda modificación del contrato de comisión se debe también ratificar por escrito⁹².

Par.2 La ejecución del contrato de comisión

En las operaciones de comisión y compra-venta, intervienen tres personas: un comitente, un comisionista y un cliente que adquiere mercancías. El contrato produce efectos reales directamente entre el comitente y el cliente puesto que el comisionista nunca llega a ser dueño de las mercancías. Es sólo un intermediario. Al contrario el contrato de comisión produce efectos personales sobre los tres protagonistas. Conviene analizar las relaciones entre el comitente y el comisionista (A), entre el comisionista y el cliente (B) y entre el comitente y el cliente (C).

A. La relación entre el comitente y el comisionista

Las relaciones entre el comitente y el comisionista se rigen por el derecho común del mandato⁹³. El comisionista actúa por cuenta del comitente, de tal manera que los contratos celebrados por el comisionista afectan directamente el patrimonio del comitente⁹⁴, de

⁹⁰ Código de Comercio, art.274

⁹¹ Tribunal Colegial del vigésimo circuito, Amparo directo 469/94, Jos.Ricardo Rodríguez Moreno, 8 sept. 1994, Semanario Judicial de la Federación, Tomo XV-enero, p.207

⁹² S.C.J.N. Amparo directo 4499/80, Cambridge Wire Cloth Co International, S. A., 29 enero 1982, Semanario Judicial de la Federación, Tomo 15, Cuarta Parte, p. 27

⁹³ A. BENABENT, Les Contrats Spéciaux, Montchrestien, Domat droit privé, 1999, p. 419:”La referencia expresa que el artículo 94 (L. 132-1) del Código de Comercio hace al Código Civil es muy significativa”

⁹⁴ M.P.DUMONT, op.cit., p. 658: “Mientras que él que actúa en su nombre es en el mismo tiempo el autor del acto y el titular de los derechos ejercidos, el comisionista, autor del acto no es el titular de los derechos ejercidos”

manera positiva cuando el comisionista transmite al comitente los derechos que adquirió, y de manera negativa cuando el comitente debe indemnizar al comisionista por los gastos que éste tuvo que realizar por el desempeño de la misión⁹⁵.

En México, la doctrina considera que todos los elementos esenciales y constitutivos del mandato civil deben aparecer en el concepto de comisión puesto que ésta no es otra cosa que el mandato dirigido a la realización de actos de comercio⁹⁶. La Secretaría de Hacienda considera también que el comisionista es un mandatario que actúa por cuenta del comitente, de tal manera que es el vendedor de la mercancía, o sea, el comitente, que debe pagar el impuesto sobre la renta obtenida gracias a la venta de la mercancía. El comisionista pagará impuestos sólo por la comisión que ha recibido en razón de su intervención en la operación de comercialización. Cuando el comisionista factura a los clientes sin que aparezca en la factura el nombre del comitente, se debe estipular en el contrato de comisión que esta facturación se realiza por cuenta del comitente. Además, el monto de la comisión se debe indicar en el contrato de comisión, ya sea de manera fija, ya sea en porcentaje. En caso de no respetar estas disposiciones el fisco podría considerar que el comisionista actúa en su nombre y por cuenta propia⁹⁷. Los actos que realiza el comisionista en nombre del comitente se consideran como realizados por el comitente en el lugar de celebración de los actos⁹⁸.

Para el comitente, el comisionista es un mandatario de derecho común que tiene la obligación de cumplir su misión y de rendir cuentas (I) y que tiene derecho a la colaboración del comitente y a una remuneración (II)

⁹⁵ RIPPERT y ROBLLOT, par PH. DELEBECQUE et GERMAIN, op. cit., p. 684: “La operación celebrada a nombre del comisionista se hizo para el comitente. Éste debe entonces cumplir todas las obligaciones que resultan del contrato y asumir los gastos de la operación, excepto estipulaciones particulares del contrato”

⁹⁶ F. de J. TENA, op. cit., p. 209

⁹⁷ Primer tribunal colegial en materia administrativa del primer circuito. Amparo directo 554/73, Aviones S.A. 11 febrero 1974, Semanario Judicial de la Federación, Tomo 62. Sexta parte. p. 43

⁹⁸ As.Plen.de la S.C.J.N. Amparo en revisión, 8949/65, Fábrica de calzados Canadá S.A. % nov. 1974, Semanario Judicial de la Federación, Tomo 71, primera parte, p. 19

1. Las obligaciones del comisionista

El comisionista tiene dos obligaciones principales: ejecutar la misión confiada y rendir cuentas. A veces, el contrato pone obligaciones complementarias a cargo del comisionista, por ejemplo, la de conservar las mercancías entregadas en consignación o la de garantizar la buena ejecución de los contratos celebrados con terceros, en el marco de un convenio “ducroire”.

a) La ejecución de la misión

El comisionista debe alcanzar los objetivos indicados en el contrato de comisión y ejecutar correctamente su misión si no quiere pagar daños y perjuicios al comitente. La misión se ejecuta correctamente cuando el comisionista ha actuado personalmente en el límite de los poderes concedidos, con diligencia, eficacia, y lealtad y en el respeto de las leyes y reglamentos.

- Los objetivos de la misión

El comisionista debe ejecutar la misión confiada; debe prospectar el mercado y negociar con la clientela actual o potencial, utilizando todos los medios disponibles y dedicando todo el tiempo necesario. Sin embargo, generalmente, no garantiza la celebración de contratos con los clientes. Por esto, se dice que tiene una obligación de medios y no de resultado.

Su poder de iniciativa, en el curso de la prospección y de la negociación depende de la naturaleza de su mandato. Cuando el mandato es imperativo, el comisionista se limita a aplicar de manera estricta las instrucciones precisas que ha recibido; para saber si ha ejecutado la misión, bastará constatar la buena o mala aplicación de las instrucciones del comitente. En caso de mandato indicativo, es más difícil apreciar las diligencias del comisionista puesto que la apreciación de su desempeño es relativa no sólo a la actividad material de prospección y de negociación sino también a la oportunidad o pertinencia de las decisiones que tomó. El mandato indicativo le da un poder de iniciativa más amplio y responsabilidades más importantes en caso de fracaso de la misión. Cuando el asunto es

complejo, le conviene pedir nuevas instrucciones⁹⁹ o, por lo menos, avisar al comitente de las dificultades encontradas¹⁰⁰.

A veces, el comisionista tiene una obligación de resultado. En este caso deberá garantizar al comitente la celebración del contrato y la ejecución de las obligaciones del cliente, en particular el pago¹⁰¹. Esta garantía de ejecución se otorga en el marco de un convenio anexo al contrato de comisión, conocido como convenio “ducroire”. El convenio “ducroire” da lugar al pago de una remuneración especial, llamada prima, que se agrega a la comisión debida al comisionista¹⁰². El comisionista “ducroire” no es una caución puesto que no existe una obligación principal por falta de contrato entre el cliente y el comitente¹⁰³.

En México, se hace la misma distinción entre obligación de medios y obligación de resultado, mandato imperativo y mandato indicativo. El derecho mexicano no conoce el convenio “ducroire”, sin embargo, la doctrina considera que es perfectamente lícito¹⁰⁴.

- Las modalidades de ejecución de la misión

El comisionista pondría en juego su responsabilidad en caso de no ejecutar su misión o en caso de ejecutarla mal. Por ejemplo si tuviera instrucción de negociar y celebrar contrato con una empresa determinada, cometería una falta de no hacerlo, igualmente cometería una falta en caso de negociar y celebrar un contrato con clientes notoriamente insolventes

⁹⁹ Com. 24 nov. 1970:D. 1971, somm. p. 58

¹⁰⁰ Req. 10 juin 1923: S. 1924, I, p. 214

¹⁰¹ com. 6 janv. 1981: JCP 1982, II, n° 19829, note J. HEMARD

¹⁰² RIPPERT et ROBLOT, par PH. DELEBECQUE et M. GERMAIN, op. cit., p.687: “En realidad, el convenio ducroire es siempre accesorio a un contrato de comisión o de representación comercial.. tiene un interés especial en materia de comisión de venta para garantizar el pago del precio por parte del cliente”

¹⁰³ COLLART DUTILLEUL et DELEBECQUE, Contrats Civils et Commerciaux, Précis Dalloz 1998., p.522

¹⁰⁴ J. RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Derecho Mercantil, Editorial Porrúa, 1999, p.37

puesto que lastimaría voluntariamente los intereses del comitente. Tratándose de un comisionista profesional, la responsabilidad se aprecia de manera estricta.

Al contrario, el comisionista no es responsable si el cliente no paga el precio, en la medida en que el cliente no es notoriamente insolvente y en la medida en que el comisionista no ha firmado un convenio “ducroire”¹⁰⁵.

El comisionista debe aplicar las instrucciones recibidas que tengan un carácter imperativo o indicativo; si no lo hace, el comitente estará comprometido por el contrato celebrado con terceros sólo en el límite de las instrucciones que ha dado. El comisionista deberá entonces asumir solo y de manera definitiva las consecuencias de los compromisos adquiridos más allá de las instrucciones recibidas. Si, por ejemplo, vende a crédito en lugar de vender al contado, sin autorización, soportará el costo del crédito otorgado al cliente¹⁰⁶.

“El comisionista, en el desempeño de su encargo, se sujetará a las instrucciones recibidas del comitente y en ningún caso podrá proceder contra disposiciones expresas del mismo”¹⁰⁷. La doctrina mexicana concluye que el comisionista no tiene el derecho de sustituir su propio juicio al juicio del comitente puesto que se trata de negocios que pertenecen exclusivamente al comitente. El comisionista debe limitarse a ejecutar fielmente las instrucciones¹⁰⁸. Cuando el comisionista realiza operaciones en violación o exceso de los poderes recibidos, la ley dispone que “En las operaciones hechas por el comisionista con violación o con exceso del encargo recibido, además de la indemnización a favor del comitente de daños y perjuicios, quedará a opción de éste ratificarlas o dejarlas a cargo del comisionista”¹⁰⁹. Por ejemplo, en caso de venta a crédito, cuando las instrucciones prevean

¹⁰⁵ COLLART DUTILLEUL et DELEBECQUE, Ibid.

¹⁰⁶ RIPPERT et ROBLOT, par PH. DELEBECQUE et M. GERMAIN, op. cit., p. 684: pero “el comitente sólo tiene el derecho de rechazar el contrato si en razón de su objeto o de sus condiciones no corresponde a la utilidad que esperaba del contrato”

¹⁰⁷ Código de Comercio, art. 286

¹⁰⁸ F. de J. TENA, op. cit., p. 224

¹⁰⁹ Código de Comercio, art. 289

la venta al contado, el comitente podrá exigir el pago al contado y dejar “a favor del comisionista cualquier interés o ventaja que resulte de dicho crédito a plazo”¹¹⁰. Igualmente, “cuando sin causa legal, dejare el comisionista de avisar que rehúsa a la comisión, o de cumplir la expresa o tácitamente aceptada, será responsable al comitente de todos los daños que por ello le sobrevengan”¹¹¹. Sin embargo, “Si un accidente imprevisto hiciere, al juicio del comisionista, perjudicial la ejecución de las instrucciones recibidas, podrá suspender el cumplimiento de la comisión, comunicándolo así al comitente por el medio más rápido posible”¹¹².

La comisión, como todo mandato es un contrato celebrado “intuitu personae”. “El carácter personal existe a pesar del carácter mercantil del contrato”¹¹³. Tratándose de un contrato “intuitu personae”, la comisión debe ser ejecutada personalmente por el comisionista. A veces el contrato permite al comisionista utilizar los servicios de un tercero que actuará en su lugar¹¹⁴. A veces la ley impone la sustitución del comisionista; así en materia de quiebra y concursos mercantiles, “El administrador judicial puede exigir la ejecución de los contratos en curso, sin distinción entre los contratos celebrados en consideración de la persona y los demás contratos”¹¹⁵.

Como en derecho francés, la comisión es, en derecho mexicano, un contrato celebrado “intuitu personae”. El comisionista debe cumplir la misión confiada personalmente, y no

¹¹⁰ Código de Comercio, art. 301

¹¹¹ Código de Comercio, art. 278

¹¹² Código de Comercio, art. 288

¹¹³ RIPPERT et ROBLOT, par PH. DELEBECQUE et M. GERMAIN op. cit, p. 683: lo que explica que el contrato llegue a su fin en caso de muerte del comitente o del comisionista: Paris, 30 mai 1969, RTD com, 1970, 767, obs .Hémard

¹¹⁴ RIPPERT et ROBLOT, par PH. DELEBECQUE et M. GERMAIN op. cit., p. 685: sin embargo, esta facultad de sustitución es generalmente inútil puesto que el comisionista teniendo una empresa comercial puede actuar por medio de sus representantes

¹¹⁵ Com. 8 déc. 1987:JCP, 1988, éd. E, I, 17123

puede delegarla sin estar autorizado para ello¹¹⁶. La autorización del comitente es necesaria aun cuando el comisionista está imposibilitado para ejecutar la misión y que hay urgencia¹¹⁷. En caso de mala ejecución de la misión por parte de un sustituto no autorizado, el comitente podría meter las obligaciones al cargo del comisionista original y exigir, además el pago de daños y perjuicios¹¹⁸. Existe en derecho mexicano, la misma derogación legal al “intuitu personae” que en derecho francés. La ley de Concursos Mercantiles dispone que la quiebra no pone fin al contrato de comisión a menos que el conciliador decida que el contrato debe ser considerado como resuelto¹¹⁹. Entonces el contrato se mantiene vigente sin que se pueda afirmar que la relación entre el administrador judicial o conciliador y la otra parte del contrato sea basada sobre el “intuitu personae”. Bajo su responsabilidad, el comisionista “podrá emplear, en el desempeño de su comisión, dependientes en operaciones subalternas, que según costumbre, se confien a éstos”¹²⁰.

El comisionista debe ejecutar la misión con diligencia¹²¹, o sea con rapidez, perseverancia, y prudencia. Debe actuar con rapidez puesto que cualquier retraso puede perjudicar al comitente; por ejemplo, si en julio, el comitente le encarga de comercializar artículos para regalos, no puede esperar el mes de diciembre para empezar su prospección. Debe ser perseverante y seguir con su misión a pesar de los obstáculos encontrados durante la prospección o la negociación. Por fin, debe ser prudente a pesar de su deseo de realizar su misión lo más rápido posible¹²².

¹¹⁶ Código de Comercio, art. 280

¹¹⁷ F. de J. TENA, op. cit., p. 216

¹¹⁸ F. de J. TENA, op. cit., p. 215

¹¹⁹ Ley de concursos mercantiles del 12 mayo 2000, art. 100

¹²⁰ Código de comercio, art. 280-2

¹²¹ A. BENABENT, op. cit., p. 389: sus relaciones con el comitente se rigen por el derecho común del mandato

¹²² Civil 9 mai 1994, Bull. Civ., I, n° 164

Cuando es profesional, debe ser objetivamente competente. La jurisprudencia distingue la competencia personal que se exige de los mandatarios o comisionistas que intervienen de manera gratuita, de la competencia objetiva que se exige normalmente de los mandatarios o comisionistas profesionales¹²³. La competencia objetiva es la que se puede exigir a todo profesional en un campo de actividad dado.

El derecho mexicano se enfoca a la prudencia y la rapidez. En los casos imprevistos y cuando no hay instrucciones expresas del comitente, el comisionista lo debe consultar cada vez que la naturaleza del asunto lo permite. En caso de imposibilidad de consultar al comitente, o si el comitente autorizó al comisionista a actuar a su arbitrio, éste debe actuar con prudencia, “cuidando del negocio como propio”¹²⁴. Por otra parte, “El comisionista que no verificare oportunamente la cobranza de los créditos, o no usare de los medios legales para conseguir el pago, será responsable de los perjuicios que causaren su omisión o tardanza”¹²⁵, es lo que confirma la jurisprudencia¹²⁶.

El comisionista es leal cuando defiende, sobre todo, los intereses del comitente. En caso de mandato imperativo, la simple observación de las instrucciones del comitente garantiza la lealtad del comisionista. En caso de mandato indicativo, tomando en cuenta el poder de iniciativa del comisionista, será más difícil que haga triunfar el interés del comitente sobre su propio interés. Dos modalidades de ejecución de la comisión son susceptibles de poner en juego la lealtad del comisionista: la contraparte y el mercado de aplicación.

La contraparte es un mecanismo que permite al comisionista actuar en el mismo tiempo por cuenta del comitente como mandatario y por cuenta propia, como contraparte del comitente. Los tribunales anulan los contratos de comisión basados en la contraparte¹²⁷,

¹²³ Civil, 28 mars 1984, Bull. Civ., I, n° 118

¹²⁴ Código de Comercio, art. 287

¹²⁵ Código de Comercio, art. 303

¹²⁶ S.C.J.N. Amparo directo 7299/85, Galletera Mexicana, 13 enero. 1988, Seminario Judicial de la Federación, Tomo I, primera parte, p. 279

¹²⁷ Crim. 1 déc. 1911 et 23 janv. 1913: DP 1915, I, p.57, note LACOUR

considerando que el comisionista, gracias a su doble calidad de intermediario y de contratante, tiene la posibilidad de lesionar los intereses del comitente. Sin embargo, nada impide al comitente autorizar la contraparte¹²⁸ o ratificarla¹²⁹. La contraparte perdería entonces su carácter oculto y no constituiría un delito. La doctrina sostiene que la contraparte no transforma el contrato de comisión en contrato de venta y el intermediario en comprador. Las dos calidades de intermediario y de comprador coexisten; en consecuencia, el comisionista tiene derecho al pago de la comisión por el cumplimiento de la misión¹³⁰.

Hay mercado de aplicación cuando el comisionista interviene a la venta por cuenta de un comitente vendedor y a la compra por cuenta de un comitente cliente. Debe entonces ejecutar órdenes complementarias¹³¹. La doctrina considera generalmente que no hay contraparte y que esta práctica es legal cuando el comisionista no favorece uno de los comitentes en detrimento del otro, o cuando no trata de hacer prevalecer su propio interés en el asunto. El comisionista recibirá una doble remuneración.

Una violación flagrante de la obligación de ejecución leal sería la malversación de fondos. A veces, la malversación toma la forma de la doble facturación. El comisionista conserva la factura que menciona el precio real y entrega al comitente una factura indicando un precio inferior, desviando a su provecho la diferencia entre el precio real y el precio convenido con el comitente. Se trata de un delito de estafa¹³².

El derecho mexicano trata de la contraparte y del mercado de aplicación simultáneamente en un artículo del Código de Comercio que dispone que “Ningún comisionista comprará ni para sí, ni para otro lo que se le hubiere mandado vender, ni

¹²⁸ Req., 26 janv. 1909:DP 1909, I, p. 441

¹²⁹ Civil, 10 déc. 1912: DP 1914, I, p. 197

¹³⁰ D. FERRIER, op, cit., p. 107

¹³¹ Versailles, 13 nov 1985: Gaz. Pal. 1986, 2, Somm. P. 281

¹³² RIPPERT et ROBLOT, par PH. DELEBECQUE et GERNAIN, op. cit., p. 685

venderá lo que se le haya mandado comprar, sin consentimiento expreso del comitente”¹³³. Para la doctrina, esta prohibición es justa puesto que el comisionista sería solicitado por intereses opuestos o antagónicos, su propio interés y el interés del comitente. Lo más probable sería que terminaría por dar preferencia a su propio interés¹³⁴. En caso de mercado de aplicación el comisionista deberá obtener una doble autorización puesto que hay dos comitentes, y el juez no tendrá que buscar si da preferencia a uno de los comitentes en detrimento del otro o si el comisionista hace prevalecer su propio interés. La doble autorización es suficiente para descartar toda sospecha.

El comisionista que ha recibido fondos para ejecutar una misión y que da a estos fondos una destinación diferente de la que estaba prevista, “sin perjuicio de la acción criminal a que hubiere lugar y de la indemnización de daños y perjuicios abonará al comitente el capital y su interés legal desde el día en que lo recibió”¹³⁵. La ley prevé una sanción civil: el reembolso de los fondos, incluyendo el pago del interés legal, y una sanción penal por desvío de fondos.

En la ejecución de su misión, el comisionista debe respetar las leyes y reglamentos como todo comerciante profesional si no quiere poner en juego su responsabilidad¹³⁶. En derecho mexicano, el comisionista será también responsable, en caso de violación de leyes y reglamentos; sin embargo, “Si los contraviere en virtud de órdenes expresas del comitente, las responsabilidades a que haya lugar pesarán sobre ambos”¹³⁷. Instrucciones ilegales por parte del comitente serían causa de nulidad del mandato y obligarían al

¹³³ Código de Comercio, art. 299

¹³⁴ F. de J. TENA, op. cit., p. 237

¹³⁵ Código de Comercio, art. 293

¹³⁶ RIPPERT et ROBLOT par PH. DELEBECQUE et M. GERMAIN, op. cit., p. 684: La responsabilidad contractual es para él también una responsabilidad profesional.

¹³⁷ Código de Comercio, art. 291

comisionista a desobedecer si quiere evitar las sanciones que resultarían de la violación de la ley¹³⁸.

b) La rendición de cuentas

Rendir cuentas significa informar y restituir. El comisionista debe informar al comitente de los resultados obtenidos en el desempeño de su misión, y como no puede sacar ninguna utilidad de la operación que ha realizado por cuenta del comitente, le debe entregar la totalidad del monto percibido. De no hacerlo, sería culpable de un desvío de fondos constitutivo de un abuso de confianza¹³⁹. Sin embargo, no tiene la obligación de revelar el nombre de los clientes al comitente y generalmente, no lo hará para evitar que el comitente pueda negociar directamente con ellos en el futuro¹⁴⁰.

El derecho mexicano es muy exigente en materia de información puesto que hace obligación al comisionista “dar oportunamente noticia a su comitente, de todos los hechos o circunstancias que puedan determinarle a revocar o modificar el encargo. Asimismo debe dársela sin demora, de la ejecución de dicho encargo”¹⁴¹. La rendición de cuenta debe ser completa y los libros de contabilidad servirán como justificativo. Dispone el Código de Comercio que “Estará obligado el comisionista a rendir, con relación a sus libros, después de ejecutada la comisión, una cuenta completa y justificada de su cumplimiento”¹⁴². La doctrina precisa que los comisionistas ocasionales que no son comerciantes, no tienen la obligación de llevar libros de comercio; pueden presentar cualquier justificativo¹⁴³. Después

¹³⁸ A. DIAZ BRAVO, op. cit., p. 368

¹³⁹ RIPPERT et ROBLOT, par PH. DELEBECQUE et M. GERMAIN, op.cit., p. 685

¹⁴⁰ Req., 15 nov. 1898: S. 1900, I, p. 326

¹⁴¹ Código de Comercio, art. 290

¹⁴² Código de Comercio, art. 298

¹⁴³ F. de J. TENA, op. cit., p.236/ 237

de la ejecución de la misión, el comisionista entregará al comitente el monto de lo que ha recibido.

Cuando, después de la venta de las mercancías el comisionista se niega a entregar al comitente el monto percibido por la venta, es culpable de abuso de confianza. Para que haya abuso de confianza, es necesario que la comisión y la liquidación de cuentas hayan sido realizadas y que el comitente haya intimado al comisionista la orden de restituir el precio de la venta¹⁴⁴. En caso de retraso en la entrega de los fondos, el comisionista pagará intereses al comitente¹⁴⁵; lo que es conforme a los principios generales aplicables en materia de obligaciones¹⁴⁶. En caso de pérdida de los fondos, el comisionista será responsable, a menos que haya entregado los fondos, aplicando las instrucciones del comitente¹⁴⁷. La doctrina precisa que el comitente puede exigir la rendición de cuentas, no sólo al final de la misión sino también en todo momento, si lo desea.

c) Conservación, identificación y reexpedición de las mercancías

Sucede a menudo que un fabricante, o un mayorista confíe mercancías a un comerciante encargado de venderlas al menudeo. Si el comerciante, vendedor al menudeo no logra venderlas, el fabricante o mayorista las recuperará. En la situación descrita anteriormente, el comerciante, vendedor al menudeo, tiene la doble calidad de comisionista y consignatario para la venta de las mercancías. Debe conservar las mercancías, proceder eventualmente a su identificación y a su reexpedición al cliente en caso de celebración de un contrato.

- La conservación de las mercancías

¹⁴⁴ Tercero Tribunal colegial del sexto circuito, Amparo directo 84/95, Federico León Pérez, 9 marzo 1995, Semanario Judicial de la Federación, Tomo I, mayo 1995, p. 349

¹⁴⁵ Código de Comercio, art. 298

¹⁴⁶ F. de J. TENA, op. cit., p. 237

¹⁴⁷ Código de Comercio, art. 292

En Francia, si el comisionista recibe mercancías, debe preocuparse por su conservación¹⁴⁸. Los gastos relativos a la conservación de la mercancía son a cargo del comitente puesto que la comisión se celebra en el interés del comitente.

En México, los comisionistas que se encargan de vender las mercancías que se les entregan¹⁴⁹, tienen la obligación de conservarlas en buen estado. Su interés es asegurarse del estado de la mercancía que reciben puesto que deben responder de los bienes recibidos en el estado y calidad descritos por el comitente en el momento de la entrega, a menos que en el momento de la entrega hayan hecho constatar por certificado de dos corredores o de dos comerciantes, a falta de corredores, las averías o deterioros afectando estos bienes¹⁵⁰. La constatación del estado de las mercancías, en el momento de su recepción, tiene como finalidad no sólo exonerar al comisionista de toda responsabilidad por los deterioros anteriores a la entrega, sino también proporcionar al comitente la prueba de la avería, para que pueda reclamar al transportista el pago de los daños. Si la negligencia del comisionista ha puesto al comitente en la imposibilidad de exigir la indemnización del perjuicio, es justo que el comisionista asuma los daños aunque no sea el autor del daño¹⁵¹. El comisionista que ha recibido mercancías en buen estado es responsable de su destrucción o de los daños ocurridos cuando estas estaban bajo su guarda; pero “cesará esta responsabilidad cuando la destrucción o menoscabo sean debidos a casos fortuitos, fuerza mayor, transcurso del tiempo o vicio propio de la cosa”¹⁵². Sin embargo, como los deterioros debidos al transcurso del tiempo o al vicio propio de la cosa, a menudo, son objeto de controversia, la ley obliga al comisionista a hacer constatar los daños por dos corredores o por dos

¹⁴⁸ COLLART DUTILLEUL et DELEBECQUE, op. Cit., p. 522

¹⁴⁹ En el pasado se conocían como “factores”. Hoy, la palabra “factor” se utiliza para designar al gerente.

¹⁵⁰ Código de Comercio, art. 294

¹⁵¹ F.de J.TENA, op. cit., p. 231

¹⁵² Código de Comercio, art. 295-1

comerciantes, en su defecto, y a avisar al comitente en cuanto tenga conocimiento de los daños¹⁵³.

La identificación de las mercancías

La identificación de las mercancías entregadas en consignación presenta un gran interés en Francia en el marco del procedimiento de concursos mercantiles puesto que el comitente conserva la propiedad de las mercancías consignadas y las puede reclamar si son identificables¹⁵⁴. El derecho de reivindicar se ejerce aun sobre el precio de venta que el cliente debe pagar al comisionista¹⁵⁵.

La identificación, en derecho mexicano es una obligación legal. El comisionista no puede modificar las marcas de los bienes que vende por cuenta de otras personas, ni tener bienes de una misma especie, pertenecientes a diferentes propietarios, bajo la misma marca, sin identificarlos por medio de una contramarca que designe la propiedad respectiva de cada comitente¹⁵⁶. En caso de quiebra, esta disposición del Código de Comercio facilita la reivindicación de los bienes por los diferentes dueños¹⁵⁷.

- La reexpedición de las mercancías en consignación

El derecho francés no incluye disposiciones específicas a la comisión en materia de reexpedición de mercancías consignadas. Esta reexpedición se puede hacer ya sea a destinación del cliente cuando el comisionista ha celebrado el contrato de venta, ya sea a destinación del comitente cuando la venta no se haya realizada. El contrato de comisión indicará si el comisionista debe avanzar los fondos para pagar el transporte y el seguro de las mercancías.

¹⁵³ Código de Comercio, art. 295-2

¹⁵⁴ Com. 10 oct. 1956: GP 1956, 2, n° 333; Com., 23 nov. 1960: Bull. Civ., III, n° 377

¹⁵⁵ L. n° 85-98 du 25 janv. 1985, art. 122

¹⁵⁶ Código de Comercio, art. 300

¹⁵⁷ F. de J.TENA, op. cit., p. 239

El Código de Comercio mexicano dispone que “El comisionista que hubiere de remitir efectos a otro punto, deberá contratar el transporte, cumpliendo las obligaciones que se imponen al cargador”¹⁵⁸. Asegurará las mercancías si el comitente le da instrucciones y le entrega los fondos necesarios para este fin, a menos que el comisionista se haya comprometido a avanzar los fondos¹⁵⁹.

2. Los derechos y privilegio del comisionista

El comisionista tiene los mismos derechos que cualquier mandatario; o sea el derecho a la colaboración del comitente, a la remuneración, al reembolso de los gastos que ha realizado en el marco de su misión; además, goza de un privilegio relacionado con su función de consignatario de las mercancías.

a) El derecho a la colaboración del comitente.

El comitente encarga una misión específica al comisionista y debe proporcionarle todos los medios necesarios para que pueda desempeñar correctamente esta misión; en particular los medios financieros y la mercancía que el comisionista debe vender. Generalmente, el comitente entrega la mercancía al comisionista en consignación¹⁶⁰, y el comisionista la entrega directamente al cliente, evitando así que el comitente pueda conocer al cliente. El comitente tiene la obligación de ejecutar los contratos de compra-venta celebrados por el comisionista con los clientes cuando se hayan celebrado en el marco de las instrucciones dadas al comisionista¹⁶¹. La colaboración entre el comitente y el comisionista no se limita a comportamientos positivos tales como la entrega de fondos y de mercancías, puede también incluir comportamientos negativos tales como prohibiciones o abstenciones; por ejemplo, la prohibición por el comisionista de competir con el comitente.

¹⁵⁸ Código de Comercio, art. 296

¹⁵⁹ Código de Comercio, art. 297

¹⁶⁰ RIPPERT et ROBLOT, par PH. DELEBECQUE et M. GERMAIN, op. cit., p. 688

¹⁶¹ Com. 24 nov. 1970: D. 1971, Somm. p. 58

El derecho mexicano se enfoca a la colaboración financiera. Cuando la ejecución de la comisión exige la constitución de una provisión por el comitente, el comisionista puede negarse a ejecutar la comisión mientras el comitente no le haya entregado una provisión suficiente, o suspender la ejecución de la comisión en caso de agotamiento de los fondos¹⁶². Pero cuando el comisionista se ha comprometido a avanzar los fondos, no puede negarse a ejecutar la misión pretextando la falta de fondos. Sólo la suspensión de pago o quiebra del comitente justificaría la inejecución de la misión por parte del comisionista¹⁶³.

b) El derecho a la remuneración

El hecho generador de la comisión es la celebración del contrato de compra-venta por el comisionista y el cliente, y no importa que el contrato sea o no ejecutado en el futuro¹⁶⁴. Las partes pueden convenir que el comisionista tendrá derecho a una comisión, aun cuando no se celebre el contrato. El objeto de la comisión, en este caso, sería de indemnizarlo por su esfuerzo¹⁶⁵. La comisión es generalmente proporcional al monto de la venta, con el fin de motivar al comisionista¹⁶⁶. Como ya se mencionó, cuando un convenio “ducroire” completa el contrato de comisión, la comisión se incrementa considerablemente¹⁶⁷.

El derecho mexicano afirma el carácter oneroso del contrato de comisión puesto que todo comisionista tiene el derecho a una remuneración por su trabajo salvo existencia de una cláusula contraria en el contrato; cuando el contrato no contiene ninguna disposición relativa a la comisión, “el monto de la remuneración se regulará por el uso de la plaza

¹⁶² Código de Comercio, art. 281

¹⁶³ Código de Comercio, art. 282

¹⁶⁴ Req., 21 déc. 1892, D. 1893, I, n° 118

¹⁶⁵ RIPPERT et ROBLOT, par PH. DELEBECQUE et M. GERMAIN, op. cit., p. 689: “la costumbre fija generalmente esta remuneración a la mitad de la comisión”

¹⁶⁶ RIPPERT et ROBLOT, par PH. DELEBECQUE et M. GERMAIN, Ibid

¹⁶⁷ D. FERRIER, op.cit., p. 109

donde se realice la comisión”¹⁶⁸. Según la doctrina, si el comisionista no ha ejecutado el contrato de comisión, no tiene derecho a una comisión; pero si el comisionista ha ejecutado parcialmente el contrato, tiene derecho a una comisión proporcional, a condición que el contrato sea susceptible de ejecución parcial y que el comisionista no haya cometido una falta¹⁶⁹.

c) El derecho al reembolso de los gastos

El comisionista tiene derecho al reembolso de todos los gastos que ha realizado en el desempeño de la misión, por ejemplo, para la conservación, el transporte, el almacenamiento de las mercancías o los trámites de aduana¹⁷⁰. El monto de los gastos se incrementará de los intereses calculados a partir del día en que se hicieron los gastos¹⁷¹. El comisionista tiene derecho a una indemnización por las pérdidas que ha sufrido sin que estas pérdidas sean la consecuencias de su culpa¹⁷². Normalmente, la comisión se debe pagar sólo si se celebra el contrato con el cliente; pero el reembolso de los gastos debe realizarse cualquiera que sea el resultado de la prospección y de la negociación. La única causa que justificaría no reembolsar los gastos sería la falta del comisionista¹⁷³. El reembolso de los gastos por el comitente se justifica por el hecho que la operación se celebra por su cuenta, y a su provecho. Para evitar, sin embargo reembolsos demasiado importantes, el comitente puede proponer que los gastos sean determinados con anticipación en el contrato de comisión¹⁷⁴; lo que obligaría al comisionista a limitarse a los gastos estrictamente necesarios.

¹⁶⁸ Código de Comercio, art. 304

¹⁶⁹ F. de J.TENA, op. cit., p. 241

¹⁷⁰ Com. 26 janv., 1965: Bull. Civ., III, n° 60

¹⁷¹ Req. 31 déc. 1845: DP 1847, 4, p. 307

¹⁷² Com., 3 janv. 1995: RJDA, 1995-4, n° 425

¹⁷³ Rennes, 2 juil. 1974: JCP 1975, II, 17990, note R. PLAISANT

¹⁷⁴ Com., 17 déc. 1991 et 28 janv. 1992: JCP, 1992, éd. E, 11, n° 372, obs. GROSS

El derecho mexicano adopta soluciones similares puesto que dispone que “el comitente está obligado a satisfacer al contado al comisionista, mediante cuenta justificada, el importe de todos sus gastos y desembolsos, con el interés comercial desde el día en que los hubiere hecho”¹⁷⁵. La doctrina precisa que esta solución se justifica por el hecho de que el comisionista actúa por cuenta del comitente. Entonces, tiene derecho al reembolso de sus gastos y avances, cuando no cometió ninguna falta, aun cuando no haya podido terminar su misión con éxito¹⁷⁶. Es cierto que los gastos deben ser necesarios; es lo que indica el Código Civil que se aplica de manera supletoria¹⁷⁷. El Código de Comercio no indica si el comitente debe rembolsar al comisionista por las pérdidas sufridas en el marco de su gestión. La doctrina considera que el comisionista debe ser indemnizado por las pérdidas sufridas cuando no ha cometido ninguna falta¹⁷⁸.

d) El privilegio del comisionista

En Francia, es el artículo L. 132-2 del Código de Comercio que regula el privilegio del comisionista sobre las mercancías que ha recibido en consignación¹⁷⁹. Este artículo dispone que el comisionista tiene privilegio sobre el valor de las mercancías, objeto de su obligación y sobre los documentos relacionados con ellas, por todos los créditos de comisión sobre el comitente, aun nacidos en el marco de operaciones anteriores¹⁸⁰, en la medida en que estos créditos son ciertos y exigibles¹⁸¹. “En el crédito privilegiado del comisionista están incluidos, la comisión, los intereses y los gastos accesorios¹⁸². Este

¹⁷⁵ Código de Comercio, art. 305

¹⁷⁶ F. de J.TENA, op. cit., p. 242

¹⁷⁷ Código Civil Federal, art. 2577

¹⁷⁸ F. de J. TENA, op. cit., p. 243

¹⁷⁹ En parte modificado por la ley n° 98-69 del 6 feb. 1998

¹⁸⁰ Código de Comercio, art. L. 132-2; et jurip.com., 19 juin 1978: Bull. Civ., IV, n° 171

¹⁸¹ Com., 7 janv. 1992: Bull, civ., IV, n°10

¹⁸² Código de Comercio, art. L. 132-2

privilegio se considera como un privilegio mobiliario especial basado sobre la idea de prenda¹⁸³. Tiene prioridad sobre todos los privilegios generales relativos a los muebles, con excepción de las costas judiciales mencionadas por el artículo 2101 del Código Civil, de los privilegios fiscales del artículo 1920 del Código General de impuestos, y del súper privilegio de los asalariados previsto por el artículo L. 143 del Código de Trabajo, y tiene prioridad sobre los otros privilegios especiales con excepción del privilegio del tercero que ha realizado gastos para la conservación de las mercancías¹⁸⁴.

El comisionista sólo puede ejercer su privilegio sobre mercancías que pertenecen al comitente¹⁸⁵. No podría ejercer su privilegio sobre mercancías pertenecientes a terceros sabiendo que pertenecen a estos terceros¹⁸⁶; sin embargo, la jurisprudencia ha admitido que el privilegio puede existir sobre mercancías que no pertenecen al comitente cuando el comisionista creía que le pertenecían¹⁸⁷.

Se otorga el privilegio sólo a la persona que ha recibido mercancías y que las mantiene en su posesión. Si el comisionista entrega a un tercero las mercancías que tenía en consignación, pierde su privilegio¹⁸⁸. Se trata aquí de una simple aplicación del artículo L. 521-2 del Código de Comercio según cual el acreedor tiene un privilegio sobre la prenda cuando la prenda fue colocada en su posesión o en posesión de una tercera persona convenida entre las partes y mientras esta posesión se mantiene¹⁸⁹.

¹⁸³ Com. 11 mai 1976: JCP, 1976, II, 18452

¹⁸⁴ Código Civil, art. 2102-3

¹⁸⁵ Rouen, 15 mai 1959: JCP 59, II, 11192, note RODIERE

¹⁸⁶ Com., 12 nov. 1964: Bull. Civ., III, n° 493

¹⁸⁷ Com., 15 juill. 1970: D. 1971, p. 252

¹⁸⁸ Req. 26 mars 1902, DP 1902, I, n° 243

¹⁸⁹ Código de Comercio, art. L. 521-2

El privilegio del comisionista se acompaña del derecho de retención sobre los bienes que están en su posesión, a condición que sea de buena fe¹⁹⁰, y del derecho de pedir la venta de la mercancía en subasta¹⁹¹, o más simplemente de vender la mercancía como comisionista y de recuperar el crédito sobre el precio de la venta. El comisionista puede también pedir al tribunal transferirle la plena propiedad del bien sobre el cual tiene un privilegio, en las condiciones previstas por el artículo 2078 del Código civil, o sea hasta el monto de su crédito, sobre la base de un peritaje¹⁹².

El Código de Comercio mexicano otorga un privilegio al comisionista sobre los bienes entregados en consignación, precisando que los bienes que son realmente o virtualmente en posesión del comisionista sirven de garantía preferencial al pago de las comisiones, así como de los gastos y avances que el comisionista haya podido realizar. El comisionista no puede ser desposeído de estos bienes si no ha sido pagado¹⁹³. Según la doctrina, la garantía sólo existe para las comisiones, los gastos y avances. El comisionista no podría entonces invocar su privilegio para obtener el reembolso de las pérdidas sufridas en la ejecución de su misión¹⁹⁴.

Este privilegio se asimila a la prenda; tiene prioridad sobre todos los demás privilegios a excepción del privilegio de los trabajadores¹⁹⁵ y del privilegio de las autoridades fiscales¹⁹⁶. Los acreedores hipotecarios y los acreedores prendarios no entran en concurso con los otros acreedores para el pago de sus créditos y son pagados gracias a la venta de los

¹⁹⁰ Civ., 9 mai 1944: S. 1945, I, n° 22

¹⁹¹ RIPPERT et ROBLOT, par M. GERMAIN, et PH. DELEBECQUE et M. GERMAIN, op.cit. p. 691: pero habitualmente no es necesario utilizar tal medio de ejecución.

¹⁹² Com., 11 mai 1976. JCP 1976, 2, 18452

¹⁹³ Código de Comercio, art. 306

¹⁹⁴ F. de J. TENA, op. cit., p. 245

¹⁹⁵ Código Civil Federal, art. 2989: en lo que se refiere a los salarios recibidos en el curso del último año

¹⁹⁶ Código Civil Federal, art. 2980: las deudas fiscales se pagarán de preferencia con el valor de los bienes que dieron origen a estas deudas.

bienes que garantizan sus créditos¹⁹⁷. Para que el acreedor prendario pueda conservar su privilegio, es necesario que el bien colocado en prenda se mantenga en su posesión o en posesión de una tercera persona designada de común acuerdo por el acreedor y el deudor. En la medida en que la pérdida de posesión no resulta de su voluntad o de su consentimiento, el acreedor prendario conserva su privilegio¹⁹⁸. El precio de los bienes hipotecados o entregados en prenda permitirá primero el pago de las costas judiciales, luego de los gastos necesarios para la conservación, la administración y el seguro de los bienes, y finalmente el pago del crédito que se relaciona con la hipoteca o la prenda¹⁹⁹.

El privilegio del acreedor prendario se acompaña del derecho de retención que se ejerce sólo sobre mercancías realmente o virtualmente en su posesión²⁰⁰, y no sobre las sumas de dinero resultando de la venta de las mercancías²⁰¹, y del derecho de pedir la venta de la mercancía en justicia²⁰².

B. La relación entre el comisionista y el cliente

1. En derecho francés

El comisionista actúa en su nombre y se compromete en consecuencia personalmente frente a los clientes con los cuales celebra contratos²⁰³; por esto se utiliza la expresión de intermediario opaco para designarlo. El hecho de que el comitente sea conocido por el cliente no cambia nada. El comisionista debe asumir frente a terceros, todas las obligaciones que resultan de la compra-venta. Los terceros pueden sólo actuar contra el

¹⁹⁷ Código Civil Federal, art. 2981

¹⁹⁸ Código Civil Federal, art. 2984

¹⁹⁹ Código Civil Federal, art. 2985

²⁰⁰ Primer tribunal colegial en materia civil del primer circuito. Amparo en revisión 161/82, Belbec S.A., 4 agosto 1982, Semanario Judicial de la Federación, Tomo 16, sexta parte, p. 48

²⁰¹ F. de J. TENA, op. cit., p. 246

²⁰² Código Civil Federal, art. 2981

²⁰³ Com., 13 nov. 1972: Gaz.Pal. 1973, I, Somm. 26

comisionista²⁰⁴, aun cuando el comitente se niegue a entregar la mercancía²⁰⁵; la contraparte es que el comisionista puede actuar en contra del comprador²⁰⁶. El contrato de comisión es generalmente oculto puesto que el comisionista no tiene la obligación de declarar que actúa como comisionista. Aun puede tener la obligación de no revelar la identidad del comitente²⁰⁷. Debiendo ejecutar el contrato, el comisionista debe garantizar a los clientes, la entrega, y los vicios ocultos de la mercancía. Puede ejercer un recurso contra el comitente con base en el contrato de comisión²⁰⁸.

2. En derecho mexicano

En México, el comisionista se compromete sin tener la obligación de revelar la identidad del comitente²⁰⁹. Los derechos y acciones que resultan de la ejecución de la misión, afectan directamente a la persona del comisionista, así como al cliente, como si el comitente no existiera, como si el comisionista hubiera celebrado el contrato con el cliente por su cuenta, como dueño exclusivo de los bienes.

C. La relación entre el comitente y el cliente

No existe en derecho francés y en derecho mexicano ninguna acción posible entre el comitente y el comprador sobre la base del contrato de comisión.

1. En derecho francés

²⁰⁴ Com., 15 juill. 1963:Bull.civ. III, n° 378

²⁰⁵ COLLART DUTILLEUL et DELEBECQUE, op. cit., p. 524

²⁰⁶ Civ., 11 avril 1995: D 1996, Somm. p. 70

²⁰⁷ RIPPERT et ROBLOT, par M. GERMAIN et PH. DELEBECQUE et M. GERMAIN, op. cit., p. 685: “En las operaciones bursátiles, esta obligación se cumple en el marco del secreto profesional impuesto a las sociedades bursátiles”

²⁰⁸ A. BENABENT, op. Cit., p. 419

²⁰⁹ Código de Comercio, art. 284

El contrato de comisión no crea entre el comitente y el cliente ninguna relación jurídica, de tal manera que el comitente no puede actuar contra el comprador²¹⁰, y el comprador no puede actuar contra el comitente²¹¹. Sin embargo, una acción entre el comitente y el comprador es posible sobre la base de mecanismos previstos por el Código Civil y la Ley del 25 de enero 1985, relativa a la quiebra y liquidación judicial de las empresas.

El artículo 1166 del Código Civil dispone que “Los acreedores pueden ejercer todos los derechos y acciones de sus deudores, con excepción de los que se relacionan exclusivamente con la persona”; es la acción oblicua. Así, el comisionista que no restituye al comitente las sumas percibidas o las mercancías consignadas, se convierte en deudor del comitente que puede entonces utilizar los derechos y acciones del comisionista contra el comprador que no hubiera pagado todavía las mercancías entregadas. Igualmente, el comprador al que no se ha entregado la mercancía como convenido, o que es víctima, de un vicio oculto de la mercancía, puede utilizar los derechos y acciones del comisionista contra el comitente²¹².

El artículo 1376 del Código Civil indica que “La persona que recibe por error o sabiéndolo lo que no se le debe, se obliga a restituirlo a la persona de la cual lo recibió de manera indebida”. La persona que se empobreció por error, puede entonces actuar contra la que se enriqueció sin causa. Esta acción, conocida como acción “de in rem verso” permite al comprador desposeído de las mercancías por el comitente que no ha ratificado la venta realizada por el comisionista, obtener del comitente el reembolso de los gastos efectuados en relación con las mercancías²¹³.

²¹⁰ Civ., 14 juin 1892: DP 1893, I, p. 500; com., 3 déc. 1985: Bull. Civ., IV, n° 289

²¹¹ Com., 9 déc. 1997, JPC 1998, II, 10201, note O. LITTY

²¹² D. FERRIER, op. cit., p. 110/111

²¹³ Rouen, 25 juin 1904: DP 1906, 2, p. 191

La Ley del 25 enero 1985²¹⁴, permite al acreedor reivindicar las mercancías vendidas por su cuenta u obtener el pago. Así, el comitente podrá recuperar las mercancías entregadas al comprador o reclamar el pago como si el comisionista no existiera más. La comisión se transforma en mandato con representación.

2. En derecho mexicano

Como en derecho francés, el comitente y el comprador pueden utilizar la acción oblicua o la acción “de in rem verso”. Según el Código Civil Federal “El que sin causa se enriquece en detrimento de otro está obligado a indemnizarlo de su empobrecimiento en la medida que él se ha enriquecido”²¹⁵.

La Ley de Concursos Mercantiles permite al dueño de un bien reivindicarlo cuando se encuentra en la masa de los bienes, a condición que sea identificable y que la propiedad del bien no haya sido transferida de manera definitiva e irremediable a la empresa en quiebra²¹⁶. Esta disposición se aplica también a los bienes entregados en el marco de un contrato de comisión²¹⁷. Cuando los bienes han sido vendidos y pagados antes de la declaración de concursos mercantiles, el precio de la venta no puede ser reivindicado por el comitente. Al contrario, si las mercancías no han sido pagadas todavía, en el momento de la declaración de concursos mercantiles, el comitente tiene el derecho de reclamar el pago directamente al comprador, “debiendo en su caso entregar a la masa el excedente entre lo que cobrarse y el importe de su crédito”²¹⁸.

Par. 3 La terminación del contrato de comisión

²¹⁴ L. du 25 janv. 1985, art. 121 et 122

²¹⁵ Código Civil Federal, art. 1882

²¹⁶ Ley de Concursos Mercantiles del 12 de mayo 2000, art. 70-1

²¹⁷ Ley de Concursos Mercantiles del 12 de mayo 2000, art.71- VII, b

²¹⁸ Ley de Concursos Mercantiles, del 12 de mayo 2000, art. 72-III

Conviene distinguir las causas voluntarias de las causas accidentales de terminación del contrato de comisión.

A. Las causas voluntarias de terminación del contrato de comisión

1. En derecho francés

El contrato de comisión termina cuando el comisionista ha desempeñado la misión confiada o cuando vence el periodo previsto por las partes²¹⁹. Cuando el contrato de comisión se ha celebrado por tiempo indeterminado, las partes lo pueden terminar ya sea por renuncia en el caso del comisionista ya sea por revocación en el caso del comitente. La renuncia o revocación no deben ser abusivas, sino darían lugar al pago de daños y perjuicios²²⁰.

Los autores se han preguntado si el comisionista, en caso de ruptura unilateral del contrato de comisión por el comitente, tiene derecho a una indemnización con base en la teoría del mandato de interés común. La jurisprudencia ha considerado que el comisionista no tiene derecho a ninguna indemnización puesto que, como intermediario opaco, la clientela le pertenece. La ruptura no conlleva para él ninguna consecuencia perjudicial²²¹.

El comisionista crea un flujo de negocios y conserva el beneficio de tal flujo puesto que queda en contacto con los clientes que conocen sólo al comisionista²²². Sin embargo, la presencia en el contrato de comisión de una cláusula de no competencia post-contractual justificaría la indemnización del comisionista sobre la base de la teoría del mandato de interés común puesto que la aplicación de tal cláusula provoca generalmente la pérdida de la clientela.

2. En derecho mexicano

²¹⁹ Paris, 20 nov. 1963: D. 1964, Somm. P. 42

²²⁰ COLLART DUTILLEUL et DELEBECQUE, op. Cit., p. 523

²²¹ Com., 10 févr. 1970: p. 392

²²² D. FERRIER, op.cit., p. 112

El Código Civil Federal que se aplica de manera supletoria al contrato de comisión, enumera las causas de terminación del contrato de mandato. Las causas voluntarias citadas son: la revocación, la renuncia del mandatario, el vencimiento del contrato, el desempeño de la misión²²³.

El mandatario puede renunciar al mandato cuando lo desee salvo cuando el mandato ha sido otorgado como condición en un contrato bilateral o como medio para el cumplimiento de una obligación²²⁴. Por otra parte, la renuncia debe ser oportuna sino el mandatario deberá indemnizar al mandante por los daños que le cause²²⁵. La doctrina precisa que la renuncia es oportuna cuando se notifica al mandante que puede designar a otro mandatario o desempeñar él mismo la misión, sin sufrir ningún perjuicio²²⁶.

El comitente puede, en todo momento, revocar la comisión otorgada al comisionista pero debe asumir las consecuencias de los actos ya realizados²²⁷. La doctrina concluye que si la revocación interviene antes de que el comisionista haya empezado a ejecutar la misión, éste, que todavía no ha realizado ningún gasto, no sufre ningún daño, y no tendrá derecho a ninguna indemnización. Al contrario, si la revocación tiene lugar en el curso de la comisión, el comisionista tendrá derecho a una indemnización por los daños sufridos y al pago de una comisión proporcional al trabajo realizado²²⁸. El mandato no puede ser revocado cuando su celebración es una condición de un contrato bilateral o un medio de ejecución de una obligación²²⁹. El Código de Comercio indica que la revocación notificada

²²³ Código Civil Federal, art. 2595

²²⁴ Código Civil Federal, art. 2596-1

²²⁵ Código Civil Federal, art. 2596-2

²²⁶ F.de J.TENA, op. cit., p. 249

²²⁷ Código de Comercio, art. 307-1

²²⁸ F. de J. TENA, op. cit., p. 247

²²⁹ Código Civil Federal, art. 2596-1

sólo al comisionista no es oponible a terceros contratantes que no la conocen²³⁰. Esta disposición parece ser en contradicción con el principio básico de la comisión según cuál el comisionista es un intermediario opaco. El tercero contratante celebra el contrato de compra-venta con el comisionista y no le importa que el comisionista actúe o no sobre la base de un mandato. Parece que el legislador confunde las reglas sobre el mandato donde hay representación y las reglas sobre la comisión donde el comisionista actúa en su nombre.

El derecho mexicano no conoce la teoría del mandato de interés común. Las partes tienen derecho a una indemnización sólo si la ruptura del contrato es inoportuna; se dice “abusiva” en derecho francés²³¹.

B. Las causas accidentales de terminación del contrato de comisión

1. En derecho francés

El contrato de comisión como el contrato de mandato es un contrato “intuitu personae”; en consecuencia, termina en caso de la muerte o incapacidad de una de las dos partes²³². Existen algunas excepciones a este principio; por ejemplo, en caso de muerte del mandante, sus herederos pueden mantener el mandato en existencia, aun tácitamente²³³. El contrato de comisión termina también cuando la misión no se pueda ejecutar por causa de fuerza mayor²³⁴.

2. En derecho mexicano

El Código de Comercio distingue la situación del comisionista de la del comitente. Dice: “Por muerte o inhabilitación del comisionista, se entenderá rescindido el contrato de

²³⁰ Código de Comercio, art. 307-2

²³¹ Com., 27 juin 1978: Bull. Civ., IV, n° 153

²³² Paris, 30 mai 1969: RTD com., 1970, p. 767, obs. J. HEMARD

²³³ Soc., 2 avril 1992, Bull. Civ., V, n° 243

²³⁴ Com., 9 juil. 1952: Bull.civ., III, n° 204

comisión; pero por muerte o inhabilitación del comitente no se rescindirá, aunque pueden revocarlo sus representantes”²³⁵. Los herederos del comisionista podrán exigir del comitente el pago de las comisiones, gastos y avances y otras indemnizaciones debidas al comisionista²³⁶. En caso de muerte del comitente, sus herederos o representantes podrán mantener el contrato en existencia o rescindirlo. El objetivo del legislador es aquí de favorecer la estabilidad de los contratos.

Conclusión.

Hay muy poca diferencia entre el comisionista francés y el comisionista mexicano. Es un intermediario opaco que tiene la calidad de comerciante encargado de prospectar, negociar y celebrar contratos por cuenta de un comitente. En Francia, el comisionista nunca tiene la obligación de revelar el nombre de sus clientes, mientras que en México, el comisionista debe comunicar el nombre del cliente al comitente en caso de venta a crédito. El rechazo del contrato de comisión no crea en Francia ninguna obligación legal o reglamentaria; puede sin embargo poner en juego la responsabilidad civil del comisionista cuando su falta o negligencia causa un perjuicio al comitente. En México, el Código de Comercio pone obligaciones precisas a cargo del comisionista en caso de rechazar el contrato, tales como la obligación de avisar al comitente del rechazo y la obligación de tomar las medidas indispensables a la buena conservación de las mercancías. En los dos países el comisionista no tiene derecho a una indemnización por pérdida de clientela a la terminación del contrato, puesto que la clientela le pertenece.

El contrato de comisión es un contrato “intuitu personae” en Francia y en México. La necesidad de mantener en existencia los contratos permite, en caso de concursos mercantiles y en caso de muerte del comitente de derogar este principio.

²³⁵ Código de Comercio, art. 308

²³⁶ F. de J. TENA, op. cit. p. 250

Bibliografía

1. En Francés

- Benabent (A) Droit Civil- Les Contrats Spéciaux - Montchrestien 1999
- Collart Dutilleul (F) et Delebecque (PH) – Contrats Civils et Commerciaux – Précis Dalloz 1998
- Dumont (M.P.) –L’opération de Commission –Litec 2000
- Ferrier (D) – Droit de la Distribution –Litec 2000
- Mousseron (J.M.) –Technique Contractuelle – Editions Juridiques Francis Lefebvre – 1999
- Rippert (G) et Roblot (R) par Delebecque (PH) – et Germain (M) – Traité de Droit Commercial – Tome II – L.G.D.J. 2000

2. En Español

- Cervantes Ahumada (R) – Derecho Mercantil – Editorial Porrúa 2007
- Díaz Bravo (A) – Contratos Mercantiles – Octava Edición – Colección Textos Jurídicos – Iure Editores 2006
- Mantilla Molina (R) Derecho Mercantil – Editorial Porrúa 1998
- Rodríguez Rodríguez (J) – Derecho Mercantil – Editorial Porrúa 1999

“LA ANOMIA DEL PAGO DE LOS IMPUESTOS Y EL FRACASO DE LA PENA PARA EXIGIR SU CUMPLIMIENTO.”

Silvino Vergara Nava²³⁷.

Palabras Clave: Anomía tributaria; impuestos; Derecho Fiscal, norma tributaria.

Sumario. 1.- La existencia de la Anomia Tributaria. 1.1.- Concepto de anomia utilizado en este trabajo. 1.2.- Las razones de la anomia. 1.3.- La anomia “boba”. 1.4.- La objeción de conciencia. 1.5.- El desconocimiento de la norma tributaria. 1.6.- Las razones económicas. 1.7.- La corrupción. 1.8.- El desconocimiento del destino de los recursos recaudados. 1.9.- La incertidumbre jurídica. 2. La pena como razón para el cumplimiento de la norma tributaria. 2.1.- Derecho penal fiscal o tributario penal. 2.2.- La pena como incentivo en el cumplimiento de la norma tributaria. 2.3.- El uso actual de las penas por parte del poder tributario. 2.4.- La falta de idoneidad de la pena por la falta de legitimidad de las autoridades en el cobro de impuestos (una conclusión provisional).

1.- La existencia de la Anomia Tributaria

“Los delincuentes que pueblan las cárceles son pobres, y casi siempre trabajan con armas cortas y métodos caseros. Si no fuera por esos defectos de pobreza y artesanía... firmarían decretos de gobierno en vez de estampar la huella digital al pie de las confesiones.”

²³⁷ Doctor en Derecho Fiscal por la Universidad Panamericana .

1.1 Concepto de anomia utilizado en éste trabajo

El concepto de anomia se puede utilizar bajo dos perspectivas de acuerdo a la disciplina en que se emplea: a) desde el punto de vista del derecho, esto es, de la teoría general del derecho,²³⁹ en donde se entiende como laguna normativa, es decir, la inexistencia de una disposición jurídica que determine la respuesta o el tratamiento para un acto determinado, lo cual tiene como consecuencia que ante un problema de este tipo²⁴⁰ se tenga que resolver conforme a la analogía o a los principios generales del derecho, siendo oportuno no perder de vista que el concepto “laguna del derecho”, es una posición ius positivista - formalista,²⁴¹ desde luego ya no utilizada,²⁴² donde se entiende como derecho a la norma jurídica única y exclusivamente, por tanto, si no existe norma jurídica es prácticamente inexistente el derecho, sin embargo, el concepto de laguna normativa, implica que no existe norma jurídica, pero no la inexistencia del derecho, el derecho es más que la simple norma -bajo una posición Radbruchniana²⁴³- por ello existen las fuentes del derecho, y la analogía como un método de resolución de problemas de lagunas y por otra parte, b) la anomia desde el punto de vista de la sociología jurídica, que consiste no en la ausencia de norma jurídica,

²³⁸ GALEANO, Eduardo. “Patás Arriba” México: Siglo XXI. 1998

²³⁹ La que conoce al derecho como es, la descripción propia del derecho. BOBBIO, Norberto. “Contribución a la Teoría del Derecho” Editorial Cajica, Puebla, México, 2006.

²⁴⁰ Los problemas comunes en el derecho práctico, son; las lagunas normativas, la antinomia, la interpretación de las normas, y probar los hechos. VERGARA Nava, Silvino. “La utilidad de la filosofía del derecho en el derecho tributario” Editorial Porrúa, México 2009.

²⁴¹ Cita Zaffaroni al respecto; “El positivismo se convirtió en la ideología oficial en nuestros países, por lo que su versión penal llegó rápidamente y fue recibida con los brazos abiertos, porque empalmaba perfectamente con el racismo que es inherente a la ideología positivista, con el racismo antgaucho argentino, antimulato brasileño, anti-indio en toda la región, y sobre todo antimestizo.” ZAFFARONI, E Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo. Hammurabi. Buenos Aires, Argentina. 2007

²⁴² Pocos positivistas estuvieron de acuerdo con esta posición. HOERSTER, Norbert. “En Defensa del Positivismo Jurídico.” Editorial Gedisa. 1ª Edición. España, 1992.

²⁴³ RADBRUCH, Gustav, “Introducción a la filosofía del Derecho.” Fondo de Cultura Económica, México, 2005.

sino en la ausencia en el cumplimiento a la misma por parte de las personas a quienes se encuentra dirigida y que están obligadas a su cumplimiento, a saber, en éste caso -que es precisamente el que se utilizará en este trabajo- no se cumple con la norma no únicamente por parte de la autoridad administrativa, o bien el juzgador, sino principalmente, por parte de los gobernados que no dan cumplimiento a las normas jurídicas, no obstante que se encuentren vigentes, que sean obligatorias en ese espacio, y que se haya materializado la conducta que se describe en la norma, es decir, no se presenta el acto mecánico de la subsunción,²⁴⁴ sino que simplemente no se aplica, como lo dijera Hernán Cortes; “se acata pero no se cumple”.²⁴⁵

Por ende, en este trabajo se utilizará el concepto de anomia desde la perspectiva de la sociología del derecho, y particularmente interesa analizar lo que se denominará “la anomia tributaria”, como se ha dicho, la norma “jurídica” que regula y contiene las obligaciones a los particulares en el cumplimiento en el pago de sus impuestos, normas que formalmente son jurídicas, debido a que se emiten por autoridad competente y de acuerdo con el procedimiento y los requerimientos legales, previstos en las normas aplicables al caso, pero que en muchas ocasiones, esas normas, no cuentan con el contenido de derecho suficiente sustento, en otras palabras, formalmente son jurídicas –bajo el principio *nullum tributum sine lege*- pero no cuentan con el contenido de juridicidad que requieren, por ello se ha cuestionado, si es que estas normas son efectivamente jurídicas en cuanto a su contenido, o bien, son normas de otra índole, pues ya quedó atrás aquella manifestación de Binding;²⁴⁶ “a nosotros los juristas nos queda la resignación, el delito surge por la norma... para quien busca las razones de la ilicitud, una niebla espesa e impenetrable...”por el contrario la juridicidad de las leyes actualmente – con el neo constitucionalismo- requieren de elementos de contenido sin perder de vista la crisis que existe y visualizada atinadamente por Trusso;²⁴⁷ “Los ordenamientos jurídicos que han de regir la economía,

²⁴⁴ Sostiene M .Atienza que los casos fáciles son los subsumibles, los difíciles los que versan sobre la interpretación de las normas y sobre las lagunas normativa, por su parte los casos trágicos para éste autor, son los que versan sobre juicios de ponderación, es decir que existen principios en colisión. ATIENZA, Manuel, “Tras la Justicia.” Ariel Derecho, Madrid España, 2003.

²⁴⁵ NINO, Carlos S. “Un país al margen de la ley” Emece Editores, Buenos Aires, Argentina. 1992

²⁴⁶ NIETO, Alejandro “Derecho Administrativo Sancionador” Editorial Tecnos, Madrid, España, 2008

²⁴⁷ TRUSSO, Francisco Eduardo. “El Derecho Puesto a Prueba”. Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1978.

la educación, la sanidad, lo urbano, son creados por los economistas, los educadores, los médicos, los urbanistas, y el jurista sólo se le llama para la revisión de los detalles de técnica jurídica. Los abogados han dejado de hacer leyes se los ha relegado a los “departamentos legales.” Esta consecuencia es precisamente la ausencia de juridicidad de las normas tributarias, por ello haciendo esta aclaración estamos ante la presencia de normas simplemente tributarias, sin abundar más en el tema de su naturaleza, ya lo ha resumido Supiot, “El universo de las leyes es infinitamente más grande que el del derecho”²⁴⁸ en este trabajo lo que interesa es su incumplimiento, es decir, la anomia tributaria por parte de los contribuyentes, y como consecuencia de ello ¿Por qué razones los contribuyentes no cumplen con el pago de sus contribuciones?

1.2 Las razones de la anomia

El gitano va a confesarse, y al preguntarle el sacerdote si sabe los mandamientos, le contesta; “Mire usted, padre, yo los iba a aprender, pero he oído por ahí un runrún de que los van a quitar”.²⁴⁹

Es evidente que en todo América Latina, de acuerdo a los estudios de la OMC, OCDE, y demás organismos internacionales, universidades, así como de los propios estados, la recaudación de las contribuciones se encuentra muy por debajo de los porcentajes y cantidades ideales, salvo Chile y recientemente un aumento en la recaudación de Brasil; en América Latina la recaudación es menor a la que corresponde a la ideal, esto se traduce con cierta perspectiva en el trabajo que nos ocupa, en la anomia tributaria, -pues la baja recaudación no es exclusivamente una

²⁴⁸ SUPIOT, A. Homo Juridicus. Buenos Aires, Argentina: Siglo Veintiuno.

²⁴⁹ ALTERINI, Anibal. La Inseguridad Jurídica. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot. 1993

de las razones de la anomia, encontramos además, disminución de la producción, cierre de empresas, protección de monopolios, corrupción, etc.- esto es, incumplimiento en el pago de los impuestos por los gobernados, que no obstante que realizan la actividad gravada, evaden²⁵⁰ o bien eluden²⁵¹ el pago del impuesto; sin embargo, no interesa conocer los porcentajes, esquemas, estadísticas, y detalles de cantidades que no son recaudadas por el Estado o los números de contribuyentes que no pagan, sino conocer una de las razones más significativas por las cuales existe el incumplimiento en el pago de los impuestos, consiguientemente, el incumplimiento de las normas tributarias por parte de los contribuyentes; al respecto, Carlos S. Nino concluye que:²⁵² “Las normas jurídicas no constituyen por sí mismas razones operativas que justifiquen acciones y decisiones“, por lo que a continuación encontramos una serie de casos en los que existe este incumplimiento.

1.3.- La anomia “boba”

¿Por qué es la orden del funcionario de Hacienda una norma individual, jurídicamente válida, bajo la forma de un acto administrativo, a diferencia de la orden del asaltante?

R. Alexy²⁵³

²⁵⁰ Es evasión fiscal, el que con dolo o aprovechándose de un error, omite el pago de impuestos o bien obtiene un beneficio indebido a cargo del fisco federal, lo cual es un delito previsto en la legislación mexicana artículo 108 del Código Fiscal de la Federación.

²⁵¹ Es elusión fiscal, el que a través de actos o contratos ficticios, no realizan la actividad gravada y por ende no realiza el pago de los impuestos, lo cual es un delito previsto en el artículo 109 fracción IV del Código Fiscal de la Federación.

²⁵² NINO, S. C. Juicio al mal absoluto. Ariel. Buenos Aires, Argentina. 2006

²⁵³ ALEXY, R. El Concepto y la Validez del Derecho. 2da.Edición. España: Gedisa. 2004

La primera de las razones y de acuerdo a la concepción de Carlos S. Nino,²⁵⁴ línea

conductora de este trabajo, encontramos a la denominada “anomia boba”, dicho de otra manera, aquella que se presenta por la simple conducta de incumplir, pero que adicionalmente consiste en: “la inobservancia de normas que produce una cierta disfuncionalidad en la sociedad, de acuerdo con ciertos objetivos, intereses o preferencias...” se trata de un comportamiento generalizado entre las personas por lo cual no se cumplen las normas o por lo menos se trata de evitar de la mayor forma posible, y en el caso de las normas tributarias encontramos que es una de las maneras en que se considera con mayor agudeza la anomia boba, es decir, el incumplimiento en el pago de impuestos generalizado pero sin razón alguna, sino simplemente por el sistema y por la costumbre de las personas; en estos casos no hay razón alguna, es decir, es el incumplimiento “sin razón”, pero generalizado que tiene como efecto la disfunción de la sociedad debido a que la costumbre determina que no se cumpla con la norma tributaria, no estamos sosteniendo que no se cumpla por alguna razón, como podría ser al extremo la ignorancia, pues ésta sería una causa diversa, en el caso simplemente se da el incumplimiento, esto es, el incumplimiento por el incumplimiento mismo, lo que genera dos consecuencias importantes: a) la disminución considerable en la recaudación de los impuestos por el Estado, que desde luego que perjudica la funcionalidad del mismo, y b) la falta de legitimidad o bien la perdida de legitimidad de las instituciones del Estado, en particular las autoridades administrativas – tributarias encargadas del control de los impuestos.

De este tipo de incumplimiento tenemos varios ejemplos que parten desde infracciones administrativas menores, como aquella persona que tira la basura en la ciudad, sin conocer cuál es la consecuencia por esa conducta, o bien el que transita en sentido contrario, sin considerar lo que ocasiona al de ese incumplir la norma de transito, no obstante, en ambos casos el problema se incrementa cuando todos o una gran mayoría de la población hace lo mismo, en el caso de las normas tributarias no son asuntos tan simples, pues lo que está en juego para el Estado es precisamente la recaudación del impuesto, sin embargo, en la misma tónica, el problema se agudiza debido a que se convierte en una crisis económica, política o social, cuando la mayoría deja

²⁵⁴ NINO, Carlos S. “Un país al margen de la ley” Emece Editores, Buenos Aires, Argentina. 1992

de pagar impuestos, entonces ya no se trata de un simple caso aislado, se ha convertido en una crisis que afecta la propia gobernabilidad y a legitimidad del estado, por lo que es necesario que se establezcan ciertas estructuras o mecanismos jurídicos que permitan incrementar la recaudación, como crear sanciones más severas por el incumplimiento en el pago de los impuestos, pero en este punto lo que nos interesa es simplemente conocer una de las causales por las cuales se omite la norma, y la primera de ellas es un incumplimiento que se convierte absurdo, lo que se traduce en un problema cultural, incumplir es ya una costumbre muy arraigada en la conciencia del pueblo; “se acata, pero no se cumple”

1.4.- La objeción de conciencia

¿Pero pueden jueces educados en el positivismo hasta aquí dominante, que no conocen algo distinto del derecho legislado, en la aplicación de las leyes positivas tener la intención de violar el derecho?

Gustav Radbruch.²⁵⁵

Una razón más del incumplimiento de las normas jurídicas es la objeción de conciencia, lo cual se debe de considerar un incumplimiento permitido pero excepcional, pues no puede perderse de vista a D. Lyons,²⁵⁶ al sostener; “La ley tiene costos inevitables pero sólo beneficios eventuales. Existe una presunción moral a favor del cumplimiento de la ley” es decir debe existir una presunción moral del deber de cumplir con la ley, por ello la objeción de conciencia debe estar limitada su procedencia, al respecto Luis Recasens Siches menciona que:²⁵⁷ “Si cada persona que

²⁵⁵ RADBRUCH. G. “Relativismo y Derecho” (arbitrariedad legal y derecho supralegal). Editorial Temis, Bogota, Colombia. 1999

²⁵⁶ LYONS, D. Aspectos morales de la teoría jurídica. España: Gedisa. 1998

²⁵⁷ RECASENS SICHES, L. Filosofía del Derecho. México: Porrúa. 2008

sufre una pequeña injusticia, por causa de la imperfección del Derecho positivo, se sintiera autorizada a rebelarse contra el orden jurídico vigente, entonces no habría la posibilidad de que existiese ningún orden jurídico. Con eso se abriría el camino para una serie de luchas sin fin, para una situación de anarquía. “ Así la objeción de conciencia es una más de las razones por las que no se cumple con las normas jurídicas, pero habría que preguntarse hasta qué extremo se llega con la objeción de conciencia al incumplir con las normas tributarias; J. Rawls²⁵⁸ sostiene que “Afrontamos la injusticia.... Corresponde a la parte de la obediencia parcial de la teoría no ideal, incluye entre otras cosas, la teoría del castigo y la justicia compensatoria, la guerra justa, y la objeción de conciencia, la desobediencia civil, y la resistencia militante... analógicamente una injusticia sólo es tolerable cuando es necesaria para evitar una injusticia aún mayor.”

Por tanto, se considera que existe incumplimiento de una norma en el caso de objeción de conciencia, cuando esta norma no cumple con ciertos lineamientos ideales que deben de contener las normas, y que por ende afectan a la moral de la persona que debe de cumplir con esa disposición, por ello existe ese incumplimiento por razones de contenido de la norma, a lo que diversos autores consideran que no resulta conveniente permitirlo en un sistema jurídico, pues permitir el incumplimiento por objeción de conciencia lo que genera es un desorden en el sistema jurídico, cuando los sistemas jurídicos lo que procuran como finalidad en primera instancia es el orden o seguridad jurídica, así sostiene J. Finnis,²⁵⁹ que contrario a la objeción de conciencia se aconseja la eventual impugnación a través de las vías que ofrece el sistema jurídico, es decir, si esa norma por su contenido se considera que es contraria a la constitución, o a los derechos humanos, se puede impugnar su inconstitucionalidad, ahora bien, existen límites en cuanto a la impugnación, como son: 1.El criterio de constitucionalidad que pueden tener los tribunales es contrario a la persona que lo impugna, 2. que quien considera la objeción de conciencia no es respecto a una norma secundaria, sino a la propia Constitución, o bien a una reforma de ésta, 3. que en tanto se resuelve un juicio respecto a la constitucionalidad de la norma, debe de cumplir con la misma.

²⁵⁸ RAWLS, John. “Teoría de la Justicia.” Editorial Fondo de Cultura Económica. México, 2006.

²⁵⁹ VIGO, Rodolfo Luis. “El iusnaturalismo Actual. De M. Villey a J. Finnis.” Editorial Fontamara. México, 2003.

La objeción de conciencia es una de las razones de la anomia, como se ha dicho, del incumplimiento de las normas jurídicas, pero ésta se presenta en normas jurídicas que regulan la integridad de las personas, su vida, su estado de salud, su libertad, por ello difícilmente se puede considerar como razón suficiente o válida en el caso de las normas tributarias, esto es, en las obligaciones fiscales. Desde luego que podría haber casos especiales como sucedió en el México de la revolución, a principios del siglo XX, en el estado de Tamaulipas se establecía que a los varones mayores de edad, en el caso de estar solteros, tenían que pagar un impuesto,²⁶⁰ desde luego que este es un caso evidente de incumplimiento idóneo por objeción de conciencia, pero en los casos de impuestos en donde las tasas sean muy altas, es factible que se considere que estas tasas tan elevadas puedan considerarse que existe una causal de objeción de conciencia, no obstante, estas disposiciones que así establezcan deben tener un límite constitucional, que sería el principio de justicia²⁶¹ o de proporcionalidad²⁶² de las contribuciones, por lo que podría impugnarse previamente al simple incumplimiento, sin embargo, el incumplimiento generalizado del pago de los impuestos como se ha precisado representa la problemática al provocar una grave afectación económica al Estado.

Un caso adicional en un gobierno de facto, anti democrático, dictatorial, donde se incrementen indebida e injustificadamente las contribuciones, por tanto, al estar ante la presencia de un gobierno de este tipo, que podría ser un caso extremo de objeción de conciencia, en cuanto al entero de las contribuciones, y en el caso de las obligaciones formales de las contribuciones, como es el presentar ciertos avisos ante la autoridad, llevar contabilidad, registrarse, no existirían casos muy concretos en los cuales se permita la objeción de conciencia, salvo en el caso de obligaciones que podríamos considerar que afecten a la dignidad humana, o bien el trato indiscriminatorio, como ha sucedido actualmente en México,²⁶³ en donde los contribuyentes deben de registrarse ante la autoridad fiscal, capturando la autoridad información del contribuyente y adicionalmente fotografías de frente y perfil, y sobre todo las huellas digitales de

²⁶⁰ DE LA GARZA, Sergio Francisco, "Derecho Financiero Mexicano." Editorial Porrúa, México. 2006

²⁶¹ COELHO Pasin, Joao Bosco "Derecho Tributario y Ética" Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 2010

²⁶² RODRIGUEZ, Lobato, Raúl, "Derecho Fiscal." Editorial Oxford, México 2005.

²⁶³ Capitulo de la firma electrónica previsto en el Código Fiscal de la Federación.

las personas, lo cual desde luego es un trato discriminatorio, que pudiera ser un ejemplo claro de objeción de conciencia en las obligaciones formales.

1.5.- El desconocimiento de la norma tributaria

“La educación pertenece a quienes pueden pagarla; la represión se ejerce contra quienes no pueden comprarla”

Eduardo Galeano²⁶⁴

“La ignorancia de la ley a nadie beneficia”, es el principio que rige a partir de la época moderna del derecho, esto es, a partir de la era de la codificación,²⁶⁵ y de lo que se ha discutido tanto y por tantos tratadistas, en cuanto a que, se trata de un principio de practicidad, es decir, de eficacia²⁶⁶ –pues sería complicado acreditar que efectivamente una personas es ignorante de la ley, o bien que finge dicho desconocimiento-; otros lo consideran como un principio de igualdad, igualdad ante la ley, sin embargo, es cada día más complicado que subsista este principio, ya que en la pos modernidad, se ha desmembrado de los códigos las leyes sobre temas y áreas especiales que establecen obligaciones y sanciones a los gobernados que lo ignoran; el desconocimiento de la norma es generalizado entre la población, sin exentar a los juzgadores de este fenómeno, pues no debe perderse de vista que en el caso de éstos, debido a la mecánica de los medios de defensa, el gobernado no basta con que diga el hecho en la demanda, sino es necesario que cite en sus

²⁶⁴ GALEANO, E. “Memoria del fuego, 2 las Caras y las mascararas”. Siglo XXI, Buenos Aires, Argentina, 2010.

²⁶⁵ Grossi, al señalar: “El derecho se reduce así a la ley, un sistema de reglas autoritarias, de mandatos pensados, y queridos abstractos e inelásticos, in criticable con su contenido, ya que su autoridad procede no de su propia calidad sino de la cualidad del sujeto legislador...” GROSSI, Paolo “Mitología Jurídica de la Modernidad.” Editorial Trotta. Madrid, España. 2003.

²⁶⁶ CARCOVA, Carlos María, “La opacidad del derecho.” Editorial Trotta, Madrid, España. 1998

demandas, recursos, incidentes, instancias, formularios, el derecho en que se sustenta, y por tanto, es el juzgador quien analizara el caso de acuerdo a esos planteamientos, por ello hemos instituido en la actualidad a jueces que ignoran el derecho,²⁶⁷ no obstante, lo que aquí interesa es la anomia por el desconocimiento de las normas pero de los contribuyentes, es decir, del gobernado, y por ello es evidente que hoy en día nadie conoce sus propias obligaciones, menos aun conoce sus derechos, ni las normas jurídicas que se deben de cumplir propiamente, por nuestra actividad, profesión, ubicación, etc., esto genera dos consecuencias: el incumplimiento de la norma en forma permanente y por otro lado, la posibilidad de ser sujetos permanentes de sanciones por la autoridad, en palabras de A. Nieto²⁶⁸: “donde busca la autoridad encuentra”, y esta generalización del desconocimiento de la norma se debe precisamente a la existencia ilimitada de las mismas, podríamos decir que la gran cantidad de sanciones administrativas se debe al desconocimiento de las leyes, como es el caso de los reglamentos de transito, que incluso cambian de municipio en municipio, o de localidad.

A lo anterior, habría que añadir la poca difusión clara de la norma, ya que las disposiciones legales no son correctamente divulgadas o publicitadas, pues no es suficiente ni la publicación en el Diario o periódico oficial, y menos aun una simple página de Internet, sobre todo en los países de América latina en donde ni el 33% de la población tiene acceso a Internet, entonces la anomia por la ignorancia de la ley genera mayor incertidumbre, menor seguridad jurídica, y por otro lado, una serie de sujetos que son sentenciados por cometer delitos que no conocían que existían, o bien, sancionados por cometer infracciones administrativas que aún no conocen pues ignoran cuál fue la falta cometida, algo así como procesos Kafkaianos; esto representa también una menor credibilidad del Estado y sus instituciones, a saber, lo deslegitima ante su población, pero por otro lado, ante tanta ignorancia no queda más que sujetarse por temor al poder estatal, ante el desconocimiento de las consecuencias en el incumplimiento de la norma jurídica.

²⁶⁷ VERGARA Nava, Silvino. “La utilidad de la filosofía del derecho en el derecho tributario” Editorial Porrúa, México 2009.

²⁶⁸ NIETO, A. “Derecho Administrativo Sancionador” Tecnos, Madrid, España. 2008

1.6.- Las razones económicas

“El mundo del nuevo siglo se aferra trágicamente a un paradigma de la enemistad.”

Günther Jakobs

Una más de las causas por las cuales existe anomia en el cumplimiento de las normas tributarias, evidentemente que es por razones económicas, dado que resulta más costoso para un contribuyente cumplir con todas las disposiciones legales. Pensemos en un pequeño o mediano empresario e incluso las grandes empresas, el costo de cumplir con estas disposiciones, y sobre todo las fiscales, es elevado. Actualmente las ecológicas, tratándose de mejoras al ambiente, al no cumplir con las mismas, resulta más remunerativo, pues incluso se considera desde el punto de vista financiero como parte del gasto de la sociedad las multas impuestas por las autoridades, los honorarios de los abogados para defenderse o bien las dádivas a los servidores públicos, por lo tanto, resulta menos oneroso el incumplimiento de la norma, esto es la anomia, que el cumplir con esas disposiciones fiscales tan formalistas, que en muchas ocasiones, a pesar del intento del cumplimiento de las mismas, sucede que al no presentarse la obligación correctamente, con todas y cada una de las formalidades, de todas maneras genere la sanción, lo cual desincentiva a los que por lo menos intentan ser cumplidos, y por ello es mayor el número de personas que incumplen con esa disposición por motivos económicos. Aunado a esto, el pago del impuesto incrementa el costo de los productos, motivo por el cual, el pagar una contribución lo que tiene como consecuencia es que se incremente su costo y por tanto ese incremento desestima al público comprador, y por otro lado, fortalece a la competencia desleal que no paga impuestos, por lo que es evidente que no se cumple con las obligaciones fiscales por causas de índole económico, pues el cumplimiento generan una serie de desequilibrios para la actividad comercial.

Por otro lado, no debe perderse de vista que para el Estado la imposición de las sanciones se ha desnaturalizado, pues lejos de tratarse de una sanción, es decir, un castigo, se ha convertido en un rubro de recaudación más que tiene el estado, adicional a las contribuciones y otros ingresos del

estado, razón por que se han incrementado las causas de las multas, la imposición de las mismas, el cobro de éstas, lo cual desnaturaliza a las multas, evidentemente es contrario a la función propia del Estado ya que es una causa más de ilegitimidad.

1.7.-La Corrupción

“Es la ley como la lluvia: Nunca puede ser pareja El que la aguanta se queja, Pero el asunto es sencillo: La ley es como el cuchillo: No ofende al que la maneja. Le suelen llamar espada, Y el nombre le viene bien: Los que gobiernan ven Adónde han de dar el tajo; Le caí al que se halla abajo; Y corta sin que vea a quien.

Martín Fierro.

La corrupción es una de las razones por las cuales se presenta la anomia en América Latina, es un fenómeno social, cultural y de idiosincrasia de nuestros países, esto se debe evidentemente a la existencia en primer lugar de la “revelación” contra las autoridades y sus decisiones, esto es, una falta de legitimidad de las actuaciones de las autoridades, la existencia de normas tan complejas que es más fácil incumplirlas, evadirlas o arreglárselas para no respetarlas que el cumplir con las mismas o acudir a la resolución más sencilla y acudir a un litigio.

Muchos autores sobre todo latinoamericanos han estudiado el fenómenos de la corrupción, como es el caso de Jorge Malem,²⁶⁹ que lo ha definido como; “aquellos actos que constituyen la violación activa o pasiva, de un deber posicional o del incumplimiento de alguna función específica realizada en un marco de discreción con el objeto de obtener un beneficio estraposicional,

²⁶⁹ MALEM, seña, Jorge. “La corrupción” Gedisa Editores, Barcelona, España, 2002

cualquiera que sea su naturaleza...”, o bien analizado por Carlos S. Nino²⁷⁰, que lo considera como una de las causas que generan la anomia: “Cuando la corrupción traspasa cierto umbral, ... ella no solo impide el buen funcionamiento del conjunto social y de sus instituciones, incluyendo el proceso democrático y el mercado económico sino que adquiere un carácter difícilmente reversible dado, que se alimenta así misma y afecta a los mismos mecanismos designados para contener la corrupción...” o en la voz de E. Garzón Valdez,²⁷¹ quien señala: “La corrupción consiste en la violación de una obligación por parte de un decisor con el objeto de obtener un beneficio personal extraposicional de la persona que lo soborna o a quien extorsiona” no obstante, todos llegan a la misma conclusión, el problema de la corrupción es un **tema** cultural, y que en los últimos años se ha incrementado por muchas razones, pero que éstas versan debido a la falta de oportunidades en la actividad productiva y comercial de las nuevas generaciones; la monopolización de las actividades para muy pocos, y la poca disposición para el trabajo bien hecho, lo que se traduce en “la ley del menor esfuerzo”, pues a través de subsidios, apoyos, reclamos, denuncias, se ha exigido lo que no se logra con el trabajo; en pocas palabras, una falta de seriedad en el trabajo por los que reciben la dádiva y una falta de comportamiento ciudadano para el que la entrega.

No debe pasar desapercibido Nino, quien atinadamente menciona: “También ofrece vastas oportunidades de corrupción el formalismo en el cumplimiento de las normas que es lo que suele regir y suele ser impuesto por los superiores a los inferiores en la administración pública. Hay funcionarios que adoptan la modalidad ritualista de cumplimiento de las normas, o sea cumplir con las conductas prescriptas pero sin ninguna atención a los fines de las normas, puesto que de este modo saben que no sufrirán consecuencias negativas ni asumirán responsabilidades ya que en el control de su función no exige que satisfaga substancialmente los fines para los que las normas fueron dictadas...”, consideramos que esta causa de anomia es de las principales sobre todo en los países de América Latina, pero que debe ser erradicada, ya que no existe posibilidades de evolucionar en tanto subsista y no debe perderse de vista que también se deba a la denominada “pleonexia”, es decir, intuición del ser humano de querer cada día más y más de riqueza, dinero, poder, etc., lo cual se combate con la educación a las nuevas generaciones, pero como

²⁷⁰ NINO, Carlos S. “Un país al margen de la ley” Emece Editores, Buenos Aires, Argentina. 1992

²⁷¹ GARZON VALDÉS, E. Calamidades. Barcelona: Gedisa. 2004

atinadamente señala Max Planck²⁷² “Una nueva verdad científica no triunfa por medio del convencimiento de sus oponentes, haciéndoles ver la ley, sino más bien porque dichos oponentes llegan a morir y aparece una nueva generación que se familiariza con ella.”

1.8.-El desconocimiento del destino de los recursos recaudados

“No estoy de acuerdo con los sueldos que ganan los profesores que atienden la escuela; el día que un maestro de escuela gane más que un general, entonces se salvará México, en consecuencia, quiero que le subas el sueldo a todos los maestros que atienden la escuela Felipe Ángeles”.

Petición de Pancho Villa a

Adolfo de la Huerta. (1920)²⁷³

En la doctrina tributaria tenemos un tema fundamental que consiste en las teorías que justifican el pago de las contribuciones, a saber, las propuestas teóricas del porqué se considera que se cumple o se debe de cumplir con las normas tributarias por parte de los gobernados como contribuyentes, así tenemos que la problemática que se presenta es que estas teorías se crearon en el siglo XVIII en la época de la conformación de los estados, por tanto las justificaciones se

²⁷² NIETO, Alejandro, “Crítica de la Razón Jurídica.” Primera Edición 2007. Editorial Trotta. Madrid España.

²⁷³ Pancho Villa Héroe revolucionario de México 1878-1923. prófugo de la justicia, bandolero, ladrón, asaltante de caminos, cuatrero, -El único que ha invadido el territorio continental de los Estados Unidos de América- General del ejército de la División del Norte en la Revolución Mexicana, junto con Emiliano Zapata fueron los que efectivamente representaron la Revolución, al pueblo y sus necesidades, derrotados por Venustiano Carranza que en 1917 promulgó la actual Constitución Mexicana. TAIBO II, Paco I. “Pancho Villa” Planeta, México. 2006.

presentan en atención a una sociedad de la modernidad, más no de la pos modernidad, por ello se ha modificado los criterios que pudieran haber estado vigentes en esas fechas.

En ese orden de ideas, estas teorías que justifican el pago de contribuciones, tenemos a las denominadas *del servicio público, de la necesidad social, de la sujeción, de la póliza de seguro y del gasto público*; cada una de ellas justifica el pago de las contribuciones de acuerdo con una razón de Estado, del porqué se cubren las mismas, sin embargo, es evidente que todas estas teorías pudieran estar desfasadas, en el entendido de que las necesidades del siglo XVIII no son las mismas necesidades que existen en el siglo XXI, por ello, mantener como régimen teórico el pago de las contribuciones sobre el hecho de necesidades de hace 300 años es evidente que no es suficiente para justificar el pago de las mismas, lo cual tiene como consecuencia la anomia, y esta puede ser una razón más que nada de contenido, ya que se trata de una razón por la cual no se cumple con la obligación del pago del impuestos debido a que se considera que los recursos que obtiene el Estado no están destinados a las necesidades actuales de la sociedad, como es el caso de gastos actuales del Estado que se podría considerar que no resultan indispensables pero el propio Estado los tiene que realizar.

Para algunos tratadistas esta razón de la anomia no es propiamente una razón sino un pretexto, una forma de justificar sin motivo y fundamento alguno el incumplimiento de la norma tributaria, sin embargo, es una de las razones o justificaciones más generalizadas en la población de América latina, el problema es precisamente cuando este fenómeno cunde a la mayoría, es decir, que la población deja de pagar sus impuestos, lo cual desde luego en ese caso, tiene como consecuencia la afectación al no obtener los recursos económicos a la brevedad posible y que por esto, la autoridad fiscal se vea en una situación apremiante en cuanto a los pagos de sus obligaciones. Por ello, para algunos, el incumplimiento de sus obligaciones fiscales, por esta razón, se trata más que nada de un pretexto, pues siguiendo a Carlos Nino,²⁷⁴ considera que por más despilfarro o gasto absurdo que exista, incluso corrupción, que en todos estos casos existe la anomia, por considerar que los recursos no se destinan al fin del estado, no es una razón válida, sostiene el tratadista argentino; no obstante, este despilfarro, de todas formas existe en los servicios públicos que se están prestando, la seguridad pública, alumbrado, drenaje, etc., motivo

²⁷⁴ NINO, Carlos S. "Un país al margen de la ley" Emece Editores, Buenos Aires, Argentina. 1992

por el cual más que una razón es una justificación absurda para el incumplimiento de la norma, sin embargo, existen las teorías que justifican el pago de las contribuciones, que como se ha sostenido ya resultan anacrónicas, por el simple transcurso del tiempo, y que el Estado se ha encontrado con otras necesidades que satisfacer muy diversas a las que se obedecían en los siglos XVIII y XIX, por ello es menester una nueva teoría que justifique el pago de las contribuciones. Por lo tanto se puede concluir que el problema del pago de las contribuciones es un problema dogmático y no práctico.

1.9.- La incertidumbre jurídica

“Cuando la inocencia de los ciudadanos no está asegurada, tampoco lo está la libertad.”

Charles de Secondat,

Barón de Montesquieu

La incertidumbre jurídica podría ser un motivo más por el cual se omite el pago del impuesto, según Luis Recasens Siches;²⁷⁵ “Sin seguridad no hay Derecho, ni bueno, ni malo, ni de ninguna clase. Es verdad que, además, el Derecho debe ser justo, servir al buen común” no debe perderse de vista que ante el excesivo tecnicismo de las obligaciones fiscales, la enorme carga de obligaciones que deben llevar a cabo los contribuyentes, o bien el costo del incumplimiento de esas obligaciones genera en sentido negativo que los gobernados se encuentren en la incertidumbre de planear su porvenir, de conocer cuál es la perspectiva para el futuro; no pueden planear sus actividades de producción, comercialización ni hacer planes a largo plazo.

Es el caso de México, donde cada año existen modificaciones en las tasas, impuestos nuevos, bases gravables diferentes, etc. por ello la excesiva modificación de las leyes implica que se presente el incumplimiento de la ley, asimismo por la dinámica de sus reformas y incertidumbre

²⁷⁵ RECASENS SICHES, L. Filosofía del Derecho. México: Porrúa. 2008

jurídica; al respecto Aulis Aarnio resume;²⁷⁶ “El aspecto formal de la protección jurídica, si el sistema jurídico fracasa al implementarla, entonces la base de la estabilidad social se verá sacudida. Si la aplicación del derecho no es predecible sino caprichosa, hará que sea imposible la planeación de actividades y llevará, eventualmente, a la guerra de todos contra todos” desde luego que esta serie de modificaciones a la ley genera la incertidumbre en el cumplimiento de las normas, y por ello se presenta el incumplimiento, no es por el simple desconocimiento de la norma, sino por el simple hecho que esa actuación del Estado genera consecuencias que dificultan el cumplimiento de las normas, antinomias, problemas de interpretación, perdiéndose de vista que para que un estado cuente con normas jurídicas que cumplan con el principio de seguridad jurídica, es necesario que las mismas cuenten con las siguientes características;²⁷⁷ *prospectividad y generalidad*, emitidas por autoridad competente, evitando las antinomias, permanentes, lo cual se impide cuando las normas jurídicas siguen criterios contrarios, esto es, que no resultan permanentes, que se modifican con poco tiempo de su vigencia, motivo por el cual esto provoca la incertidumbre de las normas, y en consecuencia, su incumplimiento.

2.- La pena como razón para el cumplimiento de la norma tributaria.

“La ley justamente es buena para los bárbaros incapaces de acceder a ese saber vivir. Y entonces se ejerce en su forma más rústica y más brutal, es decir, en su forma penal”.

Xiaoping Li²⁷⁸

Una vez analizado que existe el incumplimiento de las normas tributarias por parte de los gobernados, encontramos que se debe a diversas razones las que se han enumerado en el punto anterior, ahora bien, en éste punto corresponde analizar cuál es la razón por la cual se debe de

²⁷⁶ AARNIO, A. Derecho, Racionalidad y Comunicación Social. México, Fontamara. 2000

²⁷⁷ CARBONELL, M. y otros. Estado de derecho. México: Siglo Veintiuno. 2002

²⁷⁸ SUPIOT, A. Homo Juridicus. Buenos Aires, Argentina: Siglo Veintiuno.

cumplir con las normas por parte de los contribuyentes, en particular, si es la pena un elemento que permita hacer cumplir la norma jurídica. Desde luego que bajo la doctrina de influencia Kelseniana encontramos que es la característica principal de las normas jurídicas su sanción o la pena que es el resultado del incumplimiento de la norma, aunque es evidente que no todas las normas jurídicas cuentan con una sanción, -por ello existen las normas imperfectas- y por otro lado, la pena ha sido materia de estudio a lo largo de la historia de la humanidad para considerar la posición de ésta en el marco del cumplimiento de las normas jurídicas.

Así existe una corriente de la filosofía del derecho que hemos estado mencionando en este trabajo que es la denominada “filosofía de la fidelidad del ciudadano al derecho”, en donde se analizan las razones por las cuales el ciudadano cumple con el derecho, sin embargo, más que cumpla con el derecho, que cumpla con las normas jurídicas legalmente establecidas por la autoridad en un determinado estado, en este sentido, encontramos diversas posiciones, esto es, diversas razones por las cuales se pueda cumplir con la norma tributaria por parte de los contribuyentes, sin perder de vista que contribuyente puede ser tanto un gobernado, como un servidor público, un administrador, juez, magistrado en sus actividades comunes, en donde realiza actos gravados en la ley que implican la obligación tributaria, todos estos sujetos, entonces: ¿Cuál será su posición ante esa ley? esto es lo que analiza la “filosofía de la fidelidad del ciudadano al derecho”, adicionalmente a que cada individuo debe de tener una posición frente de la norma jurídica, en cuanto a la razón para su cumplimiento.

A partir de esta “filosofía de la fidelidad del ciudadano al derecho” en la actualidad, en el derecho post modernista²⁷⁹ encontramos una corriente ius filosófica del regreso del derecho natural²⁸⁰, otros lo han denominado como “El neo constitucionalismo”,²⁸¹ y otros más como post positivismo,²⁸² sin embargo, una vez finalizada la guerra mundial, y sobre todo con la crisis del

²⁷⁹ Se ha considerado que la post modernidad inicia probablemente a finales de la segunda guerra mundial, citado por Arthur KAUFMANN. “La filosofía del derecho en la posmodernidad.” Editorial Temis, S.A., Bogota Colombia, 2007.

²⁸⁰ RADBRUCH, G. “Filosofía del Derecho” Editorial Reus, S.A., Zaragoza, España.

²⁸¹ ALEXY, Robert, “Derechos sociales y Ponderación.” Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2007.

²⁸² ATIENZA, Manuel, “Tras la Justicia.” Ariel Derecho, Madrid España, 2003. Pág. 248

término de la guerra fría,²⁸³ en donde se retoma un derecho ya no de formas como sucedió con el positivismo,²⁸⁴ sino de la necesidad de un derecho de “contenidos”, no de una teoría pura del derecho, sino de teorías de “puro” derecho, por lo que esta tarea de trabajar con contenidos y no con formalidades y procedimientos es la tarea del derecho actual entendido éste como se define en “El acusado en el ritual judicial”²⁸⁵ esto es; “el derecho es una empresa política, que radica en la coordinación de los esfuerzos sociales e individuales, o en la resolución de los conflictos sociales o individuales, o en asegurar la justicia entre los ciudadanos o entre ellos y el gobierno”, esto es el resurgimiento de la Filosofía del derecho, “el derecho como debería ser”, pues ya se ha escrito bastante sobre el derecho como es, estudiado por la Teoría General del Derecho, que durante un largo tiempo destituyó en las facultades de derecho, y aun penosamente lo sigue haciendo, a la Filosofía del derecho.

Si bien es indiscutible que existe la necesidad de un derecho de contenidos, lo cierto es que en el campo del derecho tributario esto no ha sucedido, posiblemente el de mayor contenido formalista, basado en la simple ley, “dura lex sed nata lex”, antes que el propio derecho penal, que desde luego en esa rama del derecho ese legalismo está constituido como una de las garantías primordiales del citado derecho punitivo,²⁸⁶ así el derecho tributario, aquella “rama del derecho público que regula los ingresos del estado y la relación que se presenta entre el estado como autoridad fiscal y los particulares en su carácter de contribuyentes”²⁸⁷, conformado principalmente

²⁸³ Cita Danilo Zolo otro parámetro, la edad moderna y la edad global, iniciando esta última el 11 de septiembre de 2001. ZOLO, Danilo, “La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad.” Editorial Trotta, Madrid, España, 2007.

²⁸⁴ “El péndulo se mueve de un costado a otro hoy formalistas, mañana antiformalistas”. BOBBIO, Norberto. “El Problema del Positivismo Jurídico”. Editorial Fontamara. México, 2004.

²⁸⁵ TEDESCO, Ignacio. El acusado en el ritual judicial. Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2007.

²⁸⁶ NINO, Carlos S. “Juicio al mal absoluto” Ariel, Buenos Aires, 1997.

²⁸⁷ VERGARA Nava, Silvino. “La utilidad de la filosofía del derecho en el derecho tributario” Editorial Porrúa, México 2009.

por normas jurídicas²⁸⁸, este exceso de formalismo o de legalidad lo ha convertido en un derecho “letrista y legaloide”; letrista en su interpretación, legaloide, porque se ha convertido en una protección de la recaudación del Estado ante los gobernados, ante tantas trampas procesales, formalismos excesivos que representan que al mínimo error del contribuyente implica una consecuencia en su perjuicio, como es el caso de multas, clausuras, rechazar la deducción de sus operaciones, etc., por ello, asoma la siguiente pregunta: ¿Cuántas veces se ha escuchado que la autoridad litiga con las leyes? y las preguntas de este trabajo; ¿Por qué cumplir con la recaudación de las contribuciones?, ¿Por qué cumplir con las normas tributarias?, lo que constituye la anomia tributaria que nos ocupa, por lo que ahora lo que nos corresponde analizar es el cumplimiento de la norma desde el estímulo de la imposición de la pena ante la falta de cumplimiento de la obligación fiscal.

Así en el cumplimiento de las normas jurídicas en general, encontramos varias posiciones en cuanto a las razones por las cuales se cumple, a saber, la posición filosófica de la fidelidad del ciudadano al derecho, el mismo R. Alexy pregunta al respecto, “¿Por qué es la orden del funcionario de Hacienda una norma individual jurídicamente válida, bajo la forma de un acto administrativo, a diferencia de la orden del asaltante?”, semejante ocurre con Francesco Carnelutti,²⁸⁹ bajo la siguiente sentencia; “El bandido hace simplemente economía y el carabinero hace en cambio derecho, ... el bandido combate para si, el carabinero para los demás, el derecho pues es, una combinación de fuerza y de justicia ...” por ello el cumplimiento de las normas jurídicas se puede presentar por parte de los contribuyentes debido a las siguientes posturas del citado sujeto obligado:

- a. Se cumple porque en su contenido así es correcto, bueno, o así debe ser moralmente, -criterio de contenido-;
- b. porque lo dice la autoridad, -criterio de autoridad- y,
- c. porque hay una pena, -criterio de sanción-.

²⁸⁸ En la recopilación de Justiniano concretamente el Digesto en el año 533 D.C. cita; “En derecho son peligrosas las definiciones (Ovis definitio in jure periculosa est). SOBERANES, Fernández, José Luis, “Los Principios Generales del derecho en México”. Miguel Ángel Porrúa, México, 2003.

²⁸⁹ CARNELUTTI, F. “Como nace el derecho” Editorial Temis, Bogota, Colombia, 2008

Por lo tanto, la respuesta depende de la posición ius filosófica en que se fundamente cada una de las personas que están obligadas, así en el marco del derecho positivista encontramos que una norma se considera como derecho válido cumpliendo con la descripción que sostiene R. Alexy,²⁹⁰ “una norma vale jurídicamente cuando ha sido dictada por un órgano competente en forma prescripta y no viola un derecho de orden superior”, por ello desde el derecho decimonónico, nos hemos encargado de crear verdaderos sistemas jurídicos, dignos de cualquier fórmula matemática y sin objeción alguna en la forma y el procedimiento, creado por el propio ius naturalismo del siglo XVIII, y nos hemos olvidado de los contenidos del derecho, así se ha demostrado que los sistemas jurídicos cuentan con las características suficientes para ser un sistema intachable, a saber; *unidad, economía, coherencia, jerarquía y completitud*,²⁹¹ no obstante, con el paso del tiempo se ha demostrado que este sistema resulta vulnerable, ya que de la unidad, encontramos la complejidad con la existencia de los tratados internacionales, acuerdos y contratos internacionales; de la economía la redundancia normativa en el sistema jurídico; de la coherencia las antinomias; de la jerarquía el exceso de legislación secundaria y la ausencia de tutela de las normas superiores, y finalmente en la completitud las lagunas normativas, por tanto, el derecho moderno lo que promulgó y defendió fue la formalidad, y en segundo término la seguridad jurídica, descontándose desde luego la justicia, pues la certidumbre es medible, demostrable, comprobable, para Bobbio:²⁹² “previsible”, sin embargo, la justicia y lo que implica, como la equidad, la prudencia, la gracia en el derecho, la misericordia jurídica, el sentimiento jurídico, no son medibles, demostrables y menos aun comprobables por lo que se trata de conceptos subjetivos, complejos, incómodos, casuísticos, en resumen, no científicos, y por tanto no jurídicos.

En el siglo XIX, Kirchmann, sopesaba al respecto:²⁹³ “¡Qué cúmulo de leyes, y no obstante cuantas lagunas! ¡Qué ejército de funcionarios y, no obstante, cuanta lentitud en la

²⁹⁰ ALEXY, Robert. “El Concepto y la Validez del Derecho”. Editorial Gedisa. 2ª Edición, España, 2004.

²⁹¹ Kelsen no consideró la completitud como característica en la teoría pura del Derecho. VIGO, Rodolfo Luis. “De la Ley al Derecho”. Editorial Porrúa, 1ª Edición, México, 2003.

²⁹² BOBBIO, Norberto. “Contribución a la Teoría del Derecho” Editorial Cajica, Puebla, México, 2006.

²⁹³ KIRCHMANN “La Jurisprudencia no es ciencia”, Centro de Estudios Constitucionales” Madrid,. 1983.

administración de justicia!“ Basta rematar con el comentario citado por Dworkin²⁹⁴ siendo Oliver Holmes Magistrado del Tribunal Supremo, en una ocasión en el camino al Tribunal, un joven dijo alegremente; “!Haga Justicia, Magistrado!” y el Magistrado respondió “Ese no es mi Trabajo!”, ¿Cuántos jueces, magistrados e incluso ministros de los actuales tribunales mexicanos y de América latina dirían lo mismo?, por miedo a reconocer la justicia, por ignorancia, o bien por simple comodidad.

Así, una de las razones en el cumplimiento de las normas jurídicas se debe a la imposición de la pena, pues es sabido que en el campo del derecho tributario se cumple con las normas fiscales por parte de los contribuyentes, es por las citadas penas, que pueden ser de dos tipos: las penas administrativas y las propiamente penales, de las que es necesaria urgentemente su unificación en la legislación actual mexicana, por lo menos para que no se genere diversidad de penas, o penas duplicadas, y en ocasiones sentencias o decisiones contradictorias por la variedad de autoridades que intervienen para sancionar a un gobernado, lo que evidencia en ocasiones la ineficacia del sistema para imponer las referidas penas,²⁹⁵ adicionalmente a la problemática de la ausencia de sanciones justas en la legislación actual, la violación al principio de seguridad jurídica “non bis in idem”,²⁹⁶ al grado que los mismos tribunales están impedidos para resolver sobre la injusticia de las mismas, como lo concluye el ex Ministro J. V. Castro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México,²⁹⁷ “... No existe ninguna acción o recurso legales para declarar a una ley injusta.”

Sin embargo, las leyes injustas existen, y se siguen creando, como lo refiere Zaffaroni,²⁹⁸ “las grandes modificaciones legislativas actuales se deben a otras razones, pero no a

²⁹⁴ DWORKIN, Ronald.” La Justicia con toga” Marcial Pons, Madrid, 2007.

²⁹⁵ ALTERINI, A. “La Inseguridad Jurídica” Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993

²⁹⁶ El principio non bis in idem, no es nada más la veda de un nuevo sometimiento a juicio a quien ya lo ha sufrido, sino ha la exposición al riesgo a que ocurra un nuevo sometimiento a juicio. Fallo Videla Jorge Rafael, incidente de excepción de cosa juzgada y falta de jurisdicción, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 21 de agosto de 2003.

²⁹⁷ CASTRO, Juventino V. “Los Jueces Mexicanos y su Justicia” Editorial Porrúa, México 2004.

²⁹⁸ ZAFFARONI, Eugenio R. “El Enemigo en el Derecho Penal” Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2009.

las jurídicas” continua el tratadista: “El presente desastre autoritario no responde a ninguna ideología, porque no lo rige ninguna idea, sino que es justamente todo lo contrario: es el vacío del pensamiento.” y en el caso del derecho tributario se debe a las razones recaudatorias, económicas, políticas, de interés de las grandes empresas, por ello es que se incrementan las sanciones, al grado de resultar exorbitantes, excesivas, desproporcionales, que resulta tan peligroso en los estados como lo señaló desde el siglo XIX Von Ihering²⁹⁹ respecto de estas penas sin medida y desproporcionales que son peligrosas para el propio Estado: “La pena en manos del Estado es una espada de doble filo; con el uso erróneo vuelve la punta contra sí mismo, se daña a sí mismo al mismo tiempo que al delincuente.”

Todas estas líneas se citan para ubicar cuál es el propósito de éste trabajo, que es precisamente analizar si la pena resulta un elemento que permite el cumplimiento de las normas tributarias por parte de los contribuyentes, la pena en donde se ha desarrollado es propiamente en el derecho penal – como la última ratio del estado- para que se cumpla con las normas; en concreto, si es una de las razones por las cuales se cumple con la obligación fiscal, y pudiera ser la razón más práctica para cumplir con las normas tributarias, por ello es la existencia del denominado derecho penal tributario, que es aquella rama del derecho fiscal que regula los delitos fiscales y que siguiendo a Zaffaroni,³⁰⁰ limita el poder punitivo del estado. Así el derecho penal tributario se encuentra actualmente en una legislación especial, pues en el caso de México se establecen los delitos por omisión en el pago de contribuciones, no en el código penal federal, sino en el Código Fiscal de la Federación, en éste se incluyen las sanciones no únicamente de tipo administrativo sino también de carácter penal, y en consecuencia, es necesaria la existencia de normas que regulen y limiten ese amplio poder del Estado; por un lado de imponer penas –legislar-, así como la consistente en la amplia facultad discrecional –autoridad administrativa- que en algunos casos se imponen las mismas, en otros se persiguen a los individuos, y en unos más no, por ello vamos a analizar la utilidad para el cumplimiento de las normas tributarias, y con ello estará meridianamente expuesta la respuesta a la pregunta siguiente; ¿Es válido que exista una sanción penal por el incumplimiento de obligaciones tributarias?

²⁹⁹ VON IHERING, Rudolf “El Fin en el Derecho” Editorial Cajica, Puebla, México, 1961.

³⁰⁰ ZAFFARONI, E. El enemigo en el derecho penal.” EDIAR. Buenos Aires, Argentina. 2009

2.1.- Derecho punitivo fiscal o tributario penal

“Usted puede tener un Señor, usted puede tener un Rey, pero al hombre al que hay que temer es al recaudador de impuestos”.³⁰¹

Es poco explorado el derecho penal fiscal o tributario penal, así como es evidente la etapa de crecimiento en la que se encuentre el derecho administrativo sancionador, de la misma forma encontramos a un incipiente derecho penal fiscal, el cual regula los delitos correspondientes al incumplimiento de las obligaciones fiscales, en donde el avance ha sido en la legislación y no en la doctrina, -menos aun en la jurisprudencia³⁰²- esta se ha limitado a los delitos del orden común, pero hemos dejado –sobre todo en la doctrina mexicana- pendiente la asignatura de éstos delitos del orden fiscal o tributario, pues el avance se da en las reformas fiscales o tributarias, es decir, a raíz de que se genera una nueva contribución o bien una nueva obligación a los contribuyentes, es que se crea un delito especial para esa obligación, sin doctrina y sin sustento alguno, lo cual desde luego que genera mayores problemas en cuanto a la forma de interpretarlo y su aplicabilidad a los casos que se suscitan.

No es momento de analizar la correcta denominación, si resulta ser derecho punitivo fiscal o penal tributario, pues finalmente lo que regula son las penas por el incumplimiento de las obligaciones tributarias, el problema es que no se reglamenta el margen de ese poder tributario, al

³⁰¹ UKMAR,V (2008). Fisco y derechos fundamentales del contribuyente. Revista de derecho Penal Tributario. Año XV, número 14, marzo.

³⁰² Si no hay doctrina es imposible la existencia de la jurisprudencia razonada: “Cuánto trabajo se ahorraría, que soluciones funestas se evitarían, si se fuese menos dependientes de la jurisprudencia y se ejerciera un poco más la doctrina... como más fuerte sea la doctrina en un país, menos se invocaría la jurisprudencia.” CHASSAT, M. Tratado de Interpretación de las leyes.1845. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México: 2007

parecer es un poder sin límite alguno, más que las formalidades propias del procedimiento legislativo respectivo, bien sostiene Zaffaroni³⁰³ “Cuando el pensamiento penal cae en el pozo del positivismo deja definitivamente de ser aquella ideología penal, aquel saber penal que críticamente quería ponerle límites al ejercicio del poder punitivo.”

En ese sentido, cabe señalar que se ha utilizado esta rama del derecho como una forma de hacer cumplir las obligaciones fiscales, pues precisamente se establece una pena, sin embargo respecto a la pena para el cumplimiento de la obligación, Germán Bermejo sustenta que:³⁰⁴ “Los teóricos del derecho penal no han prestado la debida atención al hecho de que todo discurso justificativo de la pena debe vincularse con un determinado concepto de la misma”, en ese sentido, es conveniente primero considerar que se entiende para este trabajo como “pena”, por ello consideramos conveniente seguir en este punto, a Carlos S. Nino,³⁰⁵ debido al interés de analizar el concepto que utiliza para relacionarlo con la sanción tributaria, así define el tratadista argentino el concepto de pena: “un instrumento convencional para expresar el resentimiento o desaprobación experimentada ya por la autoridad punitiva o por aquellos en cuyo nombre se impone la pena” y por tanto, para determinar las razones por las cuales una conducta se le considerara penada, esto es que se impondrá un castigo, debe de cumplir con ciertos requisitos que se enumeran bajo “El principio de la protección prudencial de la sociedad”³⁰⁶ y sostiene: “el castigo es legítimo si se realiza en una forma económica y efectiva de tal manera que prevenga males mayores a la sociedad que el mal que supone el castigo mismo” y son los siguientes elementos:

- a) Eficacia, el castigo debe ser exitoso en la evitación de males futuros, ¿Cuáles serían en el caso de la omisión en el pago de contribuciones los males futuros?, desde luego que se evitaría un daño mayor que sería la omisión generalizada en el pago de las contribuciones por la gran mayoría de los contribuyentes, lo cual representa un menoscabo a la recaudación, pero este sería un daño secundario, se puede considerar

³⁰³ ZAFFARONI, E. Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo. Buenos Aires: Hammurabi. 2007

³⁰⁴ Bermejo, G. y otros “Homenaje a Carlos S. Nino. Aflicción directa e indirecta en el concepto penal” Facultad de Derecho UBA, Argentina, 2008.

³⁰⁵ NINO, Carlos S. “Los Límites de la responsabilidad penal” Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina. 2006

³⁰⁶ NINO, S. C. Juicio al mal absoluto. Ariel. Buenos Aires, Argentina. 2006

que el principal consiste en la ausencia de legitimación del propio Estado, pues si en el caso cualquiera incumple con la obligación, desde luego que el estado va perdiendo fortaleza en cuanto a otro tipo de decisiones y medidas que ha desarrollado al no tener la capacidad de contar con la eficacia suficiente para sancionar al incumplido u omiso.

- b) Económico, el castigo elegido debe imponer el mal menor, entendiendo el mal menor con la colectividad y con el individuo en sí, desde luego que en el primer caso el mal menor implica que se crea la figura del delito, precisamente para que no se cometan esas conductas reprochadas por la sociedad; cuando se trata de la omisión del pago de las contribuciones, se considera que existen otros elementos que previamente habría que apoyar antes de llegar a la persecución penal, pero en el segundo atiende a que la sanción no sea una considerable afectación al que ejecutó el delito.
- c) Equilibrio, los males que supone el castigo deben ser menores a los que se previenen, esto es que la sanción sea de forma tal que no implique mayores costes que el propio mal que se cometió, por lo cual si se impone la privación de la libertad a un empresario por la omisión en el pago de contribuciones, habría que analizar hasta qué grado es viable, en el entendido que la empresa que está a su cargo pierda la capacidad productiva y por ende la fuente de trabajo y la generación de impuestos adicionales a los que corresponde la sanción, o bien sanciones como una clausura de una negociación, que pudieran ser mayores los daños que los beneficios por dicha pena.
- d) Inclusión, los males sufridos por aquellos que reciben el castigo deben ser equilibrados, es decir, debe existir un principio de proporcionalidad entre el hecho delictivo y la sanción o la pena, lo cual es propiamente el principio de proporcionalidad del delito con la pena.

Existen varias posturas en relación con la pena, a pesar que el propio Bacigalupo,³⁰⁷ ha considerado que las teorías de la pena no responden a diversas preguntas, entre las cuales tenemos; ¿bajo qué condiciones es legítima la aplicación de la pena? Por ello se cuenta con teorías; a) absolutistas, -legítima la pena si es justa- b) relativistas -la utilidad de la pena -, y c) de la unión - se preocupa por la pena en su capacidad de reprimir y prevenir- nos interesa más que nada en este

³⁰⁷ BACIGALUPO, Enrique "Manual de Derecho Penal" Temis, Bogota Colombia, 1989

trabajo, analizar la posición de Carlos Nino en relación con la pena, por ello una de las escuelas, la segunda, sostiene que la pena tiene por objeto su utilidad para que las demás personas no cometan la misma pena, que es precisamente la razón por la cual se imponen las penas tributarias, lo cual se ha prostituido por denominarlo de alguna forma, siguiendo a E. Zaffaroni,³⁰⁸ “Es regla que junto con cada emergencia surja una burocracia nacional e internacional que procure demostrar eficacia para justificar su propia existencia, es promover reformas legislativas penales de corte inquisitorial.” Ya que en el caso que se presenten por ejemplo, omisiones en el pago de contribuciones recientemente observadas por el estado, actos incorrectos que impliquen la intervención del estado, la forma de intervenir es prohibiendo desde la partida penal, sin analizar otras alternativas, lo cual se trata de una simple justificación más no de una solución.

2.2.- La pena como incentivo en el cumplimiento de la norma tributaria

¡La pena cuyo único fundamento jurídico radica en la utilidad no llena su cometido!

Von Liszt³⁰⁹

Si partimos de una de las características fundamentales del derecho, encontramos que éste prevé una sanción o una pena, y por tanto, es la diferencia más importante en relación con las otras normas como serían las sociales, morales, religiosas, pero si bien es una característica principal la existencia de la pena, lo cierto es que puede considerarse que en parte ayuda al cumplimiento de las normas, pero no es el elemento esencial, el propio G. Jacobs,³¹⁰ señala al respecto, “En el derecho penal, un individuo no mataría a otro, no tanto por la sanción que se impondría en caso de no hacerlo ni porque se haya socializado el solo en función del respeto a la vida, sino porque se ha

³⁰⁸ ZAFFARONI, E. El enemigo en el derecho penal.” EDIAR. Buenos Aires, Argentina. 2009

³⁰⁹ VON LISZT, F. La idea del fin en el derecho penal. Colombia: TEMIS. 1998.

³¹⁰ APONTE, Alejandro. “¿Derecho penal del enemigo o derecho penal del ciudadano? Editorial Temis, Colombia. 2005

socializado con base en la confianza en que los también respetan la vida, independientemente de la sanción y como presupuesto mínimo de organización social...” es decir, no resulta vital para el cumplimiento de la obligación fiscal la existencia de la pena, pues como lo sostiene acertadamente Nino,³¹¹ “la preservación del derecho requiere que haya funcionarios y ciudadanos que apliquen u observen sus normas por adhesión a ellas y no sólo por temor a la sanción (lo que implica que un sistema como el nazi no hubiera podido ser establecido solo por terror y que necesitaba que mucha gente estuviera convencida de sus meritos intrínsecos)”. Por lo tanto, no es suficiente la existencia de la pena como el incentivo del cumplimiento de las obligaciones tributarias.

No obstante siguiendo a este tratadista, en su concepción utilitarista, para la imposición de la pena, la considera como: “la protección de la sociedad contra males mayores que los que ellas involucren”³¹² si seguimos este criterio, es posible sostener que sea necesaria la existencia de ciertos delitos fiscales o tributarios, sin que pase desapercibido que el propio Carnelutti,³¹³ señala al respecto “La sanción introduce la fuerza en la nación del derecho porque naturalmente en cuanto no se obedezca al precepto, necesita de la fuerza para ser puesta en acto. Este elemento de la fuerza constituye la verdadera diferencia entre el derecho y la moral... “, pero en el ámbito de las obligaciones tributarias solamente puede considerarse una sanción penal, aquellas que versan en la omisión del pago de contribuciones, es decir, respecto a sanciones de incumplimiento al pago de contribuciones, pero definitivamente quedarían excluidas aquellos delitos que no tiene relación con ello, como son los que tipifican la presentación de algún aviso ante la autoridad fiscal, la falta oportuna del aviso, el impedimento a entregar documentación a la autoridad, esto es obligaciones meramente formales, pues bajo esta concepción utilitarista, no existe una afectación grave a la sociedad como para utilizar la “ultima ratio del estado” para sancionar a las personas; para ello existen las sanciones del derecho administrativo sancionador, esto es, amonestaciones, multas, inhabilitaciones, clausuras, embargos etc., pero no la pena de la privación de la libertad, caso diverso en el caso de los comportamientos que aluden a la omisión en el pago de contribuciones esto es, la evasión fiscal, la elusión fiscal y el contrabando, en donde efectivamente existe la

³¹¹ NINO, Carlos S. “Un país al margen de la ley” Emece Editores, Buenos Aires, Argentina. 1992

³¹² NINO, Carlos S. “Los Limites de la responsabilidad penal” Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina. 2006

³¹³ CARNELUTTI, F. “Como nace el derecho” Editorial Temis, Bogota, Colombia, 2008

omisión en el pago de contribuciones, que podríamos decir que a través de grandes cantidades de dinero omitido de contribuciones, es que se podría considerar que efectivamente existe el mayor daño a la sociedad y donde cabría la posibilidad de la pena, pero no en el caso de cantidades menores de omisión de pago, sobre contribuyentes que por su situación particular no ameriten ese tipo de sanciones. Sin embargo, sucede que son los más vulnerables, los que fácilmente se pueden perseguir por el estado, los que no cuentan con la defensa e incluso a veces con la ausencia de la defensa apropiada, pero que sirven de ejemplo, o bien particularmente cuando la autoridad fiscal persigue artistas, deportistas, o personas conocidas por la sociedad, ya que permite que el sub consiente de los demás diga; “si a éste lo castigaron, que será de mí”.

Este juego de la ejemplificación que es proveniente de la misma edad media como lo cita Michel Foucault,³¹⁴ “el castigo ha dejado poco a poco de ser teatro“, es aun utilizado sobre todo en este tipo de delitos en donde el poder punitivo no cuenta con la capacidad y la infraestructura necesaria para tratar de perseguir a todos los delincuentes, además que no es de su interés, pues equivaldría a una afectación económica del propio Estado, entonces se presenta la función de la norma penal que se le denomina la función simbólica,³¹⁵ en donde existen delitos y por tanto penas que no se persiguen, que desde luego no se sancionan, pero que están vigentes en la ley en un sistema jurídico y que se trata propiamente de letra muerta, lo cual no tiene ningún beneficio, pues lo que va a provocar con la ciudadanía, con los obligados al cumplimiento tributario, resultará que deducirán con sencillez; “si esta infracción a la ley no se sanciona por el poder, pues esta posiblemente tampoco” lo cual deslegitima al propio poder, se vuelven facultades meramente discrecionales en el seguimiento de los delitos fiscales, y esto tiene como consecuencia que impliquen actos de arbitrariedad propiamente, como es el caso de perseguir en el momento que sea necesario para el Estado, y por oportunidad, esto es, por periodos políticos, de elecciones, perseguir a los enemigos políticos, etc., lo cual poco a poco deslegitima al Estado, y por ello atrofia la utilidad de la pena, y no se llega a su ideal que propone Rodolfo Vázquez: “El utilitarismo, el castigo no se justifica moralmente por el hecho de que quien lo recibe haya hecho algo malo en

³¹⁴ FOUCAULT, M. “Vigilar y castigar” Siglo XXI, México, D. F., 2009.

³¹⁵ POSADA A., Néstor, y otros “Derecho penal. Parte General” Universidad de Medellín. MEDELLIN Colombia, 2010.

el pasado, sino para promover la felicidad general de cara al futuro”³¹⁶ que evidentemente no se presenta debido al incumplimiento propio del Estado para perseguir el delito, y por ende no tiene utilidad alguna la sanción prevista en la norma.

2.3.-El uso actual de las Penas por parte del Poder Tributario

“Una cierta educación jurídica extendida a los no juristas, es un medio para combatir las dos plagas sociales que son la delincuencia y la litigiosidad”

Francesco Carnelutti.

Lo cierto es que en la actualidad el derecho penal, o propiamente las penas y la creación de los delitos se han instituido por muchas razones; en primer lugar, como justificación debido a que el legislador está realizando algo, es decir, cuando se presenta un problema social que no se ha podido controlar, o bien no se ha regulado en la ley, la forma más simple de controlarlo o de considerar que existe forma de controlarlo es con la creación de los delitos o si estos ya existen con el aumento de las penas, sobre todo la pena corporal, es decir la privación de la libertad,³¹⁷ por lo tanto, se vuelve un instrumento del legislador para justificar sus propias actuaciones, a pesar que no sea efectiva esa medida, o bien que incluso el órgano estatal no tenga la capacidad suficiente e incluso nula para hacer cumplir esa disposición legal.

Otra razón por la cual se utilizan las penas, es con la finalidad de ejemplificar, como se ha citado en el punto anterior, es una forma de obligar a realizar una determinada conducta por

³¹⁶ VÁZQUEZ, R. Las fronteras morales del derecho. México: Fontamara. 2009

³¹⁷ Ruggiero, Vicenio “La violencia política” Anthropos y Universidad Autónoma Metropolitana. México 2009.

parte del sujeto, así tenemos que al establecer un delito es evidente que intenta inhibir un determinado comportamiento, por ello es que en varias ocasiones, sobre todo en el caso del derecho administrativo sancionador, las penas son excesivas y en muchos de los casos hasta contrarias al principio de proporcionalidad de la pena,³¹⁸ por lo que delitos e infracciones a los que se les denomina “de bagatela” resultan materia de penas excesivas, y por ende absurdas; C. Becaria³¹⁹ afirma que, “los castigos excesivamente severos no hacen más que aumentar la desesperación de los individuos y fomentar respuestas populares igualmente severas...” no debe perderse de vista que la propia recaudación de las contribuciones, y el cobro indebido de las mismas generaron en la historia moderna de la humanidad la Revolución Francesa y la independencia de los Estados Unidos de América, lo cual se ha olvidado como se ha olvidado a G. Radbruch,³²⁰ que respecto del nazismo concluyó; “Tampoco tiene la calidad de derecho ninguna de esas disposiciones que imponían castigos sin consideración a la diferente gravedad de los delitos, castigando con igual pena acciones de la más diversa gravedad.”

Sin embargo, es la forma de legislar en la actualidad, lo cual representa un fracaso la imposición de las penas, a esto habrá que añadir la posición de la autoridad, en este caso de la autoridad tributaria, pues si se analiza la legislación vigente de cualquier estado de Latinoamérica, se puede observar con claridad que goza de mayores facultades discrecionales la autoridad tributaria que la propia autoridad penal, pero resulta que a esta autoridad tributaria se le ha dado facultades y funciones de autoridad penal, se han olvidado en el marco constitucional, en la doctrina, en los mecanismos de defensa de los contribuyentes, y por ello debido a esa amplia discrecionalidad administrativa - tributaria, como lo menciona Nieto³²¹ en el mejor de los casos: “Un funcionario público, en suma, que, agobiado por el trabajo y las presiones, intenta hacer lo que puede, y con frecuencia incurre en lo que no debe.” Y en el peor de los casos, *persigue cuando quiere perseguir, persigue al que quiere perseguir, castiga cuando quiere castigar y castiga al que quiere castigar*, una legislación tributaria sancionadora que se ha puesto a merced de su

³¹⁸ Previsto en el artículo 22 de la Constitución.

³¹⁹ Ruggiero, Vicenio “La violencia política” Anthropos y Universidad Autónoma Metropolitana. México 2009.

³²⁰ RADBRUCH, G, SCHMIDT, E, WELZEL, H. “Derecho injusto y Derecho Nulo”, Editorial Aguilar, Madrid, 1971.

³²¹ NIETO, Alejandro. El arbitrio judicial. Ariel. Madrid, España, 2000

arbitrariedad, lo cual es criticado por Zaffaroni³²² al considerar; “El signo de la legislación autoritaria “cool” de nuestros días es la opacidad, la tristeza, la depresión, la mediocridad, la falta de creatividad, la superficialidad, la irrespetuosidad al ciudadano: es simplemente la decadencia.” Con lo cual se evidencia que la pena de acuerdo a la situación actual como se ha utilizado no es un elemento fundamental para cumplir con la norma tributaria, por el contrario, con el uso incorrecto de la misma ilegitimiza a la propia autoridad administrativa –tributaria.

2.4.- La falta de idoneidad de la pena por la falta de legitimidad de las autoridades en el cobro de impuestos.

La justicia en tiempos de Franco Arriba, en lo alto del estrado, enfundado en su toga negra, el presidente del tribunal. A la derecha, el abogado. A la izquierda, el fiscal. Escalones abajo, el banquillo de los acusados, todavía vacío. Un nuevo proceso va a comenzar. Dirigiéndose al ujier, el juez, Alfonso Hernández Pardo, ordena:

-Que pase el condeno.

En los últimos años, sobre todo por presiones del extranjero, el abuso de las penas por parte del poder tributario, -legislativo- implica la existencia de un estado o un poder en donde la legitimidad de la misma no se presenta y no se acredita debido a respuestas tan sencillas como es el caso de la imposición de las sanciones, sin razón jurídica alguna, a lo es decir; “las penas

³²² ZAFFARONI, E. El enemigo en el derecho penal. EDIAR. Buenos Aires, Argentina, 2009

perdidas”³²³ cita el penalista Zaffaroni; “El dolor y la muerte que siembran nuestros sistemas penales están tan *perdidos* que el discurso jurídico-penal no puede ocultar su desbaratamiento... nos hallamos frente a un discurso que se desarma al más leve roce con la realidad.” esto es penas que se imponen, sin razón alguna, sin beneficio alguno, sin cambio en la sociedad, sin ejemplificar por lo menos, por ello es evidente que no es suficiente la imposición de la pena como un esquema que permita al gobernado considerarlo como fundamental para el cumplimiento de la obligación por el simple miedo a la sanción por los contribuyentes, se trata de la constitución de un verdadero Estado policía,³²⁴ no hay que perder de vista lo que cita el tratadista García; “Dado que castigar una infracción del orden jurídico por medio de la pena criminal supone la forma más intensa de desaprobación de una conducta que conoce el ordenamiento jurídico, también ha de existir una razón especialmente sólida y fuerte para dicha reacción estatal”³²⁵ por tanto, con la pena no se legitima un Estado, menos el cobro de las contribuciones, y si a esto adicionamos que en la historia de todo América latina han existido y aun existen gobiernos de facto o bien gobiernos no democráticos –léase Honduras, países donde las votaciones son una simple simulación, como es el caso penoso de México- no permiten la pena que se cumpla con la norma jurídica, menos aun con la norma tributaria, pues la cultura en América Latina es muy sencilla el gobierno explotador, el pueblo explotado, por tanto la pena no será bajo éste esquema el ideal para el cumplimiento de las normas tributarias, el criminalista francés Ruggiero³²⁶ sostiene del respeto a la ley: “se difunde entre el pueblo no por la acción de la política ni por la cárcel, sino gracias al ejemplo que dan las personas de alto estatus y las autoridades, cuando estas son las primeras que ponen en practica el respeto por el individuo y por los derechos colectivos, evitando el escándalo de la impunidad para los grandes malhechores y la dureza mas inicua para los pequeños delincuentes... “ para llegar al

³²³ ZAFFARONI, E. En busca de las penas perdidas. Buenos Aires: EDIAR. 2005

³²⁴ “No hay poder, o ejercicio de poder que sea más propenso a lesionar derechos o garantías constitucionales y legales a veces, por normas inferiores: reglamentos, ordenanzas, etc., que el de policía.” GORDILLO, Agustín. Tratado de derecho administrativo. México: Porrúa. 2004

³²⁵ GARCÍA, E. La insignificancia en el Derecho Penal. Argentina: Hammurabi. 2000

³²⁶ RUGGIERO, Vicenio “La violencia política” Anthropos y Universidad Autónoma Metropolitana. México 2009.

grado más peligroso, como lo subraya Garzón Valdez;³²⁷ “Un régimen que logre intimidar en virtud de su arbitrariedad coactiva puede ser incluido en la categoría del terrorismo de Estado”, por tanto, es evidente que la pena no va a ser la razón fundamental, esencial y principal por la cual los gobernados van a cumplir con la norma tributaria, en resumen la filosofía de la fidelidad del ciudadano al derecho no va por el camino de la pena.

Fuentes:

- AARNIO, A (2000). *Derecho, Racionalidad y Comunicación Social*. México, D.F. Fontamara.
- ALEXY, R (2004). *El Concepto y la Validez del Derecho*. 2da.Edición. España: Gedisa.
- ALEXY, Robert, “Derechos sociales y Ponderación.” *Fundación coloquio jurídico europeo*, Madrid, 2007.
- ALTERINI, A. *La Inseguridad Jurídica*. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot. 1993
- APONTE, Alejandro. “¿Derecho penal del enemigo o derecho penal del ciudadano?” *Editorial Temis*, 2005, Colombia.
- ATIENZA, Manuel, “Tras la Justicia.” *Ariel Derecho*, Madrid España, 2003.
- Bermejo, G. y otros “Homenaje a Carlos S. Nino. Aflicción directa e indirecta en el concepto penal” *Facultad de Derecho UBA*, Argentina, 2008.
- BACIGALUPO, Enrique “Manual de Derecho Penal” *Temis*, Bogota Colombia, 1989
- BOBBIO, Norberto. “Contribución a la Teoría del Derecho” *Editorial Cajica*, Puebla, México, 2006.
- BOBBIO, Norberto. “El Problema del Positivism Jurídico”. *Editorial Fontamara*. México, 2004.
- CARBONELL, M. y otros. *Estado de derecho*. México: Siglo Veintiuno. 2002
- CARNELUTTI, F. “Como nace el derecho” *Editorial Temis*, Bogota, Colombia, 2008
- CARCOVA, Carlos María, “La opacidad del derecho.” *Editorial Trotta*, 1998, Madrid, España.

³²⁷ GARZON VALDÉS, E. *Calamidades*. Barcelona: Gedisa. 2004

- CASTRO, Juventino V. "Los Jueces Mexicanos y su Justicia" Editorial Porrúa, México 2004.
- CHASSAT, M. Tratado de Interpretación de las leyes.1845. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México: 2007
- COELHO Pasin, Joao Bosco "Derecho Tributario y Ética" Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 2010
- GARCÍA, E. La insignificancia en el Derecho Penal. Argentina: Hammurabi. 2000
- GORDILLO, Agustín. Tratado de derecho administrativo. México: Porrúa. 2004
- DE LA GARZA, Sergio Francisco, "Derecho Financiero Mexicano." Editorial Porrúa, 2006, México.
- DWORKIN, Ronald." La Justicia con toga" Marcial Pons, Madrid, 2007.
- FERRAJOLI, Luigi. "Epistemología Jurídica y Garantismo" Editorial Distribuciones Fontamara. México, 2006.
- FOUCAULT, M. "Vigilar y castigar" Siglo XXI, México, D.F., 2009.
- GARZON VALDÉS, E. Calamidades. Barcelona: Gedisa. 2004
- GALEANO, Eduardo. "Patatas Arriba". 1998, México: Siglo XXI.
- GALEANO, E. "Memoria del fuego, 2 las Caras y las mascararas". Siglo XXI, Buenos Aires, Argentina, 2010.
- GORDILLO, Agustín. Tratado de derecho administrativo. México: Porrúa. 2004
- GROSSI, Paolo "Mitología Jurídica de la Modernidad." Editorial Trotta. Madrid, España. 2003.
- HOERSTER, Norbert. "En Defensa del Positivismo Jurídico." Editorial Gedisa. 1º Edición. España, 1992.
- KAUFMANN. A. "La filosofía del derecho en la posmodernidad." Editorial Temis, S.A., Bogota Colombia, 2007.
- KIRCHMANN "La Jurisprudencia no es ciencia", Centro de Estudios Constitucionales" Madrid,. 1983.
- LYONS, D. Aspectos morales de la teoría jurídica. España: Gedisa. 1998
- MUÑOZ Conde, Francisco. "la búsqueda de la verdad en el proceso" Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2007.
- MALEM, seña, Jorge. "La corrupción" Gedisa Editores, Barcelona, España, 2002

- NIETO, Alejandro “Derecho Administrativo Sancionador” Editorial Tecnos, Madrid, España, 2008
- NIETO, Alejandro. El arbitrio judicial. Ariel. Madrid, España, 2000
- NIETO, Alejandro, “Crítica de la Razón Jurídica.” Primera Edición. Editorial Trotta. Madrid España. 2007
- NINO, Carlos S. “Fundamentos de Derecho Penal” Gedisa Editores. Buenos Aires, Argentina 2008.
- NINO, S. C. Juicio al mal absoluto. Ariel. Buenos Aires, Argentina. 2006
- NINO, Carlos S. “Ética y derechos humanos” Editorial Astrea, Buenos Aires, 1984.
- NINO, Carlos S. “Un país al margen de la ley” Emece Editores, Buenos Aires, Argentina. 1992
- NINO, Carlos S. “Los Limites de la responsabilidad penal” Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina. 2006
- POSADA A., Néstor, y otros “Derecho penal. Parte General” Universidad de Medellín. MEDELLIN Colombia, 2010.
- RADBRUCH, Gustav, “Introducción a la filosofía del Derecho.” Fondo de Cultura Económica, México, 2005.
- RADBRUCH, G. “Filosofía del Derecho” Editorial Reus, S.A., Zaragoza, España.
- RADBRUCH. G. “Relativismo y Derecho” Editorial Temis, 1999, Bogota, Colombia.
- RADBRUCH, G, SCHMIDT, E, WELZEL, H. “Derecho injusto y Derecho Nulo”, Editorial Aguilar, Madrid, 1971.
- RAWLS, John. “Teoría de la Justicia.” Editorial Fondo de Cultura Económica. México, 2006.
- RECASENS SICHES, L. Filosofía del Derecho. México: Porrúa. 2008
- RODRIGUEZ, Lobato, Raúl, “Derecho Fiscal.” Editorial Oxford, México 2005.
- RUGGIERO, Vicenio “La violencia política” Anthropos y Universidad Autónoma Metropolitana. México 2009.
- SOBERANES, Fernández, José Luis, “Los Principios Generales del derecho en México”. Miguel Ángel Porrúa, México, 2003.
- SUPIOT, A. *Homo Juridicus*. Buenos Aires, Argentina: Siglo Veintiuno.
- TAIBO II, Paco I. “Pancho Villa” Planeta, México. 2006.

- TEDESCO, Ignacio. El acusado en el ritual judicial. Editores del Puerto, Buenos Aires, Argentina, 2007.
- TRUSSO, Francisco Eduardo. "El Derecho Puesto a Prueba". Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 1978.
- UKMAR, V. "Fisco y derechos fundamentales del contribuyente" Revista de derecho Penal Tributario. Año XV, número 14, marzo, Buenos Aires, Argentina. 2008.
- VÁZQUEZ, R. Las fronteras morales del derecho. México: Fontamara. 2009
- VERGARA Nava, Silvino. "La utilidad de la filosofía del derecho en el derecho tributario" Editorial Porrúa, México 2009.
- VON IHERING, Rudolf "El Fin en el Derecho" Editorial Cajica, Puebla, México, 1961.
- VON LISZT, F. La idea del fin en el derecho penal. Colombia: TEMIS. 1998.
- VIGO, Rodolfo Luis. "El Iusnaturalismo Actual. De M. Villey a J. Finnis." Editorial Fontamara. México, 2003.
- VIGO, Rodolfo Luis. "De la Ley al Derecho". Editorial Porrúa, 1ª Edición, México, 2003.
- ZAFFARONI, E. El enemigo en el derecho penal." EDIAR. Buenos Aires, Argentina. 2009
- ZAFFARONI, E. En busca de las penas perdidas. Buenos Aires: EDIAR. 2005.
- ZAFFARONI, E. Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo. Hammurabi. Buenos Aires, Argentina. 2007
- ZOLO, Danilo, "La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad." Editorial Trotta, Madrid, España, 2007.

ACUERDO DE CONFIDENCIALIDAD EN LA RELACIÓN LABORAL

*Felipe Miguel Carrasco Fernández.*³²⁸

Palabras Clave: Confidencialidad. Relación Laboral. Secreto Industrial. Activos Intangibles. Divulgación de Información. Rescisión Laboral.

Sumario: 1.- Introducción. 2.- Secreto Industrial. 3.- Contrato de Confidencialidad. 4.- Relación Laboral y Confidencialidad. Conclusiones. Bibliografía.

1.- Introducción.

El objetivo de la presente investigación es establecer que siendo la legislación laboral mexicana insuficiente e ineficiente para regular la obligación de confidencialidad de la relación laboral, debe acudir por parte del empleador, sea empresa o persona física, a la legislación de propiedad industrial para contar con determinada certeza jurídica para hacer valer la cláusula o acuerdo de confidencialidad en la relación laboral; lo anterior debido a que dicha ley no establece un concepto o definición de secreto industrial o comercial que constituye la información confidencial de la empresa que representa una ventaja competitiva respecto de terceros.

La mayor parte de la tecnología útil de una sociedad moderna está constituida por conocimientos técnicos, son patentados dentro de esta categoría, los conocimientos secretos y los confidenciales que revisten mayor valor económico para quienes los poseen.³²⁹

³²⁸ Investigador de la Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla (UPAEP). Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, Nivel II, CONACYT. México

³²⁹ Cabanellas, Guillermo. “Protección de los Conocimientos Técnicos no Patentados en el Derecho Positivo Argentino”. En Derechos Intelectuales No. 3. Editorial Astrea. Argentina. 1988. p. 73

Es bien sabido que, dada la complejidad de la vida actual, los empresarios cada vez invierten más tiempo y dinero en desarrollar tecnologías o procesos inventivos y novedosos que, coloquialmente, se conoce con su acepción en inglés como “know how”, que a la letra se traduciría como “saber hacer”, que constituye un activo valioso para la empresa y que pretenden guardar y proteger con celo, como el secreto industrial que propiamente es Información. Lo anterior significa que, tal secreto industrial conlleva los siguientes derechos o potestades, a favor de su legítimo tenedor o beneficiario, a saber:

- a) La facultad de explotar en exclusiva el conocimiento técnico secreto.
- b) La potestad de mantener en secreto el citado conocimiento técnico.
- c) El derecho a transmitir el conocimiento técnico.
- d) La potestad de exigir sigilo y reserva respecto del conocimiento técnico secreto a la autoridad estatal.³³⁰

En la actualidad, existe una nueva conciencia empresarial. Las principales compañías de todo el mundo están empezando a darse cuenta de que sus activos más valiosos son los inmateriales. Han descubierto que los valores ya no residen en los edificios o en la maquinaria, ni tan siquiera en los productos, sino en el capital o propiedad intelectual. Esta se ha convertido rápidamente en la punta importante de las corporaciones, pero a la vez requiere de investigaciones para crearla.

Por lo tanto, ésta constituye el mecanismo legal destinado a la protección de innumerables activos corporativos. Los nuevos inventos, que luego se traducirán en productos o sus componentes se pueden proteger mediante una o más patentes. Las patentes generalmente son más valiosas, ya que dan al propietario el monopolio sobre la invención planteada durante un período de tiempo. Las patentes tienen una especial importancia cuando están estrechamente ligadas a los productos, puesto que, en este caso, los protegen de los terceros que pudieran tener la intención de copiar el invento.³³¹

³³⁰ Bazaldúa Guardiola, Arturo. “La Clausula de Confidencialidad en las Relaciones de Trabajo”. Revista Empresarial. Noviembre - Diciembre 2010. p. 7. Visible En:

<http://www.intelegis.com.mx/PDFs/201011/201011-clausulaConfidencialidad.pdf>

³³¹ Chaves Corrales, Pedro. “La Valoración Económica de los Activos de Propiedad Intelectual”, En Revista de Ciencias Jurídicas. Universidad De Costa Rica. Septiembre-Diciembre. No. 105. 2004. p. 54 Visible en: <http://www.metabase.net/docs/bpj-cr/37807.html>

A consecuencia de la globalización, la competencia internacional, los cambios en la división y organización del trabajo, la sociedad de la información, la aparición de nuevas tecnologías, etc., definidos como el entorno, obligan a las estructuras organizacionales a modificarse en aras de proteger su posicionamiento en el mercado. Ese rediseño estructural interno, incluye la protección de la información, en especial la no divulgada o confidencial.³³²

2.- Secreto Industrial

Mediante los contratos dirigidos específicamente a tal fin o como perta de catos jurídicos de mayor amplitud una persona puede convenir no comunicar determinados conocimientos a terceros o no utilizarlos ya sea de forma general o fuera de ciertos límites temporales físicos o económicos.³³³

SECRETO INDUSTRIAL LO CONSTITUYE TAMBIÉN LA INFORMACIÓN COMERCIAL QUE SITÚA AL EMPRESARIO EN POSICIÓN DE VENTAJA RESPECTO A LA COMPETENCIA. Éste constituye no solo la información de orden técnico, sino también comercial, por constituir un valor mercantil que lo sitúa en una posición de ventaja, respecto a la competencia, tal y como lo dispone el artículo 82 de la Ley de la Propiedad industrial en México, que faculta al comerciante o industrial a determinar que información debe guardar y otorgarle el carácter de confidencial, porque le signifique obtener una ventaja competitiva frente a terceros.

Registro 910, 644, Aislada, Materia Penal, Novena Época Tribunales Colegiados de Circuito Apéndice 2000. Tomo II P.R.TCC Tesis 5703, pagina 2975.

Dentro de la literatura se clasifica a los activos en dos tipos: tangibles e intangibles. Tradicionalmente los activos tangibles (capital físico y financiero) constituían el activo máspreciado de las empresas. Sin embargo, en los últimos años del siglo XX esta idea ha dado

³³² La Casa de los Riscos, S.A. “Clausulas de No-Competencia en la Relación Laboral y Aspectos Relacionados” p. 3. Visible en:

<http://www.casadelosriscos.com/articulos/clausulasdenocompetenciالسborال.pdf>

³³³ Cabanellas, Guillermo. “Contratos de Licencia y de Trasferencia Tecnológica en el Derecho Privado”. Editorial Heliasta. Argentina. 1994. p. 129

paso a la consideración de la categoría de activos intangibles como clave para competir en entornos dinámicos.

El conocimiento organizativo se ha convenido en el recurso por excelencia. Este activo intangible satisface los requisitos para ser considerado estratégico:

- 1) No comercializable, desarrollados y acumulados dentro de la empresa.
- 2) Fuerte carácter y complejidad social.
- 3) Surge a partir de las habilidades y aprendizaje organizativo,
- 4) Es móvil y está vinculado a la empresa, y
- 5) Su desarrollo es "dependiente de la senda"; es decir, depende de los niveles de aprendizaje, inversión, stocks en los activos y actividades de desarrollo previas.

Chaves, define a los bienes intangibles como todos los elementos de los negocios de una empresa que existen después del monetario y de los bienes tangibles identificables, como elementos secundarios. Ellos son los elementos que hacen y contribuyen al aporte monetario de la empresa.³³⁴

Los beneficios futuros que se encuentran en el presente, frecuentemente representados en forma intangible mediante un bien de la naturaleza incorpórea, no tienen una estructura material ni aportan una contribución a la producción u operación de la entidad. El hecho de que carezcan de características físicas no impide que se les pueda considerar como activos legítimos.

Si vemos la propiedad intelectual como un conjunto de derechos (patentes, marcas, derechos de autor o secretos comerciales, etc.) es sin duda la propiedad intelectual el activo intangible por excelencia, toda vez que se encuentra en contraposición a los activos tangibles tales como el capital físico y financiero, que si son perceptibles y cuantificables económica y contablemente con facilidad.³³⁵

Para David Wong Cam, los principales intangibles son las marcas, patentes, franquicias, software, investigación, ideas y el expertise.³³⁶

³³⁴ Chaves Corrales, Pedro. Op. Cit. p. 54

³³⁵ Idem.

³³⁶ Wong Cam, David. Visible en:

www.docentes.up.edu.pe/dwong/la_verdadera_ventaja_competitiva_los_intangible.htm

Las empresas cuyo principal activo es la tecnología o los conocimientos específicos sobre un área determinada, asumen un importante riesgo en el momento de contratar a nuevos empleados que van a acceder a datos que constituyen un importante secreto de la empresa. Una buena parte de los actos desleales que cometen los empleados de una empresa tienen su origen en la falta de información sobre el régimen legal al que están sometidos. Ello hace recomendable acudir a cláusulas contractuales que garanticen dos aspectos básicos:

- 1.- Que el trabajador es consciente de los compromisos legales que asume.
- 2.- Que el trabajador conoce las consecuencias del incumplimiento de dichas obligaciones.

La legislación laboral nos ofrece diversas posibilidades para introducir en el contrato de trabajo esas cláusulas que deben cumplir una misión obligacional, informativa y disuasoria a la vez.³³⁷

El secreto empresarial, es más amplio que el comercial y el industrial, puede considerarse como una información que contiene una fórmula, un modelo o patrón, una compilación de datos, un programa, un método, técnica o procedimiento o que está incorporada o contenida en un producto, dispositivo o mecanismo, y que:

- 1) Puede utilizarse en una actividad empresarial (industrial o comercial)
- 2) No es generalmente conocida en tal actividad empresarial;
- 3) Tiene valor económico debido a que no es generalmente conocida;
- 4) Es objeto de medidas adecuadas para preservar su carácter secreto.

Se entiende, entonces, por secreto empresarial, dice Mitelman, todo aquel conocimiento que, siendo útil a una empresa o persona, representa una ventaja competitiva en el rubro de actividad pertinente. Puede ser de tipo científico, técnico o comercial (incluyendo fórmulas, procesos de manufactura, especificaciones de productos, dibujos, diseños, programas de computadoras, planes de comercialización, datos financieros, lista de clientes, direcciones y teléfonos, planes especiales de precios, información de costos, etc.) que se mantengan en reserva. El contenido de esa información es heterogéneo; es decir,

³³⁷ Ribas, Xavier. “Protección frente a empleados desleales”. p. 5. Visible en: <http://www.onnet.es/03004003.htm>

puede representar un colectivo de informaciones que determina, de una parte, ventaja competitiva y de otra, desarrollará la empresa en lo interno para evolucionar de cara a la competencia.

En cuanto al valor comercial, se estima que el mismo se otorga por efectos competitivos por virtud del bien jurídico protegido.³³⁸

Por su parte, el derecho norteamericano, en el Uniforme Trade Secret Act, define el trade secret como información, inclusive una fórmula, diseño o modelo, compilación, programa, mecanismo, método, técnica o proceso que tenga un valor económico independiente, actual o potencial que sea generalmente conocido y no ser fácilmente accesible por propios medios por otras personas que puedan obtener un valor económico por su relaciones o uso y que el propietario realice un esfuerzo razonable según las circunstancias para mantenerlo en secreto.

Al respecto, Cabanellas señala lo siguiente: En un amplio concepto de esta competencia desleal entran diversas situaciones o hechos; como la divulgación de noticias o fórmulas reservadas y relativas a los métodos de producción, que el trabajador ha conocido por los servicios prestados. También, la explotación de tales procedimientos por cuenta propia. Tanto como la utilidad que se resta a la empresa, se sanciona la confianza traicionada; puesto que el trabajador, en vez de servir a la empresa, se sirve de ella y contra los intereses de ésta.³³⁹

El artículo 82 de la Ley de Propiedad Industrial mexicana establece:

Artículo 82.- Se considera secreto industrial a toda información de aplicación industrial o comercial que guarde una persona física o moral con carácter confidencial, que le signifique obtener o mantener una ventaja competitiva o económica frente a terceros en la realización de actividades económicas y respecto de la cual haya adoptado los medios o sistemas suficientes para preservar su confidencialidad y el acceso restringido a la misma.

³³⁸ Oficina Internacional de la OMPI, “Aspectos de la Protección contra la Competencia Desleal relevantes para la Integración de los Países del Mercosur”. 1994. p. 31. Citado por Mitelman, Cuestiones de Derecho Industrial, 1999

³³⁹ Cabanellas, Guillermo. Compendio de Derecho Laboral, Tomo I. Editorial Heliasta, S.R.L., 4ª Edición, Buenos Aires, Argentina. 2001, p. 76

La información de un secreto industrial necesariamente deberá estar referida a la naturaleza, características o finalidades de los productos; a los métodos o procesos de producción o a los medios o formas de distribución o comercialización de productos o prestación de servicios.

No se considerará secreto industrial aquella información que sea del dominio público, la que resulte evidente para un técnico en la materia, con base en información previamente disponible o la que deba ser divulgada por disposición legal o por orden judicial. No se considerará que entra al dominio público o que es divulgada por disposición legal aquella información que sea proporcionada a cualquier autoridad por una persona que la posea como secreto industrial, cuando la proporcione para el efecto de obtener licencias, permisos, autorizaciones, registros, o cualesquiera otros actos de autoridad.

El derecho autoriza al que guarda un secreto industrial a transmitirlo o autorizar su uso a un tercero, quien asume la obligación de no divulgarlo y a establecer cláusulas de confidencialidad en los contratos de transferencia que se suscriban.

Es el transferir el conocimiento técnico que el titular adquiere un derecho subjetivo, no sobre el conocimiento, sino a exigir a la contraparte que cumpla las prestaciones pactadas. La ley habla del derecho a transmitir el secreto industrial (debería decir la información).

El titular exige una contraprestación al licenciataria para darle acceso a una información secreta, no licencia un derecho subjetivo la contraprestación incluirá, además del precio, la obligación de mantener el secreto y evitar que se divulgue.

El cedente se obliga a guardar la confidencialidad de la información transmitida y, cuando cede todos los derechos, a no hacer uso a través del contrato de confidencialidad, se trata de combatir la deslealtad empresarial, la deslealtad de un empleado, la fuga deliberada de secretos, el espionaje industrial etc.

Sherwood, define al secreto comercial en los términos siguientes: Es habitualmente información comercial o industrial valiosa que una empresa quiere evitar que otros conozcan.³⁴⁰

3.- Contrato de Confidencialidad

Por obligación se entiende el vínculo que sujeta a hacer o abstenerse de hacer una cosa, establecido por precepto de ley, por voluntario otorgamiento o por derivación de ciertos actos.

Así existen obligaciones de:

- Hacer
- Dar
- Dejar de hacer
- No hacer

La Obligación de no hacer contempla una Protección jurídica en materia civil penal y laboral. Por lo tanto, el Contrato de confidencialidad y relación laboral permite una vinculación para lograr que el secreto o información confidencial de la empresa no se divulgada así. Este se puede obtener mediante contratos dirigidos específicamente a tal fin, o como parte de actos jurídicos de mayor amplitud, una persona puede convenir, no comunicar determinados conocimientos a terceros o no utilizados ya sea en forma general o fuera de ciertos límites temporales físicos o económicos.

Para Guillermo Cabanellas el derecho de lealtad deriva del principio de buena fe que es principio de todo contrato, el deber de fidelidad emana del contrato de trabajo y tiene sobre este fisonomía propia significando propiamente contractual debido al carácter personal de toda relación laboral es especialmente importante la fidelidad que debe existir al darse y recibir información el deber de fidelidad es una consecuencia natural de la relación surgida del trabajo y cada deber y cada derecho es consecuencia del deberé d fidelidad y medio para su cumplimiento la obligación principal deriva de su contrato consistente en la prestación de sus servicios, el trabajador tiene otros deberes destaca el de fidelidad a la

³⁴⁰ Sherwood, Robert. "Propiedad Intelectual y Desarrollo Económico". Editorial Heliasta. Argentina. 1992. p. 26

empresa demandado por la naturaleza predominantemente personal y no patrimonial del contrato de trabajo la fidelidad e impone siempre al trabajador con respecto a la empresa a la cual presta sus servicios observar una regla de conducta laboral y ética revelada en el cumplimiento de sus obligaciones laborales y principalmente en no violar el secreto de la empresa y no competir deslealmente.³⁴¹

La obligación de fidelidad del trabajador se traduce especialmente en la de mantener los secretos relativos a la exploración y negocios de su empresario, lo mismo durante el contrato que después de su extinción.³⁴²

El contrato de confidencialidad se recomienda que sea suscrito por todas aquellas personas que tengan acceso a secretos de la empresa, esto es:

- Directivos
- Técnicos
- Personal de confianza
- Empleados
- Licenciados
- Sublicenciarios
- Personal de contabilidad etc.

El fundamento jurídico para la protección contractual de los secretos empresariales, lo encontramos en el contrato de confidencialidad, a través del cual se puede establecer:

- La transmisión de un secreto industrial.
- La autorización para un tercero
- La obligación de no divulgar dicho secreto industrial

A mayor abundamiento, el artículo 84 de la ley de propiedad industrial establece:

- La persona que guarde un secreto industrial, podrá transmitirlo o autorizar su uso a un tercero. El usuario autorizado tendrá la obligación de no divulgar el secreto industrial por ningún medio.

³⁴¹ Cabanellas, Guillermo. "Tratado de Derecho Laboral". Editorial Heliasta. Tomo II. Argentina. 1988, p. 223

³⁴² Idem. p. 97

En los convenios por los que se transmiten conocimientos técnicos, asistencia técnica, provisión de ingeniería básica o de detalle, se podrán establecer cláusulas de confidencialidad para proteger los secretos industriales que contemplan, las cuales deberá precisar los aspectos que comprenden como confidenciales.

Algunas de las cláusulas que debe contener un contrato de confidencialidad son:

- Algunas de estas cláusulas son:
- Titular del secreto
- El secreto solo debe ser utilizado para el desempeño de las labores
- Obligación de no divulgar el secreto
- Motivo o causa de la rescisión
- Incumplimiento de obligaciones
- Prohibición de divulgar el secreto industrial durante la vigencia del contrato y después de este.
- Prevención de la comisión del delito
- Posibilidad de demandar daños y perjuicios
- Obligación de firmar contrato de confidencialidad con los empleados o proveedores del licenciario, etc.

Las empresas crean e innovan, esas por lo menos son dos actividades necesarias para desarrollarse y crecer.

Ahora incluso para sobrevivir en un ambiente de creciente competencia comercial y en un mercado cada día más globalizado.

La creación e innovación empresarial Cláusulas penales por violación de la confidencialidad en los contratos; medidas de seguridad: videocámaras, control de las comunicaciones, del correo electrónico; mejorar el control de las zonas y áreas donde están las creaciones o las informaciones vitales de la empresa, todos estos son asuntos normales en la vida diaria de una empresa y en consecuencia de los asesores legales. A veces preventivo, a veces como remedio a una violación de la confidencialidad, la regulación de

los secretos industriales debe ser analizada con cuidado por cuanto el valor más importante de las empresas hoy en día, en la era digital es la información.³⁴³

Algunas de las recomendaciones en el medio empresarial consisten en que una vez identifica la información confidencial, se debe señalar cada página que la contenga con la leyenda “información confidencial” y tomar medidas suficientes para que esa información no pueda ser divulgada por ningún medio.

Algunas medidas útiles para cualquier empresa son: controles de entrada y de salida, aéreas restringidas, revisión de personal, convenios de confidencialidad, capacitación del personal que tiene acceso a secretos industriales, circuitos cerrados de televisión, personal de seguridad a la entrada de áreas restringidas, el que los visitantes siempre estén acompañados de personal confiable, el que los visitantes estén vigilados, será hasta este momento cuando la información se pueda considerar como secreto industrial entre más grande sea una empresa, mayores medidas de seguridad en relación con la información deben existir, debido a que en la mayoría de ellas mucha es la gente que puede tener acceso a determinada información. En un caso dado se puede demostrar legalmente que existió divulgación de un secreto industrial.

4.- Relación Laboral y Confidencialidad.

El artículo 20 de la ley laboral mexicana establece:

Artículo 20.- Se entiende por relación de trabajo, cualquiera que sea el acto que le dé origen, la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona, mediante el pago de un salario.

Contrato individual de trabajo, cualquiera que sea su forma o denominación, es aquel por virtud del cual una persona se obliga a prestar a otra un trabajo personal subordinado, mediante el pago de un salario.

La prestación de un trabajo a que se refiere el párrafo primero y el contrato celebrado producen los mismos efectos.

³⁴³ Peña Valenzuela, Daniel. “Nuevos alcances de los Secretos Empresariales en Colombia”. Revista Contexto No, 9. Visible en: <http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/contexto/article/view/1757>

Por lo tanto, siempre que exista una relación laboral podremos establecer contratos de confidencialidad aunados al contrato de trabajo o bien una cláusula de confidencialidad dentro del contrato de trabajo, en virtud de que la obligación de no hacer contenida en dicho contrato y que consiste en la ley de propiedad industrial en la obligación por parte del trabajador de no divulgar la información confidencial que le proporciona la empresa y de la cual le ha prevenido que no podrá divulgarla por ser confidencial por lo tanto esta obligación adquirida por el trabajador respecto del guardar y no divulgación de la información que es considerada como confidencial por la empresa y a la cual tiene acceso por motivo de su trabajo permite a la empresa como titular de dicha información el realizar acciones jurídicas de carácter laboral, civil o penal

A mayor abundamiento el Artículo 47 fracciones IX de la Ley Federal del Trabajo: establece como causa de rescisión de la relación laboral sin responsabilidad para el patrón: El revelar el trabajador los secretos de fabricación o dar a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio de la empresa.

A mayor abundamiento el Artículo 134 fracción XIII de la Ley Federal del Trabajo. establece como obligación de los trabajadores: Guardar escrupulosamente los secretos técnicos, comerciales y de fabricación de los productos cuya elaboración concurren directa o indirectamente, o de los cuales tengan conocimiento por razón del trabajo que desempeñen, así como de los asuntos administrativos reservados, cuya divulgación pueda causar.

Por lo tanto, la acción de naturaleza laboral en caso de incumplimiento por parte del trabajador sería la de despido justificado por parte de la empresa independientemente de otras acciones de diversa índole que puede iniciar como es en materia penal y específicamente como un delito especial federal lo dispuesto en el Artículo 223 fracción III de la Ley de propiedad industrial:

Revelar a un tercero un secreto industrial, que se conozca con motivo de su trabajo, puesto, cargo, desempeño de su profesión, relación de negocios o en virtud del otorgamiento de una licencia para su uso, sin consentimiento de la persona que guarde el secreto industrial, habiendo sido prevenido de su confidencialidad, con el propósito de obtener un beneficio económico para sí o para el tercero o con el fin de causar un perjuicio a la persona que guarde el secreto

Fracción IV.- Apoderarse de un secreto industrial sin derecho y sin consentimiento de la persona que lo guarde o de su usuario autorizado, para usarlo o revelarlo a un tercero, con el propósito de obtener un beneficio económico para sí o para el tercero o con el fin de causar un perjuicio a la persona que guarde el secreto industrial o a su usuario autorizado.

Fracción V.- Usar la información contenida en un secreto industrial que conozca por virtud de su trabajo, cargo, puesto, ejercicio de su profesión o relación de negocios sin consentimiento de quien lo guarde o de su usuario autorizado, con el propósito de obtener un beneficio económico o con el fin de causar un perjuicio a la persona que guarde el secreto industrial o su usuario autorizado.

Artículo 224.- Se impondrán de dos a seis años de prisión y multa por el importe de cien a diez mil días de salario mínimo general diario vigente en el Distrito federal a quien cometa los delitos que se señalan en el artículo anterior.

Artículo 226.- Independientemente del ejercicio de la acción penal, el perjudicado por cualquiera de los delitos a que esta ley se refiere podrá demandar del o de los autores de los mismos, la reparación y el pago de los daños y perjuicios sufridos con motivo de dichos delitos.

Como puede observarse en la legislación mexicana los acuerdos de confidencialidad derivados de una relación laboral otorgan a al titular de dicho secreto acciones de naturaleza laboral, penal y de daños y perjuicios.

Existe la duda respecto de cuando cesa o termina esta obligación de la guarda de secretos comerciales o industriales en el caso la pregunta especifica la pregunta es si perdura después de la relación laboral, al respecto tiene aplicación la siguiente tesis de jurisprudencia mexicana:

TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA, LA GUARDA DE SECRETOS COMERCIALES O INDUSTRIALES, NO CESA POR HABER TERMINADO EL CONTRATO DE: Las clausulas de guarda de secretos incluidos en los contratos sobre transferencia de tecnología, coinciden en la obligación para el adquiriente de la tecnología de no divulgar un conocimiento o sistema al que se ha tenido acceso en virtud de la prestación de servicios técnicos, ni de hacer otro uso del mismo que el especificado. En efecto, el uso de una patente o método puede ser facilitado, pero

con la prohibición de hacerlos del conocimiento de otras personas salvo de aquellas directamente relacionadas con el mismo, e inclusive se puede obligar al receptor a incluir en los contratos de trabajo que celebre con sus empleados, una cláusula en la que estos. Se comprometen a guardar el secreto comercial e industrial, al cual lógicamente tendrán acceso como consecuencia de la labor específica que desempeñan dentro de la empresa, situación jurídica que se surte en la generalidad de los contratos de transferencia de tecnología. Ahora bien, la obligación aludida tiene vigencia por el término del contrato que la contiene, ya que la finalidad de la misma es fundamentalmente la de impedir que terceras personas, básicamente competidores, lleguen a conocer secretos industriales, causando un daño tanto al receptor de tecnología como el trasmisor; sin embargo, aquella obligación no cesa al momento de concluir el término de vigencia de contrato, en virtud de que la misma no depende de la ley de transferencia tecnológica, ni de los convenios que al respecto se hagan surtiendo sus efectos con independencia de las prestaciones que constituyan el objeto real del contrato o sea en forma extracontractual en virtud de que tal situación jurídica no se encuentra prevista dentro de las prohibiciones a que alude el artículo 7 de la citada, puesto que en las catorce fracciones que contiene aquel precepto, solo hace referencia en forma limitativa a los casos en que no se puede registrar un contrato o convenio, mas no se establece la situación de que al fenecer un contrato, también cesen los efectos de la cláusula de guarda de secretos.

Precedentes.

Informes de labores rendido en la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en el año de 1978. 3ª parte tribunales colegiados de distrito pág. 210 y 211.³⁴⁴

Por lo tanto la conclusión respecto a la interrogante es que la obligación de secrecía por parte del trabajador no cesa al término de su relación laboral.

A mayor abundamiento es loable reconocer la legislación de Costa Rica específicamente la ley 7975 de información no divulgada que establece como objetivos de dicha ley:

³⁴⁴ Carrasco Fernández, Felipe Miguel. “Jurisprudencia en Marcas, Patentes y Derechos de Autor”. OGS Editores. 1ª Edición. México. 1997. p. 325

a) Proteger la información no divulgada relacionada con los secretos comerciales e industriales.

b) Contribuir a promover la innovación tecnológica y la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de productores y usuarios, de los conocimientos tecnológicos, de modo que favorezcan el bienestar socioeconómico, así como el equilibrio de derechos y obligaciones.

Su ámbito de protección es la información no divulgada referente a los secretos comerciales e industriales que guarde, con carácter confidencial, una persona física o jurídica para impedir que información legítimamente bajo su control sea divulgada a terceros, adquirida o utilizada sin su consentimiento por terceros, de manera contraria a los usos comerciales honestos, siempre y cuando dicha información se ajuste a lo siguiente:

a) Sea secreta, en el sentido de que no sea, como cuerpo ni en la configuración y reunión precisas de sus componentes, generalmente conocida ni fácilmente accesible para las personas introducidas en los círculos donde normalmente se utiliza este tipo de información.

b) Esté legalmente bajo el control de una persona que haya adoptado medidas razonables y proporcionales para mantenerla secreto.

Asimismo y en relación a la vinculación en el ámbito laboral el artículo 7 de dicha ley establece lo siguiente:

Artículo 7.- Toda persona que con motivo de su trabajo, empleo, cargo, desempeño de su profesión o relación de negocios, tenga acceso a información no divulgada en los términos señalados en el primer párrafo del artículo 2 de esta ley y sobre cuya confidencialidad se le haya prevenido en forma expresa, deberá abstenerse de usarla o divulgarla sin consentimiento del titular, aun cuando su relación laboral, el desempeño de su profesión o la relación de negocios haya cesado.

En los contratos por los que se transmiten conocimientos técnicos especializados, asistencia técnica, provisión de ingeniería básica o tecnologías, podrán establecerse

cláusulas de confidencialidad para proteger la información no divulgada que reúnan las condiciones referidas en el primer párrafo del artículo 2 de la presente ley.³⁴⁵

La legislación argentina igual que los derechos extranjeros no prevén un cuerpo normativo orgánico dirigido a proteger los conocimientos no patentados, las normas aplicables a esos conocimientos se encuentran dispersas en diversas leyes relativas a variados temas o bien han sido desarrollada por la jurisprudencia o sistematizados por la doctrina a partir de reglas generales de distintas especies.³⁴⁶

Como puede observarse la tendencia internacional es la preservación y protección legal de aquella información que es considerada como privilegiada y que representa para la empresa una ventaja competitiva; por lo tanto, se recomienda a las empresas respecto de su información confidencial lo siguiente:

- 1.- Detectar la información confidencial de la empresa.
- 2.- Establecer políticas de acceso a la información confidencial
- 3.- Firma de contrato de confidencialidad conjuntamente con el contrato laboral.
- 4.- Incluir la leyenda completa de confidencialidad en documentos que tengan dicho carácter.
- 5.- Establecer políticas de uso en la empresa para la información que se considera confidencial.
- 6.- Auditar permanentemente el acceso de la información confidencial de la empresa.
- 7.- Ejercer acciones legales en contra de los infractores de la información confidencial

Un ejemplo claro de dicha preocupación y la importancia de la información confidencial de la empresa la podemos observar en los códigos de conducta empresarial o buen gobierno corporativo por parte de diversas empresas a vía de ejemplo, encontramos respecto de la empresa Grupo Iberdrola en el código de conducta profesional lo siguiente:

³⁴⁵ Ley N° 7975 - Información no Divulgada. Costa Rica. Visible en: <http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=886>

³⁴⁶ Cabanellas, Guillermo. “Protección de los Conocimientos ...” Op. Cit. p. 73

1.2 Los directivos del Grupo Iberdrola deberán conocer particularmente las leyes y reglamentaciones que afecten a sus respectivas áreas de actividad y deberán asegurarse de que los profesionales de ellos dependientes reciban la adecuada información y formación que les permita entender y cumplir con las obligaciones legales y reglamentarias aplicables a su función laboral.

2.1. El Grupo Iberdrola manifiesta su compromiso y vinculación con los derechos humanos y laborales reconocidos en la legislación nacional e internacional y con los principios en los que se basan el Pacto Mundial de Naciones Unidas, las Normas sobre las Responsabilidades de las Empresas Transnacionales y Otras Empresas Comerciales en la Esfera de los Derechos Humanos de Naciones Unidas, las Líneas Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social de la Organización Internacional del Trabajo, así como los documentos o textos que puedan sustituir o complementar a los anteriormente referidos.

12.1. La información no pública que sea propiedad de o esté confiada al Grupo Iberdrola tendrá, con carácter general, la consideración de información reservada y confidencial, y estará sujeta a secreto profesional, sin que el contenido de la misma pueda ser facilitado a terceros, salvo autorización expresa del órgano del Grupo Iberdrola que sea competente en cada caso o salvo requerimiento legal, judicial o de autoridad administrativa.

12.2. Es responsabilidad del Grupo Iberdrola y de todos sus profesionales poner los medios de seguridad suficientes y aplicar los procedimientos establecidos para proteger la información reservada y confidencial registrada en soporte físico o electrónico, frente cualquier riesgo interno o externo de acceso in consentido, manipulación o destrucción, tanto intencionada como accidental. A estos efectos, los profesionales del Grupo Iberdrola guardarán confidencialidad sobre el contenido de su trabajo en sus relaciones con terceros.

12.3. Revelar información reservada y confidencial y usar la información reservada y confidencial para fines particulares contraviene este Código de Conducta Profesional.

c) Recomendar a un tercero que compre o venda valores negociables o instrumentos financieros o que haga que otro los compre o venda basándose en dicha información privilegiada.

13.3. Las prohibiciones establecidas en el apartado anterior se aplican a cualquier profesional que posea información privilegiada cuando dicho profesional sepa o hubiera debido saber que se trata de información privilegiada. Asimismo, se aplicarán a cualquier información sobre otras sociedades cotizadas que pueda considerarse información privilegiada y a la que el profesional haya tenido acceso en el desarrollo de su trabajo o cargo en el Grupo Iberdrola.³⁴⁷

Para algunos los secretos industriales y la información confidencial se encuentran también en los contratos de transferencia tecnológica, los cuales pueden agruparse en diversas especies con los siguientes rubros: Contrato de licencia, Know how, información técnica, asistencia técnica y consultoría. Para ellos es también aplicable las cláusulas de confidencialidad de los que se considera información confidencial en dichos contratos.³⁴⁸

Conclusiones

1.- Las empresas pueden establecer contratos de confidencialidad de la información a la cual tiene acceso el trabajador.

2.- Derivado de la relación laboral y en virtud del acuerdo de confidencialidad el empleador se obliga a no divulgar durante la relación de trabajo y después de ésta la información que el emperador le ha entregado con motivo de su trabajo y para el desempeño de éste.

3.- La información confidencial de la empresa es materia de protección jurídica a través de contratos de confidencialidad aunado al contrato de trabajo o bien a través de una cláusula de confidencialidad en el contrato laboral.

³⁴⁷ Grupo Iberdrola. “Código de Conducta Profesional del Grupo Iberdrola”. Visible en: http://www.iberdrola.es/webibd/gc/prod/es/doc/respon_codigoconducta.pdf

³⁴⁸ Farina, Juan M. “Transferencias Tecnológicas en Derechos Intelectuales”. No. 5. Editorial Astrea, Argentina. 1991. p. 241

4.- La violación por parte del empleado de la información confidencial de la empresa da motivo a acciones de carácter laboral, penal y de daños y perjuicios por parte del empleador en contra del trabajador.

5.- La legislación laboral mexicana no contempla una definición de secreto industrial o comercial o de fabricación; por lo tanto, para aplicar la causal de rescisión de la relación laboral sin responsabilidad para el empleador debemos acudir a la Ley de Propiedad Industrial que define en su artículo 82 el concepto de secreto industrial.

Bibliografía:

1. Bazaldúa Guardiola, Arturo. “La Clausula de Confidencialidad en las Relaciones de Trabajo”. Revista Empresarial. Noviembre - Diciembre 2010. Visible En: <http://www.intelegis.com.mx/PDFs/201011/201011-clausulaConfidencialidad.pdf>
2. Benavente Chorres, Hesbert. “El contrato de Know how o de provisión de conocimientos técnicos: Aspectos a ser considerado para su regulación normativa”. Ius et Praxis. Vol. 14. No. 2. 2008. Universidad de Talca. Chile.
3. Cabanellas, Guillermo. Compendio de Derecho Laboral, Tomo I. Editorial Heliasta, S.R.L., 4ª Edición, Buenos Aires, Argentina. 2001
4. Cabanellas, Guillermo. “Contratos de Licencia y de Trasferencia Tecnológica en el Derecho Privado”. Editorial Heliasta. Argentina. 1994.
5. Cabanellas, Guillermo. “Protección de los Conocimientos Técnicos no Patentados en el Derecho Positivo Argentino”. En Derechos Intelectuales No. 3. Editorial Astrea. Argentina. 1988.
6. Cabanellas, Guillermo. “Tratado De Derecho Laboral”. Editorial Heliasta. Tomo II. Argentina. 1988
7. Carrasco Fernández, Felipe Miguel. “Jurisprudencia en Marcas, Patentes y Derechos de Autor”. OGS Editores. 1ª Edición. México. 1997.

8. Chaves Corrales, Pedro. “La Valoración Económica de los Activos de Propiedad Intelectual”, En Revista de Ciencias Jurídicas. Universidad De Costa Rica. Septiembre-Diciembre. No. 105. 2004. Visible en: <http://www.metabase.net/docs/bpj-cr/37807.html>
9. Farina, Juan M. “Transferencias Tecnológicas en Derechos Intelectuales”. No. 5. Editorial Astrea, Argentina. 1991.
10. Grupo Iberdrola. “Código de Conducta Profesional del Grupo Iberdrola”. Visible en: http://www.iberdrola.es/webibd/gc/prod/es/doc/respon_codigoconducta.pdf
11. La Casa de los Riscos, S.A. “Clausulas de No-Competencia en la Relación Laboral y Aspectos Relacionados”. Visible en: <http://www.casadelosriscos.com/articulos/clausulasdenocompetenciaboral.pdf>
12. Ley N° 7975 - Información no Divulgada. Costa Rica. Visible en: <http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=886>
13. Oficina Internacional de la OMPI, “Aspectos de la Protección contra la Competencia Desleal relevantes para la Integración de los Países del Mercosur”. 1994. Citado por Mitelman, Cuestiones de Derecho Industrial, 1999
14. Peña Valenzuela, Daniel. “Nuevos alcances de los Secretos Empresariales en Colombia”. Revista Contexto No, 9. Visible en: <http://foros.uexternado.edu.co/ecoinstitucional/index.php/contexto/article/view/1757>
15. Ribas, Xavier. “Protección frente a empleados desleales”. Visible en: <http://www.onnet.es/03004003.htm>
16. Sherwood, Robert. “Propiedad Intelectual y Desarrollo Económico”. Editorial Heliasta. Argentina. 1992.

17. Sierralta Ríos, Aníbal. “La dominación tecnológica: una visión latinoamericana. En Propiedad Intelectual. No. 12. Enero-dicimebre 2009, Universidad de los Andes, Venezuela.

18. Wong Cam, David. Visible en:

www.docentes.up.edu.pe/dwong/la_verdadera_ventaja_competitiva_los_intangible.htm

EL DERECHO DEL CONSUMIDOR EN EL ENTORNO DIGITAL.

*Alejandro Loredo Álvarez*³⁴⁹

Palabras Clave: Consumidor; entorno digital; contratos a distancia; comercio electrónico.

El origen de la protección de los consumidores se ubica en los Estados Unidos de América. De inicio el objetivo a lograr era sencillamente hacer intervenir a las autoridades administrativas en el control de determinadas situaciones de mercado que constituían situaciones abusivas contra el colectivo de los consumidores³⁵⁰. Como punto de referencia suele tomarse el “*Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest*”, pronunciado por el Presidente J.F. Kennedy el 15 de marzo de 1962.

Nuestra constitución política, como producto de ese movimiento, consigna entre otros derechos sociales, en su artículo 28, párrafo tercero el de la protección del consumidor, así como velar por su organización para el mejor cuidado de sus intereses. Este principio no es aislado ni se circunscribe sólo al mismo precepto constitucional, si no forma parte de la concepción de la rectoría económica del Estado mexicano, de ámbito social, consignado en el artículo 25 que se refiere entre otras cosas a que el Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional y, en su último párrafo, nos refiere que la ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares y proveerá las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional, en los términos que establece la Constitución.

Lo que dice el texto constitucional es que el Estado promoverá y vigilará la actividad económica de los particulares por lo que serán respetados los derechos del consumidor.

La Ley Federal del Consumidor vigente, es de orden público e interés social. Son leyes de orden público o de interés público aquellas que están motivadas por interés general, que protege directamente a la sociedad. Tienen un elemento conocido desde el derecho romano como *jus cogeos*, que les da una fuerza imperativa absoluta; sus normas no pueden ser modificadas por la voluntad de particulares y se imponen a los destinatarios. Los romanos decían: “*privatoran convention juri publico non derogat*” (Ulpiano, Dig. Lib. Tít. 17, fr. 45)

³⁴⁹ Maestro en Derecho Empresarial y Fiscal por la Universidad Iberoamericana Puebla; Egresado de la Licenciatura en Derecho del I.T.A.M.; Miembro del Consejo Científico Internacional de la Federación Iberoamericana de Derecho Informática.

³⁵⁰ Vega Vega, José Antonio, *Ops. Cit.* Nota 14

Pertencen a esta categoría todas las leyes de derecho público. El jurisconsulto argentino Hugo Alsina definió al orden público como el conjunto de normas en que reposa el bienestar común y ante el cual ceden los derechos de los particulares. La H. Suprema Corte de Justicia, al resolver el amparo 360/970, entiende el orden público como “el conjunto de principios con arreglo a los cuales se organizan las instituciones sociales básicas”. Para el maestro Ignacio Burgoa Orihuela, la idea de interés social impone lógicamente la conclusión de que el mismo constituye el *substratum* de la causa final de las normas de orden público, es decir, su motivación real y su teleología. Por ende, toda disposición jurídica que ostente este carácter es, a su vez, por modo concomitante, de interés social o estatal, puesto que al establecer una determinada regulación tiende a crear situaciones de aprovechamiento colectivo en múltiples y diversos aspectos.³⁵¹

En lo particular, se considera como interés social la necesidad que tiene el Estado de que se respete y proteja a una determinada clase desvalida contra el abuso de otra³⁵². Al respecto, es necesario recordar los principios generales del derecho que establecen los artículos 6 y 8 del Código Civil Federal.

Artículo 6°. La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero.

Artículo 8°. Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario.

El objeto de la ley es el de promover y proteger los derechos y cultura del consumidor y procurar la equidad, certeza y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores. Objeto que a la letra es incuestionable, pero ante el medio digital no alcanza a realizar los principios que en él se consignan.

Un principio básico de las relaciones de consumo que la ley enlista es la real y efectiva protección del consumidor en las transacciones efectuadas a través del medio electrónico.

Siempre es difícil encontrar una definición adecuada para una institución o fenómeno jurídicos, mas si es un derecho nuevo como el Derecho del Consumidor; no obstante, el Derecho del Consumidor tiene su génesis principalmente en la Libertad de Comercio que, como ya se indicó protege el libre accionar de los comerciantes en su afán de lucro, promoviendo además la libre y leal competencia entre éstos. Sin embargo, el contenido de esta garantía se ha ampliado hasta la protección de los consumidores, tal y

³⁵¹ Burgoa Horiguela, Ignacio, *El juicio de amparo*. México, edit. Porrúa, 21 ed. Pág. 738.

³⁵² Loredó Hill, Adolfo, *Nuevo Derecho Autoral Mexicano*, México, edit. FCE, 2000.

como lo plantea Broseta Pont, cuando dice:las normas de la competencia mercantil ya no están exclusivamente orientadas a proteger o tutelar a los empresarios, sino que tienden a defender los intereses de los consumidores, así como sus derechos económicos y sociales(...), la defensa de los consumidores, adquiere relevancia... en cuanto poder compensador en una economía de mercado que debe equilibrarse con el principio de libertad de empresa...³⁵³

Si trasladamos esta diferencia al tema que nos ocupa, diremos que el derecho del consumidor es un sistema global de normas, principios e instrumentos de implantación en favor del consumidor. Los derechos del consumidor, al contrario, son modernamente la proyección individual del derecho del consumidor. Los derechos del consumidor dimanar del derecho del consumidor.³⁵⁴

Los consumidores en línea se consideran en desventaja ante los riesgos intangibles y contingentes derivado del anonimato que propicia el Internet y de la dificultad que ello implica para verificar la identidad de las personas que interactúan en línea, la presencia física del proveedor o de su representante, así como la reputación comercial del mismo y la documentación física que exhiben las partes (como su título profesional), o en el caso de sociedades mercantiles, la escritura constitutiva y los poderes del representante legal), dan certeza de la identidad de la parte con la que se está llevando a cabo una transacción.

Otras inquietudes derivan del hecho de que el consumidor necesita contar con información suficiente para tomar una decisión razonada sobre la transacción que vaya a llevar a cabo y, en el supuesto de resolver cómo hacer y ante quién acudir para el caso de un incumplimiento del proveedor si éste no se encuentra en la misma ciudad o país. ¿Qué leyes son aplicables a aquella transacción efectuada por un consumidor vía Internet, cuando el proveedor y el consumidor se encuentran en países diferentes? El consumidor tiene la creencia de que al realizar operaciones comerciales en la red, le serán aplicables las mismas normas que rigen en su lugar de residencia, por lo que espera que la ley de protección del consumidor que le compete, le proteja cuando realice una compra por Internet sin importar el lugar dónde se ubique el proveedor.

Otro aspecto importante que no desestima el consumidor, es que tenga la posibilidad de exigir el reembolso en caso de que las condiciones de contratación no sean las acordadas. El llevar un juicio en el extranjero es caro e incierto el resultado.

³⁵³ Broseta Pont, Manuel, *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid, 1994. pp. 157-158.

³⁵⁴ Alterini Atilio *et al.* *Defensa de los consumidores de productos y servicios. Daños-Contratos* Buenos Aires, 1994. p.95

Un rasgo del tema que no es prudente soslayar, es el punto de la deshumanización del contrato que describe Lorenzetti³⁵⁵, ya no hay un consenso basado en la yuxtaposición de voluntades, sino en actos unilaterales de autonomía que se exponen sin mezclarse, donde concurren intereses al utilizar lenguajes distintos, netamente técnicos diferente a la palabra ordinaria³⁵⁶, que carece de ambigüedad, presupuesto indispensable de la interpretación por lo que no se puede aplicar las reglas de la hermenéutica contractual a los contratos telemáticos³⁵⁷. Hay acuerdo pero no contrato³⁵⁸. No hay cabida al diálogo, a la interacción, se pasa del habla al silencio. La incorporación de estos nuevos medios a la vida económica y social supone una serie de ventajas, pero también desventajas, como todo fenómeno: desafíos a los derechos básicos de las personas, la libertad está siendo vulnerada. Aumenta la capacidad del “cibernauta” de expresarse en libertad pero en soledad, el navegante feliz, pero socialmente cada vez más aislado³⁵⁹ y sin capacidad crítica³⁶⁰: ha nacido el *netcitizen*³⁶¹. Sartori, acompleta la arremetida al afirmar que un conocimiento mediante imágenes no es un saber en el sentido cognoscitivo del término y que, más que difundir el saber, erosiona los contenidos del mismo³⁶².

El Capítulo VII Bis De los derechos de los consumidores en las transacciones efectuadas a través del uso de medios electrónicos ópticos o de cualquier otra tecnología, de la Ley Federal de Protección al Consumidor, recoge los preceptos básicos de la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los contratos Internacionales (publicada en el

³⁵⁵ Véase la llamada deshumanización del contrato, *op.cit.*, nota 74, p. 167.

³⁵⁶ Se habla de lenguaje electrónico. “El lenguaje de la computadora es, como los lógicos habían esperado, el triunfo de la estructura sobre el contenido...El nuevo enfoque consiste en considerar al lenguaje como una estructura algebraica más que como un lexicón de palabras individuales. Lo que importa es la forma en que nombres, verbos y otras partes de la oraciones pueden unir para generar frases”. Véase Bolter David, el lenguaje electrónico, tomado de “El hombre de Turing. La cultura occidental en la era de la computación”, México, Fondo 2000, FCE, 2001. Págs. 47-49.

³⁵⁷ **Irti Natalino, Principi e problema di interpretazione contrattuale, citado por Lorenzetti, op.cit nota 74, p. 168**

³⁵⁸ Natalino, Irti, “Scambio senza accordo”, citado por Lorenzetti, R. op. cit. Nota 5.

³⁵⁹ Lorenzetti Ricardo, *Comercio electrónico*, Argentina, Abeledo-Perrot, 2001, p. 23.

³⁶⁰ Rodota Stefano, “Libertá, oportunidad, democracia e informazine”, *Internet e privacy: quali regole?* citado por Lorenzetti R., *op.cit.* nota 112.

³⁶¹ *netcitizens*, término tomado de Branscomb, Anne, “Anatomy, autonomy and accountability: challenges to the first amendment in cyberspace”, *the Yale Law Journal*, vol. 104, 1995, p. 1639, citado por Lorenzetti, R., véase nota 5.

³⁶² Sartori, Giovanni, *Homo videns, la sociedad teledirigida*, México, 2005, Punto de lectura, p. 61.

Diario Oficial de la Federación el 14 de mayo de 1996). Pero debemos de tener en cuenta dos importantísimas fuentes internacionales una directa y una como referencia en el análisis de la ley mexicana: la ley de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) aprobada mediante la resolución 51/162 por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1996, y las Directivas³⁶³ del Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea.

El artículo 76 BIS de la ley, enlista una serie de requisitos que las transacciones por medios digitales deben cumplir. Seis fracciones describen las diferentes obligaciones que el proveedor debe respetar y atender en el intercambio de bienes y servicios a ofrecer. Proveer información de los datos generales del proveedor así como las del producto, condiciones de entrega, condiciones y costos y evitar prácticas comerciales engañosas, entre otras. Hasta aquí es el alcance.

Las principales Directivas europeas incluyen disposiciones legales a favor del consumidor que la ley mexicana consigna parcialmente. Adicionalmente, artículos propios de la ley que pueden ser útiles en este marco, no se aplican en el capítulo del comercio electrónico al ser parte de otros capítulos, cuyos artículos se aplican sólo en ese apartado, un ejemplo, los artículos 53 al 56, que corresponden al capítulo V de las ventas a domicilio, mediatas o indirectas.

La Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, que en sus considerandos señala que conforme a los principios establecidos en los artículos 8 y 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 procede reconocer al consumidor el derecho a la protección de la vida privada, en particular frente a ciertas técnicas de comunicación especialmente insistentes y, en consecuencia, precisar los límites específicos a la utilización de este tipo de técnicas, y también reconoce la condición que tiene el

³⁶³ La directiva vincula a todo Estado miembro destinatario en lo referente al resultado a alcanzar, dejando a las instancias nacionales la competencia en cuanto a la forma y a los medios. Es un medio de legislación indirecta, puesto que sólo se fijan los principios que se desarrollarán por los procedimientos de la legislación nacional. Entra en vigor con su notificación al Estado miembro destinatario y se redacta en la lengua del o de los destinatarios. Se publica en el Diario Oficial "para información". Las directivas, igual que los reglamentos, son adoptadas por el Consejo a propuesta de la Comisión y previa consulta del Parlamento. La directiva es el medio de acción exclusivo de las instituciones en materia de armonización de las legislaciones. En el Considerando 2 de la directiva nos refiere que el desarrollo del comercio electrónico en la sociedad de la información ofrece importantes oportunidades para el empleo en la Comunidad, especialmente para las pequeñas y medianas empresas, que facilitará el crecimiento de las empresas europeas, así como las inversiones en innovación, y también puede incrementar la competitividad de la industria europea, siempre y cuando Internet sea accesible para todos.

consumidor en el comercio electrónico al señalar que el consumidor no tiene la posibilidad real de ver el producto o de conocer las características del servicio antes de la celebración del contrato; que es conveniente establecer, un derecho de rescisión.

La información que nos dice la fracción III, del artículo 76 BIS de la ley, que debe dar el proveedor al consumidor, es explicada en el artículo 4 de la Directiva, y que se complementa con la información respecto de las transacciones electrónicas que ordena la Directiva sobre Comercio Electrónico, entre los que destacan el número de registro de la empresa ante el registro público de comercio. De igual forma, el artículo 6 de la Directiva da al consumidor un plazo de seis días laborables para rescindirle sin penalización alguna y sin indicación de los motivos. La ley mexicana cinco días. Aquí se habla de rescisión y nuestra ley de revocación, figuras diferentes. La rescisión es un Procedimiento dirigido a hacer ineficaz un contrato y otra cosa la revocación que es la acción o efecto de dejar sin efecto un acto jurídico³⁶⁴.

Otra práctica habitual en esta clase de contratación, como sabemos, ha sido la utilización de los denominados contratos de adhesión, es decir, contratos cuyas cláusulas han sido previamente redactadas, la mayoría de las veces, por no decir todas, por la parte más poderosa (ventajosa) y que, en principio, ante los mismos no cabe otra postura que aceptarlos o rechazarlos en su conjunto, sin que suela haber opción a una modificación parcial.

El consumidor, que por regla general, se encuentra en algunas ocasiones imposibilitado de discutir las estipulaciones del contrato constituye el desequilibrio económico que se presenta entre las partes.

Carlos Tortras y Bosch³⁶⁵ señala que no es raro que nos encontremos con "*cláusulas abusivas*", lo que podría dar lugar a la anulabilidad de dichas cláusulas e incluso de los contratos que las contienen.

Creemos que los contratos en que las condiciones están predispuestas son absolutamente necesarios y ello es consecuencia del tráfico mercantil de hoy en día. Sin embargo, el hecho de reconocer la necesidad de este tipo de cláusulas predispuestas (en nuestro caso cláusulas relativas a contratación electrónica), no significa que las aceptemos

³⁶⁴ La rescisión se distingue de la revocación en que la revocación la lleva a cabo el mismo juez que pronunció el proveimiento, mientras que la rescisión la puede hacer un tribunal diferente; y en que la revocación es espontánea y la rescisión provocada por quien está legitimado para impugnar el proveimiento.

³⁶⁵ Tortras y Bosch, Carlos, "El delito informático", Barcelona, número 17 monográfico de ICADE, Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales.

sin ninguna reserva, ya que en la mayoría de los casos implican la creación de situaciones abusivas. La situación de desequilibrio se agrava debido al desconocimiento que el consumidor -una de las partes- tiene del proveedor en línea y de los detalles de los productos o servicios, aunado a ello, que puede presionar y condicionar la voluntad del consumidor, la parte débil en la contratación, con políticas comerciales que alteran el beneficio del producto en aras de los intereses de la venta misma.

El comercio electrónico internacional, siguiendo a Vega Vega, se basa en contratos que generalmente son propuestos por empresas transnacionales. No hay igualdad en las partes, por lo que en la práctica, se produce un desequilibrio contractual que ha llevado a algunos ordenamientos a dictar normas que atemperen la disparidad de riesgos que puedan producirse³⁶⁶. El desequilibrio contractual se da, por la notoriedad de los contratos al tener algunas veces una gran complejidad, que en muchos casos desconocen los propios consumidores y usuarios. Y por adoptar la posición los consumidores de meros adherentes, al verse obligados a perfeccionar un contrato que ha sido redactado por entes económicos que le son totalmente ajenos³⁶⁷.

La Ley Federal de Consumidor, en su artículo 85 define por contrato de adhesión al documento elaborado unilateralmente por el proveedor, para establecer en formatos uniformes los términos y condiciones aplicables a la adquisición de un producto o la prestación de un servicio, aun cuando dicho documento no contenga todas las cláusulas ordinarias de un contrato.

¿Se podría considerar que una cláusula contractual que no se hayan negociado individualmente es abusiva si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, mas si se trata de una ley de orden público? Se considera que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión. Y, ¿si tal calificación al ir en contra del consumidor, puede acarrear la nulidad del contrato en términos de la propia ley de la materia? Planteamientos contruidos a la luz de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. La respuesta a los anteriores cuestionamientos se encuentran en los artículo 90 y 90 BIS de la ley, al declarar

³⁶⁶ *Op. Cit. Vega Vega, pág. 289*

³⁶⁷ *Ibidem*

que no serán válidas y se tendrán puestas las cláusulas que vayan en contra de los derechos mínimos del consumidor.

Las cláusulas, condiciones y estipulaciones que se consideren abusivas tendrán la consideración de nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas (art. 6 C.C.). De esta tajante disposición colegimos que se trata de una nulidad parcial del contrato, puesto que las demás cláusulas quedarán subsistentes.

Lo anterior, lo expresamos en virtud de que el artículo 24 relativo a las facultades de la Procuraduría Federal del Consumidor, en su inciso I y XXI refieren:

I. Promover y proteger los derechos del consumidor, así como aplicar las medidas necesarias para propiciar la equidad y seguridad jurídica en las relaciones entre proveedores y consumidores;

XXI. Ordenar se informe a los consumidores sobre las acciones u omisiones de los proveedores que afecten sus intereses o derechos, así como la forma en que los proveedores los retribuirán o compensarán, y

Un tema que no se puede pasar por alto, la propia Directiva 93/13 regula que se incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas. La ley mexicana lo omite.

Otra área de la ley de protección al consumidor que el proveedor que opera en Internet debe considerar, es la relacionada con el crédito para financiar la adquisición de productos. En primer lugar, los proveedores deben cumplir con ciertas formalidades establecidas en la Ley. En segundo lugar, hay que destacar que en ciertas jurisdicciones el emisor de una tarjeta de crédito comparte responsabilidad con el proveedor de los productos defectuosos. Por ejemplo, la Ley de Crédito al Consumidor del Reino Unido (1974)³⁶⁸ establece que el emisor de la tarjeta de crédito es solidariamente responsable por el incumplimiento del contrato por parte del proveedor bajo ciertas condiciones, como el caso de la comercialización de productos defectuosos.

Si tales condiciones se cumplen, el consumidor tiene derecho a que el emisor de la tarjeta de crédito le reembolse cualquier cantidad que se hubiese cargado a la tarjeta de crédito. Desde luego que el emisor de la tarjeta de crédito tiene el derecho de repetir en

³⁶⁸ Consumer credit Act. Section 75

contra del proveedor. El derecho al reembolso constituye una poderosa arma que permite al consumidor obtener el reintegro de su dinero en caso de que le sea vendidos productos defectuosos. Medidas de esta naturaleza hacen presión para que los emisores de tarjetas de crédito seleccionen cuidadosamente a los proveedores a los que ofrecen sus servicios para que utilicen sus tarjetas.

La economía global propone dificultades enormes en materia de jurisdicción y ley aplicable, así como el ámbito de la defensa del consumidor.

Es posible que un consumidor de Puebla compre un producto fabricado en Asia y comercializado en los Estados Unidos, lo cual puede plantear la duda de si la filial de Puebla responde por los derechos de la red de empresas multinacionales.

El comercio electrónico no se frena en a las barreras nacionales, ya que esta basado en una tecnología propia de la economía globalizada. En materia de derecho del consumidor, predice Lorenzetti³⁶⁹, se postula también una protección propia de la economía global, que se traduzca en organismos internacionales o bien en regulaciones y dispositivos nacionales que actúen de modo homogéneo. En esta línea, se ha postulado la creación de órganos internacionales de control y de sistemas de arbitraje para fijar jurisprudencia.

Punto a observar es que ni la Ley Federal de Protección al Consumidor, ni la Directiva sobre comercio electrónico ni la Ley Modelo de Uncitral, se pronuncian en forma específica sobre este aspecto, limitándose a propugnar la validez de los contratos electrónicos y a establecer el momento de la recepción o expedición de los mensajes de datos, criterios que de manera subsidiaria servirían, en principio, para determinar cuál ha de ser la legislación a aplicar en un determinado caso de incumplimiento para ser invocada por el consumidor y sentirse protegido.

La pregunta obligada: ¿Es posible que algunas reglas de derecho se desvinculen de las nociones reales de espacio y tiempo, aceptando otras de carácter ficticio, para la solución de un caso en Internet? En los contratos, lo que interesa es que haya una manera segura de imputar efectos jurídicos y no determinar si alguien vive en ese lugar, o si estuvo en él para la celebración o cumplimiento; en la web habrá múltiples formas de cumplir con ese requisito. El lugar jurídico puede ser un “nombre de dominio” que no coincida con el lugar real.

Aceptamos la propuesta de Lorenzetti, respecto a aplicar una regla general de imputación legal: *quien utiliza el medio electrónico y crea una apariencia de que éste*

³⁶⁹ *Op. Cit. Lorenzetti Ricardo, pág. 44*

*pertenece a su esfera de intereses, soporta los riesgos y la carga de demostrar lo contrario*³⁷⁰.

Un contrato celebrado en México podrá ser regido cuanto a su formación por la ley mexicana *lex loci contractus*, y eventualmente por la ley extranjera por lo que se refiere a los efectos jurídicos que se deban surtir en el extranjero (art. 13 del Código Civil *a contrario sensu*). En el caso inverso, si se trata de un contrato celebrado en el extranjero podrá ser regido en cuanto a su formación por la ley extranjera y tendrá efectos jurídicos en México, si está conforme a las disposiciones del artículo 6 del Código Civil (la libertad de determinar las condiciones a que se sujetará el contrato sin más límite que el del orden público). La ley aplicable a la formación de un contrato entre ausentes variará según se trate de un acto jurídico, efectuado en México o en el extranjero. Si la oferta o policitud es emitida en México, de acuerdo al sistema de la "recepción" reconocido por el Código Civil vigente (art. 1807) la ley aplicable a la formación del contrato será la ley mexicana. Si por el contrario, la oferta o policitud es efectuada en el extranjero, variará de acuerdo a la ley del oferente, quedando en este caso, la calificación a cargo de la ley extranjera aplicable.

Ahora bien, en el ámbito del derecho internacional privado nuestro fundamento directo es la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales. Si las partes no han elegido ley aplicable o si la elección resulta ineficaz, la ley aplicable al contrato es la ley más estrechamente o directamente vinculada al mismo y es la que se determina atendiendo a todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato (art. 9).

Se entiende por elementos objetivos a aquellas circunstancias de hecho que están vinculadas o con las partes o con el acto jurídico en sí mismo (en este caso, el acto jurídico es el contrato). El informe del José Luis Siqueiros como relator del proyecto de la Convención, señala que son circunstancias objetivas: la nacionalidad de las partes, el domicilio o residencia habitual de las partes, el lugar de celebración del contrato³⁷¹.

No obstante, la acumulación de elementos objetivos puede no ser suficiente para determinar el predominio de las leyes de una jurisdicción sobre las leyes de otra jurisdicción. La simple agrupación de elementos de hecho es insuficiente para determinar la ley aplicable en aquellos casos en los cuales los elementos objetivos del contrato están distribuidos equivalentemente entre los distintos ordenamientos jurídicos relevantes³⁷². La

³⁷⁰ *Op. Cit.*, pág. 21.

³⁷¹ Siqueiros, José Luis, Ley Aplicable en Materia de Contratación Internacional, en Proyecto de Convención Interamericana sobre Ley Aplicable en Materia de Contratación Internacional, OEA/Ser.Q.\CJI/RES.II-6/91\31 de Julio 1991, 28-29 (Material de la OEA sin Publicación).

³⁷² Giral Pimentel, José Alfredo, *La teoría de las vinculaciones el régimen aplicable al contrato en ausencia de la autonomía de la voluntad*. <http://www.zur2.com/fcjp/117/giral.htm>. diciembre 2009.

idea la confirma González de Cosío, pues el tema del derecho que debe regir los contratos, esto es, las obligaciones, se ha impuesto como una de las áreas más conflictivas de esta materia³⁷³.

Se aprecia que hay más de fondo que los elementos objetivos, ya que la disparidad en los niveles de seguridad jurídica de los estados es sólo un factor de referencia. La protección de los consumidores se ve influida por diversos condicionantes, con la preferencia sociales, la tradición política y cultural, el contexto jurídico, los criterios ideológicos, así como otros factores incluidos el nivel de industrialización y desarrollo económico³⁷⁴.

La determinación del momento de formación del contrato, es importante no sólo para saber el lugar de su conclusión y conocer la legislación aplicable y la jurisdicción a que éste debe ser sometido. Debemos distinguir entre la ley aplicable y su problemática cuando se trate de contratos entre partes de diferentes lugares geográficos.

En el marco de la contratación electrónica celebrada vía Internet, pueden existir contratantes con domicilio o residencia en diversos Estados, situación que plantea el problema de la determinación de la legislación y jurisdicción a que deben someterse las consecuencias jurídicas derivadas de la negociación contractual electrónica. En general habrá que estar, para determinar la ley aplicable a los contratos, a lo dispuesto en las normas de Derecho Internacional Privado y a lo dispuesto en los tratados y convenios internacionales.³⁷⁵

Nuestro Código Civil en su artículo 1807 señala que el contrato se forma en el momento en el que el proponente recibe la aceptación, y el Código de Comercio en su artículo 80, ya mencionado, coinciden con el principio de la Convención sobre Compraventa Internacional de Mercaderías al ajustarse a la teoría de la recepción. En México, tanto en materia civil como en materia mercantil, el contrato se forma en el

³⁷³ **González de Cosío, Francisco, La Convención interamericana sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales a la luz del derecho contractual internacional.**

³⁷⁴ **Miguel Asencio de, Pedro Alberto, La tutela de los consumidores en el mercado global: evolución del marco normativo. <http://eprints.ucm.es>. febrero 2008.**

³⁷⁵ Es útil recordar el origen de la aplicación del derecho nacional a un extranjero, el cuál ocurre en el derecho romano. Las exigencias de la creciente jurisdicción imperial de Roma llevaron al desarrollo de un sistema jurídico especial para las relaciones con personas que no eran ciudadanos romanos. El pretor de los extranjeros (Pretor *peregrinus*) y los procónsules tuvieron que elaborar y aplicar principios jurídicos distintos de los que eran corrientes entre ciudadanos, y así surgió al lado del *ius civile* nacional el *ius gentium*, como cuerpo de normas jurídicas generales, impuestas por la justicia, el sentido común, el conocimiento del mundo y una cierta noticia del Derecho extranjero.

momento en que el oferente reciba la aceptación. El Código de Comercio mexicano abandonó en el 2000 la teoría de la expedición que regía originalmente.

De conformidad a nuestro marco jurídico consideramos que es irrelevante que las partes estén presentes o ausentes, ni siendo este el caso, que sostengan una comunicación instantánea, el artículo 1811 del Código Civil Federal, da respuesta a las inquietudes que los estudiosos plantean a la contratación entre ausentes, al sancionar en su parte ultima: “Tratándose de la propuesta y aceptación hechas a través de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología no se requerirá de estipulación previa entre los contratantes para que produzca efectos.” Omite condición alguna de la presencia física o comunicación simultánea de las partes, donde la ley no distingue no cabe distinguir.

Si existiera una respuesta positiva sobre la necesidad de regular institucionalmente el funcionamiento de la red, deberíamos enfrentar el problema de la autoridad reguladora. Hay intentos basados en las barreras nacionales y en la “soberanía informativa”, pero con alto riesgo en cuanto a la eficiencia³⁷⁶.

La aplicación al comercio en Internet de las normas vigentes de competencia internacional, que emplean como criterios de conexión elementos de localización geográfica: domicilio del deudor, domicilio del consumidor, lugar de cumplimiento de la obligación, lugar de celebración del contrato, plantea problemas en relación con la difícil localización de esos elementos subjetivos en un entorno virtual, así como respecto del significado que debe atribuirse en el ámbito jurisdiccional a los vínculos virtuales o electrónicos, cuyo alcance no es del todo aceptado.

Por lo anterior, no es de extrañar, en consecuencia – como la afirma De Miguel Asensio - que en el marco de la contratación en Internet (dejando al margen los contratos de consumo) los criterios atributivos de competencia judicial en materia contractual puedan en ocasiones conducir a limitar en exceso el acceso a los tribunales españoles (en concreto, en situaciones vinculadas con nuestro país en las que sea imposible la identificación del domicilio de la contraparte), mientras que en otras un vínculo casi accidental puede servir para atribuir competencia a nuestros tribunales, si bien es cierto que quien opera a través de Internet debe asumir que los beneficios propios del alcance universal del medio van unidos

³⁷⁶ El intento de China de regular por una ley especial el acceso, con control policial. En Arabia Saudita, las autoridades decidieron cerrar los servicios locales de Internet que ofrecen acceso a la compañía Yahoo, al considerar que distribuye por la red pornografía y otros materiales ofensivos para la moral. Lessig Lawrence, “las leyes del ciberespacio”, cuadernos de Ciberespacio y sociedad núm. 3, 1999.

a la posibilidad de verse sometido al enjuiciamiento de sus operaciones por una jurisdicción muy distante ³⁷⁷.

El problema sobre la legislación aplicable en estos casos quedaría resuelto, en un primer momento por vía contractual, siendo las partes por virtud de la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad que rige las relaciones de Derecho privado, a quienes corresponde la elección tanto de la jurisdicción como de la legislación a que desean someter el tratamiento legal de sus relaciones. Si bien, es cierto que la mayoría de los contratos celebrados a través de Internet incorporan una cláusula tipo mediante la cual las partes acuerdan el sometimiento a una legislación y jurisdicción determinada -generalmente la del vendedor- en ausencia de tal cláusula habría que determinar el derecho aplicable al contrato, mientras que su existencia podría ocasionar problemas por la posibilidad de vulneración de los derechos de los consumidores ya que en la mayoría de los casos, esta cláusula no es libre de elección si no que se encuentra contenida en el clausulado general del contrato de adhesión.

Bibliografía:

- ÁLVAREZ CIENFUGOS SUAREZ, José María, “Las obligaciones concertadas por medios informáticos y la documentación electrónica de los actos jurídicos, en la Ley 4.” T. IV, 1992.
- AZÚA REYES, Sergio, *Teoría General de las Obligaciones*, México, Editorial Porrúa, 1993.
- CALVO CARAVACA, Luís Alfonso y CARRASCOSA GONZALEZ, Javier, *Conflictos de leyes y jurisdicción en Internet*, Colex, Madrid, 2001.
- CARRASCOSA, Valentín, POZO, MA. A., y RODRÍGUEZ, E.P., *La contratación informática; el nuevo horizonte contractual; los contratos electrónicos e informáticos*, 2ª. Ed., Granada, Comares, 1999.
- CREMADES Javier *et al* (coords), *La nueva ley de internet*, Madrid, la Ley-Actualidad, 2003, colección Derecho de las Telecomunicaciones.
- DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel, *Manual de Derecho informático*, Barcelona, Aranzadi, 1997.

³⁷⁷ De Miguel Asensio, Pedro Alberto, *Derecho privado en Internet*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 2002. p. 482

- DE MIGUEL ASECIO, Pedro Alberto, *Derecho privado en Internet*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 2002.
- BALLINA BALLINA, F. Javier de la: El desarrollo tecnológico en la distribución comercial: la venta telemática, en *Esic Market*, N° 97, julio-septiembre, 1997.
- BOLTER, Manuel, *El lenguaje electrónico*, México, Fondo de Cultura Económica, Colección 2000, 2000.
- FRIEDMAN, Thomas, *The lexus and the olive tree*, New York, First Anchor Books.
- GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, México, Porrúa, 1995.
- KELLY, Kevin, *Las nuevas reglas de la nueva economía*, Granica ediciones, México, 1999.
- KELSEN, Hans, *El contrato y el tratado, analizado desde el punto de vista de la teoría pura del derecho*. Trad. Eduardo garcía maníes, México, 1974.
- LESSIG, Lawrence, “The Path of Cyberlaw”, *Yale Law Journal*, 1995.
- LOREDO HILL, Adolfo, *Nuevo derecho autoral mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.
- LORENZETTI, Ricardo Luís, *Comercio electrónico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001.
- RICO CARRILLO, Mariliana, *Comercio electrónico Internet y derecho*, 2ª ed., México, Legis, 2005.
- SARTORI, Giovanni, *Homo videns, la sociedad teledirigida*, México, punto de lectura, 2005.
- VÁZQUEZ DEL MERCADO, Oscar, *Contratos mercantiles*, México, Porrúa, 1992.
- VEGA VEGA, José Antonio, *Contratos electrónicos y protección de los consumidores*, Colección de derecho de las nuevas tecnologías, Madrid, ed., Reus, 2005.

- VINOGRADOFF, Paul, *Introducción al derecho*, México 1997, FCE.

ANTECEDENTES Y DESARROLLO DEL DERECHO AMBIENTAL.

*Lic. José Fernando García Villanueva**

Palabras Clave: Derecho ambiental; derecho ecológico, equilibrio ecológico; protección ambiental.

Sumario.- Introducción. 1.1 Diferencias entre el Derecho Ecológico y Derecho Ambiental. 1.2 Antecedentes del Derecho Ambiental. 1.3 Origen del Derecho Ambiental 1.3.1 Fuentes del Derecho Ambiental 1.3.2 Características del Derecho Ambiental. 1.3.3 Naturaleza Jurídica del Derecho Ambiental. 1.3.4 Bienes Jurídicos Tutelados. 1.3.5 El Derecho Ambiental y su relación con otras Ciencias. 1.4 Desarrollo del Derecho Ecológico y del Derecho Ambiental. 1.4.1 Revolución Industrial, causas y efectos. 1.4.2 Antecedentes y Repercusiones de la crisis ambiental mundial (Guerras Mundiales). 1.4.3 La Guerra Fría. 1.4.4 Creación de la ONU. 1.4.4.1 Conferencia de Estocolmo. 1.4.5 Declaración de Río. Carta de la Tierra. 1.4.6 World Wildlife Found (W.W.F.). 1.4.6.1 Consciencia Ambiental. 1.4.6.2 Antecedentes de la Primavera Silenciosa. 1.4.6.3 Movimientos Sociales de 1968, (Ecológicos). 1.5 Cronología Legislativa en México (Leyes Ambientales). 1.5.1 Antecedentes Constitucionales. 1.5.2 Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente. CONCLUSIONES

Índice de Siglas:

CES	Consejo Económico Social
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
CS	Consejo de Seguridad
LGEEPA	Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente

* UPAEP - Facultad de Derecho - Profesor Tiempo Completo

ONU	Organización de las Naciones Unidas
ORPALC	Oficina Regional para América Latina y el Caribe
PNUMA	Programa de Naciones Unidas Para el Medio Ambiente
UICNR	Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y de sus Recursos
WWF	World Wildlife Found

Introducción.

En este trabajo se analiza primeramente las definiciones y conceptos que existen entre Derecho Ecológico y Derecho Ambiental, así como su desarrollo y proceso de cambios que han tenido estas figuras.

También se analiza con detenimiento los antecedentes que han tenido estas dos disciplinas y sus principales diferencias.

Analizamos las fuentes, características y naturaleza jurídica del Derecho Ambiental, así como los bienes jurídicos tutelados y protegidos y la relación que tiene este derecho, con otras ciencias afines.

Se estudia con detenimiento el desarrollo que ha tenido estas figuras a lo largo de su presencia y posteriormente los cambios que en materia ambiental se han presentado, desde sus inicios que datan de la revolución industrial desde finales del siglo XIX, hasta nuestras fechas.

Igualmente se va observando en el desarrollo del trabajo, hechos históricos que han sido generadores de problemas, que han dado respuesta a los problemas ecológicos, como lo son las dos guerras mundiales. Y que como resultado de estos acontecimientos el hombre ha encontrado instituciones políticas sólidas que lo han regulado por muchos años, como es la creación de la ONU.

Se estudia también como a través de la ONU, se llegan a estructurar acciones muy importantes para el desarrollo de esta materia, como es la Declaración de Estocolmo de 1972 y se da nacimiento a programas muy ambiciosos como lo es el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA).

Posteriormente viene la Declaración de Río, con la Carta de la Tierra en el año de 1992, la cual tiene efectos muy importantes en el hacer de la sociedad, pues va a consolidarse el término de Desarrollo Sustentable y a partir de ese instante, tomar, muy en cuenta la forma de explotación de los recursos naturales, que realiza el hombre desde una estructura anárquica.

Observamos los procesos que se presentaron de conciencia ambiental y que se desarrollaron a lo largo de la década de los 60's y 70's principalmente, como generadores de cambios sociales importantes y que trajeron como consecuencias apoyos grandes a la ecología por la sociedad de ese tiempo.

Se concluye este trabajo, con los antecedentes constitucionales que fundamentan al Derecho Ambiental y con la Ley marco en materia ambiental, que es la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, actual disposición legal reguladora de esta materia.

1.1 Definiciones de Derecho Ecológico y Derecho Ambiental

Para comprender los conceptos que se exponen, es importante entender que los grandes cambios del mundo moderno se dan a raíz del fenómeno económico, conocido como Revolución Industrial, el cual se analizará más adelante.

La humanidad desde hace más de doscientos años, ha atacado en forma indiscriminada a la tierra y a la naturaleza, en una forma por demás incoherente.

La humanidad entró a grandes cambios después de lo que se conoció como la Revolución Industrial, proceso que se desarrolló en Inglaterra (1851). Esta etapa trajo como consecuencia el avance acelerado de la humanidad a través de la creación e invención de grandes máquinas.

En este periodo el hombre descubrió los beneficios que podía tener al aprovechar para su propio beneficio el acero, el carbón y otro elemento que sería explotado más adelante, como lo es el petróleo. Con el manejo de estos tres elementos el hombre empezó a fabricar todo tipo de maquinaria, ferrocarriles, automóviles, buques, grandes edificios, plantas para generar electricidad, etc. A este gran periodo histórico se le conoce como la Revolución Industrial.

Para que se pudieran echar a andar todas estas maquinarias e inventos se necesitó de los combustibles y el primero en ser aprovechado fue el carbón mineral, que al hacer combustión genera la energía que va a mover a la maquinaria, pero al quemarse los combustibles salen al aire humo, gases y desperdicios que van a dar tanto a la atmósfera, como a la Tierra y a los mantos acuíferos y mares.

En esta época y como lo fue anteriormente el propio planeta tierra se encargaba de limpiarse y auto purificarse, con la ayuda del mar, la vegetación y la atmósfera, a través de este proceso la naturaleza cumplía su propio fin al regenerarse.

Sin embargo, al llegar este proceso industrial a ser más grande, se empezaron a generar mayor número de combustibles por lo tanto, uno de los primeros elementos que el hombre atacó en forma agresiva fue al reino vegetal, con la salvaje tala de bosques y selvas que han dejado al planeta a estas alturas sin más de la mitad de su vegetación original, desde la era cuaternaria.

Por otro lado, la atmósfera que protege al planeta está compuesta de gases y elementos, entre ellos el ozono, esta capa protege a la Tierra de las radiaciones solares, pero actualmente los gases de efecto invernadero han destruido también a esta capa de ozono, causando con ello una cantidad de cambios climáticos. Situación que viene gestando desde aquellas épocas de la Revolución Industrial hasta nuestros días. Si la capa de ozono llegara a desaparecer por completo no podríamos sobrevivir en el planeta y mientras más se vaya destruyendo mas efectos negativos causará en el ser humano.

El hombre moderno ha logrado afectar de manera notoria a la naturaleza, mediante la contaminación desmedida que ha depositado en agua, tierra, atmosfera entre otros. Por lo tanto, los problemas que empezamos a padecer como humanidad desde años atrás, se deben principalmente a la gran ignorancia con la que el ser humano ha actuado entre su relación social y su relación con la naturaleza.

La palabra “ecología proviene de las raíces griegas “OIKOS”, que significa casa y de la raíz “LOGOS” que alude a ciencia o tratado. Este término aparece por primera vez en 1868, cuando el biólogo Alemán Ernest Haeckel, en su obra (Historia de la creación natural), propuso designar con dicho nombre a una disciplina que se derivaría de la zoología y que tendría como finalidad investigar tanto las relaciones entre todos los

organismos que viven juntos en la misma localidad, como las adaptaciones a sus ambientes”.³⁷⁸

Pero aquí debemos empezar a entender que existe diferencia entre ecología y lo que posteriormente será el concepto de medio ambiente, en un principio el término ecología fue muy amplio para referirse a todo lo que tenía que ver con la naturaleza.

“La ecología es la ciencia que sirve para conocer los sistemas de vida, su crecimiento y desarrollo en la naturaleza, así como las relaciones de los organismos entre sí y entre estos y el medio ambiente”.³⁷⁹

El concepto de ecología está íntimamente ligado con las actividades de la ciencia biológica y la zootécnica, y viene de términos muy antiguos desde las raíces griegas que contemplan el nacimiento de esta ciencia y la actividad que desempeña.

La ecología es la ciencia que explica las relaciones de los seres vivos con su ambiente, correspondiendo en primer término al campo de las ciencias naturales.

En la década de 1970, la ecología y sus temas de referencia se ampliaron por la demanda pública, esto debido a la medida en que la humanidad ha llegado a estar más cerca y consciente de los abusos y limitaciones del medio ambiente.

Es en esta década de los setentas, cuando la forma de ver a la ecología empieza a cambiar, su concepto se utilizaba para referirse a todos los aspectos referentes a lo que posteriormente fue el medio ambiente en un concepto mucho más amplio y que abarca todo lo relacionado con el medio del ser humano.

“En 1978 Eugene P. Odum, señalaba que la ecología es el vínculo entre las ciencias naturales y las sociales”.³⁸⁰

La ecología a partir de entonces se presenta como una ciencia que se refiere al “ser”, sin embargo no despliega lo que “debe ser”.

³⁷⁸ López Sela Pedro Luis y Ferro Negrete Alejandro; Derecho Ambiental; Colección textos jurídicos; Ed. IURE editores, S.A. de C.V.; Primera edición; México D.F, 2006, pág. 2

³⁷⁹ Idem

³⁸⁰ Idem

Este aspecto referente a que la ecología se centra al “ser” y el Derecho Ambiental desde su regulación se enfoca principalmente al “deber ser”.

Por su parte, Raúl Brañes, define al Derecho Ambiental como “El conjunto de normas jurídicas que regula las conductas humanas que pueden influir de manera relevante en los procesos de interacción que tienen lugar entre los sistemas de los organismos vivos y sus sistemas de ambiente, mediante la generación de efectos de los que se espera una

modificación significativa de las condiciones de existencia de dichos organismos”.³⁸¹

El eje en torno al cual gira el Derecho Ambiental, es en la relación sociedad-naturaleza, esto es, son las vinculaciones que existen entre la sociedad y la propia naturaleza.

La legislación ambiental tiende a concentrar la protección del ambiente natural y la ordenación del medio construido en unas mismas normas jurídicas. El estudio de las normas que se ocupan de la protección del ambiente constituye el primer gran contenido del Derecho Ambiental como disciplina jurídica.

Otros autores consideran que el Derecho Ambiental, como una rama autónoma del derecho, debido a que cumple con los requisitos que suelen apuntarse como necesarios para considerar que una disciplina es autónoma. Estos requisitos según Jesús Jordano Fraga, son los siguientes:

- 1.- “Presencia de principios propios
- 2.- Que existan técnicas jurídicas propias
- 3.- Referencia a determinada categoría de personas, de objetos o de relaciones”³⁸²

A partir de la década de los noventa las universidades de diversos países se han dado a la tarea de investigar sobre los temas ambientales, destacando en particular los aspectos legales como base fundamental de esta disciplina.

³⁸¹ Brañes Raúl; “Manual de Derecho Ambiental Mexicano”; Fondo de Cultura Económica; segunda edición; México, D.F., 2000, pág. 29.

³⁸² Jesús Jordano Fraga, “La Protección del Derecho a un Medio Ambiente Adecuado”, 1ª ed., J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1995, pág. 124. Citado por López Sela Pedro Luis y Ferro Negrete Alejandro, Op Cit. Pág. 10

En el caso de México, otros profesionales universitarios de la materia ambiental, se han abocado a la investigación profunda del tema, como es el caso de la investigadora y estudiosa del Derecho Ambiental, que a continuación se menciona:

Para la especialista en Derecho Ambiental, la Doctora en Derecho, Elena Ruth Guzmán Gómez, define al Derecho Internacional Ambiental como “el conjunto de principios y normas jurídicas internacionales que regulan la conducta humana y de los Estados, teniendo por objeto la preservación, conservación, restauración, protección y mejoramiento de los ecosistemas, sus recursos y el medio ambiente en general, dentro de los límites territoriales de los Estados y las zonas sobre las que estos ejercen su soberanía y jurisdicción y más allá de estos límites en las áreas de patrimonio común.”³⁸³

Antecedentes del Derecho Ecológico y Ambiental

Todos los pueblos de la antigüedad vivían en una comunión con el medio ambiente, para ellos era un sacrilegio el destruir su medio ambiente, ya que formaban parte del mismo entorno sus pueblos y la naturaleza.

Se le veía a la naturaleza como la extensión de un templo religioso, pues el hombre sabía que su propia existencia dependía de la fauna, bosques, mares, ríos y todo aquello que le brindaba bienestar para su desarrollo.

Por su puesto no podemos considerar que en sus orígenes las cuestiones del medio ambiente estaban reguladas por ordenamientos legales, ya que ni existían estas disposiciones ni en el concepto del hombre se visualizaba el hecho de regularlas, pues formaban parte de un todo, que es la vida misma.

Lamentablemente, las actividades que ha realizado el hombre desde la Revolución Industrial, hasta nuestros días, se han caracterizado con una falta total de respeto y de

³⁸³ Guzmán Gómez, Elena Ruth; “El Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte en el Contexto del Derecho Internacional Ambiental”; Tesis Doctoral; Ciudad Universitaria, México, Diciembre de 1996, Pág.71

desinterés hacia la naturaleza y el medio ambiente, estos actos han sido tan agresivos y destructivos que en la actualidad muchas especies tanto de fauna, como de plantas, ya han desaparecido y debemos recordar que esto ha sucedido solamente en los últimos 200 años desde la Revolución Industrial hasta nuestros días.

Sin embargo, lo más preocupante es darnos cuenta que en los últimos 50 años hemos devastado y contaminado en una forma por demás irresponsable a nuestro medio ambiente, y la pregunta más importante que surge es saber si aún estamos en posibilidad de lograr la recuperación del medio ambiente, como es el caso que nos plantean los Protocolos y Tratados Internacionales que se han preocupado de ello, como es el caso del de Kyoto y el de Copenhague.

Debemos comprender al Derecho Ambiental como la ciencia que engloba a su vez a diversas ciencias y que constituyen todas ellas, esa concepción holística para poder comprender en forma más adecuada al medio ambiente.

Desgraciadamente el problema de la destrucción del medio ambiente, no se arregla solamente con preocupaciones de la sociedad y de gobiernos. Son acciones urgente e inmediatas las que se tienen que aplicar, para poder detener tantos hechos irreversibles, que en el futuro inmediato no se van ya a encontrar soluciones viables.

Origen y Diferencias entre Derecho Ecológico y Derecho Ambiental

Cuadro Comparativo

Derecho Ecológico	Derecho Ambiental
Proviene de las raíces griegas “oikos”, significa casa y “logos” que se refiere a ciencia o tratado.	Sus antecedentes surgen en los años 50’s con el registro de tratados internacionales relativos. En 1962 con la obra Primavera-Silenciosa. En 1972 con la conferencia de Estocolmo.
En 1868, aparece por primera vez este concepto como “Historia de la Creación	El tema del ambiente es un concepto holístico; del griego Holos; “todo”,

Natural”.	incluye todo lo que le rodea.
Se deriva de las ciencias de la biología y la zoología.	Es un conjunto de normas jurídicas, de derecho público, orientadas a la protección de la biósfera, como escenario que hace posible la vida.
Ciencia que explica “ la relación de los seres vivos con su ambiente”	Son normas que se encargan de la protección jurídica del equilibrio ecológico.
Tiene un vínculo entre las ciencias naturales y las ciencias sociales.	Tiene que ver con la continuidad de la vida sobre nuestro planeta.
Disciplina integrada y vinculada principalmente con ciencias físicas, biológicas y naturales.	Se ocupa de la protección y regulación de todo tipo de vida.
La ecología se aplica al “SER”	El Derecho Ambiental se aplica al “DEBER SER”
Investiga el funcionamiento de la naturaleza	Se utiliza para designar genéricamente todos los sistemas posibles, dentro de los cuales se integran los organismos vivos.
Estudia en forma científica las interacciones que regulan la distribución y abundancia de los organismos.	Incluye no solo al ambiente humano, sino también todos los demás ambientes posibles, con los sistemas vivos que los integran.
Ecología no es sinónimo de medio ambiente	Regula jurídicamente las actividades del hombre en sociedad para proteger y cuidar el medio ambiente.
Tuvo en la década de los 60’s, gran apoyo por la sociedad mundial y un desarrollo significativo	Interviene en diversos procesos naturales y aspectos socioeconómicos y culturales, que interactúan entre sí.
En la década de los 70’s se tiene un	Respuesta a la necesidad de explotar los

vínculo entre las ciencias naturales y las ciencias sociales.	recursos naturales en un marco de racionalidad, aprovechamiento responsable y de protección al ambiente.
Es la ciencia que sirve como medio para conocer los sistemas de vida, su crecimiento y desarrollo en la naturaleza, así como las relaciones de los organismos entre si y entre estos y el medio ambiente.	Sistema de diferentes elementos, fenómenos, procesos naturales y agentes socioeconómicos, que interactúan condicionando en un momento y espacios determinados, la vida y el desarrollo de los organismos y el estado de los componentes que lo integran.
Estudia y explica las relaciones de los seres vivos en su ambiente.	Conjunción integradora sistemática y dialéctica de relaciones de intercambio.
Fundamento eminentemente científico comprobado y soportado.	Integrado con legislación que regula la ordenación del medio construido y con normatividad propia para proteger el medio ambiente.

1.3.1 Fuentes del Derecho Ambiental

En este tema es importante mencionar que muchas fuentes del Derecho Ambiental, emanan de disposiciones y criterios que han sido regulados por el Derecho Internacional Público, y principalmente lo que se ha logrado a través de tratados internacionales y de las grandes Conferencias mundiales que parten desde Estocolmo, Suecia, en el año de 1972. Por lo tanto, esta aclaración es pertinente para ir comprendiendo el desarrollo interno del Derecho Ambiental.

“Para Raúl Brañes, en los ordenamientos jurídicos constituidos históricamente, las fuentes del Derecho Ambiental están presididas, como se ha dicho, por la Constitución Política. En los casos de países federales (Argentina, Brasil, México y Venezuela, en América Latina), deben tomarse en consideración también las Constituciones suelen

resolver una serie de cuestiones de interés para el Derecho Ambiental.”³⁸⁴ Esta primera fuente es eminentemente histórica.

La segunda fuente del Derecho Ambiental está constituida por la legislación Ambiental moderna o “legislación propiamente Ambiental”, es decir, por aquella que se refiere al conjunto de los problemas Ambientales.

La tercera fuente del Derecho Ambiental, está constituida por las normas de relevancia o interés Ambiental, contenidas en una legislación que versa sobre otros temas. Aquí deben incluirse los Códigos Civiles, los Códigos de minería y su legislación conexas, que a diferencia de la legislación sobre recursos naturales renovables, no tienen un sentido protector del ambiente, los Códigos Penales, los Códigos de Procedimientos y, en fin, una serie de Códigos o leyes de la cual destaca la legislación económica.

La jurisprudencia y la costumbre, son la cuarta y quinta fuentes en los pocos casos en que dentro de América Latina son fuentes de Derecho.

También deben considerarse como fuente sexta, del Derecho Ambiental, las disposiciones de todo orden que se refieran a la administración pública del ambiente, sea que se trate de organismos públicos creados exclusivamente con ese fin o no. En rigor, estas fuentes tienen también el carácter de legislación Ambiental específica o de legislación que, versando sobre otras materias, se refiere también a cuestiones Ambientales. Lo específico y muchas veces la complejidad de la materia, hacen aconsejable que esta legislación sea analizada aparte.

Se consideran exclusivamente fuentes del Derecho Ambiental que provienen del Derecho interno, pero, también dentro del Derecho internacional debe ser considerado como fuentes del Derecho Ambiental, lo cual observaremos un poco más adelante, ya que son realmente estas fuentes internacionales las que le dan orden y lineamientos a nuestras fuentes internas.

Pues son realmente las fuentes internacionales las que constituyen en sí, al Derecho Ambiental y tienen realmente más relevancia e injerencia en el campo de acción.

³⁸⁴ Brañes Raúl, Op. Cit. Págs. 56 y 57

Comenta también Raúl Brañes, que el Derecho Ambiental tiene un carácter “Difuso”. Con este término se designa el fenómeno de dispersión de las normas jurídicas, que tratan directa o indirectamente, de la protección al ambiente.”³⁸⁵

La Constitución Política de cada país es la fuente principal de emanación de disposiciones y además estructura un orden cronológico en las disposiciones legales que se emitan.

Cabe aclarar que las fuentes del derecho varían según la rama del derecho que estemos tratando aunque en su generalidad se sigan los mismos principios, esto lo refiere el Maestro Rafael de Pina, “Las manifestaciones del Derecho (mal llamadas fuentes del derecho), no son las mismas en las diferentes ramas del derecho.”³⁸⁶

Por esto, podemos afirmar, como las fuentes generadoras del Derecho Ambiental son distintas, en algunos aspectos a otras ramas del propio Derecho, ya que es de una naturaleza sui generis y de un carácter difuso.

Dentro del Derecho Ambiental se pueden encontrar principalmente la participación e intervención de dos sujetos:

Sujeto activo.- Es el que contamina, pudiendo ser el hombre o la naturaleza (mediante diferentes fenómenos).

Sujeto Pasivo.- Es el contaminado, siendo en este caso el medio ambiente.

1.3.2 Características del Derecho Ambiental

Las características del Derecho Ambiental del siglo pasado son de carácter horizontal, la dispersión normativa y el predominio de interés colectivos.

1. El Derecho Ambiental se ha desarrollado en las últimas tres décadas. Una de sus características es la novedad. También es abundante en algunos ámbitos, pero escaso o nulo en otros.

³⁸⁵ Brañes, Raúl; Op. Cit. Pág. 56

³⁸⁶ De Pina Vara, Rafael; “Diccionario de Derecho”; Ed. Porrúa, S.A. Décima Edición; México, Distrito Federal, 1997, Pág. 182

2. No es cerrado, cada vez más se requieren expertos en especialidades no jurídicas, para su elaboración y su aplicación.

3. Es un Derecho muy dinámico. Se relaciona con otras ramas del Derecho tales como civil, penal, administrativo, internacional, etc.

4. En países no desarrollados padece de eficiencia, debido en gran medida por la velocidad, ritmo y complejidad con que fue evolucionado y superando la capacidad de los poderes públicos.

5. El Derecho Ambiental tiene una reconocible carga internacional y globalizada.

6. Se va perfilando más como un Derecho preventivo que correctivo o sancionatorio, aunque es un fenómeno general la tendencia a punible.

Es urgente una categorización, pues por un lado se pretende reconocerlo en el catalogo de los Derechos humanos y al mismo tiempo se visualiza como un Derecho colectivo o de tercera generación.

El medio ambiente, se ha transformado en una competencia transversal que inspira cualquier otra política sobre el progreso económico o sobre el territorio, las políticas sobre ordenación del territorio, sobre urbanismo o sobre manipulación genética vegetal o animal, e incluso sobre protección de los consumidores, han de valorarse en clave Ambiental y esta clave generará, posiblemente un Derecho común Ambiental, basado en la praxis constante y en el mismo tratamiento avanzado de la regulación de las actividades que afecten al medio ambiente.

La Doctora en Derecho y especialista en materia ambiental, Elena Ruth Guzmán Gómez, al respecto de las características del Derecho Ambiental, menciona lo siguiente:

“Para abordar las características del Derecho Internacional Ambiental, es necesario partir de aquellos elementos que permitan encontrar cual es su fin y objeto de estudio. Encontrando varios elementos a partir de los cuales podemos agrupar sus características.”³⁸⁷

³⁸⁷ Guzmán Gómez, Elena Ruth; Tesis Doctoral, Op. Cit. Pag 72

Para la investigadora, existen diversos elementos que permiten clasificar las características del Derecho Internacional Ambiental, agrupándolos en distintos rubros, siendo estos:

- “Por los principios que contiene;
- Por el tipo de normas que lo constituyen;
- Por la forma de creación de sus normas;
- Por los intereses en juego;
- Por el fin que persigue;
- Por los sujetos que intervienen;
- Por el bien jurídico que protegen;
- Por el objeto de estudio;
- Por las materias que regula;”³⁸⁸

Por otra parte, Loretta Ortiz Ahlf, refiere otras características con base en los principios del Derecho Internacional Ambiental, ella elabora una clasificación, extrayendo las particularidades y ordenándolas, menciona que son:

“Funcional.- Por cuanto a que ha nacido para satisfacer un objetivo perentorio de la comunidad internacional: la explotación de recursos naturales en un contexto de respeto al medio humano y de preservación del medio ecológico.

Preventivo.- Porque existe una tendencia muy fuerte a que el centro de gravedad se desplace desde los estrictos deberes de reparar... a deberes de prevenir y garantizar la reparación.

Instrumental.- Debido a que a través de sus normas se establecen mecanismos de reglamentación y gestión de los recursos, lo cual las convierte a su vez en normas de carácter administrativo. Es así que con base en este carácter administrativo su integración sea más amplia en el plano de la cooperación internacional.”³⁸⁹

1.3.3 Naturaleza Jurídica del Derecho Ambiental

³⁸⁸ Guzmán Gómez, Elena Ruth; Tesis Doctoral; Op. Cit. Pag 73

³⁸⁹ Ortiz Ahlf, Loretta; Citado por Guzmán Gómez, Elena Ruth; Tesis Doctoral; Op. Cit. Pag. 75

El Derecho Ambiental tiene una naturaleza jurídica mixta, ya que se vale de todas las ramas del derecho, o más bien cabe decir que la mayor parte de las ramas del derecho se ajustan al Derecho Ambiental para llevar a cabo sus normas y alcanzar todos sus objetivos. Podemos mencionar que naturaleza es de derecho social ya que no sólo es obligación del Estado, el proteger al medio ambiente y al equilibrio ecológico, sino también es una actividad a realizar por sus gobernados y de contribuir para que esto se lleve a efecto.

“El derecho internacional ambiental, se encuentra consagrado en las declaraciones, que como bien se sabe pertenecen al tipo de derecho llamado soft law, de cómo estos se han gestado y evolucionado y han pasado a formar parte de normas obligatorias de esta nueva rama del derecho internacional en lo que conocemos como hard law.

Resulta ser un problema a resolver, el saber si las declaraciones contienen principios generales de derecho internacional o qué tipo de enunciados son los que contienen. Esto corresponde a un campo mucho más amplio en cuestionamientos teóricos dado que es por ahora uno de los puntos más controvertidos de todo el sistema jurídico internacional, endeble en cierta forma, porque carece de un órgano legislador centralizado.”³⁹⁰

Por otra parte, dentro sus características principales podemos señalar lo siguiente, primeramente que es una rama autónoma del derecho y que cuenta con ciertas características propias que lo diferencian de otras ramas jurídicas, siendo dichas características lo que establece la doctrina ambientalista, para tal efecto cito lo siguiente:

Carácter Interdisciplinario. Esta característica resulta de la naturaleza interdisciplinaria de todo lo que concurre al ambiente, ya que intervienen disciplinas distintas al propio derecho que estudian los aspectos físicos, químicos y biológicos del ambiente y las soluciones que debe de realizar el derecho se deben traducir por el legislador al lenguaje jurídico.

El Derecho Ambiental no puede operar por sí solo, ya que teniendo en cuenta el carácter difuso de los intereses y bienes que busca proteger debe nutrirse de otras ramas del derecho y de otras ciencias afines que incorporan la variable ambiental en su objeto de estudio. Carácter Sistemático. Es consecuencia del ordenamiento, frente a la normatividad

³⁹⁰ Guzmán Gómez, Elena Ruth; “El Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte en el Contexto del Derecho Internacional Ambiental”; Tesis Doctoral; Ciudad Universitaria, México, Diciembre de 1996, Pág.94

sectorial de carácter urbanístico, sanitario, paisajístico, defensor de la fauna, regulador de actividades industriales, que imponen necesariamente a esta disciplina un carácter sistemático. La regulación de conductas no se realizan aisladamente, sino teniendo en cuenta el comportamiento de los elementos naturales y de las interacciones en ellos en su relación con el hombre.

Carácter Supranacional. Ya que el rol de los factores de Derecho Ambiental sobrepasa las fronteras de los estados e interviene la comunidad internacional. Ni los mares, ni los ríos ni el aire, ni la flora, ni la fauna salvaje conocen fronteras, las contaminaciones que pasan de un medio a otro, no pueden ser combatidas sino en un contexto de cooperación con otros países.

Carácter Espacial. El Derecho Ambiental pone en conflicto los dispositivos reguladores que se adoptan de los diferentes espacios en los cuales se desarrollan los fenómenos que impactan al ambiente, por ello las regulaciones jurídicas que se realicen cada vez tendrán que ser más precisas.

Carácter Preventivo. Sus objetivos son fundamentalmente preventivos, ya que no todas sus acciones llevan implícitas la represión o sanción correspondiente. Pero en el Derecho Ambiental la coacción a posteriori resulta ineficaz por cuanto de haberse producido en la naturaleza se halla ya consumado así como las consecuencias biológicas y sociales nocivas, la represión o sanción podrá tener una trascendencia moral, pero difícilmente compensará los graves daños realizados al ambiente.

Carácter de Regulación Técnica. La normatividad del Derecho Ambiental contiene prescripciones rigurosamente técnicas, que determinan las condiciones precisas en que deben realizarse las actividades afectadas. La administración pública debe adaptar las regulaciones a situaciones particulares de cuestiones técnicas, y lo mismo sucede en la apreciación jurídica ya que ésta se puede dar muy específicamente dentro de los límites de las regulaciones técnicas.

Carácter Redistributivo. Uno de los aspectos importantes del Derecho Ambiental es su intento de corregir las deficiencias que presenta el sistema de precios, para incorporar a los costos las externalidades que representan los gastos de instalaciones que evitan la contaminación. Sea el contaminador el que deba pagar, sea también el usuario o sea el

consumidor, el Derecho Ambiental debe hacerse cargo de la problemática aportando los instrumentos normativos adecuados en la redistribución de gastos.

Carácter de los intereses colectivos. El Derecho Ambiental es sustancialmente público, la tutela del ambiente apunta a mejorar la calidad de vida de la humanidad y a lograr el anhelado desarrollo sostenible como legado para las futuras generaciones. Ello no excluye sin embargo, al derecho privado cuyo ordenamiento debe atender a las relaciones de vecindad y a las exigencias particulares de compensaciones y reparaciones en caso de ilícitos ambientales, ya que se trata de responsabilidad objetiva por riesgo o responsabilidad subjetiva por culpa.

Carácter de Orden Público. Se encuentra comprometida la preservación y cuidado del medio ambiente, su tutela será siempre de orden o de interés público, lo cual obviamente da lugar a la existencia y ejercicio del poder público ambiental por parte de las autoridades del Estado.

Carácter de Derecho Humano. El derecho humano al ambiente sano, ya está contemplado en nuestra constitución, cuán lejos puede llegar su reconocimiento en la jurisdicción internacional, dependerá de los casos que sean articulados y de la sensibilidad no sólo de los jueces sino también de todos aquellos que conforman el orden internacional. Todos los seres humanos tenemos derecho a la salud y a un medio ambiente adecuado, por lo tanto un Estado en evolución va a regular y cuidar nuestro sistema jurídico para poder brindar estos beneficios a su población.

El Derecho Ambiental pasa a proteger y reparar al medio ambiente cualquiera que sea la fuente de su agresión, así como en conciliar las necesidades humanas de contar con un desarrollo económico sustentable con un medio ambiente que indiscutiblemente también lo sea.

1.3.4 Bienes Jurídicos Tutelados

El maestro Raúl Brañes, indica que “el vínculo entre la sociedad y la naturaleza se establece a través de dos grandes tipos de factores, el primero por medio del conjunto de las acciones humanas que inciden sobre el sistema ecológico natural y el segundo por el conjunto de efectos ecológicos generados en la naturaleza y que inciden sobre el sistema social. Hay

que tener en cuenta que los efectos ecológicos pueden representar respuestas de los sistemas naturales a las acciones humanas o pueden ser fenómenos espontáneos derivados del funcionamiento de los sistemas ecológicos, así como las acciones humanas pueden ser acciones espontáneas de la sociedad o pueden representar la reacción social frente a los efectos ecológicos naturales o inducidos entrópicamente.”³⁹¹

En este sentido podemos afirmar que los bienes jurídicos tutelados por el Estado, para protección y beneficio de la propia sociedad que lo integra, son principalmente el cuidado, protección y preservación del medio ambiente, de los ecosistemas, de la biodiversidad, de buscar el equilibrio ecológico, la preservación, prevenir la contaminación y promover el desarrollo sustentable, junto con la educación ambiental en todos los sectores de la sociedad.

“El medio ambiente es un bien jurídico, como tal es objeto de la tutela legal por parte del Estado. Por bien jurídico se entiende, a aquel que encuentra protección en un instrumento con fuerza legal. En este caso el ambiente ha sido tutelado por la importancia que dicho bien constituye para la sociedad. Si el ambiente no fuera objeto de la tutela de la ley, no podrían intentarse demandas en nombre y representación del ambiente y los recursos naturales.”³⁹²

Debemos considerar a los recursos naturales y al medio ambiente como patrimonio común de la nación y un elemento esencial para el desarrollo sostenible del país. Por lo tanto el medio ambiente debe ser considerado como patrimonio común de la nación y por tal motivo este lo enriquece. Por ello el medio ambiente debe ser siempre tutelado y protegido por el derecho, como bien que enriquece y que aumenta el patrimonio individual y colectivo.

Por lo tanto, podemos concluir que los bienes jurídicos tutelados por el Derecho Ambiental, son todos aquellos en los cuales interviene el Estado por una parte en su regulación jurídica, pero también podemos afirmar que aún existen bienes que no han sido

³⁹¹ Brañes, Raúl; Op. Cit. Pág. 30

³⁹² <http://www.idard.org.do> “Instituto de Derecho Ambiental de República Dominicana”, Consultado el 20 de noviembre de 2009

debidamente contemplados por la normatividad y leyes de la materia, esta situación debe de ser prevista pues los bienes jurídicos se extienden completamente a todos los ecosistemas, y biodiversidades que existen en cada Estado o territorio, y que son parte de la riqueza de una Nación.

1.3.5 El Derecho Ambiental y su relación con otras Ciencias

Para comprender actualmente el campo que abarca el Derecho Ambiental con relación a otras ciencias es importante aclarar que como ya hemos comentado con anterioridad medio ambiente y ecología son dos conceptos distintos.

El concepto de medio ambiente es muchísimo más amplio que el concepto de ecología, en el Derecho Ecológico se interrelaciona otras disciplinas científicas y técnicas, que son parte de la actividad diaria en el medio ambiente. No podemos concebir al Derecho Ambiental, como una rama sola e independiente, pues es una disciplina eminentemente interdisciplinaria, lo cual le da la fortaleza y su importancia dentro de la actividad humana.

Como ejemplo de la gran “interdisciplinarietà” que contempla el Derecho Ambiental, podemos citar algunas disciplinas o ciencias que se integran a esta rama del derecho, entre ellas se mencionan algunas:

- Derecho
- Biología
- Ing. Ambiental
- Ing. Química.
- Ing. Petroquímica.
- Rel. Internacionales.
- Zoología.
- Economía.
- Estadística.
- Fiscal.
- Geografía.
- Historia
- Medicina.
- Ética.
- Finanzas.
- Política.
- Sociología.
- Ing. Industrial.
- Biología Marina.
- Metalurgia.
- Pedagogía.
- Ing. Agronomía.
- Filosofía.

Por lo que hemos analizado con anterioridad, podemos concluir que el Derecho Ambiental es una rama del derecho público, que está integrada por una gran cantidad de disciplinas científicas y ciencias afines, muchas de ellas autónomas, que son correlativas en la actividad que desarrolla el ser humano en su vida diaria en el planeta.

El Derecho Ambiental, siempre requerirá de la colaboración y participación de las distintas ciencias que tienen relación con el medio ambiente, ya que la principal labor de este derecho será el crear, legislar y ordenar los preceptos técnicos y científicos que vayan apareciendo con el tiempo para integrarlos a una regulación jurídica adecuada y sean tutelados por el Derecho Ambiental.

Como podemos observar, la participación de muchas ciencias en el Derecho Ambiental es vital ya que la problemática actual del deterioro ambiental, engloba a una gran cantidad de materias que intervienen directamente en su aplicación para poder ayudar al deterioro ambiental, cada una de estas ciencias en su respectivo cambio de acción es parte influyente y activa en el concepto de medio ambiente y por lo tanto, el Derecho Ambiental es también parte de esta enorme interrelación de ciencias preocupadas por mejorar el medio ambiente.

1.4 Desarrollo del Derecho Ecológico y del Derecho Ambiental

1.4.1 Revolución Industrial, Causas y Efectos

Este es un periodo de cambios muy importante en el desarrollo de la vida de la humanidad, que abarcó finales del siglo XVIII y el siglo XIX, en la cual el hombre inició los grandes descubrimientos en la tecnología y en las ciencias, los que trajeron una gran cantidad de cambios en la forma de vida y estructuras políticas y sociales de esos momentos.

Este movimiento nace en sus inicios en el Reino Unido, con el despegue tecnológico como el hecho más destacado. Lo fundamental de la Revolución Industrial es la transformación del sistema económico.

“Para 1837-1838 Engels, es el primero en utilizar el término revolución industrial, es su libro [situación de la clase obrera en Inglaterra], él estudia las relaciones existentes entre el surgimiento de la producción en fábricas y el desarrollo del proletariado industrial y la transformación de las estructuras sociales. Todo esto lo sistematizará más tarde Carlos Marx, en su obra [El Capital], en un esquema teórico de la interpretación de la revolución industrial.

También John Stuart Mill, describe el proceso en 1848 en su obra [Principios de Economía Política].”³⁹³

En esta época se da un gran aumento a los productos industriales a través del uso de las nuevas tecnologías, esto implica un aumento muy grande en el consumo de la sociedad mediante los productos que se empezaron a fabricar, más gente empezó a adquirir nuevos productos que se realizaron a través de nuevas técnicas de producción.

La revolución industrial se le puede considerar como la etapa en que termina las costumbres y la forma de trabajo tradicional, ya que la entrada al campo tecnológico, marca nuevos rumbos en la producción y en la forma del comportamiento de la sociedad.

En esta época hay un éxodo rural hacia las ciudades ya que fue la manifestación más grande del proceso de obtener trabajos en las ciudades. Este proceso marco la política económica y exterior de todos los países industrializados.

Durante este periodo se multiplican las innovaciones técnicas que se pueden aplicar en la industria y una concisión indispensable para el desarrollo, ya que no solo se producen innovaciones tecnológicas sino que, además se aplican en el sistema productivo, con lo que se consiguió reducir los costos unitarios.

³⁹³ <http://enciclopedia.us.es/index.php/> consultado el 9 de diciembre de 2009

La aparición de maquinas en el trabajo, fue un gran cambio ya que estas eran capaces de realizar las tareas que estaban haciendo un número considerable de obreros, supone un cambio en las relaciones entre el empresario y el trabajador y en las condiciones de compra y venta de la fuerza de trabajo; no solo porque las maquinas hagan las tareas de los obreros con mayor eficacia, sino también, porque estos deben hacer otro tipo de tareas como es el manejo de las propias maquinas y no el trabajo de producción directo.

Los avances científicos y tecnológicos comienzan a madurar cuando responden a una necesidad de la burguesía. Las primeras innovaciones se dan en la industria textil, se inventa la maquina textilera, las cuales están destinadas a aumentar la productividad a diferencia de lo que se hacía con los obreros y por lo tanto se ahorra la mano de obra.

También es la época en que se desarrolla la inventiva y se crean las maquinas de vapor, la laminación del hierro y desarrollos tecnológicos en la siderurgia, posibilitan la mecanización de la producción y se empieza a hacer hierro a un costo más bajo, lo que permite la transformación del producto. La fabricación del hierro es fundamental en la revolución industrial porque la propia industria y los transportes son grandes consumidores de hierro y acero.

En 1851 en Londres, Inglaterra se presentó una muestra de maquinas e inventos creados por el hombre, para vivir mejor e iniciar el progreso acelerado.

El inicio de estos descubrimientos trajo como consecuencia el aprovechamiento de elementos como: el acero, el carbón y el petróleo.

Con estos tres elementos el hombre empezó a fabricar todo tipo de maquinas modernas.

Se inicia la era del uso de los combustibles, como el Carbón Mineral, y al quemarse estos salen al aire humos y gases que van a dar a la atmósfera.

Este proceso es el inicio del Capitalismo.

Todos esos cambios trajeron consecuencias en la humanidad tales como:

1.- Demográficos:

- A) Traspaso de población del campo a las ciudades.
- B) Migraciones internacionales.
- C) Crecimiento de la población.
- D) Grandes diferencias entre pueblos.
- E) Independencia económica.

2.- Económicos:

- A) Producción en serie.
- B) Desarrollo del capitalismo.
- C) Aparición de grandes empresas.
- D) Intercambio desiguales.

3.- Sociales:

- A) Nace el proletariado.
- B) Nace la cuestión social.

4.- Ambientales:

- A) Deterioro del ambiente y degradación del paisaje.
- B) Explotación irracional de la tierra.
- C) Contaminación y destrucción de todos los recursos naturales.
- D) Inconsecuencia colectiva sobre el medio ambiente.

El inicio de este periodo de desarrollo y tecnología, trajo como consecuencia un crecimiento impresionante en todas las formas de producción que existían en ese momento en el mundo, como ya comentamos la aparición de elementos como el carbón, el acero, y el hierro trajeron un gran desarrollo industrial en la sociedad de ese tiempo y posteriormente la aparición del petróleo y sus derivados llevaron al máximo desarrollo a la revolución industrial.

El hecho de nunca haber previsto desde esta época de la Revolución Industrial, dónde depositar tantos elementos tóxicos que eran producidos por las grandes industrias, fueron vertidos y lanzados tanto al espacio aéreo, entiéndase la atmósfera, como al suelo, tierra, mares, ríos, mantos acuíferos y cualquier espacio abierto que sirviera para depositar todos los desechos tóxicos.

Nuestros espacios aéreos han sido invadidos completamente con los desechos del famoso CO₂ (dióxido de carbono) uno de los mayores contaminantes del espacio aéreo. Y la contaminación de nuestros suelos, mares y mantos acuíferos han sido también en una forma acelerada por ser lanzados todos estos a los elementos de la naturaleza.

Antes de la revolución industrial los únicos gases y humos que iban al aire eran los de los consumos particulares de las familias o comunidades en su consumo personal.

El hombre de ese tiempo y la sociedad misma, no pensó ni recapacitó, sobre que se haría con el desecho de tantos productos, en donde se colocaría, como eliminarlos o volverlos a aprovechar.

Se veía un mundo en el que no se pensaba que las materias primas y los recursos se podrían acabar, se pensaba que eran ilimitados y nunca se acabarían. Sobretudo nunca se pensó con responsabilidad sobre qué hacer con tantos desechos industriales, generados por estas nuevas técnicas de producción.

Esta época marca el inicio del nacimiento de una sociedad de consumo, la cual ha venido creciendo desde esas épocas, cada vez en forma más irresponsables sobre la naturaleza y el medio ambiente.

Como hemos analizado, los inicios de la revolución industrial son el resultado de lo que actualmente observamos a nuestro alrededor con el gran deterioro que se ha presentado en el medio ambiente, ya que las grandes industrias de hoy, todas ellas tienen sus orígenes en los inicios de la revolución industrial.

1.4.2 Antecedentes y Repercusiones de la Crisis Ambiental Mundial (Guerras Mundiales)

Estos dos grandes acontecimientos en la historia de la humanidad trajeron también muchas afectaciones y cambios en el mundo en la forma de actuar de la humanidad después de la terminación de estos dos eventos.

Los cambios que se presentaron en la humanidad con estos eventos, fueron determinantes tanto para las estructuras políticas, económicas y sociales de la humanidad como lo fue también la destrucción del medio ambiente, en grandes regiones del planeta, por supuesto que en estos acontecimientos en lo que menos se pensaba, era en las afectaciones que pudieran suceder a la naturaleza y medio ambiente. Las cuestiones que importaban versaban en la política y en la economía de los países y de los pueblos imperialistas.

Recordemos que la Primera Guerra Mundial, se da entre los años 1914 y 1918, es principalmente una guerra entre los distintos imperios que existían, todavía de corte colonialista y principalmente entre el imperio británico, que dominaba al mundo y el

naciente y agresivo imperio alemán que pretendía abrirse paso y ganar también posiciones económicas y territoriales en Europa principalmente.

Las consecuencias políticas de la primera guerra mundial, fueron que los cuatro imperios que existían antes del conflicto armado eran, (Austria-Hungría; Alemania; Turquía y Rusia), esos imperios desaparecieron con sus correspondientes casas reinantes, dando lugar a nuevas formas de gobiernos, como lo fue la República.

Este conflicto armado, trajo como consecuencias principales el cambio geográfico de los territorios existentes, alteró el mapa de Europa y los territorios coloniales que existían. De los antiguos imperios que existían, ya mencionados con anterioridad, siguieron nuevos Estados, como Finlandia, Estonia, Letonia, Lituania, Polonia, Yugoslavia, Checoslovaquia y Hungría.

Los motivos de la segunda guerra mundial, no podemos mencionar que sea uno solo, no existe una única causa o razón por las que se produjeron las condiciones políticas, económicas y sociales que desencadenaron la segunda guerra mundial, sino una combinación de todas ellas. Al finalizar la primera guerra mundial (1914-1918), se firmaron tratados de paz entre naciones, que para algunos resultaron injustos, lo que produjo rencores en la población y deseos de venganza. Como ejemplo de ello, el Tratado de Versalles redujo los territorios de Alemania y Austria, en las que se encontraban pobladas por germanos.

En este segundo conflicto mundial, se enfrentaron tres ideologías contrarias entre sí, por sus principios y filosofías, siendo estos: El Liberalismo Democrático; El Nazi-Fascismo y El Comunismo Soviético.

“Otro gran problema lo fue los problemas étnicos, que se fueron haciendo cada vez más graves. De ahí surgió el sentimiento de superioridad de la raza germana (identificada por Hitler como la raza aria), sobre otros grupos raciales, principalmente los judíos, que controlaban la economía capitalista, y que según la visión de los nazis, habían dividido a los pueblos germanos e interrumpido su desarrollo económico”.³⁹⁴

Por otra parte, estaba la actuación del resto de los países involucrados., como Francia, que temía por una nueva agresión de Alemania, lo que quería evitarlo a toda

³⁹⁴ <http://www.segunda-guerra-mundial.com/2gm-causas> del conflicto. Consultado 11 de noviembre del 2009

costa. En cambio los gobiernos de Reino Unido y de los Estados Unidos subestimaron el peligro alemán.

También, podemos decir que la segunda guerra mundial, se originó directamente de la reminiscencia y resultados obtenidos por la primera guerra mundial.

No debemos perder de vista que también este proceso de la segunda guerra mundial es un acontecimiento que históricamente entra dentro del propio proceso de la Revolución Industrial que hemos analizado con anterioridad, las dos guerras son parte del producto de ese proceso evolutivo de la humanidad, de control y explotación del hombre por el hombre, a lo largo de sus historia, con el único fin de mantener los controles sobre los medios de producción en manos de unos cuantos y la riqueza que esto genera para los países ganadores de la guerra.

Existieron grandes desastres naturales dentro de este periodo de guerras como lo fue la utilización de bombas atómicas las cuales han generado como resultados problemas hasta nuestros días en radiación existente todavía en algunas partes donde fueron arrojadas, como es el caso de Hiroshima y Nagasaki.

Los episodios históricos generados por las dos Guerras Mundiales, trajeron como consecuencia una gran alteración en los ecosistemas del planeta, hemos visto los efectos causados por el lanzamiento de las dos bombas atómicas, lo cual sucedió hace 65 años y aún hoy seguimos contando con efectos de radiación en algunas partes de Japón.

Así mismo, la destrucción masiva de los recurso naturales causados por toda la guerra armada fue verdaderamente devastadora, sin embargo el propio planeta se fue renovando y regenerando en su nueva estructura.

1.4.3 La Guerra Fría

Después del análisis que hicimos sobre las guerras mundiales, concluimos que al término de ese proceso bélico surgió otro, como un gran peligro para la humanidad, ya que el planeta se había dividido en dos grandes fuerzas, por un lado la occidental liderada por los Estados Unidos de América y la otra la oriental por la Unión Soviética esto fue desde finales de la segunda guerra mundial hasta finales de la década de los 80's.

La guerra fría dominó realmente la segunda mitad del siglo XX y se tradujo en la aparición del sistema político-económico-social, llamado el comunismo.

Fue un periodo de tensión armamentista entre estos dos grandes países, ya que ambos trataban de implantar sus condiciones y filosofías tanto en los aspectos políticos como económicos.

Se le llamó Guerra Fría porque no se activó la guerra entre ambas naciones, probablemente por el gran temor de una escalada nuclear que pudiera ser fatal para la propia humanidad.

Debemos aclarar que hubo muchos conflictos indirectos en este periodo, como lo fueron las guerras de Vietnam y Corea. También tuvo lugar la crisis de los misiles cubanos en el año de 1962, quizá este fue uno de los episodios más peligrosos y que nos puso más cerca de la guerra nuclear.

“Un avión espía americano U2, tomó fotografías de misiles balísticos soviéticos capaces de transportar cargas nucleares. La unión soviética mandó un total de 42 misiles de alcance medio y 24 más de alcance intermedio colocados en Cuba. Estados Unidos amenazó con invadir a Cuba por dicha cuestión, por lo que en última instancia los misiles fueron retirados con la promesa norteamericana de no invadir a Cuba.”³⁹⁵

Las principales causas de la Guerra Fría se pueden resumir en los siguientes puntos y proceso histórico-evolutivo que se dio:

La Unión Soviética quería difundir su ideología comunista en todo el mundo, lo que alarmó a los americanos, que odiaban ese sistema político.

La adquisición de armas atómicas por parte de los americanos alertó enormemente a los soviéticos.

Ambos países temían grandemente del ataque de uno u otro.

El Presidente americano sentía una aversión personal en contra del Presidente ruso José Stalin.

Los soviéticos temían que Estados Unidos utilizara a la Europa Occidental como base para atacar a la Unión Soviética.

Existió posteriormente sensatez por parte de nuevos líderes de los dos países por Estados Unidos, el Presidente John F. Kennedy y por la Unión Soviética el Presidente Nikita Krushev.

³⁹⁵ <http://historiageneral.com/2009/01/09/la-guerra-fria-causas-y-consecuencias/> Consultado el 16 de noviembre de 2009

Se lograron acuerdos de no agresión por ambos países, sin embargo siempre se mantuvo la desconfianza en el ataque sorpresa de uno u otro.

Los efectos que trajo consigo la Guerra Fría fueron los siguientes:

Los Estados Unidos de América y la Unión Soviética, acumularon grandes arsenales de armas atómicas y misiles.

Se formaron dos grandes bloques militares de la Organización del Tratado de América del Norte (OTAN) y el Pacto de Varsovia.

Se llegó hasta los conflictos destructivos de Vietnam y Corea.

La Unión Soviética se derrumbó debido a sus debilidades económicas.

Se derribó el Muro de Berlín en 1989, y se desintegró el Pacto de Varsovia.

Los Estados Bálticos y algunas repúblicas ex soviéticas, lograron su independencia.

Estados Unidos de América, se convirtió después de la caída del Muro de Berlín en la única súper potencia del mundo.

Se derrumbó la política e ideales del comunismo.

Como hemos analizado las decisiones tomadas por los líderes de las dos súper potencias fueron benéficas para no desatar un conflicto armado mundial y sobre todo de características nucleares, lo que hubiera sido muy desastroso para la humanidad.

El hecho de haber pasado el periodo de Guerra Fría, en el cual la humanidad sintió por primera vez que era real el hecho de que la especie humana pudiera desaparecer, hizo consciencia en muchas personas y grupos civiles de la época en los cuales se patentizó el hecho y el deseo de trabajar en pro del medio ambiente.

Tan fue así, que las propias naciones del mundo se cimbraron ante estos hechos bélicos y decidieron llevar a cabo, en una forma consiente la primera cumbre mundial sobre medio ambiente unos años después en el año de 1972, en Estocolmo, Suecia.

Como podemos observar, estos acontecimientos que se dieron desde principios de los años 50's hasta principios de los años 70's, trajeron como consecuencias primordiales el miedo de la humanidad por el inicio de una tercera guerra mundial, como ya se analizó esto se pudo evitar por la intervención de los líderes mundiales. Sin embargo, es también en este periodo cuando se empieza a dar en el mundo un fenómeno de despertar de conciencia sobre los aspectos eminentemente ecológicos.

Autores de esta época hablaron de esos grandes cambios, tal es el caso de la autora norteamericana, Marilyn Ferguson, quien en su extraordinaria obra “la conspiración de acuario” hace estas reflexiones como habla de “una nueva conciencia capaz de levantar a la humanidad por encima del miedo y el aislamiento. Ahora que podemos comprender la evolución misma es cuando estamos realmente afrontando el cambio fundamental. Contamos ahora en todas partes con una contrafuerza opuesta a la cultura de masas.... Como un nuevo, aunque a veces imperceptible, sentido espiritual de convergencia en pos de la unidad humana y mundial.”³⁹⁶

Como conclusión a este periodo, podemos decir que es él de los grandes movimientos sociales que transformaron al mundo en los cambios que estaban en puerta para darse en las siguientes décadas, y ser el periodo generador de movimientos y transformaciones muy importantes para la humanidad.

1.4.4 Creación de la ONU

Como consecuencia de los acontecimientos sucedidos con las Guerras Mundiales, los países del mundo tuvieron que tomar medidas necesarias para impedir que en el futuro se pudieran cometer actos tan atroces como los ocurridos en los años de las guerras mundiales, por lo tanto, el 24 de octubre de 1945, nació oficialmente la Organización de las Naciones Unidas, que es una organización integrada por Estados soberanos.

Cada Estado se afilia voluntariamente a las Naciones Unidas para colaborar en pro de la paz mundial, promover la amistad entre todas las naciones y apoyar el progreso económico y social, velando siempre por el beneficio y la integridad de la comunidad mundial.

En el momento de su creación se admitieron como miembros a 51 países, actualmente son 192 países los miembros de las Naciones Unidas.

“El nombre de (Naciones Unidas) fue utilizado por primera vez por Franklin D. Roosevelt en la “Declaración de las Naciones Unidas” del 1ro de diciembre de 1943. También se utilizó durante la conferencia de San Francisco, celebrada del 25 de abril al 26 de junio de 1945, donde nació la Organización.”³⁹⁷

³⁹⁶ Ferguson, Marilyn “La Conspiración de Acuario” Editorial Kairós; 7ª Edición; Barcelona, España 1998, Pág. 60

³⁹⁷ <http://www.cinu.org.mx/onu/onu.htm> Consultado el 13 de noviembre de 2009.

La ONU, es un foro de reunión que prácticamente incluye a todas las naciones del mundo y proporciona el mecanismo que ayuda a encontrar soluciones a las controversias o problemas entre los países y a adoptar medidas en relación con casi todas las cuestiones que interesan a la humanidad. Estas cuestiones son analizadas de acuerdo a una serie de propósitos y principios establecidos en el Capítulo Uno, de la “Carta de las Naciones Unidas”, teniendo como principales finalidades las siguientes:

- 1.- Preservar a las nuevas generaciones de problemas de la guerra.
- 2.- Reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre.
- 3.- Crear condiciones para mantener la justicia y el respeto a los tratados internacionales.
- 4.- Promover el progreso social y elevar el nivel de vida.
- 5.- Mantener la paz y el interés común en el planeta.

Las Naciones Unidas son como un parlamento de naciones, ya que no son una entidad por encima de los Estados, ni un gobierno de gobiernos. La organización está sujeta a la voluntad política de sus miembros para la aplicación de las decisiones y depende de las aportaciones de sus propios miembros para la ejecución de sus actividades.

Conforme a la Carta de Naciones Unidas, los idiomas oficiales son el inglés, el chino, el español, el francés y el ruso, y se ha añadido el árabe como idioma oficial de la Asamblea General, el Consejo Económico y Social y el Consejo de Seguridad.

“Las Naciones Unidas desempeñan un papel central en varios asuntos de interés general de la humanidad, tales como.

- Reducir las tensiones Internacionales.
- Prevenir conflictos.
- Poner fin a las hostilidades que ya se hayan producido.
- Legislar sobre medio ambiente, beneficios ecológicos, el espacio ultra terrestre y los fondos marinos.
- Erradicar enfermedades.
- Incrementar la producción de alimentos.
- Atender y proteger a los refugiados.
- Luchar contra el analfabetismo.
- Reaccionar rápidamente en situaciones de desastres naturales.

Establecer normas mundiales en materia de Derechos Humanos para proteger y promover los derechos de todas las personas.

La Organización de las Naciones Unidas abarca seis órganos principales en su estructura, siendo estos los que a continuación se mencionan.

Asamblea General

Consejo de Seguridad

Consejo Económico y Social

Consejo de Administración Fiduciaria

Corte Internacional de Justicia

Secretaría³⁹⁸

El Sistema de las Naciones Unidas, está organizado por Programas y Órganos, que los regulan en las distintas actividades en las que interviene a nivel mundial y para efectos de nuestro estudio, el programa de Naciones Unidas que más nos interesa es el del PNUMA (Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente), este programa lo analizaremos en el punto siguiente de la investigación.

Hoy por hoy dentro de los objetivos, fines y principios de la ONU se pueden señalar como principales, el mantenimiento de la paz, de la seguridad internacional y de uno de los grandes problemas que ahogan a la humanidad que es el Cambio Climático y la problemática que representa la destrucción de la capa de ozono y la destrucción del medio ambiente y ecosistemas a nivel mundial.

Actualmente, es uno de los problemas más graves de la humanidad que afectan de manera considerable a todos los pueblos del mundo es la enorme contaminación a la que hemos llevado a nuestro planeta, con una terrible irresponsabilidad por parte de los gobiernos y de los individuos, situación que está tratando de combatir este Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, en el cual se requiere de la participación activa y decidida de todos los pueblos del mundo.

1.4.4.1 Conferencia de Estocolmo

³⁹⁸ <http://www.un.org/es/> Consultado el 20 de febrero del 2010

Se menciona para efectos de un orden cronológico en este apartado la Conferencia de Estocolmo, Suecia, pero la explicaremos más ampliamente en el capítulo cuarto siguiente.

Esta fue realizada en el mes de Junio de 1972, y se efectuó por parte de la ONU, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio Ambiente Humano, en la cual asistieron 113 países. La Conferencia provino de la Resolución 2398 (XXIII) aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 3 de diciembre de 1968.

Solo citamos, como una referencia cronológica, para un mejor entendimiento del desarrollo que se presentó en el Derecho Internacional Ambiental. Y el contenido de sus Principios Generales se encuentra al final de la investigación en el Anexo Uno.

1.4.5 Declaración de Río. Carta de la Tierra

En el capítulo cuarto siguiente, se trata con mayor amplitud el proceso que implicó la Declaración de Río o mejor conocida como la Cumbre de la Tierra, celebrada en el año de 1992. También existe el Anexo 2 al final de la investigación en la que se contemplan los Principios generados en esta Declaración mundial.

Para efectos metodológicos y cronológicos, es que se cita aquí a la Declaración de Río o Cumbre de la Tierra. México participó en esta reunión en Río de Janeiro, sus resultados más importantes los veremos en el siguiente capítulo.

1.4.6 World Wildlife Found (W.W.F.)

El World Wildlife Found, es una de las instituciones y programas que surgen precisamente a raíz de los grandes cambios que hemos venido platicando del año de 1968, aunque este organismo nace como movimiento social antes, en el año del 1961, es un acto de conciencia realizado por esta agrupación, se le considera de las primeras en el mundo en llevar a cabo trabajos en materia de ecología y medio ambiente y en beneficio de la humanidad.

“Es una de las organizaciones independientes de conservación más grandes y con mayor experiencia en el mundo. La WWF nació en 1961 y es conocida por su

símbolo de un oso panda. Actualmente, cerca de 5 millones de personas cooperan con la WWF, y cuenta con una red mundial que trabaja en más de 100 países.”³⁹⁹

“La misión de la Asociación para la Defensa de la Naturaleza, creada en 1961 por el biólogo inglés Julián Huxley, es básicamente, la protección de la naturaleza. Esta asociación pretende proteger áreas naturales y poblaciones salvajes de animales y plantas, fomentar enfoques sostenibles para el uso de recursos naturales, promover un uso más eficiente de los recursos y energía, y al mismo tiempo reducir la contaminación.”⁴⁰⁰

“Actualmente está formada por una red de oficinas autónomas asociadas, la WWF está presente en 100 países emplea aproximadamente a 4000 personas en todo el mundo y cuenta con las aportaciones de 5 millones de miembros (1.2 millones en Estados Unidos).

Tiene su sede principal en Gland, Suiza, las oficinas centrales están en Washington DC y se estima que el 83% de su gasto se dedica a actividades relacionadas con la conservación de todo el planeta.”⁴⁰¹

La WWF ha estado presente en nuestro país, en México desde el año de 1968, con un estudio de evaluación sobre el oso gris en Chihuahua. A partir de entonces, ha expandido sus actividades abarcando la protección de especies indicadoras y carismáticas, aportando recursos técnicos y financieros para la investigación, la formación de líderes conservacionistas y nuevas organizaciones no gubernamentales (ONG's).

La presencia de la WWF en México ha sido muy importante hasta nuestras fechas y se ha dedicado esta entidad en conservar la diversidad biológica del mundo, garantizando el uso sustentable de los recursos naturales renovables.

1.4.6.1 Conciencia Ambiental

³⁹⁹ <http://www.wwf.org.mx> Consultado el 17 de noviembre de 2009

⁴⁰⁰ <http://www.laopinion-rafaela.com.ar/opinion/2009/04/10/q941001.php> Consultado el 17 de noviembre de 2009

⁴⁰¹ <http://www.laopinion-rafaela.com.ar/opinion/2009/04/10/q941001.php> Consultado el 17 de noviembre de 2009

Este es un término que fue completamente olvidado por la humanidad hasta antes de la década de los 60's, esta década es el gran momento de nacimiento de la conciencia ambiental en la sociedad mundial, y nace por las ideas preocupantes de diversos autores de la época como lo fue el caso de Rachel Carson, quien en su obra "Primavera Silenciosa en 1962" nos da la primera declaración pública de lo que los plaguicidas estaban causando en el ambiente.

Esta década se distingue de otras, por la gran transición en los cambios sociales del mundo y principalmente por los paradigmas existentes. Recordemos que una de las características esenciales es el enfrentamiento de las juventudes de ese momento ante los estereotipos de rigidez y autoridad que existían en ese momento.

La conciencia ambiental, inicia desde la década de los 60as, así también otra gran autora de esa época lo es Marilyn Ferguson, quien en su obra "Conspiración de Acuario", nos hace reflexionar mucho sobre los grandes cambios que enfrenta el mundo en ese instante.

Recordemos que cinco años después de que Rachel Carson, nos previno de los grandes desastres ecológicos que se podrían producir, se dio el gran despertar de conciencia en el año de 1968, con todos los movimientos sociales que a lo largo del mundo se presentaron, extraordinario fenómeno social, que hasta ahora en estas fechas es motivo de estudio, por la gran solidaridad humana que se dio en ese momento para buscar cambios importantes en la conducta humana.

1.4.6.2 Antecedentes de la Primavera Silenciosa

Esta es tal vez la primera gran obra escrita para un despertar de conciencia hacia el medio ecológico y ambiental, elaborada en el año de 1962 por la investigadora "Rachel Carson, quien no fue solo una investigadora, sino también fue considerada como una artista de la escritura científica, una perfeccionista en la comunicación clara que apreciaba el uso de ritmos y sonidos. Ella misma creía que no había separación entre la literatura y la ciencia. Enriqueció a sus lectores a través del intelecto así como de los sentimientos."⁴⁰²

⁴⁰² <http://www2.uacj.mx/IIT/CULCYT/julio-octubre2009/8%20Col%20PoP%2033-34.pdf> (Obra de Rachel Carson) Consultado 09 de abril de 2010

Primavera Silenciosa, es uno de los libros que hacen historia, no exactamente incitando a la guerra o a la violencia, sino alterando la dirección del pensamiento del hombre. “En la actualidad esta obra es considerada como uno de los 100 libros de ciencia más importantes del siglo XX. El concepto de (reverencia por la vida), fue el eje central de su filosofía”⁴⁰³.

Fue la primera obra en la que se denunció los terribles efectos causados por los plaguicidas en el hombre y sus repercusiones a futuro por la ingesta de tales plaguicidas.

“Principalmente la obra de Carson, afirma que la diseminación del polvo granual del DDT produjo un mal que trajo la sombra de la muerte en todos lados: muerte a los seres humanos, gallinas, ganado, aves silvestres, peces, y aun en la propia vegetación, por la forma indebida de aplicar este plaguicida.”⁴⁰⁴

Sin embargo, a pesar de los beneficios aparentes del DDT en las cosechas, la investigadora Rachel Carson, demostró los terribles perjuicios que causaban a la salud humana cuando ingeríamos determinado tipo de alimentos tratados con DDT. Por ello su obra de la Primavera Silenciosa es todavía vigente ante las grandes mentiras que nos presentan las grandes industrias alimentarias, como lo veremos más adelante en esta investigación con el actual proceso de alimentos transgénicos.

El nombre de Primavera Silenciosa, se refiere precisamente a que cada vez que llegaba una primavera nueva, existía menos alboroto por la naturaleza y más silencio en la misma, esto debido a la muerte de especies silvestres que se daban por el uso indiscriminado de los plaguicidas.

Por lo tanto, concluimos que esta extraordinaria obra de Rachel Carson es vigente y de consulta general para todos los ambientalistas actuales.

1.4.6.3 Movimientos Sociales de 1968 (Ecológicos)

Como hemos venido analizando el proceso evolutivo de los acontecimientos en materia ecológica que se desarrollaron desde las guerras mundiales, pasando por el periodo de la guerra fría y hasta este momento de 1968, podemos iniciar señalando que este año es el

⁴⁰³ <http://www2.uaci.mx/IIT/CULCYT/julio-octubre2009/8%20Col%20PoP%2033-34.pdf> (Obra de Rachel Carson) Consultado 09 de abril de 2010

⁴⁰⁴ <http://www.mitosyfraudes.org/Articulos2/JukesEsp.html> (Artículo sobre la Primavera Silenciosa) Consultado 09 de abril de 2010

que se considera como parteaguas en los grandes cambios de la humanidad, es el año en que se dan los grandes cambios a nivel mundial en diferentes rubros y temas para la propia humanidad.

Para algunos estudiosos de este fenómeno se le conoce como el año de la revolución de 1968, o simplemente como los movimientos del 68 a la fecha se sigue estudiando muy detenidamente todo el fenómeno sociológico que se presentó a partir de este año en adelante. A veces se habla de este periodo como un ciclo revolucionario por la coincidencia temporal del mes de mayo de 1968 que tuvo su epicentro en el movimiento estudiantil francés y que inició en París, con hechos y procesos similares que se presentaron a lo largo del planeta.

Erich Fromm, en su obra *La revolución de la Esperanza en 1968*, preveía un nuevo frente, un movimiento que combinaría el deseo de un profundo cambio social con una nueva perspectiva espiritual; él pensaba que se podría humanizar al mundo tecnológico; al respecto menciona:

“La clave del éxito del movimiento del cambio residirá en que aquél estaría personificado en las vidas de sus miembros más comprometidos, quienes trabajarían en pequeños grupos o en su propia transformación personal, apoyados unos a otros, mostrando al mundo la fuerza y la alegría de gentes que sin ser fanáticos tienen profundas convicciones, que sin ser amorosas, sin caer en sentimentalismos, imaginativos pero no irreales... disciplinados, pero no sumisos. Estas gentes construirán su propio mundo en medio mismo de la alineación del contexto social contemporáneo.”⁴⁰⁵

Es importante destacar que estos movimientos sociales se repitieron a lo largo de la Europa central, iniciando, como ya lo comentamos, en Francia y extendiéndose a diversos países del viejo continente, ya que estos movimientos sociales también se presentaron en otros países como lo fue en, Holanda, Bélgica, Noruega, España, Alemania, Inglaterra, Grecia, Italia, Portugal, entre otros, en lo que respecta al lado occidental. Pero también debemos de considerar los acontecimientos que sucedieron del otro lado de la cortina de hierro como fueron en países como Checoslovaquia, Bulgaria, Hungría, Polonia, Albania, entre otros.

⁴⁰⁵ Fromm, Erich; “La Revolución de la Esperanza (1968)”; Editorial; Fondo de Cultura Económica; 1ª Edición; México, 1968; Pág. 27

Es de destacar que también el movimiento se presentó en la región Asiática en países como Japón, Corea, Malasia y en algunas regiones de la propia URSS. Así como los movimientos sociales que despertó en el movimiento de la revolución cultural china, por medio de su líder Mao Tse Tung, creador de la movilización juvenil mediante su famoso libro rojo y luchador contra sus enemigos del propio partido comunista chino.

En América los principales movimientos también se dieron primeramente en la parte sur del continente como Argentina, Chile, Perú, Bolivia, Uruguay y Brasil y hacia América del Norte en los Estados Unidos de América, en estados como California, Texas, Nueva York y Chicago.

Se cierra este círculo en México y se le conoce como el Movimiento estudiantil de 1968, con la terrible matanza de estudiantes en la plaza de las tres culturas en Tlatelolco, lugar donde se considera que concluyó este movimiento social.

“La planetaria movilización de 1968, concluyó tan súbitamente como había iniciado. Las autoridades de los numerosos países sacudidos por los conflictos respiraron aliviadas estimando que estos formaban parte de un pasado que jamás retornaría; en realidad era todo lo contrario, pues el Espíritu de la Nueva Era que había propiciado la toma de consciencia que diera origen a dichos conflictos apenas estaba por empezar a manifestarse”.⁴⁰⁶

En esta época se dieron movimientos ligados a esta misma revolución de 1968, pues se dieron fenómenos de protestas muy generalizados contra la guerra de Vietnam, especialmente las que tuvieron lugar durante la convención nacional demócrata de 1968, el movimiento de los derechos civiles de más amplio recorrido y que significativamente en esa época hubo el asesinato de dos líderes significativos: Martin Luther King y Robert Kennedy.

Otros acontecimientos de esas épocas muy recordados es el gran festival de rock de Woodstock en el año de 1969 y procesos relacionados como el ya comentado de la primavera de Praga donde Checoslovaquia es invadida por el ejército Ruso.

Es este año de 1968, el cual se marca como el periodo de despertar de consciencia de la raza humana, tan es así que gran parte de los resultados de los movimientos sociales traen como consecuencia la aceptación y reconocimiento a los siguientes temas:

⁴⁰⁶ Velasco Piña, Antonio “El Retorno de lo Sagrado”, Ed. Circulo Cuadrado, México D.F, 1997 p.91

1.- Nace la cultura ecológica.- por primera vez al planeta tierra se le considera como un ser vivo; se critica fuertemente a la sociedad de consumo generadora de gran destrucción del medio ambiente, en el entendido de que el ser humano estaba viviendo en forma más cómoda y confortable a través del deterioro de sus aguas tierras, bosques, mares, fauna, aire y atmosfera. El ser humano era fuertemente criticado al ser considerado el rey de la creación y no respetar su entorno y medio ambiente.

2.- Se da el reconocimiento, aceptación y validación a los derechos de la mujer.- Se permite en forma masiva el ingreso de ellas al estudio y a las universidades, así como en la vida política y social de la sociedad, se reconoce capacidad legal y similar a la del hombre. La mujer empieza a destacar en diferentes campos de acción en los que antes no intervenía.

3.- Existe la toma de conciencia en el sentido de que también otros seres nos acompañan en el planeta y tienen derecho a la vida, por lo tanto si destruimos la naturaleza nos estamos destruyendo a nosotros mismos.

4.- Se reconoce y acepta que la sociedad industrializada, que nació desde la revolución industrial rompió el equilibrio de la naturaleza y se desarmonizo la vida entre el hombre y su entorno, al crear una sociedad de consumo cada vez más irresponsable con el medio ambiente.

5.- A partir de este año de 1968, se toma consciencia de la importancia que tienen nuestras culturas ancestrales y se empieza a dar reconocimiento a las culturas indígenas principalmente en América y México.

6.- Se empiezan a dar las primeras bases para los cambios políticos que aparecerán años adelante como es el reconocimiento a otras ideas políticas diferentes a las establecidas.

7.- En aspectos económicos los países del mundo inician su travesía sobre grandes dificultades económicas-financieras

8.- Por primera vez se ven los problemas del mundo como situaciones planetarias generales y no como algo particular en lo individual de cada país.

“El año de 1968, marca el inicio del despertar no solo de México sino el comienzo de un proceso de renacimiento espiritual que intentara abarcar a todo el

planeta pues en virtud de la actual etapa evolutiva de la tierra, todo cuanto ocurre en esta se inserta en una consciencia que ya no es local sino mundial”.⁴⁰⁷

El año de 1968, se caracterizó esencialmente por la gran identificación que existió entre los jóvenes de esa época a nivel mundial, sin que en esa época hubiera los actuales medios modernos como lo es el internet, el correo electrónico, el chat, facebook, telefonía celular, ipod, entre otros, por lo tanto el nivel de conciencia que fue adquiriendo las nuevas sociedades juveniles, eran apegadas a sus principios de pensamientos liberales y de una sociedad más igualitaria.

También la participación de los intelectuales del momento y de las obras escritas en la literatura del momento, fueron creando consciencia sobre las situaciones que en ese momento se presentaban en el mundo.

Las repercusiones intelectuales de los movimientos del 68 no han dejado de suscitar controversias, ya que se le consideró irresponsable la liberación sexual que en esa época se dio y conceptos que no se manejaban tan abiertamente en la sociedad de ese tiempo como lo fue temas relacionados al divorcio, aborto, anticonceptivos, relaciones prematrimoniales, la famosa píldora, la liberación de la mujer, modas como la mini falda, música supuestamente inapropiada, pérdida del respeto patriarcal y hacia las autoridades, utilización abiertamente de drogas, utilización del cabello largo para los hombres y corto para las mujeres, desprecio a la ética del trabajo, crítica contundente sobre las estructuras sociales tanto políticas, económicas, sociales y religiosas de esa época, crítica muy fuerte a los movimientos de guerras promovidos principalmente por los Estados Unidos de América y la URSS.

Fue una época en que también se dio la simpatía por los movimientos de liberación nacional y el movimiento tercermundista llegaba al punto de la fascinación por la figura del guerrillero “Che Guevara” fusilado en Bolivia en 1967, cuya imagen se imitaba con su boina, pelo largo y barba, además de convertirse en un ícono presente en todos los ámbitos imaginables como pueden ser posters, camisetas, papelería, que lo convirtieron en un héroe de la época.

En los últimos años de los sesentas, los círculos empezaron a entrar rápidamente en contacto unos. Pronto surgieron más movimientos sociales posteriores al 68, la conciencia social se había extendido en el planeta, la siguiente década de los setentas

⁴⁰⁷ Velasco Piña, Antonio; Óp. cit. Pág. 88

fue, de inicio de grandes movimientos sociales, los cuales fueron también reprimidos por los Estados totalitarios y controladores. En México, se dio inmediatamente movimientos como el de 10 de junio de 1971, con otra matanza de estudiantes en la Ciudad de México, en lo que se conoció como jueves de Corpus, después de una gran manifestación estudiantil, que entre sus peticiones estaban la democratización de la enseñanza y la libertad de presos políticos.

Estos años de fines de los sesentas y principios de los setentas, se caracterizan por una toma de consciencia individual y colectiva por la sociedad de ese tiempo.

Los movimientos ecologistas surgen con una gran fuerza y apoyo por la sociedad, como resultado de los movimientos creados en 1968, es en este año, como ya dijimos que la sociedad mundial inicia con una toma de conciencia sobre los intereses hacia la ecología. Es importante destacar que 1968, es el año del parteguas en el tema ecología, sin embargo cabe hacer mención que existen antecedentes más lejanos, pues las primeras organizaciones interesadas en proteger la naturaleza se dieron en la primera mitad del siglo XX.

“En este periodo nacieron dos organizaciones destacadas: El National Trust británico, que salvó varios parajes naturales en Gran Bretaña y la Liga Suiza para la Protección de la Naturaleza presidida por Paul Sarazin, quien en 1913, convocó a la Primera Conferencia Internacional para la Protección de la Naturaleza que se celebró en Berna y que posteriormente sería la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza y de sus Recursos (UICNR), la cual agrupa a varias organizaciones públicas y privadas.”⁴⁰⁸

Este extraordinario periodo de los años 60's y parte de los 70's, trae consigo grandes movimientos sociales en todo el planeta, tanto en el lado occidental como en el oriental y como consecuencia se da un despertar de conciencia en muchos pueblos y principalmente en seres humanos que a través de su pensamiento tratan de transmitir estas ideas en contra del mundo materialista que se empezaba a desarrollar con gran fuerza.

1.5 Cronología Legislativa en México (Leyes Ambientales)

⁴⁰⁸ López Sela Pedro Luis y Ferro Negrete Alejandro; “Derecho Ambiental “; Editores Iure, S.A. de C.V.; Primera Edición; México, Distrito Federal, 2006, Pág. 30

La evolución que se ha presentado del Derecho Ambiental, realmente surge con acontecimientos internacionales, recordemos como los movimientos sociales de la década de los 60's y principios de los 70's trajeron como consecuencia grandes cambios en la organización de la sociedad y el pensamiento de ese tiempo, es en la Declaración de Estocolmo, Suecia, en el año de 1972, donde por primera vez, se van a dar los conceptos e ideas para proteger la ecología en esos años y el medio ambiente en posteriores Conferencias Internacionales.

Por lo tanto, en México los primeros acontecimientos que se van a presentar en materia legislativa, es en base a la influencia y también presión que existe por la comunidad internacional, para que la mayoría de los países adoptaran los principios que se establecieron en la Declaración de Estocolmo, Suecia, como resultado de la primera gran reunión internacional que contemplo los temas Ambientales. Nuestro país se alineó a las disposiciones que en ese momento, a nivel mundial se dieron a conocer por la preocupación de conservar y mantener a la ecología y al medio ambiente. Fueron las primeras disposiciones que en materia legal empezaron a fluir en todo el mundo, para que en las legislaciones de cada país fueran adoptadas y sobre todo aplicadas para cuidar el tema del equilibrio ecología y el medio ambiente.

En este sentido, veremos en un orden cronológico, las primeras disposiciones que en materia ambiental se regularon en nuestro país, aclarando que en nuestro sistema jurídico, existen en materia ambiental, leyes sectoriales que regulan el aprovechamiento y preservación de un recurso natural en lo particular, por ejemplo la ley minera, la ley de aguas nacionales y la ley forestal. Solamente mencionamos los títulos de las leyes, como referencias en forma cronológica en su publicación, sin entrar en el análisis de cada una de éstas.

1.- Ley Federal para Prevenir y Controlar la Contaminación Ambiental (LFPPCA).

Esta ley fue publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 23 de marzo de 1971.

2.- Ley Federal de Protección al Ambiente. (LFPA). Fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de enero de 1982, tuvo una vigencia de 11 años

3.- Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección del Ambiente. (LGEEPA). (Publicada el 28 de enero de 1988) y abrogó a la Ley Federal de Protección al Ambiente.

La Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, tuvo reformas en el 13 de Diciembre de 1996 y permitir con ello la obtención de formas más efectivas en su objeto y su propósito.

Otras leyes en la materia expedidas según el principio de concurrencia contenido en el artículo 73 fracciones XXIX-G Constitucional. La LGEEPA, sentó el precedente legislativo para la distribución de competencias entre la Federación, los Estados y Municipios en materia de preservación y restauración del equilibrio ecológico y de la protección del ambiente y para tratar esta materia con un enfoque integrador de los elementos naturales como parte de un todo, a efecto de que dicha protección sea efectiva.

En este sentido, se han expedido las siguientes leyes generales en materia ambiental aparte de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, en las cuales prevalece la concurrencia que cita el artículo 73 fracciones XXIX-G de la Constitución, estas leyes son:

Ley General de Vida Silvestre (publicada el 3 de julio de 2000)

Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable (publicada el 25 de febrero de 2003) y abrogó a la Ley Forestal del (22 de diciembre de 1992)

Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos (publicada el 8 de octubre de 2003)

Ley General de Desarrollo Social (publicada el 20 de enero de 2004).

Las leyes sectoriales más importantes por los recursos naturales que protege y que, junto con las leyes generales y sus disposiciones reglamentarias, constituyen el marco jurídico ambiental nacional, siendo estas las siguientes:

Ley de Aguas Nacionales (publicada el 1° de Diciembre de 1992). Es reglamentaria del artículo 27, párrafo quinto de la Constitución Política. Esta ley abrogó a la Ley Federal de Aguas (de enero de 1972)

Ley Federal del Mar (publicada el 8 de enero de 1986). Es reglamentaria de los párrafos cuarto, quinto, sexto y octavo del artículo 27 Constitucional, la cual determina las distintas zonas marinas mexicanas.

Ley de Pesca (publicada el 25 de junio de 1992). Es reglamentaria de artículo 27 constitucional.

Ley Minera (publicada el 26 de junio de 1992).

Ley General de Salud (publicada el 7 de febrero de 1984 y con última reforma del 30 de diciembre de 2009; y su Reglamento se (publicó el 7 de febrero de 1984)...

Ley General de Asentamientos Humanos. (publicada el 21 de julio de 1993, la cual abrogó a la anterior ley del 26 de mayo de 1976).

Ley Agraria (se publicó su última versión el 26 de febrero de 1992) y es reglamentaria del artículo 27 constitucional en materia agraria.

Ley Federal sobre Metrología y Normalización (publicada el 1° de Julio de 1977).

Existen otros ordenamientos jurídicos que inciden en la protección del medio ambiente como ordenamientos de legislación casual.

“Aquellas normas cuyo objeto principal no va dirigido a la protección del ambiente, pero dado el contenido de algunas de sus disposiciones, implican mandatos de hacer o no hacer entorno a la protección del ambiente.”⁴⁰⁹

Entre las leyes que inciden en la protección del ambiente, ya sea de forma directa o indirecta, están el Código Civil Federal y el Código Penal Federal.

Fue en 1996, cuando la LGEEPA sufrió su reforma más importante y substancial y cuando mediante el Decreto que Reforma, Adiciona y Deroga diversos artículos del Código Penal para el D.F. en materia de fuero común y para toda la República en Materia del Fuero Federal, ahora llamado Código Penal Federal, se derogaron los numerales 183-187 de la LGEEPA, 58 de la Ley Forestal y el 30 y 31 de la Ley Federal de Caza.

Principalmente estas reformas contemplaron la forma de tipificar los delitos ambientales e integrarlos en solo cuerpo normativo, para fortalecer la legislación penal ambiental.

1.5.1 Antecedentes Constitucionales

En México, la jerarquía de la Constitución como Ley Suprema de la Nación, proviene del propio texto constitucional (en lo que dispone el artículo 133 de nuestra Carta Magna) debiéndose sujetar a sus preceptos y mandatos todo tratado internacional firmado como toda ley secundaria que emane de la misma Constitución.

⁴⁰⁹ Gutiérrez Nájera, Raquel; “Introducción al Estudio del Derecho Ambiental”; 1ª Edición; Editorial Porrúa S.A.; México, Distrito Federal, 1998; pág. 256

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, contiene diversas disposiciones que en forma expresa aluden al medio ambiente o a los recursos naturales que lo integran, el cual se denomina constitucionalización del medio ambiente. Estos preceptos constitucionales son los que se señalan a continuación:

Artículos Constitucionales; 2°, 4° párrafo cuarto; 17°; 25° Párrafos I y VI; 27°; 42°; 48°; 73 Fracc. XXIX-G; 115° Apartado V-G; 122°; 133°, entre otros y estos merecen un estudio profundo por separado, el cual no se realiza en este trabajo.

La Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente

Esta ley es la principal disposición que existe en nuestro país en materia ambiental, se publicó por primera vez el 28 de Enero de 1988, en el Diario Oficial de la Federación y tiene como objeto general reglamentar las disposiciones que emanan de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para tal fin este objeto quedó plasmado en su primer artículo y en él se contempla, como fin principal la preservación y restauración del equilibrio ecológico, así como la protección al ambiente en el territorio nacional y las zonas sobre las que la nación ejerce su soberanía y jurisdicción.

Las disposiciones de esta ley son de orden público e interés social y tienen como objeto principal el desarrollo sustentable y establecer las bases para:
Garantizar el derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente adecuado para su desarrollo, salud y bienestar.

Definir los principios de la política ambiental y los instrumentos para su aplicación.

La preservación, la restauración y el mejoramiento del ambiente.

La preservación y protección de la biodiversidad, así como el establecimiento y administración de las áreas naturales protegidas.

El aprovechamiento sustentable, la preservación y en su caso, la restauración del suelo, el agua y los demás recursos naturales, de manera que sean compatibles la obtención de beneficios económicos y las actividades de la sociedad con la preservación de los ecosistemas; estas entre otras bases normativas que señala la ley.

Esta ley ha tenido diversas modificaciones que la han venido ajustando a los cambios que se han presentado en las disposiciones internacionales, por lo tanto fue modificada y adicionada dicha ley en el año de 1996, de tal manera que su propósito actual, contiene elementos muy importantes como el derecho de toda persona a disfrutar de un medio ambiente sano y adecuado, el cual se contempla actualmente en el artículo

cuarto de nuestra constitución, así como propiciar las condiciones para el desarrollo sustentable.

La LGEEPA, es una ley marco y en eso consiste fundamentalmente aunque no de forma exclusiva, su naturaleza jurídica comenta Raul Brañes, ” así se denomina a los ordenamientos jurídicos que se han expedido en los últimos tiempos en esta materia, cuando ellos, al regular el conjunto de la protección al ambiente no agotan este tema y en consecuencia, dejan subsistentes los ordenamientos jurídicos preexistentes que versan sobre temas específicos que tienen que ver con la misma protección al ambiente.”⁴¹⁰

La reforma de la LGEEPA del 13 de diciembre de 1996, permitió lograr de forma más efectiva su objeto y propósitos, y las modificaciones que se realizaron e incluyeron están relacionadas con los siguientes temas:

Distribución de competencias

Instrumentos de política ambiental

Biodiversidad

Contaminación ambiental

Participación social e información ambiental

Responsabilidades, procedimientos administrativos y sanciones

La LGEEPA, cuenta con diversos reglamentos expedidos por el Presidente de la República y están relacionados sobre los siguientes aspectos:

En materia de evaluación del impacto ambiental.

En materia de residuos peligrosos.

En materia de preservación y control de la contaminación de la atmósfera.

Para la protección del ambiente contra la contaminación originada por la emisión del ruido.

En materia de auditoría ambiental.

En materia de áreas naturales protegidas.

En materia de ordenamiento ecológico.

Reglamento para prevenir y controlar la contaminación del Mar por vertimiento de desechos y otras materias.

⁴¹⁰ Brañes, Raúl; Op. Cit. Pág. 115

Por lo tanto, esta ley marco y sus reglamentos, son la que le dan vida y sustento a la materia ambiental en nuestro país.

Conclusiones

La Ecología se deriva de las ciencias de la biología y la zoología. Es una ciencia que explica la relación de los seres vivos con su ambiente.

Mientras que el Derecho Ambiental es un conjunto de normas jurídicas, de derecho público, debidamente ordenadas y orientadas a la protección de la biósfera, como escenario que hace posible la vida. Son normas que se encargan de la protección jurídica del equilibrio ecológico.

No debemos confundir el concepto de ecología con el concepto de derecho ambiental, pues ambos tienen su propia naturaleza muy particular y aunque tienen mucha interrelación no son ciencias iguales.

Sin embargo, ambos conceptos de ecología y derecho ambiental buscan la preservación de la vida y un mejor desarrollo de la sociedad.

La sociedad de hoy, es el producto y resultado de la vieja revolución industrial, donde el hombre explota los recursos naturales en una forma totalmente irresponsable, continua buscando los intereses económicos de unos cuantos, y no se preocupa por los resultados que a la larga se presentaran, como una acción boomerang, en contra del propio hombre y su sociedad, a la cual le llamamos civilizada, de lo cual hemos demostrado al paso del tiempo que no tenemos la menor idea de ello.

Hoy que han pasado tantos años, es vergonzoso que el ser humano y la sociedad actual, continúe pensando solamente en sus beneficios económicos de las personas que generan la riqueza y las grandes industrias y fabricas oligopólicas, que hoy mismo, continúan realizando la destrucción de medio ambiente desde una forma completamente irracional.

Por ello, es de concluir aquí que la revolución industrial es el parteaguas de la caída de los sistemas de vida social y tradicional que conocía el hombre. El respeto al medio ambiente fue lo primero que se perdió, así como el único interés que generó el hombre, fue el de hacerse cada vez más rico y poderoso a costa de lo que fuera, y si eso conlleva a la pérdida del medio ambiente, le tiene sin cuidado, mientras él esté bien en su entorno y con abundante riqueza, generada por sus importantes empresas.

Esta sociedad de consumo, ha tenido un desarrollo de más de 200 años en los cuales la sociedad moderna, se ha vuelto cada vez más conformista e inconsciente de su medio ambiente. El hombre moderno solo piensa en su estado de confort, sin importarle lo que haya generado ese confort en él, no le importa haber destruido parte de su medio ambiente, con tal de lograr ese confort y comodidades en su vida cotidiana.

Actualmente es uno de los problemas más graves de la humanidad que afectan de manera considerable a todos los pueblos del mundo es la enorme destrucción del medio ambiente y la contaminación a la que hemos llevado a nuestro planeta, con una gran irresponsabilidad por parte de los gobiernos y de los individuos, situación que está tratando de combatir este Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, en el cual se requiere de la participación activa y decidida de todos los pueblos del mundo.

Es verdaderamente vergonzoso, el saber que le fue retirada la sede del PNUMA a México, por la falta de responsabilidad en los trabajos y lineamientos que se llevaban a cabo, es por ello que fue trasladada a Panamá. En México sólo quedó un despacho del PNUMA a cargo del especialista, quien se desempeñaba como coordinador de la Red de Formación del Programa.

Probablemente recordemos la década de los 60's y partes de los 70's como la época del gran idealismo de la sociedad, eran momentos en que muy fuertemente se pensaba que el mundo y la sociedad sí podrían cambiar, que las instituciones políticas de ese momento permitirían grandes modificaciones para que la sociedad del futuro fuera más justa y equitativa.

Y uno de los rubros más importantes, en donde se destacó más este sentido fue en los temas de ecología y medio ambiente. Donde sin lugar a dudas la obra Primavera Silenciosa, fue determinante para crear conciencia en esas generaciones y acontecimientos de la humanidad.

Al observar el día de hoy los grandes problemas ambientales que vivimos y la irresponsabilidad con la que hemos venido actuando en los últimos 40 años, me llevan a reflexionar sobre esta década de los 60's, en los cuales el idealismo y el pensamiento del hombre libre era lo principal.

Hoy ante la nueva tecnología y los grandes intereses económicos, tristemente vemos que la ecología y el medio ambiente han sido apropiados en su explotación por las grandes empresas trasnacionales en todo el mundo, acaparando por completo recursos naturales que forman parte de la colectividad humana, y que ellos se los han

apropiado como materia prima de explotación individual de estas grandes empresas, con una gran irresponsabilidad en su explotación, ya que así se han venido terminando con una gran cantidad de bosques, ríos, mares, atmósfera, y muchos otros recursos naturales más.

El despertar de consciencia que se dio en estas décadas que hemos hablado, no se han vuelto a repetir en la historia de la humanidad, sino hasta ahora año 2011, en que la humanidad está entrando en un nuevo paradigma de cambios vertiginosos en que aprovechamos esta nueva oportunidad o lamentablemente habremos terminado con tal vez, la última oportunidad de poder realizar cambios profundos y sustanciales en el planeta Tierra tanto en su medio ambiente, como en la terrible pobreza que hoy envuelve a todos los sistemas políticos del mundo, y con las grandes deficiencias económicas por las que atraviesa la mayor parte de los países del planeta.

Las reformas constitucionales y modificaciones a la LGEEPA que se han presentado, son acciones muy importantes para adecuar nuestra legislación a muchos de los conceptos y preceptos que en materia de derecho ambiental internacional se manejan en el mundo, por lo tanto México, no se puede quedar atrás y tiene que actualizarse para estar al día con todas las modificaciones y reformas que se presentan en el estudio del derecho ambiental.

Sabemos que se nos está acabando el medio ambiente, y que lo hemos destruido en forma irresponsable, si continuamos con esta vorágine de destrucción, las futuras generaciones no conocerán especies de nuestro medio ambiente y sobre todo estarán en graves riesgos de sobrevivir, por la falta de tantos elementos naturales, que antes abundaban, pero hoy son muy escasos, y solamente con la consciencia de los estudiosos de estas rama y las atinadas reformas que en materia legal se realicen en nuestra legislación, es como se podrá ir tratando de controlar estas grandes destrucciones al medio ambiente.

El cual mucha gente aún sigue pensando que es una situación intrascendente para el desarrollo del ser humano y continúan pensando desde su estado de confort, olvidándose por completo del medio ambiente y de sus repercusiones gravísimas para la sociedad y en particular para toda la especie humana.

El problema más grande al que nos enfrentamos en materia ambiental, es la falta de consciencia de los seres humanos sobre la problemática a la que nos enfrentamos, esto aunado completamente a la falta de educación ambiental, la cual a estas alturas

sigue siendo muy deficiente en la mayor parte de los países y principalmente en el nuestro.

Son estos dos rubros en los que más se debe de trabajar, pues son más importantes aún que la propia legislación ambiental. Mientras no exista la conciencia, la educación y la preparación necesaria seguiremos remando contra corriente, las gentes que nos encontramos inmersos en este campo ambiental.

Es aquí donde debemos de trabajar muy fuertemente para invitar e incorporar a la gente para que apoye verdaderamente el trabajo que se realiza a favor del medio ambiente en todas sus ramas y ciencias. Con una actitud responsable observando que es para el bien de toda la humanidad y la futuras generaciones del planeta.

Bibliografía.

1. Brañes Raúl; "Manual de Derecho Ambiental Mexicano"; Fondo de Cultura Económica; segunda edición; México, D.F., 2000
2. De Pina Vara, Rafael; "Diccionario de Derecho"; Ed. Porrúa, S.A. Décima Edición; México, Distrito Federal, 1997
3. Guzmán Gómez, Elena Ruth;"El Acuerdo de Cooperación Ambiental de América del Norte en el Contexto del Derecho Internacional Ambiental"; Tesis Doctoral; Ciudad Universitaria, México, Diciembre de 1996
4. Gutiérrez Nájera, Raquel; "Introducción al Estudio del Derecho Ambiental"; 1ª Edición; Editorial Porrúa S.A.; México, Distrito Federal, 1998
5. Ferguson, Marilyn "La Conspiración de Acuario" Editorial Kairós; 7ª Edición; Barcelona, España 1998
6. Fromm, Erich; "La Revolución de la Esperanza (1968)"; Editorial; Fondo de Cultura Económica; 1ª Edición; México, 1968;
7. <http://enciclopedia.us.es/index.php/> consultado el 9 de diciembre de 2009
8. <http://historiageneral.com/2009/01/09/la-guerra-fria-causas-y-consecuencias/> Consultado el 16 de noviembre de 2009
9. <http://www.idard.org.do> "Instituto de Derecho Ambiental de República Dominicana", Consultado el 20 de noviembre de 2009
10. <http://www.cinu.org.mx/onu/onu.htm> Consultado el 13 de noviembre de 2009.
11. <http://www.segunda-guerra-mundial.com/2gm-causas> del conflicto. Consultado 11 de noviembre del 2009
12. <http://www.laopinion-rafaela.com.ar/opinion/2009/04/10/q941001.php> Consultado el 17 de noviembre de 2009
13. <http://www.mitosyfraudes.org/Articulos2/JukesEsp.html> (Artículo sobre la Primavera Silenciosa) Consultado 09 de abril de 2010
14. <http://www.un.org/es/> Consultado el 20 de febrero del 2010

15. <http://www2.uaci.mx/IIT/CULCYT/julio-octubre2009/8%20Col%20PoP%2033-34.pdf> (Obra de Rachel Carson) Consultado 09 de abril de 2010
16. <http://www.wwf.org.mx> Consultado el 17 de noviembre de 2009
17. Jesús Jordano Fraga, “La Protección del Derecho a un Medio Ambiente Adecuado”, 1ª ed., J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1995, pág. 124. Citado por López Sela Pedro Luis y Ferro Negrete Alejandro, Op Cit.
18. López Sela Pedro Luis y Ferro Negrete Alejandro; Derecho Ambiental; Colección textos jurídicos; Ed. IURE editores , S.A. de C.V.; Primera edición; México D.F, 2006
19. Ortiz Ahlf, Loretta; Citado por Guzmán Gómez, Elena Ruth; Tesis Doctoral; Op. Cit.
20. Velasco Piña, Antonio “El Retorno de lo Sagrado”, Ed. Circulo Cuadrado, México D.F, 1997

LOS RIESGOS DE TRABAJO Y LA NO RESPONSABILIDAD PATRONAL,

EL CASO DE MÉXICO.

Jacinto García Flores⁴¹¹

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Key Words. 3. Hipótesis de la investigación. 4. Definición legal de riesgos de trabajo. 5. Elementos del riesgo de trabajo. 6. Consecuencias producidas por los riesgos de trabajo. 7. Obligación patronal de afiliar a sus trabajadores al IMSS. 8. La preafiliación como forma de proteger al trabajador y al patrón. 9. Prestaciones a que tiene derecho el trabajador que sufre un riesgo de trabajo. 10. Conclusión. Fuentes de información.

1. INTRODUCCIÓN.

En este artículo se resalta que lo más valioso que tiene una persona es la salud tanto física como mental, pues si bien es cierto que por naturaleza los seres humanos somos afectos a acumular riquezas económicas, cuando se altera nuestra salud utilizamos tal riqueza para tratar de recuperarla, lo que no siempre es posible cuando se trata de enfermedades prolongadas o agresivas, de ahí que se haya acuñado la frase “los bienes son para curar los males”.

Tratándose de los trabajadores, ellos están expuestos a sufrir un riesgo de trabajo desde que salen de su domicilio particular para dirigirse a la empresa, estando en ella desarrollando las

⁴¹¹ Dr. en Derecho. Profesor investigador en la Facultad de Contaduría Pública de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. Perfil Promep. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel 1.

labores a que está obligado y al regresar de la empresa hacia su domicilio, por ello es pertinente que el patrón los tenga asegurados contra riesgos de trabajo a fin de que la Institución aseguradora se subrogue en las obligaciones de seguridad social.

Así, en el texto se aborda de manera específica los riesgos de trabajo que en México puede sufrir un trabajador al estar desempeñando las labores para las que fue contratado en la empresa, para tal efecto se definen los riesgos de trabajo, se señalan sus elementos constitutivos, se hace la diferencia entre enfermedad profesional y accidente de trabajo, las consecuencias que producen al materializarse, la obligación patronal de inscribir a sus trabajadores ante el Instituto Mexicano del Seguro Social, la preafiliación del trabajador para proteger el patrimonio del patrón, las prestaciones en especie y en dinero a que tiene derecho el trabajador que lamentablemente sufra un riesgo de trabajo y finalmente se elabora la conclusión correspondiente.

2. KEY WORDS. Riesgos de trabajo. Responsabilidad patronal. Prestaciones de seguridad social. Instituto Mexicano del Seguro Social. Preafiliación.

3. HIPOTESIS DE LA INVESTIGACIÓN.

Si en cualquier parte del mundo preguntamos a una persona, trabajador asalariado o no, qué es lo más valioso que tiene en la vida, responde de acuerdo a su edad, nivel socioeconómico y cultura, muchas respuestas consideran los bienes tanto muebles como inmuebles que poseen, otras aluden a su núcleo familiar y otras más a su ámbito laboral.

No obstante lo anterior, cuando la salud que gozamos se ve afectada por cualquier causa, tales bienes son enajenados para pagar el costo que implica recuperar la salud, en otras palabras y aunque no se crea, lo más valioso, materialmente hablando que todos tenemos, es la salud.

Hablando exclusivamente de trabajadores, las causas por las que pueden ver afectada su salud tiene relación con los factores de riesgo que están presentes en el entorno laboral donde prestan sus servicios, es decir, riesgos de trabajo.

Cuando la frase riesgos de trabajo se materializa, cambia de manera drástica la vida del trabajador que lo sufre, produciendo entre otras, las siguientes consecuencias:

- a) El trabajador ve alterada de manera súbita su salud e integridad física, pues dependiendo de la afectación y daño que presente serán las secuelas físicas y psicológicas que enfrente en el futuro, por ejemplo, si se amputó un dedo, si perdió un ojo, si su sistema reproductor fue lesionado o si se fracturó una pierna, esto le marcará para el resto de su vida.
- b) Las personas que forman el círculo familiar del trabajador, su esposa, hijos y/o ascendientes, también son afectados por ser quienes lo cuidarán durante su rehabilitación o incapacidad parcial o total que sufra, o si muere, sufrir la pérdida del ser querido.
- c) El patrón persona física o jurídica también resulta afectado por que sus índices de siniestralidad se elevan permitiendo al Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) ubicarlo en una clasificación de mayor peligrosidad y por lo mismo, cobrarle un monto mayor por concepto de cuota obrero patronal.

Ahora bien, si la pérdida de la salud por motivo o en ejercicio del trabajo que se desarrolla alteran de manera sustancial la vida y actividades laborales de los trabajadores, ¿conforme a la legislación vigente ¿qué se considera riesgos de trabajo en México? ¿A que prestaciones tiene derecho el trabajador que sufre un riesgo de trabajo? ¿Existirá en la legislación vigente mexicana, algún medio o modo por el cual el patrón quede exento de la responsabilidad de seguridad social que tiene ante sus trabajadores?

Para responder dichas interrogantes se debe señalar que en la República mexicana existen dos leyes que regulan los riesgos de trabajo, la primera es la Ley Federal del Trabajo (LFT) y la segunda es la Ley del Seguro Social (LSS). La primera los aborda de manera general, en cambio la segunda establece las prestaciones en especie y en dinero a que tienen derecho los trabajadores que resulten afectados.

4. DEFINICIÓN LEGAL DE RIESGOS DE TRABAJO.

La LFT de México en su artículo 473 establece:

Artículo 473. Riesgos de trabajo son los accidentes y enfermedades a que están expuestos los trabajadores en ejercicio o con motivo del trabajo.

Esta definición fue establecida en idénticos términos en el artículo 41 de la LSS.

Cabe señalar que la primera LFT mexicana fue del año 1931; la segunda y actual del Año 1970 que fue adicionada con un capítulo procesal del trabajo en el año 1980, sin embargo, desde el sexenio del Presidente Carlos Salinas de Gortari, después de Ernesto Zedillo Ponce de León, posteriormente de Vicente Fox Quezada y ahora de Felipe de Jesús Calderón Hinojosa, ha sido sometida a un análisis neoliberal con el fin de reformarla sin haberse logrado hasta el momento.

Por lo que hace a la LSS, la primera fue del año 1943, la segunda del año 1973, en ambas, el régimen de pensiones se basaba en el sistema de reparto. La actual fue publicada en el año de 1995 entrando en vigor hasta 1997, donde ahora la pensión es de capitalización individual vía las Administradoras de Fondos para el Retiro (AFORES), es decir, cuando los trabajadores terminen su vida productiva, tendrán ahorrada una determinada cantidad de dinero con la cual sufragar sus necesidades de adultos mayores.

5. ELEMENTOS DEL RIESGO DE TRABAJO.

Para que un riesgo de trabajo tenga tal categoría se deben reunir los siguientes elementos:

- a) El accidente debe ser producido por una causa externa.
- b) Tal causa debe ser instantánea o de corta duración, y
- c) El acontecimiento debe ser anormal.

Estos tres elementos se desprenden del contenido del artículo 474 de la LFT que establece:

Artículo 474. Accidente de trabajo es toda lesión orgánica o perturbación funcional, inmediata o posterior, o la muerte, producida repentinamente en ejercicio o con motivo del trabajo, cualesquiera que sean el lugar y el tiempo en que se preste.

Quedan incluidos en la definición anterior los accidentes que se produzcan al trasladarse el trabajador directamente de su domicilio al lugar del trabajo y de éste a aquél.

Respecto a la enfermedad profesional, la misma tiene los siguientes elementos:

1. Un estado patológico.
2. Dicha patología se deriva de una causa continuada, y
3. El medio en que el trabajador se vea obligado a prestar sus servicios.

Los elementos anteriores se desprenden del artículo 475 de la LFT que establece:

Artículo 475. Enfermedad de trabajo es todo estado patológico derivado de la acción continuada de una causa que tenga su origen o motivo en el trabajo o en el medio en que el trabajador se vea obligado a prestar sus servicios.

6. CONSECUENCIAS PRODUCIDAS POR LOS RIESGOS DE TRABAJO.

Cuando se produce el riesgo de trabajo, la víctima del mismo puede sufrir alguna de las consecuencias que establece el artículo 477 de la LFT en los siguientes términos:

Artículo 477. Cuando los riesgos se realizan pueden producir:

- I. Incapacidad temporal;
- II. Incapacidad permanente parcial;
- III. Incapacidad permanente total; y
- IV. La muerte.

Por lo que hace a la incapacidad temporal cabe decir que se manifiesta por la pérdida de facultades o aptitudes que imposibilitan parcial o totalmente al trabajador para desempeñar su trabajo por algún tiempo. Es de resaltar que durante el tiempo que dure la incapacidad, el IMSS pagará al trabajador un subsidio equivalente al 100% del salario que cotice.

Respecto a la incapacidad permanente parcial, esta ocurre cuando las facultades o aptitudes de una persona disminuyen de manera permanente para trabajar, por ejemplo, cuando se amputa una mano. La indemnización que debe pagarse a los trabajadores por esta incapacidad consiste en el porcentaje que la Tabla de Valuación de Incapacidades Permanentes localizada en el artículo 514 de la LFT establece, relacionado con el artículo 492 de la misma Ley, sin poderle hacer deducción de los salarios que el trabajador percibió durante el periodo de incapacidad temporal.

Tratándose de una incapacidad permanente total, considerada como la pérdida de facultades o aptitudes de una persona que la imposibilita para desempeñar cualquier trabajo por el resto de su vida, es de decir que la indemnización que se debe pagar al trabajador accidentado asciende a la cantidad de mil noventa y cinco días de salario, tal como lo establece el artículo 495 de la LFT, que textualmente señala:

Artículo 495. Si el riesgo produce al trabajador una incapacidad permanente total, la indemnización consistirá en una cantidad equivalente al importe de mil noventa y cinco días de salario.

De tal cantidad no pueden deducirse los salarios que percibió durante el periodo de incapacidad temporal.

Por lo que hace a la muerte del trabajador, considerada como la cesación de los signos vitales de un organismo, comprende, conforme a lo establecido en el artículo 500 de la LFT, las siguientes prestaciones:

Artículo 500. Cuando el riesgo traiga como consecuencia la muerte del trabajador, la indemnización comprenderá:

I. Dos meses de salario por concepto de gastos funerarios; y

II. El pago de la cantidad que fija el artículo 502.

A su vez el artículo 502 de la LFT establece:

Artículo 502. En caso de muerte del trabajador, la indemnización que corresponda a las personas a que se refiere el artículo anterior será la cantidad equivalente al importe de setecientos treinta días de salario, sin deducir la indemnización que percibió el trabajador durante el tiempo en que estuvo sometido al régimen de incapacidad temporal.

Las indemnizaciones señaladas para el caso de muerte, les serán entregadas a los beneficiarios del trabajador fallecido, en la forma y términos que establece el artículo 501 de la LFT que establece:

Artículo 501. Tendrán derecho a recibir la indemnización en los casos de muerte:

I. La viuda o el viudo que hubiese dependido económicamente de la trabajadora y que tenga una incapacidad de 50% o más, y los hijos menores de dieciséis años y los mayores de esta edad si tienen una incapacidad de 50% o más;

II. Los ascendientes concurrirán con las personas mencionadas en la fracción anterior, a menos que se pruebe que no dependían económicamente del trabajador;

III. A falta de Cónyuge supérstite, concurrirán con las personas señaladas en las dos fracciones anteriores, la persona con quien el trabajador vivió como si fuera su cónyuge durante los cinco años que precedieron inmediatamente a su muerte, o con la que tuvo hijos, siempre que ambos hubieran permanecido libres de matrimonio durante el concubinato.

IV. A falta de cónyuge supérstite, hijos y ascendientes, las personas que dependían económicamente del trabajador concurrirán con la persona que reúna los requisitos señalados en la fracción anterior, en la proporción que cada una dependía de él, y

V. A falta de las personas mencionadas en las fracciones anteriores, el Instituto Mexicano del Seguro Social.

7. OBLIGACIÓN PATRONAL DE AFILIAR A SUS TRABAJADORES AL IMSS.

Si la salud es lo más valioso que tenemos, en el caso mexicano ¿existirá algún artículo que fundamente la obligación del patrón de afiliar a sus trabajadores al IMSS? La respuesta es afirmativa, en primer lugar la Constitución Federal establece “la Teoría del Riesgo Profesional”, como sabemos, dicha Teoría finca la responsabilidad por los riesgos de trabajo que pueda sufrir el trabajador, al propietario de la maquinaria, por ello, cuando llega a producirse el riesgo de trabajo se materializa la responsabilidad objetiva, es decir, el patrón debe indemnizar al trabajador por los daños y perjuicios sufridos.

Al respecto, la fracción XIV del apartado “A” del artículo 123 constitucional establece:

Artículo 123. Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social para el trabajo, las cuales regirán:

A. Entre los obreros, jornaleros, empleados, domésticos, artesanos, y de una manera general, todo contrato de trabajo:

...

XIV. Los empresarios serán responsables de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales de los trabajadores, sufridas con motivo o en ejercicio de la profesión o trabajo que ejecuten; por lo tanto, los patronos deberán pagar la indemnización correspondiente, según que haya traído como consecuencia la muerte o simplemente incapacidad temporal o permanente para trabajar, de acuerdo con lo que

las leyes determinen. Esta responsabilidad subsistirá aun en el caso de que el patrono contrate el trabajo por un intermediario.

Además de lo anterior, el artículo 15 de la LSS obliga al patrón a registrarse e inscribir a sus trabajadores en el IMSS inmediatamente que se inicia la relación de trabajo, a pesar que en tal artículo se establecen 5 días para hacerlo.

8. LA PREAFILIACIÓN COMO FORMA DE PROTEGER AL TRABAJADOR Y AL PATRÓN.

Ahora bien, los riesgos de trabajo llegan a ocurrir incluso *in itinere*, es decir, durante el trayecto del domicilio particular del trabajador hacia la empresa o al regresar a su domicilio. Si es el primer día de labores ¿cómo pueden protegerse el patrón y el trabajador por un posible riesgo de trabajo? ¿Cómo lograr que el patrón proteja su empresa y patrimonio ante todo y ante todos y el trabajador su integridad física y mental?

La respuesta a tales interrogantes la encontramos en lo dispuesto por el artículo 45 del Reglamento de la Ley del Seguro Social en materia de Afiliación,, Clasificación de empresas, Recaudación y Fiscalización que establece:

Artículo 45. Los patrones deberán inscribir a sus trabajadores ante el Instituto en los términos que señala la Ley. Asimismo, podrán hacerlo el día hábil anterior al inicio de la relación laboral; en este caso, el reconocimiento de derechos o semanas para determinar el otorgamiento de las prestaciones en dinero y en especie se contabilizará a partir de la fecha que como inicio de la relación laboral se señale en el aviso respectivo.

Los patrones comunicarán al Instituto los salarios de sus trabajadores sin exceder los límites establecidos en el artículo 28 de la Ley.

Es decir, el IMSS permite a los patrones preafiliar a los trabajadores a su servicio, esto es, antes de iniciar sus labores el primer día, pueden ya estar dados de alta ante el IMSS, de esta manera,

si el trabajador sufre un riesgo de trabajo al trasladarse de su domicilio hacia la empresa, en la empresa misma o de regreso de la empresa hacia su casa, la preafiliación ya los protege permitiéndoles recibir la atención médica y cuidados correspondientes y al patrón no fincarle responsabilidad.

Dicho de otra forma, el IMSS se subroga en la obligación patronal de seguridad social con lo que el patrón protege su empresa y patrimonio y al mismo tiempo la salud del trabajador.

Lo anterior permite señalar que no es necesario que el patrón espere el término de 5 días que establece la LSS para afiliar al trabajador, pues si en dicho término el trabajador sufre un riesgo de trabajo y no está inscrito al IMSS, dicha institución no se subroga en la obligación patronal y en el hipotético caso de que el trabajador lesionado fuera admitido, el IMSS cobrará al patrón capitales constitutivos que en el aspecto económico representan una cantidad muy elevada.

9. PRESTACIONES A QUE TIENE DERECHO EL TRABAJADOR QUE SUFRE UN RIESGO DE TRABAJO.

Las prestaciones que reciben los trabajadores al estar asegurados contra riesgos de trabajo son en especie y en dinero que se denomina subsidio, gracias a ellas, además de recuperar su salud el trabajador, obtiene un ingreso económico para que junto con su familia atienda sus necesidades alimentarias, de vivienda, vestimenta, educativas, etcétera.

El artículo 487 de la LFT se refiere a ellas en los siguientes términos:

Artículo 487. Los trabajadores que sufran un riesgo de trabajo tendrán derecho a:

- I. Asistencia médica y quirúrgica;
- II. Rehabilitación;
- III. Hospitalización, cuando el caso lo requiera;
- IV. Medicamentos y material de curación;

V. Los aparatos de prótesis y ortopedia necesarios; y

VI. La indemnización fijada en el presente Título.

Por su parte el artículo 58 de la LSS establece:

Artículo 58. El asegurado que sufra un riesgo de trabajo tiene derecho a las siguientes prestaciones en dinero:

I. Si lo incapacita para trabajar recibirá mientras dure la inhabilitación, el cien por ciento del salario en que estuviese cotizando en el momento de ocurrir el riesgo.

El goce de este subsidio se otorgará al asegurado entre tanto no se declare que se encuentra capacitado para trabajar, o bien se declare la incapacidad permanente parcial o total, lo cual deberá realizarse dentro del término de cincuenta y dos semanas que dure la atención médica como consecuencia del accidente, sin perjuicio de que una vez determinada la incapacidad que corresponda, continúe su atención o rehabilitación conforme a lo dispuesto por el artículo 61 de la presente Ley;

II. Al declararse la incapacidad permanente total del asegurado, este recibirá una pensión mensual definitiva equivalente al setenta por ciento del salario en que estuviere cotizando. En el caso de enfermedades de trabajo, se calculará con el promedio del salario base de cotización de las cincuenta y dos últimas semanas o las que tuviere si su aseguramiento fuese por un tiempo menor para determinar el monto de la pensión. Igualmente, el incapacitado deberá contratar un seguro de sobrevivencia para el caso de su fallecimiento, que otorgue a sus beneficiarios las pensiones y demás prestaciones económicas a que tengan derecho en los términos de esta ley.

La pensión, el seguro de sobrevivencia y las prestaciones económicas a que se refiere el párrafo anterior se otorgarán por la institución de seguros que elija el trabajador. Para contratar los seguros de renta vitalicia y sobrevivencia el Instituto calculará el monto constitutivo necesario para su contratación. Al monto constitutivo se le restará el saldo acumulado en la cuenta individual del trabajador y la diferencia positiva será la suma asegurada, que deberá pagar el instituto a la institución de seguros elegida por el trabajador para la contratación de los seguros de renta vitalicia y de sobrevivencia. El seguro de sobrevivencia cubrirá, en caso de fallecimiento del pensionado a

consecuencia del riesgo de trabajo, la pensión y demás prestaciones económicas a que se refiere este capítulo, a sus beneficiarios; si al momento de producirse el riesgo de trabajo, el asegurado hubiere cotizado cuando menos ciento cincuenta semanas, el seguro de sobrevivencia también cubrirá el fallecimiento de este por causas distintas a riesgos de trabajo o enfermedades profesionales.

Cuando el trabajador tenga una cantidad acumulada en su cuenta individual que sea mayor al necesario para integrar el monto constitutivo para contratar una renta vitalicia que sea superior a la pensión a que tenga derecho, en los términos de este capítulo, así como para contratar el seguro de sobrevivencia podrá optar por:

- a) Retirar la suma excedente en una sola exhibición de su cuenta individual;
- b) Contratar una renta vitalicia por una cuantía mayor; o
- c) Aplicar el excedente a un pago de sobreprima para incrementar los beneficios del seguro de sobrevivencia.

Los seguros de renta vitalicia y de sobrevivencia se sujetaran a lo dispuesto en el artículo 159 fracciones IV y VI de esta ley;

III. Si la incapacidad declarada es permanente parcial, superior al cincuenta por ciento, el asegurado recibirá una pensión que será otorgada por la institución de seguros que elija en los términos de la fracción anterior.

El monto de la pensión se calculará conforme a la tabla de valuación de incapacidad contenida en la Ley Federal del Trabajo, tomando como base el monto de la pensión que correspondería a la incapacidad permanente total. El tanto por ciento de la incapacidad se fijara entre el máximo y el mínimo establecidos en dicha tabla teniendo en cuenta la edad del trabajador, la importancia de la incapacidad, si esta es absoluta para el ejercicio de su profesión aun cuando quede habilitado para dedicarse a otra, o que simplemente hayan disminuido sus aptitudes para el desempeño de la misma o para ejercer actividades remuneradas semejantes a su profesión u oficio.

Si la valuación definitiva de la incapacidad fuese de hasta el veinticinco por ciento, se pagara al asegurado, en sustitución de la pensión, una indemnización global equivalente a cinco anualidades de la pensión que le hubiese correspondido. Dicha indemnización será optativa para el trabajador cuando la valuación definitiva de la incapacidad exceda de veinticinco por ciento sin rebasar el cincuenta por ciento, y

IV. El Instituto otorgará a los pensionados por incapacidad permanente total y parcial con un mínimo de más del cincuenta por ciento de incapacidad, un aguinaldo anual equivalente a quince días del importe de la pensión que perciban.

10. CONCLUSIÓN.

Lo referente a los riesgos de trabajo en México son regulados por la Ley Federal del Trabajo de manera general y por la Ley del Seguro Social de manera particular al establecer las prestaciones en especie y en dinero a que tienen derecho los trabajadores que los llegan a sufrir.

Para que el patrón se encuentre exento de sus obligaciones patronales de seguridad social ante sus trabajadores, los debe afiliar al Instituto Mexicano del Seguro Social a fin de que éste se subrogue en tales obligaciones, de ser posible desde antes de iniciar la prestación del servicio contratado mediante la preafiliación, lo que le permitirá poner a salvo su patrimonio por concepto de riesgos de trabajo y darle tranquilidad al trabajador sabiendo que su salud está asegurada y que en caso de llegar a fallecer, sus beneficiarios tendrán determinados beneficios.

FUENTES DE INFORMACIÓN.

Ley Federal del Trabajo.

Ley del Seguro Social.

IMPORTACIÓN Y EXPORTACIÓN DE ORGANISMOS GENÉTICAMENTE MODIFICADOS, EN EL CONTEXTO DE LA LEY DE BIOSEGURIDAD DE MÉXICO

** J. C. Sergio Leal Flores*

“...Estados Unidos es el mayor exportador mundial de productos agrícolas y fue uno de los primeros en introducir cultivos modificados genéticamente; tiene mucho que perder si los países importadores imponen restricciones sobre los Ogm’s o exigen un costoso etiquetado...”

Francis Fukuyama⁴¹²

Palabras Clave: Organismos genéticamente modificados; bioseguridad; importación, exportación.

Sumario: 1.Introducción 2. Antecedentes 2.1 organismos genéticamente modificados 3. Protocolo de Cartagena 3.1 definición de importación y exportación 4. Ley de Mexicana de Bioseguridad 4.1 bien jurídico protegido 4.2 finalidades de la Ley 4.3 definiciones 4.4 ámbito de aplicación 5. Importación 5.1 autorización de importación (Ogm’s) 6. Exportación 7. Infracciones, sanciones y responsabilidades 8. Conclusiones

1.- Introducción

Las empresas mexicanas dedicadas al comercio exterior, han acumulado una gran experiencia en importar y exportar mercancías convencionales, sin embargo,

* Candidato a Doctor en Derecho Económico por la Universidad Autónoma de Puebla (BUAP).

- Especialista en Practicas Desleales de Comercio Internacional.
- Catedrático de la Universidad Madero (Derecho y Comercio Exterior)
- Diplomado en Comercio Exterior (*World Trade Center*, México)
- Diplomado en Negociaciones Internacionales (SRE y BUAP)

1 Fukuyama, Francis: *“El Fin del Hombre; Consecuencias de la revolución biotecnológica”*, Argentina, Editorial Sine Gua Non, primera edición, 2002. p. 318

en este nuevo siglo el desarrollo de la biotecnología a través de la ingeniería genética, se han desarrollado mercancías como son los organismos genéticamente modificados. Un nuevo reto para el comercio exterior de nuestro país, en el que los agentes aduanales tienen que actualizarse y revisar con detenimiento la Ley de bioseguridad de organismos genéticamente modificados, la norma mexicana, las fracciones arancelarias que amparan mercancías que a la vista son iguales a las producidas por la naturaleza.

El procedimiento de importar y exportar esta clase de mercancías, requiere de una gran responsabilidad por parte de todos los actores en este procedimiento, en especial del personal que labora en las diversas aduanas de nuestro país, en una minuciosa inspección de la mercancía cuando es importado para el consumo humano. Por tal razón, los departamentos de comercio exterior de las empresas agro-biotecnológicas deben tener la debida capacitación para llevar a cabo los correspondientes trámites para su comercialización.

2. Antecedentes

Para muchos de nosotros el término “biotecnología” puede parecer ajeno aún cuando el ser humano ha utilizado esta ciencia desde hace miles de años. Esta actividad se define en términos generales como el uso de seres vivos, sus procesos o sus partes para la obtención de bienes y/o servicios, y ofrece soluciones reales a los grandes retos a los que nos enfrentamos en la actualidad, tanto en el sector salud como en el agropecuario.

También se puede considerar a la biotecnología como un conjunto de principios científicos y de ingeniería que se aplican a los procedimientos de producción material para obtener, mediante agentes biológicos, bienes y servicios. De la misma forma se puede decir que la biotecnología es un conjunto de técnicas que utilizan sustancias vivas o una parte de ellas para fabricar o modificar un producto o un servicio. Desde de el punto de vista agrícola, se puede definir la biotecnología como un *conjunto de técnicas que utilizan organismos vivos para producir o modificar los productos, para mejorar las plantas o los animales, o para desarrollar*

*microorganismos de uso específico.*⁴¹³

El Convenio sobre Diversidad Biológica en el artículo 2, se entiende la biotecnología como *“toda aplicación tecnológica que utilice sistemas biológicos y organismos vivos o sus derivados para la creación o modificación de productos o procesos para usos específicos”*; así mismo, el término – tecnología incluye a la biotecnología.⁴¹⁴

Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre diversidad Biológica, en su artículo 3 fracción i), nos dice lo que debemos entender por biotecnología moderna, en los siguientes términos:

a.- La aplicación de técnicas in vitro de ácido nucléico, incluidos el ácido (ADN) recombinante y la inyección directa de ácido nucléico en células u orgánulos.

*b.- La fusión de células más allá de la familia taxonómica que superan las barreras fisiológicas naturales de la reproducción o de la recombinación y que no son técnicas utilizadas en la reproducción y selección tradicional.*⁴¹⁵

La Declaración de la FAO sobre biotecnología, nos dice al respecto, que la biotecnología ofrece instrumentos poderosos para el desarrollo sostenible de la agricultura, la pesca y la actividad forestal, así como de las industrias alimentarias. Cuando se integra debidamente con otras tecnologías para la producción de alimentos, productos agrícolas y servicios, la biotecnología puede contribuir en gran medida a satisfacer, en el nuevo milenio, las necesidades de una población en crecimiento y cada vez más urbanizada. Interpretada en este sentido amplio.⁴¹⁶.

⁴¹³ Arroyo, Gonzalo: Coordinador, *“La biotecnología y el problema alimentario en México”*, México, editorial Plaza y Valdés, primera edición, coedición UAM-Xochimilco, 1989. pp. 30 y 31

⁴¹⁴ Romeo Casabona, Carlos María: *“Código de Leyes sobre Genética; Instrumento de ratificación del Convenio sobre la Diversidad Biológica de Río de Janeiro”*, España, primera edición, Universidad de Deusto y Fundación BBV, 1997. pp. 444 y 446

⁴¹⁵ Ver. *“Decreto promulgatorio del Protocolo de Cartagena”*. Diario Oficial de la Federación, de fecha 28 de octubre de 2003.

⁴¹⁶ *“Declaración de la FAO sobre biotecnología”*: <http://www.fao.org/newsroom/es/news/2004/43684/>

La OCDE*, (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico) como: *“la aplicación de los principios científicos y de la ingeniería al procesamiento de material por agentes biológicos para proveer bienes y servicios”*.⁴¹⁷

El doctor **Marcos Kaplan**, considera como el concepto que más engloba a la biotecnología actual, como lo hace la *Office of Technology Assesment* del Congreso de los Estados Unidos que dice así: *“Cualquier técnica que usa organismos vivos (o partes de organismos) para hacer o modificar productos, para mejorar plantas o animales o para desarrollar microorganismos de uso específico.”*⁴¹⁸

De acuerdo con la definición contenida dentro de los Principios del **Codex Alimentarius**,* la biotecnología significa: *“La aplicación de técnicas in vitro de ácido nucléico, incluidos al ácido (ADN) recombinante y la inyección directa de ácido nucléico en células u orgánulos; o la fusión de células más allá de la familia taxonómica, que superan las barreras fisiológicas naturales de reproducción o recombinación y que no son técnicas utilizadas en la reproducción y selección tradicional”*.⁴¹⁹

Es importante resaltar que el concepto de biotecnología aprobado dentro del

* La OCDE tiene sus raíces en 1948, en la Organización para la Cooperación Económica Europea que tuvo el objetivo de administrar el Plan Marshall para la reconstrucción europea. En 1960, el Plan Marshall había cumplido su cometido y los países miembros acordaron invitar a Estados Unidos y Canadá en la creación de una organización que coordinara las políticas entre los países occidentales. La nueva organización recibió el nombre de Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico y su sede se encuentra en París. www.oedemexico.org.mx

⁴¹⁷ Ibidem.

⁴¹⁸ Kaplan, Marcos: *“Revolución Tecnológica (Estado y Derecho)”*, México, Tomo III, primera edición, UNAM- PEMEX, 1993. p. 137

* Expresión latina que significa *“código alimentario”* o *“legislación alimentaria”*. El Codex es fruto de un largo proceso evolutivo en el que participa una amplia gama de sectores de la comunidad mundial, 1960 y 1961 fueron dos años decisivos para la fundación del Codex Alimentarius, en la Conferencia de la FAO, durante el período 11º de sesiones, aprobó la resolución por la que se creaba la Comisión del Codex Alimentarius www.codexalimentarius.net

⁴¹⁹ Cfr. *“Biotecnología Moderna de los Alimentos, Salud y Desarrollo humano”*; Estudio basado en evidencias: departamento de inocuidad alimentaria Organización Mundial de la Salud, Edición provisoria: 2005; <http://www.who.int./foodsafety>.

Convenio sobre la Diversidad Biológica, es muy general y limitado para formar parte de un sistema.

2.1 organismos genéticamente modificados (Ogm's)

La FAO define como “Organismo Vivo Modificado” OVM, como *“cualquier organismo que tenga una nueva combinación de material genético, producida a través de métodos biotecnológicos modernos, y forma parte del subconjunto de organismos genéticamente modificados (Ogm's). Las semillas, las estacas y los tejidos vegetales de cultivos genéticamente modificados son partes vivas de las plantas y, por lo tanto son OVM”*.⁴²⁰

Un organismo modificado por ingeniería genética, conocido como **organismo genéticamente modificado (Ogm) o transgénico**, puede ser una planta animal, hongo, bacteria o alga, entre otros, a cuya cadena de ácido (ADN) se introducen genes de otro organismo. El organismo del que se toman los genes que pueden pertenecer a la misma especie o ser de una completamente distinta, incluso de un reino diferente. En teoría, esto significa que se pueden tomar genes de una bacteria e introducirlos a una planta o a un animal; pasar genes de una planta a un ratón o a células humanas. Por lo tanto, los Ogm's son seres vivos nuevos, inéditos en la naturaleza y poseen información genética que no existía en su especie.⁴²¹

a. desventajas

Por un lado, aquellos que critican los OVM afirman, en primer lugar, que éstos constituyen una amenaza al medio ambiente porque entre otras cosas, modifican el equilibrio biológico de los ecosistemas. En segundo lugar, los OVM serían perjudiciales también para la salud humana ya que, por ejemplo, se ha comprobado que algunos productos genéticamente modificados pueden llegar a ser alérgicos. En último lugar, los grupos de presión medio ambientales denuncian el riesgo socio-económico que entraña comercialización de OVM. El hecho que el mercado mundial esté en manos de unas pocas multinacionales y el uso perverso, por éstas, de los derechos de propiedad intelectual pueden marcar el destino de un

⁴²⁰FAO, Sala de Prensa, Últimas noticias 2004
http://www.fao.org/newsroom/es/news/2004/43684/print_friendly_versión.html

⁴²¹ “Los cultivos Transgénicos en México”: Greenpeace México, [www. Greenpeace. p 1](http://www.Greenpeace.org)

número enorme de campesinos, sobre todo en los países más pobres.⁴²²

b. ventajas

Por otro lado, aquellos que defienden las ventajas de los OVM afirman, en primer lugar, que los OVM son positivos para el medio ambiente porque gracias a éstos se podría mejorar la productividad de los campos dejando así más lugar para espacios verdes. En segundo lugar, los OVM serían ventajosos para la salud humana ya que, por ejemplo, al ser más resistentes a las plagas no necesitan de insecticidas. El menor uso de insecticidas y pesticidas sería beneficioso para el medio ambiente. Otro ejemplo puede ser el desarrollo de nuevos productos farmacéuticos a través de la combinación genética de distintas especies. En tercer lugar, los Estados productores y las grandes multinacionales del sector defienden el valor ético y social de los OVM. Ellos dicen que la biotecnología puede servir para paliar el hambre en el mundo.⁴²³

3. Protocolo de Cartagena

El Protocolo de Cartagena,⁴²⁴ forma parte de los acuerdos tomados dentro del Convenio sobre Diversidad Biológica, el cual fue adoptado por más de 130 países el 29 de enero del año 2000, suscribiendo ad-referéndum el 24 de mayo de ese mismo año el gobierno mexicano, ratificado por la H. Cámara de senadores el 30 de abril de 2002.

Agustín López Herrera, en su artículo Políticas y Legislación sobre Bioseguridad Agrícola en México y la Percepción de la Sociedad, nos dice:

“La presencia de nuevas tecnologías, el grave deterioro del planeta y la ausencia de instrumentos legales internacionales para disminuir los daños ocasionados al ambiente, provocaron que la Organización de la Naciones Unidas convocara a una reunión internacional que se denominó la Cumbre de la Tierra, misma que se efectuó en Brasil en 1992. El documento firmado por 154 naciones, a excepción de los Estados Unidos, se denominó la Convención de la Diversidad Biológica, y en su artículo 19 inciso 3 se indica el cuidado que se

⁴²² Sindico, Francesco: “La Prohibición del Comercio Internacional en el protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología: ¿Un desafío a la Organización de Comercio ?”; p.3 www.reei.org

⁴²³ Idem. pp. 3 y 4

⁴²⁴ Ver. Protocolo de Cartagena, Diario Oficial de la Federación del día martes 28 de octubre del año 2003.

debe tener con los Ogm's y en el inciso 4 se habla de la bioseguridad para con éstos. La reunión instruyó al secretariado para que se nombrara una comisión especial para atender lo concerniente a la bioseguridad como un tema prioritario.

A la reunión para la discusión del Protocolo, asistieron representantes de 129 países, cinco instancias de la ONU, tres organizaciones intergubernamentales y 82 Ong's. Los acuerdos alcanzados giraron alrededor del comercio transfronterizo.....”⁴²⁵

El día martes 28 de octubre de 2003, se publicó el Decreto⁴²⁶ promulgatorio del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la Diversidad Biológica, el cual fue aprobado por la Cámara de Senadores del Honorable Congreso de la Unión.

3.1 definición de exportación e importación

Las actividades de exportación incluirán las exportaciones tanto a las partes como a las no Partes del Protocolo. Exportación está definido en el Reglamento como dos tipos de actividades: “La salida permanente o temporal del territorio aduanero de la comunidad de Ogm que cumplan las condiciones establecidas en el apartado 2 del artículo 23 del Tratado; o la reexportación de Ogm que no cumplan las condiciones a que hace referencia la letra a) y que se sometan a un procedimiento aduanero distinto del procedimiento de tránsito”. El exportador será la persona física que efectúe o en cuyo nombre se efectúe una notificación.

La importación, al igual que para la exportación excluye también el tránsito y

⁴²⁵ López Herrera, Agustín: “Políticas y Legislación sobre Bioseguridad Agrícola en México y la Percepción de la Sociedad”, p.6; <http://www.redbio.org/rdominicana/inforebio/materiales%20en%20bioseguridad>. (Consultado el día 20 de Marzo de 2007)

⁴²⁶ “Decreto promulgatorio del protocolo de Cartagena”. Diario Oficial de la Federación del día martes 28 de Octubre de 2003.

explícitamente incluye las importaciones a estado que no sean parte del Protocolo. Así el Reglamento las define como “el sometimiento a un procedimiento aduanero, distinto del procedimiento de tránsito de Ogm introducidos en el territorio aduanero de un Estado no perteneciente a la Comunidad que sea o no parte del Protocolo, desde una parte perteneciente a la Comunidad”. El importador es la persona física o jurídica sujeta a la jurisdicción del Estado de importación y que organiza la importación de un Ogm.⁴²⁷

4. Ley de Mexicana Bioseguridad⁴²⁸

La Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados, consta de 124 artículos divididos en 12 títulos y 12 artículos transitorios.

Cuadro No. 1

CONTENIDO DE LA LEY DE BIOSEGURIDAD	
12 Títulos	
26 Capítulos	
127 Artículos	
12 Artículos Transitorios	
Primero: Disposiciones generales	
Segundo: Permisos para liberación al ambiente	
Tercero: Utilización confinada y avisos	
Cuarto: Zonas restringidas	
Quinto: Protección a la salud humana	
Sexto: Etiquetado e identificación de Ogm's	
Séptimo: Listas de Ogm's	
Octavo: Información sobre bioseguridad	
Noveno: Normas oficiales mexicanas	
Décimo: Inspección y vigilancia y medidas de seguridad o de urgente aplicación	
Décimo primero: Infracciones, sanciones y responsabilidades	
Décimo segundo: Recurso de revisión	

⁴²⁷ López Villar, Juan: *“Derecho y Transgénicos: Regulando Incertidumbre”*, España, editorial Atelier, primera edición, .2008. p.278

⁴²⁸ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de marzo de 2005.

Fuente: Elaborado por el autor

4.1 bien jurídico protegido

La salud humana⁴²⁹ es el bien jurídico que se pretende proteger en la Ley de Bioseguridad en concordancia necesaria con los mecanismos para cuidar al medio ambiente y la diversidad biológica. Por ello se establece la obligación de que sean autorizados los Ogm's de forma previa a su comercialización o para uso o consumo humano, con la finalidad de proteger la salud pública.

Por lo anterior, se establece la obligación, a cargo del interesado en comercializar o en **importar** un Ogm para su comercialización, de tramitar y obtener la autorización de la SSA, obligándose a presentar un estudio de los posibles riesgos que el Ogm de que se trate pueda representar a la salud humana, incluyendo la información científica y técnica que sustente su inocuidad.

De esta manera se puede garantizar que el Ogm permitido y autorizado no causará riesgos o daños a la salud de quien los use o consuma o pudiera estar en contacto con ellos.

La autorización de la SSA aporta un beneficio importante a su titular, que es el que los productos que contengan al organismo autorizado, como los productos derivados de ese mismo organismo, no requerirán de nueva autorización de la SSA para su comercialización.

4.2 finalidades de la Ley

⁴²⁹ La exposición de motivos de la Ley de Bioseguridad dice lo siguiente: *“La salud humana es el bien jurídico que la iniciativa pretende proteger en concordancia necesaria con los mecanismos para cuidar al medio ambiente y a la diversidad biológica. Por ello se plantea que los Ogm's que sean para consumo humano, para finalidades de salud pública u otros organismos que pudieran constituir un riesgo para la salud de la población, deban ser autorizados de forma previa a su comercialización, con independencia de que sean liberados o no al medio ambiente...”*

La Ley de Bioseguridad conforme al artículo primero, tiene por objeto regular las actividades de utilización confinada, liberación experimental, liberación en programa piloto, liberación comercial, comercialización, **importación y exportación** de organismos genéticamente modificados, con el fin de prevenir, evitar o reducir los posibles riesgos que estas actividades pudieran ocasionar a la salud humana o al medio ambiente y a la diversidad biológica o a la sanidad animal, **vegetal** y acuícola.

Establecer el régimen de permisos para la realización de actividades de liberación experimental, de liberación en programa piloto y de liberación comercial, de organismos genéticamente modificados, incluyendo la **importación** de esos organismos para llevar a cabo dichas actividades;

Garantizar un nivel adecuado de protección en la esfera de la utilización confinada, la liberación experimental, la liberación en programa piloto, la liberación comercial, la comercialización, **la importación y la exportación** de dichos organismos resultantes de la biotecnología moderna que puedan tener efectos adversos para la conservación y utilización sustentable del medio ambiente y de la diversidad biológica, así como de la salud humana y de la sanidad animal, vegetal y acuícola;

El Estado Mexicano garantizará el acceso público a la información⁴³⁰ en materia de bioseguridad y biotecnología a que se refiere esta Ley, de conformidad con lo establecido en este ordenamiento y en las disposiciones aplicables a la materia de acceso a la **información pública gubernamental**.

Con base en el sistema jurídico mexicano, podemos considerar que información jurídica es aquella que se conforma de la determinación de las fuentes formales el derecho.⁴³¹

4.3 definiciones

⁴³⁰ **El 11 de junio del 2002, que se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental. se establecen los mecanismos necesarios que garantizan al ciudadano el correspondiente acceso a la información en posesión del Gobierno Federal.**

⁴³¹ Ríos Estavillo, Juan José: *"Derecho a la Información en México, Editorial Porrúa"*, México primera edición, editorial Porrúa, 2005. p.19

Para la Ley de bioseguridad (Art. 3), se entiende por:

a. **Accidente:** La liberación involuntaria de organismos genéticamente modificados durante su utilización y que pueda suponer, con base en criterios técnicos, posibles riesgos para la **salud humana** o para el medio ambiente y la diversidad biológica.

b. **Actividades:** La utilización confinada, la liberación experimental, la liberación en programa piloto, la liberación comercial, la **comercialización**, la **importación** y la **exportación** de organismos genéticamente modificados, conforme a esta Ley.

c. **Autorización:** Es el acto administrativo mediante el cual la **Secretaría de Salud**, en el ámbito de su competencia conforme a esta Ley, autoriza organismos genéticamente modificados determinados expresamente en este ordenamiento, a efecto de que se pueda realizar **comercialización e importación**.

d. **Comercialización:** Es la **introducción al mercado** para distribución y consumo de organismos genéticamente modificados en calidad de productos o mercancías, sin propósitos de liberación intencional al medio ambiente y con independencia del ánimo de lucro y del título jurídico bajo el cual se realice.

Los incisos anteriores, tienen como finalidad, precisar cómo debemos interpretar para efectos de la Ley, los términos que son utilizadas de manera recurrente dentro de la propia Ley. Sin embargo, cabe hacer notar que nuestra Ley de Bioseguridad, no nos remite a lo que debemos entender por: movimiento transfronterizo, **exportación**, **exportador**, **importación**, **importador**, a pesar de que la esencia de la misma, es la de regular el comercio de Ogm's entre países.

Con la intención de ilustrar lo antes expuesto, se reproducen los incisos c), d), f) y k) del Protocolo de Cartagena.

Protocolo

“Art. 3

c) Por “exportación” se entiende el movimiento transfronterizo intencional desde una Parte a otra Parte.

d) Por “**exportador**” se entiende cualquier persona física o jurídica sujeta a la jurisdicción de la parte de exportación que organice la exportación de un organismo vivo modificado.

e) Por “**importación**” se entiende el movimiento transfronterizo intencional a una Parte desde otra Parte.

f) Por “**importador**” se entiende cualquier persona física o jurídica sujeta a la jurisdicción de la Parte de importación que organice la importación de un organismo vivo modificado. [...]

k) Por “movimiento transfronterizo” se entiende el movimiento de un organismo vivo modificado de una Parte a otra Parte, con la excepción de que a los fines de los artículos 17 y 24 el movimiento transfronterizo incluye también el movimiento entre Partes y los Estados que no son Partes”⁴³².

4.4 ámbito de aplicación

En caso de ausencia de disposición en lo relativo a la tramitación y obtención de permisos para la liberación de Ogm’s y de autorizaciones de dichos organismos para su comercialización inspección y vigilancia; Medidas correctivas o de urgente aplicación; Infracciones y sanciones, se establece que la Ley Federal de Procedimiento Administrativo es supletoria, a través del Recurso de revisión. La competencia recae en solo tres dependencias que son:

- **La Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT)** en cuanto a todo tipo de Ogm’s y los posibles riesgos que representen al medio ambiente y a la diversidad biológica.

⁴³² Ver. Diario Oficial de la Federación del día martes 28 de octubre del año 2003

- **La Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación (SAGARPA)** en lo relativo a Ogm's que sean vegetales, animales, insumos fitozoosanitarios y especies pesqueras y acuícolas.

- **La Secretaría de Salud (SSA)** en cuanto a los Ogm's para uso o consumo humano, que sean para finalidades de salud pública u otros organismos que pudieran constituir un riesgo para la salud de la población.

Cada una tiene definido y delimitado su propio ámbito de competencia, a fin de dar seguridad jurídica a quienes se dediquen a realizar y desarrollar actividades con Ogm's, sobre todo en la tramitación de permisos y autorizaciones, y en la realización del monitoreo, inspección y vigilancia por parte de dichas dependencias.

5. Importación

Para poder realizar **importación de Ogm's**⁴³³, el interesado deberá adjuntar la información y documentación que acredite que el OGM esté autorizado conforme la legislación del país de origen. En su defecto, el interesado manifestará la inexistencia de dicha situación, y expondrá los elementos de consideración que sustenten el que la SSA pueda resolver la solicitud de autorización.

Los Ogm's autorizados por la SSA podrán ser libremente comercializados e **importados** para su comercialización, al igual que los productos que contengan dichos organismos y los productos derivados de los mismos. Lo anterior sin perjuicio de que dichos organismos autorizados, los productos que los contengan y los productos derivados queden sujetos al régimen de control sanitario general que establece la Ley General de Salud y sus reglamentos y, en caso de que les sean aplicables, los requisitos fitozoosanitarios que correspondan.

⁴³³ En fecha ocho de mayo del dos mil seis, conforme a la Ley de Transparencia, el C. María Isabel Verduzco, solicito se le informara ¿Cuál era la fracción arancelaria del Maíz trasngénico, formándose el expediente número 1247/06 del Ifai, al recurrir mediante el recurso de revocación la contestación por parte de la autoridad se evidencio lo siguiente:” *Como se puede apreciar no existe una fracción arancelaria exclusiva para el maíz transgénico, razón por la cual, se requiere que la autoridad competente (Secretaría de Hacienda y Crédito Público o bien un agente aduanal (artículo 54 de la Ley Aduanera) clasifique el producto*”. Ver documento completo en la página: <http://www.ifai.org.mx/resoluciones/2006/1247.pdf>

Los requisitos de información que deberá contener la documentación que acompañe a los Ogm's que se importen conforme a esta Ley, se establecerán en normas oficiales mexicanas que deriven del presente ordenamiento, considerando en su expedición la finalidad a la que se destinen dichos organismos y lo que se establezca en tratados internacionales de los que los Estados Unidos Mexicanos sean parte. Las normas oficiales mexicanas a que se refiere este artículo, serán expedidas conjuntamente por la SAGARPA, la SSA y la Secretaría de Economía. En caso de que la **importación** de Ogm's se realice con la finalidad de su liberación al ambiente, las normas oficiales mexicanas a que se refiere este artículo serán expedidas por las Secretarías señaladas conjuntamente con la SEMARNAT.

Requerirá de permiso la realización de las siguientes actividades:

- a. La liberación experimental al ambiente, incluyendo la **importación** para esa actividad, de uno o más Ogm's;
- b. La liberación al ambiente en programa piloto, incluyendo la **importación** para esa actividad, de Ogm's, y
- c. La liberación comercial al ambiente, incluyendo la **importación** para esa actividad, de Ogm's.

En la exposición de motivos de la ley de bioseguridad se consideró la importancia de regular el trámite de obtención de permisos bajo principios de claridad, transparencia y simplificación, con el objeto de darle al particular y a la sociedad la garantía de que en el resultado de los procedimientos administrativos (otorgamiento de permisos o denegación de los mismos) se tomaron en cuenta los elementos informativos y documentales necesarios, de manera que las resoluciones de las Secretarías tengan el respaldo técnico y científico para permitir la liberación experimental o comercial.

Los permisos para liberación experimental, en programa piloto o comercial de Ogm's al ambiente, surtirán efectos de permisos de **importación** de dichos organismos para ser liberados en forma experimental, en programa piloto o comercial, según sea el caso, en los términos y condiciones que se establezcan en los propios permisos. Lo anterior, sin perjuicio de que la **importación** de los Ogm's de que se trate, quede sujeta

al régimen fitosanitario o acuícola establecido en la legislación de la materia que corresponda.

No se permitirá la **importación** de Ogm's o de productos que los contengan al territorio nacional, en los casos en que dichos organismos se encuentren prohibidos en el país de origen o se encuentren clasificados en las listas como no permitidos para su liberación comercial o para su **importación** para esa actividad.

5.1 autorización de importación (Ogm's)

Es materia de la Ley de bioseguridad, la autorización de los Ogm's que se destinen a su uso o **consumo humano** o al procesamiento de alimentos para consumo humano, para poder realizar su comercialización e **importación** para su comercialización. Asimismo es materia de este ordenamiento la autorización de Ogm's, distintos de los anteriores, que se destinen a una finalidad de salud pública o a la biorremediación.⁴³⁴

Los lineamientos, criterios, características y requisitos de los estudios de los posibles riesgos que los Ogm's puedan causar a la salud humana, serán determinados por la SSA en las normas oficiales mexicanas.

Los Ogm's objeto de autorización son los siguientes:

- a. Los que se destinen a su uso o consumo humano, incluyendo granos.

Para los efectos de la Ley, también se consideran Ogm's para uso o consumo humano aquellos que sean para consumo animal y que puedan ser consumidos directamente por el ser humano.

Las autorizaciones deberán ser expedidas en un plazo no mayor a seis meses contados a partir de que la SSA reciba la solicitud de autorización por parte del interesado y la información aportada en dicha solicitud esté completa, una vez que haya

⁴³⁴ Cfr. Artículo 5 y 91 de la Ley de Bioseguridad de los Organismos Genéticamente Modificados

analizado la información y documentación aportados por el interesado. Dicha Secretaría en su resolución podrá, fundada y motivadamente:

a. Expedir la autorización, o

b. Negar la autorización en los siguientes casos:

a) Cuando la solicitud no cumpla con lo establecido en esta Ley o las normas oficiales mexicanas;

b) Cuando la información proporcionada por el interesado sea falsa, esté incompleta o sea insuficiente, o

c) Cuando la SSA concluya que los riesgos que pueden presentar dichos organismos afectarán negativamente a la salud humana, pudiéndole causar daños graves o irreversibles. (Posibilidad real de afectación a la salud humana por dichos organismos).

6. Exportación

Los interesados en exportar Ogm's que se destinen a su liberación al ambiente en otros países, notificarán⁴³⁵ por sí, conforme se determine en las disposiciones reglamentarias que deriven de esta Ley, su intención de exportar dichos organismos, a las autoridades competentes del país respectivo. Dicha notificación sólo se realizará en los casos en que los tratados y acuerdos internacionales en los que los Estados Unidos

⁴³⁵ "El protocolo establece que cada país adopte sus regulaciones nacionales respecto de los alimentos transgénicos y acepte que tal reglamento pueda ser más exigente que las normativas del mismo Protocolo, pero exige que se notifique a las demás naciones. Para compartir la información sobre los nuevos transgénicos se estableció un organismo: el Acuerdo Informado Previo. Este Acuerdo es uno de los principales aportes y pilares del Protocolo (artículo 7 del Protocolo).

El Acuerdo Informado Previo es sólo un control previo a la autorización para el consumo humano en los países importadores, o sea, es una notificación entre países. Por él, se exige que el país importador conceda la autorización a la realización del primer movimiento transfronterizo del organismo transgénico. Esto permite obtener información acerca de los países que rechazan los alimentos transgénicos". Larach, María Angélica: "El comercio de los productos transgénicos: el estado del debate internacional"; Santiago de Chile Serie comercio internacional No. 10; CEPAL, ECLAC; Publicación de Naciones Unidas, 2001. p.36

Mexicanos sean parte, establezcan ese requisito para efectuar la exportación al país de que se trate. La información que el interesado adjunte a la notificación a que se refiere este artículo, deberá ser exacta, fidedigna y ajustada a lo que establezcan dichos tratados y acuerdos internacionales.

La declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo surgió de la Conferencia de las Naciones Unidas, celebrada en Río de Janeiro, del 13 al 14 de junio de 1992, nos dice:

“Los Estados deberán proporcionar la información pertinente, y notificar previamente y en forma oportuna, a los Estados que puedan verse afectados por actividades que puedan tener considerables efectos ambientales nocivos transfronterizos, y deberán celebrar consultas con estos Estados en una fecha temprana y de buena fe.”⁴³⁶

Si bien es cierto, las declaraciones no tienen efectos jurídicos vinculantes entre los países, también lo es, que la buena fe, predomina como un principio internacional.

Los artículos 8 y 9 del Protocolo, se refieren a la notificación que deberá realizar la parte **exportadora** o en su caso, el requerimiento al exportador que garantice la notificación por escrito, a la autoridad nacional competente de la Parte de importación antes del movimiento transfronterizo intencional de un organismo vivo modificado.

7. Infracciones, sanciones y responsabilidades

Las responsabilidades que pudieran generarse con motivo de conductas que violen las disposiciones de la Ley de Bioseguridad pueden ser:

- Administrativas
- Penales

⁴³⁶ Principio 19 de la Declaración de Río y Medio Ambiente.
<http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/documents/declaracionrio.htm>

- Civiles o,
- Ambientales

Incorre en infracciones administrativas a las disposiciones de la Ley de Bioseguridad,⁴³⁷ la persona que, con pleno conocimiento de que se trata de Ogm's: realice actividades con Ogm's sin contar con los permisos y las autorizaciones respectivas, en los casos siguientes:

a.- Presente a las Secretarías competentes, información y/o documentación a que se refiere este ordenamiento que sea falsa, incluyendo la relativa a los posibles riesgos que las actividades con Ogm's pudieran ocasionar a la salud humana o a la diversidad biológica;

b.- Importe Ogm's que se encuentren prohibidos en el país de origen o se encuentren clasificados como no permitidos para su liberación comercial o para su importación para esa actividad en las listas a que se refiere esta Ley, cuando las Secretarías correspondientes no hubieren determinado positivamente que esas prohibiciones no son aplicables en el territorio nacional;

c.- Incumpla con las normas oficiales mexicanas que deriven de la misma, relativas al etiquetado de productos que contengan Ogm's y productos derivados de dichos organismos;

d.- Libere al ambiente Ogm's que hayan sido **importados** o producidos en el territorio nacional, en los términos de la Ley, para consumo directo humano o animal, para procesamiento de alimentos para consumo humano, o para otros usos distintos a su liberación al ambiente.

Son aplicables supletoriamente en cuanto a responsabilidades administrativas, las disposiciones del Capítulo Único del Título Cuarto de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

⁴³⁷ Cfr. Artículos 119 y 120 de la Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados

8. Conclusión

El movimiento transfronterizo de organismos genéticamente modificados, considera la importación y exportación entre Estados, sean parte o no del Protocolo. La obligación de la parte exportadora es de notificar antes de realizar el primer movimiento transfronterizo al país receptor y, el exportador no podrá proceder a la exportación hasta no recibir el consentimiento expreso y por escrito de la parte importadora. Lo anterior, es fundamental y da certidumbre jurídica para ambas partes en el ámbito de la importación y exportaciones de Ogm's.

Para entender nuestra Ley de bioseguridad, que nos permite comerciar con otros países organismos genéticamente modificados, hay que revisar los instrumentos internacionales que nuestro país a través del ejecutivo ha firmado conforma el artículo 133 constitucional, como es: **El Convenio sobre Diversidad Biológica y el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre diversidad Biológica.**

Nuestra legislación sobre biotecnología y bioseguridad, debe de ser minuciosamente analizada y estudiada por los estudiantes de Derecho, Comercio Exterior, Comercio Internacional; así mismo, por Agentes Aduanales y Empresas dedicadas al comercio agro-biotecnológico para que en su práctica profesional sepan responder a las exigencias de este mundo globalizado.

Fuentes Documentales

Bibliografía

1. Arroyo, Gonzalo (coordinador); Casas, Rosalba; Chambille, Karel (coordinador);” *La biotecnología y el problema alimentario en México*”, editorial Plaza y Valdés, primera edición, México 1989. pp.30 y 31
2. FAO: Depósito de documentos; (2) “*Los Organismos modificados genéticamente, los consumidores, la inocuidad de los alimentos y el medio ambiente*”; Producido por: Oficina del Director General; ONU-2001

3. Fukuyama, Francis: *“El Fin del Hombre; Consecuencias de la revolución biotecnológica”*, Editorial Sine Gua Non, primera edición, Barcelona 2002. p.318

4. Kaplan Marcos: *“Revolución Tecnológica (Estado y Derecho)”*, Tomo III, primera edición, UNAM-PEMEX, México 1993. p. 137

5. Larach, María Angélica: *“El comercio de los productos transgénicos: el estado del debate internacional”*; Serie comercio internacional No. 10; CEPAL, ECLAC; Publicación de Naciones Unidas, Santiago de Chile 2001. p.36

6. López Villar, Juan: *“Derecho y Transgénicos: Regulando Incertidumbre”*, España, editorial Atelier, primera edición, .2008. p.278

7. Rios Estavillo, Juan José: *“Derecho a la Información en México”*, Editorial Porrúa, primera edición, México 2005. p.19

8. Romeo Casabona, Carlos María: *“Código de leyes sobre genética; Instrumento de ratificación del Convenio sobre Diversidad Biológica de Río de Janeiro”*, primera edición, Universidad de Deusto y Fundación BBV, España 1997 pp. 444 y 446

Cibergrafía

1. <http://www.fao.org/docrep/003/X9602/x9602s00.htm> FAO: Depósito de documentos; (2) *“Los Organismos modificados genéticamente, los consumidores, la inocuidad de los alimentos y el medio ambiente”*; Producido por: Oficina del Director General; ONU-2001
2. <http://www.redbio.org/rdominicana/inforebio/materiales%20en%20bioseguridad>. : López Herrera, Agustín: *“Políticas y Legislación sobre Bioseguridad Agrícola en México y la Percepción de la Sociedad”*. p.6
3. <http://www.who.int/foodsafety> : *“Biotecnología moderna de los alimentos, salud y desarrollo humano: estudio basado en evidencias”*, departamento de Inocuidad Alimentaria Organización Mundial de la Salud, Organización mundial de la salud 2005
4. www. Greenpeace : *“Los cultivos Transgénicos en México”*: Greenpeace México
5. www.reei.org29: Sindico, Francesco: *“La Prohibición del Comercio Internacional en el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología: ¿Un desafío a la Organización de Comercio ?”* p.3
6. <http://www.fao.org/newsroom/es/news/2004/43684/> *“Declaración de la FAO sobre biotecnología”*.
7. http://www.fao.org/newsroom/es/news/2004/43684/print_friendly_versión.html FAO, Sala de Prensa, Últimas noticias 2004 *“Declaración de Río y Medio Ambiente”*.

Hemerografía

1. Diario Oficial de la Federación el 18 de marzo de 2005

2. Diario Oficial de la Federación del día martes 28 de Octubre de 2003

Instrumentos jurídicos mexicanos

1. Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos
2. Ley de Comercio Exterior
3. Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados
4. Ley Federal de Protección al Consumidor
5. NOM-FITO-056-1995

ÉTICA DEL ABOGADO DE EMPRESA

*José Amando Loaiza Ponce*⁴³⁸

Palabras Clave: Ética; abogado; empresa; código de ética.

Sumario: 1.- Concepto y consideraciones de la ética. 2.- Empresa. 2.1.- El abogado de empresa. 2.1.2.- La confidencialidad o secreto profesional. Bibliografía.

1. Concepto y consideraciones de la ética.

La palabra ética tiene su origen en el latín *éthicus*, y del del griego *ethikos-ethos*, que significa: carácter manera de ser. Parte de la filosofía que trata de las obligaciones morales del hombre y analiza el problema del bien y del mal.

Hoy en día, se habla de una crisis de valores, de una pérdida de la moral, de una sociedad de consumo, del valorar al ser humano por los bienes materiales que tiene, más no por su capacidad y su dimensión humana, en sí, al parecer hoy día importa más el estatus material de la persona que el moral, lo que percibimos en nuestro mundo cotidiano, pues baste ver a la persona que conduce el auto de lujo y que con ello cree tener el derecho de infringir el reglamento de tránsito, sin tener el mínimo respeto por los demás.

Al abordar el significado de la palabra ética, en primer término se refiere al *carácter a la manera de ser*, es decir, a esas cualidades que el ser humano encierra en sí. Por otro lado, Como parte de la filosofía, no sólo se refiere a las obligaciones morales del hombre, sino también al análisis de lo que es el bien y lo que es el mal, de lo que es justo o de lo que es injusto, a la manera y forma en que debe conducirse el hombre. En su origen la palabra *ethos*, designa el “hogar ético”, es decir, este hogar ético es el que da calor, protección, cobijo y seguridad al ser humano. Hoy día, por un exacerbado individualismo, el hombre atraviesa por una crisis, por una pérdida de valores y de estima de lo moral, que han desviado su rumbo, situación que provoca en el ser humano una incertidumbre ante un panorama futurista poco halagador.

⁴³⁸ Catedrático de la Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla.

Hoy una mayoría de los estudiantes de derecho suelen repetir la consabida frase “el que no tranza no avanza”, o bien, frecuentemente preguntan a sus profesores que mañas existen para ganar un negocio, situación poco agradable, puesto que el abogado no debe transmitir esos falsos valores a sus discípulos, a esos futuros abogados que algún día se verán inmersos en el mundo del trabajo; algunos como litigantes, otros como funcionarios públicos y otros como abogados de empresa, sean internos o externos.

La profesión del abogado, desde tiempos remotos, no ha gozado de buen prestigio, pues al abogado por regla general, se le ha visto como aquella persona que con base en sus conocimientos y habilidad, pueden hacer de la ley un entuerto para sacar ventaja de su adversario aunque con ello pasen por encima de los principios de la ética del abogado, también llamada deontología jurídica.

Hace tiempo, el entonces Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, magistrado Mariano Azuela Güitron, mencionaba en una conferencia magistral impartida con motivo de la inauguración de la licenciatura en derecho de la Universidad Iberoamericana, Puebla y refiriéndose al perfil del abogado egresado de la institución referida, mencionaba que dicho profesionista debía tener un código de ética en el cual se destacaban los siguientes puntos; que dicho profesionista no fuera: a); codiguero, refiriéndose a que en ocasiones al apearse estrictamente a lo que está escrito en códigos y leyes, éstas se apliquen injustamente, b); arribista, que es aquel abogado que obtiene el título para ocupar algún puesto importante en la administración de justicia, el abogado “chicanero”; que aprovechándose de los recursos que otorga la ley a las partes los ocupe para alargar innecesariamente un juicio, sin importarles que esa dilación traiga como consecuencia no sólo el menoscabo del patrimonio de su contraparte, sino también el de su cliente.

Lo anterior ha traído como consecuencia una pérdida de estima de lo moral, un rechazo a los valores que como consecuencia acarrea la permisividad, situación que conlleva a expresiones tales como: si esa persona roba ¿por qué no hacerlo, si con ello salgo adelante y así aseguro mi porvenir? ¿por qué tengo que ser justo en un mundo injusto? ¿por qué hacer el bien cuando buena parte del mundo hace el mal? Kohlberg ilustra con amplitud este tema.⁴³⁹

⁴³⁹ “El razonamiento ético tiene una naturaleza progresiva: en el nivel pre convencional el hombre se mueve en un estadio de castigo-obediencia (la actitud ética es muy pobre: evitar el castigo y obedecer ciegamente al poder). En este nivel el hombre avanza hacia un estadio de cierto relativismo en que

Lo anterior se apega a lo que plantea Bernard Lonergan; “... *depende de nosotros decidir lo que vamos a hacer de nosotros mismos: cuando nos enfrentamos decididamente al reto de ese descubrimiento, cuando nos apartamos del grupo de los que van a la deriva. Porque éstos todavía no se han encontrado a sí mismos. No han encontrado aún lo que tienen que hacer, y así se contentan con hacer lo que hacen los demás; no han encontrado su propia voluntad y se contentan con escoger lo que todos los demás escogen. Aún no han desarrollado sus propias mentes y se contentan con pensar y decir lo que los demás piensan y dicen. Y todos los demás, tal vez, pueden estar haciendo, escogiendo, pensando y diciendo lo que otros hacen, escogen, piensan y dicen.*”⁴⁴⁰

La ética es lo propio del hombre, es algo íntimo de lo que no se puede prescindir, y si bien es cierto que por naturaleza implícita del ser humano, existe una inclinación al mal, también lo es el hecho que por esa misma naturaleza el hombre lleva dentro de sí el hacer más el bien que el mal.

Hoy día, en la inmersión de un mercado global, que ha traído como consecuencia una distribución inequitativa de la riqueza, los abogados tienen una función vital que desempeñar y ésta es la representación de su cliente, una representación que forzosamente debe estar apegada a los principios de la deontología jurídica, es decir, a la ética del abogado, la cual debe llevarse a cabo mediante la reflexión crítica, en razón de que el hombre no puede deambular en la incertidumbre o sin un rumbo determinado, no puede guiarse, como los animales, por el instinto, el hombre, con esas potencias que en sí lleva que son: la memoria, el entendimiento y la

procura satisfacer de modo pragmático las necesidades propias. En el segundo nivel, el convencional, se pasa de un estadio de conformidad social en el que se busca complacer a otros y obtener aprobación, a un estadio de orden y legalidad, en el cual existe un sometimiento a un régimen ordenado de normas sociales (legales o religiosas). Finalmente, en el nivel posconvencional se parte de una especie de un contrato social en el que se determina lo que es correcto de acuerdo con reflexiones racionales, y en el estadio superior, a partir de principios universales se llega al ideal de decidir lo que es justo aplicando los principios elegidos personalmente. Habría un séptimo nivel en el que la persona se guía por postulados de la moral religiosa, que no siempre es demostrable racionalmente. El octavo nivel sería el de la santidad. El progreso de un estadio al otro es lento: puede llevar de seis a ocho años. Este movimiento que va hacia arriba, puede acelerarse por medio de la enseñanza de principios éticos y de la ética aplicada; de ahí la importancia de los cursos de deontología profesional. Citado por: Víctor Manuel Pérez Valera, *Deontología Jurídica*, Ed. Oxford, México, 2006, Pág. 3

⁴⁴⁰ Bernard Lonergan, *A Post-Hegelian Philosophy of Religion*, in a Third Collection, Paulist Press, New York/Mahwah, Geoffrey Chapman, London, 1985, pág.208.

voluntad, dimensiones que distinguen a la persona del reino animal, que le dan una trascendencia sin límites, con la cual se llega al más alto nivel de conciencia y así descubrir el mundo de la moralidad y la auto identidad.

La decadencia de los pueblos en muchas ocasiones no se debe a la causa de las guerras o de los ataques de sus enemigos, sino a la disolución de los valores morales, la degeneración de sus costumbres, así lo reconocía Salviano en cuanto al pueblo romano: *sola nos morum nostrorum vitia vicerunt*, “nuestros propios vicios fueron las causas de nuestra derrota”.

2. Empresa.

Este vocablo, tiene su origen en la palabra emprender (**in y prender*), que significa *acometer y comenzar una obra o negocio*. La Ley Federal del Trabajo la define en el artículo 16 como: “*La unidad económica de producción o distribución de bienes y servicios...*”, por tanto, se concibe a la empresa como uno de los cuatro factores de la producción junto a la tierra, el capital y el trabajo, es decir, que su función consiste en coordinar los factores citados, se caracteriza también por su etapa de distribución, además de recibir una parte del ingreso que se conoce como: *ganancia o utilidad del empresario*, concepto que asume como importancia primordial la recompensa del riesgo asumido por el titular, debido al carácter aleatorio y a la incertidumbre que rodea a la actividad empresarial, la que se exterioriza en una ganancia o en una pérdida, pertenecen a la esencia de la misma.

La empresa se compone con los siguientes elementos, que a saber son: a) elementos materiales, b) elementos personales y los elementos de la acción administrativo-económicas, en si es lo que hoy se le conoce como recursos, sean éstos materiales, humanos y económicos. De aquí se desprende que el elemento objetivo o material, está representado por los bienes que constituyen su patrimonio, dentro de éste, se pueden considerar como elementos activos los que se poseen o se esperan recibir de terceros por derecho adquirido y los pasivos, que son los compromisos adquiridos para cancelar en el futuro y así, el valor que resulta de deducir el pasivo del activo, nos da como resultado el patrimonio neto de la empresa.

En cuanto al elemento personal, que es un elemento subjetivo, lo representan la o las personas que ostentan la propiedad del factor material, el sujeto puede ser individual o colectivo, el individual se da en los casos de empresas unipersonales y el

colectivo, que son los entes jurídicos sean públicos o privados. Así, la acción administrativa abarca tres aspectos que a saber son: el volitivo, el directivo y el ejecutivo. El primero se refiere a la facultad de decisión que corresponde al titular de la empresa; el segundo, a la coordinación y supervisión del trabajo en su faz técnica y administrativa; el tercero a la realización concreta de las tareas, funciones que pueden ser desempeñadas por la misma persona, esto en el caso de la pequeña empresa, pero es inherente a la empresa moderna la que está sujeta a la del trabajo, que cada una de ellas esté a cargo de un número elevado de personas, es decir, a través de lo que se denomina, Consejo de Administración, personas que tienen la representación legal de la empresa.

Se hace referencia a lo anterior, por la razón de que el presente artículo trata sobre la ética del abogado de empresa, profesionalista que puede ser interno o externo y en última instancia, a través del contrato de mandato documento que le otorga las facultades de tomar las decisiones que favorezcan a su cliente mediante la representación conferida por su mandante.

2.1 El abogado de empresa.

Al tomar en cuenta estas breves consideraciones sobre lo que es la empresa y dentro de las facultades conferidas ya sea al Administrador Único o bien al Consejo de Administración, estas personas pueden delegar esas funciones al Apoderado Legal, en este caso al abogado, cuyo concepto tiene sus raíces en el vocablo latino *advocatus* que significa abogar y que por definición es: “el profesional dedicado a defender en juicio los derechos de las partes y también aconsejar las cuestiones jurídicas que se le consulten”⁴⁴¹.

La abogacía se al parecer ha caído en un gran desprestigio, pero este síntoma no es nada nuevo, ya en la antigüedad el abogado gozaba de “mala fama”, existe una anécdota de que cuando el rey Herodes el Grande, fue acusado por sus hijos; Aristóbulo y Alejandro, de haber asesinado a su madre Mariamne, quien fue ejecutada en el año 29 a.C., motivo por el cual Herodes fue llamado a Roma para responder de dicha acusación al llegar fue recibido por Octavio César Augusto quien en ese momento le proporcionó a un eminente abogado de nombre Mario, quien se apresuró a preparar la defensa de su

⁴⁴¹ Diccionario Enciclopédico Quillet, Tomo I, Editorial Argentina Arístides Quillet. Grolier International-New York. 1968. Pág. 16.

cliente, fue tan brillante y elocuente la argumentación de Mario que, Herodes quedó exonerado de toda culpa, pese a que los hechos lo señalaban como culpable del asesinato de Mariamne. Al finalizar el juicio, Augusto dijo a Herodes, que aunque le asistía el derecho de vida y muerte sobre sus hijos, le pedía fuera indulgente con ellos, cosa que no sucedió, pues en la travesía de regreso a Galilea, Herodes mando matar a sus vástagos, este hecho ocurrió entre los años 7 y 4 a.C., y al enterarse César Augusto de lo ocurrido, mencionó: “mejor ser cerdo que hijo de Herodes”.

De estos hechos se llega a la conclusión de que con una excelente argumentación se puede dejar sin castigo a quien es culpable y se condene injustamente a un inocente, aunque con ello se pasen por alto los principios de la ética.

Ahora bien, en atención al desempeño de la profesión de la abogacía, se debe atender a la vocación de la misma y la vocación es ese llamado, es esa voz interior que impulsa al hombre a ejercer alguna profesión, a realizar una actividad determinada o bien a emprender una misión personal, estas consideraciones no sólo son para buscar un beneficio o satisfacción personal, lo que es válido, pues todo hombre aspira a satisfacer sus necesidades primordiales, más no debe quedar en ello, pues se caería en ese individualismo que a nada lleva, ya que el hombre por su naturaleza es un ente social, con una trascendencia de vida y es por ello que a través de su decisión de elegir una profesión, en este caso la abogacía, es para poner su capacidad y conocimientos al servicio de los demás, todo esto dentro del mundo de los valores de la ética. Vale la pena citar la siguiente anécdota a que se refiere Cervantes en el momento en que Don Diego Miranda se queja con Don Quijote al decirle que tiene un hijo muy dado a la poesía, sin que tenga mayor inclinación por las leyes como él quisiera y el Ingenioso Hidalgo contesta: “forzarles a estudiar esta o aquella ciencia, no lo tengo por acertado... sería yo del parecer que le dejen seguir aquella ciencia a que más le vieren inclinado”. Luego agrega: “que cada uno marche por donde su estrella lo llame”.⁴⁴²

Es importante la elección de la profesión, como se ilustra en el párrafo anterior, pues muchas ocasiones, a no elegir adecuadamente la profesión, como consecuencia de ello se llega a un mal desempeño de ella o hasta el fracaso y la frustración por parte de quien la ejerce y aún mas, a no llevar una adecuada defensa en representación del cliente. El doctor Víctor Manuel Pérez Valera se refiere a que: “dentro de la vocación

⁴⁴² Miguel de Cervantes Saavedra, Don Quijote de la Mancha, II parte, cap. XVI.

jurídica se abre una enorme gama de funciones y especialidades: abogado postulante en distintas ramas del derecho; dentro del Poder Judicial: auxiliar interno o externo, secretario, actuario, Ministerio Público; docente, investigador, asesor de empresas, comisiones de derechos humanos; en el servicio público: agentes diplomáticos, consulares, legisladores, asesores jurídicos, etc. Las cualidades que se requieren véase el acucioso estudio de Carlos Arellano

García, Manual del abogado, práctica jurídica, 4ª. Ed., México 1996, pp. 128-174”.⁴⁴³

¿Cómo debe ser el abogado de empresa? ¿Qué perfil debe tener? Ante estas interrogantes las respuestas se pueden encontrar en los considerandos del Código de Ética de la barra de abogados, en el cual se enuncia el principio fundamental de la abogacía que es *el servicio al derecho y a la justicia*. Se puede apreciar que en esa frase destaca la palabra *servicio*, por tanto, el abogado debe tener como primer por principio el espíritu del servicio. Lo anterior corresponde al *Código de Ética de la Barra Mexicana*, en su primer párrafo. Este principio, además de cobijar a los restantes, de alguna forma impregna a los 49 artículos del código referido. El doctor Víctor Pérez Valera plasma los principios a partir del segundo párrafo de los considerandos como sigue:

Del segundo párrafo de los considerandos se deducen cuatro principios generales:

- a).- Principio del honor y dignidad profesional.
- b).- Principio de cooperación a la buena administración de la justicia.
- c).- Principio de desinterés.
- d).- Principio de la responsabilidad de pedir justicia.

El tercer párrafo del proemio alude a tres principios:

- a).- Principio del decoro y dignidad profesional.
- b).- Principio de respeto a la moral y al derecho.
- c).- Principio de respeto a la ética profesional del abogado.

El artículo primero, titulado “Esencia del deber profesional”, repite el principio fundamental de servicio al derecho, a la justicia y el respeto a las normas éticas en general.

⁴⁴³ Víctor Manuel Pérez Valera, *Deontología Jurídica*. Ed. Oxford, México, 2006, pág. 75

El artículo segundo, “Defensa del honor profesional”, invita no sólo a vivir el honor profesional sino a denunciar y combatir por medios lícitos “las conductas reprobables de jueces, funcionario públicos y compañeros de profesión”. a actuar con probidad

El artículo tercero titulado “Honradez”, invita a actuar con probidad y buena fe, así como las actuaciones dolosas⁴⁴⁴ .

En consideración a lo anterior, las empresas buscan tener un abogado confiable, honesto, un hombre probo, honrado a “*carta cabal*”, discreto en su actuar, es decir, que respete la confianza que el cliente deposita en él, que a través del estudio y la investigación ponga sus conocimientos y su capacidad para hacer valer los derechos de la persona a quien representa, que luche contra la injusticia, que entre paréntesis, es uno de los grandes males que hoy día aquejan a nuestra sociedad.

Se tiene conocimiento de que algunas normas jurídicas, como lo sostiene Giuseppe Lumia, tal vez puedan poseer legalidad, pero si son injustas carecen de legitimación; podrían imponerse a los ciudadanos, pero difícilmente suscitarían el consenso.⁴⁴⁵

La Asociación Nacional de Abogados de Empresa (ANADE), de su perfil se desprenden los siguientes considerandos:

1.- La ANADE, es una organización que impulsa, promueve y facilita el intercambio de información, experiencias, conocimientos, métodos y técnicas acerca de las funciones y prácticas a que están sujetos sus miembros.

2.- Promueve la superación académica e intelectual de sus asociados, organizando cursos, mesas redondas, talleres y seminarios tiene objetivos políticos ni religiosos, ni puede inmiscuirse en las relaciones internas entre sus asociados y las empresas o bufetes en las que aquellos prestan sus servicios.

3.- Agrupa a estudiosos del derecho con una clara vocación de servicio hacia la empresa.

⁴⁴⁴ Víctor Manuel Pérez Valera, Deontología Jurídica. Ed. Oxford, México, 2006, pág. 122.

⁴⁴⁵ Giuseppe Lumia, Principios de teoría e ideología del derecho. Debate, Madrid. 1978. Pp. 113-116.

4.- Fomenta el desarrollo de sus asociados para que alcancen el más alto nivel profesional.⁴⁴⁶

De lo anterior se desprende el verdadero quehacer del abogado y la importante función que puede desempeñar en la empresa, sea como abogado interno o externo de ésta. Así, el abogado de empresa debe ser un facilitador, debe tener conocimiento de lo que hace, poner en ello toda su experiencia profesional y para el caso, siempre estar actualizado, no sólo en una rama del derecho, sino que debe tener los conocimientos generales y permanecer en una constante actualización tanto en su especialidad como en los aspectos generales de su formación profesional, es decir, el abogado de empresa debe tener una formación integral que le permitan tener un alto nivel profesional.

Dentro de las características que debe reunir el abogado, es la pulcritud, los buenos modales, el orden, la diligencia para atender los asuntos que se le encomienden, el respeto que debe guardar tanto a su cliente como a su contraparte y a las autoridades judiciales. También el informar al cliente del estado y avance del procedimiento y uno que es imprescindible, es la puntualidad, que entre paréntesis es “cortesía de reyes, deber de caballeros y principio de personas juiciosas” y que por desgracia este atributo se ha perdido o bien ha pasado a segundo término. Hace tiempo Niki Lauda famoso piloto de la fórmula uno, mencionaba que para conducir un auto se debería tomar en cuenta lo siguiente: “previsión, consideración y cortesía”, si esto se adopta a la forma en que debe conducirse el abogado con la empresa que representa, el profesionista en primer lugar debe de ser previsor, reza el refrán popular que: “hombre prevenido vale por dos” y así es, ya que es deber del abogado prever los riesgos de un juicio con visión jurídica y hacérselos saber con toda claridad a su cliente, también debe considerar que su contraparte es un profesionista del derecho y con la misma capacidad profesional que él y por ende que a un juicio o negocio, se entra en igualdad de circunstancias y finalmente, en cuanto a la cortesía, el trato para con su cliente, para con las autoridades sean estas administrativas o judiciales y para con su contraparte, debe apearse a la caballerosidad, al uso medido de su lenguaje, en sí, actuar con decoro profesional.

También es importante que el profesionista evite la litigiosidad, como se puede ver en el proceso mercantil español del siglo XVIII en algunas ordenanzas que se refieren al peligro de la litigiosidad, ordenanzas que disponían intentar de modo

⁴⁴⁶ www.anade.org.mx

obligatorio la conciliación previa. (Ordenanzas de Bilbao, 1737; Burgos, 1766; Sevilla, 1784). También es curioso que para evitar la litigiosidad, en algunos asuntos mercantiles se prohibía la intervención de los abogados. La Real Cédula del 21 de julio de 1494 de los Reyes Católicos establecía: “lo libren y determinen breve y sumariamente según estilo de mercaderes, sin dar luengas, ni dilaciones, ni plazos de abogados”.⁴⁴⁷

Lo anterior resulta cierto, pues hay algunos profesionistas del derecho que por no tener capacidad para la negociación, fracasa ésta y se inicia un juicio que resulta ocioso e innecesario y como consecuencia de ello, se llega a menoscabar el patrimonio de la empresa, así también lo manifiesta la ordenanza de Burgos de 1766: [los pleitos entre mercaderes] “nunca se conducían ni fenecían, porque se presentaban escritos de libelos de letrados, por manera que por mal pleito que fuese, los sostenían los letrados, de manera que los hacían inmortales”⁴⁴⁸.

2.1.2 La confidencialidad o secreto profesional.

“Se puede definir el secreto o sigilo como la obligación moral de no manifestar a nadie las noticias conocidas o recibidas confidencialmente. Tradicionalmente se conoce tres tipos de secreto: el natural, el promiso y el comiso; y de este último se distinguen tres grados, según que la manifestación sea a título de simple confidencia, o amistad, o en el ejercicio de una profesión. Este tercer grado, el más frecuente del secreto comiso, se denomina secreto profesional. Asimismo, la obligación al secreto es más rigurosa que en los casos precedentes, siempre que el conocimiento del asunto se dé solamente con ocasión del desempeño de la profesión y no se haya conocido éste por otros caminos, pues en este caso se trataría de otro tipo de secreto, pero no del profesional”.⁴⁴⁹

En atención a lo anterior, el abogado, desde el momento en que celebra el contrato de prestación de servicios, se obliga para con su cliente a guardar la más

⁴⁴⁷ Víctor Manuel Pérez Valera, *Deontología Jurídica, La ética en el ser y quehacer del abogado*. Ed. Oxford, México, 2006, pág. 133.

⁴⁴⁸ Cfr. Juan Montero Aroca, *La herencia procesal española*, UNAM. Instituto de Ciencias Jurídicas. México, 1994. Pág. 69

⁴⁴⁹ Víctor Manuel Pérez Valera, *Deontología Jurídica, La ética en el ser y quehacer del abogado*. Ed. Oxford, México, 2006, pág. 157.

absoluta discreción, a guardar las confidencias que su cliente le confíe, confidencialidad que puede ser semejante al secreto de la confesión sacramental, pues en caso de no hacerlo, incurre en una responsabilidad profesional, que constituye una infracción a la justicia y en cierto modo hasta defraudar o traicionar la confianza depositada en él, situación que obliga al profesional del derecho a reparar los daños, sean materiales o morales que ocasionen un detrimento tanto al patrimonio como la honorabilidad de su cliente.

Esta situación también se extiende a los colaboradores de un despacho, razón por la cual, el titular debe seleccionar a su personal para el efecto de que éstos tengan esa reserva y discreción.

En innumerables ocasiones se llega a escuchar. "te voy a confiar un secreto, pero no se lo digas a nadie más pues es algo que quede entre tú y yo". Una acertada observación al respecto la hace Ángel Ossorio quien cita: "aunque parezca una verdad de Pero Grullo: guardar un secreto es no comunicarlo a nadie. En efecto, si se comunica por excepción el secreto a una "persona discreta", ésta por excepción puede comunicarlo a otra "persona discreta". Así se forma una cadena y al poco tiempo ya es un buen número de personas las que saben el "secreto".⁴⁵⁰

De lo anterior resulta lo que coloquialmente se le conoce como "secreto a voces", es decir, lo que debió quedar en resguardo de una sola persona, al poco ya es del conocimiento del dominio público, lo que puede ocasionar un daño moral a la honorabilidad de la persona, sea física o moral. Por ello es de suma importancia que en el desempeño de la profesión se actúe con total discreción y sólo en casos verdaderamente excepcionales y permitidos por la ley, en los que se pueda causar perjuicio a inocentes, puede encargarlo o confiarlo a aquella persona que pueda impedir el mal.

Ahí radica la buena imagen del abogado de empresa, cuando éste se apega y observa los principios generales de la deontología jurídica e cuanto a la guarda y custodia del secreto profesional y aún en el caso de que se haga una investigación de algún delito cometido por su cliente, esto no da derecho a ninguna autoridad judicial

⁴⁵⁰ Citado por Víctor Manuel Pérez Valera. *Deontología Jurídica, la ética del ser y quehacer del abogado*, Ed. Oxford. México. 2006. Pág. 160.

para revisar los archivos del abogado, pues con ello se salvaguarda la confianza que la empresa depositó en su apoderado.

El secreto profesional va más allá, pues éste subsiste aún en el caso de que haya sido una simple consulta y el asunto no se aceptó, en virtud de que la confidencia se hizo saber por la relación cliente-abogado, así el abogado guarda el secreto en razón de su profesión.

En el código de Deontología Jurídica de la Barra Mexicana de Abogados enumeran los deberes del abogado para con el cliente, artículos 26 a 38. En sección aparte, artículos 10, 11 y 12, consideran el secreto profesional. Con esto tendríamos prácticamente completa la gama de deberes que el abogado ha de tener para con su cliente:

- 1.- Atenderlo personalmente (artículo 26).
- 2.- Servirlo con eficacia y empeño, pero sin sacrificar la libertad de conciencia del abogado (artículo 27).
- 3.- No prometer el éxito a toda costa y saber aceptar una transacción justa (artículo 28).
- 4.- Asumir la responsabilidad si hubiere, por parte del abogado, negligencia, error inexcusable o dolo e indemnizar por daños y perjuicios, si fuere el caso (artículo 29).
- 5.- Avisar al cliente si existiera conflicto de intereses al asumir su causa (artículo 30).
- 6.- Renunciar al patrocinio sólo por causa justificada, en especial si su honor y dignidad profesional resultan dañados, pero cuidando de no dejar al cliente en estado de indefensión (artículo 31).
- 7.- Velar por la conducta correcta y respetuosa del cliente para con el juez, los funcionarios, contraparte y su abogado, y terceros; en caso negativo, renunciar al patrocinio (artículo 32).
- 8.- Renunciar a la causa en caso de que descubra en el juicio una equivocación o impostura que beneficie injustamente a su cliente y a la cual éste no quisiera renunciar (artículo 33).
- 9.- Cumplir con la obligación de guardar el secreto profesional (artículos 10, 11 y 12).

10.- percibir honorarios justos, consideradas todas las circunstancias del caso (artículos 34, 35 y 36).

De aquí se desprende que: “*la conducta moral es la primera condición para ejercer la abogacía... nuestra profesión es ante todo ética... el abogado debe saber derecho, pero sobre todo ser un hombre recto*”. Luis Jiménez de Asúa.

“Jaime A. Vela del Río, abogado egresado de la Universidad de La Salle, hace esta interrogante, ¿hay abogados buenos?

Esta es una pregunta que nuestra sociedad se plantea todos los días. Los romanos entendían al abogado como *vir bonus peritus dicendi*, es decir, aquel hombre bueno experto en el hablar. ¿Acaso ellos estaban equivocados? No, no lo creo así, ni por un momento, aunque muchos colegas míos se empeñen en demostrar lo contrario.

La premisa principal es que en cualquier profesión y en particular en la nuestra, debemos poner especial atención en saber a quienes estamos formando para tan delicada función y responsabilidad social”⁴⁵¹

De acuerdo a lo citado, es necesario que el profesionista, en este caso el abogado,

reciba una formación íntegra, que ésta no sólo se circunscriba al buen manejo e interpretación de las leyes y el conocimiento del derecho y en el caso de las empresas, conocer las necesidades de las mismas a efecto de proporcionar una asesoría adecuada, apegada a los valores de la deontología jurídica, que en sí es, la ética del abogado.

Cabe hacer mención y recordar los tres preceptos del derecho romano *juris precepta haec sunt: honeste vivere, alterum non laedere, jus suum quique tribuere*, “vivir honestamente, no dañar a otro y dar a cada quien lo que le corresponde”. Bajo estas consideraciones, el abogado debe pronunciarse, como ya se ha señalado, con honestidad, el evitar a toda costa hacer mal uso del conocimiento de las leyes para perjudicar a su contrario y buscar siempre la equidad y la justicia.

Se puede finalizar citando a Miguel de Cervantes Saavedra, “Si estas reglas sigues, Sancho, serán luengos tus días, tu fama será eterna, tus premios colmados, tu felicidad indecible, casarás tus hijos como quisieres, títulos tendrán ellos y tus nietos, vivirás en paz y beneplácito de las gentes, y en los últimos pasos de la vida te alcanzará

⁴⁵¹ Jaime A. Vela del Río. ¿Hay abogados buenos? Artículo publicado en la Revista Signo de los Tiempos. Abril 2011. Pág. 3.

el de la muerte en vejez suave y madura, y cerrarán tus ojos las tiernas y delicadas manos de tus terceros netezuelos”.⁴⁵²

Bibliografía.

- **Asociación Nacional de Abogados de Empresa.** *Perfil y principios de la ANADE.* www.anade.org.mx
- **De Cervantes Saavedra, Miguel.** Don Quijote de la Mancha. II parte.
- **Diccionario Enciclopédico Quillet.** Tomo I. Ed. Argentina Arístides Quillet Grulier. International New York. 1968.
- **Lonergan, Bernard.** *A Post Hegelian Philosophy of Religion.* In a Third Collection Paulist Press. New-york/Mahwah. Goeffrey Chapman. London. 1985.
- **Lumia, Giuseppe.** *Principios de Teoría e Ideología del Derecho.* Debate. Madrid. 1978.
- **Montero Aroca, Juan.** *La Herencia Procesal Española.* UNAM. Instituto de Ciencias Jurídicas. México. 1994.
- **Pérez Valera, Víctor Manuel.** *Deontología Jurídica, la ética en el ser y quehacer del abogado.* Ed. Oxford. México. 2006.
- **Vela del Río, Jaime A.** *¿Hay abogados buenos?* Revista Signo de los Tiempos. México. Abril. 2011.

⁴⁵² Citado por Jaime A. Vela del Río. *¿Hay abogados buenos?* Artículo publicado en la Revista Signo de los Tiempos. Abril 2011. Pág. 3.

Políticas Editoriales:

- a) Los trabajos deberán referirse al Derecho de la empresa y tener un contenido sobre temas relevantes y de actualidad.
- b) Podrán publicarse colaboraciones sobre otras disciplinas siempre y cuando el artículo las vincule con el Derecho de la empresa.
- c) Podrán publicarse diversos temas de Derecho sobre tópicos de actualidad.
- d) El trabajo se remitirá en medio electrónico en Word 2007 para Windows.
- e) Serán en hojas tamaño carta por un solo lado con un interlineado de 1.5 y letra Times New Roman de 12 puntos, los títulos y subtítulos en 14 pts. y numerados.
- f) Las palabras en idioma extranjero deberán subrayarse o escribirse en letra cursiva.
- g) Las notas, fuentes de citas deberán aparecer al final de cada hoja.
- h) Se deberá incluir título, autor, sumario, introducción, contenido, conclusiones y bibliografía.
- i) En la introducción el autor sintetizará en no más de una cuartilla las ideas centrales y conclusión de su trabajo.
- j) El sumario contendrá en números arábigos los subtítulos.
- k) El artículo deberá contener cinco palabras claves o *key words* a juicio de autor que permitan la clasificación del contenido de la colaboración..
- l) Las referencias bibliográficas deberán anotarse al final del artículo, consignando con exactitud sus elementos: nombre del autor o autores. título completo, país, editorial, año de publicación y números de páginas.
- m) Las siglas en el texto o en los cuadros o gráficas irán acompañadas de su equivalencia completa.
- n) La extensión de los trabajos será de 10 a 40 cuartillas (páginas) y estarán corregidos gramaticalmente por el autor para facilitar su edición.
- o) Las reseñas deberán tener una extensión de 2 a 4 cuartillas (páginas)
- p) Las reseñas bibliográficas deben ser de 3 a 7 por página.

- q) Cada colaboración vendrá precedida de una hoja que contenga:
- a. Título del trabajo, de preferencia breve, centrado y sin sacrificio de la claridad.
 - b. Seguido del nombre del autor, alineado a la derecha de la hoja referenciado con un asterisco cuya reseña curricular deberá constar en la parte inferior de la hoja en no más de cinco renglones.
 - c. Indicación de domicilio, teléfonos u otros datos que permitan a la redacción de la revista localizar fácilmente al autor o autores con el objeto de aclarar ocasionalmente dudas sobre el contenido del artículo.
- r) El Consejo Editorial informará al autor del trabajo el número de la revista en que se publicará el mismo.
- s) Los artículos deberán enviarse al Dr. Felipe Miguel Carrasco Fernández, a la siguiente dirección electrónica: felipemiguel.carrasco@upaep.mx