La reacción formal y sustancial de los derechos frente a la crisis económica



IN SUPREMÆ DIGNITATIS
1343

E L D
ESCUELA LIBRE
DE DERECHO





La reacción formal y sustancial de los derechos frente a la crisis económica

Reazione formale e sostanziale dei diritti di fronte alla crisi economica

343.7207
R281F

Primera edición: 2015

La reacción formal y sustancial de los derechos
frente a la crisis económica

©Derechos Reservados Conforme a la ley
Escuela Libre de Derecho
Dr. Vértiz # 12-14 Col. Centro,
C.P. 06720 México, D.F.
Teléfono 5588-0211

Fotografia de la Portada:
Escuela Libre de Derecho

Diseño Editorial y de Portada: Alejandro Pérez, Tania Pérez y
Jesús Francisco Mosco Moreno

ISBN: 978-607-96700-0-9

Prohibida la reproducción total o parcial del contenido de este libro, por cualquier medio, sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Editado e impreso en México
Printed and made in México
Por Impresora y Litográfica Heva S.A.
Arteaga # 26, Col. Guerrero, Delegación Cuauhtémoc, México, D. F.
Teléfonos 5526-8050 y 6294-3115.
ventas@litoheva.com.mx

La reacción formal y sustancial de los derechos frente a la crisis económica

Reazione formale e sostanziale dei diritti di fronte alla crisi economica

Escuela Libre de Derecho
Dipartemento di Giurisprudenza dell'Università di Pisa
MÉXICO, 2015

ESCUELA LIBRE DE DERECHO
BIBLIOTECA

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

Junta Directiva

Lic. Luis M. Díaz Mirón A., *Rector*
Dra. Loretta Ortiz Ahlf, *vocal*
Lic. Rafael Anzures Uribe, *vocal*
Lic. José Ángel Villalobos Magaña, *vocal*
Lic. Álvaro J. Altamirano, *vocal*
Lic Ricardo Antonio Silva Díaz, *vocal*

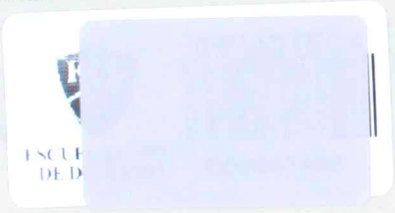
SIG. TOPOGRAFÍCA
343.7107
R281c
No. ADQUISICIÓN
L0003281 2
DONACIÓN (X)
COMPRA ( )

Secretarios

Lic. José Manuel Villalpando César, *Secretario Academico*
Lic. Renata Sandoval Sánchez, *Secretaria de administración*
Lic Mayra Müggenburg Camil, *Secretaria de posgrado*

CONSEJO EDITORIAL

Lic. Francisco de Icaza Dufour, Director
Lic. Jaime del Arenal Fenochio
Lic. Fauzi Hamdan Amad
Lic. Jorge Adame Goddard
Lic Carlos Müggenburg
Lic. Gisela Oscós Said



ÍNDICE

Crisis económicas y derecho. Una presentación de la obra 11

1. Área histórica 19
1. Area storica

Breve cuadro sobre crisis económicas y derecho en México de la época colonial al siglo XXI. 21
Breve quadro su crisi economiche e diritto in Messico dall'epoca coloniale al XXI secolo.
Eber Betanzos

Breve cuadro sobre las crisis económicas y el derecho en Italia de la Antigüedad al siglo XIX. 77
Breve quadro su crisi economiche e diritto in Italia dall'Antichità al XIX secolo.
Aldo Petrucci

2. Derecho constitucional 107
2. Diritto costituzionale

Esquemas constitucionales y legales en México: federales, estatales y municipales, de participación, supervisión y control social de las facultades económicas y normativas de la autoridad. Capacidad legal de reacción efectiva sobre los sectores sociales en tiempo de crisis. 109
Schemi costituzionali e legali in Messico: federali, statali e municipali, di partecipazione, supervisione e controllo sociale delle facoltà economiche e normative delle autorità. Capacità legale di reazione effettiva sui settori sociali in tempo di crisi.
*Rubén Minutti*Zanatta

Esquemas constitucionales y legales en Italia: posibilidad de protección y limitación a la garantía de los derechos sociales 159

por parte del Estado y de las regiones en situación de crisis económica.
Schemi costituzionali e legali in Italia: possibilità di protezione e limitazione alla garanzia dei diritti sociali da parte dello Stato e delle regioni in situazioni di crisi economica.
Elisabetta Catelani

3. Derecho público 199
3.Diritto pubblico

Regulación mexicana sobre los mecanismos de endeudamiento federal y local. 201
Regolamentazione messicana sui meccanismi di indebitamento federale e locale.
Rosa Linda Amezcua y *Rodrigo Bernardo Díez Gargari*

La disciplina italiana para la reducción de la deuda pública a través de la así llamada«spending review» 231
La disciplina italiana per la riduzione del debito pubblico attraverso la c.d. «spending review»
Elisabetta Bani y Michela Passalacqua

4. Derecho civil 289
4. Diritto civile

El Derecho Civil Mexicano en la actualidad como resultado de la crisis financiera. 291
Il Diritto Civile Messicano attuale come risultato della crisi finanziaria.
Edgar González Peredo

Evolución de las instituciones del derecho de las obligaciones entre crisis económica y sobre endeudamiento 329
Evoluzione degli istituti del diritto delle obbligazioni tra crisi economica e sovraindebitamento

Enza Pellecchia

5. Derecho mercantil 357
5. Diritto commerciale

Reforma financiera en México 2014 359
Riforma finanziaria in Messico del 2014
Salomón Vargas García

Las recientes novedades en el tema de soluciones negociales de las crisis de las empresas: un primer balance y posibles perspectivas *de jure condendo* 393
Le recenti novità in tema di soluzioni negoziali della crisi d'impresa: un primo bilancio e possibili prospettive *de jure condendo*
Francesco Barachini

Crisis económicas y derecho. Una presentación de la obra

Con profunda satisfacción la Escuela Libre de Derecho (México) y el Departamento de Derecho de la Universidad de Pisa (Italia) presentan al público su Cuarta Investigación Conjunta.

Los motivos esta satisfacción son múltiples. En primer lugar, porque éste es el cuarto libro publicado en el marco del Acuerdo firmado por las dos instituciones de educación superior en el 2004, lo que demuestra una capacidad poco común de fructífera colaboración científica; además, porque su aparición representa el resultado de una década de comparación entre los ordenamientos jurídicos de los dos países –situados en diversos continentes pero unidos por una misma tradición jurídica de raíces comunes romano-canónicas–,sobre los principales y más actuales temas jurídicos: como se dió en primer lugar con *La crisis de la ley* (2007), seguido después *Principios y reglas* (2011), contunuamos con *La responsabilidad legal del juez, el funcionario público y de los profesionistas* (2013) y ahora con *La reacción formal y sustancial de los derechos frente a la crisis económicas* (2015), objeto de este volumen. Además, prueba la validez del método de aproximación interdisciplinaria que se ha utilizado en todas estas obras, ofreciendo, por un lado, una visión propia en la óptica de una pluralidad de sectores del derecho: la romanística-histórica, la filosófica, la constitucional, la administrativa, o la económica, la civil, la mercantil, la penal, o la ética y deontológica. También desmiente el escepticismo de quienes desconfían de la posibilidad de un diálogo sincrónico y diacrónico entre los especialistas en materias diversas, colocados en países distintos con idiomas diferentes. Asimismo, es motivo de alegría el involucramiento en la actividad de investigación –por más de una década– de un consistente grupo de profesores de los dos Ateneos, cerca de treinta, empezando por los primeros miembros, en 2003, de la delegación de Pisa (Roberto Romboli – actualmente Director del Departamento de

Derecho– Franco Bonsignori y Aldo Petrucci) y de México (Jaime del Arenal Fenochio, Rafael Estrada Sámano, María del Carmen Carmona y Rodolfo Gómez Alcalá).

El volumen recién publicado se centra en la cuestión de la respuesta queda o puede dar el Derecho frenta a la crisis económica, que de manera recurente se han presentado en los paises analizándola en una perspectiva histórica y contemporánea, esta última desarrollada desde la perspectiva del derecho constitucional, público, civil y mercantil. Su contenido expone una decena de textos jurídicos mexicanos e italianos, presentados temáticamente a dos voces, en un diálogo reflexivo de posturas sobre áreas coincidentes del derecho. En esta ocasión, a diferencia de los libros anteriores, se presenta el contenido de todo los textos en español, procurando conservar, en el caso de los textos italianos, la expresión masma utilizada por sus autores.

En el caso de los trabajos mexicanos, éstos son: "Breve cuadro sobre crisis económicas y derecho en México de la época colonial al siglo XXI" (Eber Betanzos), "Esquemas constitucionales y legales: federales y locales (estatales y municipales) de participación, supervisión y control social de las facultades económicas y normativas de la autoridad. Capacidad legal de reacción efectiva sobre los sectores sociales en tiempos de crisis" (Rubén Minutti Zanatta), "Regulación mexicana sobre los mecanismos de endeudamiento federal y local" (Rosa Linda Amezcua y Rodrigo Bernardo Díez Gargari), "El Derecho Civil Mexicano en la actualidad como resultado de la crisis financiera" (Edgar González Peredo), "Reforma financiera en México 2014" (Salomón Vargas García).

Por otro lado, los cinco ensayos escritos por la parte italiana tienen por título y autor: "Breve cuadro sobre las crisis económicas y el derecho en Italia de la Antigüedad al siglo XIX" (Aldo Petrucci), "Esquemas constitucionales y legales: posibilidad de protección y limitación a la garantía de los derechos sociales por parte del Estado y de las regiones en situación de crisis económica" (Elisabetta Catelani) "La

disciplina italiana para la reducción de la deuda pública a través de la así llamada «spending review»" (Elisabetta Bani y Michela Passalacqua), "Evolución de las instituciones del derecho de las obligaciones entre las crisis económicas y el sobreendeudamiento" (Enza Pellecchia), "La reforma de las leyes concursales italianas entre la tutela de los acreedores fuertes y los acreedores débiles" (Francesco Barachini).

El trabajo de Eber Betanzos –por la parte Mexicana– expone que la historia económica mexicana da cuenta de un permanente deseo de superación de sus crisis económicas –tan presentes en el imaginario colectivo nacional como en sus símbolos culturales– mismas que encuentran en el Derecho una vía de solución necesaria, más muchas veces insuficiente. Indica, en una narrativa histórica aterrizada en ejes jurídicos, que las políticas económicas y los amplios ajustes de diseño normativo han sido heterogéneos –lo que ha dificultado su eficacia al no ordenarse a un fin general– y su impacto positivo en la población y en los sectores productivos. Ello no hace más que recalcar la necesidad para el derecho mexicano de fortalecerse como un elemento que de rumbo al amplio bienestar que el Estado debe de garantizar.

En el primer texto de autores italianos –a cargo de Aldo Petruci–se examinan tres momentos paradigmáticos de la historia jurídica italiana: el romano; de la baja Edad Media y el período histórico inmediato posterior a la proclamación del Reino de Italia.Por cada uno de estos momentos se han resaltado los tipos más recurrentes de crisis económicas y las soluciones normativas adoptadas por la autoridad para enfrentarlas. Son dos elementos los que llaman mayormente la atención: la repetición con cierta frecuencia de factores críticos y las medidas para remediarlos, aunque con las especificidades propias de cada período histórico, y la ausencia de consideraciones, incluso en tiempos muy cercanos a los nuestros, sobre los derechos humanos.

Rubén Minutti Zanatta se adentra en el análisis de los derechos sociales en México –de rango constitucional–, tanto los

reconocidos expresamente en el articulado, como en supletoriedad vía instrumentos internacionales; y como éstos son desarrollados por la legislación secundaria sustantiva. Identifica que las atribuciones federales y locales en materia económica, gozan del mismo nivel jerárquico, aunque poseen menor exactitud y exhaustividad en la norma secundaria. No obstante, en ambos casos, con un marco jurídico suficiente y complementado con jurisprudencia, las deficiencias se difuminan, más no se dan los elementos necesarios para una reacción efectiva de los sectores sociales en caso de verse afectados o en riesgo inminente de ello, tanto en tiempo de crisis como de relativa estabilidad. Esta problemática tiene causas diversas y complejas y, por lo tanto, cualquier intento de propuesta para una gradual solución –dada la indispensable coparticipación entre las autoridades federales, estatales y municipales y de los propios sectores sociales– requerirá de una recíproca y permanente supervisión para producir condiciones reales de anular, corregir e implementar remedios.

El ensayo de Elisabetta Catelani tiene por objetivo analizar el nacimiento y la evolución de los derechos sociales en Italia teniendo en cuenta los efectos de la larga crisis económica actual. En particular, dada la naturaleza de Estado regional de Italia, con la atribución de poderes legislativos y administrativos a sus distintas regiones sobre algunos derechos sociales, la autora se centra en la protección del derecho a la salud, poniendo en evidencia las diferencias de tutela existentes entre dichas regiones, las cuales el Estado actualmente busca eliminar con la determinación de los niveles mínimos esenciales de las prestaciones para garntizar dicho derecho. De Italia la mirada se extiende a los órganos establecidos por la Unión Europea y sobre sus actos, subrayándose cuando la misma podría hacer más eficaz la intervención directa sobre la tutela efectiva de los derechos sociales.

En su artículo Rosa Linda Amezcua Hernández, apoyada por Rodrigo Bernardo Díez Gargari, da cuenta de la forma en la cual la adquisición de deuda pública estatal se convierte en una

decisión política con efectos macroeconómicos que, o bien pueden ayudar a un país para ser más competitivo como también lo puede conducir a una crisis económica. Esto ocurre ya que el esquema normativo que establece las bases para la adquisición de deuda pública es capital para evitar esta segunda consecuencia. Para entender las intríngulis de este tema, se desvelan las características de dos regímenes constitucionales diversos y coexistentes, por una parte la regulación de la adquisición de deuda pública nacional con claros y precisos controles y, por otra, la regulación de la adquisición de deuda pública local. Que apunta a una deficiente reglamentación y falta de contrapesos lo que puede vislumbrar una futura crisis en este tema. El conocimiento de las diferencias que hay entre ambos sistemas resulta clarificante para comprender las consecuencias –traducidas en crisis– vividas en México recurrentemente.

En el estudio de Elizabetta Bani y Michela Passalacqua se aborda la situación de la deuda pública italiana y del proceso de su reducción, comenzado en el plano normativo desde la entrada en vigor del Tratado de Maastricht en 1993. La atención se focaliza, por tanto, sobre las posibles soluciones para disminuir esa deuda, hecho aún más urgente por la gravedad de los efectos de la crisis actual cuyos orígenes se remotan al año 2007, dando lugar a una investigación articulada en dos partes: la primera, volcada a analizar los instrumentos de control del gasto público a través de un sistema de verificación de la corrección de la misma (principalmente *ex post*) confiada al Tribunal de Cuentas, y la segunda, en la cual se describe la institucionalización del proceso de análisis y de evaluación de los gastos de la administración central (lo que se ha llamado *spending review*) y su gradual extensión a las otras administraciones públicas.

Tratándose del estado del derecho en la actualidad ante las crisis económicas, Edgar González Peredo muestra cómo la crisis financiera iniciada en el año 2008 provocó el replanteamiento –a nivel mundial– de los aspectos

fundamentales del ser humano en todos sus ámbitos: personal, familiar, patrimonial, político y social. La importancia de estos factores llevó a la generación de reacciones de fondo y forma en cada uno de los sectores para hacer frente a la crisis, resultando desde la perspectiva del derecho modificaciones y reformas a las legislaciones y al orden jurídico en lo general y particular. No obstante lo anterior, y a pesar del dinamismo tecnológico de nuestros tiempos, el Derecho Civil en México ha carecido de dinamismo, resultando inminente su actualización para que continúe cumpliendo su finalidad social frente a las circunstancias actuales.

Enza Pellecchia, en su investigación, pone en relieve cómo la crisis económica y el crecimiento del endeudamiento se ha transformado de un problema individual a uno de tipo social y ha llevado a retomar el antiguo tema del tratamiento diferenciado de la insolvencia civil y de la insolvencia comercial. Un papel central está dedicado a la Ley N. 3/2012, con la cual el legislador italiano ha introducido nuevas reglas para la solución de la crisis de sobreendeudamiento. A partir de estas reglas –relativas a situaciones específicas–la autora trae elementos de reflexión en el ámbito del derecho general de las obligaciones, girando en torno al hecho elemental de que el principio de *pacta sunt servanda* no debe ser tan rígido como para poner en peligro las más básicas exigencias para la vida de los individuos y de la comunidad, así como de sus propias perspectivas de desarrollo.

El profesor Salomón Vargas García en su texto nos presenta cómo la crisis financiera internacional, vigente mundialmente desde septiembre de 2008, implicó la existencia de condiciones propicias, para mejorar la regulación del Derecho Comercial en México, con especial énfasis en lo relativo a obtener más información oportuna para los clientes del sistema financiero y buscar la implementación de planes para que tuviesen más elementos de identificación y ponderación de los riesgos de invertir en ciertos títulos valor que lleguen a la categoría de "valores". La necesidad de asumir medidas

legislativas, en este sentido, debió afinar la toma razonada de decisiones, haciéndose necesario ajustar las normas de aplicación directa en materia comercial, en general y en la actividad financiera, en especial.

En la indagatoria de Francesco Barachini se da un cuadro de las novedades introducidas en la legislación italiana de todos los sectores disciplinarios reconducidos al derecho comercial en dependencia de la actual crisis económica y, en particular, se reserva un amplio espacio a las reformas establecidas en el derecho concursal con referencia a los derechos previstos para hacer frente a la situación de crisis del deudor y connotando las previsiones de técnicas de gestión concursal de la propia crisis. El autor, al tiempo que expresa una valoración sustancialmente positiva de estas novedades, sin embargo, plantea algunos interrogantes sobre la adecuación del sistema italiano -de carácter sustancialmente "tripartito"- y su idoneidad para ser aplicado al deudor consumidor o al sujeto que no ejerce actividades de empresa.

Como conclusión y pesar de la variedad de las perspectivas y de la diversidad de las épocas, se capturan algunos elementos comunes, destinados a componer un hilo conductor que pasa entre los ensayos y, en una cierta medida, los conecta entre sí: los orígenes financieros y crediticios de muchas crisis, el aumento de las presiones fiscales y la reducción del endeudamiento público como instrumentos para remediarlos, la atenuación del régimen en materia de insolvencia y la búsqueda de un equilibrio entre las medidas que deben adoptarse y las inevitables tensiones sociales que de ello derivan, la afirmación de la centralidad del individuo y de sus derechos fundamentales, con la superación de una completa subordinación a las exigencias estatales.

Lo que está en juego en las crisis económicas –finalmente– es la indispensable reactivación de condiciones suficientes de bienestar, necesarias para la realización individual en la colectividad y viceversa. Lograrlo precisa del Derecho como objeto de la justicia en el sentido más amplio, de ahí la

relevancia de este libro, que abre ventanas de reflexión a tan relevante e inclusivo tema para nuestras sociedades.

Ciudades de México, Distrito Federal y Pisa, Italia, 17 de diciembre de 2014

Eber Betanzos
Rodolfo Gómez
Aldo Petrucci

Área histórica
Area storica

Breve cuadro sobre las crisis económicas y el derecho en México de la época colonial al siglo XXI

Breve quadro su crisi economiche e diritto in Messico dall' epoca coloniale al XXI secolo

Eber Betanzos
Escuela Libre de Derecho

Sumario: 1.1. Precisión de enfoque. 1.2. El tránsito económico mexicano a través de su historia. 1.3. Hacia una mirada crítica.

Resumen: La historia económica mexicana da cuenta de un permanente deseo de superación de sus crisis, mismas que encuentran en el Derecho una vía de solución necesaria, más muchas veces insuficiente. Las políticas económicas y los amplios ajustes de diseño normativo –aspectos de los que da cuenta este ensayo–, han sido muy heterogéneos y su impacto positivo en la población y en los sectores productivos, ambivalente. Ello exige que el Derecho se fortalezca como un elemento que de rumbo al amplio bienestar que el Estado debe de garantizar.

Riassunto: La storia economica del Messico riflette un desiderio permanente di superare le proprie crisi, trovando nel diritto una strada di soluzione necessaria. Le politiche economiche e gli ampi adattamenti di tipo giuridico – aspetti trattati da questo saggio – sono stati molto eterogenei e il loro impatto positivo sulla popolazione ed ambivalente sui settori produttivi. Ciò richiede al Diritto di essere rafforzato come elemento che esprima il più ampio desiderio di benessere che lo Stato dovrebbe garantire.

Palabras clave: Crisis económicas; derecho; políticas económicas; sectores productivos.

Parole chiave: Crisi economiche; diritto; politiche economiche; settori produttivi.

Como un paso necesario hacia una comprensión más integral de la evolución del Derecho y de sus instituciones en México, correlacionada con la realidad cotidiana de su sociedad, en este trabajo se traza, en forma resumida, un panorama histórico contemporáneo de la evolución económica mexicana y de sus crisis[1].

Para cumplir este propósito es necesario ubicarse en el contexto de una nación surgida hace dos centurias que, como consecuencia de una independencia obtenida por la fuerza de las armas, debió sufrir, entre otros problemas, crisis económicas. En primer lugar, éstas fueron provocadas por las rupturas de las estructuras administrativas, industriales y comerciales coloniales, así como, por la natural fuga de capitales hacia la metrópoli española y hacia mercados más estables en ese momento y, en segundo término, fueron ocasionadas por un profundo desencuentro en el proyecto de país, lo que llevó a transitar intermitentemente –sustentándose en la fuerza de múltiples revueltas armadas–, en un periodo muy breve, por tres formas de gobierno: el imperio, la república federal y la república centralista; además de dos grandes guerras de intervención –norteamericana y francesa–. Si bien al final se impuso el federalismo, las profundas diferencias políticas dejaron a su paso un proyecto económico débil, perdido en la insuficiencia de un Estado frágil.

[1]Sobre este tema puede profundizarse, entre otras lecturas, en Cárdenas Sánchez, Enrique (2003) *Cuándo se originó el atraso económico de México. La economía mexicana en el largo siglo XIX, 1780-1920.* España: Editorial Biblioteca Nueva; Cardoso, Ciro (1980) *México en el siglo XIX [1821-1910]. Historia económica y de la estructura social.* México: Nueva Imagen; Solís, Leopoldo (1976) *La realidad económica mexicana, retrovisión y perspectivas* México: Siglo XXI y López Rosado, Diego (1972) *Historia del pensamiento económico de México.* México: UNAM.

Esta situación recuperaría su camino durante la segunda mitad del Porfiriato, para sufrir un profundo impacto de desajuste con la llegada de la Revolución Mexicana, hasta estabilizarse parcialmente durante la primera mitad del siglo XX, y nuevamente, verse conmocionada con la llegada de las recurrentes crisis económicas de fin de siglo –en la coyuntura de la globalización– y el escaso crecimiento que distingue a la economía de nuestros días. El resultado es una persistente desigualdad.

1.1. Precisión de enfoque

Cabe comentar que la referencia que ahora se plantea obedece a un planteamiento histórico económico-jurídico. En este plano debe reconocerse que se está ante una postura reciente como ciencia independiente y como esfera de interés específico, siendo que inicialmente, la preocupación por los temas económicos se ligó al deseo de conocer un país, sus recursos y posibilidades[2].

Debe también señalarse que analizar el devenir económico bajo el tamiz del paso del tiempo en una determinada sociedad, permite abordar el estudio del sistema socio-económico de modo estructurado para identificar los modos de producción de riqueza y su reparto por parte de las sociedades humanas.

En este escenario se observará históricamente a la actividad económica del Estado, integrada por el problema de la administración estatal de los ingresos y de los gastos (finanzas), la administración de todos los sectores que intervienen en el mercado como propietarios o gestores de los medios de producción; así como el papel del gobierno como regulador de la actividad económica.

[2]Kula, Witold (1977) *Problemas y Métodos de la Historia Económica.* España: Península, pp. 12 y 13.

1.2. El tránsito económico mexicano a través de su historia

Durante el periódico histórico previo a la independencia mexicana, se estableció una élite española económicamente próspera y una clase criolla descontenta, que convivía con una población indígena y mestiza que no se caracterizó nunca por llevar las mejores condiciones de vida y que, pesar de estar insertos en una economía relativamente estable en los tres siglos coloniales, debió superar graves momentos en términos de abasto de productos básicos, provocado –en general– por desastres naturales que arruinaban las cosechas. Fue el caso de los años 1785 a 1787[3] en donde se sufrió una profunda crisis alimentaria –que cobró mas de 300,000 muertos[4]– provocada por una pésima cosecha[5] –lo que impactó directamente en la ganadería– y en el encarecimiento excesivo de los pocos alimentos circulantes. La crisis se agravó por la reducción de personal especializado y de mano de obra en las ramas de la industria y de una inesperada migración del campo a la ciudad.

[3]Concretamente el año 1785-1786 ha sido denominado "el año del hambre". Robinson, David, "1999 1785-1786, El 'Año De Hambre' ". En: *Revista CyTA*. Conferencia realizada en el Primer Encuentro Internacional Humboldt. Buenos Aires - Noviembre de 1999. Vol. 4, Nº. 22, 2005. Buenos Aires: CyTA Editorial. En esta ocasión el desastre agrícola fue provocado por una profunda sequía, a la que siguió una helada, situaciones que afectaron principalmente a las regiones centrales de México pero que también tuvieron eco en regiones vecinas. A ello se sumaron desafortunadas decisiones del gobierno virreinal para evitar la acaparación de cereales y la escalada irracional de los precios de los alimentos. Además debió sufrirse una profunda crisis de salud pública.

[4]Ramos Gamiño. Félix (2013) *Maíz, trigo y arroz. Los cereales que alimentan al mundo*. México: UANL, pp. 19 y 20. Otros cálculos cifran los muertos en 500,000 personas. *Ibid*. El volumen de los muertos impactó gravemente en la población, que para 1808 alcanzó los 6.5 millones de habitantes. Humbold, Alejandro de (2004) *Cartas americanas*. Caracas: Biblioteca Ayacucho.

[5]Téngase en cuenta la importancia del maíz, la calabaza y el frijol en la dieta del mexicano. Los tres productos tradicionalmente se cultivan juntos.

Ahora bien, a principios del siglo XIX y, en el contexto de la invasión napoleónica a España de 1808, los virreinatos hispánicos habían comenzado a poner en duda su pertenencia a la Corona, sin que ello implicara inicialmente el desconocimiento del Rey de España. Téngase en cuenta que ya se habían presentado descontentos previos en virtud de las reformas borbónicas, las cuales reagruparon a la organización institucional de las provincias de ultramar y cambiado la distribución de los beneficios del comercio, así como incrementado las medidas económicas concentradoras, tales como la ampliación del monopolio del tabaco y de la administración directa de la alcabala –impuesto sobre el comercio-, que en el caso de las colonias americanas se pagaba en mayor proporción que en España.

Los vientos de insurgencia acontecieron en una etapa recesiva de las principales actividades económicas de la Nueva España. La minería –a pesar de que por ejemplo México hasta 1800 produjo cada año el 60% de la plata mundial– comenzaba a dar señales de debilitamiento y, con ella, la de otras actividades ligadas al desarrollo económico, tales como la agricultura y la ganadería. Ello sucedía en un escenario en que la metrópoli buscaba que las provincias americanas fueran productoras de materias primas para España, quien se encargaría luego de procesarlas y vendérselas nuevamente. De este modo, cuando el control imperial se reafirmó con las reformas borbónicas, que veían en la dependencia económica una forma de unión política, se comenzó a vivir una situación de provocación a la ya afectada forma de vida americana, lo cual, en buena medida, favoreció el ambiente que llevó a la insurgencia[6].

El 16 de septiembre de 1810 comenzó la gesta independentista mexicana que culminaría con la victoria trigarante el 27 de septiembre de 1821. Como consecuencia de

[6]Lynch, John (1985) *Las revoluciones hispanoamericanas, 1808 – 1826*. España: Ariel, pp. 214 a 216.

la guerra y la negativa de España a reconocer la independencia la situación económica que debieron afrontar sus primeros gobiernos, tanto el imperial de Agustín de Iturbide –que sufrió la separación de Centroamérica–, como el republicano de Guadalupe Victoria, Vicente Guerrero –a quien tocó enfrentar un intento fallido de reconquista española– y de sus sucesores, fue difícil. La escasa industria estaba abandonada y en algunos rubros destruida, la agricultura alcanzaba niveles de subsistencia, el comercio estaba afectado por la desconfianza de los inversionistas nacionales y extranjeros, las deudas aumentaban constantemente, ante una creciente burocracia –que en los primeros años llegó a consumir la mitad del presupuesto estatal– y, la hacienda pública era incapaz de generar los recursos demandados por la nación[7], lo que llevaba a amplios déficits presupuestarios –lo cual limitaba los recursos para el desarrollo económico–. Este proceso, prolongado hasta bien entrado el siglo XIX, dificultó la recuperación de industrias clave como la minería y el repunte de actividades centrales para la economía como el intercambio comercial de los principales puertos de la época: Acapulco, Manzanillo, Veracruz y Tampico.

Además, se produjo una primera migración de capitales españoles los cuales salían rápidamente del territorio nacional. La Iglesia –institución que por la acumulación de riqueza que concentraba podría en su caso apoyar al rescate de las finanzas estatales e impulsar planes productivos– se encontraba también afectada por los recurrentes préstamos –muchos de ellos forzados– que ya había tenido que otorgar en los tiempos de la lucha insurgente y que, en muchas ocasiones, no pudo recuperar. También afectaba la reciente libertad de comercio originada por la apertura de las fronteras nacionales a mercaderías de todas las naciones que entablaran relaciones con México y ya no sólo las que provinieran a través de la metrópoli, lo que provocó una

[7]Leal, Juan Felipe (1979) *Formación del Estado Mexicano, la Burguesía y el Estado Mexicano*. México: Ediciones El Caballito, p. 52.

irrupción no prevista de productos extranjeros, apretando la delicada situación de las pequeñas industrias locales.

A la par de estos acontecimientos en los conflictos políticos que se desataron al interior de la República, se establecieron diversas tendencias: los que deseaban monopolizar el comercio interno e internacional desde un centro nacional y los que propugnaban por una distribución local, así como también de los que amparaban a los diversos sectores de la economía: agrícola, industrial y minera. Para favorecer las distintas tendencias, se buscaría el establecimiento de protecciones arancelarias y se dictarían medidas protectoras de determinados gremios. Ante la salida de los españoles del control comercial portuario, ingresaron los ingleses y los norteamericanos. Luego, considerando el declive de la Iglesia como poseedor de tierras, surgieron múltiples terratenientes, situación que resultó en una serie de conflictos a mediano y largo plazo. El resultado de ello fue el desorden económico[8]. A estos elementos se sumó la debilidad del sistema de transporte nacional con caminos en malas condiciones, además de peligrosos, lo que encarecía los costos de transporte al considerar el riesgo, en los cuales los intercambios se desarrollaban lentamente a través del lomo de mulas y carrozas en lugar de ferrocarriles, [9] como ocurría en los países industrializados, máxime que los ríos mexicanos no son navegables.

La solución adoptada por el gobierno nacional se desarrolló a través de dos mecanismos: la deuda pública –interna y externa– y la imposición arancelaria a productos de importación y exportación[10]. No obstante, los resultados no fueron los más óptimos, ya que la deuda creció sin control

[8]*Op.Cit.*, p. 53.

[9]Fue hasta 1837 cuando se otorgó la primera concesión ferroviaria que uniría a la ciudad de México con Veracruz. Esta fue rescindida posteriormente, lo que produjo que para el año de 1860 únicamente se contara con 24 kilómetros de vías férreas utilizables. Leal, *Op. Cit.* p. 58.

[10] Leal, J.F. *Op.Cit.*, p. 59.

racional[11] y la política aduanal terminó afectando a los propios empresarios mexicanos. Los impuestos recuperados en las aduanas para las mercaderías entrantes al país se vieron también afectadas por la toma de estos destinos, particularmente los portuarios, por parte de los múltiples movimientos rebeldes que surgieron en los primeros años de vida como nación independiente o por las invasiones extranjeras. En este escenario, México establece un imperio y luego una primera constitución federalista: la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 4 de octubre de 1824.

En 1830, bajo la mano de Lucas Alamán, se introdujo en el país un proyecto económico de corte conservador, destinado a reactivar la economía mediante el impulso a la agricultura y el apoyo a la industrialización, a través de la participación estatal mediante el novel Banco de Avío[12]. A pesar de que los resultados no fueron del todo exitosos, sí se reconoció la importancia de que el Estado asumiera, mediante instituciones financieras propias, las funciones de promoción de la Industria en todo el país, con recursos para invertir en la compra de maquinaria y la difusión de los conocimientos técnicos y para la formación de estadística[13] que permitiera aplicar sus hallazgos

[11]En 1821 era de 300 mil pesos; en 1831 de 34 millones de pesos; en 1836 de 46 millones; para 1846 alcanzó los 51 millones de pesos; en 1863 rondó los 65 millones; en 1890 llegó a 126.9 millones, para 1910 rondó 587 millones de pesos. Bazant, Jan (1981) *Historia de la deuda externa de México. 1823-1946.* México: Colegio de México, p.198. En 1952 disminuyó a 346 millones, para elevarse en 1958 a 602 millones; en 1964 pasó a 1,724 millones; para 1970 alcanzó 6000 millones. En 1976 llegó a 20,000 millones de pesos. Para 1982 alcanzó los 70,000 millones; en 1988 pasó a 81,000 millones; para 1994 77,000 millones; en el 2000 77,000 millones; en el 2006 73,000 millones. Actualmente la deuda externa mexicana es de 127,000 millones de pesos. *Deuda externa y banca transnacional en México 1970-1986* y datos recuperados de Banco de México, Secretaría de Hacienda y Banco de Información Económica del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI)

[12]Subsistió hasta 1842, cuando fue cerrado por el entonces presidente Antonio López de Santa Anna.

[13] Leal, J.F, *Op.Cit* p. 61

al desarrollo económico del país. El proyecto no alcanzó los resultados esperados, ya que la incertidumbre política impidió conformar un proyecto político-económico estable. A ello se sumaron terribles guerras en la frontera norte, comenzadas por la guerra de independencia de Texas (1836) y la guerra con los Estados Unidos de América (1846-1848), conflictos que costaron al país la pérdida de más de la mitad de su territorio, incluyendo la particularmente rica en recursos naturales Alta California.

Por otro lado, en el México Independiente, se vivió una amplia sucesión de cambios en la forma de gobierno, definidos en las distintas constituciones, que llevaron a proyectos estatales en un proceso renovado de *tabula* rasa. Así se aplicaron, durante el siglo XIX, el Acta de Independencia del Imperio Mexicano[14], la ya referida Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, de corte federal–, las Leyes Constitucionales de 1836[15] –centralistas–, las Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1843[16] –también de tipo central–, el Acta Constitutiva y de Reformas de 1847[17] –federal–, y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1857[18] –federal–.

Así para 1855, ya restaurada la visión federativa del gobierno, se impulsaron legislaciones dirigidas a reencauzar el rumbo de la economía y la política, como fue la desamortización de los bienes del clero por parte de la Ley Lerdo[19]. Nuevamente los efectos esperados fueron contrarios a lo planeado, pues en este caso, llevaron al surgimiento de grandes terratenientes –

[14]De 28 de septiembre de 1821

[15]Publicadas el 30 de diciembre de 1836.

[16]De 14 de junio de 1843.

[17]Publicada el 28 de mayo de 1847. Con base en ella recobró su vigencia la Constitución de 1824.

[18]De 5 de febrero de 1857.

[19] Su nombre completo es Ley de Desamortización de las Fincas Rústicas y Urbanas de las Corporaciones Civiles y Religiosas de México. Fue expedida el 25 de junio de 1856

quienes se apropiaron de extensiones de tierras que se mantenían productivas a costa de los antiguos propietarios– y de latifundistas, quienes no contentos con apropiarse de importantes espacios cultivables, mantuvieron ociosos sus terrenos. A la par de ello continuó la erosión del poder financiero de la Iglesia, afectando su función social histórica como acreedor de la industria, el comercio y el gobierno.

El periodo que transcurrió entre 1857 y 1860 fue convulso por el estallido de la Guerra de Reforma, en donde el grupo liberal sustentaba el programa contenido en la Constitución de 1857 y el conservador se resistía a sus postulados en *pro* de un gobierno central. En esa coyuntura, de amplios desacuerdos políticos, no fue complicado que el Imperio Francés, con la simpatía de otras monarquías europeas, impulsara una aventura imperial en México[20], la cual, además de la convulsión política agravó la situación económica.

Hasta su verdadera consolidación como una nación independiente, en 1867[21], el país no había encontrado espacios para desarrollar una vida económica que ofreciera estabilidad a los inversionistas internos y extranjeros, existiendo únicamente esporádicos intentos por levantar industrias productivas, las cuales terminaban fungiendo como espacios de subsistencia. Las escasas bases que comenzaron a tejerse en la última parte del gobierno de Benito Juárez (hasta 1872) y en la posterior presidencia de Sebastián Lerdo de Tejada (1872-1876), permitirían al proyecto político y económico del General Porfirio Díaz (1876-1888) poder, finalmente, estabilizar en ambos rubros al país, si bien el costo social fue mayúsculo.

Es el momento de hacer un apunte sobre el siglo XIX desde el siglo XX, bajo un sector del discurso oficial contemporáneo se ha promovido que el desarrollo económico de México inició en la década de los cuarentas, con el impulso del

[20] A través de la imposición de Maximiliano I de México.

[21] El 19 de junio de 1867 es fusilado Maximiliano de Habsburgo eliminándose todo riesgo de un gobierno alterno al republicano encabezado por Juárez.

general Lázaro Cárdenas, resaltándose en ello el avance que significó la Revolución Mexicana para estos efectos, concentrándose la idea de progreso con base en los logros de la Independencia, la Reforma y la Revolución y colocándose al Porfiriato como una etapa obscura. Ello soslaya que en términos de desarrollo social y económico tanto el Porfiriato como la Revolución forman parte del mismo proyecto histórico: el desarrollo del capitalismo[22], además de que fue precisamente el gobierno del general Díaz el que permitió sentar los elementos que hicieron posible el desarrollo económico de México dentro de este sistema.

El periodo porfirista enarboló como una de sus banderas de legitimidad la idea positivista de orden y paz social. En términos económicos ello se concretó en la misión de crear las condiciones mínimas para que el capital nacional y el extranjero pusieran en marcha proyectos productivos de corte industrial y para que las pequeñas y medianasempresa pudieran hacer rentables sus inversiones. Al país, mientras tanto, se le dotó de la necesaria red de infraestructura ferrocarrilera[23]. También se renovaron sus puertos y se realizaron reformas legislativas necesarias para la apertura comercial del país. Estas medidas alentaron el desarrollo económico y produjeron nuevas fuentes de trabajo.

El crecimiento fue notable. Entre 1877 y 1910 el Producto Interno Bruto creció en forma sostenida un promedio anual de 2.1% y la inversión se incrementó anualmente en 3.6% promedio. Esta situación fue posible a través del estímulo de la inversión en infraestructura industrial y de transporte, así como por el ingreso de capitales de inversión, en parte modificados por la reducción de los impuestos al comercio interno. En este panorama, se hizo una protección arancelaria compatible con la industrialización del sector de bienes de consumo y la

[22] Córdoba, Arnaldo (1973) *Ideología de la Revolución Mexicana.* México: Era p. 15.

[23] Aumentándose en 50,000 kilómetros.

disminución de aranceles. La inversión extranjera pasó de 110 millones de pesos en 1884 a 3,400 en 1910, misma que se canalizó, en una tercera parte, a la inversión en infraestructura del ferrocarril y en una cuarta parte a la minería. La población en tanto creció, entre 1877 y 1911, al 0.6 por ciento –engrosándose la población económicamente activa–, mientras que el ingreso nacional pasó de 50 millones a 100 millones de pesos. En esta época el ingreso per cápita alcanzaría un ritmo de crecimiento del 5.1% entre 1893 y 1907[24].

El gobierno porfirista se trazó como una de sus metas, lograr el desarrollo económico de México, atrayendo al capital extranjero y fortaleciendo los medios a disposición del Estado en un ambiente de paz, estabilidad, seguridad y prosperidad de las inversiones. No obstante, la construcción del devenir de estas etapas no estuvo exenta de crisis económicas –en 1900 hubo una amplia depreciación de la plata, provocada por el ingreso de Estado Unidos de América al patrón oro[25] y una profunda crisis agrícola ante una sequía, iniciada en 1900 y agravada en 1907, que generó drásticos aumentos de precios en insumos básicos como el maíz y el frijol[26], situaciones que, además del golpe de sus efectos para la economía de la población, también impactaron negativamente a la balanza comercial y al sistema bancario– y tuvo como principal costo la profundización del

[24] Aguilar Camín, Héctor y Lorenzo Meyer (1989) *A la sombra de la Revolución Mexicana.* México: Cal y Arena, México, pp. 12 y 13

[25] Ya antes otros países habían tomado este camino: Inglaterra, Holanda, Bélgica, Francia, Alemania, Suiza, Finlandia y Escandinava (1878), Rumania (1890), Rusia y Japón (1897). El primer americano en seguir esta ruta fue Perú (1901). México abandonó el patrón plata para adoptar al oro en 1905. Romero Sotelo, María Eugenia. En: "El debate sobre la reforma monetaria en 1905 en México", *Iberoamericana,* VIII, 29 (2008), Madrid: Editorial Iberoamericana-Vervuert, p. 64. La predilección del oro por la plata afectó gravemente a México pues nuestro país había adquirido fama mundial por la calidad de su plata, lo cual prestigiaba a su peso de plata.

[26] Esta situación se mostró en una reducción del consumo interno de estos productos –que debían ser importados–, afectando gravemente la calidad de vida de la población.

atraso de la mayoría de la nación, quien debió cargar el peso de la expansión económica, además de sortear problemas inflacionarios, el desarrollo de poblaciones flotantes, desequilibrios en el costo de la tierra y amplios desajustes en la distribución de la riqueza[27].

Porfirio Díaz buscó conciliarse con sus detractores políticos, otorgándoles cuotas de poder, fenómeno que en el mediano plazo daría lugar a la formación de una clase dominante integrada por ellos, los terratenientes de la desamortización de bienes del clero, los industriales, los comerciantes y los banqueros, además de los cada vez más numerosos inversionistas extranjeros. Ante estos grupos empoderados contrastaba el sector artesano, campesino y de trabajadores, siendo además que el desarrollo se acompañó del crecimiento del fenómeno urbano[28], lo que generó situaciones de desequilibrio distributivo en las nuevas poblaciones con los cinturones de miseria que comenzaron a formarse. Estos desequilibrios provocaron, al final del siglo XIX, los primeros descontentos sociales, con huelgas obreras como las de Cananea, Sonora[29] (1906) y Río Blanco, Veracruz[30] (1907). Estos síntomas se acendrarían en el temprano siglo XX, al lado de la efervescencia política que apuntaba a un cambio de régimen, el cual ocurrió en 1911. No obstante, la caída de Díaz representó la orfandad de liderazgo[31] y el curso de una revolución de la que se conoció su inició en 1910, pero no cuando terminó de surtir efectos.

Emergió en este conflicto la figura de Francisco I. Madero y luego cayó, producto de la rebelión de los caudillos

[27] *Ibid.*

[28] *Ibid.* pp. 18 y 19.

[29] Emplazada en contra de la empresa norteamericana *Cananea Consolidated Copper Company.*

[30] Emplazada en contra de la Fábrica de Hilados y Tejidos Río Blanco.

[31] Córdoba, A, *Óp. Cit.* pp. 17 y 18.

revolucionarios[32] y el cuestionable asenso a la presidencia de Victoriano Huerta[33]. Se inició así un nuevo proceso en donde el antiporfirismo pasó a segundo término –si es que alguna vez realmente lo hubo– y las demandas sociales fueron enarboladas como el verdadero emblema de lucha política. Vendrían Venustiano Carranza, Francisco Villa y Emiliano Zapata a fungir como protagonistas ideológicos y militares del destino nacional. Carranza se impondría y establecería un nuevo régimen constitucional, trazando nuevas rutas para la rectoría económica del Estado. Luego vendrían nuevos caudillos como Álvaro Obregón y Plutarco Elías Calles.

Como se ha comentado, para 1916, el régimen de Venustiano Carranza prevaleció sobre los otros caudillos revolucionarios y rápidamente buscó contar con un fuerte soporte jurídico que sustentara su proyecto de gobierno. El instrumento necesario apuntó a la Constitución de 1857, la cual se decidió reformar, promulgándose la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917.

La Constitución de 1917 reconoció la propiedad privada. También estableció una economía de libre empresa[34] y declaró para el Estado mexicano, los derechos de explotación sobre bienes como el petróleo y los minerales. En sus disposiciones buscaría la reducción del control del hacendado en el México rural, restableciendo la propiedad de las tiras colectivas y diseñando un programa de reparto agrario. Establecería, además, la prohibición de los monopolios, los privilegios especiales y las exenciones de impuestos, además de las restricciones a la actividad política y de propiedad de la iglesia[35]. Contemplaría

[32]Emiliano Zapata y Pascual Orozco, principalmente. La figura de Villa se mantuvo un tanto al margen del conflicto.

[33]Al ser señalado como uno de los autores intelectuales de la renuncia –y posterior asesinato– del Presidente y el Vicepresidente en turno, lo que allanó el camino para motivar el mecanismo de suplencia presidencial que lo llevó a la primera magistratura.

[34]*Ibid* p. 27.

[35] Vernon, 1969, p. 81.

también provisiones en materia de trabajo estableciendo previsiones modernas –para la época– como el establecimiento de jornadas de trabajo de 8 horas, protección contra el despido y el cierre del centro de trabajo, el reconocimiento de los derechos de organización y de huelga, la participación de los trabajadores en el reparto de utilidades, el requerimiento a las empresas para que proporcionaran escuelas, alojamientos, enfermerías y servicios, además del arbitraje del Estado en las disputas laborales.

El cambio político que México vivió en estos tiempos representó la prevalencia de una línea de gobierno cuyo objetivo era satisfacer ideológicamente las demandas sociales de las clases populares mexicanas que lucharon en la Revolución[36]; valiéndose para ello de un sistema económico paternalista, desarrollado con un modelo capitalista fundado en la propiedad privada –como forma específica de apropiación de los bienes materiales– con un control estatal de propiedad originaria declarada[37].

Ahora bien, el proceso revolucionario; caído Carranza, llevada la transición con Adolfo de la Huerta, y encumbrados sucesivamente los liderazgos de Álvaro Obregón y Plutarco Elías Calles, conduciría a un programa de reparto de la tierra –a través del ejido, figura jurídica agraria de propiedad comunal–, la reorientación del gasto público y el desarrollo de nueva infraestructura de orden carretero, por encima del tradicional ferrocarril. Este tránsito estaría marcado por la extensión de un amplio proceso de industrialización nacional, apoyado por la Posguerra que dejó la Primera Guerra Mundial, el cual permitió el fortalecimiento de actividades manufactureras y el impulso al desarrollo urbano e industrial, la inversión en desarrollo social, la asunción del proteccionismo, el alto crecimiento de la industria manufacturera y del crecimiento urbano.

[36]Dejando a caudillos como Zapata y Villa, contrarios a Carranza, con pocos elementos programáticos que enarbolar.

[37]*Ibid* p. 34

Se vivieron todavía momentos difíciles en términos de estabilidad política y económica interna, en razón de la Guerra Cristera (1926-1928), el asesinato del presidente electo Obregón (1928), la consolidación del Maximato[38], así como la crisis económica mundiales de 1929 –la cual condujo a un fuerte descenso de las exportaciones nacionales entre 1929 a 1933, la crisis de los metales y la devaluación del peso, si bien posteriormente se ajustó la balanza comercial mexicana–y el inicio de los procesos de integración regional.

Ello no impidió, ya en los tiempos del cardenismo y roto el cordón del callismo, que una vez superados los problemas geopolíticos, se reorganizara el mercado nacional, de modo que el crecimiento y el fortalecimiento de la industria fueran resultado de la capacidad de satisfacer la demanda de bienes de consumo por parte del Estado a los industriales, pero en una faceta controlada[39]. Se buscó así que la inversión extranjera se caracterizara por la inviolabilidad de la soberanía nacional y el reconocimiento a los derechos adquiridos legítimamente en nuestro país[40]. Esta posición suscitaría conflictos especialmente en cuanto a la declaración de la propiedad originaria de la nación, incluyendo en ella los bienes del subsuelo como el petróleo.

Bajo las bases anteriores, en el periodo de 1910 a 1940 se desarrollaron las condiciones para definir un nuevo papel estatal[41]. En ese contexto se estableció no sólo una Constitución de orientación social, sino también se dio inicio el régimen de partido único a través del Partido Nacional Revolucionario, luego Partido de la Revolución Mexicana y finalmente al Partido Revolucionario Institucional, plataforma desde la que operó, con

[38]Periodo ubicado entre 1928 y 1934 en el cual a pesar de no ser el Presidente en turno, el poder se concentraba en el ex presidente Plutarco Elías Calles.
[39]Córdoba, A, *Óp. Cit.* p. 318.
[40]*Ibíd.* p. 296.
[41]Vernon, Raymundo (1969) *La revolución y su secuela, 1910-1940.* México: s/e, p. 77

el apoyo de los diferentes sectores que en él se integraron, el renacimiento de la economía nacional.

Lázaro Cárdenas impulsó la idea de contar con un Plan Sexenal el cual fomentara a la industrialización, buscando con ello generar condiciones económicas de mayor solidez para el país, en especial para los sectores más débiles[42]. Por ello se impulsó a la pequeña empresa a través de la generación de fuentes de crédito que estimularan el proceso de industrialización nacional, comenzándose a establecer en el norte del país una importante zona maquiladora[43]. La disponibilidad de bienes de inversión se centró en la maquinaria y el equipo industrial, lo que derivó en aumentos de demandas de energías.

Además se fomentaron los programas de reforma agraria y se subrayó la idea de propiedad nacional de los hidrocarburos, como establecía la Constitución de 1917. Sobre este último punto, si bien se habían reconocido a las compañías petroleras extranjeras derechos adquiridos sobre la explotación de los hidrocarburos que estuvieren ya en explotación, derivado de un conflicto de índole laboral, el cual fue resuelto por la Cuarta Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y ante la negativa al cumplimiento por parte de las compañías petroleras, se expropió la industria petrolera. Ello ocurrió el 18 de marzo de 1938, dándose un impulso sin precedentes a la economía nacional.

Cabe comentar que, en la primera mitad del siglo XX, las condiciones sociales y económicas nacionales se encontraban en transformación. Así entre 1910 y 1940 la población creció en un 30%, si bien en las áreas rurales ello alcanzó el 56%[44]. A pesar de que comenzó a vivirse una fuerte migración del campo a la ciudad, lo que derivó en el descenso de la capacidad productiva de este sector –lo que buscaba paliarse a través del fomento del

[42]*Ibíd.* p. 89.
[43]La cual subsiste hasta nuestros días, ya consolidada.
[44]*Ibíd.* p. 95

ejido–, además de constantes presiones económicas, se mantuvo una participación relevante del sector agrícola en la economía. Por otra parte, el analfabetismo, a través de la intensificación de campañas educativas, disminuyó, lo cual repercutiría en la calidad y la diversidad de la mano de obra nacional.

En el caso de los sectores económicos se produjeron contracciones en el contexto de los efectos de la crisis económica de 1929, tal es el caso de la industria minera. Hubo en otros sectores ascensos, como fue en la actividad manufacturera y en la industria textil.

Debe apuntarse que, en lo que corresponde al cardenismo, este modelo ofreció un programa de obras públicas que estimuló la demanda interna a través del aumento del gasto público y ofreció esquemas de empleo temporal como mecanismo reactivador de la economía[45]. Estas medidas ayudaron a dotar de una nueva faceta a la economía, a lo cual se sumó la situación de la Segunda Guerra Mundial y luego la Postguerra, generando buenas condiciones para las exportaciones mexicanas y el desarrollo industrial.

Los gobiernos siguientes, hasta la fecha, consolidaron la adopción del modelo capitalista. En este escenario se puso énfasis en el impulso de la pequeña y de la mediana empresa nacional, generándose además una industrialización amplia, motivada, en parte, por la apertura nacional al acceso de capitales extranjeros.

En particular, el periodo económico comprendido entre 1940 y 1954 –ocurrido bajo las presidencias de Manuel Ávila Camacho y Miguel Alemán Valdés–, conformó el modelo de Estado Promotor, en donde se adoptó la intervención estatal como fenómeno de fomento económico a gran escala a través de la promoción de la inversión y la industrialización, estimulando con ello la expansión del mercado interno.

En este periodo el gasto público tendría por prioridad el fomento económico, en su faceta de gasto de inversión,

[45] *Ibíd.* pp. 102 y 103.

dejándose a segundo plano el gasto social. También se extendió la red carretera, la cual pasó de casi 10 mil kilómetros en 1940 a más de 26 mil en 1954. Tuvo que ver en este fenómeno el creciente aumento de vehículos y la condición mexicana de productor de hidrocarburos. El gasto público se vería también beneficiado por el incremento de la generación de petróleo (creció de 5,800 a 10,300 millones de barriles entre 1940-1954), lo que permitió contar con mayores recursos para la inversión pública, mismo que fue orientado a la sustitución progresiva de manufacturas importadas[46].

Como efecto positivo de esta época económica se logró el crecimiento del Producto Interno Bruto en un 6% anual promedio, si bien el ingreso per cápita no alcanzó los mismos niveles de crecimiento. En este marco se dio el crecimiento de las exportaciones, que pasaron de 94 millones de dólares en 1940 a 616 millones en 1954, si bien principalmente dirigidas al mercado norteamericano. Además, considerando el bajo costo del peso mexicano, en comparación con otras divisas, las importaciones también aumentaron, pasando de 232 a 789 millones de dólares. A ello se sumó la llegada de recursos a través de las remesas que enviaron las primeras oleadas de migrantes mexicanos en los Estados Unidos de América, las cuales crecerían año con año.

Aumentaría también la inversión extranjera directa y acumulada en México –dirigida en ese momento principalmente a la industria manufacturera–, la cual pasó de 449 millones de dólares en 1940 a 834 millones de dólares en 1954, no obstante ésta se encontraba acotada jurídicamente a que los nacionales participaran, cuando menos, con 51% en el capital social y a que la mayoría de los socios administradores fuesen mexicanos. A pesar de estos indicadores positivos, también debieron afrontarse dificultades. Durante el periodo comprendido entre 1939 y 1945 hubo altas presiones inflacionarias, lo que se reflejó

[46] Tello, Carlos (2007) *Estado y desarrollo económico: México 1920–2006*. México: Facultad de Economía. UNAM pp. 255-299.

en un costo de la vida más elevado y la irrupción de importaciones de alto costo[47] que causaron desequilibrios en la economía.

En el tránsito de los gobiernos de Adolfo Ruíz Cortines y Adolfo López Mateos se tejería un corto periodo de transición al desarrollo oligopólico (1955-1961) en el cual aparecerían capitales transnacionales y se generarían esquemas de consumo duradero por encima de manufacturas ligeras. Esta etapa estaría sustentada en el marco del modelo del llamado "desarrollo estabilizador" –en el cual se postula que la llave del crecimiento económico nacional se encuentra en que la economía interna se desenvuelva con estabilidad–. El énfasis económico se dirigiría entonces a lograr un incremento económico estable, aumentando el volumen de participación privada, acompañado de fuerte inversión estatal en infraestructura y en la participación de las empresas públicas.

Ante los obstáculos como la devaluación del peso y el hecho de que la tasa media anual de incremento de precios había superado la del producto interno bruto real, a partir de 1959, la situación se revirtió mediante el influjo del Modelo de Desarrollo Estabilizador [48], el cual buscaba "acelerar selectivamente el gasto y tomar simultáneamente medidas apropiadas para encauzar los efectos estabilizadores del crecimiento" [49], considerando que el desarrollo económico consistía "en el aumento sostenido del volumen de la producción por hombre ocupado"[50].

Bajo este modelo económico se descartó la generación de ahorro inflacionario forzoso buscando el aumento sostenido del volumen de producción, fomentando que el ahorro existente –tomando en consideración las tasas de propensión media a ahorrar de la población– se usaran en actividades productivas;

[47] *Ibid.*

[48] Ortiz Mena, Antonio (1998) *El desarrollo estabilizador: reflexiones sobre una época.* México: FCE p. 366.

[49] *Ibid* p. 368.

[50] *Ibid.*

proponiendo además se establecieran tasas de interés atractivas y se eximieran los rendimientos de valores de renta fija. Con ello se buscó transferir el ahorro, de donde se genera a donde se utiliza.

Por otra parte, en cuanto al ejercicio del gasto público, se dirigió el déficit público, determinado por la expansión del gasto corriente, a la inversión social, a la inversión productiva, a la generación de infraestructura básica y al reforzamiento de la participación activa del Estado en la economía, sin que ello derivara en un riesgo inflacionario, ya que tendría por fuente recursos reales, internos y externos obtenidos por transferencias al gobierno, por el encaje legal, las contribuciones y derechos, e inclusive, mediante la administración de la deuda pública. La apuesta económica consistiría en elevar la capacidad de endeudamiento para aumentar la infraestructura económica nacional.

Bajo este esquema la agricultura recibiría un impulso particular, eliminando gravámenes a los ejidos, fomentando las cooperativas. En cuanto a los impuestos a la exportación, con el objetivo de fomentarla, el gobierno bajó las tasas impositivas. También se promovieron las exportaciones de bienes y servicios a través del incremento de la oferta y de la productividad y se abordó la sustitución de importaciones –especialmente en bienes de consumo–, lo que se estimuló, además, a través de gravámenes arancelarios y licencias previamente seleccionadas[51].

El Modelo de Desarrollo Estabilizador mexicano pretendía lograr un equilibrio entre el volumen de bienes y servicios con la demanda, concentrándose en aspectos relativos a la producción, al lado de cambios profundos en la estructura productiva, el mejoramiento de la productividad del capital, la ocupación, el control inflacionario, el ajuste de los precios de exportación, el establecimiento de precios de garantía, la participación de los servicios, el aprovechamiento del aumento

[51] *Ibíd.*, p. 389.

de la producción de energéticos y el equilibrio de precios en el mercado interno.

Los resultados obtenidos inicialmente fueron exitosos, ya que se alcanzó un periodo de estabilidad que alcanzó, *grosso modo,* hasta el intermedio del sexenio de Gustavo Díaz Ordaz, en el cual el crecimiento económico nacional promedio alcanzó el 7%, con una baja inflación del 2.8%. Por su parte el producto interno bruto por habitante aumentó 3.6% anualmente, generándose una orientación industrial de capital duradero y la estabilidad cambiaria mediante el control del tipo de cambio. Se presentó también una relativa diversificación de la estructura industrial, máxime que el interés nacional se había centrado en sustituir importaciones por productos nacionales.

Gracias a la pujanza de desarrollo logrado en este periodo la clase media mexicana se consolidó al lado del crecimiento de la población urbana. Para 1970 alcanzó el 48.6% de la población, principalmente en los sectores citadinos, lo que no obstó para que la agricultura tuviera un leve ascenso en su capacidad productiva, aumentando en un 3.2% entre 1963 y 1971 –no obstante en términos comparativos había ya perdido el 25% de su importancia relativa en el peso económico nacional en los últimos 10 años–. También tuvo crecimiento la minería, con el 1.9%.; la industria eléctrica el 14.2% anual, la industria de la transformación el 9.3%; los servicios gubernamentales el 8.5%. El valor del comercio exterior representaría para 1970 el 20.3% del total del PIB a diferencia del 25.3% a inicios de 1960.

No obstante los anteriores indicadores positivos ocurrió una constante pérdida de la competitividad del aparato productivo, con una persistente formación de estructura de mercado oligopólica. A ello se sumó la conformación de un mercado de calidad limitado –en el contexto de la política de sustitución de importaciones, que además perdía competitividad por el efecto de las medidas proteccionistas que la rodeaban– y la existencia de precios no competitivos, además de su escaso margen de impacto en bienes secundarios. Había también un exiguo dinamismo del sector agropecuario, que se enfocó en

actividades de autoconsumo, más que en mejorar sus rendimientos y su productividad, así como la dificultad de convertirse en un sector exportador competitivo, ello en buena medida por la falta de apoyo del Estado así como del abandono de los mercados agrícolas.

Estos aspectos negativos se agravaron por la política de precios de garantía para productos básicos como el trigo, frijol y el maíz (alimentos básicos en la dieta del mexicano), los cuales frenaron los incentivos de inversión, si bien los precios de garantía sirvieron para detener las caídas de precios en algunos de sus productos[52]. Otro factor que operó en contra fue la creciente dependencia financiera del exterior, generándose con ello una diferencia cada vez más significativa entre el ahorro interno y la inversión. Había también una escasa recaudación, con el agravante de que el sector público gastaba más de lo que ingresaba. Además el sector industrial nacional se enfocó al mercado interno pero no superó sus límites de producción de bienes de consumo ni exploró otros mercados, lo que redujo sus características de competitividad interna y externa.

A pesar de que durante los primeros años de la década de los setentas, la imagen económica de México ante el exterior era de una nación privilegiada dentro de los países en desarrollo –pues estaba dotado de crecimiento económico, solidez monetaria, paz, solvencia crediticia y cierta estabilidad económica–[53], esta situación se deterioró rápidamente durante la gestión de Luis Echeverría Álvarez. Este presidente veía a la economía mexicana impulsado por el crecimiento de la industria del petróleo, la electricidad, la minería y las manufacturas, con una constante ampliación de su infraestructura carretera, de energía eléctrica, de superficies de riego, de programas sociales, además de programas de desempleo y subempleo. Sin embargo, aplicar sus propósitos era difícil; a no ser de que se diera un cambio de rumbo en la política económica, el cual no ocurrió.

---

[52]Cárdenas, E, *Óp. Cit.* pp. 56 a 85.
[53]Tello, C. *Óp. Cit.* p. 451

En contra el país había vivido tiempos de represión social que se resentían–el movimiento del 68[54] y el Jueves de Corpus[55], por citar dos casos–, además de inconvenientes económicos graves que se hacían notar en los problemas de balanza de pagos –en agravamiento constante–, así como en el debilitamiento fiscal del Estado. También la producción de bienes y servicios se había estancado, el desempleo crecía, los servicios básicos seguían retrasados[56]. Además había serios problemas sociales y de competitividad en el rubro educativo, con el 25% de analfabetismo, el 39% de la población sin acceso al agua potable, 40% de la población con vivienda en un solo cuarto, 3/4 partes de la población sin seguridad social; el 45% de los trabajadores con ingresos de menos de un salario mínimo.

En cuanto a las áreas productivas para 1970 el 60% de la superficie privada correspondía al 1% de los propietarios y menos del 5% se repartía entre el 80% de los propietarios; además de que las empresas transnacionales controlaban el 22% de la producción industrial[57]. En el caso de la industria se mantenían aranceles proteccionistas, controles cuantitativos a la importación, estímulos fiscales y tasas preferenciales, lo cual integró una industria costosa e incapaz de generar nuevos empleos.

En cuanto a los principales indicadores económicos durante el periodo 1972-1981 la economía mexicana creció a una media anual del 6.7% en términos reales y de 3.7% por habitante. Así, ante el colapso de la economía el producto decreció -0.5%, con un déficit público que pasó del 2.5% del PIB en 1971 a 14.1% en 1981 y de 16.9% en 1982, lo cual indica que el Estado cada vez gastaba más de lo que ingresaba –

[54]El 2 de octubre de 1968 se produjo una matanza de manifestantes –en su mayoría jóvenes estudiantes– en la plaza de las Tres Culturas, en Tlatelolco, ciudad de México.

[55]Nombre con el que se refiere a la matanza de estudiantes ocurrida en la ciudad de México el 10 de junio de 1971.

[56]*Ibid.* p. 454.

[57]*Ibid.* pp.457 y 458.

en parte para conservar su política social considerando sólo en 1972 el gasto público aumentó el 21.2%–.

La inflación alcanzaría un promedio de 17.9% anual, aunque para 1982 con la crisis de la deuda llegó al 92.6%, alcanzándose un déficit en cuenta corriente de la balanza de pagos de .2% en 1971 y de 6% para 1981. El comportamiento del Producto Interno Bruto se contrajo del 5.4% en 1971-975 al -0.5% en 1981. En este contexto, el sector agrícola continúo con la tendencia contractiva aportando para 1981 el 5.2% del Producto Interno Bruto, a diferencia de otros sectores que crecieron, como es el caso de la industria extractiva o los servicios. La agricultura mostraba también una tendencia constante a su desaparición del peso económico relevante.

Es en esta época cuando comenzarían a usarse el concepto de populismo económico, siendo un término asociado a la generación de bienestar para grupos minoritarios de la población, sin consideraciones del costo económico, notándose en él fines demagógicos políticos. Mediante su puesta en marcha se deriva la distribución de recursos entre los sectores menos favorecidos a partir de la financiación de gastos en sectores poco productivos con fines de promoción política, produciéndose una redistribución de ingreso de un grupo a otro. Este esquema generó y motiva aún problemas cuando ello se realiza por medio de gasto público excesivo de cuenta corriente o inversión a través de medios inadecuados, tales como imprimir dinero sin control o contratar deuda irracionalmente.

A pesar de que en el sexenio del Presidente Echeverría se ajustó ligeramente el modelo de Desarrollo Estabilizador, no ocurrieron cambios con efectos trascendentes. Si bien se establecieron como sus metas esenciales atender las carencias sociales y darle soportes más sólidos a la economía nacional ampliando la infraestructura y promoviendo la producción básica, incrementando el gasto público y continuando con el esquema de política monetaria, crediticia y fiscal restrictiva, sus resultados fueron más que limitados.

Otra problemática fue que la relación con los organismos empresariales tuvo desencuentros con la forma en que el Estado ejercía su rectoría económica. Las diferencias iniciaron en virtud de la propuesta de reformas a diversas leyes que afectaron a las empresas, que dentro de otros temas modificaba las estructuras impositivas tales como la reforma al Impuesto Sobre la Renta, para gravar los ingresos derivados de la posesión de capital, eliminando el anonimato para fines fiscales. En este contexto, en 1975 se creó el Consejo Coordinador Empresarial (CCE) que agrupó a los dirigentes de las asociaciones más importantes de empresarios, frontera desde la cual cuestionaron las políticas del gobierno, particularmente la económica, así como denunciar el "clima de inseguridad y de incertidumbre" que en opinión de ellos imperaba en el país[58], corroborado por los hechos.

En estos escenarios, el ritmo de crecimiento económico nacional se redujo, siendo para 1971 la más baja desde 1953 (con un PIB de 3.8% en comparación del 6.5% de 1970. Posteriormente entre 1972 y 1976 crecería más de 6.3%). También el gasto del sector público se contrajo, así como el gasto de inversión que disminuyó el 22% en términos reales. Adicionalmente se presentaron restricciones financieras para afrontar las dificultades económicas, así como se decidió emprender programas de estímulos a través del gasto público a la economía nacional, la promoción del desarrollo social; la incorporación de los diferentes grupos y las clases sociales a la discusión abierta y la definición de temas económicos y sociales; la creación de varias empresas de participación estatal en actividades clave de la economía; además de la implantación de reformas legales en materia económica en cuanto a los principios de la política exterior mexicana[59].

Para los últimos años del periodo de Echeverría, se vivió un proceso de especulación privada contra el peso y la dolarización que se convertía en deuda pública, además se

[58] *Ibid.* p. 520.
[59] *Ibid.* p.477.

presentó un proceso de estancamiento inflacionario, así como el establecimiento de una nueva paridad peso-dólar, rompiendo el histórico 12.50 que se mantuvo de 1955 a 1975. Vendría luego una segunda paridad, que la colocó hasta en 26.5 pesos por dólar. Estos fenómenos llevarían a la crisis económica de 1976.

El sexenio de José López Portillo se encontró con una economía debilitada, una grave crisis de deuda –quizá debida al agotamiento del desarrollo estabilizador y a las presiones de los mercados internacionales– y al estancamiento de la actividad productiva nacional, además de una gran inflación. A pesar de que, motivado por la bonanza petrolera, esta situación se revirtió en buena medida durante la primera parte de su sexenio, desembocó en una profunda crisis económica para 1982, con una notable fuga de capitales, una inflación disparada y la devaluación abrupta del peso.

A ello se sumaron crisis del exterior en oriente medio con profundos impactos en la economía nacional[60]. En este escenario ocurrió la crisis de la deuda, la cual aumentó el monto de los pagos que debería hacer el gobierno por concepto de intereses de sus créditos de deuda pública –es decir, el servicio de la deuda externa–, cerrando el acceso a la obtención de nuevos créditos a través del financiamiento internacional. También tuvo lugar la crisis del petróleo, derivada de la estrepitosa caída de los precios del crudo, antes sobrevaluado por la guerra de los seis días entre Egipto, Jordania, Irak, Siria e Israel y la revolución de Irán, la cual cortó las fuentes de divisas e ingresos fiscales ya considerados como seguros en la

[60] En un primer momento los fenómenos de crisis fueron sobrellevados por el Estado Mexicano a través del descubrimiento y explotación de yacimientos petroleros y el endeudamiento externo. Dussel Peters, Enrique (2003) "La polarización de la economía mexicana: aspectos económicos y regionales" en John Bailey, *Impactos del TLC en México y Estados Unidos: efectos subregionales del comercio y la integración económica.* México: FLACSO, Georgetown University, Miguel Ángel Porrúa Editores, p. 43.

ESCUELA LIBRE DE DERECHO
BIBLIOTECA

planificación presupuestal de los Estadosproductores de petróleo como México[61].

En este marco adverso, para buscar controlar efectos económicos negativos se elevaron los requisitos de reserva de los depósitos bancarios y se aumentaron las tasas de interés. Se sumó a ello un deterioro del balance fiscal y de la cuenta corriente y el déficit de la balanza de pagos, así como el aumento del precio del petróleo, lo que aceleró la inflación internacional. En un ambiente de sobrevaluación del peso se incrementó el déficit de la balanza de pagos y las tasas de intereses reales negativas o inferiores en relación con las que se ofertaban en mercados internacionales, lo que motivó una fuga de capitales, aumentando la brecha de ahorro e inversión y los volúmenes de deuda. Ante ello se decidió el 1 de septiembre de 1982 devaluar el peso como medida para compensar el gran desequilibrio que se vivía, estableciéndose además un tipo de cambio dual, una libre y otra controlada.

En este contexto se habló, en este fenómeno de deuda, de la aparición de la "enfermedad holandesa", la cual consiste en el aumento inesperado del ingreso nacional –particularmente de divisas–, es decir de la riqueza, que se traduce en el incremento del Producto Interno Bruto, lo que conduce a la afectación de una economía nacional a partir del aumento de moneda, pues si bien este fenómeno permite la apreciación brusca del tipo de cambio real, a la larga va a restarle competitividad al sector exportador y lo dejará sujeto a la volatilidad de la burbuja de crecimiento.

Esta situación se relacionó con el incremento de los precios del barril de petróleo, lo cual generó temporalmente una situación de bonanza en los ingresos nacionales –situación sumada a que las exportaciones petroleras representarían el 75% de las exportaciones–, la cual desafortunadamente luego llevaría

[61] Moreno-Brid, Juan Carlos y Ros, Jaime (2004) "Instituciones y desarrollo económico: la relación Estado-mercado en México desde una perspectiva histórica" en: *Revista Mexicana de Sociología*, Número especial octubre 2004 Instituto de Investigaciones Sociales México: UNAM pp. 166.

al deterioro interno, pues para las empresas el costo de los insumos aumentaría más rápido que el precio de sus productos, siendo que tenían una oferta limitada.

Los ingresos del petróleo y del endeudamiento externo serían utilizados para la importaciones de bienes que se producían en México, lo que afectaría a la industria nacional, máxime que se estimaba que el mercado petrolero internacional seguiría siendo de vendedores por lo que el precio se calculó que seguiría a la alza. No obstante, cuando el mercado del petróleo se estabilizó, los países que había recibido una importante inyección de recursos por esta vía como México, resintieron fuertemente los efectos de la caída de los precios del petróleo y la ruptura de sus previsiones de ingreso y gasto[62].

En suma, la economía mexicana creció entre 1978 a 1981 rápidamente, sin embargo la estructura jurídica tributaria continuó privilegiando a determinados sectores, lo que impidió que el crecimiento se fortaleciera con el aumento de la capacidad tributaria y su recaudación.

Se ampliaron también los ingresos de las clases productivas, lo que propició el crecimiento del mercado. Al lado se dolarizaban los depósitos de la banca –70% del total se documentaba en dólares–. En ese contexto se estableció la programación de la actividad del sector público, regidas por el concepto de desarrollo nacional planteado a través de planes sexenales. Bajo estos postulados la reforma económica buscó apoyarse en la producción de alimentos –la agricultura crecería 4.5%, entre 1977 y 1978– bajo una Alianza para la producción. El crecimiento se notó en todos los sectores. En el periodo 77-81 el crecimiento de la inversión nacional y extranjera tuvo una tasa de crecimiento de 13% anual en la inversión nacional y se multiplicó cuatro veces en la extranjera. Además crecerían la industria manufacturera, los recursos para el combate a la pobreza y la expansión de energéticos.

[62] Cárdenas, Enrique (1996) *La política económica en México, 1950–1994*, México: FCE pp. 56 a 85.

El crecimiento del PIB alcanzó en 1977 el 3.4%, en 1978 8.9% y en 1979 9.7%. El índice de precios mereció un 28.9% en 1977; 17.5% en 1978 y 18.2% en 1979. El gasto público marcó una tendencia ascendente, pasando de 30% del total del PIB en 1977 a 32.7% en 1979, con incrementos significativos en el gasto de inversión (de 7.8% a 10.3% en el periodo) y el social (de 7.8% a 8.4%), aunque ello llevaba también el aumento del déficit público, el cual pasó del -6.57% en 1977 al 7.4% en 1979 y el aumento del endeudamiento exterior. También se presentó un aumento de los ingresos tributarios, en buena parte derivado de los ingresos petroleros. El impacto en la economía y en la sociedad mexicana del incremento de los precios del petróleo observado durante el periodo 1979-1981 fue profundo en términos de calidad de vida, como también lo serían los efectos de su posterior crisis.

A partir del descubrimiento de yacimientos petroleros en México, que precedió a la Crisis del Petróleo y al aumento de los precios de los hidrocarburos, se pensó que la economía nacional entraba a una fase de seguridad en el volumen de ingreso, lo cual representaba mayores dividendos para las arcas nacionales, siendo que la actividad petrolera se perfilaba paulatinamente como un motor fundamental para la economía nacional, pues sus ingresos representaron fuente cada vez más importante del gasto público, máxime que los precios en la década de los setenta aumentaron significativamente y se descubrieron mayores reservas petroleras, lo que llevó a la decisión de aumentar la producción y considerar sus ingresos como estables en la financiación del gasto gubernamental.

En 1978 el barril costaba 17 dólares, en 1979 25 dólares y para 1981 llegaría a 34 dólares. La producción de petróleo pasó, gracias a los nuevos descubrimientos y pozos explotados, de 1.09 millones de barriles en 1978 a 2.31 millones de barriles en 1981. A la par del crecimiento de la industria de los hidrocarburos, se dio la expansión de zonas de producción petrolera en el país, acompañadas de sus industrias conexas. No

obstante la economía se volvería excesivamente dependiente del petróleo.

En cuanto al comportamiento del mercado financiero se vivía el control de una tasa de tipo de cambio fijo, en un escenario de alta contratación de deuda pública y externa, generándose un aumento sostenido del precio del dinero. Así llegaron fuertes devaluaciones del peso frente al dólar, salidas masivas de capital, que alcanzaron 20,000 millones de dólares durante el inicio de la crisis del término de sexenio de López Portillo. Posteriormente se desataron problemas de equilibrio en las balanza comercial y de pagos, por lo que el gobierno optó por una tasa de cambios dual: una para el pago del servicio de la deuda, los intereses del exterior del sector primario y las importaciones básicas y otra para el mercado libre; además de suspenderse todas las transacciones cambiarias, lo que propició una crisis sin precedentes en el sistema financiero y en la economía nacional.

Ello llevó a la idea de modernizar el sistema financiero en México. Debió superarse un sistema bancario inestable y una gran crisis económica. Fue necesario buscar respaldos para los que no se tenía apoyo. Para detener la salida de dólares del país y terminar la especulación contra el peso, se requería la participación de todos los sectores económicos nacionales y los inversionistas extranjeros. Ello no ocurrió. Los banqueros no aceptaron las políticas públicas y las amplias reformas legislativas que buscaba implantar el ejecutivo. Por tanto, en forma precipitada y errónea fue nacionalizada la banca, en septiembre de 1982, bajo un esquema que los reestructuraría pasando de 68 bancos a 19 de propiedad estatal[63].

La forma de afrontar la crisis llegó del exterior, a través de las llamadas "Reformas Estructurales", las cuales implicaron un proceso de cambio en la estructura jurídica, económica y política de las instituciones de un país. Aplicadas específicamente a la economía, se circunscribieron a las

[63]Tello, C. *Óp. Cit.* pp. 527-623.

ESCUELA LIBRE DE DERECHO
BIBLIOTECA

reformas económicas y financieras, impulsadas desde el diseño del orden jurídico nacional, que se diseñaron y aplicaron para lograr el desarrollo económico.

Cabe tomar en cuenta que históricamente, por cuestión de orden de aplicación, a las primeras reformas que se pusieron en práctica se les llamó de primera generación[64]; en oposición a un segundo momento reformador, que involucró profundos cambios institucionales, mismas a las que se les denominó de segunda generación. Las Reformas Estructurales surgieron en virtud de la insatisfacción, de las potencias industrializadas a través de los Estados Unidos de América, en los resultados alcanzados por los modelos económicos aplicados por países en desarrollo como el de sustitución de importaciones, o el desarrollo estabilizador.

El paso de un modelo económico a otro, implementado durante el sexenio de Miguel de la Madrid Hurtado, fue brusco en su ejecución –en el contexto de un escenario de crisis como el que vivía México–, como si de la velocidad de su puesta en marcha dependiera el éxito del modelo, sin ajustar a la realidad nacional el diseño y ejecución de políticas públicas que cambiarían la forma de ejercer la política económica. Se generaron situaciones económicas de emergencia, mismas que llevaron a ejercer, entre otras medidas, la devaluación del 100% del peso frente al dólar.

[64] Postulan el retiro del Estado de sus funciones económicas como regulador, conductor y promotor activo del desarrollo económico y social, guardando disciplina macroeconómica y disciplina fiscal Sandoval Ballesteros, Irma Eréndira (2004) *Guía de políticas públicas y contexto internacional*, México: FLACSO, p. 24. Sus objetivos consisten en lograr: a) saneamiento fiscal; a través de la reforma tributaria y las privatizaciones y b) estabilización macroeconómica; mediante la liberación del comercio exterior, la desregulación y liberalización financiera interna y externa. Clavijo, Fernando y Valdivieso, Susana (2000) "Reformas estructurales y política macroeconómica: el caso de México 1982-1999" en: *Cuadernos de la CEPAL* LC/L.1374- P/E Serie Reformas Económicas No. 67. Capítulo II. "Reformas de Primera Generación." p. 15.

Se argumentó que el abrupto paso al Estado Neoliberal, que promueve la privatización, la desregulación financiera y la liberalización comercial no funcionó, porque "una transición gradual y moderada desde la protección total, hacia los mecanismos de mercado debió haber incluido apoyos para el desarrollo y diversificación tecnológicos, inversiones en capital humano, mejora de la infraestructura de los mecanismos de redes industriales como la oferta de información sobre mercados internacionales"[65]. También se estableció como un factor el no ingreso al Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT), que sería absorbida por la Organización Mundial de Comercio (OMC) en 1995.

Se estableció entonces un modelo de gestión gubernamental, incluidos los aspectos económicos, a través de la Planeación del Desarrollo. También se hicieron ajustes a la política de privatización bancaria, permitiendo que el 33% de su patrimonio perteneciera a entidades privadas, buscando con ello ingresar recursos para el costoso servicio de la deuda, que alcanzaba el 7% del Producto Interno Bruto, así como el déficit de cuenta corriente que alcanzaba casi los 20 puntos porcentuales.

México transitó hacia el neoliberalismo del Modelo de Sustitución de Importaciones, caracterizado por un fuerte intervencionismo estatal en la economía, promoviéndose así el desarrollo y el dinamismo del mercado interno. Se buscó también implementar estrategias del Modelo de Desarrollo Estabilizador, guiado por la inversión pública para modernizar la industria y aumentar la productividad, al esquema neoliberal.
Los modelos remplazados[66] tuvieron ventajas y desventajas. Sus beneficios, a través de la confluencia del manejo de los

[65] Sandoval Ballesteros, I, *Op. Cit.* p. 24

[66] La política económica seguida en México entre 1940 y 1980 se caracterizó por la participación activa del Estado en la inversión y la producción, acompañado de una amplia inversión pública que se canalizó hacia el desarrollo urbano e industrial, la educación y el bienestar social. Si bien los resultados fueron buenos en términos de crecimiento económico, no se

diferentes instrumentos hacia la consecución del crecimiento económico[67], permitieron alcanzar un crecimiento nacional promedio de 6.4 anual; pero, en cambio, llevaron a un alto déficit fiscal, modelos productivos ineficientes, un volumen incontrolable de deuda pública interna y externa y un crecimiento irracional del aparato burocrático estatal[68].

Hay evidencia estadística de que los modelos anteriores tuvieron resultados adecuados dinamizando el crecimiento industrial, sin embargo; ofrecía más limitaciones que líneas de oportunidad en las circunstancias económicas de la época. Debe considerarse también que su éxito dependía de la capacidad de importación de otros sectores de la economía, pues no se consideraba la exportación de bienes que se estaban sustituyendo; además de no haber posibilidades de mayor crecimiento, pues sólo se respondía a las necesidades del mercado interno, sin que además se aplicara el modelo como tal.

Esto se dio en un esquema en el que no empató el desarrollo industrial con las necesidades de la transformación de la estructura social; además, de que persistieron y se agravaron problemas de recaudación para alcanzar los volúmenes estimados de gasto público, lo cual llevó a recurrir a la deuda pública y a la inversión extranjera, si bien esta decisión presentó riesgos. Por ejemplo: entre 1960 y 1970 ingresaron al país 2,059

tradujeron en disminución de la pobreza y la desigualdad. Ello ocurrió, en parte porque no se generó un fuerte mercado interno y, si bien la protección comercial promovió el crecimiento y la sustitución de importaciones, se descuidó el potencial exportador, además de que la balanza de pagos era especialmente vulnerable a los flujos de capitales de corto plazo y a la dependencia a la deuda externa y la dependencia de las exportaciones petroleras. Moreno-Brid, Juan Carlos; Pérez Esteban y Ruiz, Pablo (2004) "El Consenso de Washington: aciertos, yerros y omisiones" en: *Perfiles Latinoamericanos* 25 Diciembre México: FLACSO pp. 162 y 163.

[67] Lo que funcionó en una economía cerrada con un contexto internacional estable. Clavijo *Op. Cit.* p. 7.

[68] Sandoval Ballesteros, I, *Op. Cit.* pp. 13 y 24.

millones de dólares por inversiones y salieron 2,991 por utilidades y pagos[69].

Cabe comentar que los cambios en la política económica y social en México, durante este periodo, llevarían a reafirmar el papel rector del Estado y a afianzar su responsabilidad para fijar el rumbo; la planeación familiar y el control natal, el crecimiento del gasto público en bienestar social, la aceptación y promoción de demandas obreras, la participación del sector público para defender a las clases populares, la multiplicidad de la capacidad productiva, entre otros aspectos. Generarían también una actitud distinta en el trato del Estado con el sector privado, la promoción de la inversión privada y una política exterior más agresiva. Como resultado mejoró la distribución del ingreso.

En estos años, a nivel mundial se presentó una crisis económica que afectaría a la economía mexicana, especialmente en su balanza de pagos, además de provocar una especial debilidad en las finanzas por el gasto público creciente y una política de ingresos insuficiente. A ello se sumó de la inflación y el crecimiento de protestas obreras a través de los sindicatos, así como de las centrales campesinas.

Ante estas circunstancias se pensó que los efectos de la crisis de la deuda y del petróleo en las economías de América Latina, eran resultado de políticas proteccionistas y la persistente intervención del Estado en la economía, mismas que hacían al Estado ineficiente, creador de inflación y de déficits fiscales pronunciados y constantes; situaciones que lo tornaban incapaz de responder adecuadamente, en tiempo y fondo, a las crisis del contexto económico internacional.

La crisis del patrón de crecimiento mexicano se atribuyó a la relación agricultura industria, que se estimaba incapaz de generar el monto de recursos financieros necesario para apoyar el desarrollo industrial y que la industria no era capaz de proveer la demanda de mano de obra, generar un mercado adecuado para

[69] Tello, C. *Óp. Cit.* p. 465.

los bienes agropecuarios, o promover decididamente la modernización al campo. Otros factores que operaban en contra eran el crecimiento desequilibrado del sector industrial, que no generaba bienes intermedios; la marginación de grupos urbanos y campesinos en pro del desarrollo; la tercerización de la economía, que no lograba generar oportunidades de empleo para todos y la mala distribución de la riqueza, así como el estrangulamiento externo y la dependencia del exterior.

Para entender, el estancamiento del modelo económico, se plantearon dos posturas[70]. Una señaló que el Estado debió de abstenerse de intervenir en la economía, pues su acción impedía el libre juego de las fuerzas del mercado. En una economía que no generaba medios de producción para su propia reproducción, en donde la inversión era igual a las importaciones de bienes de capital se rompía el vínculo de la cadena demanda-inversión interna-ingreso-ganancia-nueva inversión. En específico, desde la perspectiva del sector externo, el proteccionismo aplicado era el causante de una industria que no tenía ventajas comparativas y que no se veía en la necesidad de aumentar su eficiencia productiva, limitándose así la tendencia a exportar. A ello se contra argumentó, por los defensores del modelo, diciendo que el problema comercial de México se relacionaba con el comportamiento de las importaciones, más que el de las exportaciones; además de que protección y crecimiento de exportaciones representan conceptos no necesariamente opuestos.

La otra postura indicó que el problema de la marginación y el carácter excluyente del proceso de crecimiento en México llevaron a que la demanda efectiva se concentrara en los estratos de mayores ingresos, perdiéndose efectividad al acercarse al mercado de bienes durables en los estratos de ingresos relevantes. Ello fue descartado diciéndose que el mercado para la mayor parte de la población distaba de estar saturado.

[70]Casar, José, "Sobre el agotamiento del patrón de desarrollo en México", en *Investigación Económica* núm. 174, Facultad de Economía. UNAM p. 189

Ante las dos posiciones reseñadas, los críticos de ambos modelos coincidían en que debía considerarse que las crisis son las causantes de la contracción en la demanda y no al contrario. En este contexto un proceso económico sostenido requería capacidad productiva y generación de demanda efectiva, de modo que cuando el aparato productivo se desarrollara, el mercado para productos debería ampliarse y la acumulación podría ser autosuficiente, tomando en cuenta que el proceso de acumulación dependería de la existencia de capitalistas privados que innovaran en el mercado –logrando coordinación en los usos de los excedentes–, teniéndose también presente hacia dónde se dirigiría el excedente invertible, buscando generar en ello condiciones de estabilidad.

El modelo neoliberal, en su versión para Latinoamérica, aplicado en México se basó en las recomendaciones que comprende el documento del economista John Williamson del Institute for International Economics titulado *Latin American Adjustment: How Much Has Happened*, el cual contó con el respaldo del gobierno de los Estados Unidos de Norteamérica, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial[71]. La influencia de este modo de pensar se concretó con la puesta en marcha del llamado Consenso de Washington, aplicado a finales de la década de los ochentas, ya bajo la presidencia de Carlos Salinas de Gortari[72], el cual está formado por diez recomendaciones de políticas públicas[73] aplicables a la estructura económica de los países latinoamericanos:

a. *Disciplina fiscal*, con un déficit operativo no mayor al 2% del PIB.

[71] Moreno-Brid, JC *et. al. Op. Cit.* p. 4.

[72]Cabe comentar que Carlos Salinas de Gortari rechaza que el modelo económico aplicado por él en México haya sido neoliberal. Él llama a su gestión económica "liberalismo social". Salinas de Gortari, Carlos (2011) *¿Qué hacer?*. México:Debate p. 59.

[73] Sandoval Ballesteros, I, *Op. Cit*, p. 15.

b. *Reformulación de las prioridades del gasto público,* eliminando los subsidios.
c. *Reforma fiscal*, ampliando la base gravable y moderando las tasas marginales.
d. *Liberalización financiera de tasas de interés.*
e. *Adopción de una tasa de cambio competitiva.*
f. *Liberalización comercial*
g. *Eliminación de barreras a la inversión extranjera directa.*
h. *Privatización de empresas estatales y paraestatales.*
i. *Desregulación de mercados domésticos,* para promover la competencia.
j. *Garantizar los derechos de propiedad.*

La estrategia de liberalización económica aplicada durante el salinismo, bajo estos criterios, se caracterizaría por la reducción del papel del Estado en la economía[74], el control de la inflación, del déficit fiscal y la atracción de la inversión extranjera; la privatización de empresas estatales; la importancia del sector manufacturero en la exportación; la libre flotación de la tasa de cambio y la atracción de inversión extranjera[75].
La aplicación de las reformas estructurales del neoliberalismo arrojó los siguientes resultados[76]

a. *Estabilidad de precios y control del presupuesto público:* Se controlaron las tendencias inflacionarias y de déficit fiscal.
b. *Crecimiento económico:* Se alcanzó un crecimiento bajo y sin dinamismo; sin soslayar la presencia de fenómenos de crisis económicas internacionales.

[74] Se procura la reducción de lo público y la supresión de la política pública. Sojo, Carlos (2004) "La modernización sin Estado: el destino privado de las políticas públicas" en: Revista Mexicana de Sociología, Número especial, octubre 2004. Instituto de Investigaciones Sociales, UNAM, México p. 137.
[75] Dussel Peters, E *Op. Cit.* pp. 44 a 48.
[76] Moreno-Brid, JC *et.al. Op. Cit.* pp. 149 a 163.

c. *Comercio exterior e inversión:* Se presentó un auge de exportaciones, principalmente manufactureras, si bien acompañado de un gran aumento de importaciones derivado del proceso de liberalización comercial. El aumento de exportaciones no se tradujo en crecimiento económico.
d. *Acumulación interna de capital fijo e inversión extranjera directa:* No hubo incrementos significativos en inversión fija, lo que redujo las condiciones de competencia global y regional.
e. *Pobreza y expansión de la brecha de distribución del ingreso:* La generación de empleo no fue suficiente, produciéndose además una reducción del PIB per cápita real, ello fue mitigado por una intensa política social (Solidaridad).

La política económica fue impulsada vigorosamente al final del sexenio con la firma del Tratado de Libre Comercio para América del Norte, además de otros tratados de libre comercio suscritos con Chile, Colombia y Venezuela. Sus resultados globales arrojaron un crecimiento promedio del Producto Interno Bruto del 4%, una reducción de la inflación a un dígito y la disminución de la tasa del Impuesto al Valor Agregado que se redujo al 10%. También se logró el incremento del valor adquisitivo del salario de casi el 50% y un ligero aumento de la producción agropecuaria; así como cierta estabilidad del peso en el sexenio, la reducción de la deuda externa y el control de las tasas de interés, así como una mayor circulación del crédito.

Como se aprecia, los efectos fueron disímbolos; si bien no se pude perder de vista que el análisis de las reformas estructurales que acompañaron la adopción del modelo neoliberal en México tuvo como punto de origen el reconocimiento de la difícil situación económica en la que se vivía. Sus tempranos resultados llevaron a un relevante ajuste en la política macroeconómica, al impulso a la transparencia, la integración regional –a través de la firma del Tratado de Libre

Comercio de América del Norte– y la redefinición de los parámetros de gobernabilidad, pero también generaron consecuencias altamente negativas en desigualdad y pobreza.

Como uno de sus efectos el modelo neoliberal desmanteló las políticas de fomento sectoriales; provocando el deterioro y rezago de las áreas de desarrollo general, tales como la infraestructura, la formación de recursos humanos y el desarrollo regional y urbano. En este contexto las políticas de ajuste económico y estabilización, en lugar de beneficiar, terminaron afectando al sector agropecuario, forestal y pesquero, volviéndolos vulnerables a la apertura comercial y la política cambiaria estabilizadora que se impulsó por el neoliberalismo.

En la industria manufacturera se recibió un fuerte impulso para poder autofinanciar el desarrollo industrial; si bien los resultados se tradujeron en déficits comerciales. En el caso de Petróleos Mexicanos[77], éste fue sometido a una amplia extracción fiscal. Para la industria de la construcción el panorama no fue alentador, pues el sector no creció con estabilidad. Finalmente, la liberalización de los mercados financieros provocaron la acelerada concentración de capitales en grupos oligopólicos, aumentando la especulación y los márgenes de intermediación financiera reducidos. Esta mala situación de los servicios financieros se reflejó en los servicios no financieros, en donde se fue perdiendo dinamismo.

El salinismo mostró al Consenso de Washington, aplicado como un nuevo paradigma del desarrollo económico mexicano bajo la denominación de reformas estructurales. La realidad de su implementación no alcanzó resultados consistentes, como sus introductores deseaban, entre otros motivos por[78]:

[77] Empresa petrolera estatal mexicana creada en 1938.
[78] Williamson, citado por Moreno-Brid, *Óp. Cit,*. pp. 11 y 12.

a. La forma en que se aplicaron las políticas[79].
b. Lo incompleto de las reformas, al no prever las consecuencias adversas de la apertura de capital y no tomar en cuenta reformas laborales, fiscales, educativas y de desregulación.
c. No se incluyeron medidas para mejorar la distribución de la riqueza. Estas razones se aludirían posteriormente para justificar la necesidad de reformas de segunda y tercera generación.
d. Las reformas contenían imprevisiones relevantes en su diseño, en su secuencia e intensidad, que le impidieron alcanzar estabilidad de precios y un crecimiento económico sólido con desarrollo social sustentable.
e. La liberalización no produjo los beneficios esperados por la falta de mercados competitivos y por no tomar en cuenta la diversidad regional y la alta heterogeneidad de ingresos[80].
f. El Precario comportamiento de la inversión, ya que mientras que ésta aumentó aceleradamente no se amplió ni se modernizó la capacidad productiva de manera suficiente[81].

Se señalan además otros problemas derivados de la inefectividad de la plataforma del *Consenso de Washington* para mejorar la economía latinoamericana, tales como el hecho de que pocas empresas se modernizaron y un gran porcentaje del sector se estancó; las políticas macroeconómicas provocaron un nuevo desequilibrio comercial insostenible. Además se vivió una creciente insatisfacción de amplios segmentos de la población, ocasionada por las políticas instrumentadas y la distribución desigual del ingreso.

[79] Si bien no existe consenso sobre la absoluta bondad de las reformas, ni sobre el ritmo y secuencia que deben llevar. Sandoval Ballesteros, *Op. Cit.,3* p.17.
[80] Moreno-Brid, JC *et. al. Op. Cit.* 2004, p. 174.
[81] *Ibid.* p. 170.

Como se ha visto, el proceso de desarrollo que caracterizó el intermedio del siglo XX en México, tuvo un difícil encuentro con la realidad de las crisis del capitalismo a partir de la crisis del petróleo de 1973, provocado por las decisiones de los países afiliados a la Organización de Países Exportadores de Petróleo, las cuales afectaron el precio del crudo, conduciéndolo primero a la alza y luego a una profunda caída. Paralelamente la crisis de la deuda mexicana provocó el debilitamiento de nuestra economía, déficits fiscales, inflación y el aumento de las tasas de servicio de la deuda.

Producto de las situaciones antecedentes se generó en México una amplia desconfianza en la forma en la que se dirigía la economía nacional, marcada entonces ya por políticas públicas de privatización, liberalización comercial y el auge de capitales especulativos. En este ambiente los años de 1988 a 1994 caminaron para el país entre la recuperación económica neoliberal, la cual defendía el libre mercado sin intervención estatal y el fortalecimiento de los oligopolios a partir de las grandes privatizaciones. Como parte de este proceso en México, se llevó a cabo un reajuste cambiario al reducirse tres ceros al peso. Se sumarían a las políticas económicas factores políticos que complicarían el escenario de ejercicio económico del modelo de reformas, tales como el levantamiento del Ejercito Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), coincidente con la entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio con América del Norte, así como el asesinato del candidato presidencial del Partido Revolucionario Institucional (PRI) en la antesala del cambio de mandato.

En diciembre de 1994, comenzando el periodo presidencial de Ernesto Zedillo Ponce de León, se viviría una profunda crisis económica con amplia fuga de capitales –en una economía debilitada por la sobrevaloración de su moneda y la dependencia a capital extranjero invertido a corto plazo[82]–, inestabilidad a la

[82] Sobre esta crisis económica la *Gaceta del Senado de la República* publicó el 16 de abril de 2010 un interesante estudio sobre sus causas. Se establece en

que se sumaron las consecuencias negativas, en la percepción de estabilidad de la economía mexicana, ante el levantamiento zapatista de enero 1994, la aparición del Ejército Popular Revolucionario (EPR), los asesinatos de Luis Donaldo Colosio Murrieta (marzo de 1994) y José Francisco Ruiz Massieu (septiembre de 1994), candidato presidencial y secretario general del Partido Revolucionario Institucional[83].

Derivado de ello se produjo en 1995 una caída del 6% en el Producto Interno Bruto, siendo necesario además acudir a la devaluación de la moneda. También se aumentó la tasa del Impuesto al Valor Agregado del 10% al 15% y se debió afrontar la ruina del sistema bancario por el otorgamiento de millones de pesos en préstamos irrecuperables, el cual debió ser rescatado por el gobierno mexicano a través del Fondo Bancario de Protección al Ahorro (FOBAPROA), lo que a la larga derivó en un amplísimo endeudamiento público.

Los resultados de la crisis fueron lamentables en cuanto al costo social y económico. Nótese por ejemplo el caso del FOBAPROA, que implicó para los contribuyentes el pago de un rescate bancario de 633 mil millones de pesos, lo que representó el 16% del Producto Interno Bruto en 1998. No obstante se recibió ayuda financiera exterior de 20 mil millones de dólares, en créditos norteamericanos de urgencia del fondo de estabilidad cambiaria federal, 10 mil millones del Fondo Monetario

este documento que la crisis comenzó con un déficit de solvencia del Estado mexicano ocurrido en diciembre de 1994 –de ahí que se hable del "error de diciembre"– cuando el gobierno de Zedillo duplicó la emisión de Tesobonos e informó a algunos inversionistas que devaluaría próximamente la moneda, lo que se tradujo en una fuga masiva de capitales. Ya en la crisis, en 1995 aumentó –bajo la asesoría de la Secretaría del Tesoro de los Estados Unidos de América– un incremento de cerca del 100% en las tasas de interés lo que produjo no sólo la quiebra del sistema bancario, sino de las economías familiares. La situación se agravó al abrir totalmente el control de la banca nacional al capital extranjero, con lo que el Estado quedó desplazado del sistema de pagos.

[83] Nora Lusting (2002) *México hacia la reconstrucción de una economía.* México: FCE-COLMEX México p. 205.

Internacional y 10 mil millones adicionales de otras instituciones financieras internacionales[84], el costo de la deuda para la economía nacional fue brutal.

En el periodo 1995-2000 se inició un lento proceso de recuperación económica, el cual se vio interrumpido por una nueva contracción de la economía provocada por una crisis en el sistema bancario internacional, cuyos efectos supervivieron a los sexenios siguientes. En este lapso la deuda del país creció en un 50%, con un déficit fiscal promedio de 3,5%, siendo que la competitividad nacional en el exterior se contrajo en ese periodo del lugar 14 al 10. Tocó así al nuevo presidente, Vicente Fox Quesada, llevar una economía débil, pero sin sobresaltos mayores, a lo que se sumaron importantes excedentes petroleros –que alcanzaron un millón de millones de pesos–; sin embargo; estas condiciones de relativa estabilidad no se vieron reflejados en el mejoramiento de la calidad de vida de los mexicanos ni en un notable crecimiento económico.

El gobierno de Vicente Fox se remonta a la historia inmediata de México. En el año 2000, México llevó a cabo la transición hacia un régimen de democracia pluripartidista, ya que la victoria de Fox puso fin al largo gobierno del Partido Revolucionario Institucional (PRI) –en sus históricas denominaciones– que estaba en el poder desde 1929. Las intenciones del gobierno de transición de Fox quedaron lejos de concretarse en los hechos que prometían. El Gobierno Federal de ese momento no pudo cumplir con sus promesas en materia de Reformas Estructurales que incluía la reforma Fiscal, la Energética y la Laboral. Estas Reformas que requería el país a fin de erradicar la pobreza e incentivar el empleo formal no se consolidaron. Además las metas de crecimiento (del 7%) no se cumplieron, alcanzando un 2% promedio.

En el aspecto económico, el país logró mantener la estabilidad económica. Desde 1968 no se había logrado una

[84] Esquivel Rojas, Jorge y Guiselle Víquez Jiménez (s.a) *Crisis de México de 1994-1995*. México: s/e s.p.

inflación anual de 3.3 por ciento, que fue la cifra final del año 2005[85]. Ya desde la gestión de Ernesto Zedillo se había impulsado largamente la estabilidad en los precios como medida para consolidar la política monetaria. La política económica de Fox lograría mantener la inflación de un dígito en todos los años de su mandato. Asimismo, dado el escenario de política monetaria basada en las expectativas racionales se pudo observar que el tipo de cambio se mantuvo en libre flotación cambiaria durante todo el sexenio, con cierta estabilidad. La política económica tenía nuevos rubros de funcionamiento e incluso el control de la paridad ya no se fijaba como premisa sexenal, sino que se basaba en libre flotación cambiaria con amplias reservas internacionales.

Otro logro macroeconómico fue la disminución de la deuda pública con respecto al exterior. La deuda externa pasó de 70 mil millones de dólares en el 2000 a 49 mil 900 millones de dólares en el 2006[86], lo cual permitió reducir los montos del servicio de la deuda. Cabe señalarse que la deuda externa pudo haber sido cubierta aún más con las reservas internacionales, sin embargo; toda economía en libre flotación cambiaria hacía necesario para los economistas oficiales solidificar las reservas internacionales del país. Así existió un incremento de las reservas internacionales, el cual ya venía planeado desde el gobierno del ex presidente Zedillo como una medida necesaria para garantizar la estabilidad económica nacional, ajustar oportunamente el tipo de cambio y mantener la competitividad del peso frente a otras divisas.

En lo que respecta al déficit público existió cierto control. Durante el 2005 se obtuvo un buen resultado reduciéndose el déficit fiscal al 0.09% del Producto Interno Bruto. El promedio anual del sexenio logró ubicar el déficit

[85] Banco de México, Estadísticas consultadas en el portal de internet http://www.banxico.org.mx/estadisticas/ Consultado en enero de 2012.
[86] *Ibid.*

fiscal del país en 0.4 por ciento del PIB[87]. Al finalizar el sexenio las reservas internacionales se mantuvieron en un nivel de 67 mil 600 millones de dólares, las más altas en la historia de Banco de México para ese periodo[88]. El ascenso de las reservas en el periodo 2000-2006 también fue alto, alcanzando más del 90 por ciento, considerando un promedio de crecimiento del 11.31%.

A pesar de que la política económica obtuvo estabilidad, ello no implicó una generación de empleos formales en la economía mexicana. Como medida alterna y asistencialista para disminuir los niveles de pobreza entre la población más vulnerable, se llevó a cabo una política social basada en el incremento del gasto en desarrollo social, reformándose el modelo de los gobiernos priistas a través de la ayuda social focalizada en lugar de subsidios universales.

El modelo asistencial buscaba superar la deficiencia de que anteriormente sólo había logrado apoyar las familias más pobres con recursos de subsistencia, sin embargo, no implicando medios para que superaran sus niveles de pobreza. A pesar de las insuficiencias del nuevo modelo se alcanzó un promedió más alto de desarrollo social, calculado como porcentaje del gasto programable. El promedio anual de desarrollo social se ubicó en 61.5 por ciento para el año 2006[89].

El gobierno sucesor fue el de Felipe Calderón, quien tras una discutida elección presidencial logró consolidar el triunfo por un mínimo margen de diferencia. Ya en el gobierno debió tatar de cumplir sus promesas económicas, tales como generar en promedio un millón de empleos al año. Los resultados fueron diferentes.

Debe comentarse que en su sexenio se debió afrontar la crisis financiera *subprime* del 2008. Tal crisis iniciada en los

[87] Centro de Estudios de las Finanzas Públicas (2006) *Evolución y Estadística del Gasto Público Federal en México 1980-2006.* México: Cámara de Diputados CEFP, p.18.
[88] Banco de México, *Op. Cit.*
[89] Centro de Estudios de las Finanzas Públicas *Op.Cit.* p.69.

Estados Unidos. En grandes rasgos se manifestó con el surgimiento de nuevos instrumentos financieros, que ofrecían rendimientos atractivos y otras opciones de inversión en los mercados, que llevaron a una catástrofe bursátil que condujo al mayor distanciamiento del sector financiero en relación con el ya deplorable comportamiento de la economía real. La crisis financiera de créditos de alto riesgo, provocó un derrumbe financiero tanto en la economía norteamericana como en todas las economías que contrataron productos respaldados con los mencionados créditos *subprime*. El golpe del *boom* financiero repercutió en una desaceleración para toda la economía mundial.

En la economía mexicana no hubo un efecto negativo generalizado, pues se contó con un cierto blindaje a los agentes económicos del país ante los choques externos. Sobresalió, en las medidas que a la postre dieron mayor solidez a nuestra economía, la autonomía del Banco de México y que las reservas internacionales se fueron incrementando año tras año. También destacó la regulación financiera por parte de la Secretaría de Hacienda y de sus Órganos Desconcentrados a instituciones financieras.

No obstante, a pesar de contar con una economía sólida en el escenario financiero, el panorama internacional dificultó la generación de empleos para el país, además de la falta de eficacia en superar los problemas. Ello porque la crisis trajo como consecuencia un impacto negativo en el empleo, debido a que más del 85 por ciento de las exportaciones se focalizaron a la economía norteamericana, la cual por los mismos efectos de la crisis vio disminuido su consumo privado. Al contemplar este nuevo panorama fue necesario emprender planes de rescate a empresas, sobretodo del sector manufacturero, a fin de que mantuvieran sus niveles de empleo.

La crisis financiera internacional continúo e incluso se descontroló en muchos países de la Unión Europea. La economía mexicana se mantuvo con relativa estabilidad. A ello ayudó el impulso recibido por el sector manufacturero, en mayor medida por el automotriz, el cual generó nuevas políticas

enfocadas a mantener las exportaciones con Estados Unidos y a diversificar las otras economías a fin de mitigar el grado de dependencia con el país vecino.

Lamentablemente en un marco global, la crisis financiera internacional fue prolongada e hizo que se reformularán nuevas teorías de política económica para impulsar el empleo a nivel mundial. México dentro de ese escenario se vio en la necesidad de modificar a la baja los niveles de tasa de interés y continuar con la política de generar empleo e impulsar una Reforma Laboral. A la par que se batallaba por mantener un desempeño económico estable se perdería liderazgo económico, siendo desplazado por la influencia de otros bloques regionales, así como del imaginario de naciones emergentes tales como las del BRICS[90].

Desafortunadamente las finanzas públicas y los niveles macroeconómicos debieron afrontar también un persistente desempleo y la inseguridad desbordante, que disminuyó la confianza de los inversionistas nacionales y extranjeros, afectando el funcionamiento de todo el sistema económico mexicano.

Corresponderá al ya no tan nuevo gobierno del presidente Enrique Peña Nieto, quien ha impulsado profundas reformas estructurales jurídicas en el país[91], atender estas problemáticas –en un país con profundas desigualdades y deudas notarias en la vigencia de los derechos humanos– para, ahora sí, posicionar a México como una nación emergente y de verdadero bienestar para sus pobladores.

1.3. Hacia una mirada crítica

Ahora bien, hecho el tránsito histórico que se ha dibujado, sin buscar restar valor a los aspectos positivos del neoliberalismo en

[90] Acrónimo que refiere a las economías de Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica.

[91] Reformando materias tan sensibles como los hidrocarburos.

México y sin pensar que el neoliberalismo es el único culpable[92], lo cierto es que sus resultados no han sido integrales, especialmente en rubros de desarrollo social, y han dado pie a que se reclame que el Estado[93] asuma posiciones de mayor preponderancia y responsabilidad en la conducción de la economía. No obstante, los resultados de la intervención estatal son disímbolos, ya que en algunos casos ha ayudado a resolver problemas económicos, pero en otros han creado nuevas dificultades por errores y omisiones decisivos en el diseño y aplicación de las políticas públicas de intervención.

Tomando en consideración que la estrategia económica no sólo debe considerar la estabilidad de precios, sino la creación de bases para el desarrollo sostenido, estabilizando la inflación y el ajuste monetario y fiscal, es innegable que debe haber un ente procurador de estas condiciones y regulador institucional del actuar de las fuerzas del mercado en la asignación de recursos.

En este sentido, reconociendo el valor del comercio exterior como detonante de la economía se hace indispensable que éste vaya acompañado de una fuerte inversión interna, que logre mejor encadenamiento de las exportaciones con el resto de la economía interna. Ello nos lleva a reconocer limitaciones estructurales amplias en el modelo neoliberal, las cuales han dado lugar a deficiencias en su ejecución –al menos en el caso mexicano-, tales como[94]:

[92] La etapa de ejecución de políticas públicas es tan relevante como su diseño en la obtención de buenos resultados.

[93] Se sostiene que "el Estado está de vuelta". Tanaka, Martín (2004) "El Estado está de vuelta, esta vez en serio" en: *Revista Mexicana de Sociología*, Número especial, octubre 2004. Instituto de Investigaciones Sociales, UNAM, México p. 129; que "es posible que se requiera una participación mayor y mejor del Estado, y no lo contrario". Moreno-Brid, JC *et.al. Op. Cit.* p. 175. Ello lleva a que "un Estado eficaz es imprescindible para poder contar con los bienes y servicios –las normas e instituciones- que hacen posible que los mercados prosperen y que las personas tengan una vida más saludable y feliz". Banco Mundial, citado por Sandoval Ballesteros, I. *Op. Cit.* p. 21.

[94] Dussel Peters, E *Op. Cit.* pp. 49 a 56

a. El PIB y el PIB per cápita se ha contraído en comparación con periodos anteriores.
b. Se ha presentado polarización económica, concentrándose las exportaciones en determinadas empresas, ramas y regiones, sin beneficios sostenidos para las ramas destinadas al mercado interno.
c. El sector manufacturero privado no se ha podido insertar fácilmente en el mercado mundial.
d. No se han generado empleos suficientes, siendo que los creados son de baja calidad comparadas con los ya existentes.

Ello conduce a la necesidad de establecer estrategias para atemperar los efectos negativos de la liberalización económica, acotando la polarización de la economía a nivel de empresas y sectores, controlando el papel de la inversión extranjera en la economía interna y definir las prioridades de la estrategia de desarrollo, a nivel local y regional[95]. En este escenario, el ente indispensable para hacer posible estos propósitos es el Estado.
Ante los limitados efectos de las políticas económicas que se han puesto en marcha en México –según se da cuenta en la semblanza histórica presentada– se plantean algunas vías a explorar, tendientes a mejorar el desempeño de nuestra economía[96], mismas que deberán ser impulsadas desde el Orden Jurídico Nacional:

a. Profundizar las reformas y perspectivas institucionales, mediante una nueva generación de reformas, que contemplen: blindaje contra crisis; extensión de las reformas de primera generación para alcanzar la liberalización de mercados laborales; realizar una racional y coherente privatización de empresas estatales;

[95] *Ibid.*, p. 67.
[96] Moreno-Brid, JC *et. al. Op. Cit.* 2004, pp. 13 a 15.

acceso pleno a mercados estatales y ejecución de reformas institucionales del sistema político, civil, jurídico y financiero[97].
b. Seguir una política convencional, a partir de una base institucional sólida que conserve el dinamismo productivo y proporcione a la economía un blindaje de largo plazo.
c. Asumir una posición pragmática neo-estructuralista, que ajuste las reformas, entendiendo a los instrumentos de políticas como medios y no como fines; buscando un crecimiento de largo plazo –desde dentro– y generando mercados de factores, la distribución de la productividad y de las oportunidades.
d. Proponer una nueva agenda de desarrollo. Ello implica: impulsar una integración globalizadora equilibrada; diseñar políticas macroeconómicas estables y que ajusten políticas contra-cíclicas; programar políticas para el desarrollo productivo; atender eficazmente –y con una tendencia sólida– la equidad social, la creación de empleos y la reducción de estructuras heterogéneas; así como subordinar metas económicas a objetivos sociales.

No se pierda de vista que la globalización introduce nuevos componentes en la dinámica económica, tales como la producción flexible, los encadenamientos mercantiles globales y la búsqueda de espacios de beneficio. En este escenario se observa que la situación económica mundial propiciará que se refuerce el proteccionismo, la rivalidad comercial y el repliegue de las fuerzas económicas al interior de los propios bloques, situaciones que pueden provocar escenarios de crisis y deflación. Este ambiente invita a buscar mecanismos que, mediante la participación estatal, contrarresten el proceso

[97] Se entiende por institución al conjunto de reglas formales e informales y sus mecanismos de supervisión, que dan forma al comportamiento de los individuos y de las organizaciones en la sociedad.

deflacionario y el crecimiento equilibrado, en un marco de normas claras –definidas por el Estado a través de la reforma regulatoria–, para lograr un desarrollo autosustentable y socialmente responsable.

En este contexto, es necesario definir cuál será el papel del Estado en la economía contemporánea, sin dejar de lado la idea de que la función del sector público no es una arena neutral, ya que hay fuerzas sociales y proyectos políticos que pesan decisivamente sobre él y sus interrelaciones político-económicas y que tienen incidencia en las decisiones de políticas públicas; lo cual lleva a entender que el Estado es un sistema institucional complejo, con sus propias dinámicas, de teoría y praxis política, y constante interacción con las transformaciones sociales y económicas[98].

México debe, por ello, establecer una lógica de equilibrios y controles mutuos entre él y los mercados, asumiendo que la política económica no sólo deberá atender a sus referentes conceptuales de origen o a sus efectos en la rentabilidad de las empresas, sino incorporar también los efectos en la generación de empleo –procurando alcancen el sector formal de la economía–; asumiendo un papel regulador en el control de las fallas del mercado[99] y los efectos en la distribución territorial de

[98] La democracia, la honestidad, los buenos niveles de gobernabilidad inciden positivamente en un buen entorno económico. Ello tomando en consideración que las áreas que sostienen a la democracia como régimen son: la sociedad civil, la sociedad política, el Estado de Derecho, el aparato del Estado y la sociedad económica Tanaka, *Op. Cit.* p. 126.

[99] Las fallas del mercado aluden a que el Estado no siempre asigna los recursos escasos de forma eficiente, afectando el bienestar social. Contempla el monopolio, la insuficiencia o ausencia de bienes públicos; los mercados incompletos; la información asimétrica de los mercados; las externalidades o costos negativos -son los efectos de las actividades de producción y consumo que no se reflejan directamente en el mercado- ligadas al crecimiento económico y la desigualdad social vinculada con el desempleo y la inflación; el privilegio del interés privado sobre el público; la influencia internacional; las presiones de grupos de poder o los intereses electorales, entre otros factores que afectan el funcionamiento del Estado. Sandoval Ballesteros, I. *Op. Cit.* pp. 9 y 12.

los dinamismos económicos, considerando las tendencias globales[100], proyectándolas en un plano realista, y planteando la restauración del Estado a través de la política democrática, una nueva territorialidad de la vida social y la formación de mecanismos no mercantilizados de movilidad social, esto es, de bienes públicos para el desarrollo[101].

Todo proceso de reforma genera nuevos problemas, nuevos retos. Es claro que las reformas estructurales del modelo neoliberal aplicado hasta ahora no han consolidado un sistema económico eficiente, productivo y competitivo. Ello no quiere decir que deba descartarse abruptamente este modelo e inventar uno nuevo, o volver drásticamente a políticas económicas anteriores, sino analizar las opciones críticamente, ajustando el modelo a la realidad nacional y al contexto económico presente, para definir qué acciones correctivas se pueden aplicar en su ejecución presente y si en el futuro conviene seguir este modelo o diseñar uno nuevo.

En cualquier escenario, se estima que el Estado no puede ni debe eludir su responsabilidad en el mercado, que finalmente es la gran realidad ante la que la economía debe enfrentarse. Ante ello, el modelo económico se encuentra con la obligación de superar sus deficiencias a través del diseño y aplicación de políticas públicas de nueva generación –que se tejerán desde el Derecho–, que le permitan proponer soluciones para que las condiciones de vida de sus ciudadanos, a través de la economía, como motor de desarrollo, sean más justas, mediante el equilibrio de variables de crecimiento y pobreza[102].

[100] La problemática del buen gobierno implica combinar adecuadamente capacidades de gestión, informando a la ciudadanía de opciones, y rindiendo cuentas sobre los resultados obtenidos y de representación política para tomar decisiones. Además, desde la perspectiva civil ello tiene que ver con la acreditación y agregación de demandas sociales. Sojo, E. *Op. Cit.* p. 153.

[101] Sojo, E. *Op. Cit.* pp. 151 a 152.

[102] Toda política pública, en especial las dirigidas al desarrollo social supone políticas públicas de reducción de pobreza, pero no toda intervención para reducir pobreza contiene un programa de desarrollo social ni puede considerarse una política pública. Sojo, E. 2004, p. 150.

Fuentes citadas

Cárdenas Sánchez, Enrique (2003) *Cuándo se originó el atraso económico de México. La economía mexicana en el largo siglo XIX, 1780-1920.* España: Editorial Biblioteca Nueva.

Cardoso, Ciro (1980) *México en el siglo XIX [1821-1910]. Historia económica y de la estructura social.* México: Nueva Imagen.

Solís, Leopoldo (1976) *La realidad económica mexicana, retrovisión y perspectivas* México: Siglo XXI.

López Rosado, Diego (1972) *Historia del pensamiento económico de México.* México: UNAM.

Kula, Witold (1977) *Problemas y Métodos de la Historia Económica.* España: Península, pp. 12 y 13.

Robinson, David, "1999 1785-1786, El 'Año De Hambre' ". En: *Revista CyTA.* Conferencia realizada en el Primer Encuentro Internacional Humboldt. Buenos Aires - Noviembre de 1999. Vol. 4, Nº. 22, 2005. Buenos Aires: CyTA Editorial.

Ramos Gamiño. Félix (2013) *Maíz, trigo y arroz. Los cereales que alimentan al mundo.* México: UANL, pp. 19 y 20.

Humboldt, Alejandro de (2004) *Cartas americanas*. Caracas: Biblioteca Ayacucho.

Lynch, John (1985) *Las revoluciones hispanoamericanas, 1808 – 1826.* España: Ariel, pp. 214 a 216.

Leal, Juan Felipe (1979) *Formación del Estado Mexicano, la Burguesía y el Estado Mexicano.* México: Ediciones El Caballito, p. 52.

Bazant, Jan (1981) *Historia de la deuda externa de México. 1823-1946.* México: Colegio de México, p.198.

Córdoba, Arnaldo (1973) *Ideología de la Revolución Mexicana.* México: Era p. 15.

Aguilar Camín, Héctor y Lorenzo Meyer (1989) *A la sombra de la Revolución Mexicana.* México: Cal y Arena, México, pp. 12 y 13

Romero Sotelo, María Eugenia. En: "El debate sobre la reforma monetaria en 1905 en México", *Iberoamericana,* VIII, 29 (2008), Madrid: Editorial Iberoamericana-Vervuert, p. 64.

Vernon, Raymundo (1969) *La revolución y su secuela, 1910-1940.* México: s/e, p. 77

Tello, Carlos (2007) *Estado y desarrollo económico: México 1920–2006.* México: Facultad de Economía. UNAM pp. 255-299.

Ortiz Mena, Antonio (1998) *El desarrollo estabilizador: reflexiones sobre una época.* México: FCE p. 366.

Dussel Peters, Enrique (2003) "La polarización de la economía mexicana: aspectos económicos y regionales" en John Bailey, *Impactos del TLC en México y Estados Unidos: efectos subregionales del comercio y la integración económica.* México: FLACSO, Georgetown University, Miguel Ángel Porrúa Editores, p. 43.

Moreno-Brid, Juan Carlos y Ros, Jaime (2004) "Instituciones y desarrollo económico: la relación Estado-mercado en México desde una perspectiva histórica" en: *Revista Mexicana de Sociología*, Número especial octubre 2004 Instituto de Investigaciones Sociales México: UNAM pp. 166.

Cárdenas, Enrique (1996) *La política económica en México, 1950–1994*, México: FCE pp. 56 a 85.

Sandoval Ballesteros, Irma Eréndira (2004) *Guía de políticas públicas y contexto internacional*, México: FLACSO, p. 24.

Clavijo, Fernando y Valdivieso, Susana (2000) "Reformas estructurales y política macroeconómica: el caso de México 1982-1999" en: *Cuadernos de la CEPAL* LC/L.1374- P/E Serie Reformas Económicas No. 67. Capítulo II. "Reformas de Primera Generación." p. 15.

Moreno-Brid, Juan Carlos; Pérez Esteban y Ruiz, Pablo (2004) "El Consenso de Washington: aciertos, yerros y omisiones" en: *Perfiles Latinoamericanos* 25 Diciembre México: FLACSO pp. 162 y 163.

Casar, José, "Sobre el agotamiento del patrón de desarrollo en México", en *Investigación Económica* núm. 174, Facultad de Economía. UNAM p. 189

Salinas de Gortari, Carlos (2011) *¿Qué hacer?*. México:Debate p. 59.

Sojo, Carlos (2004) "La modernización sin Estado: el destino privado de las políticas públicas" en: Revista Mexicana de Sociología, Número especial, octubre 2004. Instituto de Investigaciones Sociales, UNAM, México p. 137.

Nora Lusting (2002) *México hacia la reconstrucción de una economía.* México: FCE-COLMEX México p. 205.

Esquivel Rojas, Jorge y Guiselle Víquez Jiménez (s.a) *Crisis de México de 1994-1995.* México: s/e s.p.

Centro de Estudios de las Finanzas Públicas (2006) *Evolución y Estadística del Gasto Público Federal en México 1980-2006.* México: Cámara de Diputados CEFP, p.18.

Tanaka, Martín (2004) "El Estado está de vuelta, esta vez en serio" en: *Revista Mexicana de Sociología*, Número especial, octubre 2004. Instituto de Investigaciones Sociales, UNAM, México p. 129.

Breve cuadro sobre crisis económicas y derecho en Italia desde la Antigüedad al final del siglo XIX[103]

Breve quadro su crisi economiche e diritto in Italia dall'Antichità alla fine del XIX secolo

Aldo Petrucci
Università di Pisa

Sumario: 1. Premisa. 2. La época romana. 2.1. Remedios en materia crediticia. 2.2. Remedios en materia financiera. 2.3. Remedios en materia anonaria y de precios. 3. El período del Bajo Medievo e inicios de la edad moderna (siglos XII – XV). 3.1. Remedios en materia anonaria y de precios. 3.2. Remedios en materia crediticia y monetaria. 3.3. Remedios en materia financiera. 4. Las décadas entre la proclamación del Reino de Italia y fines del siglo XIX (1861–1894). 4.1. Los remedios aprobados en relación a la crisis de los años 1861–1867. 4.2. La crisis de 1888–1894 y los remedios adoptados para superarla. 5. Conclusiones.*

Resumen: Son consideradas tres épocas paradigmáticas de la historia italiana: romana, de las Comunas medievales e inmediatamente sucesiva a la fundación del Reino de Italia (1861). Para las dos primeras se analizan separadamente los distintos tipos de remedios decididos por las autoridades gubernamentales para solucionar las crisis crediticias, monetarias, financieras y de los precios de bienes de primera necesidad. Para la última época las intervenciones normativas estatales son examinadas conjuntamente en relación con los dos momentos de crisis 1861 – 1867 y 1888 – 1894. Al final se formulan unas breves conclusiones sobre una cierta identidad en

[103]Traducción del autor al español, del texto original en italiano.
*Abastecimiento de bienes por parte del Estado

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

los fenómenos que se manifiestan en épocas tan distintas y en las opciones jurídicas fundamentales que se adoptan.

Riassunto: Sono prese in considerazione tre epoche paradigmatiche della storia italiana: quella romana, quella dei Comuni medievali e quella immediatamente successiva alla fondazione del Regno d'Italia (1861). Per le prime due si analizzano separatamente i diversi tipi di provvedimenti assunti dalle autorità di governo per risolvere le crisi di natura creditizia, monetaria, finanziaria e dei prezzi dei beni di prima necessità. Per l'ultima epoca gli interventi normativi statali sono esaminati complessivamente in rapporto ai due momenti di crisi 1861 – 1867 e 1888 – 1894. Si tracciano infine brevi conclusioni su una certa identità nei fenomeni che si manifestano in epoche così diverse e nelle scelte giuridiche di fondo effettuate.

Palabras clave: Derecho romano y crisis económicas; ordenamientos medievales y crisis económicas; legislación italiana sucesiva a la unidad nacional y crisis económicas

Parole chiave: Diritto romano e crisi economiche; ordinamenti medievali e crisi economiche; legislazione italiana post-unitaria e crisi economiche.

1. Premisa

Considerada la extensión temporal a examinar, nuestra investigación se concentrará en tres grandes períodos históricos que caracterizaron Italia desde la Antigüedad a los días actuales: la época romana, la edad de las Comunas libres del Bajo Medievo (siglos XII – XV) y las décadas entre la unificación nacional y el final del siglo XIX (1861 – 1894). Para cada período analizaremos, en sus líneas esenciales, los tipos de medidas adoptadas por el ordenamiento jurídico para enfrentar los aspectos más graves de las crisis económicas que se han verificado. Formularemos unas conclusiones en una óptica

diacrónica, que pueden ofrecer una plataforma útil para una reflexión más amplia también sobre las experiencias contemporáneas.

Los tres períodos históricos no han sido elegidos por casualidad, pues ellos representan tres momentos en que Italia por un lado, alcanzó un cierto nivel de desarrollo económico y por el otro, tenía autoridades gubernamentales en condición de asumir medidas normativas no ocasionales para atajar y solucionar los factores de crisis que podrían surgir.

2. La época romana

Como es sabido, la historia de Italia no se identifica hasta los inicios del siglo III a.C. con la de la ciudad de Roma, puesto que en la península vivían muchas poblaciones con niveles de civilización muy evolucionados y refinados (por ejemplo, Etruscos, Griegos, Fenicios). Pero no hay dudas que al empezar de aquel siglo, los Romanos realizan una unión de todas estas poblaciones, atribuyendo a Italia una posición privilegiada al interior de los territorios que poco a poco van conquistando en el mundo mediterráneo y Europa. Desde entonces hasta al final del siglo VI d.C. los destinos de Roma y Italia vienen a coincidir.

Hecha esta precisión preliminar, se necesita ilustrar brevemente el cuadro económico que caracteriza Italia en época romana. Después de las victorias contra Cártago y las monarquías helenísticas del Mediterráneo oriental entre los siglos III y II a.C. tiene lugar una profunda transformación de la economía, que pasa de un modelo esencialmente dirigido al autoconsumo a un modelo mercantil principalmente proyectado al mercado.

Son los tráficos comerciales que asumen un papel central. De ellos derivan: a) el desarrollo del sector agrícola y pastoral, organizado para una producción sobre todo dirigida a la exportación (bastaría pensar en el vino, aceite, trigo llevados a los mercados de otras regiones italianas o a las provincias); b) el nacimiento de actividades artesanales en gran escala, en donde se fabrican en serie objetos para el transporte de productos

(como los numerosos tipos de ánforas), las construcciones (como los briques) o bien las exigencias de los servicios públicos y la vida cotidiana (como los candiles para la iluminación o los tubos para la suministración del agua); c) la gran extensión de los transportes marítimos y terrestres, con la realización de una red tupida de puertos y carreteras (aun hoy muchas carreteras nacionales italianas llevan nombres romanos); d) la creación de servicios conexos, como los astilleros, hoteles y estaciones de cambio al lado de las carreteras; e) la expansión del crédito y las actividades bancarias, con la finalidad de incrementar no solamente los tráficos comerciales, sino también de satisfacer las necesidades de una vida cómoda y de lujo de las clases más elevadas; f) y al final, el enorme crecimiento de inmuebles, gracias al cual todas las ciudades se agrandan con un aumento sensible de mansiones particulares y una rica dotación de edificios públicos (termas, basílica, templos, teatros).

Sin embargo esta situación de prosperidad no permanece durante todo el curso de la historia romana, sino sufre cambios profundos al empezar del siglo III d.C. hasta la caída del Imperio Romano de Occidente en 476 y la ruptura de la unidad de Italia con la llegada a la península de la población alemana de los Longobardos en 568.

Hoy la opinión que prevalece entre los estudiosos modernos es más equilibrada de la que sostuvo en el siglo XVIII Edward Gibbon[104](aún aceptada por muchos), según la cual la economía del mundo romano tardío, entre IV y VI siglo d.C., únicamente estaba caracterizada por una lenta y constante decadencia. De hecho, más que un declive se puede observar una sensible transformación – no necesariamente negativa – del cuadro económico complejo de la época romana tardía. Si bien es cierto que el Estado asume un papel de primera importancia en el sector económico, mediante una regulación rigurosa de las

[104]Cuya obra *The History of theDecline and Fall f the Roman Empire* fue publicada en séis tomos en Londres entre 1776 y 1789 y fue traducida a todos los principales idiomas.

actividades comerciales, productivas, crediticias y servicios que se hace con la institución de corporaciones profesionales obligatorias y la gestión directa o indirecta de una remarcable cantidad de negocios gracias a las grandes propiedades inmobiliarias y fábricas imperiales y el sistema de la anona, también es verdad que siguen existiendo actividades económicas realizadas por los particulares fuera del sistema corporativo y planificado, que en algunos lugares y regiones (por ejemplo en Sicilia) permanecen prósperas casi hasta a finales del Imperio.

Paralelamente la progresiva formación de un aparato estatal articulado y centralizado, fundado en una burocracia y ejército profesionales organizados de manera detallada que se completa durante los reinos de Diocleciano (284 – 305) y Constantino (306 – 337), requiere una creciente cantidad de gastos a la que deben corresponder iguales ingresos. Eso naturalmente se refleja en la política monetaria y fiscal del Estado.

Al interior del cuadro que acabamos de describir, veamos a continuación cómo las autoridades romanas reaccionaron a las frecuentes crisis bajo el perfil normativo, tratando distintamente sus varias tipologías.

2.1. Remedios en materia crediticia

Las crisis crediticias en el mundo romano se verificaron a menudo y bajo distintos aspectos. El primero consiste en el costo elevado del dinero que determina la fijación de intereses muy altos, que los deudores se encuentran en la imposibilidad de pagar. Hay que subrayar la circunstancia de que muchas veces los acreedores son ciudadanos ricos que actúan como individuos o en sociedades, especulando a través de los préstamos con interés (*feneratio*); en tales actividades también participan banqueros y otros empresarios[105].

[105]V. en general, mi estudio A. PETRUCCI, *Profili giuridici delle attività e dell'organizzazione delle banche romane*, Turín, Giappichelli, 2002, pp. 13 ss.

Las fuentes nos indican como períodos de crisis crediticias más graves: las décadas siguientes a la caída de la monarquía y la instauración del régimen republicano (primera mitad del siglo V a.C.) probablemente por motivo de la disminución de los tráficos comerciales y las actividades conexas, determinada por el cese del dominio etrusco; las décadas siguientes a la destrucción de Roma por parte de los Celtas provenientes de Italia del Norte (390 a.C.); los años de las guerras civiles y decadencia del ordenamiento republicano hasta la formación del principado de Augusto (I siglo a.C.), cuando el clima político y social duramente se refleja en el cuadro económico, empujando a muchos ciudadanos (sobre todo de las clases medio-altas) a recurrir a préstamos. Más estable parece la situación en la edad imperial.

Las medidas que el gobierno romano adoptó principalmente son representadas por leyes dirigidas a la fijación de un límite máximo a la tasa de interés (llamadas *leges fenebres*). De ellas hablan mucho las fuentes (jurídicas y no jurídicas), pero sus datos nos ofrecen un cuadro poco claro, con varias incertidumbres y lagunas. Sin embargo se pueden establecer unos puntos firmes.

Según el historiador latino Tácito (*Annales* 6.16.2), ya las Doce Tablas fijaron una tasa máxima de interés a 1/12 (*foenus unciarium*), que equivaldría a 8,33%. Pero su testimonio no dice si esta tasa fuese con base anual o bien mensual: en tal último caso, el interés alcanzaría al 100 % anual. Hoy la mayoría de los estudiosos se inclina por la hipótesis de un límite anual, pero no faltan quienes sostienen que la primera tasa (8,33%) valiera para los préstamos de dinero y la segunda (100%) víveres. Otro historiador latino, Tito Livio (*Ab Urbe condita* 6.39.2 e 10), por el contrario, atribuye esta disposición no a las Doce Tablas, sino a un plebiscito de Duilio Menenio de 357 a.C. Las dos noticias no están en necesaria contradicción pues el plebiscito podría ser una confirmación de la norma decenviral no respetada o caída en desuso.

Siempre según la narración del historiador Livio (*Ab Urbe cond.* 7.27.3 e 7.42.1), en el transcurso del siglo IV a.C., otro plebiscito de 347 a.C. reduciría la tasa máxima de interés a la mitad (6%, *foenus semiunciarium*) y al final un último plebiscito de 342 a.C. (*plebiscitum Genucium*) introduciría una prohibición del préstamo a interés. Pero su contenido y efectiva aplicación son muy discutidos por la doctrina: una opinión interesante es la que cree que fuese efectiva sólo para los préstamos celebrados por medio del negocio de crédito más antiguo y formal (el *nexum*), así poniendo las bases para su sucesiva abolición en 326/313 a.C. con la ley Petelia Papiria (*lex Poetelia Papiria*)[106].

Hacia finales del siglo II e inicios del siglo I a.C. las Institutas de Gayo (4.23) mencionan una ley Marcia (quizás de 104 a.C.), con la que se otorgaba a los deudores la posibilidad de promover directamente un procedimiento ejecutorio (dicho *manus iniectio*) en contra de los usureros (*faeneratores*) para la restitución de los intereses percibidos ilícitamente; en el mismo tiempo los historiadores antiguos nos cuentan que en 88 a.C., el pretor C. Aselio estableció en su edicto la prohibición para los acreedores de proceder judicialmente a fin de recuperar los intereses de los préstamos hechos, ocasionando una reacción tan violenta por parte de ellos que llegaron a matarlo. Otra serie de medidas en campo crediticio se encuentran en la fase más grave de las guerras civiles y la descomposición del ordenamiento republicano, con la finalidad de estabilizar la tasa máxima de los intereses convencionales dentro del límite del interés mensual de 1% equivalente a 12% al año (*usurae centesimae*).

Dicho límite inicialmente introducido por los edictos de algunos gobernadores provinciales (quizás con base en una ley de Sila) sería confirmado por un senadoconsulto de 51 – 50 a.C., cuya disposiciones permanecerían vigentes hasta la reforma de

[106]Véase, en doctrina, F. SERRAO, *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma* I, Nápoles, Jovene, 2006, pp. 345 ss.

Justiniano[107]. Prácticamente nada de un ordenamiento tan importante llegó a nuestros días, tampoco su nombre. Solo una referencia muy vaga se encuentra en Cicerón (*Epistulae ad Atticum* 5.21.11-13), pero falta en otras fuentes contemporáneas; también la jurisprudencia clásica que frecuentemente habla de la tasa máxima de 12% (*usurae centesimae* o *usurae legitimae*) para los intereses convencionales, calla del acto que la introdujo. Una explicación de este silencio quizás podría depender del hecho de que Justiniano renovó profundamente todo el régimen jurídico, quitando cualquiera motivo para recordar el senadoconsulto antes mencionado.

La disciplina en materia de intereses convencionales se complementa con la introducción de dos otras prohibiciones, que serán retomadas en la edad justinianea: la prohibición de acordar un monto de intereses superior a la cantidad del capital prestado (*usurae supra duplum*) y la prohibición de intereses nacientes de otros intereses (*usurae usurarum*). La primera prohibición significa que la suma total de los intereses no puede ser mayor del capital, la segunda tiende a la represión del fenómeno del anatocismo (*anatocismus*), de las noticias a nuestra disposición no se deduce si valdría para el anatocismo dicho compuesto o conjunto (que ocurre cuando se imputan al capital originario los intereses expirados, aumentándolo y aumentando consecuentemente el importe de los intereses) así como para el anatocismo dicho separado (que ocurre cuando los intereses expirados no se agregan al capital originario, pero igualmente producen demás intereses), o bien se aplicaría sólo a este último tipo[108].

El régimen que acabamos de exponer se mantiene – según lo que sabemos – hasta la reforma global de Justiniano, como prueba de su capacidad para enfrentar los momentos de crisis

[107] En torno a tales medidas cf. el recién estudio de A. CHERCHI, *Ricerche sulle «usurae» convenzionali nel diritto romano classico*, Nápoles, Jovene, 2012, pp. 97 ss., con más bibliografía.

[108] Cf. CHERCHI, *Ricerche sulle «usurae» convenzionali*, *op. cit.*, respectivamente, pp. 134 ss., 143 ss.

del sector crediticio. Este emperador lo renueva con una constitución del año 528, cuyo criterio básico fue el de fijar una tasa máxima distinta para cada categoría o clase social de prestadores de dinero. Para los senadores y los que pertenecían a la orden senatoria fue de 4%, los banqueros y negociantes 8%, los financieros de préstamos marítimos (*foenus nauticum*) y quienes concedían préstamos en víveres 12% (las *usurae centesimae*); en todos los demás casos la tasa máxima fue de 6%. Se confirman con otras constituciones la prohibición de pactar intereses superiores al capital (*usurae supra duplum*) y se agravan las disposiciones para la represión del anatocismo extendida a todos sus tipos[109].

Otro aspecto con que puede presentarse una crisis crediticia en un cierto sentido opuesto a lo que acabamos de examinar y parece afectar más el período romano tardío (V – VI siglos), manifestándose bajo la forma de una creciente dificultad para recuperar los créditos. De hecho muchos acreedores se encontraban en la imposibilidad de conseguir el pago por parte de los deudores a causa de sus dificultades económicas y los gastos excesivos y los tiempos demasiado largos de un procedimiento judicial. Por lo tanto la única solución consistía en la cesión de los créditos a quienes pudieran soportar tales gastos y tiempos, esto es las personas con mayor influencia política y económica (llamadas "los más poderosos", *potentiores*), que aprovechando la ocasión, los compraban a precios muy bajos y después presionaban a los deudores también en modos ilícitos. Para remediar esto intervino una constitución del emperador de Oriente Anastasio (491 – 518 d.C.), incluida por Justiniano en su Código (C. 4.35.22) y extendida también a Italia, en que se establecía que el acreedor cesionario pudiese reclamar al deudor cedido una suma que no fuera más alta de la que había pagado para comprar el crédito.

[109] Las constituciones son incluidas en su Código (*Codex Iustinianus* 4.32.26, 27 e 28).

Crisis crediticias se verificaron en la época romana también bajo la forma de una falta de liquidez monetaria, pues circulaba una cantidad de dinero insuficiente para pagar las deudas. Dos crisis de este tipo son conocidas gracias a fuentes extrajurídicas: una durante la guerra civil entre César y Pompeyo (49 – 45 a.C.) y la otra bajo el principado de Tiberio (14 – 37 d. C.). Para enfrentarlas fueron adoptadas medidas normativas específicas. En el primer caso, César hizo aprobar una ley (*lex Iulia de pecuniis mutuis*), con la que además de la remisión de los intereses de los dos últimos años, se permitía a los deudores desprovistos de liquidez y titulares de bienes inmuebles pagar sus deudas pecuniarias con fundos estimados en dinero por árbitros (elegidos por las partes), según su valor anterior a la guerra civil y sin posibilidad de oposición de los acreedores, realizándose así bajo el perfil jurídico una forma de cumplimiento con prestación distinta de la originaria (una *datio in solutum* necesaria)[110]. La segunda medida se debe al propio emperador Tiberio, que, en 33 d.C., soluciona el problema de la insuficiente circulación monetaria a través de la institución de oficinas financieras temporales que emiten en el mercado la suma de cien millones de sestercios del patrimonio imperial, concediendo préstamos trienales sin intereses pero garantizados por bienes inmuebles de valor doble a los importes prestados [111].

2.2. Remedios en materia financiera

Con dicha expresión se hace referencia a las intervenciones normativas dirigidas a contrastar el desequilibrio financiero público y reducir el déficit entre gastos e ingresos. Este tipo de

[110]V. al respecto A. SACCOCCIO, *Aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 270 ss.

[111] Sobre tal intervención de Tiberio renvío a mis observaciones en A. PETRUCCI, *Mensam exercere. Studi sull'impresa finanziaria romana*, Nápoles, Jovene, 1991, pp. 48 ss.

crisis afecta al Estado romano tardío (entre la mitad del siglo III y el siglo VI d.C.), cuando necesita mantenerse un complejo aparato burocrático civil y militar. La política legislativa de la autoridades se fundamenta en dos pilares: la presión fiscal y la inflación con consecuente devaluación monetaria.

Los primeros impuestos introducidos de forma definitiva para el mantenimiento del aparato estatal se remontan a la época de Augusto, en 6 d.C., cuando se crea el erario militar (*aerarium militare*), una caja específica para otorgar premios e indemnizaciones a los soldados en ocasión de su despido, que se alimenta con las entradas que provenían de dos impuestos: el de 5% sobre las herencias (*vicesima hereditatum*), de la que eran exonerados sólo los parientes más cercanos del difunto, y el de 1% sobre las ventas (*centesima rerum venalium*)[112].
Sin embargo solamente a partir del siglo III d.C., las exigencias de mantenimiento de la máquina administrativa estatal y los enormes gastos para la defensa de las fronteras del Imperio determinan un largo y grave período de crisis de las financias públicas[113].

Sus orígenes ya se ven durante el reino de Caracala (211 – 217), que otorgaría la extensión de la ciudadanía romana a todos los habitantes del Imperio, en 212, para aumentar el número de contribuyentes y por lo tanto las entradas del fisco. Al mismo emperador también se debe la acuñación en 215 de una nueva moneda de plata, llamada por los modernos Antoniniano (*Antoninianus*), de dimensiones más grandes de la ya existente (el denario) y con valor nominal doble (1 antoniniano = 2 denarios); pero su peso y el contenido de plata no superaba más que una vez y medio los del denario, iniciando así una temporada de inflación marcada también por una disminución de peso de la moneda de oro. La cumbre de la crisis

[112] V. Suetonio, *Vita Augusti* 49.1-5; Dione Cassio, *Historia Romana* 55.25.5-6 e 56.40.2.

[113]Para un cuadro general de tal período de crisis me permito renviar a mi recién estudio: A. PETRUCCI, *Corso di diritto pubblico romano*, Turín, Giappichelli, 2012, pp. 155 ss., con más bibliografía a p. 185 s.

se alcanza en las décadas centrales del siglo III cuando el metal precioso incluido en las monedas en circulación se reduce drásticamente bien que las mismas siguen manteniendo un idéntico valor nominal: en la moneda de oro la cantidad baja a 4 gramos, mientras que el Antoniniano y el denario pierden hasta el 98% de plata. Paralelamente aumentan las entradas fiscales con el incremento de los impuestos personales e inmobiliarios y la estabilización definitiva de las prestaciones en naturaleza hasta entonces ocasionales, destinadas a alimentar la anona militar.

Sólo durante los reinos de Diocleciano (284 – 305) y Constantino (336 – 337) se aprueban medidas idóneas para superar una inflación tan grave, creando un nuevo sistema monetario constituido por una monetación de oro y otra de plata, cuyos contenidos de metal precioso eran estables y correspondientes a su valor nominal, y dos o tres tipos (no hay acuerdo al respecto) de monedas de cobre con su propio curso fiduciario, es decir con un valor nominal superior del contenido metálico, y estableciendo un cambio fijo y predeterminado entre las distintas monedas tomando la de oro como unidad de referencia.

En el mismo tiempo, en campo fiscal, Diocleciano realiza una reforma destinada a durar en sus líneas esenciales hasta al término del Imperio romano. Ella se fundamenta en dos elementos seguros: el cumplimiento de censos periódicos detallados, en que los contribuyentes declaraban sus bienes y los miembros de su familia y la reglamentación de dos tipos de impuestos: territorial (*iugatio*) y personal (*capitatio*)[114], con modalidades distintas en las varias provincias. El primero era calculado mediante una unidad de medida fiscal de la tierra distinta según las regiones y cultivos, mientras que el segundo en conexión a personas y animales que pertenecían a cada

[114] Noticias de su existencia y aspectos de su régimen emergen de constituciones imperiales includa en los Códigos Teodosiano (por ej., *CTh.* 13.10.2) y Justiniano (por ej., C. 11.55(54).1).

familia. A estos dos impuestos se añadían los finalizados a la anona civil y militar, que consistían en el pago de cantidades de productos agrícolas para el abastecimiento de las grandes ciudades y el ejercito convirtiéndose en un deber tributario ordinario con regularidad anual.

Lo que parece faltar es un sistema de deuda pública, mediante el cual periódicamente el Estado consigue préstamos (voluntarios o forzosos) de los ciudadanos, dando en cambio títulos que legitiman a la restitución de las sumas e intereses pactados. En su lugar se prefiere el sistema de la tasación especial dirigida a afectar a ciertas categorías y la tasación extraordinaria. En efecto durante el reino de Constantino, en el siglo IV, se instituyen un impuesto (*collatio glebalis*) que grava sobre los senadores en razón de su patrimonio inmobiliario y establecido en medida fija según tres (y después cuatro) niveles determinados por la extensión de las tierras, y otro impuesto (*collatio lustralis*) que afecta a todos los actos de comercio y prestaciones personales exigible cada cinco años en ocasión de la fiesta quinquenal de reinado de los emperadores. Como entradas extraordinarias, bajo la forma de donaciones dadas por eventos particulares (ascensión al trono, victorias militares, etc.), se recuerdan los impuestos del "oro coronario" (*aurum coronarium*), ofrecido por las ciudades, y "oro oblaticio" (*aurum oblaticium*), regalado por el senado[115].

2.3. Remedios en materia anonaria y de precios

Ya con referencia al siglo V a.C. en las fuentes históricas romanas, se encuentran noticias de este tipo de medidas cuando el senado tuvo que comprar trigo con presupuestos públicos en las regiones de Italia del Sur y Sicilia a causa de las carestías

[115] Véanse algunos aspectos de su disciplina en las constituciones del Código Teodosiano: por ej., *CTh.* 6.2.14 (9) sobre la *collatio glebalis*, las constituciones del título *CTh.* 12.1 sobre la *collatio lustralis*, las constituciones del título *CTh.* 12.13 en relación al *aurum coronarium* y *CTh.* 6.2.16 (11) a propósito del *oblaticium*.

que habían ocurrido en Roma. Un testimonio es el del patricio Coriolano que en 491 a.C., fue condenado y exiliado por su oposición a la distribución a precios moderados entre los plebeyos del trigo comprado en Sicilia con dinero del erario (Livio, *Ab Urbe cond.* 2.35 y Plutarco, *Vita Coriolani* 20.4). Entre los siglos II y I a.C. se afirma la praxis de las leyes "frumentarias" (*leges frumentariae*) que los personajes políticos más destacados proponían para una repartición del trigo gratuita o a un precio muy bajo entre la población más pobre de Roma[116].

La medida más duradera para enfrentar tales crisis fue introducida por Augusto que en los primeros años del I siglo d.C. creando el cargo del prefecto de la anona (*praefectus annonae*), cuya función es la de organizar y dirigir un sistema específico para garantizar el abastecimiento de los géneros de primera necesidad a la ciudad de Roma y su venta a precios administrados.

Sin embargo el remedio más conocido en este sector fue el "Edicto de los precios" adoptado por Diocleciano en 301 d.C. (*Edictum pretium rerum venalium*). En él se encuentra un listado de cosas venales y servicios conexos (sobre todo transportes) con la indicación para cada uno de las tarifas máximas aplicables.[117]. Si no se puede negar sus finalidades de control de precios y estabilización de la moneda, es objeto de discusión si sus disposiciones valiesen para las transacciones de todos los habitantes del Imperio a los que estaba dirigido el edicto, o bien sólo aquellas de los militares, a que se refieren las líneas 93 – 106 del ordenamiento[118].

[116] Una elencación de estas leyes es hecha por G. ROTONDI, *Leges publicae Populi Romani*, reimpr. Hildesheim, Georg Olms, 1966, pp. 307 ss.
[117] Cf. M. GIACCHERO, *Edictum Diocletiani et Collegarum de pretiis rerum venalium*, Genova, Istituto di Storia antica e Scienze ausiliarie, 1974.
[118] Me permito renviar a mis observaciones en A. PETRUCCI, *La tutela de los contratantes frente a los empresarios en algunas disposiciones legislativa de Diocleciano (284-305 d.C.)*, in *Ars Iuris*, 41, UP, 2009, pp. 223 ss.

De todos modos se trata de disposiciones que tienen una duración breve pues no se encuentran mencionadas ni en el Código Teodosiano ni en el Código de Justiniano: su abrogación probablemente se hizo poco tiempo después de la abdicación de Diocleciano en 305 por causa de la rápida desaparición de las mercaderías en los mercados, a pesar de la previsión de la pena de muerte para quienes lo hubieran hecho (líneas 140 – 145 del texto edictal).

3. El período del Bajo Medievo e inicios de la edad moderna (siglos XII – XV)

Después de los siglos del Alto Medievo en que la vida económica y social se fracciona en tantas pequeñas unidades así como pueblos, castillos, feudos, casi aislados entre ellos, tendencialmente autosuficientes y con tráficos escasos y en ámbito local, el cuadro se transforma rápidamente en el transcurso del siglo XII, generando durante los tres siglos sucesivos, un fuerte renacimiento económico principalmente encentrado en las actividades de las ciudades italianas del Centro y Norte, sobre todo las marineras (Venecia, Genova, Pisa y, durante un cierto período, también Amalfi), que se liberan del dominio del Sagrado Imperio Romano o el emperador bizantino y se constituyen como libres Comunas.

La población aumenta gracias a una mejora de las condiciones de vida, las ciudades se agrandan, los intercambios comerciales interiores y exteriores asumen carácter regular e intenso, las actividades productivas agrícolas y artesanales se incrementan y vuelve a difundirse la economía monetaria. En particular el radio más amplio de los comercios de las ciudades italianas determina por un lado, la creación de frecuentes intercambios entre ellas y por el otro, su extensión en ámbito mediterráneo, europeo y mundial (bastaría pensar en los viajes de Marco Polo y demás mercantes italianos a China).

A la dilatación se acompaña el aumento en calidad y cantidad de las mercancías que circulaban. Al aumento cuantitativo

contribuye el mejoramiento del nivel de vida y la participación de muchos países europeos que antes estaban excluidos, mientras que al aumento de calidad concurren las relaciones con las naciones africanas y asiáticas, de donde se importaban bienes que empezaban a ser considerados indispensables para la vida cotidiana (por ej. el azúcar y las especias) o bienes de lujo. A la mayor oferta de productos extranjeros se agrega un fuerte aumento de la producción agrícola e industrial de las ciudades italianas, cuyo crecimiento da inicio a una vida mejor de sus habitantes y una elevación de sus consumos sobre todo los de las familias aristócratas y burguesas. La vivacidad de los tráficos ocasiona la formación de las clases de los artesanos y pequeños y grandes mercantes, estos últimos normalmente no encuadrados en corporaciones profesionales (come ocurre en Venecia) y aplicados además del comercio en grande escala, también a negocios bancarios y de cambio[119]. A diferencia de lo que pasa a los grandes mercantes, para los demás existe el sistema de adhesión obligatoria a las corporaciones con todos los rígidos controles sobre sus miembros, negocios y precios.

También en esta edad las crisis afectan contemporáneamente a más aspectos de la economía: la producción alimentaria e industrial, los precios, el crédito y la política monetaria, las finanzas públicas. Las medidas utilizadas para solucionarlas en parte no parecen muy distintas de la que adoptaron los Romanos, en parte son totalmente nuevas. Sin embargo su exposición se presenta más difícil por la mayor complejidad de las fuentes de derecho que se deben examinar. De hecho la mayoría de normativas al respecto se encuentran en los estatutos comunales y no resultan coordinadas, aunque se puedan desprender unas líneas generales idénticas.

3.1. Remedios en materia anonaria y de precios

[119] Para un panorama general de la economíaitaliana bajo medievalsigue siendo útil el texto clásico de G. LUZZATTO, *Breve storia economica dell'Italia medievale*, Torino, Einaudi, 1958, pp. 70 ss.

Las frecuentes carestías debidas a malas cosechas imponían a los gobiernos comunales italianos formados por la aristocracia y la clase de ricos mercantes, regular y controlar las relaciones económicas entre ciudad y campo, actuando una política de abastecimiento de víveres tendiente a evitar los efectos de tales carestías y los consecuentes aumentos del costo de la vida y los sueldos de los trabajadores empleados por artesanos y comerciantes. Para esta finalidad fueron instituidas las oficinas del abastecimiento (anonarias), que proveían al censo periódico de los habitantes a sustentar (a excepción de los de la primera infancia) y evaluaban las reservas existentes, calculando las exigencias año por año y adoptando las medidas necesarias. Con base en los datos comunicados por estas oficinas las autoridades comunales intervenían para comprar grandes partidas de trigo en los lugares cercanos no afectados por las carestías o de las ciudades marineras que las importaban de los países mediterráneos productores, y para reglamentar precios y sueldos gracias al sistema corporativo[120].

3.2. Remedios en materia crediticia y monetaria

En primer lugar debe observarse que en las Comunas italianas del Bajo Medievo no necesitan intervenciones normativas dirigidas a la exclusión o limitación de los intereses del dinero prestado para aliviar las situaciones críticas de los deudores, puesto que dondequiera el mutuo con interés estaba prohibido en

[120] Sobre la organización administrativa de las Comunas véase M. ASCHERI, *Medioevo del potere. Le istituzioni laiche ed ecclesiastiche*, Bologna, Il Mulino, 2009, sobre todo pp. 272 ss.

base a una rigurosa interpretación de algunos pasajes de las sagradas Escrituras dada por la Iglesia y los juristas[121].

En el sector monetario el remedio habitual fue la devaluación de la moneda, empeorando la calidad de aquellas puestas en circulación y aumentando su cantidad con la creación de fenómenos de inflación. En el siglo XII, como ocurrió durante los siglos anteriores, la moneda acuñada por las ciudades italianas (después de haber conseguido del emperador alemán el derecho de hacerlo) era el denario de plata, cuyo contenido de metal precioso era disminuido en los momentos de crisis por dos motivos: uno técnico relacionado a su escasez y precio elevado, el otro político porque la acuñación de monedas con un valor siempre menor se presentaba como una solución sencilla que aumentaba el dinero en circulación, evitaba la agravación de la imposición fiscal a carga de los ciudadanos y permitía lucrar con las cantidades de dinero ahorradas, reduciendo el déficit financiero. En efecto en este lapso de tiempo se afirma la doctrina nominalista, según la cual, el valor de la moneda es el que le otorga la voluntad de quien gobierna (*valor impositus*), en contraposición a la teoría realista, seguida hasta entonces, por la cual no se puede reconocer a la moneda un valor mayor del metal que está contenido (*bonitas intrinseca*)[122]. El aumento del dinero en circulación junto al empeoramiento de su calidad también servían a otra finalidad: la de controlar los sueldos para bajar los costos de producción y facilitar las exportaciones en vista de favorecer el comercio internacional y salir de la crisis.

Sin embargo el rápido incremento de los intercambios comerciales de las ciudades italianas en Europa y Mediterráneo en el transcurso del XIII siglo demuestra la inadecuación de tal

[121] Fundamental al respecto es el texto de U. SANTARELLI, *Mercantes y sociedades entre mercantes*, trad. esp., México, ELD, 2010, pp. 229 ss.

[122] V. en propósito la importante investigación de P. GROSSI, *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel diritto comune*, Milán, Giuffré, 1960; más recién cf. T. DALLA MASSARA, *Obbligazioni pecuniarie. Struttura e disciplina dei debiti di valuta*, Padua, Cedam, 2012, pp. 101 ss.

medida de política financiera pues ocasionaba una completa desconfianza del denario de plata en los mercados. Además había otro factor negativo: la progresiva devaluación de las monedas de oro bizantinas y árabes que circulaban en Europa desde hace muchos siglos y se utilizaban en las transacciones comerciales más importantes porque consideradas como dignas de particular confianza. Así los gobiernos de las Comunas más grandes se encuentran en la necesidad de acuñar su propia moneda de oro que pudiera sustituirse a las árabes y bizantinas y ganar la confianza universal. El camino fue abierto por Federico II, rey de Sicilia y Nápoles y emperador del Sagrado Romano Imperio, que hizo acuñar en 1231, el augustal de oro (*augustalis*), con un peso de 6 gramos y un título de 20 quilates, pero fue constreñido a suspender su emisión poco tiempo después. Por el contrario el mérito de haber introducido monedas de oro que obtuvieron durante siglos la confianza de los mercados internacionales es de las ciudades de Florencia, Génova y Venecia que pusieron en circulación, respectivamente, el "fiorino d'oro", el "genoino" y el "ducato d'oro", cada uno con peso de 3.5 gramos y título de 24 quilates. Estas monedas se impusieron rápidamente solucionando el problema de la desvaluación monetaria por lo menos a nivel de tráficos internacionales.

3.3. Remedios en materia financiera

El desarrollo económico de las comunas italianas a fines del siglo XII, ocasionó la formación de un sistema financiero complejo conexo al conjunto de tareas administrativas que asumieron. Se introdujeron balances divididos en una parte ordinaria y una extraordinaria, pero las entradas siempre eran insuficientes respecto del aumento de los gastos. Los más pesados eran los militares. Mientras que las guerras se combatían por milicias ciudadanas constituidas con alistamiento

obligatorio y gratuito de los habitantes, sus costos eran detenidos en sumas modestas, pero cuando sobre todo con la mitad del siglo XIII, las guerras se hacen más largas y extendidas a las milicias ciudadanas se agregan y sustituyen las mercenarias con un sensible aumento de los gastos. Por ejemplo, la guerra de Florencia en contra del Papa en 1378, le cobra la cifra espantosa de dos millones y medio de florines de oro. En el mismo tiempo nace y se articula una creciente burocracia profesional que se añade a las magistraturas honorarias y gratuitas y termina por gravar en el balance comunal.

Por lo tanto las autoridades comunales tienen que enfrentar necesidades nuevas que les imponen la adopción además del sistema de entradas ordinarias, de un complejo de remedios extraordinarios consecuentes a las situaciones de crisis. De hecho no bastaban a cubrir los gastos ni las entradas patrimoniales derivantes del arrendamiento de terrenos agrícolas, edificios y almacenes comunales ni los impuestos a carga de los habitantes. Al respecto se necesita recordar que tenían un carácter estable sólo los impuestos de los consumos, comercio de importación y exportación y negocios, mientras que aquellos directos fueron extraordinarios hasta el siglo XV, con una distinción – así como en época romana - entre impuestos personales dichos "por hogares" (*per fumantes*), fundados en el censo de las familias sujetas, e impuestos reales recaudados con base en la estimación de todo el patrimonio mobiliario e inmobiliario según lo declarado por el contribuyente y revisado por una comisión comunal de estimadores (*allibratores* o *aestimatores*).

Sin embargo por sus necesidades financieras los gobiernos comunales en lugar de proceder a la imposición fiscal directa, prefieren recurrir al instrumento de la deuda pública mediante la cual recolectaban los capitales necesarios, prometiendo el pago de intereses a quienes hubieran prestado su dinero a la Comuna. Para evitar la prohibición de pagar intereses sancionada para los préstamos por la legislación civil y canónica, a la que nos referimos antes (§ 3.2), se pone en relieve

la utilidad pública de estas formas de préstamos, como afirmaba el gran jurista Baldo degli Ubaldi (m. en 1400), según el cual era lícito el establecimiento de intereses cuando era establecida por ley y tendía como en la deuda pública, a favorecer el propio deudor (esto es la Comuna que había recibido el dinero de los ciudadanos)[123].

El monto de intereses prometidos variaba según las condiciones del mercado y su pago estaba garantizado en los balances comunales por determinadas entradas, que a veces como en Génova, eran cobradas por los mismos acreedores. Pero normalmente la recaudación era confiada a las oficinas comunales que las vinculaban al pago de los intereses y a la restitución del capital.

Al sistema originario de los préstamos voluntarios se sustituye rápidamente durante el siglo XIII, por el de los préstamos forzosos impuestos a los ciudadanos con la emisión de títulos que ellos podrían comerciar libremente y que daban legitimación a reclamar los intereses a las fechas de expiración fijadas. Así se forma una deuda pública consolidada, en que no estaba prevista la restitución de los capitales a los acreedores, sino el sólo pago de un interés uniforme de 5% a quien presentaba el título, a pesar de que fuese el acreedor originario o bien un comprador sucesivo. Especial es la experiencia de Génova en donde a inicios del siglo XV, se instituye la Casa di S. Giorgio, un banco público encargado de la administración autónoma de la deuda pública, en cuya gestión prevalecen los representantes de los acreedores respecto de los de la Comuna. De hecho son ellos que controlan el monopolio de la sal, recaudan una serie de impuestos y administran posesiones genovesas como la isla de Córcega[124].

---

[123] V. al respecto U. SANTARELLI, Sei lezioni sull'usura, Pisa, SEU, 1995, pp. 51 ss.

[124] Para un cuadro general de las actividades de la Casa v. G. FELLONI, *I primi banchi pubblici della Casa di San Giorgio (1408 – 35)*, in *Banchi pubblici, banchi privati e monti di pietà nell'Europa preindustriale*, in *Atti*

4. Las décadas entre la proclamación del Reino de Italia y fines del siglo XIX (1861 – 1894)

El último lapso de tiempo que examinamos concierne los primeros cincuenta años después de la fundación en 1861 del Reino de Italia, el nuevo Estado unitario que sucede a trece siglos de división del país. En el momento en que nace sus condiciones económicas eran más atrasadas que las de las demás naciones capitalistas: el sector más importante permanecía la agricultura, la red de ferrocarriles y carreteras era incompleta y los medios de transporte inadecuados, las pocas industrias se concentraban en unas áreas sobre todo del Centro – Norte y los tráficos comerciales entre las distintas regiones se habían desarrollado poco a causa de las barreras aduaneras creadas por los antiguos estados preunitarios. En los años siguientes a su fundación, el nuevo Reino realiza un plan muy amplio de obras públicas e inversiones que determina una mejora general de la situación económica compleja, pero con una diferencia muy evidente entre las regiones del Norte y el Sur. Así paulatinamente Italia alcanza un nivel de desarrollo que la acerca a los demás grandes países europeos, hasta llegar a la cumbre que ocurre en los años inmediatamente anteriores a la Primera Guerra Mundial (1903 – 1914), cuando la economía italiana resulta bien integrada en el más amplio contexto continental.

Obviamente a lo largo de estos cincuenta años hay dos profundas crisis en los períodos 1861 – 1867 y 1888 – 1894, cuya solución impone al gobierno la adopción de medidas específicas sobre las cuales nos concentraremos a continuación[125].

della Società ligure di storia patria, 105, Genova, 1991, pp. 227 ss., sobre todo pp. 236 ss.

[125]Sobre la económia de este período y los remedios decididos para enfrentar las situaciones críticas existe una bibliografía inmensa: nos limitamos a renviar a la obra clásica de G. LUZZATTO, *Storia economica dell'età*

4.1. Los remedios aprobados en relación a la crisis de los años 1861 – 1867

Las causas más evidentes de esta crisis son debidas a la situación desastrosa de las financias estatales inmediatamente después la proclamación del Reino de Italia. De hecho mientras que las entradas se mantienen estables, los gastos aumentan de una forma exagerada en relación a la necesidad de dotarse de estructuras unitarias y eficientes y por motivo de otra guerra en contra de Austria en 1866. La medidas extraordinarias que el gobierno adopta para cubrir el desequilibrio consisten en el recurso intensivo a la deuda pública con la emisión de títulos vendidos a precios oscilantes entre 70 y 71% de su valor nominal y productivos de un interés de 7 %. El resultado es que el Estado se endeuda por 2660 millones de liras, cobrando solo 1800 millones y que los títulos de la deuda pública italiana son comprados sobre todo por banqueros e inversores extranjeros también a causa de la debilidad del sistema bancario nacional. De eso deriva como otra consecuencia la de exponer la evaluación de los títulos a las oscilaciones de los mercados financieros internacionales (en primer lugar de Londres y París), en donde a menudo se podían adquirir a precios menores a veces por la mitad, respecto del mercado nacional. Y también los pocos bancos italianos que tenían los recursos adecuados consideraban más conveniente comprarlos en los mercados extranjeros utilizando para tal finalidad el dinero metálico (de oro o plata) de los depósitos de sus clientes, pues la mayoría de

moderna e contemporanea, II, Padua, Cedam, 1960, pp. 372 ss. Y más recién G. PESCOSOLIDO – L. CONTE – V. ZAMAGNI, *L'unificazione economica*, en *L'Unificazione italiana*, pubblicazione dell'Istituto dell'Enciclopedia italiana Treccani *on-line*, pp. 407 – 484, en https://www.aspeninstitute.it/UNIFICAZIONE_ITALIANA_SEZIONE_4_F_P, con una indicación completa de las opiniones de los autores modernos.

la población de la península todavía tenía mucha desconfianza hacia el papel moneda.

La gran cantidad de metales preciosos gastados así por los bancos italianos junto a las inquietudes de muchos depositantes que prefieren cambiar sus billetes en oro pues aun se admitía la conversión, impone la aprobación en 1866, de un decreto ley real (n. 2873/ 1866) propuesto por el Ministro de las Finanzas (Antonio Scialoja), con el que fue suspendida la convertibilidad de los billetes y se introdujo el curso forzoso del dinero al dar al papel moneda un valor igual al de las monedas metálicas y consecuentemente permitir la emisión de un número siempre crecente de billetes.

Además del curso forzoso, el otro remedio elegido fue la agravación de la presión fiscal con el aumento de la parte alícuota de los impuestos ya existentes e introducción de nuevos como el del trigo molido (con ley 7 de julio de 1868), pagado directamente por los molineros con derecho de reembolso hacia los productores. Después con la ley n. 1830/ 1864, se instituye un impuesto directo único sobre las rentas de riqueza mueble proveniente de fuentes distintas de las rentas fundirías e incluyendo también a los intereses pagados por el Estado en la deuda pública. También se añaden un impuesto "sobre los negocios" (leyes n. 585 e n. 586 de 1862), sustitutivo de tributos que antes eran separados, un impuesto sobre las manos muertas (ley n. 587/ 1862), la circulación y negociación de títulos (ley n. 4480/1868) e hipotecario (ley n. 593/ 1862).

Estas drásticas medidas y el mejoramiento de las exportaciones junto con una coyuntura internacional más favorable permiten la progresiva superación de la crisis al punto que se llega al equilibro del balance estatal en 1875, que hace posible la abolición en 1880 del impuesto sobre el trigo molido (que había sido fuente de graves tensiones sociales) y la aprobación en 1881 de una ley (la n. 133/1881), con la que se elimina el curso forzoso y se vuelve a admitir la convertibilidad de los billetes con limitación al sólo cambio en monedas de plata.

4.2. La crisis de 1888 – 1894 y los remedios adoptados para superarla

Si la crisis de los años inmediatamente sucesivos a la Unidad nacional fue debida a factores interiores, la que se manifiesta a fines del siglo XIX depende mucho también de factores internacionales como muestra el grado de integración alcanzada por las economías de los países europeos (interrumpida solo con la Primera Guerra Mundial). En primer lugar se trata de un crisis comercial conexa a la ruptura en 1888 del tratado de comercio con Francia, uno de los principales socios en los intercambios con Italia, y paralela a la adopción en 1887 de aranceles aduaneros fuertemente proteccionistas, que determinan un declive considerable de las importaciones/exportaciones y sobre todo afectan al sector agrícola de las regiones meridionales[126]. A la comercial si agrega también la crisis de las construcciones inmobiliaria después del boom de los años anteriores, que se refleja en el sector bancario y de la producción industrial, perjudicado en parte por los costes mayores de importación de las maquinarias debidos a la política proteccionista. Consecuente a un cuadro económico tan grave es la emigración masiva de la población italiana hacia las Américas, cuyo número supera el millón de personas al punto que muchos contemporáneos consideran como una verdadera "medida anticrisis" la de motivar a la gente a emigrar.

Muy grave es la crisis bancaria. Después de que también en Italia nació un sistema de bancos modernos en las décadas finales del siglo XIX, muchos institutos deciden invertir sus capitales en la especulación inmobiliaria, muy activa y rentable sobre todo en Roma, la nueva capital del Reino. Los bancos Banca Tiberina y Banca Romana más que otros, invierten sumas más altas de las que disponen de modo que la crisis del sector

[126]Per uno sguardo d'insieme v. R. FAUCCI, *Protezionismo*, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, 1997, disponibile on-line al seguente indirizzo: http://www.treccani.it/enciclopedia/protezionismo_(Enciclopedia_delle_scienze_sociali)/.

inmobiliaria provoca su insolvencia y no obstante las tentativas de salvamento por parte de la Banca Nazionale, quiebran. Clamorosa es la quiebra de la Banca Romana en 1893 por el escándalo ocasionado por una serie de estafas conexas a la insolvencia en que estaban involucrados también políticos. Contemporáneamente en el mismo año 1893, quiebran también otros dos grandes bancos (Società Generale di Credito Mobiliare y Banca Generale), por haber concedido préstamos con demasiada facilidad a empresas ya en crisis que después quebraron.

Frente al cuadro que acabamos de exponer los remedios elegidos por las autoridades gubernamentales proceden en dos direcciones. La primera es la de superar el proteccionismo comercial al terminar en 1892, la guerra de aranceles con Francia y celebrar nuevos tratados comerciales con los demás países tendientes a favorecer las importaciones y exportaciones que así redoblaron en diez años. De tal manera el balance comercial se hace tan próspero que la lira italiana tiene un curso igual a aquel del oro hasta 1914. La segunda dirección consiste en una refundación completa del sistema bancario con la creación en 1893 de la Banca d'Italia y nuevos institutos bancarios como la Banca Commerciale Italiana y el Credito italiano.

La reactivación nacional también fue beneficiada por una coyuntura internacional favorable que prueba una estrecha interconexión entre economías capitalistas terminada sólo por el primer conflicto mundial.

5. Conclusiones

En las tres épocas examinadas se destacan una recurrencia remarcable en las características de las crisis que ocurren y una repetición bastante constante de remedios adoptados para solucionarlas: intervenciones para controlar los precios de los géneros de primera necesidad y los servicios; disminución del

valor de la moneda y aumento de la inflación; incremento de la presión fiscal.

En la edad romana se añade a veces, una legislación destinada a limitar la tasa de interés sobre las sumas prestadas y medidas específicas para aumentar la cantidad de moneda en circulación. Sin embargo falta un sistema de deuda pública al que se sustituye el recurso a la imposición fiscal extraordinaria. Por el contrario este sistema es empleado enormemente en el mundo comunal cuando las autoridades imponen a los ciudadanos préstamos forzosos para equilibrar el déficit debido al incremento desmedido de los gastos sobre todo en los sectores militar y de la defensa. Pero cesan las intervenciones sobre las tasas de interés a causa de la prohibición de origen canónico de celebrar mutuos rentables.

En el Estado moderno surgido de la unidad nacional la gestión de las crisis implica además de las intervenciones de tipo tradicional, medidas legislativas de emergencia en la deuda pública, colocación en el mercado de sus títulos y saneamiento del sistema bancario y crediticio. Los costos sociales son compensados en parte con una política de favor hacia la emigración de las clases más pobres de la población a otros países.

Si se hace una comparación aunque superficial con las crisis contemporáneas y las medidas adoptadas para contrastarlas, llama mucho la atención la ausencia en cada una de las épocas históricas analizadas de cualquiera consideración del impacto en los derechos fundamentales de las personas. Si eso se puede entender para el Estado antiguo y las Comunas medievales, en donde todavía no se había desarrollado una teoría de tales derechos, por el contrario sorprende con referencia al Estado liberal del siglo XIX, en que existía una constitución (el Statuto Albertino de 1848) que los reconocía aunque con menor intensidad respecto de la actual.

Alice CHERCHI, *Ricerche sulle «usurae» convenzionali nel diritto romano classico*, Napoli, Jovene, 2012;

Tommaso DALLA MASSARA, *Obbligazioni pecuniarie. Struttura e disciplina dei debiti di valuta*, Padova, Cedam, 2012;

Riccardo FAUCCI, *Protezionismo*, in *Enciclopedia delle Scienze Sociali*, 1997, disponibile on-line: http://www.treccani.it/enciclopedia/protezionismo_(Enciclopedia_delle_scienze_sociali)/

Giovanni FELLONI, *I primi banchi pubblici della Casa di San Giorgio (1408 – 35)*, in *Banchi pubblici, banchi privati e monti di pietà nell'Europa preindustriale*, in *Atti della Società ligure di storia patria*, 105, Genova, 1991;

Marta GIACCHERO, *Edictum Diocletiani et Collegarum de pretiis rerum venalium*, Genova, Istituto di Storia antica e Scienze ausiliarie, 1974;

Paolo GROSSI, *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel diritto comune*, Milano, Giuffré, 1960;

Gino LUZZATTO, *Breve storia economica dell'Italia medievale*, Torino, Einaudi, 1958;

Gino LUZZATTO, *Storia economica dell'età moderna e contemporanea*, II, Padova, Cedam, 1960;

Guido PESCOSOLIDO – L. CONTE – V. ZAMAGNI, *L'unificazione economica*, en *L'Unificazione italiana*, pubblicazione dell'Istituto dell'Enciclopedia italiana Treccani *on-line*, pp. 407 – 484, en https://www.aspeninstitute.it/UNIFICAZIONE_ITALIANA_SEZIONE_4_F_P;

Aldo PETRUCCI, *Mensam exercere. Studi sull'impresa finanziaria romana*, Napoli, Jovene, 1991;

Aldo PETRUCCI, *Profili giuridici delle attività e dell'organizzazione delle banche romane*, Torino, Giappichelli, 2002;

Aldo PETRUCCI, *La tutela de los contratantes frente a los empresarios en algunas disposiciones legislativa de Diocleciano (284-305 d.C.)*, in *Ars Iuris*, 41, UP, 2009;

Aldo PETRUCCI, *Corso di diritto pubblico romano*, Torino, Giappichelli, 2012;

Giovanni ROTONDI, *Leges publicae Populi Romani*, rist. Hildesheim, Georg Olms, 1966;

Umberto SANTARELLI, Sei lezioni sull'usura, Pisa, SEU, 1995;

Umberto SANTARELLI, *Mercantes y sociedades entre mercantes*, trad. spagnola, México, ELD, 2010;

Feliciano SERRAO, *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma* I, Napoli, Jovene, 2006.

Derecho constitucional
Diritto costituzionale

ESCUELA LIBRE DE DERECHO
BIBLIOTECA

Esquemas constitucionales y legales en México: federales, estatales y municipales, de participación, supervisión y control social de las facultades económicas y normativas de la autoridad. Capacidad legal de reacción efectiva de los sectores sociales en tiempo de crisis

Schemi costituzionali e legali in Messico: federali, statali e municipali, di partecipazione, supervisione e controllo sociale delle facoltà economiche e normative delle autorità. Capacità legale di reazione effettiva sui settori sociali in tempo di crisi.

Rubén Minutti Zanatta
Escuela Libre de Derecho

Sumario. 1. Introducción, planteamiento y metodología. 2. Federación y economía. 2.1 Distribución de facultades 3. Sectores y derechos sociales. 4. Legislación, jurisprudencia y tratados. 5. Legislaturas 5.1. Partidos políticos. 5.2. Representación y representatividad. 6. Estado de Derecho, elementos esenciales. 6.1 Controles. 6.1.1 jurisdiccionales 6.1.2 administrativos 6.1.3 Sociales. 7. A manera de conclusiones.

Resumen: Los derechos sociales gozan en México de rango constitucional, tanto expresamente en el articulado, como en supletoriedad vía instrumentos internacionales; y son desarrollados considerablemente por la legislación secundaria sustantiva. Las atribuciones federales y locales en materia económica, gozan del mismo nivel aunque con menor exactitud y exhaustividad en norma secundaria. En ambos casos, con un marco jurídico en principio suficiente y complementado con jurisprudencia, las deficiencias se presentan en su aplicación y cumplimiento. No obstante, no se dan los elementos necesarios para una reacción efectiva de los sectores sociales en caso de verse afectados o en riesgo inminente de ello, tanto en tiempo de crisis como de relativa estabilidad. Las causas son diversas y el

problema complejo, así como cualquier intento de propuesta para una gradual solución, dada la indispensable coparticipación entre autoridades federales, estatales y municipales, por un lado, y los propios sectores sociales, por otro; en una conjunción de mutuos derechos y obligaciones, y recíproca y permanente supervisión, a efecto de producir condiciones reales de anular, corregir e implementar medidas.

Riassunto: I diritti sociali godono in Messico di rango costituzionale, in quanto sono richiamati espressamente negli articoli della Costituzione, riconosciuti in atti internazionali e poi attuati e sviluppati nella legislazione ordinaria e regolamentare. In materia economica le competenze federali e locali sono paritarie, anche se l'intervento con normativa secondaria è meno preciso e completo. In entrambi i casi, nonostante un quadro giuridico adeguato per quanto riguarda le norme di principio ed integrato dalla giurisprudenza, permangono carenze per quanto attiene la loro applicazione ed esecuzione. Tuttavia, non sono previsti gli strumenti necessari per una risposta efficace sui settori sociali, sia in tempo di crisi che di relativa stabilità. Le cause sono molteplici e complessi sono i problemi, così come è difficile fare qualsiasi proposta per una soluzione graduale, data la necessaria collaborazione tra autorità federali, statali e municipali, da un lato, e gli stessi settori sociali, dall'altro; in una combinazione di diritti e obblighi reciproci, di vigilanza reciproca e permanente, al fine di produrre le condizioni effettive per annullare, modificare o invece attuare le misure sociali necessarie.

Palabras clave: Reacción, efectiva, derechos/sectores sociales, garantía, comunidad, deberes, distribución, equidad, federación, obligación prestacional, políticas públicas, crisis, participación, supervisión, corresponsabilidad, transparencia.

Parole chiave: reazione, efectiva, diritti/settori sociali, garanzia, comunità, doveri, distribuzione, equità, federazione, obligazione prestazionale, politiche publiche, crisi, partecipazione, supervisione, corresponsabilità, transparenza.

1. Introducción, planteamiento y metodología

Reconocimiento. Comenzamos por reconocer al Profesor Roberto Romboli, líder y origen de este proyecto conjunto, cuya brillantez y capacidad se manifiesta no sólo en su obra publicada y su labor docente, sino en su comunicación y gran institucionalidad académica. La elección y propuesta del tema para este año es un claro ejemplo de su visión estadista. ¿Qué más importante hoy que el eterno reto jurídico de proteger a la persona de los actos (y omisiones) de autoridad y de los *poderes salvajes del mercado* (Ferrajoli *dixit*) o *factores reales de poder* (Lassalle)? ¿Cómo lograr una justa distribución competencial y económica en formas de estado complejas? El tema nos permite ir a la esencia de la naturaleza humana, y por ende del derecho; al mismo tiempo que nos obliga a seguir reflexionando sobre otra disyuntiva constante: los alcances de las obligaciones de la autoridad, por un lado, y del gobernado por otro, en materia de derechos sociales. ¿Hasta dónde debe llegar la autoridad y desde dónde comienza el deber de la sociedad para complementar la función pública?

Posicionamiento. Me declaro realista, más no pesimista, y parto del triunfo de la economía sobre el derecho como un hecho histórico. Nunca un fenómeno económico trascendente ha sido frenado por el derecho, por lo menos a corto y mediano plazo.[127] Sin embargo, conservo la esperanza (quizá ilusión), de

[127] El narcotráfico es ejemplo claro. Es cada vez más contundente el hecho de que ningún ejército, policía o política pública lo podrá detener, como tampoco se puede evitar la piratería "por decreto", al prohibirla y sancionarla, aun penalmente; en Asia, África y Latinoamérica, la mayoría de la población seguirá comprando DVDs o CDs de $5 pesos (mexicanos = 40 centavos de dólar aproximadamente), en lugar de pagar $50 (diez veces más), $100 o

que el derecho va gradual y lentamente ganando batallas dentro de la gran guerra, aunque a veces una derrota borra muchas victorias, algunas de las cuales abordaremos en este estudio.[128] Ninguno de los dos extremos ha probado históricamente eficacia, ni el modelo de extrema libertad del capital privado ni el control absoluto de la economía por el sector público; así, seguimos en la búsqueda de un equilibrio, de un justo medio de supervisión y control de excesos. Sin embargo, en México las autoridades no han probado ser buenos controles, y la sociedad no ha sabido supervisar al *supervisor*. Aunado a esto, el federalismo mexicano, con problemas de origen, no ha desarrollado históricamente sus funciones naturales en pro de una mejor distribución de la riqueza y protección de los derechos sociales, sobre todo a nivel estados y municipios.

Actualidad. Ejemplos sobran, la crisis financiera-inmobiliaria de 2007-08, que inició en EUA, es quizá la más reciente ilustración de que los banqueros influyen determinantemente en las leyes financieras (por no decir que las "hacen"), las compañías petroleras en la legislación energética[129], las grandes empresas mayoristas en las leyes de "protección" al consumidor, las compañías de seguros lo mismo en su materia[130]. Hoy tenemos un claro ejemplo en materia de telecomunicaciones, donde las principales empresas en México dan muestra de su poder frente al Congreso de la Unión, los

$150; independientemente de la ética, la moral y la ley; la economía se impone.

[128] Ejemplos: La conocida época de la "La Prohibición" en EUA, (1920s) de la venta de alcohol, o el tráfico de drogas, desde que estas existen como mercancía ilegal; así como las crisis financieras de distinto origen: bursátil, inmobiliaria, petrolera, comercial; o cualquier otra naturaleza: bélica, alimenticia, migratoria,…

[129] Ver los recientes comentarios de nuestro Rector (ELD), Lic. Fauzi Hamdan Amad, en su entrega semanal del 12/08/14 intitulada *Urgente: aprender de la historia*.http://www.eld.edu.mx/comentarios-del-rector/

[130] Rubro magistralmente ilustrado, si bien dramatizado, en el ámbito literario estadounidense por autores como John Grisham en *The Rainmaker*. www.jgrisham.com/books/

partidos, y el propio Ejecutivo, al intervenir sustancialmente en el desarrollo de la nueva legislación secundaria de las reformas constitucionales 2013[131], aun en contra del espíritu mismo del nuevo texto constitucional, a través de complejos esquemas semánticos de interpretación legislativa, altamente técnica,.

Esencia. Los hechos son indiscutibles, por ello, más bien la interrogante que debemos plantearnos es ¿por qué no hemos podido, como sociedades locales y comunidad internacional, garantizar los derechos sociales fundamentales? principalmente en tiempo de crisis, época en que se acentúa la necesidad de su garantía. ¿Por qué no podemos controlar al dinero con el derecho, al interés económico con las leyes, a la ambición desmedida de unos cuantos con el argumento (teóricamente indiscutible) del interés general y del orden público en beneficio de la mayoría? ¿Cómo fiscalizar a los distintos niveles de autoridad en su facultad económica y distributiva? ¿Cómo reaccionar ante irregularidades, daños y perjuicios, principalmente cuando afectan derechos sociales y fundamentales? ¿Contamos con capacidad legal para reaccionar? ¿Esta reacción es efectiva? Si no, ¿qué falta y por qué?

Anticipando conclusiones. Partimos de que México no es la excepción al resto del mundo occidental y, tanto en lo jurídico como económico, las minorías organizadas cuentan con una mayor representación (y presencia permanente) que las grandes mayorías (demográficas, no jurídicas) desorganizadas, en la producción legislativa, las políticas públicas y el acceso a la justicia. Ello implica la defensa prioritaria de intereses minoritarios, que generalmente son contrarios a los mayoritarios, lo cual es directamente proporcional a la capacidad de reacción efectiva ante las afectaciones sufridas por ambos bandos. Otro presupuesto innegable, es que la estadística y la historia muestran que el poder económico siempre buscará la forma de economizar recursos y lucrar más, aun a costa de

[131] DOF 11/06/13.

evadir, legal o ilegalmente, responsabilidades fiscales o financieras; ya sea a través de medios ilícitos, del fraude a la ley o del cabildeo. Para ello paga a los mejores fiscalistas (abogados y contadores) y cabilderos para reducir impuestos o no pagarlos[132]; o incluso incurrir en prácticas de corrupción de los distintos niveles de autoridad[133], sin importar si son empresas menores o transnacionales, acuden al soborno sin escrúpulos (no es casual el adjetivo *ferrajoliano* de *salvajes*). Los propios actores económicos como factores reales de poder han decidido trabajar con el estatus quo y no invertir en el mejoramiento de la justicia en México.

Contrario a otras sociedades[134], en México no hemos logrado desarrollar un sentido de *comunidad*, que anteponga el bienestar común y general al particular y/o sectorial. Los altos índices de corrupción son muestra patente de ello, así como el bajo nivel educativo (en su faceta cívica principalmente), que se proyecta en un acentuado egoísmo individualista, particularmente en tratándose de ilícitos no sancionados eficientemente.[135] El estudio multidisciplinario de las causas rebasa al presente trabajo, pues son vastas y complejas; de índole histórico, político, económico, sicológico, antropológico,

[132] También sobran ejemplos históricos y actuales, desde los famosos casos del crimen organizado en EUA con las grandes evasiones fiscales, Alphonse Capone, Enron, etc.

[133] Ver: Periodismo de investigación: *El caso Wal Mart de México,* Elsie Mc Phail Fanger *RAZÓN Y PALABRA, que narra un caso de sobornos por parte de la multinacional en México para obtener beneficios.* http://www.www.razonypalabra.org.mx/N/N81/V81/11_McPhail_V81.pdf

[134] Como nuestros vecinos norteamericanos (EUA y Canadá), algunos países europeos como Alemania, Austria y Suiza; asiáticos, como Japón, incluso centro y sudamericanos como Costa Rica y Chile, por citar algunos.

[135] La legislación local en materia de infracciones administrativas menores es relativamente completa y moderna, y se reduce al respeto de reglas básicas de convivencia; sin embargo no es cumplida ni aplicada. Por ejemplo, si la Ley de Cultura Cívica del D.F. se aplicara, el tejido social sería otro en la Capital de nuestro País.

sociológico, y jurídico, entre las principales, y sólo nos ocuparemos de lo que nos compete.

Otra conclusión anticipada, es que a pesar de que se ha logrado superar intereses contrarios a la sociedad (o sectores sociales mayoritarios) con importantes avances a nivel constitucional y legal en materia de distribución presupuestal y derechos sociales, los principios y normas no impactan la realidad, no se actualizan, no se aplican, no se cumplen; ni por las autoridades administrativas ni por las jurisdiccionales. Incluso podríamos decir que nuestro marco jurídico en la materia es considerablemente completo y moderno, pero no es efectivo, o mejor dicho, no se hace efectivo. La intención es analizar, con base en los antecedentes y casos concretos, las causas del actual estatus y de los avances y/o retrocesos respecto de nuestro objeto de estudio, en cuanto a la evolución de las figuras e instituciones que permitan una reacción social efectiva en tiempo de crisis.

Metodología. Buscaremos precisar, dentro del mayor grado de objetividad posible, definiciones y conceptos, para saber de qué estamos hablando, y unificar criterios; por lo menos para efectos de esta investigación. En este orden, haremos una breve descripción del marco jurídico mexicano, respecto de las facultades económicas de la autoridad y los derechos sociales, al mismo tiempo que buscaremos describir cómo México ha intentado reaccionar a la omnipresente manifestación de la corrupción, la negligencia, *los factores de poder*, y demás fenómenos que impliquen desigualdad e injusticia; reacción que efectivamente existe, aunque en un menor grado, comparado con otras democracias occidentales (Europa) y regionales (Norte, Centro y Sudamérica).

Esta *reacción* se podrá *medir* mediante el escrutinio de la capacidad del Estado de *construir* e implementar distintas instituciones jurídicas; desarrollar y aplicar políticas públicas y económicas, y diversas combinaciones de todas ellas.

A riesgo de obviedad, es importante reconocer que los temas que abordaremos han sido mejor abordados por distintos

autores, pues la complejidad de los derechos sociales y sus implicaciones, desde hace décadas plantea problemas relevantes cuyas soluciones en buena medida marcarán el futuro de la humanidad. Por ello buscaremos complementar ideas y no repetir lo dicho por autores como Elisur Arteaga[136] y Miguel Carbonell[137] en México, y Gerardo Pisarello, Ernst-Wolfang, y Fco. José Contreras Peláez fuera de nuestro país, que, entre otros, han desarrollado a detalle parte de la doctrina que nos ocupa, principalmente respecto de la esencia temática, es decir, sus grandes retos e interrogantes, a saber: la naturaleza jurídica de los derechos sociales, la precisión de los distintos sectores sociales, los alcances de la obligación de las autoridades y la distribución de su responsabilidad en sistemas federales o descentralizados.

2. Federación y economía

México, en reflejo del modelo constitucional estadounidense de 1789, adoptó el sistema federal residual[138] desde su primera Constitución independiente en 1824; aunque con una diferencia sustancial respecto a su vecino del norte, pues no existían colonias consolidadas como en EUA[139]; esto es, en cierta forma

[136] Ver Arteaga Nava, Elisur, *Garantías individuales*, México 2009;

[137] Ver Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, 2006.

[138] Se copió de EUA la fórmula residual, aunque no completa: Nuestro artículo 124 la contiene: *Artículo 124.-Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.* (http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/legmexfe.htm consulta 09/08/14) La Décima Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos dice: *Las facultades no delegadas a los Estados Unidos por la Constitución, ni prohibidas a los Estados, quedan reservadas a estos respectivamente, **o al pueblo**.* (*La Constitución de los Estados Unidos*, -traducción Minutti R.& Glz Alcántara, R., Porrúa, México, 2004).

[139] Algunas de ellas inclusive con su propia constitución (1776: New Hampshire, South Carolina, Virginia, New Jersey, Delaware, Pennsylvania, Maryland & North Carolina. 1777: Georgia, New York & Vermont. 1778 South Carolina. http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/chrono.asp)

se impuso un esquema un tanto artificial, y no como resultado natural de una situación preexistente[140]. Esto implicó un desarrollo distinto, que derivó en un centralismo de facto durante los siglos XIX y XX; y un escaso ejercicio de las facultades federales, ajeno al texto constitucional vigente; situación que, sumada a otros factores de carácter demográfico, étnico, cultural, etcétera, incrementó la dificultad para consolidar un auténtico federalismo.

Es hasta finales del siglo XX, con el final de una hegemonía unipartidista, que comienzan los primeros intentos de un ejercicio federal. En 1989, surge el primer gobernador distinto al partido que tuvo el control de todos los poderes estatales (ejecutivos y legislativos) durante más de 70 años (PRI), situación que se continúa con los años y otros partidos de oposición; lo que aunado al final del monopolio mayoritario en la Cámara de Diputados en 1997, produce una nueva composición y exige un cambio de la política federal. Los gobernadores de oposición, e incluso algunos del propio PRI, ya no se alinearon ciegamente al presidente de la República en turno, e intentan iniciar una nueva etapa. El 13 de julio de 2002, nace la Conferencia Nacional de Gobernadores (Conago), en un esfuerzo por un federalismo real, que se describe a sí misma, como *un foro permanente, el cual busca fortalecer el federalismo mediante mecanismos democráticos,... espacio incluyente, abierto a todas las entidades del país, sin distinción de partidos políticos.* A continuación se presentan sus fundamentos:

- *La Conago funciona como un espacio institucional permanente para lograr un mayor **equilibrio y mejor distribución** de las potestades que corresponden a los órdenes de gobierno federal y estatal.*

[140] Aunque hay una teoría que intenta explicarlo como consecuencia de las diputaciones provinciales. Ver Lee Benson, Nettie, La diputación provincial y el federalismo mexicano Programa Editorial de la Coordinación de Humanidades/COLMEX, edición: 2ª, México, 1994. Páginas: 316

- *Impulsa el **fortalecimiento de las entidades federativas** para que contribuyan en mayor medida al desarrollo nacional, así como **para que cuenten con los recursos y capacidad de respuesta de las demandas de sus comunidades.***
- *Propone el diseño de **programas incluyentes que satisfagan las demandas de seguridad, justicia, bienestar social, democracia y transparencia.***
- *Busca promover la consolidación de una **nueva relación de respeto** y colaboración entre los órdenes de gobierno.*
- *Tiene dentro de sus objetivos **realizar proyectos y estudios políticos, económicos, sociales y jurídicos, para así deliberar y proponer soluciones sobre asuntos relativos a política presupuestaria, transferencia de potestades y recursos, desarrollo social, seguridad pública, servicios públicos, procesos de desarrollo y descentralización administrativa, políticas de inversión pública, fortalecimiento a los gobiernos locales** y relaciones intergubernamentales.*
- *Finalmente, la Conago confirma su compromiso con la sociedad de México y busca en todo momento el desarrollo nacional, apegado a las demandas y a la **responsabilidad social**.*[141]

Sin juzgar sobre la *Conago* o su justificación, baste mencionar que su sola existencia es sintomática; podemos afirmar que todos los objetivos que persigue el documento arriba transcrito, reflejan cada uno alguna deficiencia histórica que se busca corregir; y pareciera tener como principal objetivo atenuar el aparentemente inevitable favoritismo del Presidente y mayoría legislativa en turno hacia los gobernadores cercanos, ya sea por identidad de partido, origen político, cercanía personal, etc.

[141] http://www.conago.org.mx/

2.1. Distribución de facultades

La Constitución las establece básicamente en los artículos 25, 26, 27 y 28, para dejar al artículo 73 el mayor catálogo de facultades expresas concentrado en una sola disposición, sin perjuicio de su complemento con otras dispersas.

En México, (art. 25) la rectoría económica del Estado la ejerce en primer término la Federación, que funge como representante del mismo e instancia coordinadora de todos los actores: la propia esfera federal, los estados y municipios, y los sectores social y privado. El desarrollo nacional deberá ser ***integral y sustentable**, ... mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más **justa distribución del ingreso y la riqueza, que permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales**, ...*

El Estado, ***planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará al cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general** ... Al desarrollo económico nacional **concurrirán, con responsabilidad social, el sector público, el sector social y el sector privado**, ... El **sector público** tendrá a su cargo, de manera exclusiva, las **áreas estratégicas** que se señalan en el artículo 28, párrafo cuarto de la Constitución*[142] ... ***Asimismo, podrá participar por sí o con los sectores social y privado, de***

[142] Art. 28 ... *No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas: correos, telégrafos y radiotelegrafía; minerales radiactivos y generación de energía nuclear; la planeación y el control del sistema eléctrico nacional, así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica, y la exploración y extracción del petróleo y de los demás hidrocarburos, en los términos de los párrafos sexto y séptimo del artículo 27 de esta Constitución, respectivamente; así como las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión. La comunicación vía satélite y los ferrocarriles son áreas prioritarias para el desarrollo nacional en los términos del artículo 25 de esta Constitución.*

acuerdo con la ley, para impulsar y organizar las áreas prioritarias del desarrollo.[143]

A grandes rasgos, es a través de ingresos fiscales y desarrollo de actividades estratégicas y prioritarias, de forma directa e indirecta, que el Estado mexicano ejerce su función captadora y generadora, a través de las autoridades federales y locales; en teoría todo bajo la premisa social, vocablo multicitado en diversos contextos dentro de este mismo artículo.

Planeación, coordinación y consulta:

También a este respecto las bases están claramente establecidas, donde (***Artículo 26)*** *El Estado organizará un* ***sistema de planeación democrática del desarrollo*** *nacional que imprima ... equidad al* ***crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política, social y cultural de la nación.*** *... **La planeación será democrática y deliberativa. Mediante los mecanismos de participación que establezca la ley, recogerá las aspiraciones y demandas de la sociedad para incorporarlas al plan y los programas de desarrollo**. Habrá un plan nacional de desarrollo ... La ley facultará al Ejecutivo para que establezca los procedimientos de **participación y consulta popular**,... Asimismo, determinará... las **bases para que el Ejecutivo Federal coordine mediante convenios con los gobiernos de las entidades federativas e induzca y concierte con los particulares** las acciones a realizar... El plan nacional de desarrollo considerará la continuidad ..., **con vertientes***

[143] Art. 25 (continuación). *Bajo criterios de equidad social, productividad y sustentabilidad se apoyará e impulsará a las empresas de los sectores social y privado de la economía, sujetándolos a las modalidades que dicte el interés público y al uso, en beneficio general, de los recursos productivos, cuidando su conservación y el medio ambiente. ... La ley establecerá los mecanismos que faciliten la organización y la expansión de la actividad económica del sector social: de los ejidos, organizaciones de trabajadores, cooperativas, comunidades, empresas que pertenezcan mayoritaria o exclusivamente a los trabajadores y, en general, de todas las formas de organización social para la producción, distribución y consumo de bienes y servicios socialmente necesarios. ...*

sectoriales y regionales. ... B. El Estado contará con un Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica cuyos datos serán considerados oficiales. Para la Federación, estados, Distrito Federal y municipios, de uso obligatorio...C. *El Estado contará con un* ***Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social****, que será un órgano autónomo, ... a cargo de la* ***medición de la pobreza y de la evaluación de los programas, objetivos, metas y acciones de la política de desarrollo social****, así como de emitir recomendaciones ...*

Poco o nada de esto se concreta en los hechos, ante la inactividad tanto de autoridad como gobernados en sus respectivos roles; sin embargo el esquema ahí está a nivel constitucional.

Prohibiciones, monopolios, estancos, la protección al consumo, las áreas estratégicas y prioritarias. Equilibrio social y federal:

Artículo 28.- *En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, ...,* ***la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia****, toda concentración... y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del* ***público en general o de alguna clase social...La ley protegerá a los consumidores y propiciará su organización para el mejor cuidado de sus intereses.*** *...*

Por su parte, el artículo 73 otorga al Congreso de la Unión (CU) amplias facultades para imponer las contribuciones necesarias en todas las áreas de competencia federal (recursos naturales, servicios públicos, energía eléctrica, etc.) y establece que ***Las entidades federativas participarán en el rendimiento de estas contribuciones especiales, en la proporción que la ley secundaria federal determine. Las legislaturas locales fijarán el porcentaje correspondiente a los Municipios, en sus ingresos por concepto del impuesto sobre energía eléctrica.***

Asimismo, la Constitución otorga al CU facultades para legislar sobre ***planeación nacional del desarrollo económico y***

social, así como en materia de información estadística y geográfica de interés nacional; *para la programación, promoción, concertación y ejecución de acciones de orden económico, especialmente las referentes al abasto y otras que tengan como fin la* ***producción suficiente y oportuna de bienes y servicios, social y nacionalmente necesarios, iniciativa ciudadana y consultas populares, y transparencia*** *gubernamental,....*

De igual forma, pero ahora con el mandato de hacerlo en concurrencia con los estados y municipios, se faculta al Congreso para legislar en materia de ***protección al ambiente y sociedades cooperativas***, entre otros rubros.

Por su parte, los estados y municipios, a través de los artículos 115 y 116, también tienen atribuciones expresas en materia económica, a efecto de contar con ingresos propios mediante el cobro de contribuciones diversas.

La natural complejidad de un sistema federal, se agrava en países como el nuestro donde la heterogeneidad entre estados es particularmente marcada, tanto en lo económico (fiscal, industrial, comercial, empresarial...), como demográfico, social, antropológico, geográfico, ecológico, etc. Por citar un ejemplo binacional, el estado de Nuevo León (frontera norte) es tan parecido a Guerrero (costa del Pacífico), como el Véneto a Calabria, en Italia.[144] Ello dificulta el esquema en proporción geométrica. En otras palabras, la eterna problemática federal en materia de captación de ingresos y redistribución no es ajena a México; donde los estados y municipios pobres no generan pero necesitan recursos, principalmente a través de participaciones federales como única opción real para hacer frente a sus necesidades más básicas, a decir, salud, educación, agua potable, drenaje, alumbrado, vivienda, etc.

[144] Ver *I principi negli statuti regionali*, Catelani Elisabetta, il Mulino, Italia, 2008.

Sobra decir que los estados y municipios, sobre todo éstos últimos, son las instancias de autoridad que tienen el contacto directo con la población y sus necesidades.

3. Sectores y derechos sociales

La Constitución mexicana se jacta de ser quizá la primera del s. XX en incluir derechos sociales como tales, por lo menos aquellos correspondientes a los sectores entonces definidos: educativo, campesino[145] y obrero; más la *ciudadanía* como titular del derecho o libertad de asociación o reunión. Más tarde se incorporan los consumidores, los pueblos indígenas, y las minorías; y cómo derechos universales, la salud, el medio ambiente adecuado, la vivienda, el interés superior del menor (niñez) y sano esparcimiento; la alimentación, y el agua.[146] Recientemente (2008) la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) agrega a *la información* como derecho social.[147]

Educación.

Artículo 3o.-Todo individuo tiene derecho a recibir educación. *... La educación que imparta el Estado tenderá a ...,* ***el respeto a los derechos humanos y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia. El Estado garantizará la calidad en la educación obligatoria...***

Alimentación, salud, medio ambiente sano, vivienda digna, acceso a la cultura, sano esparcimiento (niñez), deporte. (agua):

[145] Por el sólo hecho de serlo, y además en su modalidad de ejidatario, comunero, pequeño propietario o como integrante de una comunidad indígena.

[146] Ver op. cit. Arteaga, *Garantías* 2009, p. 847ss; y Carbonell, *Los derechos fundamentales*, 2006, p. 801ss.

[147] *TESIS JURISPRUDENCIAL Núm. 54/2008 (PLENO) ACCESO A LA INFORMACIÓN. SU NATURALEZA COMO GARANTÍA INDIVIDUAL Y SOCIAL.*

Artículo 4°.- ... Toda persona tiene ***derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad.*** *El Estado lo garantizará.*
Toda persona tiene ***derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud*** *y establecerá la* ***concurrencia*** *...*
Toda persona tiene ***derecho a un medio ambiente sano*** *para su desarrollo y bienestar.* ***El Estado garantizará el respeto a este derecho.*** *El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley.*
Toda persona tiene ***derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua*** *para consumo personal y doméstico en forma* ***suficiente, salubre, aceptable y asequible****. El Estado* ***garantizará*** *este derecho,... estableciendo la* ***participación de la Federación, las entidades federativas y los municipios, así como la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines.*** *...*
Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo. *... Los* ***niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento*** *para su desarrollo integral. ...*
Toda persona tiene ***derecho al acceso a la cultura ...***
Toda persona tiene ***derecho a la cultura física y a la práctica del deporte****...*

Derecho de los campesinos a trabajar la tierra, conservarla para dicho propósito y no sufrir afectación. Derecho a la propiedad privada. (Distribución equitativa de la riqueza pública).

Artículo 27.- *... **La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa***

de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana... *En consecuencia, se dictarán las medidas necesarias para...* ***evitar la destrucción de los elementos naturales y los daños que la propiedad pueda sufrir en perjuicio de la sociedad. ...*** *El desarrollo rural integral y sustentable a que se refiere el párrafo anterior, también tendrá entre sus fines que el Estado* ***garantice el abasto suficiente y oportuno de los alimentos básicos*** *que la ley establezca.*

Hay mucho que comentar e interpretar de todos los preceptos constitucionales antes transcritos en este trabajo, para dotar de contenido a los vocablos que se utilizan y así, de efectividad a los derechos sociales; trabajo que ya comenzaron los tribunales federales y los organismos internacionales, como veremos más adelante. Según vimos en el anterior apartado y en el presente en todas las transcripciones, la Constitución es reiterativa en su óptica social de su visión de Estado.

4. Legislación, jurisprudencia y tratados

Como se desprende del texto constitucional, si bien la federación asume el rol principal tanto en materia económica como respecto de los derechos sociales, con determinadas atribuciones exclusivas, también se establece en diversos aspectos la concurrencia (utilizando la terminología de la SCJN, que en doctrina mexicana y estadounidense puede ser denominada coexistencia[148]), donde una ley marco distribuye atribuciones dentro de una misma materia a las instancias federal, estatal y, en su caso, municipal.

[148] Ver Arteaga, Derecho Constitucional 2009, pp.140ss.

Legislación

Además de los Artículos 25, 26 y 27 constitucionales principalmente; de las 285 leyes federales vigentes, 10 de ellas contienen el vocablo "social" desde el título[149]:

1. *Ley de Asistencia **Social***
2. *Ley de la Economía **Social** y Solidaria, Reglamentaria del Párrafo Séptimo del Artículo 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en lo referente al sector social de la economía*
3. *Ley de Sociedades de Solidaridad **Social***
4. *Ley del Instituto de Seguridad **Social** para las Fuerzas Armadas Mexicanas*
5. *Ley del Instituto de Seguridad y Servicios **Sociales** de los Trabajadores del Estado*
6. *Ley del Seguro **Social***
7. *Ley General de Desarrollo **Social***
8. *Ley General para la Prevención **Social** de la Violencia y la Delincuencia*
9. *Ley que crea el Fideicomiso que Administrará el Fondo de Apoyo **Social** para Ex Trabajadores Migratorios Mexicanos*
10. *Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación **Social** de Sentenciados*

Otras 70 leyes tienen relación en mayor o menor grado, con los sectores y derechos sociales y las facultades económicas de las autoridades federales (y locales en los casos de las leyes marco que distribución competencias o campos de acción dentro de una misma materia), donde por lo menos 16 guardan una relación directa y 54 indirecta:

1. Ley Agraria; 2. Ley General de Salud; 3. Ley de Coordinación Fiscal; 4. Ley de Vivienda; 5. Ley Federal del Trabajo; 6. Ley Federal de Protección al Consumidor; 7. Ley General de Educación; 8. Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente; 9. Ley Federal de Defensoría Pública; 10. Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental; 11. Ley de Ayuda Alimentaria para los Trabajadores; 12. Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro; 13. Ley de Planeación; 14. Ley Federal de Consulta Popular; 15. Ley del Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica; 16. Ley Federal de Fomento a las Actividades Realizadas por Organizaciones de la Sociedad Civil.

En situación similar se encuentra el Distrito Federal[150], donde el mismo vocablo "social" aparece 6 veces[151] en el mismo número de leyes, y otras 67 guardan relación con nuestro objeto de estudio.

Como podemos observar, la producción legislativa federal y Distrito Federal es abundante y casuística; quizá particularmente liberal e innovadora en algunas áreas; lo que permite afirmar que existe un marco jurídico base en cuanto a derechos y materias sociales, así como en materia económica. Esto responde algunas preguntas arriba planteadas, es decir, nuestro problema no radica en la falta de leyes, pues éstas existen quizá en demasía. Nuestra legislación no es perfecta, pero si comenzamos por cumplir lo que tenemos, antes de

[149] El listado permite, en versión electrónica del texto con acceso a Internet, acudir a la fuente legislativa, según lo indica el tono distinto.

[150] Y podríamos decir que también la mayoría de las entidades federativas.

[151] *1) LEY DE ASISTENCIA E INTEGRACION SOCIAL DEL DISTRITO FEDERAL (02/04/2014). 2) LEY DE DESARROLLO SOCIAL PARA EL DISTRITO FEDERAL (02/04/2014). 3) LEY DE EJECUCIÓN DE SANCIONES PENALES Y REINSERCIÓN SOCIAL PARA EL DISTRITO FEDERAL (02/04/2014). 4) LEY DE FOMENTO A LAS ACTIVIDADES DE DESARROLLO SOCIAL DE LAS ORGANIZACIONES CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL (02/04/2014). 5) LEY DE LA PROCURADURÍA SOCIAL DEL DISTRITO FEDERAL (27/06/2014). 6) LEY DEL CONSEJO ECONOMICO Y SOCIAL DE LA CIUDAD DE MEXICO (02/04/2014).*

pensar en reformas o adiciones, estaríamos en un escenario distinto.[152]

Jurisprudencia

Por su parte, la Constitución y legislación secundaria han sido interpretadas por las instancias que tienen esta facultad con poder vinculatorio, como lo es la SCJN y los tribunales colegiados de circuito. Por ejemplo, en materia de salud:

DERECHO A LA SALUD. FORMA DE CUMPLIR CON LA OBSERVACIÓN GENERAL NÚMERO 14 DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS SOCIALES Y CULTURALES DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, PARA GARANTIZAR SU DISFRUTE. *El* ***Estado Mexicano*** *suscribió convenios internacionales que muestran el consenso internacional en torno a la importancia de garantizar, al más alto nivel, ciertas pretensiones relacionadas con el disfrute del derecho a la salud, y existen documentos que las desarrollan en términos de su contenido y alcance. Uno de los más importantes es la* ***Observación General Número 14 del Comité de los Derechos Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas****, organismo encargado de monitorear el cumplimiento de los compromisos asumidos por los Estados firmantes del* ***Pacto*** *Internacional de* ***Derechos*** *Económicos,* ***Sociales*** *y Culturales, del cual México es parte y el que, esencialmente, consagra la obligación de* ***proteger, respetar y cumplir progresivamente*** *el derecho a la salud y* ***no admitir medidas regresivas*** *en su perjuicio,* ***absteniéndose de denegar su acceso, garantizándolo en igualdad de condiciones y sin condicionamiento alguno****, debiendo reconocer en sus ordenamientos jurídicos,* ***políticas y planes detallados para su ejercicio****, tomando, al mismo tiempo,* ***medidas que faciliten el acceso*** *de la población a los servicios de salud, es decir, este*

[152] Arteaga Nava, E., *Constitución política y realidad.*, S.XXI ed., México 1997, p 230 y ss.

ordenamiento ***incluye no solamente la obligación estatal de respetar, sino también la de proteger y cumplir o favorecer este derecho****. En estas condiciones, ese cumplimiento requiere que los Estados* ***reconozcan suficientemente el derecho a la salud en sus sistemas políticos y ordenamientos jurídicos nacionales, de preferencia mediante la aplicación de leyes****, adoptando una política nacional de salud acompañada de un* ***plan detallado para su ejercicio****, cuando menos en un* ***mínimo vital*** *que permita la* ***eficacia y garantía*** *de otros derechos, y emprendan actividades para* ***promover, mantener y restablecer*** *la salud de la población, entre las que figuran, fomentar el* ***reconocimiento de los factores*** *que contribuyen al logro de resultados positivos en materia de salud; verbigracia, la realización de* ***investigaciones*** *y el suministro de* ***información****, velar porque el Estado cumpla sus obligaciones en lo referente a la* ***difusión de información apropiada acerca de la forma de vivir y de alimentación sanas, así como de las prácticas tradicionales nocivas y la disponibilidad de servicios, al igual que apoyar a las personas a adoptar, con conocimiento de causa, decisiones*** *por lo que respecta a su salud. Amparo en revisión 19/2013. Juan de la Paz Jiménez y otro. 30 de mayo de 2013. Unanimidad de votos. Ponente: Jesús Antonio Nazar Sevilla. Secretaria: Ángela Alvarado Morales. Época: Décima Época. Registro: 2004683. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.* ***Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 3, página: 1759.***[153]

Asimismo, el tema de la distribución de facultades en materia económica (fiscal, comercial, etc.) tampoco está resuelto con el sólo texto constitucional y legal, y presenta problemas de interpretación, como se aprecia en algunas de las tesis jurisprudenciales:

-Interpretación causal y teleológica.

IMPUESTOS. SISTEMA CONSTITUCIONAL REFERIDO A LA MATERIA FISCAL. COMPETENCIA ENTRE LA

[153] Tesis Aislada I.4o.A.86 A (10a.).

FEDERACIÓN Y LAS ENTIDADES FEDERATIVAS PARA DECRETARLOS. Una interpretación sistemática de los preceptos constitucionales que se refieren a materia impositiva, determina que no existe una delimitación radical entre la competencia federal y la estatal, sino que es un sistema complejo y las reglas principales las siguientes: a). Concurrencia contributiva de la Federación y los Estados en la mayoría de las fuentes de ingresos (artículos 73, fracción VII, y 124); b). Limitación a la facultad impositiva de los Estados mediante la reserva expresa y concreta de determinada materia a la Federación (artículo 73, fracción XXIX) y c). Restricciones expresas a la potestad tributaria de los Estados (artículos 117, fracciones IV, V, VI, y VII y 118).[154]

-Interpretación sistemática, causal e histórica.

COMERCIO. LA POTESTAD TRIBUTARIA EN TAL MATERIA ES CONCURRENTE CUANDO RECAE SOBRE COMERCIO EN GENERAL, Y CORRESPONDE EN FORMA EXCLUSIVA A LA FEDERACIÓN CUANDO TIENE POR OBJETO EL COMERCIO EXTERIOR, POR LO QUE LAS CONTRIBUCIONES LOCALES QUE RECAIGAN SOBRE AQUÉL NO IMPLICAN UNA INVASIÓN DE ESFERAS.[155]

COORDINACIÓN FISCAL ENTRE LA FEDERACIÓN Y LOS ESTADOS. EFECTOS DE LA CELEBRACIÓN DE LOS CONVENIOS DE ADHESIÓN AL SISTEMA NACIONAL RELATIVO RESPECTO DE LA POTESTAD TRIBUTARIA LOCAL.[156]

PARTICIPACIONES FEDERALES. LAS CANTIDADES RECIBIDAS POR LOS ESTADOS Y MUNICIPIOS NO SON FIJAS SINO VARIABLES Y ATIENDEN AL PORCENTAJE DE

[154] *7a. Época; Pleno; S.J.F.; 151-156 Primera Parte; Pág. 149; [J].*

[155] *Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, VII, Febrero de 1998, Tesis: P./J. 15/98, Página: 35.*

[156] *Novena Época, Instancia: Segunda Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XIII, Mayo de 2001, Tesis: 2a./J. 17/2001, Página: 293.*

LA RECAUDACIÓN QUE EFECTIVAMENTE CAPTE LA FEDERACIÓN EN EL PERIODO RELATIVO; Y, POR ELLO, TANTO LA FEDERACIÓN COMO LOS ESTADOS CUENTAN CON LA FACULTAD DE ORDENAR LAS COMPENSACIONES CORRESPONDIENTES.[157]

Coincidimos con el Secretario General de Acuerdos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Rafael Coello Cetina, en sus afirmaciones que sostienen que

Es importante reconocer que los términos en los que se distribuye la potestad tributaria al seno de un Estado deben sustentarse en las decisiones que se adopten sobre los principales servicios que prestará el Estado y los términos en que su desarrollo se distribuya entre la Federación, los Estados y los Municipios. Es importante entonces la visión integral que señalaba Benvenutto Grizziotti.

En ese orden, debe estimarse que la posibilidad de que el Estado pueda cumplir con sus funciones constitucionales está determinada, en buena medida, por las posibilidades financieras que tenga para ello el nivel de gobierno al que se encomienda la prestación de un servicio. De ahí que exista un condicionamiento mutuo entre el sistema de distribución de la potestad tributaria y el sistema de distribución de funciones entre las entidades políticas que integran al Estado Mexicano.

Igualmente que el propósito debe ser que *la generación de los recursos tributarios esté encaminada a la obtención de los recursos necesarios para la satisfacción de las necesidades de los gobernados, para la prestación de los servicios públicos indispensables para el acatamiento de los derechos humanos.*

También suscribimos con Rafael Coello la *Necesidad de que desde la CPEUM se vincule a que los sistemas de distribución de funciones concurrentes, todos los que se rigen por ley general, deben tener la flexibilidad jurídica para que la Federación sea la responsable de la prestación de los servicios respectivos si los Estados o los Municipios no cuentan con los*

[157] *Tesis: P./J. 54/2002.*

recursos financieros necesarios, pero también con los mecanismos para que los Estados y los Municipios generen los ingresos tributarios respectivos, sistema de incentivos para mejor recaudación y vinculación con los sistemas de distribución de funciones en materias concurrentes, desarrollo urbano, aguas y otros. La realidad se impone, la fuerza financiera está en la Federación, hay que dotarla de más herramientas, como la exención en tributos locales y municipales.[158]

Tratados

De igual forma, los tratados internacionales, que en México están al mismo nivel que la Constitución en tratándose de derechos humanos, también han sido interpretados en cuanto a sus alcances. Concretamente, en cuanto a los derechos sociales el Artículo 2 del ***Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*** (PIDESC)[159] ha sido interpretado por el Comité competente dentro del seno de la ONU. Dice el artículo en cuestión:

Artículo 2.- *1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la*

[158] Coello Cetina, Rafael, *Los sistemas de coordinación fiscal, Seminario de Derecho Constitucional Tributario en Iberoamérica (Asignación de los ingresos tributarios y control del gasto público*, SCJN, México, junio 2014.

[159] Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 Entrada en vigor: 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27. Italia (18 Jan 1967 - 15 Sep 1978) México (23 Mar 1981 adhesión). https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&lang=en y http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm(consulta 040814).

adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

En efecto, se cuenta con un documento de alto nivel interpretativo, que logra concreción al puntualizar y precisar los alcances semánticos, y por ende jurídicos de los vocablos, preceptos, instituciones, figuras procesales, políticas y funciones públicas, entre lo más importante, que es la ***Observación general 3 sobre la Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), (Quinto período de sesiones, 1990), U.N. Doc. E/1991/23 (1990). *del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU:***[160]

1. El artículo 2 resulta especialmente importante ***para tener una comprensión cabal del Pacto y debe concebirse en una relación dinámica con todas las demás disposiciones...*** *En él se describe la* ***índole*** *de las obligaciones jurídicas generales contraídas por los Estados Partes en el Pacto. Estas obligaciones* ***incluyen*** *tanto lo que cabe denominar* ***obligaciones de comportamiento como obligaciones de resultado****... En particular,* ***aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato.*** *...el compromiso contraído en virtud del párrafo 1 del artículo 2 en el sentido de* ***"adoptar medidas"****, ... en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración. Así pues,* ***las medidas ... deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto*** *para los Estados interesados.* ***Tales medidas deben ser deliberadas,***

[160] http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/Sepcomm3.htm (consulta 040814). http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2f1991%2f23%28SUPP%29&Lang=en (consulta 040814).

concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto.

2. ... 3. Los medios que deben emplearse para dar cumplimiento a la obligación de adoptar medidas se definen en el párrafo 1 del artículo 2 como "todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas".

4. ...la adopción de medidas legislativas, no agota por sí misma las obligaciones de los Estados Partes. ..., se debe dar a la frase "por todos los medios apropiados" su significado pleno y natural. Por consiguiente, (el Comité) *conviene que los Estados Partes indiquen en sus informes no sólo las medidas que han adoptado sino también en qué se basan para considerar tales medidas como las más "apropiadas" a la vista de las circunstancias. No obstante, corresponde al Comité determinar en definitiva si se han adoptado o no...*

5. Entre las medidas que cabría considerar apropiadas, además de las legislativas, está la de ofrecer recursos judiciales en lo que respecta a derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables. ...

6. En los casos en que la adopción de políticas concretas encaminadas directamente a hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto ha tomado forma de disposiciones legislativas, el Comité desearía ser informado, entre otras cosas, de si tales leyes establecen algún derecho de actuación en nombre de las personas o grupos que consideren que sus derechos no se están respetando plenamente en la práctica. En los casos en que se ha dado el reconocimiento constitucional de derechos económicos, sociales y culturales concretos, o en los que las disposiciones del Pacto se han incorporado directamente a las leyes nacionales, el Comité desearía que se le informase hasta qué punto tales derechos se consideran justiciables (es decir, que pueden ser invocados ante los tribunales)...

7. Otras medidas que también cabe considerar "apropiadas" a los fines del párrafo 1 del artículo 2 incluyen, pero no agotan,

son las de carácter administrativo, financiero, educacional y social.

8. ... 9. ... 10. ... corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos.Así, por ejemplo, un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, prima facie no está cumpliendosus obligaciones en virtud del Pacto. ...Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles,debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas.

11. ... aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, sigue en pie la obligación de que el Estado Parte se empeñe en asegurar el disfrute más amplio posible de los derechos pertinentes dadas las circunstancias reinantes. ... de ninguna manera se eliminan, como resultado de las limitaciones de recursos, las obligaciones de vigilar la medida de la realización, o más especialmente de la no realización, de los derechoseconómicos, sociales y culturales y de elaborar estrategias y programas para su promoción.

12. ... el Comité subraya..., aun en tiempos de limitaciones graves de recursos, causadas sea por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo.

13. "hasta el máximo de los recursos de que disponga"... significa tanto a los recursos existentes dentro de un Estado como a los que pone a su disposición la comunidad internacional mediante la cooperación y la asistencia internacionales.

Consideramos a la Observación antes transcrita (en versión resumida) un documento de trascendental importancia, y podríamos dedicar otro artículo exclusivamente para comentarlo; por ahora baste decir que difícilmente se podrá lograr mayor concreción y detalle para aterrizar las obligaciones de los estados en materia de derechos sociales, y los estados parte no pueden alegar ambigüedad alguna.

5. Legislaturas

Los poderes legislativos locales, como se desprende de la Constitución en sus artículos arriba transcritos, juegan un papel importante en el desarrollo de los derechos sociales, tanto supletoriamente, en concurrencia con la Federación, como en vía de facultades exclusivas. Su marco legal es parecido al federal y del D.F., antes descritos y enlistados, es decir, considerable en cuanto a su contenido y variedad; sin embargo, este marco jurídico aparentemente completo e integral, no es aplicado a cabalidad.

En México los congresos estatales son unicamerales (una cámara de diputados), y han sufrido históricamente de fuerte influencia del poder ejecutivo federal y local, incluso al nivel de ser controlados, sea directamente o a través de los partidos.[161] Además, en algunos estados los congresos son cuerpos colegiados relativamente menores en cuanto al número de legisladores[162], por el quórum de asistencia y/o votación, se reduce a pocos votos, lo que facilita el trabajo de los cabilderos,

[161] El promedio es 30 integrantes por congreso local, es decir, 16 en quorum de asistencia y 9 de votación. Conclusión, en la mayoría de los estados de la República menos de 10 personas deciden el destino legislativo. http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/polis/cont/20031/art/art4.pdf (consulta 04/08/14).

[162] http://www.oem.com.mx/oem/notas/n807423.htm (consulta 04/08/14).

gobernadores, partidos políticos y distintos factores de poder, para corromper, controlar, amenazar, disuadir, etc.[163]

5.1. Partidos políticos

En la Quinta Encuesta Nacional sobre Cultura Política y Prácticas Ciudadanas (ENCUP), ante la pregunta sobre la necesidad que tiene nuestro sistema político de contar con partidos políticos, un tercio de los encuestados los percibe como poco o nada necesarios.[164]

Los partidos políticos en nuestro país son instituciones que padecen de un gran desprestigio. La sociedad los percibe como entes anquilosados que viven a expensas del erario público, sin que tengan una utilidad o beneficio. Su actuar –alejado y ajeno del devenir cotidiano– se percibe como innecesario, pues se asumen como nuevas oligarquías que representan a los ***intereses de grupos y facciones****, muy distantes a los legítimos reclamos de los ciudadanos. Su desprestigio aumenta cuando se difunde el presupuesto que habrán de ejercer cada año.Así, para el ejercicio 2014, el Congreso de la Unión dispuso un* ***gasto*** *de* ***2 mil 337 millones*** *de pesos y, con las reformas actualmente aprobadas en materia electoral, éste se incrementará en 594 millones. Aunado a lo anterior, el Instituto Nacional Electoral autorizó la creación de tres nuevos* ***partidos políticos nacionales****, a los que les* ***fueron destinados 36.3 millones*** *de pesos para sus gastos durante los meses de agosto a diciembre. Todo esto representará una carga más para el erario público de millones de pesos, que se dejarán de*

[163] Ver http://visionlegislativa.com/category/numeralia/congresos-locales-numeralia/ (consulta 04/08/14).

[164] Quinta ENCUP (2012) http://www.encup.gob.mx/es/Encup/Quinta_ENCUP_2012 (consulta 04/08/14).

destinar al gasto en desarrollo social o inversión en infraestructura.[165]

Efectivamente, parte del gran desprestigio es que los recursos asignados a los partidos son excesivos y no han sido fiscalizados debidamente.[166]

Por razones complejas y en temas muy puntuales, en ocasiones excepcionales los partidos logran sumar esfuerzos con la sociedad o los afiliados activos, pero generalmente para cuestiones ideológicas, morales o religiosas (¿fanatismo?), en temas como aborto, matrimonio entre personas del mismo sexo, o inclusive el *código mínimo de vestir* (como el caso de la prohibición del uso de la minifalda en cierto municipio del estado de Jalisco[167]), es decir, a veces los partidos toman banderas ideológicas que les conviene explotar políticamente, y logran cierta audiencia relativamente convencida de la causa.

Hasta hace poco, la única forma de llegar a un cargo de elección popular era vía candidatura partidista. Hasta que el monopolio partidista fue impugnado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y cuya secuencia llegó a la SCJN, que se abrió la posibilidad a la legislación secundaria de contemplar candidaturas independientes.[168]

---

[165] Aguilera, Andrés, *Los partidos políticos México y su desprestigio (El Estado y sus razones)* 16 Jul 2014. El Punto Crítico (www.elpuntocritico.com) http://www.elpuntocritico.com/el-estado-y-sus-razones-andres-aguilera-martinez/91288-los-partidos-pol%C3%ADticos-m%C3%A9xico-y-su-desprestigio.html?utm_source=twitterfeed&utm_medium=twitter (consulta 29/08/14).

[166] En un ejercicio de sentido común, nos atrevemos a afirmar que si México invirtiera los recursos asignados a los partidos políticos y combate al narcotráfico, en salud, educación y justicia, estaríamos entre los mejores sistemas de salud del mundo y podríamos abatir el rezago educativo en menos de una década, además de consolidar un verdadero sistema de impartición de justicia.

[167] http://redesciudadanasjalisco.blogspot.mx/2007/08/violencia-de-gnero-prohibir-usar.html (c.04/08/14).

[168] Corte IDH, caso Castañeda Gutman *vs.* México, *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia del 6 de agosto de

5.2. Representación y representatividad[169]

Pareciera ya un lugar común que una representación "efectiva" ante el Congreso de la Unión implica un "costo extra" al representado. La entidad federativa o el ciudadano no son centro de la atención y función del legislador si no le "llegan al precio", al grado que podemos hablar de una crisis de la representación legislativa.

Hay un caso muy ilustrativo de actualidad, conocido como *el Diputado de los moches*[170], respecto del legislador panista Luis Alberto Villareal, que presuntamente exigía a las entidades federativas un porcentaje de los montos de participaciones federales que lograra.[171]

En otras palabras, la crisis de representación, que parece ser un fenómeno mundial, es una realidad en México; si es que alguna vez se pudo hablar de auténtica representación de los intereses sociales por parte de los diputados y senadores.

2008, Serie C, núm. 184; y SCJN Acción de inconstitucionalidad 61/2008 y sus acumuladas.

[169] *representar. (Del lat. repraesentāre). 1... 6. tr. Sustituir a alguien o hacer sus veces, desempeñar su función o la de una entidad, empresa, etc. 7. tr. Ser imagen o símbolo de algo, o imitarlo perfectamente. representatividad. 1. f. Cualidad de representativo. representativo, va. 1. adj. Que sirve para representar algo. 2. adj. Que representa con justos títulos. gobierno representativo ~ representativo. 1. m. Aquel en que, bajo diversas formas, concurre la nación, por medio de sus representantes, a la formación de las leyes.* RAE.

[170] Moche (mochada) = palabra coloquial para soborno en el español mexicano (ver. Diccionario de Mexicanismos AML, México 2010. http://www.reforma.com/aplicaciones/articulo/default.aspx?id=181633

[171] Por supuesto México no es la excepción en estas deformaciones que parecen cada más práctica común, como fenómeno socio-cultural, según se aprecia en una conocida serie de tv (*House of Cards*), que versa sobre la corrupción en los altos niveles del gobierno estadounidense, en donde se aprecia la "venta" de apoyos por los legisladores a los gobiernos locales, y su obtención como moneda de cambio dentro de las cámaras.

En los países donde se ha querido depurar la función legislativa para lograr el cumplimiento de ciertos principios básicos mínimos, el cabildeo ha sido regulado de forma estricta. En México este intento fue objeto de bloqueo por el propio Poder Legislativo Federal, y se limitó a auto regularse, de forma poco estricta, en sus reglamentos camerales.[172]

Además, este fenómeno de *no representación* se percibe como sensación generalizada en la población mexicana, donde los diputados y senadores, aparecen como los funcionarios que gozan del menor nivel de confianza, sólo después de los policías, con un 4.4 sobre 10.[173]

Como ejemplo recurrente, en la reciente discusión sobre la reforma constitucional y desarrollo legislativo en materia de telecomunicaciones, es tan obvia la no representación de la población por parte de sus "representantes populares" que el principal miedo de la sociedad es la imposición de intereses particulares empresariales.

6. Estado de Derecho: elementos esenciales, figuras e instituciones. Crisis

Dada la relevancia y obvia reiteración del vocablo *Estado*, queremos precisar nuestro concepto, en aras de mayor claridad de ideas. Tomando elementos de Norberto Bobbio y Eduardo García Maynez, entendemos por dicha figura a la *sociedad jurídicamente organizada bajo el mando de una autoridad en un territorio determinado*. Cuatro elementos que serán recurrentes en este trabajo; por lo que con esta base, será importante tener

[172] Ver García, Carina, *Fracasa regulación a cabilderos*http://www.eluniversal.com.mx/notas/841678.html y *Cabildero sin control, todavía*http://www.vanguardia.com.mx/cabilderos_sin_control,_todavia-1266173.html (consulta 09/09/14).

[173] Quinta ENCUP 2012. http://www.encup.gob.mx/es/Encup/Quinta_ENCUP_2012 (consulta 07/08/14).

presente que toda referencia a *Estado*, en principio incluye a la sociedad, y no únicamente se refiere a la autoridad, como comúnmente se insinúa, costumbre tan reiterada que quizá no se pueda revertir; lo que obligará cada vez a desprenderlo del contexto o a la casuística aclaración. Sin embargo, esto pareciera sintomático de la falta de participación de la sociedad[174] en las decisiones, actividad y políticas de *Estado*, donde la autoridad ha perdido representatividad y confianza y sus acciones son ajenas a los intereses de sus "representados".

Un país que no logra mantener sus calles limpias, difícilmente muestra avances en otros rubros más complejos. Quizá parezca superfluo para algunos, pero cuando la higiene del espacio público vital no es importante, se tiene un signo inequívoco del desgaste del tejido social; aunque, a su vez, ello resulta casi irrelevante cuando tampoco se pueden tener calles seguras, libres de violencia, riesgo inminente en ciertas zonas del país y horarios, delincuencia organizada, etc.

Otro parámetro para calificar a una sociedad, menos estricto pero igual de realista, es el sistema de justicia. Una forma de poner a prueba la vigencia de un "estado de derecho" es precisamente con el parámetro de la garantía de los derechos, en nuestro caso, los *sociales*.

Una de las claves para lograr un nivel de gobierno que pueda lograr un Estado de Derecho es precisamente la capacidad ***garantizar*** los derechos fundamentales en todo momento, inclusive en tiempo de crisis; máxime en países con democracias emergentes como México, donde no resulta sencillo separar las épocas de relativa estabilidad con las de crisis, en cualquiera de sus variantes. *Garantizar significa dar garantía, y garantía a su vez significa, a decir de la Real Academia Española de la*

[174] ***Sociedad.*** *(Del lat. sociĕtas, -ātis).* ***1.*** *f. Reunión mayor o menor de personas, familias, pueblos o naciones.* ***2.*** *f. Agrupación natural o pactada de personas, que constituyen unidad distinta de cada uno de sus individuos, con el fin de cumplir, mediante la mutua cooperación, todos o alguno de los fines de la vida.* ~ ***civil.*** ***1.*** *f. Ámbito no público,* ***sociedad*** *de los ciudadanos y sus relaciones y actividades privadas.* RAE.

Lengua (RAE), cosa que asegura o protege contra algún riesgo o necesidad.[175]

Al respecto, pocos como Norberto Bobbio y Luigi Ferrajoli para explicarnos la trascendencia en nuestra época de la garantía real en la viabilidad y acceso a los derechos fundamentales, mediante un procedimiento ajeno al control de cualquier instancia de autoridad y sometido únicamente al orden constitucional; un sistema jurídico procesal garantista es el primer y más importante elemento de un sistema jurisdiccional que pretende ser justo.[176]

Coerción. Un elemento esencial que ha faltado en México para consolidar democracia y Estado de Derecho, es lo que en *common law* se conoce como *enforcement*, que ni siquiera tiene equivalencia exacta en español, cuya traducción más cercana al español es quizá coerción, calidad de coactivo; función primordialmente responsabilidad de las autoridades. Al final, todo dependerá de la Policía (con mayúscula), que deberá responder al juez, al legislador, y, sobre todo, al funcionario ejecutivo encargado tanto de la prevención como de la obligación coactiva de cumplimiento por parte del gobernado o de las propias autoridades. México nunca ha tenido una verdadera institución policiaca, ni federal ni local, y ahí radica uno de los principales problemas nacionales.

Dada la situación de inseguridad (¿crisis?) que sufre México desde hace aproximadamente una década, se ha dicho que se presenta un *Estado de Derecho fallido*, por lo menos en ciertas regiones no controladas por las autoridades. Esto, aunado a la falta de infraestructura mínima de servicios básicos en diversas zonas de país, nos hace cuestionarnos si se puede deslindar la

[175] Minutti, Rubén, *Acceso a la información pública y a la justicia administrativa en México*, IIJ-UNAM, México, 2009.

[176] Cfr. Gascón Abellán, Marina, voz *garantismo* en Enciclopedia Jurídica Mexicana. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Primera edición. Porrúa, México, 2003, pp. 213-219.

época de crisis (permanente o continua), de aquella de relativa estabilidad[177].

Acudimos ahora, además de la RAE[178], a Bobbio-Matteucci para mayores elementos de juicio en otro vocablo central de este trabajo: *crisis. Se define como c. a un momento de ruptura en el funcionamiento de un sistema, un cambio cualitativo en sentido positivo o negativo, una vuelta sorpresiva y a veces hasta violenta y no esperada en el modelo normal según el cual se desarrollaban las interacciones dentro del sistema en examen. Las c. se caracterizan usualmente por tres elementos. Ante todo por el carácter instantáneo, y frecuentemente de impredecibilidad; en segundo lugar por su duración, que es a menudo limitada, y, finalmente, por su incidencia sobre el funcionamiento del sistema.*

En México, las crisis económicas, históricamente se identifican con devaluaciones o cambios comerciales drásticos, sobre todo del mercado energético, al tratarse de un país exportador de petróleo (¡aunque importador de gasolinas!). Otro tipo de crisis recurrente en nuestro país es la provocada por desastres naturales, y aunque existe legislación al respecto, ella resulta inaplicable en parte por la falta de previsión e infraestructura.

6.1. Controles (reacción)

La forma que las democracias occidentales han buscado para que los titulares de los derechos sociales puedan reacción[179] de forma efectiva, es a través de los controles institucionales o

[177] Macro económica generalmente.

[178] Real Academia Española. ***Crisis.*** *(Del lat. crisis, y este del gr. κρίσις). 1... 2. f. Mutación importante en el desarrollo de otros procesos, ya de orden físico, ya históricos o espirituales. 3. f. Situación de un asunto o proceso cuando está en duda la continuación, modificación o cese. 4. f. Momento decisivo de un negocio grave y de consecuencias importantes. 5... 6. f. Escasez, carestía. 7. f. Situación dificultosa o complicada.*

[179] ***Reacción****. 1. f. Acción que resiste o se opone a otra acción, obrando en sentido contrario a ella.*

legales. ¿Control de qué? De los actos de autoridad y de los particulares en funciones de autoridad, o en situación de ventaja respecto del resto de la sociedad.

Un control, para ser tal, debe ser efectivo[180]. Sin efectividad el control no es integral y por naturaleza no puede concebirse un "control parcial", pues al no ser capaz de imponer, pasa a ser un solo un intento. La efectividad y vigencia real de un sistema de garantías se mide en función de su eficacia y eficiencia para cumplir su objeto, su *ratio legis*, su esencia de valores. Los elementos procesales deben hacer efectivos los derechos sustantivos para que estos últimos puedan considerarse "garantizados". Este es el reto principal de los derechos sociales, pues su exigencia en México dista mucho de ser efectiva.

Si bien la doctrina admite su exigencia técnicamente, y cada vez más la jurisprudencia y la propia legislación se acercan a esta postura, las normas procesales (códigos y leyes) son obsoletos en muchas de sus figuras. Ejemplos: si no te otorgan la suspensión de un acto de autoridad que implica la privación de un servicio básico y el juicio dura varios meses o años, la persona no podrá resistir la duración del juicio sin agua, servicios de salud (urgentes), o, en su caso, vivienda. O se verá irreparablemente afectada sin aire limpio (respirable) o condiciones mínimas de ambiente, o sin educación de sus hijos. O bien si el costo del litigio es más alto que la pérdida, o incluso si otorga la suspensión el tribunal pero no la respeta la autoridad o la impugna; en fin hay muchas variantes negativas.

En México, como en casi todos los países de Latinoamérica, la dificultad de conciliar una constitución muy progresista en materia de derechos sociales con una realidad social colmada de necesidades e injusticias, donde predominan la inequidad social, la marginalidad económica, los bajos índices de educación y un nivel bajo de salud, es evidente. Es, como ha dicho Rodrigo Uprimny, la gran paradoja del

[180] ***Efectivo, va***. *(Del lat. effectīvus). 1. adj. Real y verdadero, en oposición a quimérico, dudoso o nominal. 2. adj. eficaz. 1. loc. verb. llevar a efecto.*

constitucionalismo mexicano, pues, habiendo sido los creadores del amparo y los primeros en introducir en un texto constitucional un catálogo de derechos sociales, no hemos podido conciliar ambos para crear un ***mecanismo efectivo de garantía*** *para derechos sociales.*[181]

En el plano técnico, en México existen controles de constitucionalidad y de legalidad[182], instrumentos que en principio autoridad y gobernado deben tener a su alcance para hacer valer los derechos fundamentales a través de las instituciones constitucionales; controles que coinciden con las tres funciones públicas tradicionales: administrativa, legislativa y jurisdiccional, esta última en caso de que las dos primeras no acaten el mandato constitucional y/o legal. Sobre el aspecto legislativo, ya analizamos arriba en este trabajo, que los congresos, federal y locales, han cumplido relativamente su obligación al desarrollar en el plano reglamentario, los derechos sociales previstos en la CPEUM, por ello, a continuación nos abocamos a las funciones ejecutiva (administrativa) y jurisdiccional, como medios de control (y por ende de reacción) de los sectores sociales como titulares de los derechos, en caso de contravención a los mismos.

Asimismo, si bien no son el cauce institucional, sino más bien una muestra de sus fallas, los "controles" o reacciones "sociales", son "salidas" que buscan la sociedad cuando las figuras legales o institucionales no satisfacen sus necesidad, es decir, no protegen ni garantizan sus derechos; situación tristemente común en México.

[181] Ordoñez, Jorge R. *La justiciabilidad de los derechos sociales en México: 90 años de carrera con obstáculos* https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/185/Becarios_183.pdf

[182] Constitucionalidad: Juicio de amparo, controversia constitucional, acción de inconstitucionalidad. Legalidad: juicio contencioso administrativo o de nulidad.

6.1.1. Administrativos

La función administrativa es aquella que en principio y de forma sustantiva lleva la carga de cumplir con los derechos sociales, como papel intrínseco a su naturaleza. En un escenario ideal, si las administraciones públicas cumplieran de forma integral el marco jurídico (bajo la presunción de que la legislación es completa y suficiente), los derechos sociales no tendrían que ser llevados a ningún otro plano, entiéndase jurisdiccional o al de reacción social. Si la prestación de servicios básicos y las políticas públicas son correctas, adecuadas, apegadas a un diseño legislativo exhaustivo como base de acción, y hay una justa distribución presupuestal (también tarea del legislativo en diseño y cumplimiento); entonces, estaríamos en un mundo perfecto, sin necesidad de juicios.

Como ya se adelantó anteriormente en este trabajo, desde la aparición de los derechos sociales en las constituciones del mundo occidental[183], se debaten los alcances de la obligación gubernamental para ***garantizar*** (quizá el vocablo constitucionalmente más contundente que haya) los derechos sociales. Lo que no se debate, o no suficientemente, es la parte que corresponde a la sociedad, la parte de complemento, supervisión, la parte de los deberes sociales, cívicos, comunitarios, colectivos, etc.[184]; lo cual de ninguna manera exime a la instancia pública de sus responsabilidades, pero la complementa.

La complejidad del tema no permite una respuesta única ni permanente, de ahí que se siga discutiendo tanto el asunto; por ello en este trabajo tampoco daremos una solución, pero

[183] No del hemisferio occidental, pues ¡dejaríamos fuera a Italia!

[184] Ver. Greco, Tommaso, *Antes el deber. Una crítica de la filosofía de los derechos*. Traducción de Emilia Bea del original en italiano, *Prima il dovere. Una critica della filosofia dei diritti,* en Mattarelli S. (coord.), Doveri. Il senso della Repubbli-ca, FrancoAngeli, Milano 2007, pp. 15-30. http://www.academia.edu/4500929/Antes_el_deber._Una_critica_de_la_filosofia_de_los_derechos

intentaremos aportar a lo ya desarrollado a través de reglas y principios. Parece que estamos ante un fenómeno que exige un esquema de análisis casuístico, en donde algunos casos relativos al derecho a la salud sean distintos entre sí, y los otros derechos sociales exigen también un trato distinto.

Suponiendo, sin conceder, que la legislación es muy general, incluso ambigua, como ya vimos arriba, tanto la jurisprudencia como los tratados internacionales, se han encargado de darle contenido preciso y concreto a las obligaciones en materia de derechos sociales, tal y como se desprende de las tesis jurisprudenciales transcritas y la *Observación general 3 (ONU)*[185], es decir, el argumento sobre la duda en los alcances pierde vigencia; el tema ya no es de claridad sino de voluntad política.

Entonces, ¿dónde está el problema? ¿Por qué los derechos sociales son los menos respetados, más difíciles de exigir, y de cumplir? Si ya sabe la autoridad qué tiene que hacer, ¿qué le impide su cumplimiento? Preguntas complejas, que reflejan realidades complejas, que no permiten otra cosa que respuestas complejas, por la gran confluencia de factores de toda índole: económicos, jurídicos, políticos, sociales, antropológicos, geográficos, étnicos, históricos, etc.

Como primera respuesta podemos atrevernos a exponer, que en México, la falta de cumplimiento de los derechos sociales por parte de las autoridades se debe a diversas causas: negligencia, ausencia de políticas públicas o diseños deficientes de las mismas, altos niveles de corrupción, distribución inequitativa de recursos federales y/o locales, diseños económicos errados, falta de ingresos propios de autoridades locales, crisis de índole diversa (económicas, climático-meteorológicas, políticas, sociales, etc.), falta de previsión y estudios de impacto, excesiva intervención de los partidos políticos, etc.

[185] Op cit. U.N. Doc. E/1991/23 (1990) Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En algunas de estas causas coparticipa directa o indirectamente la sociedad (o mayoría de la población), como, por ejemplo en la corrupción, la falta de supervisión y exigencia efectiva de derechos, etc.

Aunque la raíz de todos los problemas descritos también es compleja, la causa de la causa está ubicada en lo general, con lugares comunes: bajo nivel educativo del país en general, mínimo o nulo nivel de profesionalismo y capacitación de las autoridades administrativas y bajo índice de sanciones (de doble origen: 1) deficiencias en los órganos de control, y 2) escasas denuncias de los afectados).

Aunado a lo anterior, se suman dos elementos que consideramos torales en la problemática: A) Escasa supervisión social efectiva y B) Carencia de un sistema de información confiable, científica, objetiva y actualizada, para efectos de todo tipo de decisiones: políticas públicas, responsabilidades (administrativa, civil, política y penal), previsión de catástrofes, etc.; si bien recientemente (DO 16/04/2008) se dio un paso importante al elevar a rango constitucional al Sistema Nacional de Información, y darle autonomía al órgano encargado (INEGI).

Aquí es donde entra el factor complementario a la autoridad, que es la sociedad misma, la población en su mayoría, los sectores sociales propiamente dichos. Pareciera indispensable encontrar un justo medio, donde autoridad-gobernado en binomio inseparable actúen en igual proporción de esfuerzo, y así, quien tenga el mejor conocimiento de la situación o del problema, podrá exigir a la otra parte el cumplimiento de su obligación, claro, sin dejar de cumplir la suya. Quién logre el análisis más objetivo de la problemática tendrá los elementos para exigir su derecho. La sociedad, la comunidad más preparada en sus derechos será la mejor retribuida.

Pareciera también que el verdadero reto está en el ¿cómo? y el ¿cuándo? De ahí la gran importancia, a grado de indispensable, de la información completa y adecuada sobre los

problemas a resolver: estadística demográfica, sanitaria, etc. ¿Cómo proveer el nivel básico de servicios de salud?¿Cuándo hay suficiencia? ¿Cuándo insuficiencia? ¿Cuáles son los parámetros para distinguir crisis de estabilidad? etc.

Ahora bien, no podemos ignorar el otro escenario posible, que es la carencia, como argumento indiscutible, que también puede darse cuando se cumple todo a cabalidad por la autoridad, pero simple y sencillamente no hay recursos para enfrentar las obligaciones. Hasta aquí llega el derecho y le deja espacio a la política, la ciencia, la solidaridad social, etc. Para quienes nos dedicamos al derecho, lo más importante es que las leyes ayuden a que esto sea excepción y que nuestra ciencia jurídica permita reducir al mínimo las situaciones de necesidad o incumplimiento de derechos sociales, proporcionando las herramientas institucionales necesarias para que todos los actores, públicos y privados, cuenten con lo necesario para cumplir y lograr viabilidad. Aquí, donde pareciera que opera el adagio "a lo imposible nadie está obligado", aun queda un recurso, y es donde entra la cooperación internacional, no sólo como opción, sino como "obligación", por lo menos en su intento de agotarla (Ver supra: punto 13 *Observación general 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU.*[186])

Para países como México, cuando las cuestiones alcanzan proporciones internacionales resulta conveniente salir al plano exterior para efectos de forzar a transparentar el uso de recursos y a investigar cuestiones de corrupción que de otra manera quedarían encubiertas.

6.1.2. Jurisdiccionales

[186] http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/Sepcomm3.htm (consulta 040814).
http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2f1991%2f23%28SUPP%29&Lang=en (consulta 040814).

A los órganos jurisdiccionales corresponde quizá la parte más importante y trascendente, de la gran obligación de "garantizar" los derechos sociales por parte de la autoridad del Estado Mexicano. Desafortunadamente enfrenta diversos problemas.

El primer obstáculo histórico y técnico que enfrentó y enfrenta la garantía de los derechos sociales por parte de los tribunales, y por ende la posibilidad de reacción efectiva de los sectores titulares de dichos derechos, en lo individual y en lo colectivo, es el reconocimiento del interés o legitimación procesal, que en México durante décadas no se reconocía sin acreditar una afectación personal y directa. Algo parecido ha sucedido con las conductas negativas de las autoridades administrativas y legislativas, pues el amparo por omisión ha sido históricamente neutralizado.

La evolución en materia de interés procesal (simple, legítimo, jurídico), si bien durante décadas parecía una batalla perdida, finalmente comenzó a evolucionar; primero desde el juicio de nulidad en los tribunales contencioso administrativo con el reconocimiento del interés legítimo, seguido de las tesis de los tribunales colegiados de circuito (particularmente el 4° en materia administrativa de Jean-Claude Tron Petit), que cambiaron el criterio para reconocer interés jurídico en casos ambientales, donde bastaba una afectación al entorno ecológico para reconocer capacidad procesal a cualquier persona afectada dentro de la comunidad en cuestión.

Finalmente, a través de la reforma constitucional al artículo 107, en junio del 2011, la CPEUM reconoce el interés legítimo dentro del juicio de amparo. Asimismo, en julio del 2010 el artículo 17 es reformado para reconocer (aunque con un retraso de siglo y medio con relación a EUA), las acciones colectivas (*class actions*), para protección de los consumidores, que, sin embargo la ley secundaria ya lo limitó a ciertos supuestos.

El segundo obstáculo es la emisión de sentencias de imposible cumplimiento fáctico, ya sea por carencia de recursos, infraestructura, conocimiento, previsión, continuidad

presupuestal, capacidad tecnológica, suficiencia de recursos humanos, altos costos de restitución, etc.

Aquí debemos reconocer algunos avances en materia de amparo y justicia administrativa con el apoyo de la jurisprudencia, para lograr los cumplimientos de sentencia, uno de los rubros más deficientes. De nada sirve un juicio ganado si el cumplimiento de la sentencia tarda más que el propio juicio o nunca se cumple:

Tesis: P./J. 8/2011. SENTENCIAS DE AMPARO CUYO CUMPLIMIENTO IMPLICA UN PAGO A CARGO DE AUTORIDADES DEL GOBIERNO DEL DISTRITO FEDERAL. EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 73 DE LA LEY DE PRESUPUESTO Y GASTO EFICIENTE DE ESA ENTIDAD NO IMPIDE A ÉSTAS, EN EL ÁMBITO DE SU COMPETENCIA, REALIZAR ADECUACIONES PRESUPUESTALES PARA CUMPLIR CON AQUÉLLAS CUANDO SE AGOTE LA PARTIDA PRESUPUESTAL AUTORIZADA PARA TAL EFECTO POR LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL.

También a nivel local hubo avances en el plano de la defensa colectiva, con la implementación de la acción pública en la Ley de Desarrollo Urbano del Distrito Federal, que permite a uno o más vecinos "que se consideren afectados" (elemento subjetivo) por una construcción u obra presuntamente violatoria de la legalidad (uso de suelo, densidad urbana, requisitos ambientales) en vecindad a su domicilio.

Un tercer gran obstáculo es el problema del acceso[187] a la justicia, combinado con el bajo índice de litigiosidad de la sociedad mexicana, fenómeno que deviene de una multiplicidad de factores. Según lo comentamos en un trabajo anterior[188], compartimos con Diego Valadés los problemas específicos que detectó, hace más de veinticinco años, en su conocida obra *La*

[187] *Acceso. (Del lat. accessus).1. m. Acción de llegar o acercarse. ... 3. m. Entrada o paso. 4. m. Entrada al trato o comunicación con alguien.*

[188] Ver Minutti, *Acceso* 2009.

Constitución Reformada, como causas del alejamiento del justiciable de los órganos jurisdiccionales, y que en resumen son: *desconocimiento de las normas; experiencias desfavorables; desconfianza en la probidad del juzgador; morosidad; propensión a las formas de autocomposición; pasividad ante la afectación de los derechos propios; recurrencia a mecanismos de denuncia publicitaria; procuración de justicia a través de instancias administrativas mediante la influencia; y desistimiento en procesos ya iniciados por la complejidad de las normas y la imposibilidad de sostenerse ante contrapartes superiores técnica y/o económicamente.*[189]

Aunque hay avances en las últimas décadas, el acceso a la justicia en México es todavía un reto pendiente. Por ejemplo, en materia de justicia contencioso administrativa, rama jurisdiccional intrínsecamente ligada a los derechos sociales, tanto a nivel federal como local, es aproximadamente el 1% de la población o menos la que acude al juicio de nulidad. Ello a pesar de una notable mejora de la impartición de justicia en la materia, tanto a nivel federal como local, con importantes avances en materia de defensoría pública gratuita y tecnología al servicio de la justicia. Sin embargo, no se puede afirmar que existe acceso a la justicia administrativa en países y entidades federativas en las que menos del 1% de su población acude ante el órgano jurisdiccional competente. En sociedades con altos niveles de cultura jurídica un porcentaje bajo podría representar lo contrario, es decir, la baja litigiosidad proyectaría un escenario ideal, en el que los actos administrativos se emitieran apegados a derecho y fuera innecesaria o muy infrecuente su impugnación; no es nuestro caso.[190]

[189] Valadés, Diego, *La Constitución Reformada*, IIJ-UNAM, México, 1987, p. 249. http://www.bibliojuridica.org/libros/2/971/1.pdf

[190] Op cit Minutti, *Acceso*, 2009. A nivel federal, el TFJFA recibió 242,951 demandas, siendo la población nacional (2009) de aproximadamente 112 millones de habitantes. En la Entidad Capital, poblada por 8.8 millones de personas, durante el 2009 se recibieron 8,428 demandas de juicio de nulidad.

Además, como ya se insinuó anteriormente en este trabajo, es urgente una instancia pericial independiente y accesible, con miras a proveer al gobernado de medios fehacientes de prueba que hagan posible la impugnación de cualquier irregularidad de una forma viable en cuanto a tiempo, gasto y esfuerzo. El esquema pericial en la legislación adjetiva mexicana, resulta costoso, lento y por ende inaccesible a la mayoría de la población, léase, de los sectores sociales.

Ante la vastedad del tema, tomaremos como referencia el derecho a la salud, donde los casos de juicios que han prosperado son pocos, excepción que confirma la regla. Conocemos dos:

1. 1.- Caso Metlatónoc. Amparo 1157/2007-II J. 7° de Dto. Edo Gro., Luis Almazán Barrera, 11/07/08. Donde un grupo de habitantes de la localidad (pequeña comunidad en zona accidentada de las montañas del Guerrero), acudieron al amparo por omisión de la autoridad estatal de establecer un centro de salud, siendo que el más cercano se ubicaba en otra población a varios kilómetros de distancia, siendo que la comunidad de Metlatónoc justificaba tener su propio centro. El juez otorgó el amparo por considerar que se violaba el derecho social a la salud al incumplir el ejecutivo estatal con una *obligación prestacional* de proveer lo necesario para que se contara con el Centro de Salud.
2. Este caso es un parte aguas, en un país donde la mayoría de la población ni siquiera conoce su Constitución, y resulta inimaginable que conciba una derecho social como algo exigible.

En el Estado de México se promovieron un total de 11,901 juicios contencioso administrativos, entidad con 14.5 millones de habitantes. Concordando estos datos tenemos que a nivel federal el número de juicios corresponde a un .2% (punto dos) de la población nacional; y en el DF a un .09 % (punto cero nueve), en el EM, a un .08 % (punto cero ocho), y en Sin a un .1% (punto uno), de sus respectivas poblaciones.

3. 2.- Ejecutoria de fecha 25 de octubre de 1999, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia que resolvió conceder el amparo y protección de la Justicia de la Unión a un quejoso que reclamaba violaciones al derecho a la salud previsto por el artículo 4° Constitucional. En este caso, el quejoso señaló como autoridad responsable a la Secretaría de Salud, reclamándole como violación al derecho fundamental a la salud la falta de inclusión en el cuadro y catálogo básico de medicamentos del Instituto Mexicano del Seguro Social, los fármacos necesarios para tratar el VIH. Ello significa que para el máximo tribunal mexicano, los derechos sociales, económicos y culturales sí son justiciables.

Esto dio lugar a la ejecutoria aislada: *SALUD. EL DERECHO A SU PROTECCIÓN, QUE COMO GARANTÍA INDIVIDUAL CONSAGRA EL ARTÍCULO 4o. CONSTITUCIONAL, COMPRENDE LA RECEPCIÓN DE MEDICAMENTOS BÁSICOS PARA EL TRATAMIENTO DE LAS ENFERMEDADES Y SU SUMINISTRO POR LAS DEPENDENCIAS Y ENTIDADES QUE PRESTAN LOS SERVICIOS RESPECTIVOS. 192160. P. XIX/2000. Pleno. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XI, Marzo de 2000, Pág. 112.*

6.1.3. Sociales

La libertad de expresión y asociación son derechos fundamentales en los que ha encontrado cauce la reacción que algunos sectores sociales, a través de la protesta pública, legal o ilegal, ya sea en espacios públicos en el sentido tradicional, plazas, calles, parques o edificios; o bien en el ciberespacio, o en ambos. Estas formas son de sobra conocidas, y van desde la simple protesta en las plazas con gritos y pancartas, la toma o cierre de avenidas, toma de instalaciones públicas; hasta las huelgas de hambre y otras manifestaciones que, inclusive,

exceden los límites e incursionan la violencia y el delito, como los ataques físicos personas o destrucción de bienes.

No podemos afirmar que la protesta (reacción) pública sustituye a los medios jurídicos, pues para ello habría que contar con datos quizá imposibles de conseguir, como pudieran ser las razones objetivas de todas las marchas o movimientos sociales de protesta que toman las calles o inician una tendencia cibernética, para poder juzgar si hubieran o podrían haber tenido una vía jurídica o jurisdiccional para resolverse, lo que probablemente exigiría un estudio sociológico, antropológico, estadístico, jurídico, político, etc.; que nos excede.

Lo que sí podemos afirmar es que en materia de derechos sociales, dados los obstáculos técnicos, jurídicos, políticos, económicos, sociales, sicológicos, antropológicos, geográficos, culturales, educativos, entre los principales antes descritos; una gran parte de la población (quizá mayoría), percibe a las vías institucionales como inaccesibles, ineficaces, costosas, inoperantes, ineficientes y tardadas, razón por la que, si el problema lo amerita, sale a las calles y/o al ciberespacio a protestar y exigir solución a sus problemas.

Regresando a la ENCUP, *Ante la existencia de un problema que aqueja a la ciudadanía, resultó que las acciones más frecuentes a las que recurre el ciudadano para darle solución son: organizarse con otras personas, quejarse ante las autoridades y firmar cartas de apoyo.*[191]

Esto en México y el resto del mundo es sintomático. Algo en el sistema jurídico de un país no está funcionando si una parte importante de la sociedad no percibe a la opción jurídica-institucional como viable.

Como elementos positivos, que pudieran brindar cierta esperanza, también en la última década, surgen como opción de

[191] Quinta ENCUP (2012) http://www.encup.gob.mx/es/Encup/Quinta_ENCUP_2012

co-gobierno la transparencia y algunos órganos constitucionales autónomos, que exigen, como tema, un estudio por separado[192].

7. A manera de conclusiones

1. México no cuenta con todos los elementos necesarios para una reacción efectiva de los sectores sociales en tiempo de crisis, respecto de sus niveles mínimos indispensables de garantía de lo básico, a saber, salud, agua, alimentación, educación, medio ambiente sano y vivienda, entre los principales que generan obligación prestacional de la autoridad.
2. Tampoco se puede afirmar que cuenta con capacidad de reacción efectiva en épocas no críticas o de relativa estabilidad, o con esquemas que permitan a los sectores sociales participar, incidir, supervisar, controlar o impugnar el ejercicio de las facultades económicas de las autoridades, que vulneren sus derechos.
3. Las autoridades no cumplen con la obligación de garantizar el respeto a los derechos sociales, ya sea crítico o estable. Se carece de un sistema o esquema integral que permita actualizar los supuestos constitucionales y legales, a través de una tutela efectiva por parte de las autoridades administrativas y jurisdiccionales.
4. Sin embargo, no se parte de cero; ya existe el marco jurídico en materia de derechos sociales, tanto a nivel constitucional, tratados internacionales y legislación secundaria; sin embargo, no existe la capacidad institucional de aplicar de forma efectiva la legislación. Hay leyes sin aplicación efectiva. Más que legislar, se debe comenzar por cumplir lo que se tiene. Nuestra legislación no es perfecta, pero si se cumpliera, estaríamos en un escenario distinto.
5. Como avance relativo, se encuentran algunos precedentes jurisdiccionales que comienzan a explorar el camino de la justiciabilidad de los derechos sociales, y a crear jurisprudencia y criterios concretos de aplicación.
6. Falta avanzar en la precisión y diseño de un esquema, a nivel constitucional, que permita un reparto presupuestal más justo, a efecto de que los estados y municipios con menores ingresos puedan garantizar el cumplimiento de los derechos sociales. Para ello se deberán buscar niveles mínimos indispensables de asignación con el menor grado de discrecionalidad política.
7. No puede haber garantía (por parte de la autoridad) sin una sociedad que participe en la previa y proactiva construcción de un esquema jurídico y social que lo permita, principalmente en tiempo de crisis.
8. No hay suficiente cultura cívica del gobernado, ni suficiente compromiso público del funcionario o institución pública como ente de autoridad. Esta combinación produce un círculo vicioso, donde el gobernado espera soluciones inmediatas a todos sus problemas, prácticamente sin compromiso social, ni comunitario, ni ciudadano, y la autoridad alega que le resulta imposible cumplir.
9. El Estado, a través de la acción conjunta de autoridad y ciudadano, debe garantizar los elementos mínimos indispensables para una vida digna, lo cual depende de la circunstancia concreta, pero coincide siempre en lo básico.
10. Independientemente de los distintos esquemas constitucionales y legales sobre derechos sociales y sus garantías, así como la distribución, canalización y aplicación, de los ingresos públicos (que siempre es importante consolidar y perfeccionar), consideramos que el verdadero reto es lograr una participación social

[192] Ver *Sobre una teoría de los órganos autónomos en el derecho mexicano*, Porrúa-ELD, México, 2012.

efectiva en las decisiones (al grado de "co-gobierno"), por todas las vías posibles y simultáneas: mayor vigilancia de la sociedad a la autoridad a través de la información (transparencia), ejercicio que deberá estar intrínsecamente ligado con vías efectivas de *justiciabilidad.*

Esquemas constitucionales y legales en Italia: posibilidad de protección y limitación a la garantía de los derechos sociales por parte del Estado y de las regiones en situación de crisis económica[193]

Schemi costituzionali e legali in Italia: possibilità di protezione e limitazione alla garanzia dei diritti sociali da parte dello Stato e delle regioni in situazioni di crisi economica

Elisabetta Catelani
Università di Pisa

Sumario: 1. Introducción: objetivos de la investigación. 2. Nacimiento de los derechos sociales en Italia. 3. El papel de las regiones en la evolución de los derechos sociales: la reforma del Título V de la Constitución entre competencias estatales y regionales. 4. Los estatutos regionales: formulación en los principios generales de los Estatutos de los objetivos de protección de los derechos sociales. 5. Protección de los derechos sociales por parte de las Regiones. 6. Protección de la salud: algunas cuestiones regionales. 7. La crisis económica y su impacto en la protección de los derechos sociales en un contexto europeo. 8. Conclusiones.

Resumen: La investigación analiza el surgimiento y la evolución de la protección de los derechos sociales en Italia, teniendo en cuenta los efectos de la crisis económica presente desde hace más de cinco años. En particular, la naturaleza de Estado regional que caracteriza a Italia y al reparto de competencias legislativas y administrativas a las regiones en algunos derechos sociales, han dirigido el estudio hacia un análisis de la forma en la que los principales reglamentos regionales (Estatutos y leyes

[193] Traducción de la autora al español, del texto original en italiano.

regionales) han abordado la cuestión. La zona en la que el estudio se centró fue entonces el de la protección de la salud, al estar esta confiada por la Constitución a la competencia legislativa de las regiones, lo que ha permitido resaltar las diferencias de protección que existen entre ellas. Diferencias que el Estado busca eliminar con la determinación de niveles esenciales de las prestaciones.

El análisis se ha extendido a los órganos que la Unión Europea ha instituido y a los actos emitidos para verificar, más que para garantizar, la protección de los derechos sociales en los Estados miembros y se ha preguntado cuándo y cómo la Unión Europea puede hacer para incrementar su intervención directa sobre la tutela efectiva de los derechos.

Riassunto: La ricerca analizza la nascita e l'evoluzione della tutela dei diritti sociali in Italia, tenendo conto degli effetti della crisi economica ormai presente da più di cinque anni. In particolare, la natura di Stato regionale che caratterizza l'Italia e l'attribuzione di competenze legislative e amministrative alle Regioni su alcuni diritti sociali, hanno indirizzato lo studio verso un'analisi del modo in cui le principali norme regionali (Statuti e leggi regionali) hanno affrontato il tema. Il settore dove lo studio si è soffermato è stato poi quello della tutela della salute, in quanto affidato dalla Costituzione alla competenza normativa anche delle Regioni e che ha consentito di mettere in evidenza le differenze di tutela esistenti fra Regioni. Differenze che lo Stato cerca di eliminare con la determinazione di livelli essenziali delle prestazioni.

L'analisi è stata poi estesa agli organi che l'Unione europea ha istituito e agli atti che ha emanato per verificare, più che per garantire, la tutela dei diritti sociali negli Stati membri e ci si è domandati quanto e come l'Unione europea possa fare per incrementare il suo intervento diretto sulla tutela effettiva dei diritti.

Palabras clave: derechos fundamentales, derechos sociales, protección de la salud, crisis económica, derecho regional, Unión Europea

Parole chiave: diritti fondamentali, diritti sociali, tutela della salute, crisi economica, diritto regionale, Unione europea.

1. Introducción: objetivos de la investigación

Los análisis sobre los derechos fundamentales normalmente distinguen los derechos clásicos de libertad, que son reconocidos por el sistema y no implican una actividad positiva por parte del Estado, los derechos sociales, que por el contrario requieren estructuras, actividades, costos para el Estado.

De hecho, sobre la base de una visión más general de la importancia económica de la actividad pública, ya se establece que asegurar cada derecho implica un costo (desde la creación de la policía, los tribunales y el sistema penitenciario para garantizar la libertad personal, creación de carreteras, ferrocarriles y aeropuertos para garantizar la libertad de movimiento) y una de las maneras para llegar a la llamada *revisión de los gastos* y reducir el costo del Estado, es también intervenir en la misma organización de la administración pública y sobre las formas mediante las cuales se garantizan los derechos civiles. Por supuesto, la manera más simple y más directa para reducir el gasto público es el de intervenir de una determinada manera en el conjunto de estructuras que protegen los derechos sociales y la reducción de su financiación puede determinar una reducción consecuencia de su reconocimiento.

El propósito de esta investigación es reconstruir las intervenciones estatales y regionales sobre la cuestión de los derechos sociales y, en particular, para determinar si, en una situación de crisis económica como la actual que ha durado más de cinco años, la protección de los derechos sociales ha sufrido una contracción en términos generales o en algunos sectores específicos. Esta investigación no puede prescindir, sino más

bien debe primero tener en cuenta la posible diferenciación de protección resultante de la competencia legislativa y administrativa de las Regiones en relación con muchos de los derechos sociales. Diferenciación que, sin embargo, no podrá exceder aquellos que se definen niveles básicos de las prestaciones que, por el contrario, se deben asegurar de manera uniforme en todo el territorio del Estado.

Para este fin, es necesario recordar, al menos brevemente, cómo nacieron los derechos sociales en Italia y su reconocimiento en la Constitución (§1). Aunque el reconocimiento de los derechos sociales se presenta en la primera parte de la Constitución de 1948 (que se mantuvo sin cambios en casi todas las partes), la organización de las estructuras que garantizan su eficacia ha sido objeto de una enmienda constitucional introducida en 2001, que ha cambiado significativamente el papel del Estado en la protección de estos derechos, ampliando (o hasta confiando integralmente) la competencia de las Regiones sobre la cuestión (§2). De ahí la necesidad de aclarar que no existen niveles mínimos de prestaciones en términos de derechos sociales que el Estado deba garantizar, ya sea a través de una competencia legislativa exclusiva, que se le atribuyen en la Constitución, ya sea a través de recursos económicos, que deben ser sostenibles, y que de todas formas deben estar garantizados a las regiones. A esto hay que añadir que justamente esta parte de la Constitución es objeto de proyectos de reforma constitucional, que van a modificar y completar la actual distribución de competencias entre Estado y Regiones. La dirección que está emergiendo, de hecho, es hacia una nueva centralización de competencias en favor del Estado en muchas áreas, entre ellas, sin duda, las relativas a los derechos sociales. De ahí la utilidad, por un lado, de conocer con más detalle la experiencia extranjera para abordar mejor la evolución de la reforma actual, y por el otro de entender las razones de las propuestas para una nueva centralización de competencias en favor del Estado, con la consiguiente reducción de las competencias de las Regiones. En particular, se plantea la

pregunta: ¿en qué medida el Estado debe proteger y hacer efectivos los derechos sociales y cuando deben intervenir las Regiones (en Italia), como también sucede en los Estados federados? (México) (§ 3).

Por tanto, es útil dirigir el análisis sobre la atención que las Regiones han mostrado por los derechos sociales en sus Estatutos, es decir sobre los instrumentos normativos que más y mejor permitan a la Región determinar sus metas y objetivos generales. La lista de estos objetivos no constituye un contenido obligatorio del Estatuto prescrito por la Constitución, y sin embargo, todas las regiones que hayan aprobado los nuevos Estatutos después de la reforma de 1999-2001, han considerado mencionar estos objetivos con el fin de determinar de manera prioritaria las posibles opciones normativas de la Región[194]. Por supuesto, estas declaraciones de principios no pueden ser representativas de una voluntad política para lograr estos objetivos, por lo que luego se deberá verificar, al menos de forma general, cuál es la orientación normativa que las Regiones han adoptado (y si la han adoptado) con el fin de garantizar y proteger los derechos sociales. Ya se puede anticipar que la materia más ampliamente legislada es la del derecho a la salud, que sin duda representa el derecho social primario, que absorbe la mayor parte de los recursos financieros, de modo que los costos de atención de la salud constituyen el 80% del presupuesto regional. Pero esto no excluye tener en cuenta la protección de otros derechos sociales igualmente importantes, como los derechos que deben ser reconocidos para las personas mayores o las minorías. Estos sectores serán cada vez más un problema para Italia, que alcanzó una tasa de natalidad de 1,4%. Como muchos economistas han afirmado (Edward Hugh, Nico Voigtländer y Hans-Joachim Voth), uno de los problemas de la

[194] Esto no significa que la Región no pueda, en las diferentes legislaturas y con diferentes fuerzas políticas que puedan alternarse en su gobierno, cambiar los objetivos que se desean perseguir, pero en realidad y supuestamente elegirá los objetivos entre los enumerados en el mismo Estatuto (véase el § 4).

crisis económica en muchos países de Europa, está representado por el envejecimiento de la población y por la consiguiente reducción de la capacidad de trabajo, inversión y crecimiento de los Estados. Al mismo tiempo, sin embargo, los jóvenes, los "pocos jóvenes", deben proteger y garantizar los derechos de los ancianos en mayor medida de lo que se podía imaginar en 1948 cuando se aprobó la Constitución italiana (tanto que no prevé expresamente una protección directa de los derechos de los ancianos, a diferencia de lo que sucede con otras Constituciones). (§ 4-6).

La experiencia italiana, sin embargo, no puede separarse del contexto europeo, más aún después de la aprobación del Tratado de Lisboa[195] que, por un lado, ha actualizado los objetivos y competencias de la Unión Europea y, por otro, ha dado pleno efecto a la llamada Carta de los Derechos Fundamentales, aprobada en Niza en 2000, pero sólo ahora implementada con el art. 6 TUE. En lo que respecta a la Unión Europea se presentan, en particular, dos problemas: 1) el aumento de las competencias europeas con el consiguiente control de la protección efectiva de los derechos sociales por parte de los Estados, 2) la necesidad de fomentar, incluso desde un punto de vista financiero, dicha eficacia, no tanto con sanciones, sino más bien con beneficios también económicos para los Estados, con el fin de hacer que tales derechos sean más fácilmente accesibles. La crisis económica, que constituye el "hilo rojo" de esta investigación, no ha facilitado el reconocimiento de estos derechos sino que los ha reducido sustancialmente. Por tanto es necesario preguntarse si y en qué medida esta reducción es admisible y cuándo y cómo la Unión Europea puede intervenir en caso de falta de protección de estos derechos.

Además de la función y las competencias de la Unión, se debe recordar también la importancia y la influencia de las

[195] Tratado de la Unión Europea, firmado en Lisboa en 2007 que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009 (TUE).

decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (denominado Tribunal de Estrasburgo), que, aunque no forme parte de la Unión Europea, el nuevo Tratado de Lisboa ha proporcionado la suscripción por parte de la UE a la Carta Europea de los Derechos Humanos (CEDH) y por lo tanto no se podrá prescindir de las decisiones de dicha Corte a la que se exige garantizar su eficacia y aplicación. (§ 7).

La reconstrucción racional del derecho constitucional y regional sobre al tema, junto al análisis de la jurisprudencia nos permitirá identificar los caminos en este momento de crisis deberían ser perseguidos, para el equilibrio adecuado entre la protección de los derechos sociales y los compromisos financieros derivados de la obligación del equilibrio presupuestario impuesta a los países de la zona EURO.

2. Nacimiento de los derechos sociales en Italia

El tema de los derechos sociales es relativamente "nuevo" para el Derecho Público europeo. Tanto es así que, en Europa, la primera constitución que reconoció explícitamente los derechos sociales fue la Constitución de Weimar de 1919, en la que fue diseñado, más que creado, un modelo de Estado llamado "socialdemócrata", precedido, en el mundo, sólo por la Constitución mexicana de 1917.

Por tanto, el tema objeto de nuestra investigación es un objeto de estudio y, más que nada, un reconocimiento legal que data desde hace un siglo[196].

[196] También las intervenciones de la Iglesia sobre el tema son, de hecho, bastante recientes, si se refiere en particular a las acciones formales que ha asumido. La primera encíclica que abordó el problema de una manera estructurada es la *Rerum Novarum* de León XIII, del 15 de mayo de 1891. En el año 1967 (26 de marzo) se tiene la encíclica más importante *Populorum Progressio* durante el pontificado de Pablo VI y, a menudo referida como "legislación de aplicación" (para usar un término legal, tal vez poco idóneo a una intervención papal) del Concilio Ecuménico Vaticano II, que había terminado el 8 de diciembre de 1965. En el vigésimo aniversario de la *"Populorum Progressio"*, Juan Pablo II presentó la encíclica *Sollicitudo rei*

No en vano, la Constitución de la República Federal de Alemania (*Grungesetz*) fue una de las primeras en definir el Estado como "social"[197] y en la misma línea también estuvo la Constitución española, que define a España como "Estado social y de derecho".

A diferencia de éstas, la Constitución italiana, que se puede definir como "inspirada" en los principios del Estado social, pero sin duda no se define como tal, ni habla en sentido técnico de "derechos sociales" en la formulación de 1948[198] y sólo con la reforma del Título V en 2001 se introdujo el *nomen* "derecho social", justo donde se atribuye a la competencia exclusiva del Estado la determinación de los "niveles esenciales de las prestaciones relativas a los derechos civiles y sociales que deben ser garantizados en todo el territorio nacional".

La ausencia en la formulación de 1948 de una referencia al Estado social o a los derechos sociales no excluye que la Constitución italiana siempre haya reconocido y protegido los derechos sociales, en primer lugar gracias a las dos reglas generales relativas a la protección de los derechos representados por el art. 2 y el art. 3 de la Constitución. Al "reconocer" los derechos inviolables del hombre (art. 2) la Constitución se coloca en una posición secundaria, y, por decirlo así, de

socialis, donde se aborda el tema de los derechos sociales, teniendo en cuenta los problemas económicos que les subyacen. En el mismo pontificado se debe entonces citar también la encíclica *Centesimus Annus*, adoptada en el centésimo aniversario de la *Rerum Novarum* y, por último, durante el pontificado de Benedicto XVI también hay que recordar la encíclica *Caritas in Veritate*.

[197] Caracterizar la forma de Estado como "Estado social" ha determinado en Alemania una reflexión sobre las consecuencias y las implicaciones de dicha designación y sobre la estructura misma de los derechos sociales. W. SCHMIDT, *I diritti fondamentali sociali nella repubblica federale tedesca*, en *Riv. trim dir. pubbl.*, 1981, e 784 E. EICHENHOFER, *Costituzione e diritto sociale*, in *Dir. Pubblico*, 1997, 459.

[198] De hecho, se habla de dignidad social, relaciones sociales, función social y utilidad social de la propiedad, de asistencia social, pero no específicamente de derechos sociales.

subordinación con respecto a los derechos pre-existentes e inherentes a la existencia misma del hombre "como un individuo y en grupos sociales" y en el art. 3, párrafo 2, mediante la introducción del principio de igualdad sustancial, plantea las bases fundamentales de todo derecho social, es decir, la necesidad de proteger la igualdad de los "puntos de partida".

El reconocimiento de los derechos sociales se encuentra detallado en la Sección II de la primera parte de la Constitución ("relaciones ético-sociales"), donde se garantizan los derechos de la familia, de los hijos, de la infancia y la juventud (art. 29-30), el derecho a la asistencia sanitaria, al menos para los indigentes (art. 32); el derecho a la educación (art. 34); asimismo en la sección III el reconocimiento del derecho de los trabajadores a salarios justos, descanso semanal y vacaciones anuales (art. 36); los derechos de las trabajadoras y del trabajo infantil (art. 37); la asistencia y la seguridad social (art. 38).

Por otro lado, no se puede señalar que la posición constitucional de tales derechos en una sección posterior a la que contiene los derechos de libertad clásicos es sin duda significativa e indicativa de una preeminencia sustancial de aquellos, con respecto a los derechos sociales, como si el Estado de derecho prevaleciera sobre el Estado social. De hecho, la doctrina italiana, desde hace algún tiempo, comparte la opinión de que no hay ninguna contradicción entre los dos términos, sino más bien el reconocimiento de la libertad (asunción del imperio de la ley) tiene su propia base y fundamento en la igualdad (Estado social)[199]. Esto no excluye que el reconocimiento de los derechos a la libertad desde la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y el posterior nacimiento del concepto del Estado de Derecho, haya asignado a los derechos de libertad una posición privilegiada en relación

[199] M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Lo spirito del diritto sociale nelle costituzioni e nelle leggi della Francia rivoluzionaria*, *Arch. Giur F. Serafini*, vol CXLVII, 1954.

con los derechos sociales, que luego fueron considerados como derechos "menores"[200].

Esto se ve confirmado por el hecho de que las primeras acciones públicas para la protección de los derechos sociales operaban en favor de categorías bien definidas de sujetos a los cuales se reconocía una ayuda y una intervención sólo porque eran parte de aquellas: indigentes, situaciones de necesidad, ciudadanos que no pueden trabajar y que carecen de los medios para vivir (art. 38 de la Const.) y por tanto no como "individuo" en general.

Por otro lado, es muy reciente la reconstrucción de la doctrina sobre el reconocimiento de la "igual dignidad" de los derechos sociales en relación con los derechos de libertad y la teoría de la base de los derechos sociales como una síntesis entre libertad e igualdad[201]. El valor de la persona y sus derechos establecidos y enunciados en los artículos 2 y 3, párrafo 1 de la Const. preceden, pero están estrechamente relacionados con los modelos pluralistas y solidarios, con el fin de poder afirmar que los derechos sociales son un instrumento de igualdad, pero al mismo tiempo un medio para aplicar las libertades fundamentales y la herramienta de garantía de la dignidad de la persona.

Esto ha dado lugar a la superación de la idea de que el reconocimiento constitucional de la protección de los derechos sociales sólo tendría sentido si va acompañado por una legislación que permitiera su aplicabilidad efectiva. Es decir que se consideró simplificadora la distinción entre las normas constitucionales que protegen los derechos de libertades consideradas de inmediato prescriptivas (y, en cualquier caso implican sobre todo un comportamiento de *non-facere* por parte del Estado), con respecto a aquellas normas que protegen los

[200] Cfr. M. LUCIANI, *Sui diritti sociali, Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, vol II, Cedam, Padova, 1995, p. 103.

[201] A. BALDASSARRE, *voce Diritti sociali*, en *Enc. Giur.*, vol XI, Roma 1989, p. 6 ss.

derechos sociales que imponen y requieren un comportamiento activo del Estado o de los sujetos delegados para ello.

En realidad, no todos los derechos sociales pueden ser igualados en cuanto a su protección, por lo que se destacaron como "incondicionales", que no plantean problemas particulares en cuanto a su disfrute y que pueden ser invocados directamente por los beneficiarios, por parte de aquellos que en cambio presuponen "la subsistencia de estructuras organizadoras esenciales para proporcionar prestaciones garantizadas o para el cumplimiento de las conductas de las cuales consta el contenido del derecho considerado"[202]. Pero en cualquier caso, ambos son derechos constitucionales inviolables, inalienables, irrenunciables, indisponibles.

Con los años, a través de una interpretación evolutiva de la Constitución, los derechos sociales se expandieron gradualmente, dando lugar a los que se pueden considerar como "nuevos" derechos sociales, inferibles y derivables de las normas constitucionales y que en 1948 no parecían tan obvios, tales como el derecho al medio ambiente (*ex* art. 9, párrafo 2 de la Const.), el derecho a la vivienda (artículos 42, párrafo 2, 47 párrafo 2 de la Const.), los derechos de los ancianos (implícitos en muchas de las disposiciones constitucionales, pero no designados como tales)[203]los derechos de los inmigrantes (*ex* artículos 2 y10 de la Const.) y más en general, el derecho a la igualdad de oportunidades para todos los sujetos vulnerables[204].

[202] A. BALDASSARRE, *cit.*, p. 31.

[203] La organización de la familia en 1948 era tal que no se especulaba con problemas de gestión del anciano o de la protección de derechos distintos de los de cualquier otro individuo.

[204] Como se verá mejor en el análisis de los Estatutos regionales se consideran dignos de una intervención positiva de la Región sujetos que se encuentran en situaciones personales muy distantes unos de otros, para los cuales se necesita una intervención positiva (acciones positivas) de parte de sujetos públicos: discapacitados, homosexuales, drogadictos, y por supuesto las mujeres, situación de hecho directamente protegida por los artículos 37, 51 y ahora 117, párrafo 7 de la Const.

Además de estos, sin embargo, los estatutos regionales y una parte de la doctrina atribuyen valor social también a otras situaciones que las propias Regiones sin duda pueden proteger, pero que ciertamente no pueden configurarse como derechos sociales en el sentido estricto, es decir garantizados por la Constitución, como el reconocimiento del derecho al deporte, los derechos de los animales, los derechos del consumidor y así sucesivamente.

Por ello, nuestro objetivo es verificar los criterios para la asignación de competencias entre Estado y Regiones en el ámbito de los derechos sociales, cómo las Regiones han ejercido sus poderes, tanto en el ejercicio de su autonomía legal como legislativa y, finalmente, tratar de entender cuáles son las limitaciones y ventajas de una intervención local, inevitablemente diferenciada, sobre la protección efectiva de estos derechos, y por último, cuáles son las razones que justifican las propuestas de reforma a nivel constitucional sobre la asignación de competencias.

3. El papel de las regiones en la evolución de los derechos sociales: la reforma de la Sección V de la Constitución entre competencias estatales y regionales

A pesar del contenido constitucional, la garantía real de los derechos sociales se ha llevado a cabo en pequeños pasos y con una gran diferenciación entre los diferentes tipos[205], ya sea por la historia que cada uno de ellos tenía, o por las formas de protección que se habían realizado en el tiempo, o también porque algunas de las competencias han sido transferidos gradualmente a nivel local (y en algunos casos siempre se han garantizado sólo a través de estructuras descentralizadas).

En las Regiones había comenzado a hablar sobre el tema de los derechos sociales, en parte con la formulación de los

[205] A. ALBANESE, *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati,* Milano, Giuffrè, 2007, p. 76 ss.

primeros Estatutos regionales en los años 70, pero en particular con los decretos de transferencia de 1977 (Decreto Legislativo nº 616 de 1977) donde se hacía referencia a las competencias regionales en el campo de la caridad pública, asistencia escolar, policía urbana y rural, atención sanitaria y hospitalaria, educación artesanal y profesional. Se trataba, sin embargo, de una competencia aún reducida y una tendencia hacia la centralización de los poderes administrativos en el Estado, ya que se creía generalmente que una centralización de los poderes permitía lograr más fácilmente la protección efectiva de esos derechos, y un *estándar* uniforme, desde un punto de vista territorial, de la satisfacción de las necesidades sociales de todos los ciudadanos.

Las reformas de los años 90 (véase la reforma sanitaria introducida por la ley 421/1992; ley 285/1997 "Disposiciones para la promoción de los derechos y oportunidades de los niños y adolescentes", los decretos de transferencia de las funciones administrativas, y, finalmente, la última ley marco sobre servicios sociales no. 328/2000) han cambiado radicalmente las competencias y las formas de protección de varios derechos sociales, a fin de permitir hablar de "regionalización *del bienestar social*"[206].

Una posterior y más radical transformación ha tenido lugar después de la reforma constitucional de 2001 (primera y, hasta ahora, única grande reforma constitucional introducida en Italia desde 1948[207]) que, al distribuir las competencias entre Estado y Regiones confirmó y reiteró la tendencia que surgió en la legislación de los años 90 para reducir la intervención estatal en la vida social y reservó a la competencia exclusiva del Estado

[206] P. CARROZZA, *Il welfare regionale tra uniformità e differenziazione: la salute delle regioni*, en E. Catelani - E. Cheli (a cura di), *I principi negli Statuti regionali*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 26.

[207] Cabe recordar que en Italia sólo se aprobaron 38 leyes constitucionales desde 1948, incluyendo 15 rectificativas de normas de la Constitución, 14 para aprobar o modificar los Estatutos de regiones especiales y sólo 9 leyes constitucionales de otros contenidos.

sólo determinar los "niveles esenciales de prestaciones relativas a los derechos civiles y sociales" (letra m), las normas generales sobre la educación (letra n) y la seguridad social (letra o), mientras que todos los demás derechos sociales fueron asignados a la competencia complementaria o residual de las Regiones[208].

Por otra parte no se puede decir que las Regiones hayan adoptado una actitud de autocontrol o por lo menos de desapego de estas áreas, sino que más bien han percibido la intervención en estos asuntos como algo innato a sus funciones y a la necesidad de que las intervenciones posteriores se realicen mediante las instituciones más cercanas al beneficiario de las prestaciones sociales.

La asignación de competencias normativas a las Regiones en asuntos sociales determina, sin embargo, una serie de consecuencias ineludibles: primero, se acepta, en general, la hipótesis de una diferenciación de la disciplina a nivel regional, que se abandone, es decir, el principio de uniformidad de tratamiento y que se conjeture una diferenciación, tanto desde el punto de vista de la organización y el procedimiento[209], como con respecto a los objetivos que se pueden lograr.

[208] Esta diferenciación entre temas de competencia exclusiva del Estado y asuntos de competencia complementaria establecidos en la Constitución es una característica de Italia (Estado regional) y de otros países europeos también federales, como Alemania (arts. 73 y 74 Ley Fundamental). El modelo español es en parte diferente: en España no es la Constitución la que determina la asignación de competencias legislativas entre el Estado y las Comunidades Autónomas, sino que son estas últimas las que, a través de sus respectivos estatutos de autonomía, asumen las competencias que ambicionan y, así, marcan bien el alcance de la potestad reglamentaria del Estado, a excepción de un núcleo intangible garantizado por la Constitución (art. 148 y 149 C.E.). La forma de estado a nivel territorial es, por lo tanto, el resultado global de la combinación de las disposiciones contenidas en la Constitución y en cada uno de los Estatutos de Autonomía.

[209] E. BALBONI, *Livelli essenziali: il nuovo nome dell'eguaglianza? Evoluzione dei diritti sociali, sussidiarietà e società del benessere*, en P. Bianchi (a cura di), *La garanzia dei diritti sociali nel dialogo tra legislatori e Corte costituzionale*, Plus, Pisa, 2006, p. 227.

En segundo lugar, hay que señalar que la atribución a la competencia residual de las Regiones para legislar en ciertas áreas (tales como los servicios sociales) modifica de manera significativa la posibilidad y las formas de disciplina de la materia, ya que da lugar a la no aplicabilidad del límite de los principios generales contenidos en la legislación estatal sobre el tema, por lo que el único límite se debe buscar dentro del sistema delineado por las normas constitucionales. Esto no descarta que, a fin de garantizar "requisitos uniformes", estos asuntos no interfieran luego con las normas del Estado en áreas relacionadas (Tribunal Constitucional. sent. Nº 124 de 2009).

En ambos casos sólo hay un vínculo que no puede ser superado, es decir el nivel esencial de la prestación, que es el único límite constitucional introducido por la reforma de la Sección V

El art. 117, párrafo 2, letra *m)* de la Const. establece que se encomienda a la competencia exclusiva del Estado la *"determinación de los niveles básico de las prestaciones relativas a los derechos civiles y sociales que debe ser garantizados en todo el territorio nacional"*. La interpretación de la extensión de esta norma y de los efectos resultantes no son fáciles de resolver, tanto por el número de intervenciones por parte del Tribunal Constitucional, que intervino en algunas áreas, pero cuyas pronunciaciones se utilizan y re-interpretan en relación con otros derechos sociales, tanto a causa de los retrasos en la determinación del estado, por ley, de los niveles básicos de las prestaciones en ciertas áreas (por ejemplo, aún no se han determinado los niveles básicos de la asistencia social, denominada LIVEAS).

La interpretación de la eficacia y las consecuencias normativas que resulten de esta disposición, han de tomarse entonces, a través de una serie de sentencias del Tribunal Constitucional adoptadas en relación con el campo de la salud, en las que se declaró que la competencia estatal en la determinación de los niveles básicos es de tipo "transversal", que es una "materia/ no-materia", o mejor, que es una

competencia del legislador estatal idónea para afrontar todos los temas, respecto de los cuales el mismo legislador debe ser capaz de aplicar las normas necesarias para garantizar que todos, en todo el país, gocen de las prestaciones garantizadas, sin que la legislación regional puede restringirlas o condicionarlas "(sent. no. 282/2002). Sin dejar de respetar la diversidad territorial, el Estado debe garantizar la igualdad sustancial que encomienda al Estado el deber de actuar con políticas positivas que permitan el pleno desarrollo de la persona humana y el ejercicio efectivo de los derechos.

Sin embargo, se ha cuestionado en el pasado si estos niveles de garantía, necesarios para asegurar condiciones de vida iguales en todo el país, podrían ser considerados satisfechos con los niveles de logro de niveles "mínimos" o si era necesario hacer referencia a un nivel más alto y si para determinarlos también pudieran participar también las Regiones a través de un proceso de consulta. En este aspecto, el Tribunal Constitucional ha dejado claro en lo que respecta a la cuestión de la salud (pero se puede extender a otros sectores) que para la determinación de los niveles básicos es necesaria una intervención legislativa del Estado, que debe "establecer procedimientos apropiados y acciones formales precisas para proceder a las especificaciones y otras articulaciones que puedan ser necesarias en diversos sectores" (sent. 88/2003). Por tanto, será deber del Estado junto con las Regiones también revisar gradualmente los niveles básicos teniendo en cuenta las necesidades cambiantes de los ciudadanos, la innovación científica y tecnológica, los nuevos y diferentes recursos financieros que pueden tener un efecto positivo o negativo sobre dicha determinación, pero nunca tanto como para hacer que la ley sea irrazonable.

Incluso antes de lidiar con los problemas que presenta este marco constitucional y sobre todo aquellos derivados de la diferencia de trato de los ciudadanos que determina la ley regional de autonomía, por lo menos se debe mencionar cuáles son las propuestas de enmienda constitucional que durante esta legislatura se han propuesto y ahora están en fase de discusión.

El proyecto de ley constitucional, ahora aprobado en la primera lectura del Senado (8 de agosto de 2014) y luego enviado a la Cámara, prevé una transformación de los criterios para la distribución de competencias entre el Estado y las Regiones, y en particular, se espera una centralización de poderes en favor del Estado y la posterior reducción del papel de las Regiones. Es probable, de hecho, que haya una extensión de las competencias exclusivas del Estado en lo que respecta a las cuestiones de interés general. En particular, en relación directa con nuestro tema, se desea asignar a la competencia exclusiva del Estado también la fijación de las "disposiciones generales y comunes" para la protección de la salud, la seguridad alimentaria y la protección y seguridad en el trabajo (letra *m* del párrafo 2 del nuevo art. 117 C.), sobre la educación (escolástica, universitaria e investigación científica y tecnológica: letra *n*), la seguridad social en general (letra *o*), medio ambiente y ecosistema (letra *s*).

Se trata de una terminología, la cual que promete ser reformada, en realidad no del todo clara y por lo tanto susceptible a una variedad de interpretaciones, ya que no está claro cuál debe ser el alcance de las disposiciones generales y comunes, es decir si debe ser igualado a las leyes marco actuales o en cambio superar esta determinación[210].

Si el texto se mantiene sin cambios, corresponderá en cambio a las Regiones la competencia legislativa en cuanto a la planificación y organización de los servicios sanitarios y

[210] Hay que tener en cuenta que la terminología utilizada es variada en relación con los temas, porque a veces se habla de "normas de procedimiento", en otras de "disposiciones de principio", y en las demás, al igual que en el caso de las "disposiciones generales y comunes". Si se mantuviera en el texto final esta variedad de terminología utilizada, podría ser el papel del Tribunal Constitucional el de determinar los límites de la intervención estatal o uniformar su alcance, como sería deseable, es decir distinguiendo según el tipo de competencia. Si el Tribunal mantuviera los criterios interpretativos utilizados en la interpretación de la reforma del 199/2001 no sería difícil imaginar una equivalencia de las diversas terminologías utilizadas en la legislación vigente de principio.

sociales; de educación y formación profesional, de promoción del derecho a la educación, incluida la universitaria; de la promoción de los bienes medio ambientales, culturales y paisajísticos, en la medida del interés regional.

A pesar de las normas detalladas sobre la asignación de competencias estatales y regionales, el proyecto de reforma inserta la denominada "cláusula de salvaguardia" a favor del Estado, lo que resulta en la capacidad de reclamar para sí, a partir de la propuesta del Gobierno, todas las materias, incluyendo aquellas no asignadas a su jurisdicción "cuando sea necesario para la protección de la unidad jurídica o económica de la República" es decir, se introduce un muy amplio poder que incluso la Corte tendrá dificultades para delimitar a nivel de jurisprudencia, ya que podría interferir con la política de discreción y la dirección política del poder legislativo. Esto no significa, sin embargo, que se puede suponer en un futuro la atracción a la competencia estatal de una disciplina general y más amplia en ámbito de derechos sociales, dado que una legislación común luego impone al Estado encontrar los recursos para financiar sus actividades, pero tal vez una mayor uniformidad de protección y garantía de los derechos sociales podría ser deseable.

4. Los Estatutos regionales: formulación en los principios generales de los Estatutos de los objetivos de protección de los derechos sociales

Las perspectivas de una reforma constitucional no excluyen, sin embargo, que con el fin de entender los objetivos políticos que surgen en Italia en términos de derechos sociales, deba referirse primero a la legislación regional: a los Estatutos en primer lugar y a las leyes regionales de implementación, en segundo.

El Art. 123 de la Const. establece (y no debería ser reformado) que "*cada Región tiene un estatuto que, de conformidad con la Constitución, determina la forma de gobierno y los principios fundamentales de organización y*

funcionamiento. El estatuto regulará el ejercicio del derecho de iniciativa y referéndum sobre leyes y medidas administrativas de la Región y la publicación de las leyes y reglamentos regionales" [211]. El Art. 123 el contenido denominado "obligatorio" del estatuto, a saber, el que no puede faltar, pero eso no quiere decir que, de hecho, las regiones hayan regulado con una herramienta de este tipo una serie de otros perfiles denominados "no necesarios", y de todas formas accesorios que pueden completar el contenido. Para todas las regiones, la nueva temporada de estatutos ha sido una oportunidad para enriquecer y mejorar las normas de principio que ya estaban presentes en los Estatutos aprobados en los años 70.

Esto ha determinado una especial atención por parte de las regiones hacia una pluralidad de "sectores" y/o de derechos sobre todo de carácter social, a veces confirmando y reafirmando las normas constitucionales, en otros casos mediante objetivos de protección de intereses que han surgido con el tiempo y están protegidos a través de una interpretación evolutiva de la Constitución.

Además de las declaraciones generales relativas a la protección del trabajo, la salud, el medio ambiente, la familia, la maternidad y la infancia, la región tiene como objetivos a alcanzar, la protección de los derechos de los niños, los adolescentes, los ancianos, los discapacitados, el goce de los derechos sociales de los inmigrantes (Abruzo), de los extranjeros y los refugiados apátridas refugiados (Emilia-Romaña), de acuerdo con los principios del pluralismo cultural, el respeto mutuo y la inclusión social" (Toscana), Art. 4 letra t . O, de nuevo, nos referimos a lo que hemos llamado "nuevos derechos" (cfr. § 1), es decir que las regiones tienen como objetivo la protección o promoción de posiciones jurídicas subjetivas, no tratadas a ese nivel (a veces ni siquiera a nivel

[211] Por tanto, el estatuto regional es la norma fundamental de organización de la región desde el punto de vista de la jerarquía de las fuentes en una posición de primacía en relación con la legislación regional, que debe respetar no sólo el derecho constitucional, sino los principios y reglas del Estatuto.

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

constitucional), pero que se consideran dignos de protección equiparables a aquellos específicamente contemplados en la Constitución. En particular, se hace referencia a la protección de los consumidores (Estatuto Emilia-Romaña, Lombardía, Lacio, Marcas, Piamonte y Umbría), el derecho al deporte (Emilia-Romaña, Lacio, Marcas, Apulia y Umbría) derechos de los animales (Piamonte) y el reconocimiento de la seguridad y la educación nutricional como objetivo regional (Emilia-Romaña, Marcas, Piamonte, Apulia), la promoción del pluralismo de la información (Piamonte y Toscana), el desarrollo de nuevas tecnologías, protección de los niños, adolescentes y mayores (Abruzo, Lacio, Apulia, Piamonte, Marcas), el apoyo a la cultura, el arte, la música, potenciando el papel de los residentes extranjeros (Emilia-Romaña, Toscana) y, finalmente, a la adopción de políticas para dar valor a la meritocracia (Campania).

Se sitúan, en otras palabras, en el mismo nivel de derechos constitucionalmente garantizados y encomendados a la competencia complementaria o propia de las regiones, junto con posiciones jurídicas subjetivas, sin duda dignas de protección, pero con diferentes formas y con garantías que no siempre pueden ser reconocidas oficialmente. Tanto es así que algunos estatutos debidamente distinguen, incluso desde un punto de vista terminológico, la necesidad de proteger los derechos a la salud, con respecto a la capacidad de asegurar "un sistema eficaz de protección social" (art. 2 Liguria), es decir "se protege el medio ambiente" y al mismo tiempo "se preservan los recursos naturales", "se protege la biodiversidad" "se promueve el respeto por los animales" (art. 2 Lombardía)[212].

Aún más especiales son aquellos estatutos que, además de la protección de la familia, al mismo tiempo, reconocen "otras formas de convivencia" (Art. 4 Toscana y Art. 9 Umbría),

[212] También el Art. 5 de los Estatutos de las Marcas se refiere a la necesidad de promover "la cultura del respeto a los animales, estableciendo el principio de una convivencia correcta con los seres humanos".

mientras que otras regiones (Lacio), por otro lado, limitan la protección a la familia fundada en el matrimonio, inevitablemente poniendo en evidencia los diferentes factores políticos y culturales que subyacen a la elaboración del estatuto. Justamente la formulación un poco '"extravagante" de algunos estatutos llevó a la intervención del Tribunal Constitucional sobre la eficacia y el valor de estas normas de principio.

En primer lugar se debe comenzar diciendo que después de la reforma de la Sección V, durante la redacción de los Estatutos, no había habido mucho debate en cuanto a la legalidad, así como la oportunidad de contener un catálogo de principios y derechos en los estatutos ordinarios, tanto que una parte de la doctrina[213] había considerado como innecesario, inadecuado y, en cualquier caso, valorable sólo en un plano cultural la inclusión en el estatuto de la protección de los derechos individuales.

El problema que se ponía de relieve y que aún permanece es el hecho de que la disposición para la protección de los derechos es constitucional, que los Estatutos pueden limitarse a repetir, pero que ciertamente no pueden reducir o incluso ampliar. De hecho, de la extensión de un derecho se deriva casi siempre la compresión de otro, colocado en una posición contraria y opuesta (al derecho al aborto se opone el derecho del no nacido, al derecho a la vivienda se opone al derecho a la propiedad, etc.) y por lo tanto es deber del Estado y, posiblemente, del Tribunal Constitucional el determinar los márgenes de la extensión de una nueva ley, teniendo en cuenta los perfiles de razonabilidad y equilibrio de los derechos.

Si por un lado, su posición al comienzo del Estatuto y el hecho de que no es un contenido obligatorio ha permitido a una parte de la doctrina describir estas normas como programáticas, que requieren una acción legislativa posterior para que puedan explicitar su eficacia; por otro lado se encontró que en todos los

[213] P. CARETTI, *La disciplina dei diritti fondamentali è materia riservata alla Costituzione*, en *Le Regioni*, 2005, 27 ss.

casos estas declaraciones de principios son significativas y comprometen la dirección política de la región.
El Tribunal Constitucional, de hecho, en una serie de sentencias, ha demostrado que se trata de declaraciones a las que "no puede reconocerse ningún efecto jurídico", pero que se sitúan "en el nivel de expresión de las creencias de las distintas sensibilidades políticas en el comunidad regional en el momento de la aprobación del Estatuto" [214]. Se trata de declaraciones extremadamente rigurosas que han planteado dudas en la doctrina y que, en cualquier caso, no indujeron a las regiones, que han aprobado sus estatutos en una fecha posterior a las distintas intervenciones del Tribunal Constitucional, a limitarse en la formulación de dichas normas de principio, pero que de hecho han reafirmado y confirmado la utilidad de una indicación de los objetivos generales y de los principios que rigen la región. De modo que si se desea asignar un valor a estas disposiciones que no sea meramente de naturaleza político-cultural, se podría distinguir, dentro del contenido del estatuto, las normas que tienen un valor prescriptivo de las que, por su naturaleza, no lo tienen. Me explico: con esto no se desea reafirmar la distinción entre el carácter programático y preceptivo de las normas que la misma Constitución ha excluido respecto a las normas estatutarias de las regiones, pero no se puede negar que hay una formulación diferente dentro del contenido estatutario y que esta diferencia podría inferir un valor y eficacia diferentes. Los métodos de formulación y los propósitos del legislador estatutario vinculados a las normas pueden entonces permitir una diferenciación de efectividad.

Los derechos sociales (de hecho, también llamados "derechos a la prestación") permiten un marco también estatutario que especifique y permita una intervención útil y diferente de las regiones individuales, pero siempre es necesario

[214] Principio afirmado por el Tribunal Constitucional en su sentencia no. 40 de 1972 y luego reafirmada en la sent. no. 2 de 2004 y, finalmente, con claridad y precisión en la sent. no.72 (Estatuto de la Toscana); 378 (Estatuto Umbría) y 379 (Estatuto de Emilia-Romaña) de 2004.

que la diferenciación sea compatible con la garantía unitaria del derecho y por tanto depende de cómo y dónde se coloca "el travesaño" de los "niveles básicos" y si estos niveles están regulados por la ley. Si el nivel mínimo establecido por la ley estatal, que impone una intervención económica significativa de la región, aún a través de los fondos estatales, es particularmente alto, se reconoce poco espacio a la región para diferenciar la aplicación y protección, por lo que la las previsiones de la Región para asegurar niveles "más altos" se reduce significativamente.
Un aspecto que definitivamente vale la pena mencionar es el hecho de que en los Estatutos no se hace referencia a la necesidad de garantizar el nivel básico de las prestaciones, ya que se trataría de una declaración inútil, *ad abundantiam*, que se encuentra ya prevista en norma constitucional.
Parece extraño, sin embargo, que en esas áreas, que están precisamente relacionadas con los aspectos sociales sobre los cuales ponen mayor atención los estatutos, por un lado sea larga la lista de objetivos sociales que la región establece (a pesar de la falta de necesidad de una disposición en el Estatuto), por el otro carece, en cambio, de una referencia a esa actividad de cooperación con el Estado para la aplicación de los niveles mínimos básicos de los distintos servicios públicos encomendados a la competencia regional.

5. Protección de los derechos sociales por parte de las Regiones

Habiendo constatado que todas las regiones tienden a proteger los derechos sociales a través de los principios generales, ahora es necesario identificar, en general, cuáles son las áreas en las que las regiones han tenido lugar para poner en práctica esos principios contenidos en los estatutos y cuáles son las líneas de intervención regional en sus respectivos campos.
El derecho invocado en todos los estatutos y regulado en muchas leyes de aplicación es sin duda el derecho a la salud,

cuya protección desde siempre se encomienda a la competencia complementaria de las regiones y de hecho la reforma de la Sección V extendió la autonomía con respecto a los perfiles organizacionales confiados exclusivamente a las regiones[215].

La acción de cumplimiento de las Regiones sobre el tema del cuidado de la salud, por tanto, se extiende desde la regulación del servicio sanitario regional (con las consiguientes normas para la autorización y acreditación de las estructuras de salud pública y privada que se encargan de prestar servicios de salud al público sólo después de un reconocimiento formal de la adecuación de las instalaciones y la organización a los objetivos establecidos), a la provisión de directrices para la preparación de planes de salud, hasta aspectos mucho más específicos, tales como la constitución de una garantía para la salud (Calabria ley no. 22/2008). El tema de la salud, más que cualquier otro, requiere un análisis detallado de los problemas relacionados con la diversidad de la protección del derecho previsto en las diferentes regiones, debido a una gran brecha en la organización del servicio regional de salud y al que volveremos más adelante. Cabe destacar, sin embargo, a partir de ahora, que la legislación estatal que estableció los niveles esenciales en materia de salud, y la jurisprudencia constitucional tienden a la aplicación efectiva de la universalidad de la protección de este derecho fundamental[216].

[215] En el proyecto de reforma constitucional, como se ha especificado con más detalle en el § 3, se prevé que, en concreto, corresponda a las regiones la competencia legislativa en términos de "planificación y organización de los servicios sanitarios y sociales", vinculando estrechamente el perfil puramente sanitario con el perfil social y por tanto de atención, que la región debe tomar en cuenta. En la base de la ley de salud se ubica, la salud como un concepto amplio, que incluye también los aspectos de bienestar.

[216] El Tribunal Constitucional ha subrayado en repetidas ocasiones la necesidad de una protección universal, no sólo en beneficio de los ciudadanos, sino también para todos los extranjeros (incluso ilegales) porque es "un núcleo irreductible del derecho a la salud como un área inviolable de la dignidad humana, la cual requiere evitar la creación de situaciones sin protección, que puedan, de hecho, poner en peligro la aplicación de ese

Una atención no tan grande se puede encontrar en cambio en los estatutos regionales en el establecimiento de metas de bienestar social, que se citan sólo genéricamente y en su mayor parte sólo cuando se refiere a la aplicación de los principios de subsidiariedad horizontal, más que como principios generales. A veces los estatutos circunscriben su intervención sólo para personas "en condiciones de

derecho" (Tribunal Const. sent. núm. 269 de 2010). El Consejo de Estado había intervenido para juzgar la constitucionalidad de la ley regional toscana en cuanto a los derechos de salud de los extranjeros (Ley de la Región Toscana 9 de junio de 2009, núm. 29 *Reglas para la acogida, la integración participativa y la protección de los ciudadanos extranjeros en la Región de Toscana*). Por consiguiente, el derecho a la salud deberá ser reconocido, "incluso a los extranjeros, independientemente de su posición en relación con las normas que regulan la entrada y residencia en el estado, aun cuando el poder legislativo pudiera proporcionar diferentes modos de ejercicio del mismo" (sentencia núm. 252 de 2001). La legislatura estatal, con el Decreto Legislativo nº. 286 de 1998, ha adoptado este enfoque, estableciendo, especialmente en el art. 35, párrafo 3, que "a los extranjeros presentes en el país, que no cumplan con las normas de entrada y residencia, se les asegure en los establecimientos públicos acreditados, la atención ambulatoria y hospitalaria urgente o esencial, o incluso continuada, para enfermedades y lesiones, y los programas de medicina preventiva se extienden para proteger la salud individual y colectiva", asegurando también la protección social del embarazo y la maternidad, con igualdad de trato que las ciudadanas italianas, la protección de la salud del niño, la vacunas, la medidas preventivas internacionales, la profilaxis, el diagnóstico y el tratamiento de las enfermedades infecciosas y, posiblemente, remediación de los brotes relacionados.

En este contexto se posiciona la norma regional censurada, que, en la aplicación de los principios básicos establecidos por la legislatura estatal en el campo de la protección de la salud, asegura incluso a los extranjeros ilegales las prestaciones básicas de atención de la salud y asistencia para garantizar el derecho a la salud, en el ejercicio de sus competencias legislativas, en plena conformidad con las disposiciones de la legislatura estatal en materia de entrada y residencia de extranjeros en Italia, también con respecto a los extranjeros de vivienda residentes sin una entrada válida".

La misma protección debe ser reconocida también a los ciudadanos europeos que no reciben protección de la salud del propio Estado (como Rumania), que pueden ser equiparados a los extranjeros (Ley reg. Apulia y sent. Tribunal Const. núm. 299/2010.

discapacidad", o ponen en el mismo nivel de protección sujetos que requieren de intervenciones muy diferentes, como los ancianos, los niños y las personas con discapacidad, junto con los inmigrantes, los refugiados y apátridas.

El menor interés por los aspectos socio-asistenciales, en comparación con los de la salud, encuentra su punto de partida en la creación del mismo derecho a la asistencia, percibido no tanto como un derecho de la persona, sino como una intervención que se debía llevar a cabo por razones de orden y seguridad pública, por ejemplo con respecto a vagabundos, alcohólicos, indigentes. Con la aprobación del art. 38 de la Const. y con la evolución histórica, el derecho a la asistencia se vinculó más a los perfiles económicos, tanto en lo que respecta a la identificación de los destinatarios (no trabajador debido a una discapacidad o de todas formas indigente), como un tipo de intervención que se limitaba a un apoyo o ayuda financiera. La calificación negativa que siempre se le ha dado a esas intervenciones también ha dado lugar a la imposibilidad de lograr un sistema nacional de atención y por lo tanto la falta de una "universalización" de la propia ley[217]. Por otra parte, el Estado ha establecido los principios generales de la materia con una ley marco sobre asistencia (Ley núm. 328/2000) sólo el año anterior a la reforma constitucional de la Sección V de la Constitución. Revisión que dio lugar a la atribución a la competencia exclusiva de las regiones de todo el ámbito de la asistencia y, más en general, de los servicios socio-asistenciales, a fin de evitar cualquier tipo de poder de intervención del Estado en la materia. Así que incluso la misma ley marco, que establecía los criterios generales de la materia, prácticamente no fue nunca implementada, porque presuponía una competencia

[217] A. ALBANESE, *Diritto all'assistenza e servizi sociali*, cit., 30 ss. e più recentemente A. Albanese – C. Marzuoli (a cura di), *Servizi di assistenza e sussidiarietà*, Il Mulino, Bologna, 2003; E. MALARET I GARCIA, *Administracion publica y servicios publicos: la creacion de una red de servicios sociales a los ancianos en la transformacion del estado de benestare*, en *Dir. Pubbl.*, 2002 p 185 y ss.

compartida entre el Estado y las Regiones no asignada durante la reforma de la Sección V

El interés limitado y la intervención en el ámbito estatal, sin duda no ha permitido un desarrollo a nivel regional, que previamente había delegado en mayor grado a estructuras externas las actividades administrativas vinculadas y que se encontraron de repente responsables de este amplio sector.

Si, como hemos visto, en ocasiones las menciones de los Estatutos sobre la materia eran genéricos y a veces confusos, no tuvieron mejor suerte entonces las intervenciones legislativas regionales, por lo que hay regiones que no han aprobado ninguna ley innovador en dicho sector después de la reforma del estatuto, es decir, en los últimos seis o siete años. Otras Regiones, sin embargo, creían en la posibilidad de realizar una síntesis y una intervención unificadas a nivel regional entre salud pública y asistencia (especialmente la Toscana y Emilia-Romaña), que establecieron como objetivos generales de la Región la persecución de las políticas sociales. Objetivos que luego se transformaron en acciones legislativas sin duda significativas, tales como el establecimiento de un sistema integrado de intervenciones y servicios para la protección de los derechos de "ciudadanía social" (Ley de la Toscana no. 41/2005, Ley 26/2009 Umbría no.; Apulia no. 19/2006).

6. Protección de la salud: algunas cuestiones regionales

Un ejemplo, sin duda significativo para comprender las dificultades que surgen del logro de una verdadera igualdad en el goce de los derechos sociales puede ser percibido a través de ejemplos concretos y sin duda el más notable es la protección efectiva del derecho a la salud. Este derecho más que ningún otro (entre los derechos sociales) se considera inviolable, inalienable, y es la más alta expresión de la protección de la

dignidad humana (más recientemente, incluso el Tribunal Const. N. 269/2010 antes citado)[218].

La reforma constitucional de 2001, la asignación de competencia del Estado para establecer niveles básicos y la competencia complementaria de las regiones, han dado lugar a una estimulación de las relaciones de cooperación y colaboración entre el Estado y las regiones que se producen, en particular, con los llamados "Pactos para la salud", es decir, los acuerdos a los que se reconoce, en general, tanto un valor político, porque son el producto de las actividades de consulta amplia entre el Estado y las regiones, como un valor legal, debido a que los perfiles esenciales se transfieren a los actos legislativos y a menudo mencionados en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (ver recientemente sent. núm. 40 de 2010, 94 de 2009; 45, 145 y 203 de 2008).

Esto no excluye que debe reconocerse una amplia autonomía reguladora de las regiones, debido a que la atención de la salud está a cargo de su competencia, mientras que los perfiles relacionados con la organización de los centros de salud deben seguir la competencia propia de estos (residual). Autonomía que inevitablemente conduce a muchas disciplinas diferentes de organización, todas válidas y legítimas, siempre que sean adecuadas para la protección del nivel básico en el campo de la salud.

Algunas regiones, después de la reforma de la Sección V han reglamentado *ex novo* el servicio regional de salud a la luz de los nuevos principios introducidos, mientras que otros tienen

[218] No obstante, cabe señalar que las constituciones de muchos países europeos no protegen explícitamente el derecho a la salud: además de la Const. italiana (Art. 32) y de la Constitución Española (Art. 43), Portugal protege explícitamente este derecho (art. 64). Pero por otro lado, una protección explícita se observa en el art. 35 de la Carta de Niza (*Protección de la salud*- "Toda persona tiene el derecho de acceder a la atención preventiva de la salud y beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. En la definición y ejecución de todas las políticas y acciones de la Unión, se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana".

una disciplina de atención médica que ha sido aprobada en el período anterior a la reforma de la Sección V de la Constitución. A partir de estas regulaciones emergen modelos organizativos muy diferenciados entre ellos con resultados, a nivel de *rendimiento* y de carácter económico, no asimilables que inducen a tratar de entender y estudiar las diversas experiencias regionales. Cada región, por supuesto, debido a sus características y diferencias estructurales, necesita diversificar la disciplina de la organización del sector, que absorbe la mayor parte de los recursos financieros de la región, pero al mismo tiempo los modelos positivos, es decir, aquellos que crean un menor *déficit* financiero o los que proporcionan el resultado más eficiente, o incluso aquellos que plantean junto a un sistema de protección encomendado al sector público, también un reconocimiento adecuado de protección sanitaria encomendada a los privados (con el consiguiente reconocimiento de la elección del ciudadano de los medios de protección de la salud que mejor aseguren sus expectativas), estos modelos positivos, decía, podrían servir de ejemplo para otras regiones.

A partir de la investigación que se ha realizado sobre los costes de salud, emergen datos sin duda no homogéneos y, en particular, como se ha señalado, diferencias significativas entre los gastos presentes en las regiones del Norte y del Sur. El análisis muestra que nueve regiones tienen un exceso de gasto per cápita y un grande déficit debido a los costos financieros para la salud. En casi todos los casos, se trata de regiones del sur, además de Lacio. Las regiones con mayor exceso de gasto son, de hecho, Lacio, Campania, Sicilia, Calabria, Abruzo y Molise. Estas regiones, que tenían una mayor amplitud de déficit financiero, se sometieron entonces al llamado "plan de retorno" con el fin de corregir los gastos de atención de la salud, mientras que el Piamonte y Apulia fueron sometidas a un plan de pago más ligero, siendo menor, pero en todos los casos el déficit era significativo. Por el contrario, las regiones del Centro-Norte muestran niveles de gasto que no están muy lejos de los niveles estimados como eficientes. Toscana, Véneto, Emilia Romaña,

Marcas, Lombardía deberían trabajar para reducciones inferiores al 3%; mientras que Friuli Venecia Giulia y Umbría tienen un balance positivo del gasto en atención de la salud. Esta actividad de control y evaluación también ha dado lugar a mejoras en la economía y a la salida del plan de retorno, con la consecuente mayor libertad en el uso de sus recursos en algunas regiones como Liguria.

También hay que señalar que según los datos recientes sobre la movilidad de los pacientes entre las regiones existe una brecha particularmente significativa. Los ciudadanos (pacientes) en el sur de Italia tienden a ir sobre todo al norte, creando lo que se ha llamado "turismo de salud", con un nuevo aumento en el costo de los presupuestos ya difíciles de esas regiones.
En general, esto confirma la imagen de un país dividido en dos, con las regiones del centro y norte en niveles de eficiencia y calidad del gasto que parecen ser significativamente mayores que en las regiones del sur.

Estas observaciones de carácter financiero y cualitativo llevan a estudiar esos modelos de organización que, mejor que otros, han permitido lograr buenos resultados, modelos que, a pesar de que no pueden ser totalmente exportados integralmente por la necesidad de garantizar y proteger la diversidad presente en las diferentes regiones, pueden ser un buen ejemplo para la adaptación de la normativa regional a las necesidades de aplicación incluso de los "Pactos para la salud", que son aprobados cada año y que deben hacer frente cada vez más a la contención del gasto, incluso a través de una organización más eficiente.

Cuando se analizan los modelos de salud introducidos por los servicios regionales de salud, se suele hacer referencia, contrastándolos, al modelo utilizado en la región de Toscana en comparación con el de Lombardía, destacando en particular el hecho de que en Toscana se tiende a integrar la salud territorial con las actividades de socio-asistenciales, mejorando principalmente las estructuras públicas de atención, mientras que el modelo lombardo, llamado "público de competencia

regulada", se recuerda y caracteriza por el hecho de que las estructuras públicas y privadas se colocan en una posición de igualdad y competencia recíproca, dando lugar a la plena competencia entre las estructuras y la libertad de elección de los ciudadanos sobre qué estructura usar.

En la presente investigación no se puede, por supuesto, analizar de forma detallada las diversas formas y características de los diferentes modelos regionales sobre los que se han hecho estudios muy generales y detallados, especialmente de tipo económico, sino que basta con señalar que, si bien a partir de modelos de protección de la salud muy diferentes (principalmente público en la Toscana, y con una fuerte participación de hospitales privados en Lombardía), se pueden lograr resultados de eficiencia comparables u asimilables, tanto en términos de protección de la salud, como en lo que respecta a los gastos necesarios para alcanzar los objetivos de eficiencia. En el sistema de toscano, sin embargo, es muy limitado el derecho de iniciativa económica privada, por otro lado protegido por el art. 43 de la Constitución.

7. La crisis económica y su impacto en la protección de los derechos sociales en un contexto europeo

La crisis económica ha puesto de manifiesto la incapacidad del constitucionalismo para resolver los problemas derivados de la situación económica y financiera que está fuera de las normas legales, pero que al mismo tiempo las condiciona.
Al mismo tiempo, en el mundo se especula y se teoriza la necesidad de empezar a hablar de un constitucionalismo global en fase de formación[219], sobre todo cuando los órganos supranacionales están facultados a generar normas que son eficaces en relación con varios Estados. Justamente la

[219] G. TEUBNER, *Un momento costituzionale?*, trad. it. In *Sociologia e politiche sociali* 2011, II, 14; ID, *Nuovi conflitti costituzionali,* Milano 2012; P. Dobner - M Loughlin, *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford 2010.

intervención de la UE sobre los perfiles constitucionales ha dado lugar a un aumento de la influencia del constitucionalismo diferente del que surgió en el '900 y la atención de la doctrina se ha centrado, en particular, en esta transformación. Antes, durante el intento de introducir formalmente una Constitución para Europa, firmado por los Jefes de Estado y de Gobierno en Roma en 2004, que no ha logrado sus objetivos por el voto en contra de los holandeses y franceses en un referéndum nacional requerido durante el proceso de ratificación del Tratado. Posteriormente, la crisis económica y financiera y el riesgo de fracaso de algunos países (mediterráneos) en la zona del euro, llevaron a la aprobación de un paquete de instrumentos (pacto fiscal, mecanismo europeo de estabilidad - MEE - y el Fondo Europeo de redención o rescate FER), que de hecho han influido en la legislatura de cada Estado, imponiendo la introducción de una disposición sobre el equilibrio del presupuesto. Esta norma inevitablemente afecta y afectará cada vez más las decisiones políticas, en particular las de las políticas sociales de cada estado.

Junto a esto, siempre en el ámbito europeo, se ha producido la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, lo que demuestra una sensibilidad de los Estados en materia de derechos fundamentales y de derechos sociales en particular, es sin duda diferente de los Tratados anteriores, tanto como para impulsar la introducción de muchas novedades y amplios reconocimientos de los derechos. Significativo es el hecho de que se hayan utilizado como base de la misma Unión valores comunes, representados por el respeto a la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de Derecho y el respeto de los derechos humanos, incluidas las minorías (art. 2 del TUE). Derechos que, aunque no sean competencia directa de la Unión, la caracterizan y dirigen las actividades de cada estado. Se espera que entre sus competencias figure la lucha contra la exclusión social, la discriminación y "promueve la justicia y la protección social, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de

los derechos del niño" (art. 3 TUE). Pero, en particular, ha dado pleno cumplimiento a la Carta de los Derechos Fundamentales (art. 6 TUE), en la que hay varias normas que introducen una protección específica de los derechos sociales (artículos 27 y siguientes). Estas normas incluidas de forma unificada en la Sección IV de la Carta, llamada "solidaridad" como un todo orgánico en el que se reconocen los derechos del trabajador (art. 27 a 33), los derechos a la asistencia social y la seguridad social (art. 34), la protección de la salud (art. 35); la protección del medio ambiente (art. 37) y la protección de los consumidores (art. 38). En comparación con la mayoría de las Constituciones de los Estados miembros, la redacción de la Carta de Derechos tiene, ciertamente, características innovadoras, lo que indica un nuevo impulso que se desea dar a estos derechos.

Junto a esta, sin duda un papel importante en el ámbito europeo lo cumple la Carta Europea de los Derechos Humanos (EDU) y el Tribunal de Estrasburgo, que garantiza la eficacia y la aplicación, la Comisión Europea para la Cohesión Social (CDCS) a cargo de la coordinación de las políticas para la protección de la salud, la condición de los niños y sus familias, el trabajo, la integración de los inmigrantes. Este último organismo no se debe confundir con el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS), que, en cambio, tiene la tarea de supervisar el cumplimiento de la legislación y la práctica de los Estados signatarios con la Carta Social Europea que entró en vigor en 1965. Este último es otro instrumento de regulación, junto con el organismo que asegura su aplicación, integra la compleja intervención de Europa para la protección de los derechos.

Hay que recordar que entre otras cosas se está negociando la adhesión directa de la UE a la Carta Europea de los Derechos Humanos, que implica efecto directo de los principios contenidos en ella frente a todos los Estados de la Unión (aspecto que no tiene relevancia directa para Italia dado que es una Carta ya firmada y ratificada), como pueden ser ratificados por la UE directamente otros instrumentos

internacionales de derechos humanos, como fue el caso de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[220]

Por tanto se trata de legislación y organismos que se han creado a nivel europeo para garantizar la protección adecuada de los derechos humanos fundamentales, ya sea supranacional (UE), como internacional (y por lo tanto los actos relativos que los regulan o los instituyen estaban sujetos a ratificación por parte de cada estado), pero que no implican una actividad directa para la protección y el reconocimiento de los derechos por parte de la Unión Europea o el Consejo de Europa, como un control para asegurarse de que los Estados miembros cumplan con dicha protección. Por tanto no es una garantía activa, sino más bien de control. Esto significa que Europa no se siente comprometida, como un organismo unitario, a asegurar la eficacia de la protección si no es a través de préstamos que tengan este propósito y que en cualquier caso pasen a través de cada estado. A partir de ahí, una diferencia sin duda significativa de trato entre los mismos Estados, como resultado de los recursos financieros que cada Estado puede brindar para este propósito, sin ningún tipo de aplicación en general de ese concepto de "solidaridad" al que por otra parte, como hemos dicho, se refiere la Sección IV de la Carta de Derechos. Consideremos, por ejemplo, los problemas que Italia enfrenta de modo sustancialmente exclusivo como resultado de la afluencia de inmigrantes procedentes de África que llegan a nuestras costas huyendo de la guerra, el hambre, la persecución política, sin que exista una voluntad de la UE y los demás países miembros para contribuir a la acogida de los inmigrantes, amplificando así los problemas sociales de nuestro entorno.

[220] Es una convención que Italia ya había ratificado por la Ley no. 18 de 2009 y posteriormente ratificada por la UE 05 de enero de 2011. El objeto del presente Convenio tiene un significado especial, debido a que el envejecimiento de la población en Europa y en Italia se ha traducido en un fuerte aumento de los problemas de discapacidad.

8. Conclusiones

El primer aspecto que ha surgido de manera significativa a partir de esta reconstrucción, aunque breve para un problema de tan largo espectro, es la brecha significativa del nivel de protección de los derechos sociales en las regiones. El principio de la garantía de los niveles básicos está funcionando, aunque de manera incompleta, en lo que respecta a la protección del derecho a la salud y la educación, o de los derechos sociales que se podrían llamar "clásicos", que tienen una tradición y un reconocimiento de larga data que ha permitido crear todas nuestras estructuras organizativas (escuelas, universidades, hospitales) necesarias para protegerlos.

La situación es diferente, sin embargo, para los "otros" derechos sociales, a partir de aquellos vinculados a la protección de la salud en el sentido más amplio, como el derecho a la asistencia y más en general al reconocimiento de instrumentos sociales para ancianos, discapacitados, drogadictos, etc.
Para estos derechos sociales, la brecha entre las regiones es, sin duda, mayor: en primer lugar, porque no están determinados por la ley estatal los niveles básicos de atención (LIVEAS). Pero éstos no se establecieron porque su garantía pone en juego un compromiso financiero significativo tal, organizativo y de estructuras que no puede ser llevado a cabo por todas las regiones, especialmente aquellas que, como hemos visto, tienen un gran *déficit* financiero.

Entonces es menester preguntarse, dónde y en qué medida, todavía se puede hablar de la unidad de la protección y garantía de los derechos sociales en un Estado regional.
Las tendencias "federalistas" o mejor dicho "regionalismo fuerte" que, sobre todo en los últimos años surgió en algunas medidas legislativas respaldadas por algunas de las fuerzas políticas, también presentes en la mayoría de gobierno (Liga Norte), eran ciertamente peligrosas, no sólo porque ponen y siguen poniendo en duda los principios de unidad de la Constitución italiana, sino también porque la fuerte autonomía

puede afectar negativamente la exigibilidad por parte de los ciudadanos de los principios de la igualdad sustancial, y en particular, la posibilidad de obtener la protección concreta y la realización de esos derechos sociales de competencia regional que involucran recursos económicos y una organización administrativa que no siempre las regiones pueden garantizar de manera equitativa.

Esto no significa poner en duda la organización regional del Estado, sino tratar de activar mecanismos de compensación entre las Regiones en caso de que la estructura no permita garantizar los derechos fundamentales en igualdad de condiciones y, en particular, la protección de los derechos de los más vulnerables (ancianos, niños, enfermos, discapacitados, etc.). Es decir que es necesario que de alguna manera el estado centralice determinadas facultades de control, o ejercite ese poder de sustitución de las competencias regionales que el art. 120, párrafo 2 de la Const. le reconoce como propio, con el fin de garantizar la protección de los niveles básicos de prestaciones relativas a los derechos sociales.

El problema es que a la exigibilidad de los derechos sociales por parte de los ciudadanos se opone un presupuesto cada vez más en crisis y a la disminución de los recursos financieros se corresponde, a su vez, una demanda creciente de la intervención pública en favor de los más vulnerables.

La crisis económica actual está, en efecto, cambiando e introduciendo un punto de enfoque diferente con respecto a los derechos sociales, en la plena creencia de que estos deberían ser los primeros derechos que deben reducirse en extensión, e incluso ser cuestionados. La igual dignidad de todos los derechos, incluidos los derechos sociales, que se ha descrito desde las primeras páginas de este trabajo, deben alentar a los gobiernos regionales y estatales, pero aún más al gobierno europeo, a poner en el centro de sus opciones de dirección política los objetivos de política social, como expresión de los valores fundamentales compartidos. Las fuerzas centrípetas ya existentes en muchos estados, como en el referéndum sobre la

separación de Escocia del Reino Unido, que como sabemos ha tenido un resultado negativo, pero que de todas formas representa un índice de malestar de la población, o al menos de una dificultad de comunicación entre las necesidades del Estado central y las comunidades locales. Y, sin embargo, el referéndum (o más bien, la encuesta, dada la suspensión decidida por el Tribunal Constitucional español el 4 de noviembre de 2014) por la independencia de Cataluña de España, que por el contrario ha logrado un resultado muy positivo tanto en el veredicto como en la participación, así como los intentos de separación de la llamada "Padania" en Italia, sin duda debe hacernos reflexionar sobre la necesidad de que el gobierno central ejerza un papel estabilizador en la igualdad de trato de los ciudadanos tanto en términos de los derechos protegidos como de las obligaciones exigibles[221].

Este problema ha sido parcialmente percibido en Italia por el gobierno central a través del proceso de reforma constitucional en curso que, por un lado, tiene por objeto aclarar y re-asignar al "centro" competencias que puedan garantizar la igualdad de trato para todos los ciudadanos y, por el otro, asignar al Estado la posibilidad de intervenir en los asuntos que no son de su competencia "cuando sea necesario para la protección de la política jurídica o económica de la República, a saber, la protección de los intereses nacionales" (llamada "cláusula de salvaguardia").

Ciertamente, no se puede pensar que los problemas se pueden resolver mediante la reducción de la autonomía legislativo y/o administrativa de las Regiones, porque, en general, el principio de subsidiariedad vertical y, en particular, la posibilidad de una intervención administrativa por parte del sujeto más cercano al ciudadano, ha demostrado siempre el logro de mejores resultados de equidad y eficiencia en la administración. Sin embargo, como hemos visto en Europa,

[221] En Italia, el principal problema está representado, como se sabe, por la dificultad de reducir la evasión de impuestos en determinadas zonas del país.

donde se ha ideado el principio de subsidiariedad vertical (Art. 5 TUE), la posibilidad de una intervención del sujeto que tiene la visión de conjunto del problema y la capacidad de alcanzar los objetivos de la manera más apropiada para asegurar al menos una aparente uniformidad de tratamiento. Sin embargo, el riesgo que sigue existiendo, en particular en lo que respecta a la protección de los derechos sociales, es que de este modo la igualdad de protección no se verifique en un nivel superior, sino más bien en un nivel inferior, de modo que el mejor trato que en algunas regiones está garantizado, gracias a una mayor eficiencia, a las opciones de organización efectuadas y también a los costos de los servicios no homogéneos para las mismas prestaciones en el país, ya no sea viable y por lo tanto hay una nivelación hacia abajo que resulte en una protección disminuida.

Bibliografía

Una reconstrucción, incluso sólo satisfactoria de lo que se ha escrito en Italia sobre el tema de los derechos sociales y, más recientemente, acerca de los efectos de la crisis económica sobre los derechos sociales es ciertamente imposible, dada la vastedad del tema y el número de disciplinas jurídicas que se emplearon bajo varios aspectos de la investigación del tema. Esto no excluye que se deban mencionar las obras más importantes que se han publicado en el siglo anterior y las publicaciones más generales y más recientes sobre el tema.

A. BALDASSARRE, *voce Diritti sociali*, en *Enc. Giur.*, vol XI, Roma 1989; P. BARCELLONA, *Dallo Stato sociale allo Stato immaginario,* Giappichelli, Torino 1994; M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, en *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, vol II, Cedam, Padova, 1995; F. RIMOLI, *Stato sociale*, en Enciclopedia giuridica Treccani, Roma, 2004, XX; A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi,* en www.rivistaaic.it, fasc IV, 2011; T.GROPPI et AL, *The Constitutional Consequences of the Financial Crisis in Italy,*

www.astridonline.it, 2012; Q. CAMERLENGO, *Costituzione e promozione sociale*, Il Mulino, Bologna 2013; E. Cavasino-G.Scala-G.Verde (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Editoriale scientifica, Napoli, 2013; A. Morelli-L.Trucco (a cura di), *Diritti e autonomie territoriali,* Giappichelli, Torino 2014.

En relación con el tema de la asistencia se puede indicar en particular A. Albanese – C. Marzuoli (a cura di), *Servizi di assistenza e sussidiarietà,* Il Mulino, Bologna, 2003.

Sobre las consecuencias de la crisis económica sobre el derecho constitucional véase F. Angelini- M. Benvenuti (a cura di), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica,* Jovene, Napoli 2012; G. FONTANA, *Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa*, in www.forumcostituzionale.it, 2013; P. GRIMAUDO, *Lo Stato sociale e la tutela dei diritti quesiti alla luce della crisi economica globale: il caso italiano*, en www.federalismi.it, fasc. 22/2013.

Derecho público
Diritto pubblico

Regulación mexicana sobre los mecanismos de endeudamiento federal y local

Regolamentazione messicana sui meccanismi di indebitamento federale e locale

Rosa Linda Amezcua Hernández
Rodrigo Bernardo Díez Gargari
Escuela Libre de Derecho

Sumario: 1. Introducción.2. Deuda Pública.3. Reglas constitucionales y legales para la contratación de deuda pública federal.4. Reglas constitucionales para la contratación de deuda pública local.5. Conclusiones.

Resumen: La adquisición de deuda pública por parte de los Gobiernos es una decisión política con efectos macroeconómicos que, o bien pueden ayudar a un país a ser más competitivo o bien lo pueden llevar a una crisis económica. El marco jurídico que sienta las bases para la adquisición de deuda pública es de total importancia para evitar esta segunda consecuencia. A partir del análisis de la regulación constitucional mexicana sobre este tema, se describen las características de dos regímenes constitucionales diversos y coexistentes: i) la regulación de la adquisición de deuda pública nacional y ii) la regulación de la adquisición de deuda pública local, entre ambos hay diferencias que nos permiten entender las diferentes consecuencias que se han presentado en los últimos años.

Riassunto: L'acquisizione di debito pubblico da parte dei Governi è una decisione politica con effetti macroeconomici, che o possono aiutare un paese a

diventare più competitivo o possono portarlo ad una crisi economica. Il quadro giuridico che pone le basi per l'acquisizione di debito pubblico è importante per impedire questo secondo risultato. La normativa costituzionale messicana su questo tema contiene le caratteristiche di due regimi costituzionali diversi e coesistenti: i) la disciplina della acquisizione del debito pubblico nazionale e ii) la disciplina della acquisizione del debito pubblico locale; fra entrambe ci sono differenze che ci permettono di capire le diverse conseguenze che sono sorte negli ultimi anni.

Palabras clave: Deuda pública; regulación constitucional; deuda pública federal; deuda pública local.

Parole chiave: Debito pubblico; regolamentazione costituzionale; debito pubblico federale; debito pubblico locale.

1. Introducción

El manejo de la deuda pública[222] incide en el desarrollo de un país. Si un país no maneja adecuadamente su deuda pública, es decir, asume obligaciones de manera excesiva o destina los recursos obtenidos de esta en gastos y no en inversiones, se convierte en una espiral de pago de intereses infinita con recursos públicos (ingresos fiscales) que son desviados para este fin. Si ésta se maneja adecuadamente, se pueden generar efectos positivos. El punto importante se encuentra en que dichos recursos se inviertan en proyectos autofinanciables, es decir, que ellos mismos generen los recursos que sirvan para pagar la

[222] Es el "...conjunto de obligaciones financieras generadoras de interés de un gobierno...". Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano, 2000, pág.1338.

deuda adquirida, de manera directa (ej. generando directamente los recursos para pagar) o indirecta (ej. generando riqueza o permitiendo el desarrollo de ciertos sectores para que se aumenten los ingresos fiscales).

La deuda pública se transforma en un problema cuando la capacidad de pago de quien la adquirió no es suficiente para cubrir los pagos periódicos establecidos en sus obligaciones financieras o bien que la cantidad de los pagos no permita atender todos los compromisos de dicho Gobierno (inversiones y gasto público).

Si un Gobierno cuenta con capacidad de pago y administra adecuadamente los recursos provenientes de la contratación de un préstamo, habrá beneficios sociales y generación de riqueza. El inyectar dinero en una economía permite que se dé un efecto multiplicador del dinero, por el cual se "crea" más dinero del que en realidad hay en el mercado. Sin embargo, si la deuda pública no se maneja adecuadamente las consecuencias pueden ser abrumadoras. De ahí que la regulación de la deuda pública, contratación, montos, formas de financiamiento, destino, etc., sea tan importante, pues de ellas depende el éxito o fracaso de la misma.

En el caso de México, es necesario hacer una diferencia entre la deuda pública nacional, que es la que contrata el Gobierno Federal y la deuda pública local, que es la que contratan las entidades federativas y los municipios. La regulación federal en materia de deuda pública es mucho más robusta y clara, en tanto que la regulación local es omisa, poco clara o modificada a conveniencia, lo cual provoca que existan graves riesgos de caer en malos manejos de la misma, con las consecuencias perversas que ello conlleva.

Lo anterior es producto de una deficiente normativa constitucional respecto de los mecanismos de endeudamiento de los estados y los municipios. Es innegable que la Constitución no ha logrado el objetivo consistente en establecer límites a un endeudamiento irresponsable. Además, hay que tomar en cuenta que no se trata de un problema aislado sino que está relacionado

con temas de contabilidad, coordinación fiscal, fiscalización, etc.

El presente trabajo busca presentar en términos descriptivos el régimen de deuda pública tanto a nivel federal como local.

2. Deuda pública

El manejo de los recursos públicos depende de decisiones políticas que los representantes de la voluntad popular plasman en las leyes y decretos – en México, en la Ley de Ingresos de la Federación y sus correlativas en las entidades federativas y en los Presupuestos de Egresos –. Bajo esta óptica, podemos afirmar que el Gobierno no es una "…fuerza económica impredecible…Existen uniformidades y patrones en el comportamiento económico del Gobierno."[223] Lo importante a resaltar aquí es que el sector público, a nivel macroeconómico, es el único actor que tiene un control deliberado sobre sus ingresos y gastos con lo cual puede afectar el flujo del gasto en el sistema.

El ingreso del Gobierno proviene del cobro de "impuestos", estos reflejan el nivel general de ingresos de un país, por lo que los gastos que realiza el Gobierno, al inyectar recursos a la economía, redundan a su vez en la capacidad impositiva de los actores privados. Visto desde otro punto de vista, en la capacidad que el mismo Gobierno tiene de generar ingresos, pues cualquier cantidad de dinero que entre en el sistema es susceptible de ser gravada y capturada por el Gobierno.

Cuando el presupuesto gubernamental es utilizado como un elemento para estabilizar la economía, el Gobierno tiene que estar consciente que sus egresos pueden superar sus ingresos. Esto lo puede planear de forma deliberada y la cifra negativa será un *déficit*. Sin embargo, el Gobierno no puede gastar dinero

[223] Heilbroner, Robert L. y Lester C. Thurow, *Economía,* 7ª. Ed., 1987, México, p.252

que no tiene, de ahí que deba de cubrir dicho déficit obteniendo los recursos de fuentes distintas a los "impuestos", es decir, debe de pedir prestado adquiriendo *deuda.*

Para que la deuda pública que el Gobierno asuma sea viable financieramente, el Gobierno no debe permitir que los recursos que provienen de ella se utilicen en gasto corriente, ya que eso genera *pérdidas*, recursos que se utilizan una sola vez y "no hay forma de recuperarlos", es decir, no generan nueva riqueza para poder pagar la deuda de la cual se obtuvieron y que en general implica el pago de intereses.

Por otro lado, existe otro tipo de déficit que proviene de un gasto en *activos de capital,* donde los recursos se utilizan en la adquisición de bienes o prestación de servicios que permiten un retorno del capital con un incremento en la riqueza, es decir, no es déficit sino *inversión*, y son este tipo de operaciones donde el Gobierno debe de colocar los recursos provenientes de la adquisición de deuda para que esta sea viable y el sistema no se debilite.

Las inversiones que pueda realizar el sector público, son distintas al sector privado, pues el capital público en principio no busca generar mayores utilidades, sino proveer al bienestar general de la sociedad, por ejemplo, invertir en elementos que incrementen la competitividad del país, como mejorar las vías de comunicación, la infraestructura de una región, etc., es por ello que la misma regulación, que más adelante se analiza, impone también este tipo de candados en el uso de los recursos provenientes de deuda.

Un punto importante a resaltar en relación con la adquisición de deuda es si ésta es interna o externa. La deuda pública interna es la que el Gobierno adquiere dentro de sus propios gobernados, en este caso, los recursos no migran de una comunidad a otra sino que tan solo se redistribuyen los derechos de cobrar y pagar entre los miembros de la misma. Una persona que presta dinero al Gobierno obtiene el derecho a que éste le pague el capital y los intereses pactados, en tanto que otra que no lo hizo tiene la obligación de pagar impuestos, con los cuales

se pagará la deuda, es decir, no se incrementa el dinero dentro del sistema sino sólo los derechos entre sus miembros.

En tanto la deuda externa sí implica la transferencia de recursos de un sistema a otro, esto la vuelve más atractiva pues hay un ingreso real de recursos a la economía, pero más volátil, pues si otro Gobierno ofrece mejores condiciones ante la adquisición de deuda (mejores tasas de interés por ejemplo), los acreedores de un Gobierno harán líquidos sus recursos, es decir, solicitarán el pago de su deuda, para ir con el otro Gobierno y obtener mejores rendimientos, lo cual puede debilitar o incluso generar un crisis económica ante la "fuga de capitales" para el primer Gobierno.

Existen diversas vías para que el Gobierno contraiga deuda pública, a saber:

i) Banca comercial

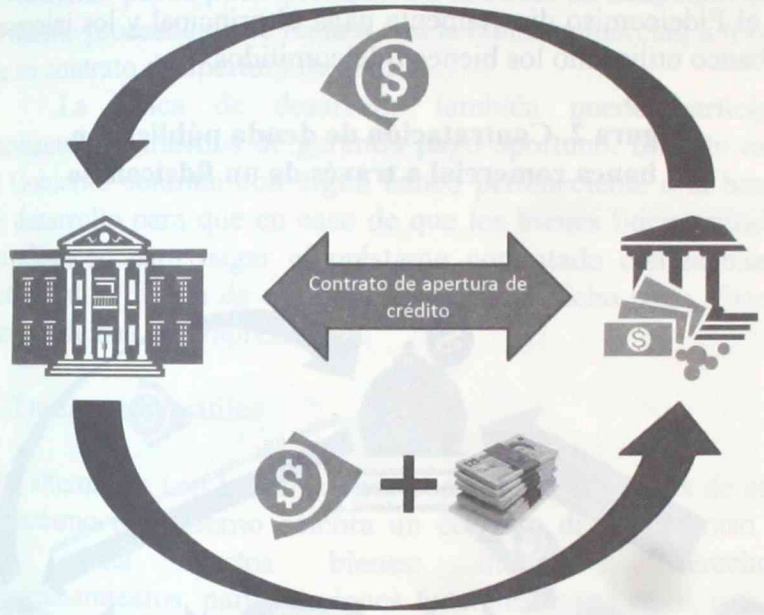
El Gobierno puede solicitar préstamos a la banca comercial (bancos privados de primer piso) a través de un contrato de apertura de crédito o pagaré. Los contratos de apertura de crédito son aquellos:

…por virtud de los cuales una persona, denominada acreditante, se obliga a poner una suma de dinero a disposición del acreditado, o a contraer por cuenta de éste una obligación, para que el mismo haga uso del crédito concedido en la forma y en los términos convenidos, quedando el acreditado obligado a restituir al acreditante las sumas de que disponga, o a cubrirlo oportunamente por el importe de la obligación que contrajo, y en todo caso a pagarle los intereses, prestaciones, gastos y comisiones que se estipulen.[224]

[224] León Tovar, Soyla H, *Contratos mercantiles*, Oxford, México, 2004, p. 440.

El banco acreditante presta un monto determinado de dinero al Gobierno a una tasa de interés, fija o variable, según se convenga; a su vez, el Gobierno se obliga a regresar dichos recursos junto con el interés pactado, en un plazo dado, ya sea diferido o en un pago total, según se pacte.

Figura 1. Contratación de deuda pública con la banca comercial



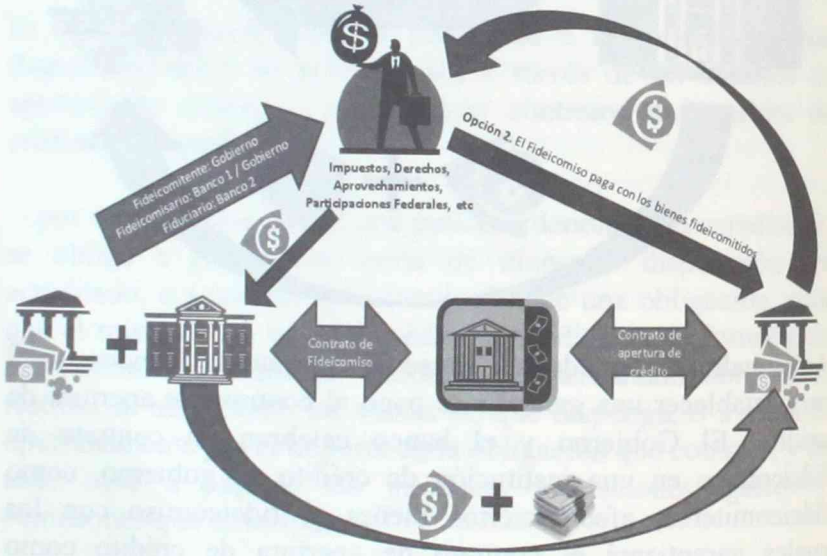
Adicionalmente, puede celebrarse un contrato de fideicomiso[225] para establecer una garantía de pago al contrato de apertura de crédito. El Gobierno y el banco celebran un contrato de fideicomiso en una institución de crédito, el gobierno, como fideicomitente, afecta ciertos bienes al fideicomiso con los cuales garantizará el contrato de apertura de crédito como

[225] Es una contrato en virtud del cual un "…fideicomitente transmite a una institución fiduciaria la propiedad o la titularidad de uno o más bienes o derechos, según sea el caso, para ser destinados fines lícitos y determinados…", artículo 381 Ley de Títulos y Operaciones de Crédito.

ESCUELA LIBRE DE DERECHO
BIBLIOTECA

impuestos, derechos, aprovechamientos, otro tipo de participaciones; el banco será el fideicomisario, en caso de que el Gobierno falle en con sus obligaciones de pago, y la institución de crédito funge como fiduciario. El fiduciario a nombre del fideicomiso celebra el contrato de apertura de crédito con garantía fiduciaria con el banco, quien entrega los recursos al fideicomiso. El pago se puede realizar a través de dos vías: i) el Gobierno paga el principal y los intereses, en caso de no hacerlo, el fideicomiso responde ante el incumplimiento o ii) el Fideicomiso directamente paga el principal y los intereses al banco utilizando los bienes fideicomitidos.

Figura 2. Contratación de deuda pública con la banca comercial a través de un fideicomiso



ii) Banca de desarrollo

La banca de desarrollo es la banca pública son entidades de la Administración Pública, con personalidad jurídica y patrimonio propios, constituidas para prestar los servicios de banca y crédito pero de segundo piso, es decir, no tratan con el gran público sino que hacen sus colocaciones financieras a través de otras instituciones intermediarias como la banca comercial.

El Gobierno puede pedir préstamos a la banca de desarrollo bajo el mismo proceso que se realiza con la banca comercial, a través de un contrato de apertura de crédito.

La banca de desarrollo también puede participar mediante mecanismos de garantía pago oportuno. En este caso el Gobierno contrata con algún banco perteneciente a la banca de desarrollo para que en caso de que los bienes fideicomitidos no alcancen para pagar el préstamo contratado con la banca comercial, el banco de segundo piso asuma dicho pago. Esto a cambio de una contraprestación.

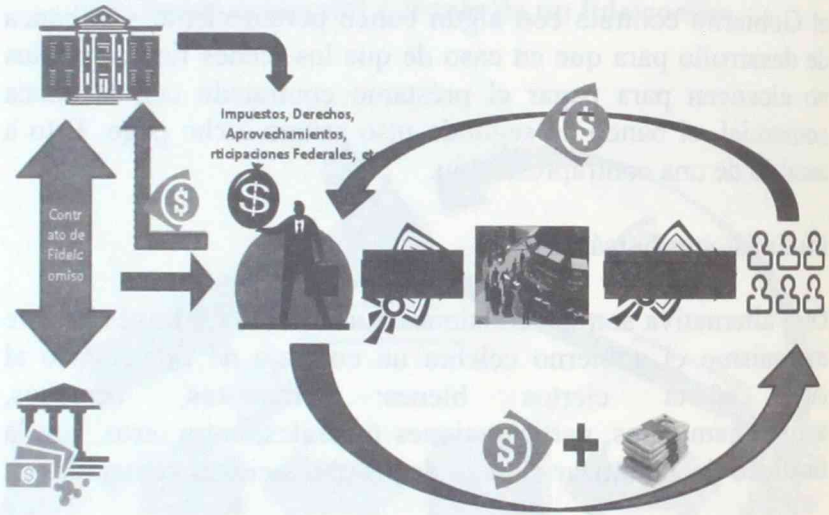
iii) Emisiones bursátiles

Otra alternativa son las emisiones bursátiles.[226] A través de este mecanismo el gobierno celebra un contrato de fideicomiso al cual afecta ciertos bienes: impuestos, derechos, aprovechamientos, participaciones federales, entre otros, con la finalidad de garantizar el pago de las obligaciones contenidas en

[226] Hay que distinguir entre "bursatilizaciones" y "emisiones". "La Bursatilización (Securitization) de activos y flujos de efectivo de futuros, es un proceso estructurado en el cual, activos similares se agrupan y suscriben para crear títulos valor negociables para colocarlos entre el gran público inversionista" (Bolsa Mexicana de Valores:2). Así, se fideicomiten activos en garantía de pago de los títulos, para que el fideicomiso emita Títulos de Deuda, calificados, para su colocación entre inversionistas nacionales y extranjeros a través de la Bolsa de Valores. En tanto una "emisión", es simplemente emitir títulos valor que circularán en el mercado de valores sin necesidad de afectar activos a un fideicomiso que garanticen su pago.

los certificados bursátiles[227] que se emitirán. El fideicomiso emite dichos certificados y los coloca, vía una casa de bolsa entre el gran público inversionista, el dinero producto de la colocación lo entrega al gobierno. El fideicomiso se obliga realizar pagos periódicos con el interés correspondiente a los tenedores de los certificados, la garantía de pago es el flujo de recursos que ingresa al fideicomiso vía los bienes fideicomitidos.

Figura 3. Adquisición de deuda pública a través de una emisión bursátil



[227] La Ley del Mercado de Valores define a los certificados bursátiles en su artículo 62 de la siguiente forma:"... son títulos de crédito que representan la participación individual de sus tenedores en un crédito colectivo a cargo de personas morales o de un patrimonio afecto en fideicomiso. Dichos certificados podrán ser preferentes o subordinados o incluso tener distinta prelación."

En términos financieros, estas operaciones suelen ser más favorables que los créditos bancarios debido a que la intermediación bancaria encarece el precio de los recursos. Sin embargo, se trata de una operación compleja pues para emitir estos certificados en el mercado bursátil se deben cumplir diversos requisitos, como la presentación de estados financieros auditados por un externo, copias autentificadas por el secretario del consejo de administración de las actas de asambleas de accionistas o el aviso de pago de dividendos. Lo anterior, independientemente de la complejidad de elaborar el prospecto de colocación y de revelar información considerable.

iv) Emisión directa de bonos o valores

En este caso estamos frente a una emisión, el Gobierno emite títulos de deuda a cargo de su propio presupuesto, con ciertas características (moneda, plazo amortización, tasa de interés, etc.) y los coloca entre el público de manera directa, sin necesidad de la intermediación bancaria o bursátil, con lo cual se allega de recursos, ejemplos de este esquema con los CETES y los UDIBONOS. El Gobierno se compromete en un determinado plazo a regresar el capital invertido con un determinado interés.

El tema de la deuda pública en México se considera una materia coincidente, es decir, es tanto la Federación como las 32 Entidades Federativas tienen la competencia para emitir su propia regulación. A continuación se analizará grosso modo la normatividad federal y la local, partiendo de tipos de regulación.

1. reglas constitucionales y legales para la contratación de deuda pública federal

La deuda pública federal en México de acuerdo con el último reporte trimestral de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público

(SHCP) presentado al Congreso de la Unión asciende a los siguientes totales:[228]

SALDOS DE LA DEUDA NETA REGISTRADOS AL 30 DE SEPTIEMBRE DE 2014
(Millones de pesos)

Concepto	Deuda del Gobierno Federal		Deuda del Sector Público		Saldo Histórico de los RFSP	
	Saldo$^{p/}$	% PIB	Saldo$^{p/}$	% PIB	Saldo$^{p/}$	% PIB
Total	5,213,376.1	30.4	6,447,580.6	37.5	7,010,039.9	40.8
Interna	4,189,118.1	24.4	4,509,898.3	26.2	5,147,384.8	29.9
Externa	1,024,258.0	6.0	1,937,682.3	11.3	1,862,655.1	10.9

Nota:
p_/ Cifras preliminares.
Fuente: Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

Fuente: SHCP. Informes sobre la situación económica, las finanzas públicas y deuda pública. Tercer Trimestre 2014, pág. 64.

Adicionalmente, de conformidad con lo establecido en la Ley de Ingresos de la Federación para 2015, el Gobierno Federal tiene

[228] La *deuda del gobierno federal* se compone por las obligaciones contratadas por el gobierno federal central, y se compone de los siguientes conceptos: préstamos bancarios, emisiones de valores gubernamentales, deuda con organismos financieros internacionales, comercio exterior, bonos del ISSSTE y cuentas relacionadas con la seguridad social y otros.
La *deuda del sector público* es el endeudamiento tanto del gobierno federal, los organismos, empresas y banca de desarrollo, se compone por la deuda contratadas por el Gobierno Federal, entidades de control directo (PEMEX y CFE), banca de desarrollo (BANOBRAS, SHF, BANCOMEXT, NAFIN, Financiera Nacional, BANSEFI).
Los *saldos históricos de los RFSP*, es el concepto más amplio del deuda pública, incluye todos los instrumentos de política pública que pudieran implicar endeudamiento a cargo del sector público, se compone por: sector público presupuestario, Instituto para la Protección al Ahorro Bancario, obligaciones derivadas del Programa de Apoyo a Deudores de la Banca, Fondo Nacional de Infraestructura (carreteras), Banca de Desarrollo, Fondos de fomento, Pidiegas de CFE. V. SHCP. *Informes sobre la situación económica, las finanzas públicas y deuda pública.* Tercer Trimestre 2014, pág. 63.

los siguientes montos de endeudamiento autorizados para el próximo año:[229]

10. Ingresos derivados de financiamientos

1. Endeudamiento interno:
   - 01. Endeudamiento interno del Gobierno Federal.
   - 02. Otros financiamientos:
     - 01. Diferimiento de pagos.
     - 02. Otros.
2. Endeudamiento externo:
   - 01. Endeudamiento externo del Gobierno Federal.
3. Déficit de organismos y empresas de control directo.
4. Déficit de empresas productivas del Estado.

Informativo: Endeudamiento neto del Gobierno Federal

(10.1.01+10.2.01)

Para la contratación de deuda pública federal se requiere la participación tanto del Poder Ejecutivo como del Legislativo. Esto es así porque al primero le corresponde contraer dicha deuda y al segundo, establecer las bases de dicha contratación. Según lo dispuesto por la Ley General de Deuda Pública (LGDP), se considera "deuda pública" a las obligaciones de pasivo, directas o contingentes derivadas de financiamiento y a cargo de ciertas entidades.[230] Para saber qué entiende la ley por "financiamiento" hay que acudir al artículo 2º de la misma ley:

[229] MÉXICO. *Decreto por el que se expide la Ley de Ingresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal de 2015*, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de noviembre de 2014.

[230] ARTICULO 1o.- Para los fines de esta ley, la deuda pública está constituida por las obligaciones de pasivo, directas o contingentes derivadas de financiamientos y a cargo de las siguientes entidades:
I. El Ejecutivo Federal y sus dependencias.
II. El Gobierno del Distrito Federal;
III. Los organismos descentralizados.
IV. Las empresas de participación estatal mayoritaria.

Artículo 2. Para los efectos de esta ley se entiende por financiamiento la contratación dentro o fuera del país, de créditos, empréstitos o préstamos derivados de:
I.- La suscripción o emisión de títulos de crédito o cualquier otro documento pagadero a plazo.
II.- La adquisición de bienes, así como la contratación de obras o servicios cuyo pago se pacte a plazos.
III.- Los pasivos contingentes relacionados con los actos mencionados y,
IV.- La celebración de actos jurídicos análogos a los anteriores.

La primera fracción se refiere, por ejemplo, a la emisión de CETES. Los supuestos de la fracción II son los casos típicos en los que el Estado adquiere un inmueble o contrata un servicio y en los cuales el pago se hace a plazos. La fracción III habla de la "deuda contingente" que, con base en la Norma de Información Financiera Gubernamental NIFG 019, emitida por la Unidad de Contabilidad Gubernamental e Informes sobre la Gestión Pública, se entiende son las "…obligaciones presentes de ente público relacionadas con transacciones que involucran incertidumbre y que pueden representar una obligación como consecuencia de un suceso futuro". Uno de los componentes más importantes de la deuda contingente es el de las garantías o avales del Gobierno Federal. La relevancia de la clasificación de "deuda pública directa" y "deuda pública contingente" es que sólo la primera necesita de aprobación del Congreso, tal como lo dispone el artículo 9º de la Ley de Deuda Federal.

V. Las instituciones de banca de desarrollo, las organizaciones nacionales auxiliares de crédito, las instituciones nacionales de seguros y las de fianzas;
VI. Los fideicomisos en los que el fideicomitente sea el Gobierno Federal o alguna de las entidades mencionadas en las fracciones II a V y VII de este artículo, y
VII. Las empresas productivas del Estado y sus empresas productivas subsidiarias.

Artículo 9. El Congreso de la Unión autorizará los montos del endeudamiento directo neto interno y externo que sea necesario para el financiamiento del Gobierno Federal y de las entidades del sector público federal incluida en la ley de Ingresos y en el Presupuesto de Egresos de la Federación, así como del Distrito Federal. El Ejecutivo Federal informará al Congreso de la Unión del estado de la deuda, al rendir la cuenta pública anual y al remitir el proyecto de ingresos, asimismo informará trimestralmente de los movimientos de la misma, dentro de los cuarenta y cinco días siguientes al vencimiento del trimestre respectivo. No se computarán dentro de dichos montos los movimientos referentes a propósitos de regulación monetaria.
La Constitución brinda las reglas para la contratación de la deuda pública, que la legislación secundaria desarrolla, a nivel federal. El artículo que debemos analizar es el artículo 73 en su fracción VIII que dispone lo siguiente:

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

VIII. Para dar bases sobre las cuales el Ejecutivo pueda celebrar empréstitos sobre el crédito de la Nación, para aprobar esos mismos empréstitos y para reconocer y mandar pagar la deuda nacional. Ningún empréstito podrá celebrarse sino para la ejecución de obras que directamente produzcan un incremento en los ingresos públicos, salvo los que se realicen con propósitos de regulación monetaria, las operaciones de conversión y los que se contraten durante alguna emergencia declarada por el Presidente de la República en los términos del artículo 29. Asimismo, aprobar anualmente los montos de endeudamiento que deberán incluirse en la ley de ingresos, que en su caso requiera el Gobierno del Distrito Federal y las entidades de su sector público, conforme a las bases de la ley correspondiente. El Ejecutivo Federal informará anualmente al Congreso de la Unión sobre el ejercicio de dicha deuda a cuyo efecto el Jefe del Distrito Federal le hará llegar el informe que sobre el ejercicio de los recursos correspondientes hubiere

realizado. El Jefe del Distrito Federal informará igualmente a la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, al rendir la cuenta pública;

De lo dispuesto por este artículo es posible distinguir los siguientes elementos de la deuda pública federal:

A. Facultades del Congreso de la Unión

El Congreso tiene las siguientes facultades con respecto a la deuda nacional:

a) Bases

El Congreso de la Unión es quien tiene la facultad para dar las "…bases sobre las cuales el Ejecutivo pueda celebrar empréstitos[231] sobre el crédito de la Nación…". Estas bases están en la Ley General de Deuda Pública (LGDP) publicada por primera vez en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1976 y con una última reforma del 11 de agosto de 2014.

Entre las reglas que la LGDP da para la adquisición de deuda pública, se encuentra que se atribuye dicha facultad a la SHCP, quien es la responsable del endeudamiento federal, ya sea para contratarlo o para autorizarlo, al igual que para darle seguimiento y asegurarse de que las deudas contraídas tengan los recursos suficientes para ser pagadas y sean pagadas en tiempo y forma por las entidades deudoras.

b) Aprobar los empréstitos

[231] Empréstito es lo mismo que un contrato de mutuo o préstamo, es decir, un "…contrato por el cual el mutuante se obliga a transferir la propiedad de una suma de dinero o de otras cosas fungibles al mutuatario, quien se obliga a devolver otro tanto de la misma especie y calidad" (artículo 2384 del Código Civil Federal). Cuando se trata de deuda pública, este contrato implica el pago de un interés.

El Congreso tiene facultades para "…aprobar esos mismos empréstitos". Sin embargo, el texto constitucional no indica si dicha aprobación debe ser "general" o caso por caso. Según la opinión de algunos doctrinarios,[232] dicha aprobación debería ser caso por caso pero lo que sucede en la realidad es que el Congreso autoriza un monto tope de endeudamiento en la Ley de Ingresos de la Federación de cada año.

c) Reconocer la deuda

El Congreso también tiene la facultad para "… reconocer … la deuda nacional…". Ésta es una atribución sumamente importante, pues a través de una ley se puede convertir una deuda privada en deuda pública.

Esto ocurrió en 1998 cuando el Ejecutivo Federal envío al Congreso de la Unión un paquete de iniciativas por medio de las cuales propuso que los pasivos adquiridos en 1994-1995 por el Fondo Bancario para la Protección al Ahorro (FOBAPROA) sobre la cartera vencida de los bancos, se asumieran como parte de la deuda pública.[233]

d) Mandar pagar la deuda

El Congreso está facultado para "… mandar pagar la deuda nacional…". Esta atribución da la facultad al Congreso para liquidar una determinada deuda, indicando el monto a liquidar de la deuda determinada a través de una disposición presupuestal específica.

e) Autorizar montos de endeudamiento para el Gobierno del Distrito Federal

[232] Como Felipe Tena Ramírez

[233] http://www.diputados.gob.mx/cronica57/contenido/cont2/fobapro1.htm, consultado noviembre de 2014.

Dada la naturaleza del Distrito Federal y su régimen mixto de gobierno establecido en la Constitución, corresponde al Congreso determinar los montos de endeudamiento del mismo, es decir, el Distrito Federal pese a ser una entidad federativa del ámbito local, le aplican las reglas de endeudamiento federal, tal como lo establecen los artículos 73 y 122 constitucionales.

B. Facultades del Ejecutivo Federal

a) Celebrar empréstitos

Corresponde al Poder Ejecutivo la facultad de contratar la deuda pública, a través de la SHCP, según lo establece la LGDP. Al respecto, vale la pena recordar que no toda deuda se contrae a través de la celebración de un contrato, también puede ser vía la emisión de valores, lo cual es una declaración unilateral de la voluntad.

A la SHCP, le corresponde emitir valores y obtener la autorización del Presidente para la emisión de bonos, asimismo es quien puede celebrar empréstitos ya sea para proyectos de inversión productiva, canje o refinanciamiento de obligación o regulación monetaria y otorgar la garantía correspondiente ante organismos internacionales cuando se trate de proyectos de inversión o actividades productivas cuando dichos proyectos generen los recursos para el pago del crédito y tengan las garantías adecuadas. También es quien debe de autorizar a las entidades paraestatales la gestión y contratación de financiamiento externo.

b) Elaborar un informe anual

El Poder Ejecutivo Federal tiene la obligación de presentar ante el Congreso de la Unión un informe anual sobre el uso del crédito de la nación. Este se presenta vía la Cuenta de la Hacienda Pública Federal. Para lo cual, la SHCP tiene la

obligación de llevar un registro de la deuda del sector público federal, donde se consignan el monto, características y destino de todas las deudas adquiridas por las entidades indicadas en el artículo 1° de la LGDP antes señaladas. En el mismo sentido, dichas entidades tienen la obligación de reportar a la SHCP los datos de todos los financiamientos contratados.

C. Características de la deuda pública

a) Destino

Los recursos obtenidos vía empréstitos deben ser utilizados en "...la ejecución de obras que directamente produzcan un incremento en los ingresos públicos...". Esta limitación en el uso de los recursos provenientes de la deuda pública a nivel federal se incorporó al texto constitucional mediante reforma de 30 de diciembre de 1946. El objetivo de dicha reforma era que los proyectos generaran el suficiente flujo de recursos para no ser un costo adicional, es decir, que el contraer deuda no se usara para financiar déficits presupuestales:

A pesar de que la Constitución indica claramente el destino de los recursos provenientes de deuda pública, la LFDP establece como fin de estos recursos su ejercicio en *inversión pública productiva*, lo cual es una contradicción patente entre ambos textos, pero al día de hoy parece no haber ningún asunto jurisdiccional que haya o este abordando este tema.

b) Excepciones

El mismo texto constitucional establece tres supuestos en los cuales se puede contraer deuda pública y no destinarlos a obras que produzcan un incremento en los ingresos, los cuales son:

1. Empréstitos con propósito de regulación monetaria

Dentro de las funciones que tiene Banco de México se encuentra la de dirigir la política monetaria del país, para ello, una de las herramientas con las que cuenta son los bonos de regulación monetaria. Dicho Banco puede emitir estos bonos según lo dispuesto por el artículo 7, fracción VI, de la Ley del Banco de México, mediante operaciones de mercado abierto.

Estas operaciones consisten en colocar o en adquirir valores gubernamentales, según se requiera, es decir, comprar y vender deuda pública con fines de regulación monetaria, de ahí que no se pueda exigir que dichos recursos se destinen a obras que generen un incremento en los recursos públicos.

2. Empréstitos para llevar a cabo operaciones de conversión

Esta operación se conoce como "refinanciamiento", la cual consiste en pedir un préstamo para pagar otro, con mejores condiciones, lo cual resulta financieramente ventajoso.

3. Empréstitos contratados durante alguna emergencia declarada por el Presidente de la República en los términos del artículo 29 constitucional

El artículo 29 constitucional regula la suspensión de derechos y el otorgamiento de facultades extraordinarias para legislar al Ejecutivo Federal. Dada la situación de emergencia es lógico que se permita contraer deuda pública para enfrentar dicha contingencia y que ésta no se utilice en obras que generen un incremento en los recursos públicos.

4. Reglas constitucionales para la contratación de deuda pública local.

El régimen constitucional de deuda pública local lo encontramos en el artículo 117, fracción VIII, de la Constitución, que a la letra señala:

Artículo 117. Los Estados no pueden, en ningún caso:

VIII. Contraer directa o indirectamente obligaciones o empréstitos con gobiernos de otras naciones, con sociedades o particulares extranjeros, o cuando deban pagarse en moneda extranjera o fuera del territorio nacional.

Los Estados y los Municipios no podrán contraer obligaciones o empréstitos sino cuando se destinen a inversiones públicas productivas, inclusive los que contraigan organismos descentralizados y empresas públicas, conforme a las bases que establezcan las legislaturas en una ley y por los conceptos y hasta por los montos que las mismas fijen anualmente en los respectivos presupuestos. Los ejecutivos informarán de su ejercicio al rendir la cuenta pública.[234]

De la lectura de este precepto podemos distinguir las siguientes características de la deuda pública local:

a) Los estados y municipios tienen prohibido contraer deuda pública de fuentes extranjeras o externas (gobiernos, sociedades o particulares), o bien pagaderas en moneda extranjera o fuera de territorio nacional.
b) Los estados y municipios pueden contraer deuda pública de fuentes nacionales o internas, en moneda nacional pagaderas en territorio nacional.
c) Los recursos derivados de la adquisición de deuda pública se deben destinar únicamente a *inversiones público productivas*.
d) La deuda pública local incluye la que contrae la administración pública centralizada local, así como los entes que forman parte de la administración pública paraestatal local.

[234] Como se puede observar, los límites constitucionales aplicables a los estados son los mismos que para los municipios.

e) Las reglas para que los estados y los municipios contraigan deuda pública se establecen en las leyes locales de deuda que cada uno de ellos deben emitir.
f) Los conceptos y los montos de la deuda pública local se determinan anualmente en sus presupuestos de egresos.

En resumen, las únicas limitantes constitucionales que tienen los estados y municipios para contraer deuda pública son que i) no sea de fuentes extranjeras/externas y ii) que se destine a inversiones público productivas. Fuera de estos dos puntos, los estados tienen la total libertad y autonomía de determinar las reglas que regirán su endeudamiento. Esto genera incluso que cada estado puede dar su definición de "deuda pública"; haciendo no comparable el endeudamiento entre ellos y entre ellos y la Federación.

Ahora bien, respecto de la primera limitante no hay mucho que explicar se entiende por sí misma, sin embargo sobre la segunda es necesario detenerse y realizar un análisis más profundo, para saber a que nos referimos cuando hablamos de *inversiones público productivas,* redacción que difiere del destino de los empréstitos del ámbito federal (proyectos que generen aumento en los ingresos públicos).

Para llegar a este término este artículo sufrió diversas reformas importantes, la primera fue publicada el 30 de diciembre de 1943, donde se adiciona un segundo párrafo a la fracción VIII del artículo 117, para indicar que:

Los Estados y los municipios no podrán celebrar empréstitos sino para la ejecución de obras que estén destinadas a producir directamente un incremento en sus respectivos ingresos.

El objetivo de esta reforma era establecer un límite constitucional al destino de los recursos derivados de la deuda pública para evitar que se utilizaran para financiar el gasto corriente[235]. Estos recursos provenientes del financiamiento

[235] Es el reparto de recursos o pagos que realiza el Sector Público que no derivan en la creación de un activo, sino que constituyen un acto de consumo,

deberían destinarse a proyectos capaces de generar un incremento en los ingresos.

En la reforma del 21 de abril de 1981, a este mismo artículo, se modificó dicho segundo párrafo para quedar como sigue:

Los Estados y los Municipios no podrán contraer obligaciones o empréstitos sino cuando se destinen a inversiones públicas productivas, inclusive los que contraigan organismos descentralizados y empresas públicas, conforme a las bases que establezcan las legislaturas en una ley y por los conceptos y hasta por los montos que las mismas fijen anualmente en los respectivos presupuestos. Los ejecutivos informarán de su ejercicio al rendir la cuenta pública.

Esta reforma incorporó varios aspectos importantes. Primero la modificación de la referencia a *generar un incremento directo de los ingresos públicos* por el término *inversiones públicas productivas*. El objetivo era fortalecer las finanzas públicas de los estados y municipios, liberar el acceso de los estados y municipios al financiamiento interno ampliando el destino a que pueden dedicar los recursos provenientes de dicho financiamiento.

Antes de esta reforma se requería que los recursos se utilizaran para realizar proyectos que generaran los suficientes recursos para que su flujo alcanzara para pagar la deuda, esta limitación sin embargo impedía que los estados y municipios pudieran contar con los recursos necesarios para llevar obras importantes que no generaban un incremento en los ingresos pero que finalmente eran necesarias para generar mayor

esto es, se destinan a la contratación de recursos humanos y a la compra de los bienes y pago de servicios necesarios para el funcionamiento del Estado. Incluye también las remuneraciones a los servicios de salud, educación, seguridad pública, pensiones, política social, combate a la pobreza, generación de oportunidades de empleo y desarrollo. Portal Electrónico *Transparencia Presupuestaria* del Gobierno Federal. En http://www.transparenciapresupuestaria.gob.mx/es/PTP/Glosario (octubre, 2014)

desarrollo y riqueza local, ej. carreteras regionales, obras de infraestructura urbana, etc.

El objetivo de incorporar el término *inversiones público productivas* era permitir a los estados y municipios destinar recursos derivados de deuda a proyectos que, a pesar de no necesariamente generar un incremento directo en los ingresos, sí lo hicieran de manera indirecta.

El término no tiene una definición precisa ya que lo que se pretendía era dejar un margen de actuación amplio a los estados y a los municipios. Esto lo reconoció el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la jurisprudencia P./J. 101/2010, derivada de la acción de inconstitucionalidad 163/2007:

DEUDA PÚBLICA LOCAL. A PARTIR DE LAS REFORMAS AL ARTÍCULO 117, FRACCIÓN VIII, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, LAS ENTIDADES FEDERATIVAS PUEDEN OBTENER CRÉDITOS DESTINADOS A OBRAS QUE LES GENEREN DIRECTA O INDIRECTAMENTE INGRESOS.

De la interpretación histórica y del análisis de las reformas a dicho precepto constitucional de 1942, 1946 y 1981, se advierte que su objeto fue fortalecer las haciendas públicas locales y promover el desarrollo regional, despojando al crédito público local de las limitaciones que hasta ese momento imperaban, por estar delimitada dicha operación a obras que "directamente" generaran rentas, ampliándose la posibilidad de acceder al crédito cuando fuera para el más amplio concepto de "Inversiones público productivas", permitiendo así que los créditos pudieran destinarse no sólo a obras que generaran directamente ingresos, sino también a otras que en forma indirecta lograran dicho objetivo. Además, a la par de este mayor margen de poder de ejercicio del crédito que la reforma dio a los gobiernos locales, y con el objeto de hacer más razonado el ejercicio de esta facultad a fin de disminuir la posibilidad de actuaciones arbitrarias por parte de los

Ejecutivos Locales, se incluyó la previsión de una necesaria intervención y colaboración del Poder Legislativo Local en el tema del crédito público; y, se fijaron los deberes expresos sobre los Ejecutivos Estatales y los Municipios. (Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXII, noviembre de 2010, p. 1207)

Ahora bien las reformas que ha sufrido el artículo 117 constitucional para llegar a su redacción actual han ido incorporando algunas novedades como son la consolidación de la deuda pública local con la inclusión de la referencia a los *organismos descentralizados y empresas públicas*. El motivo por el cual se incluyeron fue que al aparecer este tipo de sujetos de derecho distintos al Estado se presenta el cuestionamiento de si la deuda que estos adquirían debía someterse a la aprobación de los congresos locales y sujetarse a la finalidad constitucional. Lo cual queda aclarado con la reforma.

Otro punto que se incorporó y que causó en su momento un gran debate fue el dar a las legislaturas locales la facultad para establecer las bases para contraer deuda pública y para establecer los montos tope de endeudamiento en sus presupuestos locales. El por qué este tema causó debate fue el temor de que el ejecutivo local controlara con relativa facilidad las decisiones de las legislaturas locales con lo que el endeudamiento local carecería de los pesos y contrapesos que la interacción entre dos poderes podría generar, lo cual podría llevar a crisis financieras locales al no haber un control efectivo de uso del crédito estatal o municipal. Este temor desafortunadamente se ha vuelto realidad y gran parte de las crisis de muchos gobiernos estatales se debe a la incapacidad del legislativo local para poner límites al ejecutivo local en este punto.

Asimismo es importante señalar un tema toral que la reforma de 1981 al artículo 117 constitucional dejó de lado, pero que es importante mencionar: las operaciones de refinanciamiento, es decir, obligaciones constitutivas de deuda

pública que se contraen en condiciones mejores o más favorables a la deuda original para pagar obligaciones anteriores. El artículo 117 constitucional no da la facultad a los estados y municipios para poder realizar este tipo de operaciones, sin embargo, en la práctica los Estados si las han efectuado [236]. En términos generales esta práctica se ha considerado adecuada siempre y cuando los recursos de la deuda original se hayan destinado a la inversión pública productiva.

El estado actual del endeudamiento local en México es preocupante ya que algunos estados y municipios en México atraviesan crisis financieras muy graves, incluso cercanas a la quiebra, donde no se pueden cubrir ni siquiera los gastos de nómina.[237] Las causas de esto son múltiples: malas decisiones, marcos jurídicos inexistentes o ineficientes para regular el endeudamiento, presiones de las propias instituciones de crédito, las calificaciones de las instituciones calificadoras que generan certidumbre donde no la hay, etc. La misma regulación constitucional que les brinda autonomía para determinar que constituye y qué no deuda pública, da gran libertad a los Ejecutivos Locales, tanto estatales como municipales, para "jugar" con el crédito del Estado o bien para presionar a los Congresos locales para reformar las leyes locales que regulan el tema o de autorizar montos de endeudamiento que no tienen una base suficiente para ser cubiertos.

Lo anterior aunado a un sistema de coordinación fiscal que utiliza las participaciones federales como un medio de control político de los estados y que no permite una verdadera autonomía tributaria para ellos, ya que por ejemplo en promedio

[236] Un caso muy representativo es el del Decreto 534 del Congreso del Estado Independiente, Libre y Soberano de Coahuila de Zaragoza es una prueba clara de lo anterior, pues el mismo encabezado del decreto se refiere al refinanciamiento: "Decreto por el que se autoriza al Estado de Coahuila de Zaragoza a contratar empréstitos para ser destinados al refinanciamiento de la deuda pública estatal a su cargo que se indica, y a celebrar las demás operaciones financieras y actos jurídicos que se señalan".

[237] http://www.proceso.com.mx/?p=317203 (Octubre, 2014)

los ingresos locales por concepto de impuestos representaron en promedio del año 199 a 2010 solo el 11% de sus ingresos.[238] Un aspecto preocupante de esta deuda es que no existen datos concretos y confiables sobre el monto real de la deuda pública local de los estados y municipios, pues al cada uno manejar su propio concepto de deuda pública, los datos concretos no son comparables. Adicionalmente, no en todas las leyes de deuda pública local existe la obligación de llevar un registro de la misma y aunque esté, en algunos ordenamientos se maneja como voluntario el registro de cierto tipo de deuda, aunado a esta información la controla cada estado sin que haya un ente que la consolide.

5. Conclusiones

El manejo adecuado de la deuda pública con reglas constitucionales y legales claras permite una mayor inversión pública para el mejoramiento de los servicios públicos que puede prestar un gobierno.

En México a nivel federal se cuenta con un marco jurídico consolidado en materia de adquisición de deuda pública, que si bien es perfectible, por lo menos establece pesos y contrapesos suficientes, así como reglas sanas para su adquisición, administración y liquidación.

En tanto a nivel local, se perciben mayores deficiencias en el marco jurídico, la Constitución establece un marco jurídico desequilibrado que por un lado establece limitantes muy estrictas, como el destino de los recursos provenientes de endeudamiento y con quien se puede contratar, y por otro no establece ninguna directriz para que los gobiernos estatales dicten las reglas para adquirir dicho endeudamiento, con lo que

[238] Cancino Marco y Martha López, La deuda pública local, efecto, no causa, *Animal Político*, 17 de enero de 2013 en http://www.animalpolitico.com/blogueros-inteligencia-publica/2013/01/17/la-deuda-publica-local-efecto-no-causa/ consultado en noviembre de 2014.

se origina que cada estado regule el tema de manera diferente y aislada, lo que no permite una comparación.

Esto aunado a la falta de pesos y contrapesos en las estructuras de gobierno locales y al manejo político discrecional de los recursos públicos federales participables a los estados, sienta las bases para que el manejo de la deuda pública local sea deficiente y genere crisis económicas importantes como ya se ha visto en algunos estados como Chihuahua.

Bibliografía

---, *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano*, Porrúa/UNAM, México 2000.

Cancino, Marco y Martha López, La deuda pública local, efecto, no causa, *Animal Político*, 17 de enero de 2013 en http://www.animalpolitico.com/blogueros-inteligencia-publica/2013/01/17/la-deuda-publica-local-efecto-no-causa/ (Noviembre, 2014)

Heilbroner, Robert L. y Lester C. Thurow, *Economía,* 7ª. Ed., Prentice Hall, México, 1987.

León Tovar, Soyla H, *Contratos mercantiles*, Oxford, México, 2004.

Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, Porrúa, México, 1995.

Legislación

COAHUILA. *Decreto 534 del Congreso del Estado Independiente, Libre y Soberano de Coahuila de Zaragoza* "Decreto por el que se autoriza al Estado de Coahuila de Zaragoza a contratar empréstitos para ser destinados al refinanciamiento de la deuda pública estatal a su cargo que se indica, y a celebrar las demás operaciones financieras y actos jurídicos que se señalan".

MÉXICO. *Decreto por el que se expide la Ley de Ingresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal de 2015*, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de noviembre de 2014.

MÉXICO. *Código Civil Federal*, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo de 1928, última reforma publicada el 24 de diciembre de 2013

MÉXICO. Ley de Títulos y Operaciones de Crédito, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de agosto 1932, última reforma publicada el 13 de junio de 2014

MÉXICO. Ley del Mercado de Valores publicada en el Diario Oficial de la Federación el 13 de diciembre del 2005, última reforma publicada 10 de enero de 2014

MÉXICO. Ley General de Deuda Pública, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 1976 última reforma pública el 11 de agosto de 2014

Otras fuentes

SHCP. *Informes sobre la situación económica, las finanzas públicas y deuda pública*. Tercer Trimestre 2014, en http://www.hacienda.gob.mx/POLITICAFINANCIERA/FINANZASPUBLICAS/ITSSEFPDP/14/Paginas/1er_Trimestre_2014.aspx (Noviembre, 2014)

http://www.diputados.gob.mx/cronica57/contenido/cont2/fobapro1.htm, (Noviembre, 2014)

Portal Electrónico *Transparencia Presupuestaria del Gobierno Federal*. En http://www.transparenciapresupuestaria.gob.mx/es/PTP/Glosario (Octubre, 2014)

http://www.proceso.com.mx/?p=317203 (Octubre, 2014)

La disciplina italiana para la reducción de la deuda pública a través de la así llamada«spending review»

La disciplina italiana per la riduzione del debito pubblico attraverso la c.d. «spending review»

Elisabetta Bani
Michela Passalacqua
Università di Pisa

Sumario: Parte I. 1. El crecimiento del gasto público en Italia. 2. La larga historia de los controles. 3. Continuación: desde los años noventa a la Ley Constitucional No. 1 de 2012. 4. La crisis ha incidido en los presupuestos de los Estados Miembros. 5. Incidencia de los derivados sobre el cuadro de los equilibrios de las finanzas públicas. 6. El nuevo articulo 97 de la Costitución. 7. Conclusiones. Parte II. 1. La noción de 'public spending review'. 2. Características actuales del gasto público italiano. 3. La revisión del gasto público en la legislación nacional. 3.1. Las leyes de la revisión de gastos. 3.2. Costos y necesidades estándar versus gasto histórico. 4. Hayek contra Keynes y la crisis del 'Bienestar social' público.

Resumen: El artículo se estructura en dos partes. En la primera parte (Tribunal de Cuentas: el sistema de control de el gasto publico) se analizarán los instrumentos cuyo objetivo es controlar el gasto público a través de un sistema de comprobación de la exactitud de la misma (en su mayoría *ex post*), confiada al Tribunal de Cuentas. La estructura del sistema de control contable, concebida en el

nacimiento del Estado unificado, sufrío varias modificaciones como consecuencia de las transformaciones en el sistema administrativo y, en particular, de las características de la hacienda pública descentralizada tras la reforma federalista de la Constitución. Esta última plantea problemas particulares de coordinación y control, sobre todo a la luz de las restricciones presupuestarias, principalmente como resultado de los vínculos impuestos por la adhesión a la Unión Europea.

En la segunda parte (*Spending review* y derechos sociales. Reconstrucción de una difícil coexistencia) después de haber explicado el concepto de *public spending review*, se describe la institucionalización –en el ordenamiento jurídico italiano– de este proceso de análisis y evaluación de los gastos de la administración central y que se extiende gradualmente a otras administraciones públicas a través del sistema de los costos y de las necesidades estándar. Sin embargo, el marco delineado pone en evidencia el posible impacto negativo en la efectiva protección de los derechos individuales relacionados con los beneficios tradicionalmente garantizados por el Estado.

Riassunto: Il lavoro è articolato in due parti. Nella prima parte (La Corte dei Conti: il sistema dei controlli sul debito pubblico), verranno analizzati gli strumenti volti al controllo della spesa pubblica mediante un sistema di verifica della correttezza della stessa (prevalentemente ex post) affidato alla Corte dei conti. L'architettura del sistema di controllo contabile, concepita alla nascita dello Stato unitario, ha subito numerose modifiche per tenere conto dei mutamenti intervenuti nel sistema amministrativo e soprattutto delle caratteristiche

della finanza decentrata conseguente alla riforma in senso federalista della costituzione. Quest'ultima pone particolari problemi di coordinamento e controllo soprattutto alla luce dei vincoli di bilancio, introdotti in Costituzione prevalentemente derivanti dai vincoli posti dall'appartenenza all'Unione Europea.

Nella seconda parte («Spending review» e diritti sociali. Ricostruzione di una difficile coesistenza), dopo aver illustrato la nozione di public spending review, si descrive l'avvenuta istituzionalizzazione, nell'ordinamento giuridico italiano, di tale processo di Analisi e Valutazione della spesa delle amministrazioni centrali, in via di graduale estensione alle altre amministrazioni pubbliche attraverso il sistema dei costi e fabbisogni standard. Il quadro delineato evidenzia, tuttavia, possibili ripercussioni negative sulla effettiva tutela dei diritti soggettivi correlati alle prestazioni tradizionalmente garantite dallo Stato.

Palabras clave: presupuesto del Estado, control, Tribunal de Cuentas, derechos sociales, gasto público, *spending review*, servicios públicos

Parole chiave: bilancio dello stato, controllo, Corte dei conti, diritti sociali, spesa pubblica, *spending review*, servizi pubblici

Parte I

El Tribunal de Cuentas: el sistema de control del gasto público[239]

Elisabetta Bani

Sumario: 1. El crecimiento del gasto público en Italia. 2. La larga historia de los controles. 3. Continuación: desde los años noventa a la Ley Constitucional No. 1 de 2012. 4. La crisis en los presupuestos de los Estados. 5. Incidencia de los derivados sobre el cuadro de los equilibrios de las finanzas publicas. 6. El nuevo artículo 97 de la Constitución. 7. Conclusiones.

1. El crecimiento del gasto publico en Italia.

Como se sabe, la literatura económica no indica una relación óptima entre el gasto y el producto interno bruto, siempre que el gasto pueda ser financiado y sostenido por la economía, de acuerdo a un determinado nivel de ahorro financiero y una distribución equilibrada entre las suscripciones nacionales y extranjeras. Es igualmente bien conocido y obvio que si la relación deuda-PIB creció a lo largo de los años, significa que el gasto está creciendo más rápido que la economía y esto podría dar lugar a un cargo por servicio del gasto (que consiste en pagos de intereses y reembolsos del principal) en el borde de lo intolerable para las generaciones futuras. Esto es porque algunas constituciones establecen límites a la posibilidad de recurrir al gasto. En la Constitución de la República Italiana en 1948 el equilibrio del presupuesto era de alguna manera perseguido por el articulo 81, pero la interpretación y posterior aplicación de

[239] Traducción al español por la autora del texto original en italiano, con el apoyo de Eber Betanzos.

esta norma en los últimos años ha sido bastante flexible, lo que permite un aumento constante en el *ratio* gasto / PIB. Podríamos decir que en Italia, después de experimentar un crecimiento moderado y estable del gasto público en las primeras décadas después de la II Guerra Mundial, ha de repente explotado en los últimos 30 años y, en cierto sentido, ha aprendido a vivir con un alto nivel de gasto público[240]. Al parecer, sólo los eventos externos obligatorios podrán forzar al ordenamiento jurídico italiano en un *self* (no tanto *self*) *restraint* en el asunto. Eran, de hecho, las reglas económicas establecidas por la legislación de la Unión Europea, en particular el procedimiento de déficit excesivo y el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, los primeros límites de la política económica y financiera italiana. Sin embargo, la interpretación de estas normas, tanto a nivel nacional como europeo, han permitido un grado de flexibilidad dentro de los parámetros de referencia, tal vez por un exceso de confianza en la capacidad del mercado para llevar a la convergencia de las economías de los países miembros[241].

[240] Por una historia del gasto publico italiano desde la la unificación del Pais hasta hoy, ver M. FRANCESE, A. PACE.*Il debito pubblico italiano dall'unità a oggi. Una ricostruzione della serie storica,* publicación de la Banca d'Italia, cuaderno n. 31 octubre 2008. En la literatura jurídica se puede ver entre otros L. FIORENTINO, *Il Debito Pubblico*, en S. Cassese, *Trattato di Diritto Amministrativo*, Tomo III, Milano, Giuffrè 2003, M. GIANCARLO, voz *Disavanzo Finanziario*, en *Digesto*, *Sez. Pubblico*, Vol. V, Torino, UTET 1990; G. SCARPELLI, *La Gestione del Debito Pubblico in Italia*, Roma, Bancaria 2001. Para el registro, señalamos que en abril 2014 la Banca d'Italia ha certificado que el gasto publico ha excedido los 2.146 billónes de euros, en comparación con los € 2.069 billónes en 2013 (132,6% del PIB), los € 1.989 billónes del 2012 (127% del PIB) y lose € 1.907 billónes del 2011 (120,7% del PIB). El crecimiento del gastopúblico no se ha detenido y en al mes de Junio 2104 ha alcanzado los € 2.168,4 billónes (dato presentado por el Suplemento al Bollettino statistico de la Banca d'Italia sobre las finanzas públicas).

[241] Recordemos que la adhesión de Italia a la Unión Monetaria Europea era posible con un aumento de los ingresos fiscales gracias a la introducción de un impuesto especial para asistir al Euro desde el principio. En esos años (1996/1997) el nivel de la deuda superaba el 115%, pero la atención se centró

El estallido de la crisis, su difusión para involucrarse en el gasto soberano[242] europeo ha dado lugar a la aplicación

más en el *déficit* que en la deuda, siempre que la relación deuda / PIB mostró una tendencia a la baja, con una velocidad razonable. Tras reunirse formalmente, tomaron las normas europeas de las medidas económicas con efectos temporales (incluyendo varias amnistías fiscales y las medidas excepcionales, a un promedio de alrededor de 1% del PIB en los años 1995-2006). Anteriormente una contribución sustancial a la reducción de la relación deuda PIB se había dado en la segunda mitad de los años Noventa a partir de la privatización de las empresas de propiedad del Estado. El resultado fue una disminución de este *ratio* de 120,9% en el 1994 a 109,2% en el 2000. El ahorro en términos de carga de los intereses era más de 50 billones de euros al año

[242] No se puede dejar de señalar que una de las transformaciones institucionales más importantes que se han adoptado en la Unión Europea para hacer frente a la crisis ha sido la creación de la llamada *Banking Union*, cuyo primer pilar es la creación de un sistema de supervisión único del sistema de crédito (*Single Supervisory Mechanism*, SSM) y el segundo la creación de un mecanismo único para la resolución bancaria (él tercer pilar, representado por un único mecanismo de garantía de depósitos que ha resultado difícil de despegar). Este gran esfuerzo de reforma se ha abordado precisamente para romper ese vínculo "entre bancos y deuda soberana" lo cual ha permitido la transmisión del riesgo de la banca al estado soberano y del riesgo soberano a los bancos. Para comprender mejor el modo de transmisión del riesgo nos acordamos de las dificultades de algunos sistemas bancarios, especialmente en países en donde las prácticas de supervisión eran deficientes. Estas situaciones condujeron a un rápido deterioro de las finanzas públicas. Se han sentado las bases para la crisis de los estados soberanos y el contagio a otras economías y otros sistemas bancarios. Para evitar la repetición de estos desajustes de supervisión hay soluciones intermedias, tales como la creación de una coordinación europea de los supervisores nacionales individuales, que ha resultado insuficientes, por lo que se ha llegado a considerar necesaria la provisión de un sistema único de supervisión. Además fomentado la adopción de las mejores prácticas de supervisión. Ello implicando también una manera de romper los vínculos bancos-soberanía: de hecho, la supervisión conjunta atenúa los intereses nacionales, que en el pasado llevaron a la acumulación de desequilibrios en los balances de los bancos (con el fin de proteger a los referentes nacionales) con el impacto sobre las finanzas públicas que se observaron durante la crisis. En cuanto a la segunda dirección, es decir, a la transferencia del riesgo del soberano de los bancos, la crisis ha puesto de relieve cómo en un país sometido a la tensión en las finanzas públicas, los recursos para salvaguardar

intensificada de los compromisos existentes y la introducción de una nueva *governance* económica en la Unión Europea. El nuevo sistema también tenía que introducir en la norma nacional el principio de un presupuesto equilibrado[243]. El Tratado Europeo de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza en la Unión Económica y Monetaria (el llamado *Fiscal Compact*), firmado en Bruselas el 2 de marzo 2012 requiere la transferencia en el contenido nacional del mismo "con las disposiciones obligatorias y de carácter permanente - *de preferencia constitucional* - o que la fiel observancia de ellos se de otra manera estrictamente garantizada durante todo el proceso presupuestario nacional (Artículo 3, párrafo 2, del Tratado "Pacto Fiscal", que constituye el primer artículo del Título III)".

la estabilidad del sistema financiero puede ser insuficiente. También se limita la posibilidad de utilizar mecanismos de resolución nacional. Además, en general, los bancos de un país son los mayores tenedores de bonos gubernamentales emitidos en ese país y, por lo tanto, el deterioro de la calidad de la deuda pública se convierte en un deterioro de la calidad de los activos de la cartera de los bancos. De ello se desprende, como bancos ubicados en países con tensiones más altos en las finanzas públicas representan una desventaja competitiva.

La disponibilidad de mecanismos europeos para la resolución de la crisis, puede ayudar a romper este vínculo, pero la voluntad de sumar recursos para el establecimiento de una red de seguridad europea es difícil de lograr sin controles también comunes. La información asimétrica en el ejercicio de los controles prudenciales puede crear situaciones de riesgo moral y, por tanto, en necesario un mecanismo único de supervisión.

Sobre la necesidad de abrir el circuito entre el soberano y los bancos véase la audiencia del Director Central por la Supervisión de bancos y instituciones financieras de la Banca d'Italia Luigi Federico Signorini al Senado de la Republica – Roma, 24 de octubre 2012. Sobre el nacimiento de la unión bancaria ver G. NAPOLETANO, *La risposta europea alla crisi del debito sovrano: il rafforzamento dell'Unione economica e monetaria. Verso l'Unione bancaria*, en *Banca borsa*, 2012, pagg. 747 ss.

[243] F. GUZZO, *Il pareggio di bilancio e dintorni*, en *Astrid rassegna*, n. 11/2014. www.astrid-online.it/rassegna/13-06-2014/Guzzo_Pareggio-di-Bilancio-e-dintorni_03_04_14.pdf. Es critica de la la fórmula utilizada por el nuestro legislador F. BILANCIA, *Note critiche sul cd. pareggio di bilancio* en http://www.associazionedeicostituzionalisti.it.

En el ordenamiento jurídico italiano la Ley Constitucional No. 1 de 2012 ha vuelto a escribir en su totalidad el artículo 81 de la Constitución[244]; se han modificado los artículos 117 y 119 e introducido un nuevo párrafo en el artículo 97. Los nuevos principios constitucionales para equilibrar el presupuesto y la sustentabilidad del gasto público actualmente vinculan en esta materia directamente a cualquier gobierno, ya sea estatal, local o cualquier otro organismo público.
Como resultado de ello también se modificó el sistema de controles que deben ser adaptados a una más amplia y profunda auditoría del equilibrio de los presupuestos públicos y de la sustentabilidad del gasto público.

2. La larga historia de los controles

En el lado del control y de la contención del gasto público, en los últimos años, el legislador ha tratado de varias maneras de influir en su curso. Sin duda la experiencia más nueva y orgánicamente procurada era la institucionalización del proceso de análisis y de evaluación del gasto público; ello se conoce comúnmente como la *spending review* (el tema del análisis en la segunda parte de este ensayo), pero antes de describir las características que tipifican este nuevo modelo de control del gasto público, es quizás oportuno recordar la larga tradición que ha dado forma a la disciplina de la contabilidad pública italiana y, sobre todo, a las acciones de los últimos años que iban a influir en el llamado sistema de controles "tradicionales" en el gasto público y en particular los que están confiados al Tribunal de Cuentas.

Recordemos que la necesidad de previsión del gasto, de calcularlo con relación a el presupuesto del Estado y de tenerlo bajo control, ha llevado en los primeros años del Estado italiano

[244] Entre los numerosos ensayos sobre el tema: R. PEREZ, N. D'AMICO, G. LO CONTE, *Il pareggio di bilancio in costituzione,* in *Giornale di dir. amm.* 2012, 10, 929, G. LADU, *I principi costituzionali e la finanza pubblica*, en AA.VV, *Contabilità di Stato e degli enti pubblici*, Torino, Giappichelli 2013.

unificado a adoptar este complejo de reglas conocidas como la "contabilidad del Estado" (llamado, "contabilidad pública" más recientemente) y dentro de las cuales tienen una importancia decisiva los controles encomendados al Tribunal de Cuentas. El Reino de Italia, quizás debido a la proximidad entre Francia y Turín, la capital del Estado que sirvió como catalizador de la unión, con las instituciones de transposición y los modelos napoleónicas, uno de los cuales, por supuesto, fue el establecimiento del Tribunal de Cuentas en los albores del estado unitario[245], con la tarea de " garantizar que el Ejecutivo nunca va a violar la ley."[246] En efecto, el nuevo Estado estaba dando prioridad a la cuestión del control del gasto, porque en ese momento el Gobierno podría (en el marco del decreto Bastogi), en caso de urgencia ordenar por decreto "costos más altos", pero sólo porque el período de tres años 1860-62 había recurrido a esta práctica para los 290 millones de gasto, y de ahí a la necesidad de introducir regulaciones que limitaran la discreción del Gobierno.

Sin entrar en detalle observamos que desde que la ley Cambray Digny, así como con la institución de un sistema de control basado en el establecimiento de una Tesorería General

[245] El Tribunal de Cuentas fue istituido por la ley de 14 agosto 1862, n. 800, para supervisar el gobierno del Estado, con el fin de prevenir y evitar el despilfarro y la mala gestión. Las líneas básicas de su legislación se fijaron en el texto aprobado con el Real Decreto 12 Julio 1934, No. 1214. En el curso de los años siguentes a la entrada en vigor de la Constitución republicana se ha producido profundos cambios en la organización y en las funciones administrativas (multiplicación de las instituciones, la creación de autoridades administrativas independientes, la privatización de las funciones y de las empresas públicas) y las disposiciones constitucionales (piénsese en la reforma federalista hecha por la Ley 3/2001) que también afectó a los arreglos financieros y a los gastos que afectan en gran medida las funciones del Instituto, llamados a adaptarse a las nuevas necesidades, tanto de sus actividades de control como de la jurisdicción de la responsabilidad administrativa, que es una peculiaridad italiana.

[246] R. FAUCCI, *Finanza amministrazione e pensiero economico. Il caso della contabilità di Stato da Cavour al fascismo*, Torino, Fondazione Einaudi, 1975.

para el manejo de los fondos públicos y de una Oficina de Contabilidad General para el mantenimiento regular de los registros contables, fue creada una separación entre la dirección y los auditores de cuentas. En otras palabras, por ejemplo, las órdenes de pago se firmaron, no sólo por el administrador a cargo, sino también por el jefe de contabilidad, del cual éste se encontraba no sólo para verificar la forma y la correspondencia del presupuesto, sino también la legitimidad y el mérito de los gastos. Este sistema claramente se caracteriza por el alargamiento de los procedimientos y la duplicación de tareas en comparación con el control - comprobación del Tribunal de Cuentas[247].

Las grandes crisis empujan, tal como la conocemos, a derogar de las provisiones "ordinarias" y con la Primera Guerra Mundial, la necesidad de simplificar y acelerar el gasto militar condujo a la creación de nuevos órganos (como las superintendencias de guerra), nacidos bajo decretos de urgencia, donde se exentó de control por parte del Tribunal de Cuentas con gran capacidad de gasto autónomo.

Después de que el final de la Gran Guerra se encontraron oposiciones de quienes pidieron el restablecimiento de los controles de contabilidad sobre el gasto público y los que pidieron, por lo menos en cuanto al fondo, el mantenimiento de la administración de la guerra, para satisfacer las necesidades de la reconstrucción.

De hecho, la Oficina de Contabilidad General y el Tribunal de Cuentas realizaron de vuelta sólo una parte de sus funciones. Esto abrió una temporada de gasto fuera de control que opuso de un lado los controles de cuentas y del otro la política, que se enfrentó a una creciente demanda social.

[247] Para una reconstrucción histórica de la Oficina de Contabilidad General del Estado (y de sus potencialidad de control y conducción del presupuesto) y del Tribunal de Cuentas y su originaria influencia sobre el gasto, vease G MELIS, *La lunga storia dei controlli: i conti separati dall'amministrazione*, en *Riv Trim dir pubbl.*, 2/2014, p. 397 y ss.

Este fue el ambiente en el que ocurrió el ascenso fascista en el poder. El régimen del fascismo asumió inicialmente una actitud hostil hacia la Oficina de Contabilidad General (así como, en general, empapado en la retórica futurista, a todas las burocracias encargadas de los controles), pero gracia a un ministro en el primer gobierno de Mussolini – Alberto De Stefani – fue provocada la reforma de la contabilidad del Estado, que en el Real Decreto de 18 de noviembre de 1923, No. 2440 establece disposiciones, principios y arreglos institucionales que han llegado casi hasta nuestros días y que, en relación con la Oficina de Contabilidad General del Estado (es decir, el centro de gravedad de la administración pública), podemos decir hoy en día no ha sido modificado[248].

Esa ley de contabilidad general, sin embargo, fue diseñada sólo para los gobiernos y para el Estado *"slim"*, y no podía haber previsto la explosión del fenómeno de las empresas de propiedad estatal que sólo de esos años han caracterizado al sistema económico italiano hasta los años noventa del siglo XX. Con la proliferación de las empresas de propiedad estatal se trastornó todo: estos fueron los años de la creación de la INA, IMI, IRI[249] ... organismos con personalidad jurídica de derecho público, cuya política de financiación era –originalmente– autónoma del Estado y no estaban sujetos a la ley del Estado de Contabilidad y Oficina de Contabilidad, que no pudo cumplir con sus presupuestos (como ente asignado a la supervisión del Ministerio responsable de la asignatura): dio comienzo la fase de

[248] La reforma (conocida como la ley De Stefani-De Bellis) marca el establecimiento de una nueva organización destinada al control estricto del gasto, básicamente inspirado en el mito de un presupuesto equilibrado. Puede definirse "la *revancha* del partido de los contadores": en este sentido G. MELIS, *op. cit.* p. 407

[249] INA (Istituto Nazionale delle Assicurazioni) fue una compañía de seguros, IMI (Istituto Mobiliare Italiano) fue un banco por el crédito a la industria, IRI (Istituto per la Ricostruzione Industriale) fue una *holding* de participaciones industriales.

expansión para el Estado-empresario[250]. La historia de los controles de esos años[251] se caracterizan por el "divorcio entre la administración y las finanzas", de la "*leadership* de los controladores del gasto en la vida administrativa" y de la falta de control de las finanzas públicas no estatales. Un punto de inflexión decisivo se produjo en los años Noventa, la época en la que no sólo está diseñada una nueva estructura territorial del Tribunal de Cuentas, así como las nuevas normas orgánicas que rigen la jurisdicción y el control del Tribunal de Cuentas (respectivamente con la Ley del 14 enero de 1994, No. 19 y No. 20), pero también hay un cambio radical en la comprensión del funcionamiento de las administraciones públicas y, por tanto, de la forma de evaluar el trabajo: no más comprobaciones previas de legitimidad (en cada transacción); pero si a los controles tendencialmente sucesivos a los resultados.

3. Continuación: desde los años noventa a la Ley Constitucional No. 1 de 2012

A principios de los años noventa (antes de la reforma antes citada) los controles principales fueron los realizados por el Tribunal de Cuentas y la Oficina de Contabilidad General del Estado y relacionados principalmente con la legalidad y la regularidad de la gestión administrativa y contable de la acción administrativa. Era, por lo tanto, un sistema básico, que dejó al descubierto muchos perfiles de los órganos de administración y creó al mismo tiempo, diversas disfunciones de la burocracia,

[250] "Una enorme masa de recursos, frecuentemente financiados por el Estado, tomó el camino de los balances de las instituciones y escondió el control de la Oficina de Contabilidad General", G. MELIS, *op. cit.* p. 409

[251] Cabe destacar que en los años sesenta del siglo XX (los años del "boom" de la planificación económica) intenta sustituir el liderazgo de las Oficinas de Cuentas con un modelo basado en la planificación democrática, (la incubadora de ideas era el pequeño Ministerio de Presupuesto y Planificación Financiera recién nacido) con el abandono de los viejos modelos burocráticos de arriba hacia abajo: el intento permaneció sin éxito.

esencialmente debido a la naturaleza preventiva de las actividades de verificación.

Durante casi veinte y cinco años después, el panorama de los controles de gobierno ha cambiado: los controles previos de legitimidad del Tribunal de Cuentas se han reducido; se ha desarrollado el posterior escrutinio de la gestión; se ha fortalecido el control de la regularidad administrativa y contable; se introdujeron diversas formas de control en el ámbito local; se han proporcionado los controles internos que operan en todas las administraciones[252].

Sin embargo, aún hoy, y quizás más que en los años noventa, podemos decir que "el de los controles administrativos es uno de los principales problemas italianos"[253].

Un aspecto que afecta en particular a la acción legislativa en los últimos años es la "descomposición". Es como si uno tratara de detener la hemorragia de los recursos públicos mediante la adición, un poco aquí, un poco más allá, de inspectores de aguda vista, mas el sistema va perdiendo la dinámica que en su caso hubiera obtenido.

Algunas reflexiones se pueden hacer tomando como centro de gravedad al Tribunal de Cuentas, una institución, como hemos señalado, "histórica", cuyo rol también ha sido reconocido por la Asamblea Constituyente, en muchos momentos cruciales de decisión y control del gasto público ... todavía prácticamente desconocida, a menos que se utilice en relación con las autoridades locales como un garante imparcial del sector público económico-financiero, el cual se hace difícil de conciliar con la exigencia federalista de las cuentas públicas.

Con respecto a los gobiernos regionales y locales, el Tribunal de Cuentas desempeña el control siguiente, sobre la gestión y sobre el control económico y financiero en su actividad informativa. El Tribunal está organizado en secciones

[252] E. D'ALTERIO (editado por), *Lo stato dei controlli delle pubbliche amministrazioni*, SNA-IRPA, 2013.

[253] S. CASSESE (editado por), *I controlli nella Pubblica Amministrazione*, Bologna, Il Mulino 1993, p. 14.

regionales de control: la regionalización que siguió a la labor judicial de la Corte y del Fiscal (debido a la Ley No. 19/1994). La regionalización fue un importante punto de inflexión en el sistema de control, que no sólo ha abordado la tarea de controlar los territorios, también permite análisis comparativos sobre la base de datos no sólo financieros, proporcionando información importante sobre el desempeño de los gobiernos locales.

Dos fuerzas han caracterizado el rol actual del Tribunal de Cuentas: la implementación de la descentralización, a través de la reforma del Título V de la Constitución y de la responsabilidad del Estado en la consecución de los objetivos establecidos de convergencia en Europa. Es debido a estas dos presiones en los últimos años que se han ampliado las competencias de la contabilidad del Poder Judicial (lo que aumenta la interferencia en contra de la gestión financiera de las autoridades regionales y locales).

El legislador se ha encontrado con el deber de afrontar la cuestión de aumentar el gasto en forma descentralizada y ha debido tratar el refuerzo de los controles, a fin de evaluar la validez de los órganos de administración y la contabilidad y para detectar la presencia de desequilibrios en los presupuestos de las instituciones regionales y locales.

El control siguiente de la gestión económica y financiera de todo el gobierno (confiado a el Tribunal de Cuentas) se ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico por el artículo 3 de la Ley 20/1994 ("Disposiciones para el control y jurisdicción del Tribunal de Cuentas") y tal control -que tiene la naturaleza de reporte al Parlamento y a las otras asambleas elegidas- también está diseñado para verificar la legitimidad durante el año y la regularidad de la gestión y el funcionamiento de los controles internos de cada administración.

De acuerdo con la Ley 131/2003 ("Medidas de adaptación de la Ley Constitucional de la República 18 de octubre 2001, N. 3") se ha extendido la función del Tribunal de Cuentas de control sobre el equilibrio del presupuesto a todas las autoridades locales para la coordinación de las finanzas públicas

en relación con el pacto de estabilidad interna y las limitaciones derivadas de la pertenencia de Italia a la Unión Europea.

Entonces el Artículo 1° párrafos 166 a 172 de la Ley 266/2005 (Ley financiera para el 2006), asignó al Tribunal de Cuentas un control directo sobre los presupuestos de las autoridades locales y el Servicio Sanitario Nacional (aunque a través de auditores externos de las cuentas, en relación con directrices específicas emitidas para ello). Con esta regla se han asociado a una agrupación general obligatoria los presupuestos y las cuentas finales de cada autoridad local, de hecho, acosadas por la necesidad de respetar el pacto de estabilidad interna y el equilibrio de las finanzas públicas.

Por último, con el D.l. 174/2012 ("Disposiciones urgente sobre la finanzas y el funcionamiento de las autoridades locales, así como otras disposiciones en favor de la zona del terremoto de Mayo 2012") tal unión se ha reforzado con la intención de abrir la participación de miembros del Tribunal de Cuentas a los controles previos sobre gestión financiera de las autonomías. Esta ley introdujo en el texto refundido de las leyes sobre la autonomías locales el articulo 148-*bis*, que dispone de controles más estrictos asignados a las sucursales regionales del Tribunal de Cuentas sobre el presupuesto y las cuentas definitivas de las autoridades locales: estos controles están diseñados para comprobar el equilibrio del presupuesto sin el cual la entidad puede estar impedido por la implementación de programas de gasto ante la falta de cobertura o la ausencia de su sostenibilidad financiera.

Podemos decir que a partir de la previsión inicial hasta hoy, han cambiado tanto la naturaleza como el propósito del control dado al Tribunal de Cuentas: un control de estático de la legalidad-regularidad, se ha convertido en un control diseñado para garantizar la buena gestión financiera de todas las autoridades locales, incluido el respecto del pacto de estabilidad interna y los objetivos de gobierno de las cuentas públicas, convenidos en el ámbito europeo. Un control actualmente, es parte de la coordinación de las finanzas públicas.

El Tribunal de Cuentas ha asumido el rol de cuerpo que ayuda a asegurar la viabilidad financiera del sector público y la gestión adecuada de los recursos colectivos. Este control, y esto es una diferencia más del pasado, ya no es estático sino dinámico, porque las pruebas de verificación están diseñadas para remedios funcionales para garantizar el cumplimiento del saldo presupuestario global (en el caso de que el saldo financiero esta amenazado).

4. La crisis ha incidido enlos presupuestos de los estados

La crisis, o más bien el intento de su gestión y resolución para la comunidad política[254], ha impuesto reglas más duras sobre el equilibrio presupuestario con las disposiciones constitucionales. Hoy en día, los objetivos fijados por el Artículo 81 de la Constitución, y en conjunción con las obligaciones asumidas en el ámbito europeo, hacen necesario reforzar el principio de unidad económica del ordenamiento (prospecto de ello tiende a atenuarse las exigencias del principio de autonomía, o por lo menos son más difíciles de conciliar) lo cual es esencial para garantizar una estrecha coordinación de las finanzas públicas. No es sorprendente que se hayan fortalecido y aumentado las competencias del Tribunal de Cuentas, en la última década, siendo un elemento esencial (portador) de dicha coordinación.[255]

La necesidad de equilibrar las finanzas públicas se ha vuelto más prominente y no ha dejado de señalar cómo la coordinación financiera en realidad puede comprimir las instancias y poderes de las autoridades locales. Los controles cada vez más estrictos introducidos en los últimos años no parecen consistentes con la inspiración regionalista de la Constitución y, como resultado de la coordinación, las razones

[254] M. WOLF, *The Shifts and the Shocks. What We've Learned – and Have Still to Learn – from the Financial Crisis*, London, Allen Lane, 2014.

[255] M. BARBERO, *Controlli sulla finanza degli enti locali: stato dell'arte, criticità e prospettive*, en *Riv. Dir. finanziario e scienza delle finanze*, 3, 2007, p. 416 y ss.

de la autonomía son probables que sean subordinadas a las de la unidad económica, a condición de que las autoridades locales estén bajode ellas. Ello comprueba cada vez menos la compatibilidad de este modelo con la autonomía que les otorga el ordenamiento.

La cuestión se ha convertido en varias ocasiones en objeto de examen por la Corte Constitucional. En las consultas se ha reconocido una base constitucional para la supervisión del Tribunal de Cuentas sobre las autoridades regionales y locales, dando legitimación a la evolución de nuestro sistema para fortalecer más a los órganos de toma de decisiones estatales: en efecto, el Estado se debe hacer cargo de la situación financiera de todas las partes, incluso los que tienen autonomía. El camino lógico de la Corte Constitucional es descartar que el control de gestión –que también puede ejercerse en el respeto de las administraciones regionales– sea la adjudicación de un poder del Estado que se opone a la autonomía de las regiones, teniendo en cuenta que puede haber en su lugar una tarea colaborativa por "servir a las necesidades del público protegido por la Constitución"[256].

En vista del aumento del alcance con el cual se ejerce hoy en día el trabajo de auditoría llevado a cabo por la Corte, se registra la permanente presencia de elementos de ambigüedad con respecto a la función desempeñada por la misma en relación con la permanencia de su función judicial.[257] La presencia de esta actividad judicial socava la base la confianza con el cual las entidades fiscalizadas deben de elaborar el control encomendado, como parte de la supervisión y asesoría de

[256] C. DE ROSE, *Il controllo della Corte dei conti relativo alle autonomie territoriali come strumento di garanzia per l'unione europea*, en *Cons. Stato* 11, 2000, p. 2327.

[257] Acerca de las funciones jurisdiccionales del Tribunal de Cuentas y, en particular de la responsabilidad administrativa a que se le somete, ver: V. GIOMI, *Responsabilità amministrativa e responsabilità della pubblica amministrazione*, in AA.VV.,*Estudios sobre la Responsabilidad Jurìdica del Juez, el Servidor Pùblico y los Profesionistas*, Mexico, 2013, p. 265-307.

colaboración, por el temor evidente de que los hechos conocidos puedan dar lugar a denuncias ante el fiscal regional de la Corte.[258] Por otro lado la falta de una relación directa entre la función de control y posibles mecanismos de sanción, socava la eficacia del la actividad informativa.

5. Impacto de los derivados en el balance del marco de las finanzas públicas[259]

El Tribunal de Cuentas -en su calidad de magistratura contable consagrada a controles previos y siguientes dirigidos a garantizar la correcta gestión de los recursos públicos[260]- también ha intervenido (varias veces) en las transacciones derivadas deayuntamientos italianos, una historia particular que merece ser recordado, aunque ahora concluida, excepto por los efectos de los asuntos derivados aún pendientes. Cabe señalar que las conclusiones derivadas por las autoridades locales contienen (a menudo) un pasivo a largo plazo, que no son evidentes en las cuentas, pero que han llevado a un aumento del gasto público sin revisión por parte de la Corte, lo cual podría incidir en el fenómeno.

El enfoque de la Corte –siempre muy cauteloso hacia este fenómeno, se ha vuelto en cada vez más restrictivo[261]

[258] S. PIPERNO, *La finanza decentrata in Italia*, Bologna, Il Mulino 2013, p. 255.

[259] F. CAPRIGLIONE, *I "derivati" dei comuni italiani nella gestione della finanza pubblica. Una problematica ancora attuale,* en *Banca borsa*, 2014, I, pp. 265 e ss, 295.

[260] Corte dei conti sez. Reg. controllo per la Campania, nn. 14 e 17 del 2008.

[261] Ver la "Indagine sul fenomeno degli strumenti finanziari derivati nelle province e nei comuni del Veneto" realizada por la sección regional de control del Veneto en el 2010 y la "Relazione sulla gestione finanziaria delle regioni (esercizi 2011-2012)", presentada por la sección por las autonomías en el 2013, y tambien la "Indagine conoscitiva sull'utilizzo e la diffusione degli strumenti di finanza derivata e delle cartolarizzazioni nelle pubbliche amministrazioni", Audiencia del 18 de febrero de 2009, antes la VI Commission del Senato.

(incluso) en conjunto con el empeoramiento de los problemas de las finanzas públicas, debido al impacto de la crisis financiera y de la deuda soberana.

Por la suscripción de derivados se puede, en teoría, lograr diferentes propósitos. En el caso de los derivados de suscripción locales se deben tener fines de cobertura para la reestructuración de las deudas contraídas con anterioridad. Desde el principio, sin embargo, el Tribunal de Cuentas[262] ha advertido contra el uso de estos instrumentos, –a través de la reestructuración de las operaciones de endeudamiento del pasado– en el caso que nadie persiga el propósito de recaudar fondos para ser utilizados en la gestión ordinaria, mediante el diferencial pagado inicialmente para emparejar las "patas" del *swap*.

En un primer momento, el fenómeno no se ha abordado específicamente, sólo las autoridades locales, en virtud de su plena capacidad de obrar (de derecho privado, articulo 11 código civil) han comenzado a utilizar instrumentos financieros derivados de su específica regulación de disposiciones reglamentarias, en la segunda mitad de los años noventa.[263] La legislatura del Estado vio inicialmente en esta operación conjunta una oportunidad para contener el costo del gasto –para los políticos un camino menos arduo para perseguir la imposición de una gestión financiera pública destinada a restringir sensiblemente la posición de deuda de los órganos locales y especialmente de los Ayuntamientos–. La Ley de 28 de diciembre de 2001, N. 448 (Ley Financiera 2002) ha permitido a las autoridades locales acceder al mercado de capitales mediante la regulación de los métodos de gestión (Ministro de Economía del decreto 01 de diciembre 2003, núm. 389 y la Circular 27 de mayo de 2004), para limitar su uso a fines de cobertura y

[262] Corte dei conti, Sez. riunite in sede di controllo, *Gli strumenti di finanza derivata nelle regioni e negli enti locali,* 2009.

[263] Cfr. L. Cavallini Cadeddu – E. Bani (editado por), *Strumenti finanziari e risorse per le autonomie*, Atti del Convegno di studi di Cagliari, 16-17 marzo 2007, Padova, Cedam 2008.

reestructuración del gasto existente y para evitar que la carga financiera de las entidades locales se mueva hacia adelante en el tiempo, sin perjuicio de la posibilidad de la "novación" o, mejor, el reemplazo de la contraparte bancaria y la firma de una nueva extensión de contrato. Además, para evitar que los planes de actuación pudieran dar lugar a formas excesivamente complejas de aumento de los riesgos asumidos, en detrimento de la estabilidad de las entidades, las operaciones de reestructuración debían ser realizadas en un arreglo simplificado.

Después de la entrada en vigor de la Ley 448/2001, hubo amplias operaciones en derivados, efectuadas por las autoridades locales, pero no siempre se ajustaron a las regulaciones especiales dictadas en la materia, tal como se refleja en el análisis del Tribunal de Cuentas que, en el ejercicio de sus facultades de control sobre la gestión financiera de las organizaciones, llevó a cabo un análisis detallado de los derivados suscritos por los gobiernos locales.

De hecho, la firma de derivados por parte de las autoridades locales a menudo ha hecho aparecer insuficiencias de fondo, generando numerosos casos judiciales que llevaron primero a suspender la negociación de derivados permitidos (en virtud del articulo 62 del Decreto Ley 25 de junio 2008, N. 112, con modificaciones en la Ley 6 de agosto de 2008, N. 133.), y al final de prohibir, de conformidad con el artículo 572, párrafo 1, letra b de la Ley de 27 de diciembre 2013. 147 (Ley de Estabilidad para 2014).

Esta regla indica una posición crítica con el *favor* con el que se veía a la reorganización del gasto a través de los mercados financieros, y algunos creen que de hecho puede ser considerado como "un preludio de una renovación conducente a limitar el rol dominante de las finanzas en la realidad italiana."[264]

Por supuesto que es el reconocimiento de la necesidad de proceder en una dirección diferente que en el pasado, cuando la

[264] F. CAPRIGLIONE, *Op. cit.*, p. 295.

gestión de las finanzas públicas ha sido impulsada por la lógica sin atención en el interés general y atenta a las necesidades especiales y en especial la de las generaciones futuras.

6. El nuevo articulo 97 de la Constitución

Como hemos mencionado, el sistema de control puede, sin embargo, ser un punto de inflexión, como consecuencia de la entrada en vigor (1 enero 2014) de la Ley Constitucional No. 1 de 2012 y en particular el párrafo añadido al Artículo 97, que establece: "Los gobiernos de conformidad con los reglamentos de la Unión Europea, asegurarán el equilibrio presupuestario y la sostenibilidad del gasto público". A través de esta previsión se trazan nuevos principios constitucionales para equilibrar el presupuesto y para la sostenibilidad del gasto público, extendidos a todas las autoridades públicas de la República, en cualquier administración ya sea estatal, local o no local. La regla crea las condiciones necesarias para "garantizar una adecuada cadena de transmisión entre la disciplina "local" (el equilibrio presupuestario y la sostenibilidad del gasto de cada administración pública) y los "objetivos generales" (prevención de déficits excesivos, y el tamaño total del gasto de la República Italiana"[265]. Al limitar nuestra observación con el principio de "sostenibilidad del gasto público"a la luz del nuevo Artículo 97 se debe suponer que cada gobierno debe asegurarse de que pueden pagar (en términos de gasto corriente) los gastos por intereses de su deuda (por lo que debe de generar ingresos actuales para este fin); debe ser capaz de prevenir e informar de los excedentes que se utilizarán para reducir gradualmente la deuda contratada históricamente; debe proporcionar información para la reemisión de nuevo gasto si no se es capaz de pagar vencimientos de una deuda (posiblemente a tasas de interés más bajas que las de los atrasos) y luego considerar la contracción de

[265] En este sentido se expresa G. BOTTINO, *Il nuovo articolo 97 della Costituzione*, en *Riv. Trim. dir. pubbl.* 3/2014, p. 696.

la nueva asunción de deuda como una hipótesis de todas vías excepcional.

Respecto al gasto de los gobiernos locales, el tema de referencia es el Artículo 119 último párrafo, segundo y tercer periodo, de la Constitución y el articulo 10 de la Ley 243 de 2012 (Endeudamiento por parte de las autoridades regionales y locales), mientras que al gasto público de los gobiernos estatales están dedicados el nuevo segundo párrafo del Artículo 81 de la Constitución y el Artículo 6 de la Ley 243/2012 (con en lo que respecta a las circunstancias excepcionales que justifican la utilización de nueva deuda) y, por último, el Artículo 4 de la Ley 243 "Sostenibilidad del gasto público", en donde se indican determinados límites de tiempo para que el gasto sea sostenible por toda la administración pública italiana.
Inevitablemente ello es un reflejo de la reforma constitucional sobre el sistema de controles y la contabilidad y la jurisdicción administrativa del Tribunal de Cuentas, siendo necesario acudir a la racionalidad de la legislación, que antes de esta reforma se había ampliado el ámbito de control de ella misma.

Nos referimos en particular al Decreto Ley 174/2012 transformado en la Ley 213/2012 que en gran medida reforzó el control por el Tribunal de Cuentas sobre las autoridades locales (artículos 3 y 6) y lo mismo al control siguiente en la gestión de los presupuestos de las regiones, (artículo 20) para las autoridades locales y las otras autoridades.[266]

[266] En el argumento también recordamos que la Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de intervenir con las sentencias núms. 39 y 40 de 2014 y se ha pronunciado sobre el rol del Tribunal de Cuentas y las secciones regionales de control de la redefinición de sus competencias respectivas. En el marco de acción para fortalecer el rol de la Corte recordamos las disposiciones de la Ley 228/2013, que se refieren al control de la Corte sobre la formación de los estados financieros de las entidades infra -estatales de la República, mediante la ampliación del control a las obligaciones de remedio de las cuentas públicas, el examen de los presupuestos y las cuentas finales de las regiones, para garantizar la buena gestión financiera de los entes locales, asegurando que no existen irregularidades que puedan afectar el equilibrio de los derechos económicos y financieros de las autoridades

Hasta la fecha las secciones regionales del Tribunal de Cuentas para las regiones a) examinan los presupuestos y las cuentas finales para la verificación del cumplimiento de los objetivos anuales establecidos por el Pacto de Estabilidad Interna, la observancia del gravamen previsto respeto de endeudamiento por el articulo 119, párrafo sexto Constitución, la sustentabilidad del endeudamiento y la ausencia de irregularidades que puedan afectar a los equilibrios económico-financieros (Artículo 1° párrafo 1); b) equiparan la Cuenta General y adjuntan a la decisión de una relación en la que el Tribunal de Cuentas deberá opinar sobre la legalidad y la regularidad de la gestión y proponer las medidas correctivas y las medidas de reforma que estime necesarias a fin de garantizar el equilibrio del presupuesto regional (Artículo 1°, párrafo 5). Para los gobiernos locales, las mismas secciones regionales: a) Revisan, cada seis meses, la legalidad y la regularidad de la gestión, con el fin de cumplir con las normas de contabilidad y de presupuesto equilibrado para cada autoridad local con una población de más de 15.000 habitantes (Artículo 148 del Decreto Legislativo no 267 de 2000, modificado por el Decreto-Ley 174/2012); b) examinan los presupuestos y las cuentas finales para la verificación del cumplimiento de las metas anuales siempre impuestas por el pacto de estabilidad interna, el respeto de la limitación constitucional antes mencionada sobre el endeudamiento, la propia sostenibilidad del gasto y la ausencia de irregularidades que pueden ser perjudicial para los equilibrios económico-financieros (Artículo 148-*bis* del

locales. En este ámbito, el riesgo es homogenizar no sólo los procedimientos, sino también a todo el sistema, con la consecuencia de no tomar en cuenta la realidad individual, muy heterogénea en Italia, en la definición de las políticas de recuperación y las respuestas, para ser suministrada a la emisión del gasto público.

Decreto Legislativo n. 267/2000 introducido por el Decreto-Ley 174/2012)[267].

La jurisdicción del Tribunal de Cuentas de establecer sanciones se fortalece y encuentra en la nueva disposición constitucional una base en la cual coloca las reglas ordinarias de la ley del Estado que ha permitido durante mucho tiempo al tribunal aplicar dichas sanciones, aún dentro de su jurisdicción:[268] Recuérdese las sanciones contra los directores de las autoridades locales que recurren al endeudamiento para financiar los gastos corrientes;[269] en contra de los directores y el Jefe de los Servicios Financieros que persiguen artificialmente el cumplimiento del Pacto de Estabilidad y Crecimiento interno o eluden las normas del Pacto[270]; contra los directores y empleados que son beneficiarios de la póliza de seguro en virtud del cual dichas entidades del gobierno aseguran la posibilidad de cubrir daños fuente de responsabilidad administrativa y contable[271].

7. Conclusiones

El sistema de control ha cambiado con respecto al gobierno desde principios de los años noventa bajo la influencia del *new public management* y se mueve hacia la introducción de los principios de análisis económico, como un paso necesario (aunque no suficiente) para permitir que sea llevado a cabo la evaluación de las políticas públicas y allanando el camino para nuevas formas de control sobre la economía y los resultados finales de la acción administrativa, visto en términos de la consecución de sus objetivos. Con referencia a los controles de

[267] A. BALDANZA, *Le funzioni di controllo della Corte dei conti*, en V. Tenore (editado por), *La nuova Corte dei conti: Responsabilità, Pensioni, Controlli*, Milano, Giuffrè 2013, p. 1120 ss. .

[268] G. BOTTINO, *op cit.*, p. 715.

[269] Art. 30 párrafo 15 ley n. 289/2002.

[270] Art. 31 párrafo 31 ley n. 183/2011.

[271] Art. 3 párrafo 59 ley n. 244/2007.

las regiones y las autoridades locales del sistema se cambia de forma paralela a la evolución del proceso de descentralización, como complemento necesario de la rendición de cuentas para la asistencia financiera a los gobiernos locales. Como se ha eliminado el control administrativo previo de un tipo jurídico-conformativo, son introducidos nuevos controles (internos y externos) de tipo funcional, pero sobre todo, se han ampliado y fortalecido los de una garantía financiera por el respeto de las limitaciones presupuestarias que surjan para miembros de la Unión Europea. En este contexto, hay una poderosa tendencia a reforzar la capacidad financiera para hacer frente a la labor de los gobiernos sub-nacionales por el gobierno central, incluyendo la introducción de nuevos instrumentos y mecanismos de control. En este contexto –no sin alguna ambigüedad– el Tribunal de Cuentas vio en gran medida el aumento de su rol en el sistema de controles sobre los gobiernos regionales y locales, de manera que se puede considerar el pivote independiente de ese sistema.

Hay muchos puntos críticos que nos limitamos aquí a mencionar, tales como: la difícil integración de la cultura jurídica de control y el nuevo paradigma de su realización, la debilidad de las asambleas electas destinatarias de las diversas actividades del informe, la contradicción de la función de asesorar al ejecutivo y el apoyo conjuntos de control (por un lado, y la actividad judicial para la evaluación de la responsabilidad administrativa en el otro) por no hablar de la difícil coordinación entre las diferentes estructuras que controlan.

Aunque el proceso de *spending review*, del cual mucho se espera, deberá ser monitoreado y evaluado utilizando apropiados instrumentos hoy poco sistematizados.

Parte II

La «spending review» en la legislación italiana. Crónica de una muerte anunciada[272]

La «spending review» nella legislazione italiana. Cronaca di una morte annunciata

Michela Passalacqua
Università di Pisa

Sumario: 1. La noción de 'public spending review'. 2. Características actuales del gasto público italiano. 3. La revisión del gasto público en la legislación nacional. 3.1. Las leyes de la revisión de gastos. 3.2. Costos y necesidades estándar vs. gasto histórico. 4. Hayek contra Keynes y la crisis del 'Bienestar social' público.

1. La noción de *public spending review*

Según un estudio empírico reciente, llevado a cabo en la OECD[273], resulta que varios países adherentes a la organización, como Bélgica, Canadá y Dinamarca, han reducido su deuda de manera significativa a partir de mediados de los años 90 hasta la reciente crisis financiera[274]. En este caso, la reducción de la deuda ha sido posible gracias a una serie de factores, tales como

[272] Traducción de la autora al español, del texto original en italiano.

[273] D. SUTHERLAND, P. HOELLER, R. MEROLA, *Fiscal Consolidation: Part 1. How Much is Needed and How to Reduce Debt to a Prudent Level?*, OECD, Economics Department Working Papers, No. 932, OECD Publishing, 2012, en *http://dx.doi.org/10.1787/5k9h28rhqnxt-en*.

[274] Es una reducción significativa de la deuda que se produjeron durante un largo período: 1993-2007 y el 50% del PIB de Bélgica; 1996-2007 en comparación con el 35% del PIB de Canadá y el 52% del PIB de Dinamarca entre 1993 a 2007.

fuertes tasas negativas en momentos de crecimiento económico y de interés reales, combinado con los superávit primarios significativos[275], que en el caso italiano se pueden obtener sólo mediante la reducción del gasto público[276]. La esperanza es que pueda hacerse, reconvirtiendo los gastos en lugar de eliminar *rotundamente* elementos individuales.

En el momento, ni el sistema jurídico italiano, ni el ordenamiento jurídico europeo contienen una definición legal de *spending review*. Por tanto, podemos tomar las directrices de la OECD sobre el tema[277], aunque, en mi opinión, las mismas no se reflejan de forma unívoca en la legislación nacional, ya que tienden a considerar la revisión de gastos como una especie de escrutinio público, a través del cual se analizan las tendencias en el gasto, los mecanismos que los regulan y la actualidad o efectividad de las intervenciones que la componen.

Según la OECD, se puede hacer un *performance review*, también conocido como *revisión de los gastos* funcional, cuando nos limitamos a hacer una comprobación de la eficiencia del gasto público sostenido. En esencia, se considera si los costos incurridos (input) son racionales respecto a los objetivos buscados (output); el objetivo es reducir los costos para la prestación de servicios públicos o la realización de procedimientos administrativos, lo que resulta en un aumento de la eficacia del gasto.

Si se desea transferir la noción de empresa al marco jurídico nacional, claramente el *performance review* está incluido en el instituto jurídico de controles internos para las administraciones públicas, con referencia a los denominados

[275] *Studi economici dell'Ocse. Italia*, de mayo de 2013, 14-15.

[276] El excedente primario del presupuesto del Estado es, de hecho, la diferencia entre el gasto y los ingresos fiscales del gobierno y los ingresos no tributarios excluídos los pagos de intereses de la deuda; se trata de la cantidad disponible para pagar los intereses de la deuda pública y, posiblemente, para reducir esta deuda.

[277] Véase OECD, *Typology and implementation of spending reviews*, 2011, GOV/PGC/SBO (2011)9.

controles internos de gestión, totalmente reglamentado por el conocido Decreto Legislativo No. 286/1999[278], por delegación del primer decreto Bassanini[279], al cual luego se asociaron los controles externos del Tribunal de Cuentas[280].

En este caso, la definición legal de los controles de gestión contenida en el decreto que acabamos de mencionar, la configura como el medio para verificar la eficacia, eficiencia y economía de la administración con el fin de optimizar, incluso a través de medidas correctivas a tiempo, la relación entre costos y resultados.

Por la Ley de Contabilidad Pública deducimos que la eficiencia debe ser entendida como la relación entre la cantidad de recursos utilizados y servicios producidos o actividad desarrollada.

La eficiencia indica el grado de consecución de los objetivos de gestión. Por ejemplo, en la reciente legislación sobre la armonización de los sistemas contables y los estados financieros de los gobiernos locales, el *Principio contable aplicado relativo a la planificación del presupuesto* establece que "para los entes locales, los resultados en términos de eficacia se pueden leer de acuerdo con los perfiles de calidad, de equidad de los servicios y de satisfacción del usuario"[281]. No hay que pasar por alto la referencia explícita a la equidad y satisfacción del cliente; de hecho, aunque se trate de cantidades no fácilmente mensurables, representan un intento útil de resguardar la protección de los derechos sociales relacionados con la prestación de servicios. En última instancia, el control de

[278] Estos controles han sustituido a la verificación de las operaciones de en virtud del artículo 20 del Decreto Legislativo No. 29/1993, dedicado a la responsabilidad de los Administradores como parte de la racionalización de la organización de la administración pública y la revisión de las normas que rigen función pública.

[279] Véase artículo 11 Decreto Legislativo 15.III.1997, No. 59.

[280] Serán tratados en los contribución de E. Bani, en el presente trabajo.

[281] Véase el Anexo 4.1. Decreto Legislativo 23.VI.2011, No. 118, introducido por el Decreto Legislativo 10.VIII.2014, No. 126.

la gestión también se extiende a la verificación de la eficacia de la acción administrativa (en el conjunto de las intervenciones planificadas), que se define como la capacidad de llevar a cabo, a través de los recursos utilizados en el gasto, los propósitos institucionales.

En Europa, se destaca Finlandia por haber introducido a partir de 2004 un *spending review* funcional para mejorar la productividad y la eficiencia de la administración pública[282], en algunos aspectos similar a la llamada "Reforma Brunetta," iniciada en Italia por el Decreto Legislativo 27 de octubre de 2009, No. 150, que estableció la Comisión para la evaluación, la transparencia y la integridad de la administración pública (Civit)[283], a la cual se asignó además la tarea de adoptar las directrices para la definición de las "Herramientas para la calidad de los servicios públicos", la función para promover sistemas y metodologías destinadas a mejorar el desempeño de la administración pública y comparar el desempeño contra estándares y experiencias, a nivel nacional e internacional[284]. Como se sabe, posteriormente la Civit fue suprimida y las funciones de interés aquí, en el campo de la medición y evaluación del desempeño, se trasladaron nuevamente *de plano* a la autoridad gubernamental o al Departamento de Administración Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros[285].

No tan asimilable a los controles de gestión aparece en cambio el *spending review* en el sentido propio (o *spending*

[282] Servizio del bilancio del Senato, *La spending review nell'esperienza internazionale: una breve analisi*, de febrero de 2012, no. 57, 8-9.

[283] Artículo 13 del Decreto Legislativo No. 150/2009.

[284] A esta autoridad también le fue asignada la tarea de mantener la transparencia de los resultados obtenidos mediante el fortalecimiento de la cultura de la transparencia a través de los medios para prevenir y combatir la corrupción. En un hecho bien conocido la posible correlación entre los defectos en la organización de los departamentos y de ejercer funciones parciales.

[285] Véase el artículo 19, párrafo 9, del Decreto Ley 24 de junio de 2014, No. 90 (conv. Ley 11 de agosto de 2014, No. 114).

review estratégico)[286], que permite evaluar los gastos en términos de la efectividad de los programas y la posible reasignación de los recursos entre las diferentes partidas de gastos, es decir como garantía de servicios considerados inevitables y prioritarios.

La intención es aumentar la calidad del gasto, en un intento de superar el criterio de gasto histórico como el único método de asignación de los recursos[287], para el surgimiento de la racionalización de los gastos, más allá de cuestiones de una regulación meramente cuantitativo, consistente de la introducción de topes a los gastos.

Una planificación de gastos similar se inició en los países anglosajones, Australia (1989), Canadá (1994) y el Reino Unido (1998) (primer país europeo en adoptarlo) y luego se extendió a muchos países occidentales, como Japón (2007)[288]. De hecho, Canadá ha establecido un enfoque basado en los indicadores de eficiencia/eficacia o en el estudio de los resultados de rendimiento, como una reducción racional del gasto público[289].

A través de la *spending review* no se interviene a continuación en la fase descendente de la acción administrativa, con controles concurrentes o posteriores en la actividad, sino que actúa en la fase ascendente de la planificación de los gastos, a través del control continuo de los niveles de eficacia, eficiencia y calidad de los programas de gasto en los cuales se articula el presupuesto del Estado, con el fin de lograr una racionalización de los procesos y de las decisiones presupuestarias, y por lo

[286] Usted ve OECD, *Typology and implementation of spending reviews*, GOV/PGC/SBO (2011)9, citado, así como OECD, *Spending Review*, GOV/PGC/SBO(2013)6, 28 de mayo de 2013.

[287] En palabras de un economista, ex ministro de Economía, es la «lógica incremental a través de la cual cada programa se refinancia sistemáticamente», T. PADOA SCHIOPPA, *Presentazione*, *Libro verde sulla spesa pubblica*, Roma, 6 de septiembre de 2007, V-VI.

[288] Servizio del bilancio del Senato, *La spending review nell'esperienza internazionale: una breve analisi*, citado, 3-4.

[289] *En esto*, 7.

tanto una mejora de la gestión del gasto.

En el marco del sistema italiano, donde el presupuesto se divide actualmente en dos niveles de agregación, las misiones del gasto público y los programas de gasto, las misiones son las principales funciones y objetivos que deben perseguirse a través del gasto, es decir las políticas del sector, mientras que los programas son definidos por la ley de contabilidad (ley 196/2009) como agregados dirigidos a la búsqueda de los objetivos estratégicos antes mencionados[290].

La atención sobre la efectividad de los programas evoca, en parte, un tipo diferente de control interno, no muy bien implementado en Italia, o el denominado control estratégico[291], que, según el decreto de creación, permite "evaluar la conveniencia de las decisiones en la implementación de planes, programas y otras herramientas para determinar la dirección política, en términos de congruencia entre los resultados alcanzados y los objetivos predefinidos"[292].

Una presunción que no se puede eliminar de semejante reprogramación del gasto es, obviamente, la disponibilidad de información precisa y confiable sobre los programas de gasto implementados, en función de las decisiones presupuestarias anteriores sobre las actividades financiadas específicas, y, sobre todo, sobre los resultados del control *ex post* de los resultados alcanzados. En otras palabras, de la ley de presupuesto se deben inferir *ex ante* objetivos claros que se desean alcanzar para cada programa de gasto[293], que sean verificables *ex post* (denominado

[290] En los años fiscales 2013 y 2014, el presupuesto se divide en 34 misiones y 174 programas.

[291] Por favor, consulte las reflexiones de B. DENTE, N. PIRAINO, *La parabola dei controlli interni nelle amministrazioni dello Stato*, en http://www.astrid-online.it/Dossier--s/Studi--ric/Dente-La-parabola-dei-controlli.pdf, 2008, especialmente 12 y ss.

[292] Artículo 6, párrafo 1, del Decreto Legislativo No. 289/1999, antes citada.

[293] Con respecto a el denominado *Zerobase budgeting* de origen estadounidense, introducido en el presupuesto del Estado desde la reforma italiana de 1997 (ver la Ley de 3 de marzo de 1997, No. 94), consulte M. NARDINI, *Politica di bilancio e programmazione della spesa. Dalla legge n.*

performance budgeting). De hecho, según sondeos de la misma Comisión Europea (ver Tabla 1), resulta que, entre los países de la Unión monetaria, en los últimos años Italia careció de un presupuesto correctamente orientado a los resultados, sólo Irlanda y Hungría presentaban peores situaciones.

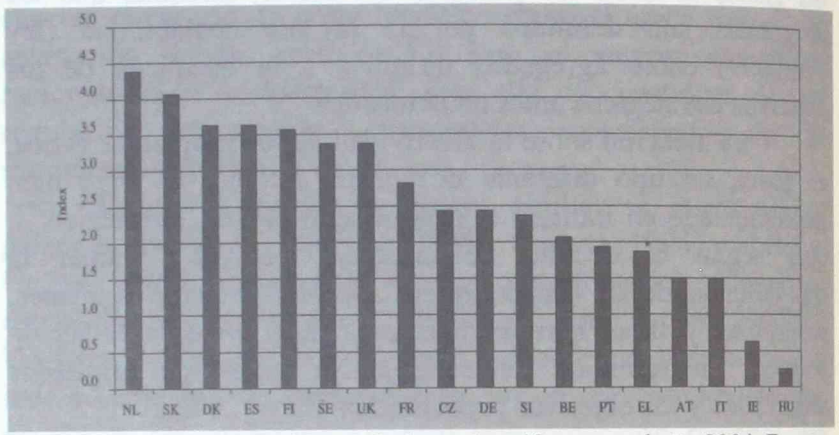


Tabla 1: *Performance Budgetary Index* en las cifras para el año 2004. Fuente: Comisión Europea, Dirección General de Asuntos Económicos y Financieros, *Public Finance in European Monetary Union*, 2007, no. 13.

Como se discutirá más adelante (*infra* § 3), la norma actualmente en vigor está tratando de remediar estas deficiencias, a fin de garantizar los mecanismos legales co-esenciales a la *spending review* en sentido propio.

2. Características actuales del gasto público italiano

Al contrario de lo que comúnmente se cree, en los últimos quince años, el gasto del gobierno italiano como porcentaje del PIB ha ido disminuyendo de manera constante. Eso se

62/1964 alla legge n. 196/2009 di riforma della contabilità dello Stato, en www.luissamministrazioneincammino.it, 14 de octubre de 2011, 12, también nota 19 y 20.

desprende de los datos del Istat[294] y de los resúmenes estadísticos de Eurostat[295].

En particular, de la comparación de los datos con los principales países europeos, está claro que, si bien se registró una disminución (por otra parte de mayor importancia) en Alemania, la proporción del gasto público sobre el PIB ha ido en aumento en Francia, España y el Reino Unido[296]. Dicho esto, no se puede ocultar el hecho de que Italia todavía presenta niveles de gasto superiores a los de otros países europeos[297].

Del análisis de los datos estadísticos, se deduce también una información importante sobre el rendimiento de los componentes y niveles de gasto, muy útil para la aplicación de la propuesta de revisión de la misma.

Es sabido que, incluso en el contexto de una reducción global del gasto público, ciertas funciones se han beneficiado de un aumento de los recursos disponibles, mientras que otras las han visto reducirse.

Como se puede ver en la Tabla 2, los aumentos se refieren, con mayor intensidad, a la función de la protección social, especialmente por el aumento de los costes para el pago de las pensiones de vejez[298]. Si bien este fenómeno se verifica

[294] En 1995, los gastos totales en proporción al PIB fueron de 52,7%, mientras que en 2010, disminuyeron en un 15%. Fuente: Istat. En 2011, el gasto público total en relación al PIB, disminuyó en un 49,7%, y se remonto a 50,6%, tanto en 2012 como en 2013 (Fuente: Ministerio de Economía y Finanzas, *La spesa pubblica in Europa: anni 2000-2013*, Roma, 2014, 20).

[295] El gasto público italiano está disminuyendo en el período 1995-2010, de 52,5% a 50,4%. Fuente: Eurostat.

[296] Ministerio de Economía y Finanzas, *Rapporto sulla spesa delle Amministrazioni Centrali dello Stato*, Roma, 2012, 29.

[297] Además de los países escandinavos, vale la pena recordar ya que se desvía de la media incluso Francia (2011-2013).

[298] Véase Ministerio de Economía y Finanzas, *Rapporto sulla spesa delle Amministrazioni Centrali dello Stato*, citado, 32, en dónde es evidente que, de 1990 a 2010, los gastos para el pago de las pensiones de vejez se incrementaron en un 4,9%.

en todos los países de la Unión Europea, en Italia ha adquirido rasgos particulares, en parte debido a los efectos perversos del sistema de seguridad social remunerativo. Según este régimen, la jubilación de hecho se correlaciona con el salario medio (o ingresos para los trabajadores autónomos) de los últimos años de trabajo, por lo que la compensación jubilatoria se desacopla de las contribuciones efectivamente pagadas[299]. Con la reforma de las pensiones de 1995[300], se reemplazó el método de cálculo según las cotizaciones por el método remunerativo para los trabajadores menores de 18 años de cotización, también se elevó la edad para la jubilación por vejez[301]. Sin embargo, las pensiones calculadas con el primer método todavía se siguen pagando a los beneficiarios, lo que genera una desigualdad sustancial con los trabajadores actualmente activos, que nunca podrán aspirar a tales sistemas de pensión con el método de cálculo renovado.

Es de destacar que las normas europeas sobre la estabilidad financiera, desde 2005, han tratado de alentar a los gobiernos nacionales a poner en práctica las reformas de las pensiones para asegurar la sustentabilidad a largo plazo de sus finanzas. Estas disposiciones constituyen una interferencia no menor por parte por del regulador europeo en relación con las

[299]Para una revisión de la literatura científica sobre este tema, por favor consulte E. DEL COLLE, F. ANTOLINI, *Il sistema pensionistico italiano tra regime retributivo e contributivo*, en *Economia e lav.*, 1996, vol. 3, 61; R. PESSI, *Il requisito previdenziale dell'età pensionabile nella transizione dal regime retributivo al regime contributivo*, en *Dir. lav.*, 1997, I, 17.

[300]Ley de 8 de agosto de 1995, No. 335.

[301]Para entender mejor la insostenibilidad financiera del sistema anterior, conviene recordar que el Instituto Nacional de Directores de Seguridad de Empresas Industriales (INPDAI), retrasó durante dos años el transponer la citada reforma, implementada en el sector específico por el Decreto Legislativo 24 de abril de 1997, No. 18, ello generaba un desequilibrio financiero que ha hecho necesario su remoción, y la transferencia de todas las estructuras y funciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social (Véase art. 42 de la Ley de 27 de diciembre de 2002, No. 289, Ley de Finanzas de 2003).

políticas de *bienestar social* de los países participantes; de hecho, la imposición de superar lógicas de asistencia económicamente insostenible, son un signo de la creciente importancia que los aspectos de la estabilización fiscal han asumido con respecto al desarrollo de políticas sociales, notablemente evocadas por la llamada estrategia de Lisboa, que ahora parece abrumada por la crisis actual.

Al igual que otros países de la UE, la otra función de los gastos, cuyo costo está en constante aumento, se relaciona con la atención de salud, en parte debido al envejecimiento de la población.

Funciones de gasto	1990			1995			2000			2005			2010		
	Perc. PIB	Comp. Perc.	Núm. Ind. 1990=100	Perc. PIB	Comp. Perc.	Núm. Ind. 1990=100	Perc. PIB	Comp. Perc.	Núm. Ind. 1990=100	Perc. PIB	Comp. Perc.	Núm. Ind. 1990=100	Perc. PIB	Comp. Perc.	Núm. Ind. 1990=100
Servicios generales	3,2	7,4	100,0	3,0	7,3	126,7	3,5	8,8	185,0	4,3	10,0	277,9	4,1	8,8	283,2
Defensa	1,6	3,8	100,0	1,4	3,4	114,9	1,2	3,1	129,6	1,4	3,2	175,0	1,5	3,3	207,9
El orden y la seguridad pública	2,1	4,9	100,0	2,1	5,0	132,9	2,0	5,1	164,3	2,0	4,6	196,6	2,0	4,3	211,0
Asuntos económicos	5,9	13,7	100,0	4,6	11,2	105,4	3,0	7,6	86,9	4,3	9,9	140,8	4,4	9,4	164,1
Protección ambiental	0,5	1,1	100,0	0,3	0,8	102,1	0,4	1,1	159,1	0,6	1,3	250,0	0,6	1,2	269,6
Vivienda y la tierra activos	1,3	3,1	100,0	0,9	2,3	94,9	0,9	2,3	116,2	0,8	1,7	113,9	0,8	1,8	135,9
Salud	6,2	14,4	100,0	5,2	12,8	114,5	5,9	15,0	162,7	6,9	15,8	227,6	7,6	16,3	269,7
Recreación, cultural y religiosa	0,8	1,8	100,0	0,7	1,8	131,2	0,8	2,0	175,4	0,9	2,0	226,6	0,8	1,7	230,1
Educación	5,3	12,4	100,0	4,5	10,9	112,6	4,5	11,3	142,6	4,6	10,5	174,9	4,4	9,4	180,7
Protección social	16,0	37,4	100,0	18,2	44,5	153,3	17,3	43,7	183,9	17,9	41,0	228,1	20,4	43,8	280,3
Total	43,0	100,0	100,0	41,0	100,0	123,8	39,6	100,0	156,9	43,7	100,0	207,3	46,5	100,0	234,9

Tabla 2: Gastos primarios por función de la administración pública italiana. Varios años. En porcentajes del PIB, composición porcentual, números de índice 1990=100. Fuente: Ministerio de Economía y Finanzas, *Informe sobre el gasto del Gobierno Central del Estado*2012, elaboraciones de Contabilidad según datos Istat.

En correlación, sin embargo, ha habido una dramática caída en el gasto en educación[302] y en asuntos económicos. Esta partida de gastos incluye actividades relacionadas con la intervención pública en los diversos sectores de la actividad

[302] Con una mayor disminución en la educación superior (- 2,9%).

económica, como, por ejemplo, la agricultura, la energía, la industria, el transporte, las telecomunicaciones, el turismo, la investigación aplicada. En particular, en los últimos veinte años, se incurrió en menores gastos para las políticas agrícolas; también se redujo el gasto para la construcción de viviendas[303], de manera que sea necesario durante la actual crisis financiera, la adopción de la emergencia legislativa, aunque insuficientemente financiada, para la reducción de la falta de vivienda para personas y familias en situación de desventaja mediante el aumento de la oferta de vivienda social en contrato de arrendamiento, la provisión de fondos públicos para el beneficio de arrendatarios en mora, la prestación de las deducciones fiscales para los conductores de vivienda social[304].
Más recientemente[305], las principales reducciones afectaron los compromisos de gasto "Regulación del mercado", "Energía y diversificación de las fuentes de energía" y "Turismo".
Es de destacar, entonces, que a pesar de que los gastos por servicios generales parecen aumentar, en línea con la media europea[306], en realidad el aumento se relaciona con los gastos del aparato administrativo vinculado al funcionamiento de los órganos de gobierno y legislación, donde se observa una reducción neta de los gastos por servicios generales y servicios públicos (ver Tabla 3).

[303] En el período 1990-2010 se redujo incluso 17,6 puntos porcentuales.
[304] En este sentido, lo ha ordenado el Decreto Ley de 28 de marzo de 2014, No. 47 (conv. Ley No. 73/2014), cuyo cobertura financiera, se establece, en promedio, en poco más de €100 millones por año para el período 2014-2020 (art. 14).
[305] 2008-2011, ver Ministerio de Economía y Finanzas, *Rapporto sulla spesa delle Amministrazioni Centrali dello Stato*, 36.
[306] Estos gastos públicos representan el 8,0% del total del gasto primario de la Unión Europea de los 27 Estados miembros (2011 y 2012), ver Ministerio de Economía y Finanzas, *La spesa pubblica in Europa: anni 2000-2013*, cit., 24.

Funciones de gasto	Designación de los grupos de segundo nivel	Comp. % 1990	Comp. % 2010	Diferencias Comp 1990-2010
Servicios generales	Órganos ejecutivos y legislativos, activos financieros y los impuestos, y relaciones exteriores	51,3	60,3	8,9
	La ayuda económica internacional	3,7	2,3	-1,4
	Servicios generales	30,9	21,4	-9,6
	La investigación básica	4,1	7,1	3,0
	La investigación y el desarrollo de los servicios públicos generales	0,1	0,4	0,3
	Los servicios públicos generales no clasificados en otra parte	6,6	5,0	-1,6
	Las transacciones relacionadas con la deuda	3,2	3,6	0,4
	Las transferencias a carácter general entre diferentes niveles de gobierno	0,0	0,0	0,0

Tabla 3: Gasto primario de las administraciones públicas italianas y por Funciones de gasto y grupos. Años 1990-2010. Composiciones porcentuales y diferencias. Fuente: Ministerio de Economía y Finanzas, *Informe sobre el gasto del Gobierno Central del Estado*2012, elaboraciones de Contabilidad según datos Istat.

En este sentido, vale la pena entonces investigar los costos de producción de los servicios públicos, para evaluar si hay margen de mejora.

Debemos concluir que la parte de la actividad de la administración pública dedicada a la producción de servicios públicos, como la salud y la educación, bien puede ser objeto de un *spending review* funcional, destinado a aumentar la eficiencia del gasto público afrontado (ver *supra* § 1).
Hay que recordar, además, que tal requisito no parece detectable en el ámbito del apoyo público a favor de determinados servicios de importancia económica (en el ámbito de los llamados asuntos económicos), ya que una parte importante del gasto total para estas funciones, se refiere a "transferencias

corrientes y de capital a empresas e inversiones, para lo cual los costos de producción resultan en general limitados en comparación con el total de los gastos"[307]. Además, se intentará evaluar la eficiencia de los costos incurridos por las empresas prestatarias de fondos (v. *infra* § 3.2.).

Por otra parte, se plantea la cuestión de si los datos objetivos presentados permiten excluir el sector de los servicios públicos –que ya ha sufrido, con el tiempo, una disminución significativa en los recursos asignados– de los efectos negativos de un *spending review* estratégico.

La respuesta a la cuestión planteada radica en la esencia misma de la revisión de gastos; de hecho, con el objetivo de evaluar la eficacia de la acción administrativa, presupone controlar la proporcionalidad de la calidad de los servicios públicos con respecto a los recursos utilizados.

Sin embargo, si esto seguramente diera lugar, como veremos (*infra* § 3), a una distribución diferente de los recursos asignados a los distintos programas, no puede justificar en cambio una desviación de recursos a programas de gastos progresivamente ya empobrecidos. Por otra parte, tal ocurrencia, además de ser ajena a la *revisión de gastos* estratégica como, con la ley actualmente en vigor, se rige en nuestro sistema, podría poner en peligro la calidad de los servicios, sin devatir que ella dependa, al menos en parte, de la aportación de capital humano cualificado y motivado también desde un punto de vista económico.

En vez de, debemos recordar que la Ley No. 196 de 2009 ha proporcionado un mandato al Gobierno (por otro lado, extendido en varias ocasiones[308]) para la realización de la revisión de la estructura del presupuesto de acuerdo con algunos criterios que prevén, entre otras cosas, el delicado proceso de las

[307] Ministerio de Economía y Finanzas, *Rapporto sulla spesa delle Amministrazioni Centrali dello Stato*, cit., 241.

[308] En un primer momento, al 31 de diciembre de 2013, por la Ley núm. 213/2012, y como consecuencia, al 31 de diciembre de 2015, po el art. 1 de la Ley de 23 de junio de 2014, No. 89.

misiones, así como el número y estructura de los programas (artículo 40)[309].

Por lo tanto, según cómo decida el gobierno utilizar los poderes que le confirió el parlamento, posiblemente mediante la supresión de ciertas misiones y reduciéndolas a los programas, dependerá de la evolución de *spending review* del futuro, con una posible mayor restricción de la intervención estatal en la economía.

3. La revisión del gasto público en la legislación nacional

En una inspección más cercana, el modelo de revisión de gastos que se inició en Italia en las últimas décadas, tiene aspectos de analogía con la experiencia francesa contemporánea, que culminó en el presente con la *Révision Générale des Politiques Publiques* (*RGPP*), introducida en 2007.

De hecho (como se mencionó) ciertamente en los años 90 se trató de establecer en Italia un *performance review*, anclado a la modernización de la organización de la administración y a la introducción de controles de resultado, que fue acompañado por una acción más concreta para reformar los procedimientos de compra de la administración pública a través de la creación de centrales de compras únicas[310], facultadas para

[309] También de prevé la identificación de «acciones» como la articulación de los programas gasto y unidades elementales de los presupuesto.

[310] La central de compras es un órgano de contratación, a menudo con la forma jurídica de un organismo público bajo la forma de empresas públicas (por ejemplo spa CONSIP). La función principal de cada centro es comprar los suministros y servicios en nombre de las personas que deban cumplir, en sus compras, los procedimientos públicos (es decir, las entidades o poderes, definitiva según las directivas europeas sobre contratación pública). Además, cada panel puede adjudicar contratos públicos o de los acuerdos marco de las obras, los suministros o los servicios para dichas personas (art. 3, párrafo 34, del Decreto Legislativo No. 163/2006, el Código de Contratación Pública). En la literatura, ver R. TOMEI, V. D. SCIANCALEPORE, *Centrali di committenza (diritto amministrativo)*, 2008 actualización, en *Digesto pubbl.*, Torino, Utet, vol. I, 177; F. DI LASCIO, *Le centrali di committenza regionali*,

satisfacer pedidos agregados de compra de una pluralidad de administraciones, con el principal objetivo de estandarizar los precios de compra en todo el país. Desafortunadamente los resultados deseados demostraron ser a menudo descuidados, en parte debido al difícil equilibrio entre la necesidad de la normalización nacional y el sistema de autonomía, tanto que al fortalecerse este último debido a la reforma de la Sección V de la Constitución (2001), se ha producido un debilitamiento del sistema centralizado mediante resoluciones declaratorias de inconstitucionalidad emitidas por el Tribunal Supremo.

A continuación, en 2006 el gobierno de Prodi introducía novedades a través de la Ley de Finanzas para 2007[311], que trató de "revisar" los gastos efectuados por el Gobierno central, mediante la introducción de un *spending review estratégica*, para unirse al bien conocida *spending review* funcional (es decir, de carácter tradicional) obtenido mediante el fortalecimiento de los procesos de medición de las actividades públicas (incluyendo la evaluación de la eficacia con respecto a los objetivos previstos y el uso eficiente de los recursos humanos y materiales), y el empoderamiento de las administraciones competentes.

Para lograr este doble sentido de *spending review*, se promovía "la realización de un programa extraordinario de análisis y evaluación del gasto de las administraciones centrales", mediante el establecimiento en el Ministerio de economía y finanzas, de la Comisión técnica de finanzas públicas, que para el año 2007 deberá identificar "los puntos críticos, las opciones de reasignación de recursos, las estrategias

en *http://www.astrid-online.it/rassegna/28-04-2010/Di-Lascio_contributo-Gruppo-ASTRID_19_04_10.pdf*; ID., *La centralizzazione degli appalti, la spending review e l'autonomia organizzativa locale*, en *Giorn. dir. amm.*, 2014, 205.

[311] Art. 1, párrafos 474 a 481, la Ley núm. 296/2006.

posibles para la mejora de resultados alcanzables con los recursos asignados en términos de calidad y eficiencia"[312].

La innovación de la operación de revisión de gastos consiste entonces en anclarla a la ley de presupuesto y a la necesidad de reclasificar el mismo gasto, con el fin de mejorar "la elección de asignación".

Sin embargo, como señaló el mismo Fondo Monetario Internacional, en el ejercicio de su función de supervisión bilateral[313], la deseada revisión de los programas de gasto no habría podido conducir a los beneficios previstos en ausencia de reformas anteriores de la modalidad de redacción y procesos de aprobación de la ley de presupuesto.

En primer lugar, como ya se ha dicho (v. *supra* § 1 y Tabla 1), el presupuesto se basa en partidas de las cuales no era posible deducir los objetivos políticos, faltando de este modo un parámetro de evaluación. La Oficina General de Contabilidad del estado intentó remediar esta situación, que enseguida reclasificó el presupuesto en misiones y programas[314].

En segundo lugar, más del 90 por ciento del gasto estaba predeterminado por la ley, lo que resultó en la imposibilidad de prever una revisión periódica puramente administrativa.

Por último, la complejidad de los contenidos y la práctica consolidada de saturar la aprobación parlamentaria de la ley de presupuesto con una enorme cantidad de enmiendas de detalles, de hecho, impedía un control significativo del Parlamento (y por tanto del legislativo) sobre las decisiones políticas del gobierno que subyacen a las decisiones presupuestarias. Por tanto, cualquier estrategia de control podría ocurrir en ese lugar.

[312] La Comisión elaboró un *Libro verde sulla spesa pubblica*, cit., documento con intención puramente cognitiva.

[313] Fondo Monetario Internacional, Informe final, *Italy: Budget System Reforms*, 15 de junio de 2007.

[314] Ver la Circular del Departamento de la Oficina General de Contabilidad el 5 de junio de 2007, No. 21. A continuación, se fusionaron en gran parte en la redacción de la Ley No. 196/2009.

La sucesiva ley de presupuesto para el año 2008 disponía la estabilización del programa especial de análisis y evaluación del gasto, que todos los años el Ministerio de Economía habría "podido" continuar y actualizar, presentando informes en un anexo al documento de Planificación Económica y Financiera[315].

Inmediatamente después de la caída del gobierno Prodi, sin embargo, el comité técnico para el gasto público fue suprimido, y de hecho, el programa de revisión quedó sin realizar.

Por último, la citada ley de contabilidad y finanzas públicas de 2009 parece haber innovado significativamente la materia, institucionalizando el análisis y evaluación de los gastos. Se trata de la verificación de la actuación en relación con los objetivos del programa, así como el seguimiento de la eficacia de las medidas diseñadas para alcanzarlos y de las medidas implementadas para aumentar la eficiencia de la administración. Este control, remitido a especiales Núcleos de Análisis y Evaluación del Gasto (NAVS), recientemente establecidos por el gobierno central[316], tiene en primer lugar, el fin de proponer "la reestructuración de los recursos financieros entre los distintos programas de gasto"[317], que se incluirán en el proyecto de ley de presupuesto[318].

[315] Art. 3, párrafo 67, la Ley de 24 de diciembre de 2007, No. 244.

[316] Los NAVS se establecida a finales del primer semestre de 2011. Fuente: Ministerio de Economía y Finanzas.

[317] La remodelación se realiza en el concepto de indemnización dentro de un programa o entre programas de la misión; en todo caso, queda excluida la utilización de los créditos para el capital, para financiar el gasto corriente.

[318] Los núcleos mismos determinan en particular el rimodulabilità de los recursos presupuestados, la articulación de los programas que integran las misiones, y finalmente, la coherencia de las normas de ordenanza de los gastos en relación con el contenido de los propios programas, ser capaz de lleva el Parlamento aprueba una legislación específica para consolidar y racionalizar las leyes de financiación para que sea más sencillo y transparente con su programa.

Una reasignación similar de recursos se debe cumplir respetando los saldos de las finanzas públicas[319], modificando las leyes de gasto anteriores[320].

En todo caso, la actividad de revisión de los programas y la legislación de los gastos no pueden otorgar la calificación de gastos reconfigurables, es decir susceptibles de ser reducidos en el ámbito administrativo, a los gastos considerados en la actualidad no reconfigurables, dado que están relacionados a derechos subjetivos (art. 25, párrafo 3, del Decreto Legislativo 30 de junio de 2011, no. 123[321]).

[319] El equilibrio de los presupuestos del Estado lleva a diferencias. En virtud de la Ley No. 196/2009, están representados por el ahorro público el saldo neto a financiar, la deuda neta y el uso del mercado. El ahorro público es el saldo de la cuenta corriente de la balanza, la diferencia entre los ingresos corrientes (tributarios y extratributarios) y los gastos corrientes; es el criterio por el que experimenta el cumplimiento de la obligación de la cobertura de la Ley de Estabilidad. La necesidad de financiación es la diferencia entre los ingresos y los gastos de fin último, por lo que comprende tanto al capital, y a ambos elementos financieros. La deuda es el saldo de la cuenta de pérdidas y ganancias del gobierno, es decir, la diferencia entre el ingreso final y el final de gastos, el neto de las transacciones financieras; mide, entonces, la diferencia entre los ingresos y los gastos en función de los tiempos económicos en los que se lleva a cada transacción (y no en el momento en que hace la regulación financiera), que corresponde esencialmente a la necesidad de financiación, con exclusión de artículos financieros tanto de entrada y salida. La deuda neta, en esencia, mide el exceso de gastos en relación con los recursos disponibles para el público, que se financiará a través de la venta de activos o incremento de los pasivos. El uso del mercado es la suma de las necesidades de financiación y el pago de los préstamos y, por lo tanto, expresa la cantidad máxima de la deuda por pagar en relación con el ejercicio. Fuente: Ministerio de Economía y Finanzas, la Oficina General de Contabilidad.

[320] La legislación de autorización para la cual es necesario modificar y el importe correspondiente debe figurar en un anexo separado con el proyecto de previsiones de gastos, de conformidad con el art. 23, párrafo 3, ley No. 196/2009.

[321] Ver también el fortalecimiento de los gastos de análisis y evaluación llevado a cabo en los artículos 25-30 del mismo Decreto Legislativo No. 123/2011, citado.

Los núcleos de análisis y evaluación de los gastos no se limitan, por tanto, a una *performance review*, verificando los resultados obtenidos en relación con los objetivos del programa, más bien realizan una *spending review* estratégica que influye en las decisiones presupuestarias.

Para que esto ocurra de modo racional y consciente, las evaluaciones de los núcleos deberían conducir a la elaboración del Informe sobre los resultados[322], que se incluirá en las notas que forman parte de la Rendición de cuentas del Estado, que contiene el análisis y la evaluación del grado de consecución de los objetivos que los gobiernos han tratado de lograr en términos de nivel de servicios e intervenciones, de acuerdo con las notas del presupuesto.

Sin embargo, para permitir la evaluación de los resultados, las administraciones deben establecer indicadores para medir los resultados que se esperan de los programas del presupuesto, de acuerdo con las directrices elaboradas recientemente por el Gobierno[323].

[322] Útil con el fin de mejorar la disponibilidad de información cuantitativa sobre los objetivos y los resultados logrados con el gasto es también el establecimiento de bases de datos apropiadas, de los que los poderes públicos están obligados a reunir información. La implementación de sistemas de información se asegura, de hecho, el seguimiento de lo que se ha dado cuenta físicamente con el costo, el cual mide el número y características de los beneficiarios de los servicios prestados, así como la calidad de estos, y los resultados obtenidos a partir de las medidas, incluso las intervenciones y los servicios que se llevan a cabo por el gobierno y las empresas no estatales de propiedad. En este sentido de incluye el artículo 39, párrafo 4, de la Ley No. 196/2009 y en el artículo 27 de la Ley No. 123/2011.

[323] Cfr. Decreto del Presidente del Consejo de Ministros el 18 de septiembre de 2012, emitido de conformidad con el artículo 23 del Decreto Legislativo 31 de mayo de 2011, No. 91, en la adaptación y armonización de los sistemas de contabilidad. La legislatura también ha exigido al gobierno presentar con el presupuesto y el presupuesto final, un documento titulado "Plan de indicadores y los resultados esperados del presupuesto 'con el fin de explicar los objetivos del gasto, medir los resultados y el monitor el rendimiento real en términos de los servicios prestados y las intervenciones (artículo 19, párrafo 1, del Decreto Legislativo No. 91/2011 y en los artículos 18 bis y 41

En efecto, ya la mencionada Ley No. 94/97 introdujo el concepto de indicadores de eficiencia y eficacia que se aplicarán a los objetivos establecidos en las notas aclaratorias, por los cuales se pueden medir los resultados o el rendimiento. Sin embargo, la identificación de los indicadores, encomendada a los organismos independientes de evaluación del rendimiento (OIV), que, de conformidad con el Art. 8 del Decreto Legislativo Nº 286/99 y Art. 14 del Decreto Legislativo No. 150/2009, apoyan a los centros de responsabilidad administrativa en la elección de los indicadores más apropiados, ha demostrado ser de gran complejidad. En general, la elección de los indicadores de eficacia es más difícil que la de los indicadores de desempeño, y esto es debido a que es mucho más compleja la medición de los resultados, es decir, de los impactos de un programa sobre la sociedad y la economía, que dependen de muchas variables, algunas de las cuales no se pueden atribuir a la acción de la Administración responsable de la aplicación del programa.

La pregunta es entonces si a la nueva normativa se asocia una superación del *impasse*.

La misma Ley No. 196/2009 obliga al Ministerio de Economía a elaborar, cada tres años, un informe que se enviará al Parlamento y a las secciones conjuntas del Tribunal de Cuentas[324]sobre el gasto de los departamentos gubernamentales que esboce la composición y evolución de la los gastos, los resultados obtenidos con las medidas adoptadas para su control y las relacionadas con la mejora de la eficiencia de las mismas administraciones[325].

Además, en el informe, se proponen para los principales sectores y programas de gasto, indicadores de desempeño – es decir, de ejecución física – que se deben utilizar para evaluar el logro de los objetivos de cada administración y mejorar la calidad de los

del Decreto Legislativo 23 de junio de 2011, No. 118 ").

[324] La innovación introducida por el artículo 25 de la ley No. 123/2011, antes citada.

[325] El primer informe fue preparado en 2012.

servicios públicos, a los que se suman los indicadores de contexto, orientados a la identificación de los casos sobre los cuales las políticas del programa de gasto pretenden influir.

Respecto a los efectos del marco jurídico de los gastos, el intento de identificar los indicadores parece tener la ventaja de permitir una cuantificación de las necesidades de financiación asignada a cada programa.

En última instancia, dicho Informe proporciona la base analítica para la programación cada tres años de las iniciativas y recursos en objetivos verificables, también basados en el control de gestión de los resultados.

Por consiguiente, concluimos que la función de *spending review* en el sentido propio no es en absoluto la de reducir el gasto que subyace a las principales funciones y objetivos que se persiguen, más bien la de aumentar la calidad de los servicios prestados a través de una mejor determinación de las actividades financiadas por los programas de gasto y una cuantificación más precisa de las necesidades de recursos que se les asigna.

Así pues, ¿las leyes aprobadas por el Parlamento en el nombre de la *spending review* cumplen con esta reconstrucción legal? Obviamente vale la pena comprobarlo (*infra* § 3.1.).

3.1. Las leyes de revisión de gastos

Inmediatamente después de adjudicar a las instituciones europeas mayores poderes de injerencia sobre las políticas económicas de los Estados miembros, con el fin de garantizar la llamada *Gobernanza económica europea*, que se remonta a 2011[326], la legislación especial italiana ha sido enriquecida por muchos decretos ley cuyo objetivo es la revisión de los gastos.

[326] «El Tratado de Lisboa no trajo los efectos esperados de una mejor gobernanza en la Unión Europea. La UE no ha resuelto la vieja cuestión de la gobernanza de la economía (y moneda) [..]. A raíz de la crisis, incluso antes de la hora financiera y económica, hemos negociado un nuevo acuerdo fuera del marco de los tratados existentes», Camera dei deputati, Servizio studi Dipartimento Affari Esteri, *Rapporto collettivo 2012: un'analisi dei rischi*

La titulación de tales medidas reguladoras parece tan significativa como para justificar su listado. Se trata del Decreto del 6 de diciembre de 2011, No. 201[327], *Medidas urgentes para el crecimiento, la equidad y la consolidación de las finanzas públicas*, denominado Salva Italia; Decreto Ley del 7 de mayo de 2012, No. 52[328], *que contiene medidas urgentes para la racionalización del gasto público*; Decreto Ley del 6 de julio de 2012, No. 95[329] *que dispone medidas urgentes para la revisión del gasto público sin variación de los servicios a los ciudadanos*; algunas normas incluidas en la Ley de Estabilidad de diciembre de 2012; decreto Ley de 21 de junio de 2013, No. 69[330], *Medidas urgentes para la recuperación económica*, denominado Decreto del Fare, cuyo artículo 49 *bis* está dedicado, como indica el título, a *Medidas para fortalecer la* spending review; Decreto Ley 24 abril de 2014, no. 66[331] *Medidas urgentes para la competitividad y la justicia*

strategici, 2012, 63. En noviembre de 2011, el Consejo de la Unión Europea aprobó un paquete legislativo llamado *Six pack* (llamado así porque se compone de seis proyectos de ley que consiste en una Directiva y otros cinco reglamentos), que buscaban fortalecer el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, incluso mediante la creación de un gobierno económico europeo, que tiene como objetivo coordinar las políticas económicas de los distintos países. Tal gobierno se lleva a cabo a través de una evaluación conjunta entre las medidas presupuestarias europeas y nacionales y las medidas estructurales propuestas por los Estados miembros. De esta manera, las instituciones de la UE que participan en el seguimiento y la corrección del efecto preventivo de las decisiones nacionales en las reformas financieras y estructurales –como las pensiones y mercado de trabajo– pueden afectar las finanzas públicas. Por algunas ideas iniciales sobre el tema, por favor refiérase a M.P. CHITI, *La crisi del debito sovrano e le sue influenze per la* governance *europea, i rapporti tra Stati membri, le pubbliche amministrazioni*, en *Riv. it. dir. pubbl. com.*, vol. 1, 2013, 1 ss.; R. PEREZ, *Cessioni di sovranità e poteri di bilancio*, en AA. VV., *Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità*, Milano, Giuffrè, 2013, 349 ss.

[327] Convertida en la Ley de 22 de diciembre de 2011, No. 214.

[328] Convertida en la Ley 6 de julio de 2012, No. 94.

[329] Convertida en la Ley 7 de julio de 2012, No. 135.

[330] Convertida en la Ley 9 de agosto de 2013, No. 98.

[331] Convertida en la Ley de 23 de junio de 2014, No. 89.

ESCUELA LIBRE DE DERECHO
BIBLIOTECA

social, cuyo Sección II sobre *Ahorro y eficiencia del gasto público*, se articula en el Capítulo I, *Racionalización del gasto público para bienes y servicios* y en el Capítulo II, titulado *Administración sobria*.

La legislación que acabamos de mencionar no parece esbozar una reclasificación de los gastos, en parte porque una gran parte de ellos se remonta a la época en la que ni siquiera se regulaban criterios y metodologías para la construcción de un sistema de indicadores para medir los resultados que se esperaban de los programas del presupuesto. Las tan altisonantes leyes de revisión de gastos, por tanto, se limitan, por un lado, a contener el gasto para el funcionamiento de entes y organismos públicos, por otro lado, a reducir las ineficiencias de la intervención pública a través de medidas de reorganización de los servicios públicos (como la educación, la salud, la justicia, el transporte público, etc.) o mediante la introducción de innovaciones tecnológicas (considerar la informatización de los procedimientos) que conduzcan a una racionalización de los gastos, o mediante la mejora de la explotación de los inmuebles públicos.

También se respalda el intento, que sin embargo quedó sin terminar, para garantizar el sistema de pensiones, conformándolo, en la intención, según "la equidad y convergencia intrageneracional e intergeneracional, con la eliminación de los privilegios" y admitiendo "cláusulas de excepción sólo para los más vulnerables"[332]. En efecto, el legislador se ha impulsado desde entonces para suprimir las distorsiones generadas por el viejo sistema remunerativo ya mencionado (ver *supra* § 2), y terminando, una vez más, por revisar las normas aplicables a los trabajadores activos. Una intervención diferente en realidad se prestaría a afectar las posiciones ya consolidadas o los derechos adquiridos de los trabajadores, que sin embargo, por una serie de razones que no pueden ser detalladas aquí, se cree que haya buenos argumentos

[332] Artículo 24, Decreto Ley No. 201/2011, cit., la denominada Save Italia.

jurídicos, basados en el principio constitucional de la sostenibilidad de la deuda pública (Art. 97 de la Constitución), que aseguran la superación de estas críticas.

Algunos de las normas contempladas[333] redefinen los límites de la intervención pública, tratando de propugnar una enésima "reorganización", ya sea de las intervenciones públicas directas, las que se concretan en la producción de servicios públicos, como las intervenciones públicas indirectas, que se reflejan en la financiación de actividades llevadas a cabo por otros entes u operadores privados.

Por último, los perfiles de las normas que son de mayor interés legal se deberán, probablemente, atribuir a la creación de órganos institucionales, gubernamentales, especialmente a cargo de la revisión de gastos, tales como el Comisionado Especial y el Comité Interministerial para la *spending review*. De hecho, éste último se estableció inicialmente por una directiva del Presidente del Consejo de Ministros[334], cuyo contenido se fusionó en la citada ley[335].

El Delegado del Gobierno puede ser nombrado[336], con duración de tres años, por el gobierno, con el fin de garantizar mejor la racionalización del gasto. Originalmente, además de poder disponer de dos subcomisionados[337], se le conferían potestades administrativas en materia de compras de bienes y servicios (no de trabajos) pudiendo definir el nivel de gasto por partidas de gastos, tanto de facultades de supervisión, al ser llamados a supervisar las actividades de adquisición antes mencionadas. Se le concedían, además, poderes no

[333] Emblemático de esta son muchas disposiciones del Decreto Ley No. 95/2012.

[334] El 03 de mayo de 2012.

[335] Y, en particular, por primera vez en el artículo 1 del Decreto Ley No. 52/2012, derogado y luego reiteró en el artículo 49 bis del Decreto Ley No. 69/2013.

[336] Véase el artículo 2 del Decreto Ley No. 52/2012 y el artículo 49 bis, párrafo 2, del Decreto Ley No. 69/2013.

[337] Artículo 3, párrafo 1, letra c) del Decreto Ley No. 52/2012, luego derogado por el artículo 49 *bis* mencionado en repetidas ocasiones.

especificados para intervenir en las actividades de revisión de gastos de las administraciones públicas.

Dichos poderes podían ejercerse incluso con las empresas controladas por administraciones públicas y las corporaciones con total participación pública indirecta, siempre que no coticen en la bolsa y no ofrezcan servicio público; en cambio se excluían las regiones[338], en virtud de su autonomía de gastos, garantizada por la Constitución[339].

En el sistema italiano, de hecho, las normas específicas de contención de gastos no se pueden aplicar directamente a las regiones, provincias autónomas y entes del servicio de Salud Nacional, para los cuales constituyen disposiciones de principio con el fin de garantizar la coordinación de las finanzas públicas estatales y a nivel regional[340]. No hace falta decir, sin embargo, como ha afirmado expresamente el Tribunal Constitucional, que la aplicación directa se deba excluir en relación con las autoridades locales y otros entes y organismos que responden a las leyes y autoridades regionales. Por lo tanto, puede ser considerada una expresión de un principio fundamental, de las finanzas públicas, que los límites de gasto puedan considerarse respetuosos de la autonomía constitucional de las regiones y de los entes locales, sólo cuando establecen un "límite global, que deja a las propias instituciones una gran libertad para asignar los

[338] A menos que el comisionado para los gobiernos regionales lleve a elaborar y poner en práctica el plan para reducir el déficit de la asistencia sanitaria.

[339] El Artículo 2, párrafo 4, del Decreto Ley No. 52/2012, permitió que el Comisario, «dentro del respeto de los principios de subsidiariedad, diferenciación, y la adecuación de la cooperación sincera», hicieron propuestas para reducir el nivel de gasto para el Presidente de la región en cuestión, y proporcionará elementos de desición al Ministerio de Economía y finanzas.

[340] Corté Constitucional 4 de junio de 2012, 139, pt. 6.2.; Id., 10 de junio de 2011, No. 182; Id. 18 de julio de 2008, No. 289; interpretación también confirmada por el Tribunal de Cuentas, a las secciones juntos por la región de Sicilia, en un aviso, 04 de marzo 2013.

recursos entre diferentes áreas y objetivos de gasto"[341] sin "imponer a las regiones la observancia puntual e incondicional de los preceptos que la conforman"[342].

El Decreto del Fare, sin embargo, modificó los poderes del Comisionado al asignarle exclusivamente la tarea de proporcionar orientación y sugerencias, incluso de carácter normativo en materia de *spending review* a la vez funcional y estratégica; de este modo el legislador es responsable de asegurar la coordinación de las finanzas públicas, de acuerdo con los principios constitucionales discutidos. Las propuestas y orientación del Comisionado pueden, de hecho, cubrir todas las administraciones públicas en cualquier nivel de gobierno al que pertenezcan, así como las empresas que no cotizan controladas directa o indirectamente por administraciones públicas, a pesar de ser operadores de servicios públicos.

La Comisión lleva a cabo actividades de orientación y coordinación para la auditoría de los programas de gasto, también sobre la base del programa de trabajo presentado por el Comisionado Especial[343], aprobado por el Comité y remitido a las Cámaras.

Por último, el legislador ha otorgado al Comisionado la facultad más generalizada para desarrollar, incluso a los efectos del desarrollo industrial, un programa de racionalización de las empresas especiales, las instituciones y las empresas controladas directa o indirectamente por los gobiernos locales, solicitándole que identifique medidas específicas para la liquidación o transformación, para hacer más eficiente su gestión, así como para ceder unidades de negocios o incluso personal. De gran importancia es que las decisiones del Comisionado deben, según

[341] Corte Constitucional, 10 de junio de 2011, No. 182, cit.; Id., 14 de noviembre de 2005, No. 417, así como los juicios No. 297/2009, No. 289/2008 y No. 169/2007.

[342] Ver Corte Constitucional No. 182 de 2011, antes citada.

[343] De acuerdo con el art. 49 *bis*, párrafo 6, del Decreto Ley No. 69/2013, el programa del Comisionado deberá especificar los objetivos y las metodologías de la auditoría del gasto público.

la ley, ser insertadas en el proyecto de Ley de Estabilidad para 2015 y de este modo puestas en operación y ser vinculantes para los entes locales[344].

Más allá de las cuestiones de la constitucionalidad de tales disposiciones, de diseño único para asegurar la reducción de costes en detrimento de la autonomía de las administraciones locales, hace reflexionar la injerencia concedida a un órgano técnico con respecto al proceso legislativo.

En otras palabras, es bastante original para una democracia parlamentaria que a un comisionado especial se le otorguen poderes pseudo-legislativos en lugar de administrativos.

Vale la pena, entonces, preguntarse si para poner en práctica los procesos de revisión de gastos es de hecho necesario establecer organizaciones administrativas de nivel gubernamental, como la que se constituyó recientemente en Italia, o si es preferible una mayor participación del Parlamento, teniendo en cuenta la incidencia de este método de reducción de la deuda sobre la eficacia de la protección de los derechos sociales, garantizados por la Constitución.

La experiencia internacional en el campo aparentemente argumenta en este sentido, centralizando los poderes de impulso en la revisión del gasto en los órganos gubernamentales en lugar de los órganos parlamentarios. En Australia, cada *review* es administrada por el Ministerio de Finanzas, a la cual se agregan *programme evaluations* conducidas por cada agencia gubernamental[345]; en Canadá, la revisión será presentada a los Ministros, Viceministros y comités ministeriales[346]; en Japón se ha puesto en marcha una unidad gubernamental especial

[344] Ver art. 23 Decreto Ley 24 abril de 2014, No. 66.

[345] Servizio del bilancio del Senato, *La spending review nell'esperienza internazionale: una breve analisi*, cit., 5.

[346] *En esto*, 7-8.

incluida en el gobierno[347]; al Gobierno británico, por último, corresponde la Revisión Global de Gastos[348].

En algunos casos, como en Japón, el proceso de revisión es también abierto a la participación de los ciudadanos; si bien hay sin duda una suerte de intercambio, la misma no dará lugar a ese tipo de decisión compartida que sólo los órganos de representación pueden proporcionar.

En todos los casos mencionados, sin embargo, siempre se prevé la ayuda de un grupo de técnicos, los cuales siguen siendo subsidiarios del ejecutivo.

En el caso italiano, en cambio, la impresión es que, en el marco legislativo descrito, el órgano técnico sustituye al ejecutivo. Y esto no puede evitar las críticas. De hecho, en el mejor de los casos, existe el riesgo de que el gobierno tome distancia de las acciones del Comisionado, y en el peor, que se presencie un vaciado de las garantías ofrecidas por la dialéctica parlamentaria.

3.2. Costos y necesidades estándar versus gasto histórico

En primer lugar fue la ley delegada de Calderoli sobre federalismo fiscal[349], la que definió los costos y necesidades estándar como los indicadores que, combinando eficiencia y eficacia, permiten comparar y evaluar la acción pública (art. 2, párrafo 2, letra f)[350].

La legislación más reciente confirma la identificación de los costos y las necesidades financieras estándar, subyacentes a los programas individuales de gastos, como el medio para

[347] *En esto*, 10.

[348] *En esto*, 12-13.

[349] Ley de 05 de mayo de 2009, no. 42.

[350] Arreglo implementado por el Decreto Legislativo 26 de noviembre de 2010, No. 216, *Disposizioni in materia di determinazione dei costi e dei fabbisogni standard di Comuni, Città metropolitane e Province.*

superar el criterio del gasto histórico y "iniciar un ciclo de *spending review*"[351].

Los costos y necesidades estándar, cuyo contenido es puramente económico, son términos utilizados por el legislador, porque funcionales para que sean lo más comparables posible, *rectius* análogos, los costos que el Estado debe afrontar para garantizar los servicios esenciales (como salud y educación) y para ejercitar las funciones básicas, tales como la defensa, la seguridad y el orden público.

En particular, estos incluyen los costos incurridos por el estado y las regiones para garantizar los niveles básicos de servicios relativos a los derechos civiles y sociales, contemplados en la letra m) del art. 117, c. 2, Const., además de las necesidades financieras necesarias para que los entes locales puedan garantizar el cumplimiento de las funciones básicas a que se hace referencia en la letra p) del citado artículo 117, y los niveles básicos de prestaciones que puedan estar involucrados.

La legislación mencionada tiene por objeto estandarizar estos costos y necesidades. Esto implica que los relativos procesos de determinación aseguran un creciente y continuo enfoque, es decir, la normalización a un determinado medio puramente económico, desde el principio diversificado para los distintos niveles de gobierno[352]. Con el tiempo, los costos

[351] Así que el artículo 1°, párrafo 4, del Decreto Ley 13 de agosto 2011, 138, conv. en la Ley núm. 148/2011 y el Artículo 9 Decreto Ley de 6 de julio 2011 No. 98, Conv. Ley No. 111/2011, según los cuales el gobierno central del Estado en el contexto de ofrecer acuerdos de tres años con el Ministerio de Economía y Finanzas reglas para lograr la superación de los gastos pasados y la convergencia gradual hacia los objetivos identificados a través de consultas con la Contabilidad en general, que se incluirán en la ley de estabilidad, o con la cuenta especial que se atribuye a la Ley de Presupuesto. Ver también el artículo 1°, párrafo 428, Ley 24 de diciembre 2012, núm. 228 (Ley de Estabilidad para 2013).

[352] Se subraya el hecho de que algún ejercicio de determinadas funciones, llevado a cabo de manera eficiente, tiene un costo más alto A. BRANCASI, *La perequazione dei bisogni tra determinazione del costo delle funzioni, da un*

incurridos por el Estado y las Regiones y las necesidades de los entes deben volverse lo más eficientes posible (y por lo tanto mínimos) en comparación con el logro del objetivo (eficacia) para cumplir con los niveles básicos de prestaciones[353]. La identificación de los puntos críticos en la producción y prestación de servicios públicos y en el desempeño de las funciones clave, también a través de la comparación sistemática de costos y resultados a nivel nacional, resulta muy difícil, debido a que los costos para el desempeño de las funciones o la prestación de servicios tienden a no ser los mismos, con la misma función o servicio, al variar los factores ambientales o territoriales de referencia; de ello surge la divergencia de las mismas necesidades financieras calibradas sobre estos costos.

De hecho, entran en juego componentes externos, tales como, por ejemplo, el número de usuarios[354] o la posible lejanía del territorio, capaz de afectar de manera diferente en los costos y por lo tanto en las necesidades.

El decreto de aplicación sobre los costos y las necesidades de los entes locales (Decreto Legislativo No.

lato, e risorse aggiuntive ed interventi speciali, dall'altro, en*Giur. cost.*, 2006, 6, 4571.

[353] Cfr. artículo 2°, párrafo 2, letra f), Ley No. 42/2009, así como el procedimiento en el artículo 5° del Decreto Legislativo 26 de noviembre de 2010, No. 216 (el tercer decreto de aplicación de la ley habilitante Calderoli), para la determinación de los requisitos de la norma de municipios, ciudades metropolitanas y provincias; véase también el procedimiento para la determinación de los costos y las necesidades de salud de las regiones y provincias autónomas; normas señaladas por el artículo 27 del Decreto Legislativo 06 de mayo de 2011, No. 68 (quinto decreto attuativo *in materia di autonomia di entrata delle regioni a statuto ordinario e delle province nonché dideterminazione dei costi e dei fabbisogni standard nel settore sanitario*).

[354] Cabe señalar, a este respecto, que en Italia, el número total de municipios es de aproximadamente 8100, de los cuales 1,931 son municipios con poblaciones de menos de 1.000 habitantes; 4540 de 3.000 habitantes; 5702 aquellos por debajo de 5000; 6896 por debajo de 10.000. Fuente: Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento per le Politiche comunitarie, el 7 de octubre, de 2010.

216/2010, cit.) sugiere resolver el problema, teniendo en cuenta lo más posible estos parámetros de divergencia en la fase inicial. De hecho, al encomendar a la Empresa de estudios de campo (Sose s.p.a.) las funciones técnicas relevantes para la determinación de las necesidades estándar, incluyendo la preparación de métodos adecuados de cálculo, se le solicita la adopción de técnicas estadísticas que destaquen las características individuales de cada ente, teniendo en cuenta, entre otras cosas, la productividad y la diversidad de los gastos en relación con el tamaño de la población y las características territoriales[355].

El temor es que en la aplicación de la autonomía de los entes haya un movimiento desde los recursos, más que desde los niveles básicos de prestaciones, ya que se espera que se haya dado este último como supuesto, en la conciencia de su falta en la práctica.

Esto podría llevar a determinar solo posteriormente los niveles en comparación con los costos/necesidades estándar pre-establecidos, pero sobretodo, identificándose costos y necesidades, independientemente de las diferencias iniciales de los objetivos de servicio, se contribuirá a crear un sistema escalonado en el que la codiciada convergencia de costos y necesidades, incluso en caso de alcanzarse, encarnará el defecto básico de ser parametrizada para objetivos de servicio desiguales, a menudo inadecuados para cumplir con el nivel esencial de prestaciones denegado.

Todo esto es teóricamente capaz de generar una convergencia desequilibrada sobre los costos que se uniforman progresivamente también gracias al ajuste divergente de los objetivos de servicio en los diferentes niveles.

[355] Con referencia, en particular, al nivel de la infraestructura territorial, la presencia de zonas de montaña, y más a la situación demográfica, social y de producción de las diversas entidades antes mencionadas (artículo 5, párrafo 1, letra a, el Decreto Legislativo No. 216/2010).

4. Hayek contra Keynes y la crisis del *Bienestar social* público

En una inspección más cercana, el verdadero riesgo que subyace a la aplicación de las políticas de la *spending review* es que las mismas ocultan intentos para facilitar la retirada de los poderes públicos en favor de las fuerzas del libre mercado (*animal spirits*), ciertamente sin la capacidad de garantizar la igualdad.

El marco legislativo de la *spending review*, en Italia, en teoría, permite la estructuración de nuevos procedimientos administrativos para mejorar la calidad de los servicios, gracias al desarrollo de la valorización de la medición de los resultados producidos por la acción pública. Sin embargo, en la actualidad, este sistema apenas ha comenzado a ser operativo y, por tanto, no ha permitido una efectiva actividad de reconversión de los gastos.

Al mismo tiempo, fue inmediatamente posible implementar una *spending review* funcional que, a menudo, como hemos visto, se justificó en una simple reducción en la esfera pública.

Además, se dijo que, bajo la ley actual, la actividad de revisión de los programas y de la legislación de gastos llevada a cabo por los Núcleos de Análisis y Evaluación no puede impulsarse a reducir en el ámbito administrativo, gastos considerados en la actualidad no reconfigurables, ya que están relacionados a derechos subjetivos.

Pero, ¿qué pasará con el ejercicio de la delegación en blanco realizada desde el parlamento al gobierno? De hecho, el legislador que delega no ha previsto ninguna disposición para la protección de los derechos subjetivos en relación con las prestaciones; además, nada impide convertir algunas misiones en programas. ¿entonces será suficiente la disposición anterior para preservar los derechos?

Por último, hoy en día, la complejidad de los contenidos y métodos de aprobación parlamentaria de la ley de presupuesto, de hecho, evitan un control significativo del Parlamento sobre

las decisiones políticas del gobierno que se basan en las decisiones presupuestarias. Y la externalización de determinadas decisiones estratégicas a un comisionado especial, sin duda no mejora la marginalización de la asamblea legislativa.

Bibliografía

Balduzzi R., Luther J. (editado por), *Dal federalismo devolutivo alla* spending review. *Annuario Drasd*, 2012, Milano, Giuffrè, 2013.

De Ioanna P., *A nostre spese. Crescere di più tagliando meglio la* spending review *nell'Italia sprecona*, Castelvecchi, Roma, 2013.

Id., *Efficienza e controllo della spesa pubblica*, en *www.apertacontrada.it*, 16 de abril de 2013.

Fiorentino L., Mazzantini G., Zanarini L., *La* spending review *e il processo di decentramento stato-regioni*

Giarda P., *La revisione della spesa pubblica*, en *Giorn. dir. amm.*, 2013, 577.

Hinna L., Marcantoni M., Spending review. *È possibile tagliare la spesa pubblica italiana senza farsi male?*, Donzelli, Roma, 2012.

Marseguerra G., *Tra* austerity *e* spending review*: le sfide per un nuovo welfare sussidiario*, en *Non Profit*, 2013, vol. 2, 9;

Mosconi M., *Costi e fabbisogni standard nel quadro del c.d. «federalismo fiscale»*, en *Giurisdiz. amm.*, 2012, IV, 145;

Muraro G., *La revisione della spesa pubblica*, en *Quaderni regionali*, 2009, 83.

Perez R. (editado por), *Finanza privata e finanza pubblica. I mutui* subprime *e la* spending review, Maggioli, Santarcangelo di Romagna, 2008.

Zanardi A., Spending review *e fabbisogni standard: due vie per la razionalizzazione della spesa pubblica*, en *www.astrid-online.it/rassegna/24-10-2011/Zanardi_Anci_07_10_11.pdf*.

Derecho civil
Diritto civile

El Derecho Civil Mexicano en la actualidad como resultado de la crisis financiera

Il Diritto Civile Messicano attuale come risultato della crisi finanziaria

Edgar González Peredo
Escuela Libre de Derecho

"Demasiadas leyes, pocos ejemplos."

Sumario. 1. Introducción. (a) Panorama general del impacto de la crisis en México. (b) Impactos y efectos de la crisis en los distintos sectores. i. Mercados laborales. ii. Hogares. iii. Vivienda. iv. Conductas y Relaciones Sociales. v. Educación. vi. Salud. (c) Impacto de la crisis en el Derecho Civil. 2. Perspectiva histórica del Derecho Civil en México. (a) Códigos Civiles de 1870 y 1884. (b) Principales aportaciones del Código Civil de 1928 frente a los Códigos Civiles de 1870 y 1884. 3. Reformas a las instituciones del Derecho Civil a partir de la crisis financiera del 2008. (a) Reformas no tienen trascendencia como medida correctiva para enfrentar la crisis. (b) Reformas no congruentes con la crisis financiera. (c) Reformas congruentes con la crisis financiera. (d) Reformas o instituciones que se debieron haber reformado o previsto. 4. Decodificación. (a) A nivel del Distrito Federal. (b) A nivel Federal. 5. Situación en algunos Códigos Civiles de las Entidades de la República Mexicana. 6. Papel actual del abogado y del académico. 7. Actividad jurisdiccional. 8. Conclusiones.

Resumen: La crisis financiera iniciada en el año 2008 provocó el replanteamiento a nivel mundial de los aspectos que forman parte del ser humano, como el personal, familiar, patrimonial,

político y social, generando reacciones de fondo y forma en cada uno de los sectores para hacer frente a la crisis, resultando desde la perspectiva del Derecho en modificaciones y reformas a las legislaciones y al orden jurídico en lo general y particular. No obstante lo anterior y sumado el dinamismo tecnológico que estamos viviendo, el Derecho Civil en México se mantiene estático, sin modificaciones ni reformas trascendentes, por lo que resulta inminente su actualización para que continúe cumpliendo su finalidad frente a las circunstancias actuales.

Riassunto. La crisi economica iniziata nel 2008 ha provocato la riconsiderazione a livello mondiale degli aspetti che appartengono all'essere umano, come quello personale, familiare, patrimoniale, politico e sociale, generando reazioni di fondo e di forma in ognuno dei settori, per affrontare la crisi, dando vita, nella prospettiva del diritto, a modifiche e riforme delle legislazioni ed ordinamenti giuridici in campo sia generale che particolare. Tuttavia, anche aggiungendo il dinamismo tecnologico che stiamo vivendo, il Diritto Civile Messicano si mantiene statico, senza modifiche né riforme importanti; è perciò imminente la sua attualizzazione, affinché continui a realizzare i propri fini a fronte delle circostanze attuali.

Palabras clave. Crisis financiera y derecho, Derecho Civil en México, derecho civil en la actualidad, instituciones de derecho civil, códigos civiles, reformas en materia civil, reformas trascendentes, reformas necesarias, nuevas instituciones, personal, familiar, patrimonial, derechos reales, obligaciones, contratos, números apertus, inmobiliario, créditos hipotecarios, negociación, reestructuración, decodificación, unificación.

Parole chiave. Crisi finanziaria e diritto, Diritto Civile Messicano, Diritto Civile attuale, istituzioni di diritto civile, codici civili, riforme in materia civile, riforme importanti, riforme necessarie, nuove istituzioni, personale, familiare, patrimoniale, diritti reali, obbligazioni, contratti, numerus apertus, immobiliare, crediti ipotecari, negoziazione, ristrutturazione, decodificazione, unificazione.

1. Introducción.

(a) Panorama general del impacto de la crisis en México

Las ideas contenidas en estos párrafos tienen por finalidad contextualizar y servir de introducción a lo que se vivió en México, al igual que en los demás países, sin pretender agotar el contexto histórico o económico ampliamente tratado por círculos académicos, políticos y sociales, por lo que las siguientes líneas sólo pretenden ser un panorama general para encaminar el presente trabajo.

En el caso de México, su análisis es interesante desde la perspectiva del académico, profesionista y abogado habitante en época de crisis, por ser uno de los países con una repercusión inmediata y directa por la crisis financiera internacional del 2008 iniciada en los Estados Unidos, cuya recuperación está y ha estado fuertemente ligada con el avance o no de dicho país. Es innegable que el alto grado de interdependencia económica entre México y los Estados Unidos es uno de los factores que explica la dramática caída en el nivel de actividad económica de México y por tanto las soluciones en todos los sectores deben ser de atención y ejecución inmediata, que para efectos del presente trabajo podremos analizar que no fue y es lo que ha sucedido, entendiendo las razones y motivos para poder actuar enderezando y mejorando la materia que nos ocupa del Derecho Civil.

Consideremos que México enfrenta tres crisis adicionales actualmente como son la recesión económica en los Estados Unidos de quien es nuestro principal socio comercial; la reducción constante en la producción petrolera nacional y el aumento del gasto público.

Así mismo, la falta de eficacia del Estado de Derecho en México[356] ha generado y puede seguir generando bajas tasas de crecimiento económico, y dicha ausencia del Estado de Derecho es en gran medida la causa de los altos niveles de inseguridad, poca inversión y en algunos casos hasta una reducida tasa de recaudación fiscal.

Para que exista el aludido Estado de Derecho, deben existir y reconocerse dos requisitos esenciales como son primero la igualdad jurídica, sin que existan excepciones a grupos privilegiados y segundo mediante la aplicación real de sanciones efectivas a los que violan, incumplen o cumplen la ley de forma parcial. Esta dupla de requisitos esenciales, debe fortalecer la perspectiva de saber que todos están o estamos cumpliendo las leyes, lo que incentiva al sometimiento voluntario a las mismas por parte de toda la población y evitar lo que sucede actualmente, que al observar que a unos si se aplica y a otros no, genera una reacción de poco cumplimiento entre los demás habitantes y pues con esto de que sirve ley alguna que sea una medida de corrección, solución y prevención a las circunstancias actuales dentro y fuera de nuestro país.

Por lo tanto y hablando en términos amplios, el reto de México es lograr romper el paradigma y percepción generalizada que las normas pueden ser negociables y que no vinculan a todos por igual, si desde luego, esto implica romper con privilegios injustificados de líderes sindicales, poder monopólico de algunas empresas, alta impunidad en casos de corrupción, evasión fiscal, y un largo etcétera.

Lo anterior se intenta corregir mediante mecanismos útiles en la aplicación de ese Estado Derecho, uno de los cuales mencionado brevemente son las acciones colectivas y sin pretender agotar dicha figura, podemos mencionar que si bien las acciones colectivas en el mundo han servido para hacer valer

[356] De conformidad con el reporte publicado en el 2014 por *The World Justice Project* en su página www.worldjusticeproject.org ocupamos los últimos lugares en todos los rubros y sectores tratados. Por lo que respecta al Índice de Estado de Derecho México ocupa el lugar 79 de 99 países.

los derechos de los consumidores y elevar la calidad de los servicios públicos, dichas acciones colectivas fueron concebidas por Mauro Cappelletti en Pavía, Italia en junio de 1974 y reconocidas en el Derecho Mexicano a partir de la reforma al artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de julio de 2010, con alcances en las materias financiera, económica y ambiental.

El reconocimiento en México de las acciones colectivas abre nuevas perspectivas para la impartición de la justicia, permitiendo que una o más personas demanden respeto o restitución de derechos en nombre de una colectividad, lo que contribuye a la construcción de un Estado de Derecho mediante la eliminación de privilegios no justificados a los sectores ya mencionados, dejando la labor continua y constante de todos en educar, participar y fomentar en el conocimiento de dichos medios y herramientas para que los sectores menos privilegiados puedan hacer valer sus derechos a través de los medios adecuados.

Se menciona que los principales factores de diferenciación entre cada uno de los países afectados por la crisis son primero, el papel del Estado y su relación con el mercado; y segundo la naturaleza y alcance de cada uno de los países en la economía global.

La gran crisis financiera del 2008 nos dejó una lección por el deficiente funcionamiento del mercado gracias a una ausencia del Estado en cuanto al cumplimiento de su papel regulador, por lo que debe servir el mundo de las ideas para entender dicha crisis para implementar las soluciones tendientes a corregir los efectos y generar los mecanismos e instituciones que eviten que algo similar vuelva a suceder en los distintos ámbitos del derecho o como lo ha sido la experiencia de México en continuar preparado para las constantes épocas de crisis que se han presentado.

El rezago de México se explicó en parte por las oportunidades perdidas, entre las cuales destaca el haber

desaprovechado los ingresos extraordinarios del petróleo para realizar una importante inversión en infraestructura, haber perdido competitividad frente a otros países con menos recursos.

(b) Impactos y efectos de la crisis en los distintos sectores[357]

La realidad que se vivió de manera directa como consecuencia de la crisis fue en siete sectores: (i) importación y exportación en el sector automotriz, (ii) disminución del turismo, (iii) disminución en el empleo de mexicanos en EUA y por lo tanto la baja de remesas, (iv) disminución de inversión extranjera, (v) caída de los precios del petróleo, (vi) modificación en los tipos de cambio, y (vii) incremento de los precios de los bienes y servicios.

Sin embargo, en los siete rubros anteriores estamos viendo una recuperación en el aspecto económico y financiero, no así en la gran preocupación y efecto de la crisis, que es el impacto social el cual tardará mucho tiempo en regresar al *status quo,* si es que se puede hablar de regresar, pues difícilmente las situación volverá a ser igual por lo que a continuación expongo brevemente que tiene una repercusión en el ámbito de aplicación del Derecho Civil.

i. Mercados laborales.

Los efectos de la crisis en el mercado laboral han sido muchos y profundos como la flexibilización, deterioro de los salarios o retroceso en la evolución de los salarios reales, aumento de la desigualdad, congelación de salarios, despidos, bajas remuneraciones por trabajos eventuales y aumento de la contratación temporal o eventual como alternativas de solución a corto plazo.

[357] Crisis y fractura social en Europa. Causas y Efectos en España. Obra Social la "Caixa"

Si bien no contamos como en Italia con el sistema *Cassa Integrazione* que consiste en una prestación económica a personas empleadas en empresas con dificultades, sí hemos logrado avances significativos y reformas a la Ley Federal del Trabajo durante el años del 2012, las cuales que han contribuido a disminuir el efecto de la crisis en el desempleo.

ii. Hogares

Los cambios en el marcado laboral tienen una correlación y repercusión inminente en los recursos económicos disponibles y el consumo de los hogares. Este impacto provoca una reducción del consumo en ocio, vestido y calzado, telefonía e internet, así como en gastos indispensables como luz, agua y en los productos que integran la canasta básica. Adicionalmente más madres o amas de casa han tenido que trabajar para lograr el sostenimiento del hogar, lo que ha dado por resultado una disminución en el cuidado, salud y educación de los hijos.

iii. Vivienda

Debido a las medidas de los bancos centrales de bajar las tasas de interés las personas, a pesar de las dificultades económicas o precisamente por dichas dificultades económicas, acudieron a obtener una mayor cantidad de créditos, sin embargo los mismos fueron otorgados de forma desmedida y sin estudios reales en el escenario de pago, lo que originó muchos incumplimientos, aumento en la vivienda disponible y por consecuencia en México las dificultades de las empresas vivienderas.

iv. Conductas y relaciones sociales

El entorno social de dificultades económicas, pobreza y desempleo ocasionó y sigue ocasionando alta incidencia en la violencia en todos los niveles y principalmente en el familiar, motivando la creación de políticas públicas y sociales que se

traducen en campañas publicitarias que busquen concientizar y aminorar dichas conductas nocivas al entorno social.

Apliquemos el ejemplo de los países avanzados que implementaron modificaciones posteriores a la crisis de 1929 para proteger a la población mediante el nacimiento del Estado del Bienestar, que descansa en un rediseño del sistema de seguridad social con medidas de protección en circunstancias normales y en caso de ocurrencia de situaciones económicas adversas; y en caso, de presentarse circunstancias negativas no necesiten aplicar soluciones provisionales y costosas, sino sólo aplicar las ya existentes con ajustes menores y enfocar así los esfuerzos a otros sectores más afectados.

v.Educación

Otra consecuencia de la crisis es la adquisición de los materiales mínimos indispensables para crear las condiciones propicias para obtener una educación de nivel adecuado.

A lo anterior las cifras de abandono escolar va en aumento y sin que esto implique que dichos jóvenes trabajen, figura conocida como los "ninis" (*aquellos que Ni estudian, Ni* trabajan) o el grupo de personas de distintas edades identificados en otros países como "ninjas" (*No Income, No Job, No Assets*).

A su vez la cada vez mayor exigencia profesional y demanda de formación profesional para obtener trabajo da como consecuencia un incremente en la educación especializada, reducción del número de becas, reducción de presupuestos asignados a investigación.

vi. Salud

Toda crisis económica es considerada un riesgo para el sector de la salud en un doble aspecto: el estado de salud de cada individuo y el sistema de salud.

En el primer aspecto y como consecuencia de la crisis hubo un aumento en los problemas relacionados con la salud

física, emocional o mental de las personas que se traducen en cuadros de ansiedad, depresión o estrés. En algunos países se constata un aumento de los suicidios en períodos de crisis.

Así mismo, otra repercusión social es la relativa a las drogas, en primer lugar hay un aumento en el consumo de las mismas, así mismo la pérdida de ingresos impulsa el consumo de sustancias menos costosas y de menor calidad, si se permite la expresión; y en un segundo lugar las altas tasas de desempleo, de todas las edades, ocasiona que más personas se dediquen a la venta de esas sustancias nocivas y adictivas.

(c) Impacto de la crisis en el Derecho Civil

Al ser el Derecho civil la rama del ordenamiento jurídico que se ocupa de la persona, de su patrimonio y de todo lo relacionado con sus bienes, es fundamental determinar su perspectiva a futuro. Ya sea que consideremos que continuemos en crisis o que estemos saliendo de ella, es indudable que como resultado de la misma debe replantearse cual será ahora el contenido y alcances del Derecho civil que sufrió afectaciones por dicha crisis y también como resultado de las modificaciones de la sociedad o por estar en presencia de otra sociedad o que hacia ella nos dirigimos.

El Derecho Civil, heredero de los Códigos decimonónicos y resultado de la obra de la codificación nos va a servir de poco sino se actualiza y prepara para los cambios que estamos viviendo, sean o no consecuencia inmediata de la crisis. Los códigos civiles deben continuar con la función y finalidad de asegurar el libre desenvolvimiento del individuo y de su voluntad, mediante la constante y continua aplicación del principio de autonomía de la voluntad concebido como absoluto, con la protección o tutela por parte del Estado a los cambios y evolución social, interviniendo decisivamente en la vida económica y jurídica mediante normas que logren dirigir la

autonomía de la voluntad y eviten que actúe como instrumento de dominación del algún grupo, mayoritario o minoritario.

Es por tanto, que estamos en presencia de un Derecho Civil distinto del concebido en la codificación de los años anteriores y que ahora se ve desarticulado o decodificado, que como fenómeno externo y de especialización técnica o científica no tiene trascendencia grave, sino que la gravedad radica en el rompimiento de la unidad interna del Derecho civil al privarse de lo más sustancial que tenía, que es la defensa de la persona, de su núcleo familiar, de su patrimonio, de sus fines y de las libertades para contratar y contractual, que siguen y seguirán siendo la base de toda sociedad.

2. Perspectiva histórica del Derecho Civil en México

(d) Códigos Civiles de 1870 y 1884

El estudio del derecho civil en su perspectiva histórica plantea numerosas dificultades al investigador debido a que la dogmática sobre esta materia es dos veces milenaria, y particularmente el derecho civil mexicano presenta la complejidad de no existir un solo código civil que regule a cada una de las treinta y un entidades federativas y al Distrito Federal, a diferencia del Código Civil Italiano de 1942 que es uno para toda Italia en materia civil y comercial[358].

Así mismo, la dificultad en el presente estudio radica en que principalmente el derecho civil al ocuparse de las instituciones y negocios jurídicos resultantes de la convivencia entre los seres humanos en su aspecto patrimonial debe contemplar, hoy en día, supuestos generales y no casos particulares para cada uno de los grupos sociales o comunidades en un lugar determinado.

[358] Considerando que en la suma de los 31 Códigos Civiles de los Estados hay que agregar dos más, el correspondiente al Distrito Federal y el Código Civil Federal lo que da un total de 33 códigos civiles.

Por lo anterior, el análisis de las ideas contenidas en el presente se limitan a las instituciones que siempre han sido tratadas en la doctrina internacional y no han sido adaptadas o reguladas en el Derecho Civil en México, por lo que podremos utilizar los términos de "*nuevas antiguas reformas*", "*evoluciones*" o en algunos casos "*nuevos comienzos*" como lo ha expuesto años atrás Helmut Coing[359], pero difícilmente podremos hablar de "*nuevas instituciones*", pues en el terreno del derecho civil y particularmente del derecho civil mexicano pocas innovaciones o instituciones novedosas pueden proponerse. Lo que si propondremos con el presente son el reconocimiento y regulación de instituciones ya existentes en otros países, así como una mejor regulación a las figuras ya reconocidas en el derecho civil mexicano para hacer frente a los cambios de siglo XXI.

En esta redefinición del papel del derecho civil mexicano debemos dejar a un lado dos causas de nuestros códigos civiles anteriores de 1870 y 1884, que continuaron en el de 1928, las cuales son en *primer lugar*, la consistente en que la codificación civil mexicana se realizó mediante la recepción de diversos ordenamientos jurídicos surgidos en otras realidades socio-políticas que se aplicaron con algunos mínimos cambios a nuestra realidad; y en *segundo lugar* que dicha codificación fue realizada por personas con intereses individuales o de grupo que condicionaron la actuación en un sentido o en otro.

Por lo que respecta al Código Civil de 1884, este fue una repetición del Código Civil de 1870, con una clara tendencia y predominio del pensamiento liberal e individualista de la época, que en la materia de Derecho Civil que nos ocupa desconoció al concubinato y la adopción; y regulando como aportación en materia de sucesiones la libertad de testar.

Por lo que, si el objetivo del presente estudio conjunto con la Universidad de Pisa consiste en encontrar las reformas en

[359] Coing, Helmut, *Las tareas del historiador del derecho* (reflexiones metodológicas); trad. de Alonso Merchán, Sevilla, 1977.

los códigos civiles mexicanos como consecuencia inmediata de las crisis financiera del 2008, difícilmente encontraremos las mismas, como sí sucedió en su momento en el Código Civil de 1870 que reguló dos instituciones esenciales para marcar la clara división entre la Iglesia y el Estado, que fueron el Registro Civil y el matrimonio. El primero por el control y reconocimiento por parte del Gobierno al estado civil de las personas; y respecto del matrimonio a partir de dicho momento se le considera como *contrato civil* y no sólo como sacramento.

Si bien en esa época el código a seguir era el Código Civil de Napoleón (*Código de Napoleón*), al ser considerado el modelo de expresión al que aspiraban las clases en ascenso, en el Código Civil de 1870 la comisión redactora tomó dos decisiones que nos separaron de dicho *Código de Napoleón* y que podemos sintetizar de la siguiente manera:

Primera, consistente en no incluir cuatro instituciones del *Código de Napoleón* que fueron el consejo de familia, la adopción, la legitimación por decreto del soberano y la teoría de la causa.[360]

Segunda, la inclinación del legislador mexicano de dicha época a la tradición española, no obstante que se quería marcar una clara separación con los conquistadores, al redactar un Código con tendencia hacia la especificación y prolijidad como los españoles en lugar de la generalidad y concisión como dicho *Código de Napoleón*.

Más adelante, en la evolución del derecho civil mexicano se tuvieron avances consistentes en: la regulación sobre ausentes e ignorados, la regulación de la propiedad intelectual e industrial, la inclusión de la mujer en el ejercicio de la patria potestad en ausencia del padre y sin procedimiento judicial previo, la regulación del hallazgo del tesoro, la admisión del mutuo consentimiento como elemento fundamental en la validez

[360] *Exposición de los cuatro libros del Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California que hizo la comisión al presentar el proyecto al gobierno de la Unión*, México, Imprenta de E. Ancona y M. Peniche, 1871.

de los contratos y la regulación de la libertad testamentaria frente al sistema de herederos forzosos.[361]

Por último, las tres instituciones que es importante mencionar que se reforman entre los años 2008 al 2014 son las mismas que han estado en constantes cambios desde el Código Civil de 1870 y de 1884; y no como una consecuencia directa de la crisis financiera del 2008, las cuales son: matrimonio, divorcio y adulterio que mencionaremos líneas más adelante.

De haberse seguido literalmente el *Código de Napoleón* el matrimonio al considerarse como un contrato civil debió haber regulado la posibilidad de dar por terminado dicho contrato para permitir a las partes celebrar libremente otro. Durante la evolución histórica y no obstante las Leyes de Reforma en el matrimonio se mantuvo la idea del vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudar a llevar las cargas de la vida.[362]

Por lo que respecta al divorcio, la comisión redactora del Código Civil de 1870 no trata el tema de la indisolubilidad y sólo se ocupan de discutir si ha de admitirse el divorcio voluntario, sin dejar a las partes de contraer un nuevo matrimonio pues no disolvía el vínculo del mismo.[363]

En materia de adulterio en ese entonces se consideraba menos pernicioso el adulterio del marido.[364]

[361] *Exposición de los cuatro libros del Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California que hizo la comisión al presentar el proyecto al gobierno de la Unión, México*, op. cit., pp. 35-51

[362] Artículo 159 del Código Civil de 1870, artículo 155 del Código Civil de 1884; y el *Código de Napoleón* no define al matrimonio y si admite el divorcio vincular en el artículo 227-II.

[363] *Exposición de los cuatro libros del Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California que hizo la comisión al presentar el proyecto al gobierno de la Unión*, op. cit., pp. 16-19

[364] Artículos 241-242 del Código Civil de 1870 y artículos 227-228 del Código Civil de 1884.

(e) Principales aportaciones del Código Civil de 1928 frente a los Códigos Civiles de 1870 y 1884

El Código Civil de 1928 logró armonizar los intereses individuales con los sociales, corrigiendo el exceso de individualismo que imperaba en el Código Civil de 1884, inspirado el legislador de 1928 en las ideas de León Duguit, reconocido jurista francés que expuso en 1911 en Buenos Aires, Argentina y en 1912 en Burdeos, Francia sus conferencias sobre la socialización del Derecho[365], con las cuales se crea el concepto de hombre social, la idea socializadora del Derecho y la función social que cada individuo debe cumplir en su entorno, de acuerdo al rol que desempeña dentro de la sociedad.

Las ventajas del Código Civil de 1928 vigente en ese entonces, consistieron en reconocer el concubinato como otra base de la familia; la prohibición del pacto de retroventa, la nueva reglamentación de los créditos hipotecarios del decreto del 3 de abril de 1917; y muy importante fue el destacar la idea de considerar a la propiedad como una función social, concepto incluido también en la Constitución de 1917.[366]

2) Reformas a las instituciones del Derecho Civil a partir de la crisis financiera del 2008

Ahora bien, dentro de dicha evolución del Código Civil de 1928, no podemos comentar que existieron reformas específicas como consecuencia inmediata y directa de la crisis financiera, sino que se han dado por diversas razones de tipo social, político o como consecuencia de la actividad jurisdiccional, que en algunos casos incluso son contrarias a las medidas correctivas para enfrentar dicha crisis y el gran mayoría de los casos sólo fueron

[365]Duguit, León, *Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código Napoleón*, Ed. Coyoacán, México, 2007.
[366]*Exposición de Motivos del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de 1928,Fondo de Cultura Económica*, México, 1929.

en el Código Civil para el Distrito Federal, no así en los demás Códigos Civiles de las demás Entidades de la República Mexicana.

Dentro de dichas reformas al Código Civil para el Distrito Federal a partir de la crisis financiera del 2008 podemos mencionar, las siguientes:

(a) **13 de marzo de 2008**: Reforma a la responsabilidad objetiva del artículo 1913 para incluir como responsable solidario de los daños causados por el usuario de los mecanismos, instrumentos, aparatos, vehículos automotores o sustancias peligrosas.

(b) **3 de octubre de 2008**: Reforma en materia de divorcio para expresamente mencionar que el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y para incluir la posibilidad de solicitar el juicio de divorcio de forma unilateral por uno de los cónyuges, así como enumerar los requisitos para dicha solicitud y el procedimiento de dicho divorcio.

(c) **10 de octubre de 2008**: Reformas en materia de reasignación de concordancia sexo-genérica.

(d) **21 de octubre de 2008**: Se publica la Ley de Responsabilidad Patrimonial del Distrito Federal.

(e) **4 de diciembre de 2008**: Reforma el artículo 1502 que contiene quienes no pueden ser testigos de un testamento.

(f) **29 de diciembre de 2009**: Reformas en matrimonio, concubinato y en parentesco por afinidad.

(g) **22 de enero de 2010**: Reforma al artículo 1796 y se adicionan los artículos 1796 Bis y 1796 Ter para regular la Teoría de la Imprevisión que contempla la posibilidad

de modificar los contratos como consecuencia de acontecimientos extraordinarios de carácter nacional que no fuesen posibles prever.

(h) **29 de julio de 2010**: Reformas en materia de Registro Civil, sin embargo no cumplen con una finalidad de centralización de todos los Registros Civiles mediante accesos para consultas o registros electrónicos, unificando la información contenida en todos los citados Registros de los Estados de la República Mexicana.

(i) **27 de enero de 2011**: Reformas a las referencias del Código Civil relacionadas con la publicación en la misma fecha de la nueva Ley de Régimen de Propiedad en Condominio.

(j) **15 de junio de 2011**: Reformas en materia de adopción.

(k) **24 de junio de 2011**: Reformas en el régimen matrimonial de separación de bienes para el supuesto de divorcio el cónyuge que se dedicó preponderantemente al trabajo del hogar tiene derecho a una compensación que no podrá ser superior al 50% del valor de los bienes que hubieran adquirido durante el matrimonio.

(l) **18 de agosto de 2011**: Reforma para incluir el Registro de Deudores Alimentarios Morosos del Distrito Federal.

(m) **9 de mayo de 2012**: Reforma para incluir medios de defensa contra la acción de reconocimiento de hijo.

(n) **15 de mayo de 2012**: Reforma al artículo 2011 para cambiar la redacción en la fracción III respecto a que se considera como el dar.

(o) **1 de junio de 2012**: Reformas menores en materia de pérdida y suspensión de patria potestad a los artículos 444 y 447 del Código Civil para el Distrito Federal.

(p) **12 de junio de 2012**: Reformas a los plazos de prescripción de las acciones de saneamiento para el caso de evicción y por vicios ocultos.

(q) **23 de julio de 2012**: Incluye por lado la derogación de los tipos de testamento para dejar únicamente el testamento público abierto y el hecho en país extranjero; y por otro las reformas a las disposiciones del Registro Público de la Propiedad para relacionarlas con la publicación de la Ley Registral.

(r) **3 de agosto de 2012**: Publicación de fe de erratas a la reforma anterior.

a. Reformas que no tienen trascendencia como medida correctiva para enfrentar la crisis

Analizando cada una de las reformas anteriores, la gran mayoría de las mismas tienen una importancia por la reforma misma, pero no como una medida de solución, de corrección o siquiera preventiva para enfrentar en ese entonces y a futuro la crisis que se vivió y se sigue viviendo, dentro de las cuales podemos mencionar la reasignación de concordancia sexo-genérica mencionada en el inciso c), así como las reformas mencionadas en los incisos e), f), h), i), j), l), m), n), o), p), q) y r) anteriores.

b. Reformas no congruentes con la crisis financiera

Inclusive tenemos reformas que son opuestas y contradictorias con la idea de fomentar y en algunos casos hasta de buscar la unión para enfrentar los impactos de la crisis como los hemos

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

expuesto, es la relativa al inciso b) respecto del llamado divorcio *fast track*.

c. Reformas congruentes con la crisis financiera.

Así mismo, podemos mencionar otro grupo de reformas que, si bien no fueron una medida y consecuencia directa para hacer frente a la crisis, fueron benéficas al buscar fomentar una actuación más cuidadosa y responsable como es el caso de la responsabilidad objetiva del inciso a) anterior; la publicación de la Ley de Responsabilidad Patrimonial del Distrito Federal del inciso d); la regulación de la teoría de la imprevisión mencionada en el inciso g); y la indemnización en el caso de divorcio consistente en entregar el 50% de los bienes al cónyuge que se dedico a las labores del hogar mencionada en el inciso k).

De igual forma, como consecuencia de la evolución social y no como efecto directo de la crisis, incluso con anterioridad a la misma, ya contábamos con instituciones que reforzaron la idea de unión y apoyo para enfrentar dicha difícil situación con instituciones como las **sociedades de convivencia**[367], la **tutela cautelar**[368], el **documento de voluntad anticipada**[369], el **matrimonio entre personas del mismo sexo**[370], la **prohibición del pacto de anatocismo** de forma previa o simultánea a la celebración del contrato, **restricciones al principio de autonomía de voluntad** y reformas en otras materias como se expone en la presente obra y particularmente en la materia derecho privado mercantil, por su cercana relación al Derecho Civil, como lo trata el Doctor Salomón Vargas García más adelante.

[367] Publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 16 de noviembre de 2006.

[368] Reforma publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 15 de mayo de 2007.

[369] Publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 07 de enero de 2008.

[370] Reforma publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 29 de diciembre de 2009.

d. Reformas o instituciones que se debieron haber reformado o previsto

Una de las más grandes omisiones en las reformas para hacer frente directa a la crisis (*nunca es tarde para realizarlas*) fue en la materia hipotecaria en particular e inmobiliaria en general, que no obstante ser la causa de la debacle, no se reformó ni modificó artículo alguno como si se hizo en el año de 1996[371] mediante la implementación de las medidas consistentes en eliminación de requisitos que generan un costo adicional como lo establece el artículo del Código Civil Federal y del Código Civil para el Distrito Federal que por la importancia transcribo a continuación:

Artículo 2926. *El crédito puede cederse, en todo o en parte, siempre que la cesión se haga en la forma que para la constitución de la hipoteca previene el artículo 2917, se dé conocimiento al deudor y sea inscrita en el Registro.*
Si la hipoteca se ha constituido para garantizar obligaciones a la orden, puede transmitirse por endoso del título, sin necesidad de notificación al deudor, ni de registro. La hipoteca constituida para garantizar obligaciones al portador, se transmitirá por la simple entrega del título sin ningún otro requisito.
Las instituciones del sistema bancario mexicano, actuando en nombre propio o como fiduciarias, las demás entidades financieras, y los institutos de seguridad social, podrán ceder sus créditos con garantía hipotecaria, ***sin necesidad*** *de* ***notificación*** *al deudor, de* ***escritura pública***, ***ni*** *de* ***inscripción*** *en el Registro, siempre que el cedente lleve la administración de los créditos. En caso de que el cedente deje de llevar la administración de los créditos, el cesionario deberá únicamente notificar por escrito la cesión al deudor.*

[371] Reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de mayo de 1996.

En los supuestos previstos en los dos párrafos anteriores, la inscripción de la hipoteca a favor del acreedor original se considerará hecha a favor de el o los cesionarios referidos en tales párrafos, quienes tendrán todos los derechos y acciones derivados de ésta.

Existen un gran número de instituciones que de igual manera, debieron haberse analizado, reformado o regulado con motivo de la referida crisis y que a seis años de la misma, siguen sin estar reguladas o previstas acorde a las circunstancias actuales y otras que independientemente de la crisis es necesario incluir en el Derecho Civil en México, entre las cuales, podemos mencionar:

En materia familiar a la **reproducción asistida** o *in vitro*, inseminación artificial, fecundación extracorpórea, fecundación *post-mortem*, maternidad subrogada, rentabilidad de los genes humanos[372] y todo lo relacionado con esta materia[373], así como reformas en **alimentos** para hacer frente a la crisis y no sólo para exhibir a los deudores alimentarios, que en algunos casos la falta de cumplimiento se debe a la imposibilidad de cumplir como consecuencia de la difícil situación económica en la que viven. La regulación del procedimiento de interdicción por casos de **prodigalidad** o administración negligente del patrimonio o una mayor claridad

[372] La armonización del uso de las ciencias biomédicas y sus tecnologías con los Derechos Humanos ha sido uno de los objetivos proclamados por la UNESCO sobre el Genoma Humano y los Derechos del Hombre desde 11 de noviembre de 1997 y la Convención de Asturias de los Derechos Humanos y la Biomedicina del Consejo de Europa del 4 de abril de 1997.

[373] Dentro de los situaciones que se deben analizar y regular que suceden durante la concepción:

Wrongful life: el propio hijo o los padres demandan por los daños producidos durante el periodo de gestación o no detectados en ese periodo.

Wrongful birth: los padres demandan por los daños y malformaciones no detectados que hubieran permitido poner fin a la gestación.

Wrongful conception o unwanted pregnacy: en el caso de métodos anticonceptivos fallidos.

en la regulación sobre los **regímenes económicos matrimoniales** en relación con los actos celebrados en fraude de acreedores.

En materia de obligaciones el **reconocimiento de personalidad jurídica**: (*i*) al Estado[374] y no a la Nación como actualmente se encuentra en el artículo 25 del Código Civil Federal y también del Código Civil para el Distrito Federal, (*ii*) a las Uniones Temporales de Empresas, (*iii*) a las Comunidades de Bienes; la regulación más general en la **declaración unilateral de voluntad** para permitir las Ofertas Públicas de Compra, las Ofertas Públicas de Servicios, la distinción entre oferta la invitación a ofrecer, así como toda clase de contratos preparatorios o precontratos o contratos de opción o contratos de promesa en general; el reconocimiento de la **estipulación a favor de tercero**, ya sea, como contrato o como cláusula de los contratos y no como actualmente se considera como especie de declaración unilateral de la voluntad, con una regulación más profunda de las relaciones que se presenten entre promitente, estipulante, beneficiario y terceros; la inclusión del contrato por persona a designar; la doctrina consistente en la distinción clara entre la **responsabilidad contractual y extracontractual** y la **responsabilidad subjetiva y objetiva**[375], la regulación y ejecución de la **responsabilidad de los profesionistas**[376] de todo tipo y la **responsabilidad civil de los menores infractores,** que cada día va en aumento; el incluir de forma expresa y clara los **principios generales del derecho** y de los

[374] En el Código Civil para el Estado de México en el artículo 2.10 ya reconocen al Estado de México como persona jurídica colectiva. Por otro lado, el Código Civil del Estado de Jalisco en el artículo 161 establece que es el Gobierno Federal la persona jurídica, no la Nación ni el Estado.

[375] En el el Código Civil para el Estado de México en el Titulo Sexto se reconoce expresamente la responsabilidad subjetiva de la objetiva.

[376] *Estudios sobre la responsabilidad jurídica del juez, el servidor público y los profesionistas* con motivo de la investigación conjunta realizada entre la facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Pisa y la Escuela Libre d Derecho 2013.

conceptos abstractos existentes hoy en día como **buena fe**[377], **buenas costumbres**, **abuso del derecho** o el **ejercicio del derecho de forma antisocial**; la posibilidad expresa de crear **contratos atípicos** y ser regulados por la autonomía de la voluntad y supletoriamente por la teoría general del contrato; definir si vamos adoptar y reconocer la teoría de la causa del derecho francés, pues está prevista de forma indirecta a través del motivo determinante de la voluntad; considerar medios de tutela o protección generales o particulares contra **cláusulas abusivas**[378] sobre las cuales existe una enunciación o lista negra de las mismas; la incorporación de **acciones colectivas**[379] en este ámbito del derecho civil; la distinción entre las figuras de **poder**, **representación** y **mandato** no como tres figuras que se confunden y asemejan en su regulación; la regulación adecuada y precisa de las **formas de terminación de los contratos** distinguiendo entre inexistencia, invalidez, nulidad, anulabilidad, ineficacia, resolución, rescisión y desistimiento unilateral.

En la materia patrimonial, de bienes o derechos reales, la integración del patrimonio por el aspecto económico, moral y social[380]; la regulación de la **multipropiedad** o derecho de superficie, instituciones sin lugar a dudas básicas como

[377] González Peredo, Edgar, *La buena fe en el derecho civil mexicano actual*, Principios y Reglas con motivo de la investigación conjunta realizada entre la facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Pisa y la Escuela Libre d Derecho 2009-2010.

[378] Un buen exponente de la discriminación sobre cláusulas abusivas en Europa es la Directiva 1993/13.

[379] Tales como la **cesación** (*se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a eliminar de sus condiciones generales las que se reputen nulas y abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo*), **retractación** (*tiene por objeto obtener una sentencia que declare e imponga al demandado el deber de retractarse de utilizar las cláusulas respecto de condiciones generales que se consideren nulas y de abstanerse de seguir utilizándolas en el futuro*) y **declaración** (*se dirigirá a obtener una sentencia que reconozca una cláusula como condición general de contratación y se someta a los requisitos de condiciones generales*).

[380] Como lo regula el Código Civil del Estado de Jalisco.

soluciones alternativas de la unión real de personas para enfrentar la crisis mediante la protección a sus derechos; y en general, la facultad expresa en todos los Códigos Civiles de la República Mexicana de regular **derechos reales** como en el Código Civil de Quintana Roo según se menciona más adelante, siguiendo la teoría de los ***números apertus*** de forma expresa, más ahora con motivo de las reformas en las materias de hidrocarburos y energía que requieren de nuevos derechos reales acorde a los esquemas novedosos de infraestructura, de explotación de la tierra, disposiciones restrictivas para la adquisición de derechos reales por extranjeros[381], así como de garantías para los financiamientos de proyectos para lograr el resultado positivo pensado con dichas reformas.

Así mismo, es necesario un reconocimiento y regulación a la materia o sector objeto de toda esta crisis, que es la materia o ramo **inmobiliario** que tiene una constante y permanente actividad, mediante la inclusión en el Código Civil de una teoría general, que incluya lo que sucede en la vida diaria desde hace varios años incluso antes de la crisis, que contemple los pactos de exclusividad y confidencialidad, compra y venta de regreso (*sale and lease back*), compra y administración de regreso (*sale and management back)*, regulación más amplia de todo tipo promesas, entre las que podemos mencionar la promesa de compraventa, el pacto de arras, la opción de compra y opción de venta, la promesa de hipoteca; así mismo la posibilidad expresa de pactar cláusulas habituales en la financiación inmobiliaria como: *pari passu*[382], *negative pledge*[383], *tax gross-up*[384], gastos o

[381] Ver restricciones para la adquisición de propiedades por extranjeros bajo la vigencia del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

[382] Cláusula contractual en virtud de la cual el deudor se obliga a mantener las obligaciones derivadas del préstamo con el mismo privilegio que el resto de sus deudas que no cuentan con un privilegio especial, es decir, la obligación del deudor de dar a todos los acreedores un trato equivalente.

[383] Cláusula que supone la obligación del deudor de no constituir garantías a favor de terceros.

[384] Cláusula en virtud de la cual los pagos que efectúe el deudor bajo el préstamo por cualquier concepto deben ser netos y sin deducción o retención

costos incrementados (*increased costs*) [385], la ilegalidad sobrevenida (*ilegallity*)[386]. La inclusión de igual manera, de contratos más específicos y sofisticados en dicha materia inmobiliaria, tales como, el contrato de construcción y las relaciones con los distintos participantes de dicha actividad como el constructor, el director o supervisores de obra, con los laboratorios de control de calidad, los suministradores o proveedores de productos, el administrador o supervisor del proyecto o de una parte de la obra (*project manager, construction manager)*, el promotor y el arquitecto.

Adicionalmente se debe ampliar, prever y regular lo que sucede hoy en día, en la contratación en el sector **hotelero** o en el sector **turístico** a través de los derechos de aprovechamiento por turnos o *time-sharing o fractionals* o membresías o los llamados condohoteles; así como la contratación en el sector de **centros comerciales**, todos sectores muy activos en México y una parte importante del ingreso de inversiones extranjeras y con regulaciones obsoletas, complicadas y sin una visión a largo plazo.

Uno de los temas con especial atención y énfasis en esta investigación conjunta con la Universidad de Pisa, es el tema de la **negociación, renegociación o reestructuración**, que en el Derecho Italiano es la herramienta o el medio común y ampliamente utilizado en la práctica para corregir y solucionar

alguna (ya sea por compensación, reconvención, derechos, impuestos, cargas o por cualquier otro título), a menos que la reducción o retención sea requerida por las leyes.

[385] Cláusula mediante la cual la entidad financiera se reserva contractualmente la facultad de exigir la correspondiente indemnización del deudor si como consecuencia de nuevas normas legales o reglamentarias, la entidad financiera sufriera un incremento de costos o una reducción de los ingresos provenientes directamente del contrato de préstamo.

[386] Cláusula mediante la cual se regula que las obligaciones de la entidad financiera bajo el contrato de préstamo pueden quedar automáticamente suspendidas, si la promulgación o modificación de cualquier ley hicieran ilícita o imposible que la entidad financiera recibiera algún pago de cantidad debida.

las situaciones difíciles, y desafortunadamente en México, como país, es un concepto ajeno a nuestro vocabulario y poco utilizado, menos aún en el Derecho Civil Mexicano[387].

Por lo que es indiscutible la necesidad de regular en México (*y en los países que se encuentren en la misma situación*) para las ramas del Derecho, público y privado, con mayor énfasis en el Derecho Civil; así como insistir, fomentar y en general cambiar e incluir en la forma de pensar en nuestra cultura caracterizada por su ausencia, la obligación de la **negociar** y **renegociar** en los contratos (*y en cualquier situación*) como herramienta para la prevención y solución de todo tipo de controversias.

La inclusión de esta obligación, de la "*cultura de la negociación*" o la necesidad de reestructurar en condiciones adversas imprevistas, se puede lograr de muchas formas y por el momento se pudiera empezar con establecer una disposición que obligue a las partes a incluirla en los convenios o contratos, con la consecuencia que no se podrá interponer acción alguna por la vía judicial, antes que transcurra un determinado plazo en el que se lleven a cabo los actos y medidas, para dar solución a la situación de conflicto, por ambas partes de manera extrajudicial y existan pruebas que acrediten dicha circunstancia.

Podemos mencionar que existiría una presunción de no negociación en las condiciones generales de la contratación o en los contratos de derecho público o en los obligatorios o en los contratos de adhesión versus la presunción de negociación de las

[387] Actualmente el Código Civil Federal y el Código Civil para el Distrito Federal en 3074 artículos no regulan en artículo alguno la palabra **reestructura** y regulan la palabra **negociación** en 6 ocasiones, de las cuales 5 se refieren a negociación mercantil y sólo 1 a lo que no estamos refiriendo, sin buscar fomentar o insistir en empezar o continuar con la misma:
Artículo 556.- Si el padre o la madre del menor ejercían algún comercio o industria, el juez, con informe de dos peritos, decidirá si ha de continuar o no la ***negociación****; a no ser que los padres hubieren dispuesto algo sobre este punto, en cuyo caso se respetará su voluntad, en cuanto no ofrezca grave inconveniente a juicio del juez.*

cláusulas de un contrato distinto de los anteriores, es decir, difícilmente se puede concebir este última clase de contratos si no es como contratos negociados, pues la negociación es algo inherente al contrato al estar construido sobre la base de la libertad contractual y del principio de autonomía de la voluntad. Este poder de negociación no sólo lo tiene una de las partes, lo tienen ambas partes aún cuando una de ellas sea mejor o esté mejor preparada que la otra en casos de igualdad, pues en aquellos supuestos que hay un presupuesto en favor de una de las partes es dónde interviene la regulación.[388]

3) Decodificación

Se menciona que estamos viviendo una etapa o edad de la decodificación en el sentido que las leyes especiales no se sitúan junto al Código, sino que lo vacían de contenido, dejándolo como sede de disciplinas generalísimas.

En esta etapa de la decodificación los códigos civiles van perdiendo su función de centro del sistema del derecho privado, en la que la figura del negocio jurídico o del principio de autonomía de voluntad se pone en tela de juicio, pues el hombre actual es menos autosuficiente desde el punto de vista económico, mientras que el mercado es más poderoso; la producción y el consumo de masa han producido una estandarización y racionalización de las transacciones, de manera que el contrato individualmente negociado va cediendo ante los modelos contractuales y los contratos de adhesión impuestos por las grandes organizaciones.

Hoy en día, la causas de dicho proceso de decodificación se deben a (*i*) un factor público, consistente en el intervencionismo estatal que busca someter y desmembrar el derecho en general al proceso de aceleración y cambios en las

[388]Como en los casos de la *Ley Federal de Protección al Consumidor* o la *Ley del Contrato de Seguro*, efecto de la decodificación en beneficio de la mayor protección a una de las partes que se presupone en un plano de desigualdad frente a la otra.

circunstancias socioeconómicas; y por otro lado (*ii*) un factor privado, consistente en que el ser humano añade o busca incorporar modelos contractuales al grupo económico al cual pertenece, y los intereses que defiende o buscar que se protejan de la sociedad organizada son los particulares del grupo en el que se integra, dando lugar a ese nuevo problema de la protección de los "*intereses difusos*" que se considera no pueden protegerse por medio de las normas contenidas en los Códigos, sino, acaso como efectos reflejos del ordenamiento.

Y la consecuencia de lo anterior en México, es la desintegración de figuras del Código Civil y la consiguiente creación de nuevas leyes con motivo de dicha protección de intereses de grupos y sectores muy específicos que lo podemos en los dos ámbitos de gobierno como a continuación de se menciona:

(a) A nivel del Distrito Federal.

- Ley de Régimen de Propiedad en Condominio que tiene su fundamento en la copropiedad en el artículo 951 del Código Civil para el Distrito Federal.

- Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado que tiene su fundamento en el capítulo V, del título primero (fuentes de las obligaciones) de las obligaciones que nacen de los actos ilícitos en el artículo 1927 del Código Civil para el Distrito Federal.

- Ley de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia del Distrito Federal y Ley de asistencia y prevención de la violencia familiar del Distrito Federal que tienen su fundamento en Capítulo III (De la violencia familiar), del Título Sexto (Del parentesco, de los alimentos y de la violencia familiar) del Libro Primero (De las personas) del Código Civil para el Distrito Federal.

- Ley de extinción de dominio para el Distrito Federal que tiene su fundamento en el derecho real de propiedad y como consecuencia de los actos ilícitos.
- Ley de firma electrónica del Distrito Federal que tiene su fundamento en los atributos de la personalidad.
- Ley registral para el Distrito Federal que tiene su fundamento en título segundo (Del Registro Público), de la Tercera Parte del Libro Cuarto (De las Obligaciones) del Código Civil para el Distrito Federal.
- Ley de voluntad anticipada para el Distrito Federal que tiene su fundamento en las disposiciones mortis causa del Libro Tercero (De las Sucesiones) del Código Civil para el Distrito Federal.
- Ley de prestación de servicios inmobiliarios del Distrito Federal que tiene su fundamento más en la parte adjetiva del Código de Procedimientos Civiles y Penales del Distrito Federal que en la parte sustantiva del Código Civil para el Distrito Federal.
- Ley para el desarrollo económico del Distrito Federal con un fundamento más administrativo y de política pública que civil.

(b) b. A nivel Federal.

- Leyde Cooperación Internacional para el Desarrollo publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de abril de 2011.

- Leyde Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo de 2009.
- Leyde Uniones de Crédito publicada en el Diario Oficial de la Federación el 20 de agosto de 2008.
- Ley General de Contabilidad Gubernamental publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de diciembre de 2008.
- LeyFederal de Extinción de Dominio, Reglamentaria del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de mayo de 2009.
- LeyFederal para el Control de Sustancias Químicas Susceptibles de Desvío para la Fabricación de Armas Químicas publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de junio de 2009.
- LeyFederal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita publicada en el Diario Oficial de la Federación el 17 de octubre de 2012.
- Leypara Regular las Actividades de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo publicada en el Diario Oficial de la Federación el 13 de agosto de 2009.
- Ley que crea la Agencia Espacial Mexicana publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de julio de 2010.

Frente a esta situación, no debemos olvidar el papel del Derecho Civil como un derecho de la persona y de la organización económico-social que ha sido contenido en los

Códigos y que de su evolución se va determinar la fundamentación en las estructuras socioeconómicas, familiares y personales que siguen siendo la base de la sociedad. Por lo que no debemos descuidar que dichos Códigos pierdan o desnaturalicen los principios base de igualdad, libertad y propiedad que fueron, siguen siendo y deben seguir como los pilares de la nueva sociedad, y en cambio, si debemos buscar la **unificación** todos los códigos civiles de nuestro país. Esta cuestión, en la actualidad, reconocemos el grado de dificultad para resolverse a nivel general, sin embargo se pudiera empezar por las distintas materias, como la unificación del derecho de las obligaciones y la teoría general del contrato o el aspecto patrimonial y de los derechos reales o un código familiar, como objetivos a alcanzar en el corto, mediano y largo plazo.

Para lo anterior, podemos aprovechar los estudios, la experiencia del análisis, los resultados del *Congreso de Pavia* de 1990[389]; de la *Comisión Lando*[390] en el desarrollo de un Código Europeo de Contratos o del Código Europeo Común de Derecho Privado; el Proyecto von Bar o *Study Group on a European Civil Code*; así como de la Resolución del Parlamento Europeo sobre la armonización de determinados sectores del Derecho Privado de los Estados Miembros de 1994 y del 2001; del *Tilburg Group* o *Spier-Koziol Group* que se reunieron para la elaboración de unos "Principios de responsabilidad civil" y otros grupos de trabajo[391] que han continuado con los anteriores

[389] Convocado por el profesor Giuseppe Gandolfi con el título "*El futuro Código de los Contratos*" cuyas reuniones fueron los días 20 y 21 de octubre de 1990.

[390] Comisión de Derecho Contractual Europeo o conocida por sus siglas CECL (*Comission on European Contract Law*), presidida por Ole Lando, profesor de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Copenhague.

[391] Dentro de los cuales se pueden mencionar la reunión del Consejo Europeo de Laecken de los días 14 y 15 de diciembre de 2001; el Comité Económico y Social Europeo del 2002; la sesión de trabajo, taller práctico celebrado en Bruselas el 19 de enero de 2004 bajo el tema *Las cláusulas contractuales y las condiciones generales tipo*; la Conferencia conjunta del Parlamento Europeo y de la Comisión del 28 de abril de 2004;

esfuerzos para lograr la unificación de las distintas materias y con conclusiones muy puntuales respecto a que: **(a)** la unificación jurídico-privada al menos en materia patrimonial fortalecería la unificación política, **(b)** ya no hay marcha atrás en la necesidad de la unificación de la teoría general de los contratos y obligaciones, **(c)** el deseo de las instituciones comunitarias de proceder a una unificación del derecho de familia, y **(d)** la aparición de un nuevo Código de Obligaciones, Contratos y de Derecho de Bienes, entronca en la modernidad del Derecho tradicional.

4. Situación en algunos Códigos Civiles de las Entidades de la República Mexicana

En su gran mayoría los Códigos Civiles de las Entidades de la República Mexicana se han mantenido al margen, de igual manera, de las reformas como consecuencia inmediata de la crisis, sin embargo han buscado sus legislaturas locales actualizar y expedir nuevos Códigos Civiles, dentro de los cuales uno de los más recientes es el **Código Civil para el Estado de Quintana Roo**, que consu entrada en vigor en el año de 2008 lo convierte en uno de los Códigos Civiles más novedosos e innovadores en el ámbito del derecho civil en México, por contener instituciones que no se encuentran reguladas o tienen limitantes tanto en el Código Civil Federal como en el Código Civil para el Distrito Federal:

En materia familiar:

La regulación expresa al régimen de comunidad de bienes en el matrimonio como una persona jurídica distinta de los cónyuges.

En materia de bienes y derechos reales:

La regulación del derecho de superficie[392], la posibilidad de crear y regular por acuerdo de las partes derechos reales distintos de los tipificados[393], la anticresis[394], el reconocimiento expreso al derecho de retención[395], a la cesión de contrato[396], a las obligaciones facultativas[397], y al derecho sucesorio desde mi punto de vista correctamente llamada derecho hereditario.

En materia de obligaciones y contratos:

El reconocimiento de la figura de los negocios jurídicos, la aceptación de la teoría sobre responsabilidad objetiva de la

[392] *Artículo 2207*. El derecho real de superficie faculta a su titular a sembrar, plantar o edificar sobre terreno ajeno o construir por debajo de éste, sin que ningún caso y mientras subsista tal derecho puedan confundirse ambas propiedades, pues la del terreno seguirá perteneciendo al dueño de éste, y la de lo sembrado, plantado o edificado será del superficiario.

[393] *Artículo 2215*. Los derechos reales no reglamentados especialmente en éste Código, ni en ninguna otra ley, se rigen por las estipulaciones de las partes y, en lo que éstas fueren omisas, por las reglas generales del negocio jurídico.

[394] *Artículo 3063*. Por el contrato accesorio de anticresis se constituye el derecho real del mismo nombre sobre un inmueble que el deudor entrega al acreedor, no sólo en garantía de su adeudo, sino que para que éste, de los frutos que el bien produzca, se pague los intereses, si los hay, y el sobrante lo vaya aplicando a la suerte principal. La deuda que así se garantiza puede adquirirse en el momento mismo de la celebración del contrato o existir con anterioridad a esta celebración.

[395] *Artículo 2355*. Existirá el derecho de retención cuando la ley autorice al detentador o poseedor de un bien ajeno a conservarlo en su poder hasta que el dueño de él le pague lo que le adeude, por concepto del bien o por otro motivo.

[396] *Artículo 2408*. Es un contrato con prestaciones recíprocas, cualquiera de las partes tiene la facultad de transmitir a un tercero su posición contractual, siempre que la otra parte consienta, bien en el momento mismo de la cesión, bien antes o bien después de ella.

[397] *Artículo 2486*. Puede una persona contraer la obligación de llevar a cabo determinada prestación, pero con la facultad de liberarse, bien cumpliendo con esa prestación o bien con otra distinta, pero perfectamente precisada y convenida entre esa persona y su contraparte. A la primera de estas obligaciones se le llama obligación principal, y a la segunda, obligación facultativa.

responsabilidad subjetiva, la posibilidad que la pena convencional exceda el monto de la obligación principal[398], la rescisión como forma de terminación de los negocios jurídicos, la regulación a la teoría de la imprevisión mediante las figuras de la imposibilidad sobreviniente y la excesiva onerosidad sobreviniente, la expresa regulación del contrato de tiempo compartido[399], la regulación respecto del mandato irrevocable o irrenunciable[400]. Y por último, los efectos constitutivos[401] del

[398] *Artículo 286*. La cuantía de la pena puede exceder del monto de la obligación principal.

[399] *Artículo 2757*. Por el contrato de habitación en tiempo compartido de casas o departamentos amueblados, el copatidor se obliga a concederle al copartidario el uso del inmueble materia del contrato, por el plazo que convengan; a cambio del uso el copartidario se obliga a pagarle al compartidor un precio cierto y en dinero, en una sola exhibición o en abonos, así como una cantidad más, también de dinero, que puede ser variable, por gastos que se causen por el servicio y mantenimiento.

[400] *Artículo 2852*. A excepción de los casos previstos en el párrafo final de este precepto, el mandato puede ser revocado en todo tiempo y libremente por el mandante o renunciado en igual forma por el mandatario, a pesar de que en el documento respectivo se estipule que es irrevocable e irrenunciable, pues esta estipulación será nula de pleno derecho y se tendrá por no puesta. La parte que revoque o renuncie el mandato en tiempo inoportuno, deberá indemnizar a la otra parte de los daños y perjuicios que la revocación o la renuncia le llegare a causar a esta otra parte. Los casos en que el mandato no puede ser revocado ni renunciado son aquéllos en los que su otorgamiento se hubiera estipulado: a) como condición para celebrar un contrato bilateral de vigencia determinada; y, b) como medio para cumplir una obligación contraída por el mandante.

Artículo 2853. El mandato cuyo otorgamiento se hubiera estipulado como una condición en un contrato bilateral, impide que este último surta efectos, hasta que se confiera dicho mandato.

Artículo 2854. Cuando el mandato se otorgue como un medio para pagar una obligación contraída por el mandante en favor del mandatario, este último está facultado para pagarse al ejercer el mandato

[401] *Artículo 3159*. El registro será constitutivo en lo que respecta a los convenios y contratos por los cuales se adquiere, transmite, modifica o extingue el dominio de bienes raíces o una hipoteca.

Artículo 3160. Los contratos a que se refiere el Artículo anterior sólo se perfeccionan y surten plenamente efectos hasta que se registren.

Registro Público de la Propiedad, que es el único Estado que así se regula, al ser los efectos declarativos de los demás Registros de los demás Estados.

Otros de los códigos civiles a los que nos podemos referir son el **Código Civil del Estado de Tabasco** que de manera novedosa acepta la reproducción *post mortem* con la previa autorización del marido; el **Código Civil del Estado de México** regula los aspectos civiles sobre la donación de órganos; el **Código Civil del Estado de** Jalisco regula el condominio habitacional dúplex, el derecho de uso en tiempo compartido, el derecho de superficie, los títulos de crédito civiles, el derecho de retención, dentro de los contratos preliminares regulan expresamente a la opción y a la carta de intención, las distintas clases de arrendamientos como el de membresías de clubes y el arrendamiento con opción a compra .

Sin ser objeto del presente, podemos mencionar que al realizar un análisis a profundidad en algunas otras de las instituciones[402] del Derecho Civil, en cada uno de los Códigos Civiles de las Entidades o Estados de la República Mexicana, podemos encontrar variantes en su regulación sin existir uniformidad y homogeneidad.

5) Papel actual del abogado y del académico:

Las profesiones jurídicas tienen que responder a la globalización o internacionalización del derecho, y en particular del Derecho Civil, por su regulación a las relaciones familiares, sociales y económicas, así como la organización e interrelación de todos los factores y operadores relacionados con lo jurídico.

[402] Por ejemplo en los temas de los regimenes económicos supletorios en el matrimonio, de los bienes que forman parte de la sociedad conyugal, del divorcio, de las clases de testamentos, del testamento inoficioso, de la regulación sobre prelación para la propiedad y los derechos reales, la regulación sobre clases y contenido de los derechos reales y contratos, del plazo de vigencia del contrato de mandato, por mencionar algunos.

Por el hecho de estar en contacto permanente con la realidad de la sociedad, tenemos la obligación frente a la misma en nuestra intervención profesional de no limitarnos sólo al campo de lo jurídico, sino de lo humano y de la lucha constante para lograr un mejor entorno social. Debemos buscar que se logre el sacrificio del ánimo de lucro para encontrar la creación de valor y riqueza con una visión integradora, de largo plazo y como concepto axiológico.

Los abogados podemos ser el referente de un mundo sin límites, ni fronteras o dónde las limitantes no sean un factor de exclusión sino de unión, de enriquecimiento cultural o educativo para tutelar, integrar y conformar el interés general. Esto se puede lograr con instituciones globales, que permitan mejorar los distintos sectores de la sociedad civil, componente principal del Derecho Civil, pues corresponde a este último tutelar y regular a la persona en si misma y en el medio familiar o social, es decir, en su vida básica de interrelación.

6) Actividad Jurisdiccional

El papel actual de los órganos e instancias jurisdiccionales ha sido de vital importancia por la sensibilidad particular y colectiva que debe plasmarse en sus sentencias y resoluciones, teniendo la labor de lograr que las prestaciones sean adecuadas, las sanciones correctivas y las medidas impuestas preventivas para evitar un desequilibrio entre los distintos factores y circunstancias presentados como consecuencia de todas la afectaciones analizadas por la crisis financiera, debiendo lograr y materializar en su actividad el cumplimiento de los ideales de justicia y equidad; de ahí que deben tener todos los integrantes de este poder judicial un conocimiento a profundidad de las causas y efectos, problemas y soluciones, de las mayorías y minorías, de los intereses generales y particulares, de los acciones y reacciones, de las hipótesis normativas y sus

consecuencias, de las lagunas de la ley, de las disposiciones inaplicables para lograr restablecimiento del *status quo*. Dentro del ámbito del derecho civil tenemos numerosas tesis jurisprudenciales y jurisprudencia en todas las instituciones que conforman al mismo, sin embargo dentro del tema que nos ocupa referente al derecho civil en relación a la crisis financiera, las mismas las podemos encontrar en las materias del derecho financiero, mercantil o económico.

7) Conclusiones.

Primera. La legislación civil en nuestro país ha permanecido estática, con cambios mínimos desde los Códigos Civiles de 1870, 1884 y el de 1928 hasta los años setenta en la que se reconocieron y regularon avances como la emancipación de la mujer, se abordó el problema del niño maltratado que dio origen a la protección de menores, se incluyó la regulación sobre la violencia familiar, la equiparación de los derechos de la concubina y el concubino, entre otros.

Segunda. En nuestro país tenemos gran experiencia frente a las crisis, que ha sido por vivir en continua crisis lo que ha dado por resultado una excesiva protección y barreras que eviten grandes caídas económicas, lo que paradójicamente genera que por dicha rigidez esto no resulte en una actualización del Derecho Civil en México objeto de análisis en el presente trabajo, existiendo así un rezago y nula innovación frente a las nuevas tecnologías.

Tercera. En opinión de varios autores, abogados e integrantes del poder judicial y legislativo, coincidimos en que los avances científicos, tecnológicos y en general los derivados de la globalización y otros fenómenos actuales como las crisis financieras iniciada en el 2008 no han sido recogidos por el o los Códigos Civiles de México y si ha dado por resultado que más disciplinas sean autónomas, existiendo una *decodificación*

mediante la creación de nuevas leyes, reglamentos y circulares que en vez de tratar los supuestos generales, han cometido el error de tratar supuestos particulares para un país que históricamente está acostumbrado a los casos concretos y particulares y no generales.

Cuarta. Al momento de exponer las presentes líneas, nuestro país vive un momento de reconocimiento a la labor de los legisladores federales por su participación durante 20 meses en las siguientes 11 reformas estructurales: (*1*) energética; (*2*) financiera; (*3*) telecomunicaciones; (*4*) competencia económica; (*5*) hacendaria; (*6*) laboral; (*7*) educativa; (*8*) política-electoral; (*9*) en materia de transparencia; (*10*) nueva ley de amparo; y (*11*) el código nacional de procedimientos penales.

Quinta. En dichas reformas estructurales dejaron fuera el Código Civil Federal y los demás Códigos Civiles para las demás Entidades, por lo que se exige un esfuerzo creador para la elaboración de un Derecho Civil para una sociedad nueva, más compleja, más exigente y con una metodología nueva. Así como se ha logrado tener actualmente un Código Nacional de Procedimientos Penales, podemos contar con un Código Civil Nacional, abrogando el Código Civil Federal y cada uno de los Códigos Civiles estatales, con reformas necesarias que deben ser implementadas para adecuarnos a la necesidades personales, familiares y patrimoniales en el Derecho civil como consecuencia de las trasformaciones económicas y sociales en el entorno mundial.

Sexta. Con o sin crisis para que México sea una Nación prospera requiere de un auténtico Estado de Derecho en el que se apliquen las leyes existentes.

Evolución de las instituciones del derecho de las obligaciones entre crisis económica y sobre endeudamiento[403]

Evoluzione degli istituti del diritto delle obbligazioni tra crisi economica e sovraindebitamento

Enza Pellecchia
Università di Pisa

Sommario: Introducción. 1. Una cuestión preliminar. 2. La Ley 3/2012 y sus posibles reflejos sobre la disciplina general del reporto obligatorio. La evolución del paradigma de la responsabilidad deudora. 2.1. El interés del deudor a la liberalización del complejo de las deudas mediante la reestructuración. 2.2. Los procedimientos de composición de las crisis de sobreendeudamiento en el cuadro de los instrumentos de renegociación/manutención. 3. El interés a la reestructuración del débito como interés relevante aunque con el simple reporto obligatorio. 4. La inexigibilidad de las prestaciones. 5. Conclusiones.

Resumen: La crisis económica y el crecimiento de la deuda han transformado un problema individual en un problema social y han llamado la atención sobre el antiguo tema de la diferencia de trato de la insolvencia civil y la insolvencia comercial. Con la ley 3/2012 el legislador italiano ha introducido nuevas reglas para la solución de la crisis de endeudamiento. Estas reglas –relativas a situaciones específicas– sugieren reflexiones y caminos de investigación con relación al derecho general de las obligaciones.

[403] Traducción al español de Eber Betanzos del texto original en italiano.

Riassunto: la crisi economica e la crescita del sovraindebitamento hanno trasformato un problema individuale in problema sociale e hanno richiamato l'attenzione sul tema antico del differente trattamento dell'insolvenza civile e dell'insolvenza commerciale. Con la l. 3/2012 il legislatore italiano ha introdotto nuove regole per la composizione delle crisi da sovraindebitamento. Queste regole – relative a situazioni specifiche – suggeriscono riflessioni e percorsi di indagine con riguardo al diritto generale delle obbligazioni.

Palabras clave: crisis económica, insolvencia civil y comercial, sobreendeudamiento.

Parole chiave: crisi economica, insolvenza civile e commerciale, sovraindebitamento.

Introducción

El "antiguo" tema del deudor civil se coloca de nuevo difuso en el contexto general de la crisis económica y pide respuestas adecuadas, sobre todo porque hay un número siempre mayor de deudores (y por tanto de acreedores).

La vuelta a este antiguo tema viene indicado con la expresión sobre endeudamiento.

El jurista italiano que desee indagar el tema del sobreendeudamiento debe, primero que todo, buscar coordinar las referencias útiles para un tratamiento sistemático del problema.

El tema va de no otra forma encuadrado en la cuestión relativa al tratamiento diferenciado reservado en nuestro ordenamiento al deudor civil y al deudor comercial en el caso de insolvencia: el primero, sujeto a la disciplina de los procedimientos

ejecutivos individuales, el segundo, aceptado en los procedimientos concursales.

Nada releva la presencia de puntos de contacto entre la insolvencia del código civil y la insolvencia de la ley de quiebra, pero excluye que éstas coincidan.

Se presentan, en cambio, como situaciones de desequilibrio de tipo patrimonial, pero la afirmación recurrente que al final de la quiebra no sea necesaria un efectivo exceso en el pasivo respecto del activo, asume de otro modo la relevancia de la decisión en el hecho de que el deudor sea obligado a recurrir a medios anormales para hacer frente a sus propias obligaciones.

Una situación de "desventaja económica" –o sea de desequilibrio entre los elementos activos y pasivos– parecería de otro modo suficientemente ligada a los efectos de la decadencia del deudor en términos del beneficio del término.

Entonces, la insolvencia regulada en el Código Civil expresa la esencia del deterioro de la garantía patrimonial, la insolvencia comercial la encuentra, en cambio, en la pérdida del crédito.

A la originaria unidad conceptual de la insolvencia como desequilibrio patrimonial se ha hecho una diferencia disciplinaria de los efectos, que encuentra la valoración de diferentes tipologías de riesgo y de interés.

Puesta en consideración por el Código Civil, en las normas en cuyo contenido se hace referencia a la insolvencia y la incapacidad de la garantía patrimonial: el objetivo es sacar provecho a la ejecución forzada. El riesgo tomado en consideración por el artículo 5° de la Ley de Quiebras es en cambio la eventualidad de que el deudor a la medida no pague[404].

A pesar de sus diferencias, la insolvencia civil comercial y la insolvencia encuentran un punto de contacto en la

[404] STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 159-163.

preeminencia atribuida por el ordenamiento a los intereses de los acreedores.

De frente al fenómeno del sobre endeudamiento, el tema "antiguo" de la insolvencia del deudor civil se manifiesta de nuevo difuso: tanto por la dimensión, cuanto por el entrelazamiento con cuestiones más generales (progresiva desregulación del mercado de crédito, volúmenes siempre mayores de financiamiento al consumo, transición de la *cash society* a la *credit society*, reducción de las prestaciones erogadas gratuitamente por el Estado Social con consecuentes tasas altas de interés para satisfacer las necesidades fundamentales).

En un contexto así amplio y articulado, la cuestión del sobreendeudamiento y de la dificultad o imposibilidad de cumplir demanda respuestas de parte del ordenamiento.

La elaboración de ellas parece todavía encontrar más obstáculos que puntos de apoyo en la disciplina de la relación obligatoria y en el de las obligaciones pecuniarias, tanto a primera vista, inadecuadas para hacer frente al problema del sobre endeudamiento: la primera porque fue construida en términos abstractos y neutros que no dejan espacio a la valoración de la condición económica del deudor y con el fin de fijar, en relación a ésa, la medida de la obligación, y por lo tanto de la responsabilidad en caso de incumplimiento; la segunda porque se consideraba excento de la regla del art. 1256 C.C. sobre la imposibilidad sobrevenida de la prestación.

Sin embargo, en el "derecho de las obligaciones" y "la materia en la cual mejor han podido expresarse, en la historia de la investigación jurídica, las dos actitudes fundamentales de los juristas: una dirigida a la creación de esquemas racionales capaces de traspasar el tiempo; el otro sensible a la fuerza económica de los hechos". La disciplina de la relación obligatoria parece –con su tecnicismo– trascender a la historia y a los ordenamientos; pero el vínculo entre el acreedor y el deudor "más que cualquier otro, vive en la concreción de la realidad de las relaciones económicas, con una flexibilidad de

expresión que no encuentra comparación incluso en la disciplina de la propiedad y de los derechos sobre las cosas; es decir en el otro gran sector del derecho privado patrimonial[405]. La misma área de las deudas y de los cumplimientos pecuniarios de repente sufrió –en las prácticas de los mercados, en la disciplina legislativa y sobre todo en las interpretaciones de los tribunales– vistosas metamorfosis[406]: pero como ahora "la norma y las cláusulas generales, en los complejos cambios de las transacciones que presuponen cumplimientos pecuniarios, contribuyen a definir los límites de la legítima pretensión del acreedor".

Incluso entre las grietas de un sistema tendencialmente indispuesto a poner en discusión la irrelevancia de la impotencia económica del deudor se está muy atento a la salvaguarda de las condiciones del crédito[407]; el intérprete puede ahora probar tejer una red de protección para el deudor sobre endeudado: ya sea haciendo uso de la cláusula general de buena fe para construir hipótesis de abuso en el ejercicio del derecho al crédito y la inexigibilidad de las prestaciones, o valorando los elementos de flexibilidad introducidos por la Ley 3/2012, la cual –a pesar de muchas imperfecciones, ambigüedades, omisiones– consagra el surgimiento del *interés del deudor a la reestructuración de la deuda* y lo coloca en una relación dialéctica con un amplio *interés general* a las soluciones de sobre endeudamientos, también en función de superar la crisis económica.

---

[405] BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P.Zatti, Giuffrè, Milano, 1991, p. 2. V. también CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, vol. 9, t.I, Utet, Torino, 1984, pp. 5-10; MARRONE, *Il problema delle obbligazioni: una rilettura in chiave storica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, pp. 785-793.

[406] Cfr. Cass. SS.UU. 18 dicembre 2007, n. 26617, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, pp. 751-756.

[407] SCHLESINGER, *Le ragioni del credito*, in *Riv. dir. proc.*, 1995, p. 320.

Se trata de un interés que, si se observa bien, no puede decirse específicamente solamente del deudor en concreto ya sobre endeudado, pero es más bien una manifestación del *interés del deudor a la liberación del vínculo obligatorio*: en consecuencia, dentro de la singular relación crédito-deuda individual, el deudor todavía no sobre endeudado, pero en creciente dificultad, podría solicitar a su acreedor iniciar una reestructuración, para evitar una espiral de endeudamiento y preservar la posibilidad de cumplir, salvaguardándose, de ese modo, el interés de todos los acreedores.

1. Una cuestión preliminar

Hay una pregunta que hay que abordar primero: relativa a la oportunidad o no de dar presa una intervención del legislador en la relación entre acreedores y deudores apenas que el deudor se encuentre en dificultades económicas. Se delinea de hecho un conflicto potencial entre la norma jurídica según las deudas que deben cumplirse y el valor de una red de protección social para aquellos que han calculado mal los riesgos o sufren las consecuencias de un desafortunado cambio de circunstancias.

El encuentro de estas diferentes instancias genera fricciones las cuales a menudo se polarizan en el contraste de visiones sobre el rol de la regulación del mercado y la relación entre autonomía privada y la intervención legislativa.

El debate entre estas posiciones se representa con frecuencia como la contraposición entre *autonomía* y *paternalismo*.

Aquellos que consideran a la autonomía como un valor absoluto observan que cada uno es el mejor juez de sus propios intereses, que perseguir la felicidad de los demás es despótico e ilegítimo y que los costos de la protección de "*los sujetos vulnerables*" se transfieren a los mismos beneficiarios, en virtud del llamado efecto *backfiring*: en último análisis, las medidas de protección que hay que resolver en el mediano y largo plazo, en

detrimento de los más débiles, lo que impide el acceso al mercado a los que están en la parte inferior de la escala social[408].

Los partidarios del paternalismo replican que el énfasis de la autonomía privada es irreprochable en el plano lógico, pero completamente fuera de la realidad en el plano práctico, ya que presupone condiciones de la libertad y de la racionalidad de los sujetos que no pueden ocurrir en el mundo real: no todo se puede reconducir a la perspectiva de la superación de las "fallas del mercado", tal vez al aumentar los instrumentos informativos, a juzgar, por el contrario, totalmente insatisfactoria para proteger a las personas, "no en el grado de hacer sus propios intereses", debido a la incapacidad para elaborar y anilizar la información. Los individuos –se hace notar en un nivel más general– no son en absoluto libres, de hecho viven constreñidos en una densa red de condicionamientos sociales, económicos y jerárquicos, que puede comprometer gravemente la libertad de elección[409]. Para afrontar estas situaciones sin tener que reemplazar el tema en la formulación de elección, pero sosteniendo con instrumentos poco invasivos, se propone –haciendo un uso provocador de un oxímoron– un "paternalismo libertario" o "asimétrico": un paternalismo relativamente tenue y poco invasivo, que no bloquee, impida o vuelva excesivamente onerosa la elección, pero –preservando la libertad de elección (y por lo tanto de corte "libertario") trata de empujar a las personas a tomar decisiones que mejoren sus condiciones de vida–. Este paternalismo "leve" requiere la formulación de medidas destinadas a ayudar a los individuos menos sofisticados, imponiendo al mismo tiempo –por lo tanto, dándose la

[408] CAYNE–TREBILCOCK, *Market Considerations in the formulation of consumer protection policy*, 23 *Univ. Toronto Law Journal.*, p. 396 (1973).

[409] Para una républica a la acusación de ineficiencia del paternalismo v. ZAMIR, *The Efficiency of Paternalism*, in 84 *Va. L. Rev.* (1998), p. 229.

naturaleza "asimétrica"– un costo mínimo sobre los sujetos más sofisticados[410].

Más allá de la oposición radical entre el paternalismo y el anti paternalismo, un dato puede decirse que está bastante consolidado: la evolución del derecho en importantes sectores se trasladó definitivamente a la enseñanza del principio de autonomía (dependiendo del caso, conservando o ampliando el poder de elección y el autogobierno de las personas) pero al mismo tiempo se ha agudizada la atención sobre los procesos cognitivos así como de la toma de decisiones, con el rechazo de cualquier aproximación radical y apriorísticamente antipaternalistica, a favor de una posición más matizada, pragmáticamente atenta a las peculiaridades de los distintos sujetos, los diferentes negocios, y las diversas circunstancias. El derecho contractual –el cual ha estado de hecho subrayado- "no sólo es capaz de establecer las reglas del juego, sino que también interviene para repartir el correo a los jugadores", ya que "a través del conjunto de reglas por las cuales la disciplina de los contratos permite o prohíbe a las partes el conseguir ciertos resultados" también determina "la medida de su propio poder contractual"[411].

Incluso con respecto al sobre endeudamiento, la complejidad del problema exige el abandono de ciertos asuntos económicos exasperadamente perjudiciales y anti paternalistas los cuales se han convertido en insostenibles; sobre todo en la cara de una llamada crisis financiera, que también fue "una crisis científica clamorosa[412]": se rasgó el velo de la llamada

[410] C. R. SUNSTEIN–R.H. THALER, *Libertarian Paternalism*, in 93 *American Economic Review* 175 (2003); C. R. SUNSTEIN–R.H. THALER, *Libertarian Paternalism is not an Oximoron,* in *70 University Chicago L. Rev.* pp.1159-1163 (2003)

[411] G. MARINI, *Distribuzione e identità nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit.dir. priv.*, 2010, p. 88.

[412] R. NATOLI, *Il contratto "adeguato". La protezione del cliente nei servizi di credito, di investimento e di assicurazione*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 22-

finanza innovadora y se hizo evidente que atrás no había "un genio benévolo que con mente matemática guiara al mercado a través de la eficiencia, pero sí un grupo exagerado de tiburones, personas honestas, charlatanes y algunos intelectuales serios, que en su mayoría juegan con dinero de otras personas"[413].
Se impone, por tanto, la necesidad de respuestas articuladas al fenómeno del sobre endeudamiento.

El uso de herramientas del derecho común para la gestión, a nivel de la singular relación obligatoria, de situaciones de dificultad legal a problemas de liquidez, no presenta perfiles de novedad ni de incompatibilidad con el principio de autonomía privada y el derecho de las obligaciones. Las así llamadas liquidaciones negociales (entre las cuales se abre la cesión de los bienes a los acreedores), el mandato *in rem propriam*, el *pactum de non petendo*, el *pactum ut minus solvatur*, la consolidación de los intereses, la postergación de los créditos, la renegociación, son instrumentos ya largamente utilizados en la praxis, pero insuficiente en comparación con un problema que exige respuestas más incisivas, sea para satisfacer la creciente demanda de "concursalidad" en la gestión de la crisis del deudor civil, sea para evitar que debido a las deudas de un número significativo de sujetos sea necesario presionar al de debajo a la línea de pobreza o al circuito de la usura, lo cual produce graves consecuencias sociales.
Ocurre entonces una prospectiva diversa, un desplazamiento de atención, de la singular relación obligatoria al balance entre los intereses económicos individuales y colectivos: en esta diversa

24. V. anche GRUNDMANN, *L'unità del diritto privato. Da un concetto formale a un concetto sostanziale di diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 602. Un trabajo magistral en STIGLITZ, *I ruggenti anni Novanta. Lo scandalo della finanza e il futuro dell'economia*, Einaudi, Torino, 2004.

[413] MORRIS-SPAVENTA, *Crack. Come siamo arrivati al collasso del mercato e cosa ci riserva il futuro*, Elliot, Roma, 2008, p. 216; NIGRO, *Crisi finanziaria, banche, derivati,* in *Dir. banca e merc. fin.*, 2009, I, pp. 13-18; CARRIERO, *La crisi dei mercati finanziari: disorganici appunti di un giurista*, ivi, 2009, I, pp. 197-199.

prospectiva la intervención del legislador no es vista como una distorsión de las reglas generales en materia de la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones, sino como un replanteamiento de esas normas, a la luz de los intereses en juego.

De hecho, el principio *pacta sunt servanda* funciona bien, siempre y cuando las hipótesis de insolvencia sean relativamente bajas, pero cuando el problema crece en un gran número, surgen dudas acerca de la tenencia y la eficiencia del principio, cuya aplicación estricta podría requerir al deudor largos años de esfuerzo para el intento de tratar de pagar a los acreedores, con pocos incentivos para ganar un poco más dinero (ya que casi todo el ingreso va a los acreedores) y alcanzando consecuencias negativas en un amplio rango, que se extienden a otros miembros de la familia (el problema de la pobreza infantil en Italia es de dramática actualidad), lo que provoca un grave proceso de exclusión social.

Es de destacarse que el origen de la primera ley europea sobre el sobre endeudamiento de los derechos civiles del deudor –aquella norma danesa de 1972– ha considerado el impacto de los problemas económicos en la salud de los deudores y de sus familias: un abogado llamado Bang Olsen, impresionado por los datos proporcionados por la Asociación Médica de Dinamarca sobre la estrecha relación entre la medicina social y el sistema legal, organizó a un grupo de médicos y de abogados para explorar el tema. El informe final del grupo de expertos constituyó el núcleo para la posterior intervención de la legislatura, que, sin embargo, abandonó el enfoque originalmente "humanitario", prefiriendo una postura pragmática para dar una respuesta eficiente a un problema percibido como no limitado a la sola relación entre el deudor insolvente y el acreedor, y siendo de tal gravedad que afecte a toda la comunidad.

Además, un sistema centrado sólo en el interés de los acreedores tiene fuertes implicaciones en un nivel más amplio, en relación con el sistema de impuestos y servicios. De hecho

para los deudores, privados por las razones expuestas del incentivo para trabajar y ganar más, pagaran menos impuestos (a medida que ganan menos) y pesarán de más en el Estado, prefiriendo vivir en un Estado de Bienestar, en lugar de tomar la iniciativa de mejorar su situación. Por último, en un contexto general de competitividad global, si un país priva a un gran número de individuos de los incentivos para trabajar y ganar, se habrá perdido la competitividad del sistema económico en su conjunto.

Propiamente, a la luz de estas consideraciones, la adopción de disciplinas específicas sobre el endeudamiento ha sido buscado por mucho tiempo –y en gran medida adoptada en la mayoría de los ordenamientos– como una expresión de la elección de no sacrificar a la estricta observancia de los derechos de los acreedores al bienestar de la comunidad, ofreciendo en su lugar, a los deudores, perspectivas de salida de la "moderna esclavitud", a través de la confrontación de sus créditos e incentivos para permanecer en el circuito de la productividad, en lugar de entrar en el asistencialismo.

2. La Ley 3/2012 y sus posibles efectos sobre la disciplina general de notificación obligatoria. La evolución del paradigma de la deuda de responsabilidad.

La introducción en Italia de los instrumentos para la composición de la crisis por sobreendeudamiento es reciente: surgió con la Ley No. 3/2012.

La nueva disciplina ofrece no sólo un procedimiento único de composición de la crisis, sino tres, dispuestos en una especie de diagrama *épsilon*[414], a lo largo de un camino trazado a veces en forma común y en otras específicamente. Ellos son de hecho contemplados en tres formas de composición de la crisis:

[414] PACIELLO, *Prime riflessioni (inevitabilmente) critiche sulla composizione della crisi da sovraindebitamento*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, II, p. 84.

el acuerdo del deudor, el plan de los consumidores, y –en alternativa o, en algunas hipótesis, en consecución de ambos procedimientos, la liquidación del patrimonio.

El *acuerdo del deudor* (que puede ser planteado a *todos* los sujetos "no falibles") tiene por objeto la reestructuración de las deudas y la satisfacción de las reclamaciones sobre la base de un plan –aprobado por una mayoría calificada de acreedores–, que también es vinculante para los disidentes.

El *plan del consumidor* prevé, análogamente al acuerdo del deudor, la reestructuración de las deudas y la satisfacción de los créditos, pero está reservado solamente al deudor persona física que haya asumido obligaciones exclusivamente para fines no relacionados con la actividad empresarial o profesional eventualmente modificada: prescinde de un acuerdo con los acreedores, siendo sujeto únicamente a la homologación por parte de la desición de un juez.

Por último, la *liquidación del patrimonio* (que puede ser llevada por *todos* los deudores no falibles), es –se desarrolla a lo largo de las líneas de la liquidación de bancarrota– la liquidación de todos los bienes del deudor, comprendiendo aquellos que se producirán en los próximos cuatro años, con la excepción de las mercancías que tengan el carácter personal: se realiza mediante un liquidador con el uso de procedimientos competitivos y, como el plan del consumidor, prescinde de un acuerdo con los acreedores, en cuanto está sujeta únicamente a la aprobación del juez.

Aunque esta breve descripción sugiere la idea de una legislación complicada, que –como se verá– oscila entre dos paradigmas: un paradigma *liberal*, en el cual el objeto de la regulación es el mercado, con el incentivo de los deudores para acceder al crédito y ser sujetos económicamente activos; y un paradigma de *welfare*, en el cual el objetivo de la regulación no es la eficiencia del mercado, pero sí la protección del deudor en contra de los riesgos sociales (enfermedad, desempleo y otros

cambios traumáticos e inesperados en su situación económica)[415].

La Ley 3/2012 –a pesar de sus muchos defectos– aporta elementos de novedad no despreciable que se pueden resumir en: la evolución del paradigma que ha dado forma a la notificación obligatoria; el surgimiento del interés del deudor en la liberación a través de la reestructuración; la aplicación de posibles remedios para el "mantenimiento" del informe requerido.

A cada uno de estos perfiles se dedicarán algunas consideraciones.

En cuanto a lo concerniente a la evolución del paradigma de la responsabilidad deudora, el dato sobre el cual se reflexiona es representado por el hecho de que la nueva disciplina conforma a la condición deudora, no en forma atomística si no en la prospectiva de la pluralidad de relaciones que van al deudor: los datos cuantitativos producen un cambio cualitativo que se traduce en la evolución del paradigma.

La suma del aumento de la incapacidad para cumplir trasciende la relación individual de donde se origina y desplaza el remedio a un nivel diferente, en donde la mera yuxtaposición de relaciones aisladas y no comunicantes da paso a la interdependencia y en donde los instrumentos de tutela respecto al riesgo de insolvencia, la responsabilidad por defecto y la ejecución forzada –pensados en la lógica de la relación aislada– dan paso a la lógica plural de la reestructuración de la deuda.

En esta nueva estructura se registran importantes cambios, relacionadas con el deudor, el acreedor y la relación obligatoria. Por cuanto concierne al deudor, su interés en la liberación de la obligación singular envuelve el interés para la liberación de todas las deudas a través de su reestructuración:

[415] NIEMI–KIESILAINEN, RAMSAY, WHITFORD, *Introduction*, in *Consumer Bankruptcy in global perspective*, Hart Publishing, 2003, p. 10. V. anche TABB, *Lessons from the globalization of consumer bankruptcy*, in (2005) 30 *Law & Social Inquiry*, pp. 763-768.

para dar voz a este interés –que, como veremos, es un interés *individual* al cual corresponde un amplio *interés general* para la solución de situaciones de sobreendeudamiento, también en función de la superación de la crisis económica– la Ley 3/2012 atribuye al deudor en un estado de endeudamiento la posibilidad de "proponer a los acreedores, con el auxilio de los organismos de composición de la crisis (...) un acuerdo de reestructuración de la deuda" (Art. 7).

En cuanto al acreedor, ya no es más el "señor de la relación individual", pero si uno de los acreedores de un *pool*: la corrección del ejercicio de su derecho será evaluado no simplemente en la relación individual, sino en el nuevo marco mas complejo diseñado en una pluralidad de informes que interfieren uno con el otro.

Por último, en cuanto a la relación obligatoria, se desvanece la percepción de los aspectos de la dimensión de la obligación individual atomista: cambia, sobre todo, la valoración de la incidencia de las condiciones patrimoniales del deudor en la relación obligatoria.

En la perspectiva del Código Civil –de exclusiva tutela de las razones del crédito– en cuanto el cambio en las circunstancias patrimoniales del deudor ponen en peligro la obtención de los resultados, la respuesta del sistema se manifiesta en la concesión de instrumentos que fortalecen la tutela o abrir la posibilidad de formas de auto tutela al acreedor.

En la perspectiva de la l. 3/2012, el fracaso del deudor –en el cual confluyen fracasos actuales y potenciales– se abre el camino para que los recursos de "mantenimiento" que erosionan la rigidez del patrón binario "cumplimiento/incumplimiento" sobre la cual se ha basado la disciplina de las obligaciones y se conquista el espacio a las leyes especiales.

2.1. El interés del deudor a la liberalización del complejo de las deudas mediante la reestructuración

La importancia atribuida por el derecho de las obligaciones al interés del acreedor no ha impedido que la doctrina tome los signos de la relevancia también de los intereses relacionados con el deudor.

Entre estos intereses particular importancia fue dada a los intereses del deudor en la liberación de la fianza, deducida principalmente de la disciplina de pago, el acreedor: aunque tenida –en virtud de una obligación específica– para hacer una prestación, el deudor también tiene un interés a liberarse con celeridad del trámite de cumplimiento. La satisfacción de este interés implica la colaboración del acreedor, que puede justificar faltar –con el consecuente sacrificio del interés del deudor– sólo si hay una razón legítima.

Ninguna prestación exacta puede, evidentemente, ser ofrecido por el sobre endeudado deudor, el cual mucho menos puede invocar su propia perturbación económica para justificar el incumplimiento o el retraso. Sin embargo, el deudor sobre endeudado puede hoy –a la luz de la l. 3/2012– intentar llegar a un acuerdo con una porción justificada de acreedores para una reestructuración compleja de su situación deudora: fuera del cumplimiento alternativo cumplimiento/incumplimiento, el deudor tiene que cumplir "cómo, cuándo y dónde puede", basado en una plan establecido con la ayuda de organizaciones establecidas específicamente y equipadas para una determinación de factibilidad.

La constelación de intereses que pueden encontrar su expresión en la relación obligatoria se ha enriquecido: además del interés del acreedor (presidido por la responsabilidad por incumplimiento, de la garantía patrimonial genérica y de los procedimientos ejecutivos) y el interés para la liberación del deudor que ha ofrecido una contraprestación exacta rechazada sin motivo legítimo (trámite tutelado de la mora el acreedor), se encuentra ahora la colocación del interés del deudor

sobre endeudado a la reestructuración de su propia compleja exposición.

El interés del deudor se coloca en el marco de un *interés general* más amplio para la solución de la situación de sobreendeudamiento. Y sin embargo, la dialéctica entre el interés individual y el interés general se puede atribuir el establecimiento de los órganos de composición de la crisis. La amplitud del rango de acción, la multiplicidad y complejidad de las funciones, la ampliación de los poderes atribuidos a los órganos de composición de la crisis son elementos que serían demasiado reductivos para confinarlos al interior del solo intento deflacionario del contencioso judicial. Las funciones y atribuciones de los organismos de composición –a pesar de toda la ambigüedad subrayada– nos dicen algo acerca de la importancia que el legislador ha decidido asignar a la gestión del sobreendeudamiento. La evaluación positiva de este interés por parte del legislador está en el origen de la atribución a los órganos de la composición de la crisis de un "poder no sólo de la matriz privada, sino que para algunos aspectos reconducible a la esfera pública".

2.2. Los procedimientos de composición de las crisis de sobre endeudamiento en el cuadro de los instrumentos de renegociación/manutención

Diversamente a lo previsto en el derecho de los contratos –en donde destaca la institución de la resolución por excesiva onerosidad, a la cual se apoyan disciplinas para contratos singulares individuales– el derecho de las obligaciones no contempla instrumentos para la gestión de contingencias que inviertan la relación obligatoria: "el contrato por sí no es inmune al cambio sobrevenido mutuamente de las circunstancias, incluidas las económicas, que no podrían, ni siquiera alterar su fisiología (...), inmunes en cambio la relación obligatoria que ha surgido del contrato respecto del cual pierde toda relevancia la

eventual alteración intervenida en el marco dentro del cual se ha colocado"[416].

Se discute, es cierto, si el remedio del artículo 1467 cod. civ. referente al contrato o más bien a la obligación, sobre si se protege directamente el *equilibrio contractual* entre la prestación, o más bien la posición del *deudor* grabado, si la incidencia del remedio sobre el contrato sea un reflejo mediado por la tutela concedida al deudor (aunque sea calificado por el ser deudor del contrato). Pero queda insuperable la relevancia que la excesiva onerosidad sobrevenida "debe golpear a la prestación en su objetividad, *no en las condiciones subjetivas del deudor* (también relevante para los fines de ejecución)"[417] y que "el remedio no es dado a un deudor en dificultad con la propia prestación, pero si a un contrayente que ve alterada a su propio daño la razón de intercambio del contrato"[418].

Ni siquiera el fructífero debate sobre el "mantenimiento" y la adaptación de los contratos, se puede decir que han tenido un eco significativo en el contiguo pero diverso territorio de la relación obligatoria.

Particularmente interesante –por la discontinuidad que causa– es por lo tanto la previsión de la Ley 3/2012 de procedimientos para la composición de la crisis, con la cual la lógica del mantenimiento se expande a las obligaciones, como un instrumento para poner remedio al sobre endeudamiento: la impotencia económica, impotencia del deudor, pasa a ser condición irrelevante –en la óptica de la responsabilidad por incumplimiento que gobierna la relación individual obligatoria – un presupuesto de acceso a un procedimiento para la gestión de una situación general de dificultades que afecta a todas las relaciones de los cuales es parte el deudor.

---

[416] MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Jovene, Napoli, 2012, p. 152.

[417] ROPPO, *Il contratto*, *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica e Zatti, Giuffrè,Milano, 2001, p. 1021.

[418] ROPPO, *op. cit.*, p. 1031.

Incluso en la disciplina de la relación obligatoria –"donde de aquí en adelante se ha establecido la necesidad de una dogmática pura"– vacila siempre más "la imagen de una antigua razón ética, inmune como tal a las contradicciones sistemáticas relacionadas con los tiempos."[419]

3. El interés a la reestructuración del debito como interés relevante aunque en el simple reporto obligatorio

Si se considera –como aquí se hace– que el interés del deudor sobre endeudado es una declinación posible del mas general interés del deudor a la liberación del vínculo, ya al interior de la singular relación obligatoria el deudor todavía sobre endeudado, puede solicitar a su acreedor iniciar una reestructuración.

Se debe andar con mucho cuidado por esta vía, para no ofrecer justificación al descuido como escapatoria para el deudor, alentando tácticas meramente dilatorias o estrategias de artificiosa representación de una interrupción inexistente dirigida a conseguir beneficios en detrimento de los acreedores.

La idea es todavía aquella de adaptar la relación a la concreta capacidad de cumplimiento del deudor diligente víctima de eventos –desempleo, enfermedad, divorcio– perturbadores de su esfera económica. El deudor tiene interés en cumplir, porque tiene interés en evitar la ejecución forzada y también porque sabe bien que una reputación de fiabilidad y solvencia es condición esencial en una sociedad basada en el crédito.

La anticipación de la reestructuración de la deuda al interior de la relación única podría desempeñar una eficaz acción preventiva del sobreendeudamiento, consintiendo tener bajo control los signos de una posible crisis y evitando la degeneración en ella.

[419] BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 4.

En cuanto más tempestivamente vengan activadas medidas de flexibilización de la relación, tanto menores serán los ajustes necesarios (por ejemplo, puede ser suficiente una dilación o una nueva modulación del interés) y tanto mayores serán las posibilidades de satisfacción integral del interés del acreedor.

Cambiar la relación a las circunstancias cambiantes –facilitando el cumplimiento del deudor– es un objetivo por el cual a veces el acreedor "puede estar dispuesto a reducir –en la cantidad o en la modalidad– sus pretensiones, en cuanto en ciertos límites el cumplimiento espontáneo de un *minus* es preferible a la perspectiva de una ejecución forzada por un *maius*"[420].

La voluntad del acreedor no podría ser en algún modo coartada, ni se podría demandar el salvaguardar la posición de los otros acreedores –cuyas posibilidades de satisfacción podrían ser comprometidas por esa especie de efecto dominó que provoca frecuentemente la acumulación de deudas no reguladas satisfactoriamente– pero no debe excluirse una valoración de su conducta en la misma forma en que la corrección.

Ante el tamiz de la corrección y de la diligencia iría supuesta la conducta del deudor, incluso para aceptar culpablemente el retraso o la falta de comunicación de un deterioro de su propia situación económica y las perspectivas de un ulterior deterioro. Subsiste de hecho un típico caso de asimetría informativa entre el deudor –que conoce su propia situación y las perspectivas razonables de mejoramiento o empeoramiento– y el acreedor. La cambiada consideración de la aparición de dificultades en el cumplimiento –*irrelevante* en la lógica tradicional de la relación requerida si no como un presupuesto de medidas cautelares y de protección del acreedor, *relevante* en una lógica diferente de la Ley 3/2012– produce un cambio en el plano de la información que las partes se deben

[420] PRESTI, *La rinegoziazione dei mutui ipotecari. Qualificazione e disciplina*, *Riv. Dir. Priv.*, p. 268.

ESCUELA LIBRE DE DERECHO

intercambiar: el deudor es el sujeto en grado de individualizar el propio umbral de alarma, el límite más allá del cual las medidas de contención ya no funcionan más y la dificultad comienza a extenderse. Comunicar estas circunstancias al propio acreedor es la expresión de un acto de diligencia y de forma cooperativa a la cual el deudor es requerido, también para salvaguardar el interés del acreedor: éstos, si son debidamente informados y dadas las condiciones de evaluar los costos y los beneficios, a menudo habrá una mayor posibilidad de ser satisfechos, se acordará con el deudor una estrategia común para superar la dificultad, de cuanto no habría en defecto de cooperación.

4. La inexigibilidad de las prestaciones

En el caso de que al interior de la relación obligatoria se pusiera de manifiesto un estado de colapso irreversible, podría hacerse espacio –a la luz de las circunstancias del caso concreto, de valorar una vez más con mucha cautela– para la configuración de una excepción de inexigibilidad de la prestación, el cual sin embargo ocurriría tamizar la plausibilidad de frente al dogma de la "indestructibilidad" de la obligación pecuniaria (ya que es sobre todo mayormente en relación con las deudas de dinero que se desencadenan las espirales de la deuda excesiva).

Una investigación en esta dirección es muy importante, sobre todo porque la Ley 3/2012 no ha previsto alguna vía preferente para el deudor totalmente imposibilitado y sin perspectivas de recuperación, como es el caso en Francia en relación con el deudor cuya situación es evaluada por la *Comisión de Surendettement* como irremediable e irreversiblemente comprometida, con la consecuente liberación inmediata de las deudas. Para la Ley 3/2012 el deudor que no tiene medios propios suficientes para asegurar la factibilidad del plan podrá acceder al procedimiento, a condición de que la propuesta sea "firmada por uno o más terceros que consienten la transferencia, aún bajo garantía, de réditos o bienes suficientes para la viabilidad del acuerdo "(Art. 8, 2): el legislador italiano, en fin,

parece más preocupado en asegurar a los acreedores ciertos flujos financieros ciertos –aunque reducidos o retrasados en función del contenido del plan de pago– que ofrecer una vía para el "volver a empezar" de las personas que están en una situación irremediablemente comprometida. Así que es interesante verificar si al menos dentro de la relación obligatoria singular sólo se puede excepcionalmente juntarse la liberación del deudor totalmente desprovisto de medios de cumplimiento.

Ocurre, preliminarmente, el confrontarse con la delimitación del concepto de imposibilidad sobrevenida de la prestación. Aunque sin llevar a cabo una reconstrucción de todo el debate sobre uno de los puntos cruciales de la disciplina de las obligaciones, será suficiente para este trabajo recordar cómo la noción de imposibilidad absoluta –tendencialmente coincidente con la imposibilidad material de obtener el resultado de cualquier forma– ha sido considerada como incompatible con cualquier consideración que se refiere a la esfera del deudor[421]: sobre la base de que esta premisa ha estado excluida no sólo de impedimentos calificables en términos de una imposibilidad (sólo) subjetiva –es decir, de graves dificultades personales derivadas de causas que no tienen una relación necesaria con el contenido de la prestación debida– sino también la admisibilidad

[421] Es notorio que la noción absoluta y objetiva de imposibilidad de la prestación es sostenida por OSTI, *Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1918, pp. 209-417. Es subjetiva en el pensamiento de Osti, cuando observa directamente las prestaciones en sí por sí consideradas: y seguido no incide sólo sobre la capacidad de adecuar aquel particular deudor (imposibilidad subjetiva), es tal que ningún otro en su lugar podría. Es absoluta en el sentido que consiste en un impedimento no superable por la fuerza humana. Para una atenta reconstrucción del pensamiento de Osti y de la contraposición entre las diferentes teorías –en muchos casos menos distantes de cuanto parecería a primera vista– v. CABELLA PISU, *La nozione di impossibilità come limite della responsabilità del debitore*, in *Trattato della responsabilità contrattuale* diretto da G. Visintini, I, *Inadempimento e rimedi*, cit., pp. 201-209.

de una noción relativa de imposibilidad. La rigidez de esta construcción, sin embargo, es puesta en discusión por una diversa orientación de pensamiento, según la cual en el concepto de prestación entra no sólo el resultado que satisfaga el interés del acreedor, sino también los medios necesarios para ponerla en práctica[422]. En consecuencia, la imposibilidad no viene valorada en abstracto, pero debe tener en cuenta la regulación concreta, de la fuente de la relación, del tipo y la naturaleza de la prestación, reconstruyendo caso por caso la esfera de la obligación con base a la interpretación según buena fe del título[423], encuentra así un espacio de imposibilidad relativa, cuya área de relevancia coincide sustancialmente con el concepto de la *ejecución* de la prestación[424].

La imposibilidad de la prestación cuando "tomando en cuenta la naturaleza de la prestación o del contenido de la obligación asumida, no se puede requerir al deudor una diligencia– *id est* una atención, un cuidado, una experiencia– mayor de aquella que se ha explicado para cumplir o cuando se verifican impedimentos que el deudor no sólo no ha provocado o cooperado, pero no pudo neutralizar, oponiéndose a las circunstancias capaces de frustrar el interés del acreedor"[425]. En

[422] BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Giuffrè, Milano, 1953, p. 107 consideraba una "hipérbole absurda" calificada como absoluta: "el reino del derecho es esencialmente el reino de lo relativo: la imposibilidad debe entenderse como relativa en cuanto sea siempre resguardado el tipo de relación de obligaciones y la típica obligación de cooperación que eso exige".

[423] MENGONI, *Responsabilità contrattuale (diritto vigente)*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Giuffrè, Milano, 1988, p. 1087; *Id.* , *La parte generale delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 518;BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 462; RESCIGNO, voce *Obbligazioni (nozioni)*, cit., p. 184.

[424] MENGONI, *op. ult. cit.*, p. 1089; v. anche BRECCIA, *Usi e abusi dei significati di <<diligenza nell'adempimento>>*, cit., p. 166: "la no exigibilidad está comprendida en el cuadro de una imposibilidad objetiva de medida en el contenido racional del vínculo (y en tal sentido es y aquello relativo)".

[425] AA.VV., *Diritto privato*, II, Utet, Torino, 2010, p. 505.

esta diversa perspectiva –compartida por el *Draft of Common Frame of Reference*– el concepto de imposibilidad no está fijado una vez para todas. La evaluación de la actividad debida impone el considerar las condiciones en las cuales el deudor se encuentra con respecto a la adopción de las medidas correspondientes al contenido de la obligación: y "en este sentido, no hay duda de que la imposibilidad siempre está necesariamente referida al sujeto, si bien deba ser en todo caso objetivamente apreciable"[426] y no puede ser puesta en el mismo plan de las meras dificultades para cumplir. El objetivo será, por lo tanto, la medida de juicio utilizada en la valoración del comportamiento del deudor en relación con el contenido de la obligación.

En un plano diferente se encuentra un tipo diferente de evaluación, diseñado para asignar relevancia a circunstancias sobrevenidas que alteran significativamente las condiciones de ejecución: una prestación *realizable* –en el sentido de posible y debido de acuerdo con el contenido de la obligación, individualizada en el comportamiento del deudor como reconstruida sobre la base del título– podría ser *inexigible* a la medida de la buena fe en el caso de que (al resultado de una comparación entre los intereses en contraposición) sea posible individualizar al deudor "una posición de considerarse preeminente en el cuadro de los valores garantizados por el ordenamiento", con el fin de calificar –del otro lado– como abusiva la pretensión del acreedor[427].

[426] BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 465.

[427] MENGONI, *op. loc. ult. cit.*; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, 2, cit., pp. 71-77; BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 493. V. altresì VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, in *Codice civile. Commentario* diretto da P. Schlesinger, 2a ed., Giuffrè, Milano, 2006, pp. 327-329, la cual mantiene detenida la noción de imposibilidad liberatoria como imposibilidad absoluta, pero tal noción se afirma en la inexigibilidad de los prestadores por mitigar la consecuencia muy extrema de lo absoluto.

Todas las consideraciones anteriores –en el sentido de precisar el significado de atribuir el requisito de objetividad referido a la imposibilidad de la prestación en el sentido de la configuración de la no exigibilidad– parecerían extrañas a las obligaciones pecuniarias, tradicionalmente reputadas indiferentes a los principios que regulan el incumplimiento de las obligaciones por vía de la "incondicional" responsabilidad del deudor en caso de incumplimiento o demora en el pago y la indestructibilidad que le caracterizan de conformidad con la máxima *genus numquam perit*: en cuyo sentido ocurre no de menos "reexaminar sin prejuicios"[428].

Se descubrirá ahora que "la generalidad de las cosas por sí mismos no es siempre decisiva" y que la responsabilidad se medirá en este caso al contenido de las prestaciones: el cual no se identifica –de acuerdo con una decisión importante de las Secciones Unidas– en el acto material de entrega de dinero en efectivo, pero en la "prestación directa a la extinción de la deuda, en la cual las partes deben *colaborar* observando el comportamiento para evaluar por el acreedor según la regla de la corrección y por el deudor según la regla de la diligencia" (Cass. Sec. a. 18 de diciembre de 2007, n. 26617).

El resultado es un fuerte redimensión pretendida "especialidad" del débito de dinero. Si no se puede contestar que el dinero es un objeto siempre "posible", no se puede descartar que sobre un plano diverso de aquello previsto por los artículos. 1176, 1218 y 1256 del Cod. Civ. se puede proceder a una evaluación de la no exigibilidad de la percepción, "en razón no sólo de preeminentes intereses no patrimoniales inherentes a la persona del deudor, pero también a un peligro imprevisible de grave daño a sus bienes" ayudaría en esa dirección "la prohibición de abuso del derecho implícito en la directiva de la corrección impartida (incluso) al acreedor por el Art. 1175" y

[428] BRECCIA, *Le obbligazioni*, cit., p. 474; DI MAJO, voce *Obbligazioni pecuniarie*, in *Enc. Dir.*, XXIX, Giuffrè, Milano, 1979, p. 224.

que actuaría "como una causa autónoma eximente del deudor"[429].

Queda por verificar en qué términos el debate teórico de que se ha dado cuenta sintéticamente, y la jurisprudencia pueden converger en el sentido de consentir a un sujeto sobre endeudado el objetar la inexigibilidad de las prestaciones.

No hay que excluir que se pueda tomar esta vía –y a mayor razón aquella de la justificación de la demora, si no es propio de la extinción de las prestaciones –sobre la base de un argumento que no es el sobreendeudamiento en sí mismo considerado como una impotencia económica, pero la condición de la vida del sujeto sobre endeudado (y posiblemente de su familia) como condición de imposibilidad de satisfacer las necesidades básicas para una vida digna: y es importante destacar que esta es la dirección indicada por el Consejo de Europa en lo que respecta a las estrategias de reacción al sobre endeudamiento en el contexto más general de la aplicación de la Convención Europea de Derechos Humanos. En otras palabras, en ciertas situaciones, una prestación podrá ser considerada inexigible no simplemente porque el deudor no esté en grado de pagar por falta de dinero, sino porque está en un estado en el cual ya está –o ello sería un resultado directo de– a tal falta de liquidez de privaría "*the debtor and/or his or her family of the ability to satisfy their basic needs with due regard to their human dignity*"[430].

No hace falta decir que las situaciones de indigencia necesitan de la intervención en el cuadro de las políticas públicas de apoyo al rédito de las personas y de las familias en dificultad y que ciertamente no sería justo llamar sólo al acreedor a una solidaridad que alcanza el sacrificio de sus derechos. Pero se puede contrarrestar el ejercicio abusivo del crédito, por ejemplo, cuando ello se traduce en prácticas

[429] MENGONI, *op. loc. ult. cit.*.

[430] European Council, *Legal solutions to debt problems: Recommendation Rec (2007)8 and Explanatory Memorandum*, paragrafo 32.

discriminatorias y lesivas de la dignidad de los sujetos, sobre todo en los casos en los cuales el acreedor está dispensando servicios profesionales considerados esenciales y se amenace la interrupción, en caso de fallo, del pago por parte del deudor (por ejemplo, la interrupción de agua, la electricidad y el gas por falta de pago, con efectos altamente dañinos en nuestra sociedad y considerando un nivel mínimo de vida digna) o en el caso de las operaciones de financiamientos realizadas violando las nuevas reglas en materia de evaluación del mérito crediticio. El aterrizaje podría ser similar a los resultados que en otros ordenamientos –especialmente del Norte de Europa– están descritos en términos de "*social obstacle to performance*" para referirse a situaciones en las cuales eventos graves sobrevenidos en la vida del deudor pueden justificar la demora en el cumplimiento o incluso la extinción de la obligación[431]. En nuestro sistema, resultados análogos podrían surgir de la acción combinada del principio de la dignidad y de la regla de la corrección, para hacer visibles las situaciones de vulnerabilidad social destinadas de otro modo a ser ocultadas en la abstracción y la simetría de una relación obligatoria.

5. Conclusiones

Sin descomponer el sistema, es fuerte la exigencia de reexaminar las normas que han conformado una larga tradición

[431] WILHELMSSON, *Social Force Majeure – A New Concept in Nordic Consumer Law*, in *Journal of Consumer Policy*, 1990, pp. 1-10: secondo l'A. "*this doctrinal principle would enable the courts and other decision–makers to take into account unfavourable changes in the consumer's health, work, housing, and family situation in cases not regulated by specific legislation, e.g., by giving the consumer the right of withdrawal from burdensome contracts in such circumstances or to protect his right to retain electricity and telephone connections in spite of his temporary payment difficulties. The principle is expected to carry increasing weight in the future, especially in the practice of the consumer authorities*".

que se expresa en el principio de *pacta sunt servanda*, cuyo respeto no exime de la consideración de "un dato elemental, que es la implicación de la persona del deudor en el vínculo obligatorio apenas que el deber de prestar pone en peligro la capacidad de satisfacer las necesidades más básicas de la vida de los individuos y de las comunidades, comprometiendo las perspectivas de desarrollo, implicando por entero el destino de los hombres"[432].

La autorizada amonestación a no reaccionar con "sustancial indiferencia a la condición humana y a los extremos del endeudamiento" [433] –tal vez atrincherándose detrás del "índole patrimonial de la obligación que viene habitualmente subrayada como una conquista de la cultura moderna"[434] – resuena aún con mayor fuerza hoy que "pobreza material se ha destapado" [435] y la Unión Europea muestra a la drástica reducción del riesgo de pobreza como uno de los objetivos que debe perseguirse con decisión en los próximos años, para lograr un crecimiento no sólo "inteligente y sostenible", sino también "solidario e inclusivo".

[432] RESCIGNO, <<Favor debitoris>>, *ambiguità di una formula antica*, in *Giur. it.*, 1994, IV, c. 1.

[433] RESCIGNO, *op. loc. cit.*

[434] RESCIGNO, *op. loc. cit.*

[435] RODOTA', *Editoriale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, pp. 3-5. Con específica atención es la situación italiana se señala la investigación de FRANZINI, *Ricchi e poveri. L'Italia e le disuguaglianze (in)accettabili*, Ed. Università Bocconi, Milano, 2010.

BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Giuffrè, Milano, 1953.
BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di diritto privato* a cura di G. Iudica e P.Zatti, Giuffrè, Milano, 1991.
CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, vol. 9, t.I, Utet, Torino, 1984.
DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja–Branca*, a cura di F. Galgano, Zanichelli, Bologna–Roma, 1988, *sub* art. 1175.
MENGONI, *Responsabilità contrattuale (diritto vigente)*, in *Enc. Dir.*, XXXIX, Giuffrè, Milano, 1988.
MODICA, *Profili giuridici del sovraindebitamento*, Jovene, Napoli, 2012.
U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio. I. Il comportamento del creditore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, Giuffrè, Milano, 1974.
E. PELLECCHIA, *Dall'insolvenza al sovraindebitamento. Interesse del debitore alla liberazione e ristrutturazione dei debiti*, Giappichelli, Torino, 2012.

RESCIGNO, voce *Obbligazioni(nozioni)*, in *Enc. Dir.*, XXIX, Giuffrè, Milano, 1979.
ROPPO, *Il contratto*, *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica e Zatti, Giuffrè,Milano, 2001.

STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Il Mulino, Bologna, 2007
Trattato della responsabilità contrattuale diretto da G. Visintini, I, *Inadempimento e rimedi*, Giuffrè, Milano, 2009.

Derecho mercantil
Diritto commerciale

Reforma financiera en México 2014

Riforma finanziaria in Messico del 2014

Salomón Vargas García
Escuela Libre de Derecho

"..La definición del hombre como un ser que trabaja debe cambiarse por la del hombre como un ser que desea (en *Postdata* de *El laberinto de la soledad*)..."
Octavio Paz

Sumario. 1. Planteamiento del problema. 2.Objetivo. 3. Contexto. 4. Capítulo I, Aspectos Corporativos de la Reforma Financiera del Año 2014. 5. Capitulo II, Aspectos Operativos de la Reforma Financiera del año 2014, 6. Capítulo III, Aspectos Contractuales de la Reforma Financiera del Año 2014. 7. Conclusiones.

Resumen: La crisis financiera internacional, que a nivel mundial afectó desde septiembre de 2008, mostró la existencia de condiciones propicias, para mejorar en varias cuestiones en la regulación del Derecho Comercial en México, con especial énfasis en lo relativo a obtener más información oportuna para los clientes y buscar la implementación de planes para que tuviesen más elementos de identificación y ponderación de los riesgos de invertir en ciertos títulos valor que lleguen a la categoría de "valores"[436] y así, tomar decisiones más razonadas, por lo que se hizo necesario ajustar a estos nuevos horizontes, las normas de aplicación

[436] Artículo 2do., fracción XXIV de la Ley del Mercado de Valores.

directa en materia comercial, en general y en la actividad financiera, en especial.

*Riassunto:*La crisi finanziaria internazionale, che ha colpito tutto il mondo dal settembre 2008, ha dimostrato l'esistenza di condizioni favorevoli per migliorare diverse questioni nella regolazione del diritto commerciale in Messico, con particolare attenzione a quelle di fornire informazioni più tempestive ai clienti e realizzare piani per dar loro più elementi di identificazione e di ponderazione dei rischi di investimento in certi titoli valore, che rientrino nella categoria dei "valori" e prendere così decisioni più ragionate; è stato perciò necessario adeguare a questi nuovi orizzonti norme direttamente applicabili in materia commerciale, in generale, e nel settore finanziario, in particolare.

1. Planteamiento del problema

Al parecer, a veces los clientes no fueron y no son, debidamente informados y/o conscientes de los riesgos inherentes a las transacciones relacionadas con la intermediación de valores en México, lo que llevó a algunos inversionistas, incluyendo a varios de los llamados "institucionales", como fondos de pensiones y fondos de ahorro, entre otros, a sufrir daños en su patrimonio, perjudicando a grandes grupos de la población general, por invertir en un tipo de títulos de crédito, que no fueron cumplidos oportuna y cabalmente en los términos prometidos, al momento de su emisión.

2. Objetivo

Presentar información actualizada relativa a la reforma financiera publicada el 10 de enero del presente año, que

pretende reducir contingencias en la contratación de servicios financieros, para los usuarios de este sector y su vinculación con la llamada "Miscelánea Mercantil", la cual se refiere a la reforma al Código de Comercio, a la Ley General de Sociedades Mercantiles y a la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 13 de junio de 2014.

3. Contexto

A nivel internacional, se modificaron diversos ordenamientos como consecuencia de la crisis del año 2008, ya que por ejemplo, en el año 2010, en Estados Unidos se promulgó la "Dodd-Frank Act"[437], relativa a varias disposiciones, entre las que resaltan, el que se busca un nuevo régimen regulatorio para lograr mayor transparencia por parte de los intermediarios bursátiles, incluyendo los fondos privados y a los asesores de inversión, así como para mejorar las prácticas de las empresas calificadoras de valores, en ese país.

En Europa, se publicaron el Reglamento (UE) No. 1092/2010[438], en el que se contienen propuestas para que las autoridades supervisoras del sistema financiero en Europa, mejoren la protección de los inversionistas y que como consecuencia se incremente la confianza en los intermediarios del sistema citado; así como la directiva 2010/68/UE, del parlamento Europeo, por lo que en México era indispensable alinearse de manera congruente con la regulación específica en materia financiera, vigente con los países con los que México tiene el mayor trato comercial.

El Profesor Betanzos Torres, en el apartado que forma parte de esta 4ª Investigación conjunta realizada por la Universidad de Pisa y la Escuela Libre de Derecho, nos refiere

[437] http://www.sec.gov/spotlight/dodd-frank.shtml (3 de septiembre de 2014).
[438] https://www.esrb.europa.eu/shared/pdf/ESRB-es.pdf?c374be822f1e230a5ebb0a9cce37bf2c (3 de septiembre de 2014).

las diferentes etapas de las crisis continuadas que en México hemos tenido, para darnos el marco de referencia adecuado y así vincular esta investigación con las valiosas aportaciones de los Profesores Minutti Zanatta en materia de Esquemas Constitucionales y del Profesor González Peredo, en materia de Derecho Civil, que también se integran a esta obra colectiva y que tienen fronteras comunes a nuestras propuestas.

Al respecto, es pertinente considerar que el 10 de junio del año 2011, se modificó el artículo 1º de nuestra Constitución Política en materia de Derechos Humanos, para que todas las autoridades en México tengan la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los Derechos Humanos, tomando como base los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, que ha generado ya a esta fecha dos precedentes judiciales de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en este 2014[439], en lo relativo a que en aquellos casos en que es notoriamente usuraria la tasa de interés pactada en un título de crédito, de oficio, el juzgador puede reducirla prudencialmente, lo cual modifica los precedentes judiciales previos que se basaban en lo previsto en el artículo 78 del Código de Comercio, con base en la libertad contractual.

La llamada "Reforma Financiera" en México[440], implicó la actualización de diversos ordenamientos, dentro del contexto

[439] Registro Núm. 2006794; Décima Época; Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación; Jurisprudencia (Constitucional, Civil); 1ª/J.46/2014 (10ª) y Registro Núm. 2006795; Décima Época; Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación; Jurisprudencia (Constitucional, Civil); 1ª/J.47/2014 (10ª)

[440] Ley para la Transparencia y Ordenamiento de los Servicios Financieros, Ley de Instituciones de Crédito, Fondo Nacional para el Consumo de los Trabajadores, Ley de Ahorro y Crédito Popular, Ley para Regular las Actividades de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo, Ley de Uniones de Crédito, Ley Orgánica de Nacional Financiera, Ley Orgánica del Banco Nacional de Comercio Exterior, Ley Orgánica del Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, Ley Orgánica del Banco Nacional del Ejército, Fuerza Aérea y Armada, Ley Orgánica del Banco del Ahorro Nacional y Servicios Financieros, Ley Orgánica de Sociedad Hipotecaria Federal, Ley

de las llamadas "11 Reformas Estructurales", que en nuestro país se han llevado a cabo en los primeros 20 meses de la actual administración federal, que han implicado la modificación a la Constitución General de la República, en más de 22 ocasiones, además del cambio de visión por parte del Gobierno Federal, para cumplir de una mejor manera, según sus funcionarios así lo consideran, con lo previsto en los artículos 25, 26 y siguientes, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Estos cambios a la normatividad se explican por el Gobierno Federal[441], señalando de manera específica en la correspondiente al sector financiero, en la que se pretende otorgar *"... más crédito a las empresas y familias mexicanas, ...desarrollo del sistema mexicano, ...Fomentar a la competencia en el sector financiero, ...Impulsar al crédito a través de la Banca de Desarrollo, ... Ampliar el crédito en las instituciones privadas, ...Mantener un sistema financiero sólido y prudente, ... mayor eficacia en la operación de las entidades que integran el sistema financiero, ...promueve la competencia, la estabilidad y el sano desarrollo del sector..."*, mientras que en la parte relativa que se denomina "Explicación ampliada", se menciona que corresponde a diversas cuestiones para tratar de transformar a ese sector, sin hacer una referencia directa a la crisis del 2008, a diferencia de Europa y Estados Unidos.

En ese sentido son llamativas las disposiciones que ahora se incluyen en la Ley de Instituciones de Crédito, respecto de los Bancos de Desarrollo, ya que se agregó una sección, en la que se

Orgánica de la Financiera Nacional de Desarrollo Agropecuario, Rural, Forestal y Pesquero, Código de Comercio, Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, Ley de Concursos Mercantiles, Ley de Protección al Ahorro Bancario, Ley de Fondos de Inversión, Ley de la Comisión Nacional Bancaria, Ley para Regular las Sociedades de Información Crediticia, Ley del Banco de México, Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, Ley Federal de Instituciones de Finanzas, Ley de Inversión Extranjera, Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, Ley de Transparencia y de Fomento a la Competencia en el Crédito Garantizado.

[441] http://reformas.gob.mx/ (3 de septiembre de 2014).

habla de la Inclusión, Fomento de la Innovación y Perspectiva de Género, mientras que en el actual 48 bis 5 de la misma, en su segundo párrafo se indica que los clientes podrán convenir con cualquier banco, realizar los trámites necesarios para dar por terminadas las operaciones pasivas o activas previstas en los contratos de adhesión, lo que se relaciona con la creación del llamado "Buró de Entidades Financieras", previsto en el artículo 8 bis de la Ley de Protección y Defensa de los Usuarios de los Servicios Financieros.

Estás normas tienen el mismo espíritu de la nueva redacción del artículo 200, fracción I de la Ley del Mercado de Valores, entre otros, respecto de los llamados "Servicios Asesorados" que las Casas de Bolsa podrían proporcionar a sus clientes, atendiendo al "perfil de riesgo" manifestado a la Intermediaria Bursátil, sin embargo, encontrarnos por ejemplo que en el actual artículo 1168 y siguientes del Código de Comercio, se establecen ahora figuras novedosas, como por ejemplo la llamada "Radicación de Personas" para evitar que el demandado se ausente sin dejar representante legítimo y la "Retención de Bienes", cuando exista temor fundado de que los dados en garantía se oculten, enajenen o sean insuficientes para cumplir con las obligaciones a las que están vinculados.

En la Ley de Instituciones de Crédito, Ley para la Transparencia y Ordenamiento de los Servicios Financieros en la Ley de Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros y en la Ley de Instituto del Fondo Nacional para el Consumo de los Trabajadores, con la reforma se fortaleció a la llamada CONDUSEF, tratando de reafirmar la equidad entre las instituciones financieras y sus usuarios, para lo cual se creó el "Sistema Arbitral en Materia Financiera", que desde nuestra perspectiva generará posibles problemas, por la designación de esa autoridad como Árbitro, la cual por sus funciones y atribuciones, a veces parecería que no es imparcial, sin embargo, el beneficio de la duda se otorga ya que se fortalece el Dictamen Técnico para la Defensa del Usuario de los Servicios Financieros, además de crear el "Buró de Entidades

Financieras", en el que se podrá observar el comportamiento de esas instituciones, por lo anterior, este trabajo de investigación abordará aspectos corporativos, operativos y contractuales.

4. Capitulo I. Aspectos corporativos de la reforma financiera del año 2014

La crisis hipotecaria del 2008 a nivel mundial, en México tuvo consecuencias aparentemente limitadas y no tan profundas como en otras naciones, gracias a los ajustes regulatorios que el Gobierno Federal realizó a principios del siglo XXI, derivados de los graves problemas financieros que se tuvieron de manera especial a partir del año 1995, derivados de la terrible devaluación de la moneda mexicana, en relación de la americana.

Sin embargo, siguiendo los ajustes normativos a nivel internacional, se propuso por el actual Gobierno Federal que entró al poder en el año 2012, reformar diversos ordenamientos en material financiera, provocando la modificación a 34 leyes federales, alineándose con el cambio constitucional del artículo 1° de nuestra Carta Magna, de junio de 2011, en lo relativo a la nueva visión en relación a los Derechos Humanos.

Como ejemplo encontramos que en la Ley para la Transparencia y Ordenamientos de los Servicios Financieros, en su artículo 3, se incluyen definiciones de "Cliente" y "Entidad Comercial", entre otras, siguiendo el modelo de la Ley de Instituciones de Crédito y Ley del Mercado de Valores, en las que se explican los conceptos "Control", "Influencia Significativa" y "Poder de Mando", que desde el año 2006 se incorporaron en esos ordenamientos, circunstancia que también ocurrió en la Reforma de la Ley para Regular a las Agrupaciones Financieras, en su artículo 5.

Como consecuencia de los abusos que en latitudes distintivas a la mexicana se presentaron, en relación al cobro de "bonos de actuación" para algunos directivos que inclusive

llevaron a sus empresas a procesos concursales, el artículo 24 bis 1de la Ley de Instituciones de Crédito ahora obliga a esas empresas a observar un sistema de remuneración para sus funcionarios, acorde a lo que establezcan la normatividad, tanto legal, como administrativa, a efecto de evitar los llamados "conflictos de intereses", por lo que ahora los bancos deberán de constituir un "Comité de Remuneraciones", del Consejo de Administración de estos intermediarios financieros.

La autoridad administrativa, que en el caso específico es la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, podrá por medio de su Junta de Gobierno, que es la instancia máxima dentro de ese organismo gubernamental, autorizar la procedencia de la remoción de los miembros del Consejo de Administración, ya sean Institucionales o Independientes, así como a los Auditores Externos, ya sean para cuestiones fiscales o legales, según sea el caso, cuando en su juicio no se cumplan o mantengan las características indispensables para el desarrollo de sus relevantes actividades.

Para esto es menester recordar que *"...1. Los elementos que componen el Sistema Financiero...Un análisis científico doctrinal lleva a la conclusión de una realidad específica que se puede dominar "Sistema Financiero" y que está compuesto por los siguientes elementos, es decir las "cosas, reglas o principios que racional y ordenadamente enlazados entre sí contribuyen a determinado objeto" como reza la definición de ciencia del diccionario de la Academia:*

a) *Elemento personal: que incluye en un primer grupo a las entidades, públicas o privadas, que hacen de alguna de las formas de intermediación su objeto social y, en un segundo grupo a las autoridades reguladoras del mercado financiero y conductoras de la planeación económica. De este segundo grupo se desprende adicionalmente, un elemento regulador.*
b) *Elemento formal: Marco jurídico ad hoc.*

c) *Elemento material: Instituciones de derecho que le dan cohesión y carácter..."*[442].

Ya que el Gobierno Federal consideró fundamental la Reforma Financiera, para tratar de incluir elementos de equidad entre los sujetos que participan en las diferentes relaciones jurídicas, se introdujeron una serie de cambios regulatorios, en el aspecto estructural de los sujetos que participan como intermediarios financieros.

Por lo anterior, ahora se establece en el artículo 29 bis de la citada Ley de Instituciones de Crédito, la facultad para la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, de que cuando tenga conocimiento de que no se realicen medidas correctivas mínimas, señaladas en el "Programa de Autocorrección" que hubiese propuesto ese banco a la autoridad, podrá revocar la autorización para operar como institución de crédito o en su caso, condicionar el permiso en cuestión, a efecto de demostrar que se han subsanado los hechos u omisiones generadores de esta sanción, con lo cual se demuestra que en el caso de estos intermediarios financieros, la asamblea general de accionistas, no siempre es el órgano supremo de la sociedad, como ha ocurrido en los casos de las Intervenciones Gerenciales de algunos bancos que vimos en nuestro país, después del llamado "error de diciembre de 1994", lo cual provocó una serie de adecuaciones normativas que se han reforzado en este siglo XXI.

En el artículo 29 bis 1, de la norma antes mencionada, se establece un régimen de excepción en materia de actos corporativos, respecto a lo previsto en la Ley General de Sociedades Mercantiles, en relación a las asambleas generales de accionistas, se deberá realizar y publicar una convocatoria a efecto de que el administrador cautelar que se designase, asuma la administración de la institución del banco en cuestión,

[442] Luis Manuel C Méjan (2008), *"Sistema Financiero Mexicano"*, México, Porrúa, págs. 39 y 40.

debiendo realizarse esa publicación *"...en dos de los periódicos de mayor circulación en la Ciudad en la que corresponda a la del domicilio de la institución de banca múltiple..."*.

Esta disposición es especialmente interesante, ya que no indica si el periódico será diario, semanal o mensual, además de que con base en la inclusión del artículo 50 bis del Código de Comercio, del 13 de junio del 2014, en el que se establece que las convocatorias a las asambleas de accionistas de las sociedades mercantiles, como es el caso de los bancos, se deberá realizar a través del llamado "Boletín Electrónico de Convocatorias", que debe llevar la Secretaría de Economía, estimando prudente realizarlo de las dos maneras para evitar que alguien pudiese tratar de impugnar la asamblea, lo que por supuesto generaría una doble actividad, que encarecería este aspecto.

Al respecto, es pertinente considerar la sabía opinión de los Doctores Mendoza Martel y Preciado Briseño, quienes consideran que *"...Consejo de Administración. A este cuerpo colegiado se le atribuyen entre otras funciones: dar seguimiento al establecimiento del sistema de control interno; designar al auditor externo; aprobar la estructura orgánica de la institución; expedir un código de ética y aprobar las políticas para el adecuado empleo y aprovechamiento de los recursos humanos y materiales de la institución, debiendo revisar, por lo menos anualmente los objetivos, políticas y procedimientos relativos al control interno de la institución, así como evaluar la gestión del Comité de auditoría y de la dirección general al respecto..."*[443].

Como se aprecia, ahora se reconoce que el órgano de administración de este tipo de empresas, está obligado a de manera diligente, eficaz y oportuna, a realizar una serie de actos, que tengan como finalidad el preservar y tratar de incrementar el patrimonio de los accionistas, con lo cual también se

[443] Pablo E. Mendoza Martell y Eduardo Preciado Briseño (2007), *"Lecciones de Derecho Bancario"*, México, Porrúa, pág 254.

beneficiaría a los colaboradores, proveedores y acreedores de las mismas.

Dentro de los cambios corporativos, en la Ley de Uniones de Crédito, se redefinió a quienes podrían participar como socios en las mismas, permitiendo que la inversión extranjera tenga una participación adicional a lo que se establecía antes de la reforma, además de fortalecer aspectos de Gobierno Corporativo de ese tipo de instituciones; mientras que para el caso de las Sociedades Financieras de Objeto Múltiple, también llamadas "SOFOMES", en la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares de Crédito, se incrementaron las facultades de supervisión por parte de la Comisión Bancaria y de Valores.

En la Ley para Regular a las Agrupaciones Financieras, se modernizó la estructura corporativa, siguiendo el modelo previsto en la Ley de Instituciones de Crédito y en la Ley de Mercado de Valores, para profundizar en la normatividad de Gobierno Corporativo y en los movimientos estructurales de esas empresas, relativos a fusiones y escisiones, facultando a las autoridades a tener una supervisión más adecuada, que proporcione certidumbre a los inversionistas, ya sean nacionales o extranjeros.

El aspecto de la inclusión financiera, para tratar de "bancarizar" a la mayor cantidad posible de usuarios de servicios financieros, implicó el atender a cuestiones sociales, especialmente sensibles, como por ejemplo, las llamadas "Cajas Populares", ya que desde principios de este siglo, el entonces Gobierno, intentó proporcionar opciones financieras adicionales a las tradicionales, a los grupos del más bajo nivel de ingresos y de información financiera, por lo que ahora en la Ley de Ahorro y Crédito Popular, en el artículo 18, se establece la obligación para las Sociedades Financieras Populares, el contar con un Consejo de Administración, integrado entre 5 y 15 miembros, para seguir el modelo de los bancos, obligando ahora en los términos del artículo 35 bis, que en los estatutos sociales se prevea como facultad del citado órgano de administración, que

con la opinión favorable del Comité de Crédito, las personas relacionadas se ajusten a lo que institucionalmente se informa la autoridad financiera.

Los Bancos de Desarrollo en México son fundamentales para tratar de llegar a la mayor cantidad posible de usuarios en las regiones del territorio nacional en que la banca comercial no siempre tiene la presencia de instalaciones físicas que en muchas zonas urbanas, se considera normal, sin embargo, derivado de la polaridad socio económica de nuestro país, lamentablemente todavía algunos grupos que no se encuentran adecuadamente atendidos, a pesar de los múltiples esfuerzos, tanto del Gobierno Federal, como de las empresas del sector.

Esto generó que la Ley Orgánica de: Nacional Financiera, del Banco Nacional de Comercio Exterior, del Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, del Banco Nacional del Ejército, Fuerza Aérea y Armada, del Banco del Ahorro Nacional y Servicios Financieros, de la Sociedad Hipotecaría Financiera, de la Financiera Nacional de Desarrollo Agropecuario, Rural, Forestal y Pesquero, estableciera la obligación de que el Consejo Directivo de esas instituciones tuviese sesiones trimestrales, además de autorizar los lineamientos para el otorgamiento de préstamos o créditos, con características de las vigentes en el mercado, atendiendo a el objetivo particular de cada una de ellas, estableciendo la facultad para la Comisión Bancaria y de Valores, de emitir reglas prudenciales para supervisar y vigilar el cumplimiento de la normatividad, en especial, en lo relativo a la propuesta de servidores públicos a los respectivos consejos, para la designación de servidores públicos que ocupen cargos con las jerarquías de mayor grado, incluyendo la obligación de contar con un Comité de Recursos Humanos y Desarrollo Institucional, que sea el que proponga los tabuladores de percepciones de los colaboradores.

Es de especial trascendencia lo previsto por los artículos 10 y 14 bis de la ahora Ley de Fondos de Inversión, en el sentido de que se incluya en nuestra práctica jurídica, la figura de las "Sociedades Unipersonales", siguiendo modelos extranjeros,

para los Fondos de Inversión, que son las sociedades anónimas que venden sus acciones, para que los pequeños inversionistas de manera preferente, puedan obtener ganancias derivados de la diferencia entre el precio de compra y el de venta de esos títulos valores, incluyendo entre otras a las Administradoras de Fondos para el Retiro (AFORES) y por consecuencia, a todos aquellos trabajadores que en los términos de la normatividad de seguridad social, participan en el Mercado de Valores por medio de este vehículo de inversión, para lo cual ahora la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, acorde a lo previsto por el artículo 16, fracción XVI, de la Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, podrá autorizar la organización y funcionamiento de las Sociedades de Inversión, también conocidas como Fondos de Inversión.

En complemento, la mencionada Ley de Fondos de Inversión, en su artículo 14 establece que ese tipo de empresas, a través del Consejo de Administración de las Sociedad Operadora de Fondos de Inversión, señalarán límites básicos por accionista y determinarán políticas para que adquieran temporalmente porcentajes superiores a los tradicionales, siendo pertinente recordar, que los Fondos de Inversión requieren la intervención de una empresa diferente a ellas, a la que se le denomine Operadora de Fondos de Inversión, para la distribución y comercialización de las acciones de los señalados Fondos de Inversión, ya que estos son Sociedades Anónimas de Capital Variable que tienen por objeto exclusivamente la adquisición y venta habitual y profesional de Activos Objeto de Inversión (principalmente valores, en el contexto de lo señalado por el artículo 2do. fracción XXIV, de la Ley del Mercado de Valores), provenientes de la colocación de acciones representativas de su capital social ofreciéndolo a persona indeterminada.

Para estos Fondos de Inversión se determina como excepción a la Ley General de Sociedades Mercantiles, que estas sociedades anónimas no contarán con asambleas de accionistas, ni consejo de administración, ni comisario y que las

acciones representativas de la parte fija del capital social al momento de constitución de estas empresas, sólo podrán ser suscritas por la persona que esté autorizada por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, como socio fundador, abriendo un nuevo capítulo en la vida corporativa en México, lo cual se vincula con la reforma a los artículos 90 y 91 entre otros, de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que se publicó el 13 de junio de este año, mediante la cual se faculta a que los socios puedan estipular pactos societarios, con base en la libertad contractual, lo siguiente:

- La creación de acciones privadas total o parcialmente de voto, o dotadas exclusivamente de voto, o con poder de veto, o con voto condicionado o restringido;
- Imponer cualquier restricción a la libre circulación de acciones;
- Pactar causales para excluir a los accionistas;
- Pactar causales para ejercer los derechos de retiro y de separación;
- Pactar causales para suprimir o restringir el derecho de suscripción preferente.

Estas alternativas corporativas, se complementan con la creación del llamado "Boletín Electrónico", al que se refieren los artículos 9, 99, 119, 132, 136, 186, 212, 223, 228 bis, 243, 247 y 251 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, mediante el cual ya no será necesaria la publicación de convocatorias en periódicos en papel, una vez que la Secretaría de Economía emita los lineamientos respectivos para la operación del mismo.

En materia corporativa, ahora la Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, en los términos del artículo 4to., fracción X y X bis, está facultada para certificar a los auditores externos independientes, así como a los demás profesionales que coadyuven con la Comisión Nacional Bancaria y de Valores respectivamente, para verificar el cumplimiento de la

normatividad financiera, señalando en los términos del artículo 6 bis la facultad para emitir medidas correctivas relativas a las correcciones o modificaciones de la información corporativa, financiera, operativa o jurídica que las instituciones financieras deben presentar y en especial, a lo previsto en el artículo 9 bis 2, para establecer en los estatutos sociales de esas empresas, la posibilidad de que existan programas de autocorrección que se propongan a la citada autoridad.

La Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, en el artículo 21 bis, establece que las Administradoras (de Fondos para el Retiro), se abstendrán de efectuar la inscripción en el Libro de Registro de Accionistas, de aquellas transmisiones de acciones que no se ajusten a la normatividad aplicable, por lo cual, alguna persona interesada en participar en el capital social de estas empresas, primero debe verificar la viabilidad de la adquisición que pretendiese, con lo que se cumplirían algunos de los aspectos que el Profesor Barachini[444] estima pertinentes y que son complementados por los sabios comentarios del Profesor Betanzos Torres[445].

En otro orden de ideas, con la Reforma Financiera del 2014, ahora se regula de manera adicional a la anterior, la figura de la Intervención Gerencial, que es la sanción corporativa más grave que puede existir en contra de una Entidad Financiera, como pudiera ser una Casa de Bolsa, un Fondo de Inversión o una Operadora de Fondos de Inversión, ya que el artículo 127 de la Ley del Mercado de Valores, que se aplica también de manera supletoria a la Ley de Fondos de Inversión, acorde a lo señalado por el artículo 5 de la misma, en los casos de que a juicio de la Comisión Bancaria y de Valores existan irregularidades de

[444] Francisco Barachini (2013), la nueva disciplina deideasprovisionalescon respecto a lacontinuidad de la empresa(y quiere estar fuera) el fracaso,enLiberAmicorumabadesa, Giappichelli, Turín.

[445] Eber Omar Betanzos Torres (2014), "Derecho Supranacional y comparado" y "Apuntes sobre ética Judicial. La perseverancia, la fortaleza y el orden", México, Porrúa (SCJN, 2013).

cualquier (sic) género que afecten su estabilidad, solvencia o liquidez y pongan en peligro los intereses del público o de sus acreedores.

Así entonces, la declaratoria de procedencia de la Intervención Gerencial requiere de cumplir dos aspectos subjetivos a juicio de la autoridad, ya que las irregularidades cometidas por la empresa, deben ser tan graves, que se requiera quitar al Órgano de Administración de las mismas, para sustituirse por la figura de un Interventor Gerente, quien en los términos del artículo 131 de la Ley del Mercado de Valores, tendrá todas las facultades y poderes que le correspondiesen al Consejo de Administración y en los términos del artículo 132 de ese ordenamiento, la participación de este Interventor Gerente, no está supeditada a la Asamblea de Accionistas, la cual podrá seguirse reuniendo para los efectos que estime pertinente, sin embargo, en virtud de lo señalado en el artículo 129 de la citada ley, el oficio que contenga el nombramiento como Interventor Gerente, deberá inscribirse en el Registro Público de Comercio de la empresa, aunque no se encuentre previsto de manera específica en el artículo 21 del Código de Comercio.

Afirmamos que la Intervención Gerencial es el acto corporativo más hostil en contra de una Entidad Financiera, ya que la Comisión Nacional Bancaria y de Valores está facultada para quitar de sus funciones al Órgano de Administración de ese tipo de empresas y por consecuencia, se observó el desplome de las cotizaciones de las acciones de las que se encontraban colocadas entre el gran público inversionista de los Bancos y Casas de Bolsa sujetos a este procedimiento administrativo sancionador, generando que las actividades derivadas de los pactos de Gobierno Corporativo, se convirtiesen en ineficaces, perjudicando a los accionistas minoritarios que no detentasen el Control (más del 50% de los votos en las Asambleas de Accionistas) de ese tipo de empresas.

Las personas físicas designadas como Interventores Gerentes, son representantes legales de las Entidades Financieras sujetas a este tipo de sanciones y en adición,

substituyen a los representante orgánicos que conforman el Órgano de Administración, por lo que al no ser considerados servidores públicos, las remuneraciones de esos Interventores Gerentes, son por cuenta de la empresa, la cual también debería pagar los emolumentos de los consejeros, porque no se les remueve de sus cargos, pero si se les quitarían las facultades para actuar en nombre de la empresa intervenida, con cargo al patrimonio de la misma, para la cual la Comisión Nacional Bancaria y de Valores establecerá mediante disposiciones de carácter los criterios conforme a los cuales se efectuará el pago de los honorarios por esas actividades.

Por supuesto que el Interventor Gerente, debe cumplir con los principios básicos de prudencia, en el manejo de la empresa, para lo cual en los términos del artículo 133 de la Ley del Mercado de Valores, podrá auxiliarse de un consejo consultivo con un mínimo de tres y un máximo de 5 personas, designados también por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, para opinar sobre los asuntos que se sometan a su consideración, siendo también necesario que el Interventor Gerente formule un informe trimestral de la situación integral de la empresa intervenida y de sus subsidiarias, en las que se incluya también el ejercicio de acciones legales en su caso, para determinar responsabilidades económicas, para quienes procediesen.

5. Capitulo II. Aspectos operativos de la reforma financiera del año 2014

Por aspectos operativos nos referimos a aquellas maneras de desarrollar el objeto social de las instituciones financieras, siendo fundamental desde principios de los años 90 del siglo XX, los esfuerzos a nivel internacional para tratar de reducir costos en cuanto a la instalación de oficinas que atendiesen al público, por lo que desde entonces se vio un cambio en el modelo de algunas de estas de las sucursales bancarias, ya que en vez de ser oficinas con superficies utilizables superiores a los 300 m2, se empezó a utilizar un tipo de sucursales bancarias, de

menos de 150 m2, como ocurrió en España, además de tratar de aprovechar las ventajas del uso de la tecnología para esos efectos.

Al respecto, la Ley Modelo de Uncitral de Firma Electrónica[446] del año 2001, fue el resultado de tratar de dar elementos normativos para considerar que la información generada con el uso de los medios electrónicos, fuese auténtica, atribuible y verificable, entre otras características, para que en conjunto pudiese considerarse esa información, como no repudiable, precisando la diferencia entre la Firma Electrónica Simple, como aquella comunicación bidireccional entre las partes, de la Firma Electrónica Avanzada o Fiable o Digital, en la que participa un tercero confiable debidamente autorizado por el Gobierno de cada país.

En México está reconocido en la normatividad el uso de los medios electrónicos en la materia fiscal, administrativa, financiera y mercantil, siendo las tres primeras las que utilizan a la Firma Electrónica Simple para sus operaciones, con lo que al momento de un juicio, se le presentan indicios al Juez, que deben adminicularse con otros medios de prueba, por faltar la intervención del tercero confiable, al que se le conoce como Prestador de Servicios de Certificación Digital, por lo que es cada vez es más frecuente encontrar que en algunas operaciones financieras ya no es indispensable contar con la "Firma Autógrafa" del titular de los recursos, como dispone el artículo 310 de las Disposiciones de Carácter General aplicables a las Instituciones de Crédito, también conocidas como la "Circular Única de Bancos", en la que se reconoce que previo pacto de los usuarios de los servicios financieros, pueden existir 4 formas diferentes de verificar la identidad del sujeto en cuestión y de esa manera evitar el llamado "Robo de Identidad".

[446] *www.**uncitral**.org/pdf/spanish/texts/electcom/ml-elecsig-s.pdf (14 de noviembre de 2014)*

Esta es la razón por la cual, reconocidos tratadistas establecen que dentro del género de los ilícitos patrimoniales, tiene gran relevancia en el segmento bursátil, el tratar de inhibir ese tipo de conductas ya que "*…Se le conoce como Delitos Bursátiles a las conductas de acción u omisión que tipifica y sanciona la Ley de Mercado de Valores, cometidas por los particulares, personas relacionadas o vinculadas con empresas emisores de valores, consejeros, funcionarios, empleados, comisarios o auditores externos de intermediarios bursátiles, los cuales atentan contra las operaciones de inversión de las personas físicas o morales y posterior canalización de estos recursos a otras empresas que requieren capital…*"[447], ya que en México todos aquellos trabajadores que se encuentran percibiendo ingresos de sus patrones de manera lícita, una parte de sus recursos se utilizan en el Mercado de Valores, por medio de las Sociedades de Inversión Especializados en Fondos para el Retiro, siguiendo la experiencia internacional de los Fondos de Pensiones y de Jubilaciones, que se consideran Inversionistas Institucionales.

Es pertinente recordar que en el mes de febrero del 2012, en Paris Francia, se celebró la Tercera Reunión Plenaria del Grupo de Acción Financiera contra el Blanqueo de Activos, que derivó en que las recomendaciones revisadas por ese grupo, se buscaría por los países integrantes, como es el caso de México, el generar mayor transparencia, para dificultar a los criminales y terroristas el ocultar su identidad y bienes, por medio de la aplicación de políticas que amplíen el alcance de los delitos del lavado de dinero para incluir a los de naturaleza fiscal, a que alude la Doctora Morfin[448].

Una de las muestras de esas acciones de Gobierno, son las diversas modificaciones aprobadas en el año 2013 en la

[447] Jesús, De la Fuente Rodriguez (2005), *"Delitos Financieros. Teoría y casos prácticos"*, México, Porrúa.

[448] MORFÍN CEDEÑO, Paulina, *"Prevención del Delito de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita y Financiamiento al Terrorismo en los Sectores Económicos distintos al Sistema Financiero Mexicano"*, Universidad Panamericana, México, 2012.

ESCUELA LIBRE DE DERECHO
BIBLIOTECA

llamada "Reforma Fiscal", que implican un endurecimiento de las sanciones en contra de quienes evadan o intenten evadir el pago de contribuciones de manera oportuna, la cual se complementó con las llamadas "Reformas Estructurales", varias de las cuales inciden en el Mercado de Valores, que *"...forma parte del universo de intermediación financiera no bancaria, junto con otros agentes del crédito como, por ejemplo, las uniones de crédito, las empresas de factoraje financiero o las arrendadoras financieras. Este mercado constituye un importante medio para proveer de considerables volúmenes de recursos, en su oferta primaria, a las grandes empresas privadas y al gobierno. En este sentido, los denominados intermediarios bursátiles (casas de bolsa, especialistas bursátiles y otras entidades financieras) cumplen la tarea de poner en contacto la oferta de valores (de los emisores) con la demanda de los mismos (inversionistas), para conformar un mercado muy especializado que requiere una regulación flexible que permita su desarrollo, aunque lo suficientemente clara que facilite su adecuado control y la protección de los intereses del público inversionista..."*[449], el cual es de las varias herramientas del Gobierno, para reducir la informalidad, ya que al tener la posibilidad de seguir el rastro de los flujos de dinero de personas físicas, es factible la auditoría de esos recursos.

Esta alternativa plantea la disyuntiva de elegir como bien jurídicamente tutelado al derecho a la intimidad de las personas físicas, en contraposición a la obligación del Gobierno de verificar el pago de las contribuciones de manera adecuada y oportuna, lo que provocó la reforma constitucional al artículo 6to., tanto en lo relativo al derecho a la información, como al derecho a la privacidad, por lo que es indispensable tomar en cuenta que *"...Cuando se asume el criterio de clasificar la información, de manera general, las leyes de acceso a la información en México, la determinan en información pública,*

[449] Humberto Enrique Ruiz Torres (2003), *"Derecho Bancario"*, México, Ed. Oxford.

reservada y confidencial o sensible. El concepto que se instituye para cada uno de los tipos de información, está relacionado con lo que se ha mencionado en cada uno de los acápites en que corresponde su análisis, el cual está en función de su contenido y, en muchos casos, depende también de los entes de quien lo posee y dispone..."[450], por lo que los datos personales de los usuarios de los servicios financieros ahora se encuentran salvaguardados por disposiciones como la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, para evitar las prácticas que eran frecuentes en nuestro país, relativas a la venta de bases de datos de clientes, sin la autorización expresa por parte de ellos.

En relación con estos temas conceptuales, son de gran importancia las sabias opiniones del Profesor Petrucci[451] y de la Profesora Catelani[452], respecto de la importancia de llevar a la práctica los cambios institucionales que son indispensables respecto de la nueva visión que genera el reconocimiento de los derechos humanos llevados a las relaciones jurídicas específicas. El Sistema Financiero Mexicano utiliza como decíamos, la Firma Electrónica Simple, lo que genera que las infraestructuras tecnológicas de las empresas que se dedican a la intermediación en esas actividades, sean especialmente robustas, mientras que en el sector comercial en México, apenas se está considerando la conveniencia de utilizar Firma Electrónica Avanzada o Digital, ya que en la actualidad, los reportes de los movimientos financieros por las empresas de ese sector, son pruebas documentales privadas, las cuales estarán sujetas a la

[450] Ernesto Araujo Carranza (2009), *"El Derecho a la Información y la Protección de Datos Personales"*, México, ed. Porrúa, pág. 169.
[451] Aldo Petrucci (2001) *"Protección De Los Intereses ECONOMICOS y Protección De Los Clientes"*. Algunas de Reflexiones Sobre la Experiencia en Derecho Romano banco en la Revista de Investigaciones Jurídicas 25.
[452] Elisabetta Catelani (1996), *"Reglamentación Observatorio administrativa en Fuentes 1996 /Editado de Siervo"*, Nuevas Tendencias en la Directiva interorganiche, G.Giapichelli, Italia.

interpretación judicial de cada caso concreto, en las que será fundamental la manera de tratar de crear convicción por parte del juzgador.

Estimamos que el uso de la tecnología en las instituciones financieras, desde hace años es una realidad, ya que la información financiera de las mismas se genera, almacena, transmite y se consulta de manera electrónica, para lo cual es relevante la experta opinión de la Profesora León Tovar, quien estima que *"...Tanto el Código de Comercio como la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico establecen la admisibilidad de los mensajes de datos como pruebas con igual valor y fuerza probatoria que los documentos tangibles, y como consecuencia, diversas funciones, conforme lo siguiente:*

ADMISIBILIDAD. No debe negarse la admisibilidad de los mensajes de datos como pruebas en actuaciones judiciales por la sola razón de que figuran en un documento electrónico.

PRESUNCIONES. La Ley establece diversos supuestos en los que se presume:

a) Que el mensaje de datos efectivamente fue enviado por la persona a quien se le atribuye.

b) Que el mensaje de datos fue enviado por el emisor.

c) La actuación diligente del destinatario o de la parte que confía.

d) El momento en que se envía y se recibe un mensaje de datos.

e) Que todo mensaje de datos es un mensaje nuevo...".[453]

Con lo anterior se demuestra que todavía falta realizar cambios regulatorios en nuestro país, para tratar de incrementar la

[453] Soyla H. León Tovar, Hugo González García, Oscar Vázquez Del Mercado Blando (2005), *"La firma electrónica avanzada"*, México, ed. Oxford, págs. 127 y 128.

certidumbre jurídica de este tipo de operaciones, en beneficio de los usuarios de los servicios financieros.

6. Capitulo III. Aspectos contractuales de la reforma financiera del año 2014

Desde la última década del siglo XX, el Gobierno Mexicano ha intensificado la actualización de las instituciones que participan en el Sistema Financiero, como ocurrió con la Reforma del año 1990 a la Ley del Mercado de Valores, con lo que se confirma la experta opinión del Profesor Vigo, que considera que *"...En las sociedades democráticas contemporáneas se ha tornado visible que el derecho vigente y operativo cuenta con una dimensión axiológica que se reconoce principalmente con el rótulo de los derechos humanos. El texto del art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre es elocuente y significativo cuando establece el derecho de concurrir a los tribunales para que se lo ampare contra acto de autoridad que viole "alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente". Se patentiza en ese artículo y muchos otros del derecho internacional humanitario, esa tensión que puede haber entre las autoridades y sus decisiones normativas, por un lado, y los ciudadanos y los derechos que le corresponden en justicia, por el otro. De mil formas el derecho intenta reaccionar contra aquel iuspositivismo dogmático que podía sintetizarse en "dura lex, sed lex", y es precisamente el ámbito judicial en donde más difícil es desoír el reclamo frente a la injusticia extrema, por eso se puede entender el reconocimiento de la "objeción de conciencia" para incumplir la ley, la interpretación equitativa de la ley que la exceptúa para un caso particular sin afectar su constitucionalidad; el informalismo y activismo que transita en la actividad judicial en aras de una justicia verdadera y rápida; el reclamo de Cappeletti por el "acceso a la justicia" y el de Ferrajoli por "el garantismo de los derechos sociales", la operatividad de los Preámbulos constitucionales y de los derechos humanos en la*

medida que estén suficientemente precisados en le Declaración respectiva; etcétera..."[454].

Este gran cambio de visión ha permeado inclusive en el Poder Judicial Federal, derivado de la resolución de las contradicciones de tesis 46 y 47[455], resueltas en junio del 2014, con las que ese máximo órgano constitucional, instruye de manera tajante a todos los juzgadores de la República Mexicana a considerar "...Una nueva reflexión sobre el tema del interés en la suscripción de un pagaré, conduce a esta Sala a apartarse de los criterios sostenidos en la tesis 1ª./J. 132/2012 (10ª), así como 1ª. CCLXIV/2012 (10ª.), en virtud de que en su elaboración se equiparó el interés usuario con el interés lesivo, lo que provocó que se estimara que los requisitos procesales y sustantivos que rigen para hacer valer la lesión como vicio del consentimiento, se aplicarán también para que pudiera operar la norma constitucional consistente en que la ley debe prohibir la usura como forma de explotación del hombre por el hombre; cuando esta última se encuentra inmersa en la gama de derechos humanos respecto de los cuales el artículo 1º. Constitucional ordena que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar. Así, resulta que el artículo 21, apartado 3, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, prevé la usura como una forma de explotación del hombre por el hombre, como fenómeno contrario al derecho humano de propiedad, lo que se considera que ocurre cuando una persona obtiene en provecho propio y de modo abusivo sobre la propiedad de otra, un interés excesivo derivado de un préstamo; pero además, dispone que la ley debe prohibir la usura...".

Con base en lo anterior, a partir de este año es que en los contratos de los usuarios de los servicios financieros, ahora será indispensable siempre considerar estos aspectos, para evitar que

[454]Rodolfo Luis Vigo (2003), "De la Ley al Derecho", México, Porrúa.

[455] Registro Núm. 2006794; Décima Época; Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación; Jurisprudencia (Constitucional, Civil); 1ª/J.46/2014 (10ª).

la autoridad judicial en el caso de un litigio, que se refiera a la interpretación de algunas cláusulas de los contratos que celebran con los intermediarios financieros, puedan ser resueltos con base en lo mencionado, siendo de especial relevancia "...El Párrafo segundo del citado precepto permite una interpretación conforme con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al prever que en el pagaré el rédito y los intereses que deban cubrirse se pactarán por las partes, y sólo ante la falta de tal pacto, operará el tipo legal; pues ese contenido normativo debe interpretarse en el sentido de que la permisión de acordar intereses no es limitada, sino que tiene como límite que una parte no obtenga en provecho propio y de modo abusivo sobre la propiedad de la otra, un interés excesivo..."[456].

Lo anterior marca un cambio de paradigma en los contratos bancarios, mientras que como las Casas de Bolsa son meros cumplidores de instrucciones de sus clientes, en la mayoría de los casos, es excepcional el que se cobren intereses a sus clientes, para lo cual el gran cambio que se incluyó en la Ley de Mercado de Valores, respecto de los "Servicios Asesorados", a que ahora se refiere el artículo 200, fracción I de ese ordenamiento, en el que se reconoce que la regla general es que el inversionista decide en que invertir y de manera excepcional la Casa de Bolsa pactará los términos y condiciones de la responsabilidad que pudiese generarse, por recomendaciones específicas de inversión, proporcionadas por cualquier medio de comunicación.

Ahora nos encontrarnos con una aparente contradicción, ya que por un lado se faculta a la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de los Servicios Financieros (CONDUSEF), a clasificar como "inapropiadas", algunas cláusulas de los contratos que se sometan a su consideración para inscribir en el Registro de Contratos Autorizados (RECA), que es un requisito indispensable para su

[456] Registro Núm. 2006795; Décima Época; Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación; Jurisprudencia (Constitucional, Civil); 1ª/J.47/2014 (10ª)

eficacia entre los sujetos de ese tipo de relaciones jurídicas y por el otro lado, se permite el que el cliente decida su "Perfil de Riesgo de Inversiones", en materia bursátil, considerando que esa contradicción es aparente, ya que en la realidad, los inversionistas son los dueños de su dinero y por consecuencia, quienes en primera instancias deben de decidir en que invertir sus recursos.

En materia financiera es pertinente considerar que los contratos que se celebran por los intermediarios con sus clientes, en la mayoría de los casos son regulados, formales, bilaterales, conmutativos y onerosos, entre otras características, para lo cual es relevante lo que bien considera los Profesores Rico, Garza y Cohen en una de sus brillantes obras[457], por lo que, las relaciones jurídicas derivados de estos acuerdos de voluntades, complementando las expertas opiniones de los Profesores Petrucci[458], Romboli[459] y Barachini[460], confirman que es facultad exclusiva del sujeto titular de derechos que tienen que ver con el patrimonio, elegir la manera que estime más pertinente de realizar operaciones específicas derivadas de modelos de contratos, autorizados por el Gobierno, como en el caso es la llamada CONDUSEF.

En la reforma financiera de este año, se incluyó la posibilidad de que los usuarios de los servicios financieros, en aquellos casos en los que no estuviesen conformes con la manera de cumplir sus instrucciones por las instituciones

[457] Fausto Rico Álvarez, Patricio Garza Bandala y Mischel Cohen Chicurel (2013), *"Tratado Teórico-Práctico de Derecho de Obligaciones"*, México, ed. Porrúa.

[458] Aldo Petrucci (2009) *"Fundamentos de Derecho contractual europeo"*. Deraíces romanasal Proyecto de Marco Común de Referencia, 1, Bolonia, ed. Patrón, Introducción, Capítulos I, III, IV, §1, V.

[459] Roberto Romboli (1988) *"Lalibertad de disponerdesu cuerpo"*, Bolonia-Roma.

[460] Francisco Barachini (2000), *"El fracaso de laex parejadespués de las sentencias de la Corte Constitucional no.66/1999 y no.319/2000"* (y después de la Reformade la Ley sobre la administración extraordinaria de las grandes empresas coninzolvenza), Revista de Derecho de los Negocios, II, 119.

financieras, eligiesen entre acudir ante los órganos jurisdiccionales estatales o celebrar el contrato de arbitraje, para tratar de dirimir las diferencias al respecto, con el gran problema de que ahora quien administraría esos arbitrajes, sería una institución pública, que algunas instituciones financieras podrían considerar no siempre imparcial, en todos los casos.

El arbitraje realizado por instituciones públicas en nuestro país, se fortaleció en los años 70's del siglo XX, con la posibilidad de que los inversionistas de las Casas de Bolsa y Agentes de Valores Personas Físicas designasen a la entonces Comisión Nacional de Valores (en lo sucesivo CNV) como Árbitro y para los asuntos específicos entre consumidores y proveedores, la anterior Ley Federal de Protección al Consumidor publicada en diciembre del año 1975, señaló que la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor también podría designarse por las partes como Árbitro.

El Comité Arbitral del Sistema Arbitral en materia financiera, que se instaura con la derogación del artículo 72 Ter y con la inclusión de los artículos 84 bis y siguientes de la LEY DE LA CONDUSEF, implica regresar al trámite, desarrollo y resolución del procedimiento arbitral por la CONDUSEF de manera directa, a quien podría considerarse impugnable su imparcialidad, derivado de lo previsto en el artículo 11, fracciones V y V Bis de la LEY DE LA CONDUSEF, ya que esa autoridad, en los términos del artículo 86 de ese ordenamiento, tiene como facultad el *"...proteger y representar individualmente los intereses de los usuarios en las controversias entre estos y las Instituciones Financieras..."*, lo que provocaría inhibir el pacto arbitral en materia financiera, provocando una mayor carga para los Tribunales locales y federales y por consecuencia un mayor costo en el gasto público.

El acuerdo arbitral es un documento privado, que suscriben las partes y que la Institución Administradora del Arbitraje o los Árbitros especialmente designados al respecto una vez que se confirma su nombramiento, también en su momento se comprometen a respetar y cumplir, hasta llegar a la

resolución por medio del laudo respectivo, que por regla general se cumple por las partes, aunque cada vez de manera más frecuente, lamentamos que se haga necesaria la homologación judicial para reforzar la eficacia y eficiencia de este método alternativo de solución de controversias.

La manera como está redactada esta norma, pareciera que es consistente con la preocupación del Doctor Estrada quien considera que *"...La estatalización del Derecho privado ha traído consigo una disminución en la riqueza conceptual proveniente de la tradición civilista. Basta reparar en lo que son hoy las clases de Derecho Civil, en el mejor de los casos meras críticas a la obra del legislador, sin conciencia creativa y sin esfuerzos palpables por vincular la disciplina con el orden social, esto es, con el orden vivo, actuante, efectivo. Otro tanto puede decirse de la extraordinariamente pobre labor jurisprudencial civilista que ha campeado en Occidente durante las dos últimas centurias. Habrá que reparar en si tal estado de cosas es compatible o no con una doctrina y una praxis auténticamente constitucionales..."*[461].

Lo anterior se confirma, con una norma de interpretación administrativa, emitida por la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de los Servicios Financieros (CONDUSEF), quien el 19 de noviembre del 2014, publicó en el Diario Oficial de la Federación, lo que en su consideración debe entenderse por *"...I.- Cláusula Abusiva: A cualquier estipulación, término o condición, establecida en los Contratos de Adhesión, que verse sobre temas distintos a tasas de interés, comisiones o cualquier otro concepto que implique la contraprestación recibida por la Institución Financiera y que cause un desequilibrio en los derechos y obligaciones entre las partes, en detrimento o perjuicio del Usuario, de conformidad con lo establecido en la TERCERA de las presentes*

[461]Rafael Estrada Michel (2006), "Constitución y Código. Acercamiento a una relación ambivalente", México, Porrúa.

Disposiciones. Lo anterior, salvo que esté permitido en disposiciones legales vigentes;...".

Como se aprecian, el principio de equidad entre las partes se incluye de manera expresa, al tratar de evitar que se cause un desequilibrio que provoque un perjuicio para el usuario de los servicios financieros, para lo cual, la disposición Tercera de esas disposiciones, establece un listado de lo que esa autoridad considera como cláusulas abusivas, siendo relevante la distinción que realizan respecto de Contratos de Adhesión, Contratos de Créditos de Nómina, Créditos Comerciales, Contratos de Crédito Simple, en Cuenta Corriente o Revolventes, Contratos de Depósitos a la Vista o Cuentas de Ahorro, en Contratos de Seguro, así como de manera específica en dos subtipos, los Contratos de Seguro de Vida, así como los Contratos de Seguro de Accidentes Personales.

Esta clasificación determina que para esa autoridad existen 6 tipos de relaciones jurídicas diferentes, en las que se considera necesario prevenir situaciones que afectasen a la libertad contractual, siguiendo la propuesta de Messineo[462], en el sentido de que los tratos comerciales además de la libertad de decidir celebrar el contrato, es conveniente también tener la posibilidad de estipular aspectos que afecten a una de las partes de manera específica.

Es relevante mencionar que esa autoridad administrativa en los contratos bursátiles, no consideró que pudieran presentarse cláusulas abusivas, lo cual pareciera incongruente con la política pública antes referida, ya que todos los trabajadores de este país que tienen AFORE, invierten de manera indirecta en el Mercado de Valores, aunque por supuesto podría pensarse, que por el tipo de usuarios de servicios financieros que buscan la mayor rentabilidad posible de sus recursos, incluyendo actividades que pudieran considerarse especulativas, es su decisión acorde a su perfil de riesgo como

[462] Francesco Messineo (1952), "Doctrina General del Contrato". Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América.

inversionistas, el asumir las consecuencias de sus decisiones, suficientemente informadas.

7. Conclusiones

Primera.- La hipótesis inicial de este trabajo quedó demostrada, ya que las normas que regulan al Sistema Financiero Mexicano, fueron modificadas para tratar de incluir elementos fundamentales en las relaciones jurídicas, como la equidad y el reconocimiento de los derechos humanos en las relaciones jurídicas.

Segunda.- La influencia internacional ha sido determinante en el aspecto corporativo de las adecuaciones que tuvieron diferentes regulaciones, para tratar de propiciar el que los clientes de los intermediarios financieros, pudiesen contar con mayor información de manera oportuna, para tomar las decisiones más adecuadas a sus intereses.

Tercera.- En materia de Arbitraje, se considera que se enfrentarán nuevos retos adicionales, provocados por la manera de visualizar a este contrato mercantil en la reforma a las normas aplicables en materia financiera.

Cuarta.- Como consecuencia de la crisis internacional del 2008, ahora en México existe una definición de lo que se consideran cláusulas abusivas, en algunos contratos del sector financiero.

Bibliografía

Legislativa

Ley del Mercado de Valores.
Ley para la Transparencia y Ordenamiento de los Servicios Financieros.
Ley de Instituciones de Crédito.
Fondo Nacional para el Consumo de los Trabajadores.

Ley de Ahorro y Crédito Popular.
Ley para Regular las Actividades de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo.
Ley de Uniones de Crédito.
Ley Orgánica de Nacional Financiera.
Ley Orgánica del Banco Nacional de Comercio Exterior.
Ley Orgánica del Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos.
Ley Orgánica del Banco Nacional del Ejército, Fuerza Aérea y Armada.
Ley Orgánica del Banco del Ahorro Nacional y Servicios Financieros.
Ley Orgánica de Sociedad Hipotecaria Federal.
Ley Orgánica de la Financiera Nacional de Desarrollo Agropecuario, Rural, Forestal y Pesquero.
Código de Comercio.
Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
Ley de Concursos Mercantiles.
Ley de Protección al Ahorro Bancario.
Ley de Fondos de Inversión, Ley de la Comisión Nacional Bancaria.
Ley para Regular las Sociedades de Información Crediticia.
Ley del Banco de México, Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro.
Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros.
Ley Federal de Instituciones de Finanzas.
Ley de Inversión Extranjera.
Ley para Regular las Agrupaciones Financieras.
Ley de Transparencia y de Fomento a la Competencia en el Crédito Garantizado.
Registro Núm. 2006794; Décima Época; Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación; Jurisprudencia (Constitucional, Civil); 1ª/J.46/2014 (10ª) y Registro Núm. 2006795; Décima Época; Primera Sala, Semanario Judicial de la

Federación; Jurisprudencia (Constitucional, Civil); 1ª/J.47/2014 (10ª).
Registro Núm. 2006794; Décima Época; Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación; Jurisprudencia (Constitucional, Civil); 1ª/J.46/2014 (10ª).
Registro Núm. 2006795; Décima Época; Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación; Jurisprudencia (Constitucional, Civil); 1ª/J.47/2014 (10ª)

Electrónica

http://www.sec.gov/spotlight/dodd-frank.shtml (3 de septiembre de 2014).
https://www.esrb.europa.eu/shared/pdf/ESRB-es.pdf?c374be822f1e230a5ebb0a9cce37bf2c (3 de septiembre de 2014).
http://reformas.gob.mx/ (3 de septiembre de 2014).
www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/electcom/ml-elecsig-s.pdf (14 de noviembre de 2014).

Libros

Aldo Petrucci (2001) *"Protección De Los Intereses ECONOMICOS y Protección De Los Clientes"*. Algunas de Reflexiones Sobre la Experiencia en Derecho Romanobanco en la Revista de Investigaciones Jurídicas 25.
Aldo Petrucci (2009) *"Fundamentos de Derecho contractual europeo"*. De raíces romanas al Proyecto de Marco Común de Referencia, 1, Bolonia, ed. Patrón, Introducción, CapítulosI, III, IV, §1, V.
Eber Omar Betanzos Torres (2014), "Derecho Supranacional y comparado", México, Ed. Porrúa.

Eber Omar Betanzos Torres (2013), "Apuntes sobre ética Judicial. La perseverancia, la fortaleza y el orden",México, Ed. SCJN.
Elisabetta Catelani (1996), *"Reglamentación Observatorio administrativa en Fuentes 1996 /Editado de Siervo"*, Nuevas Tendencias en la Directiva interorganiche, G. Giapichelli, Italia.
Ernesto Araujo Carranza (2009), *"El Derecho a la Información y la Protección de Datos Personales"*, México, ed. Porrúa, pág. 169.
Fausto Rico Álvarez, Patricio Garza Bandala y Mischel Cohen Chicurel (2013), *"Tratado Teórico-Práctico de Derecho de Obligaciones"*, México, ed. Porrúa.
Francesco Messineo (1952), "Doctrina General del Contrato". Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América.
Francisco Barachini (2013), la nueva disciplina deideasprovisionalescon respecto a lacontinuidad de la empresa (y quiere estar fuera) el fracaso,en Liber Amicorumabadesa, Giappichelli, Turín.
Francisco Barachini (2000), *"Elfracaso de la ex pareja después de las sentencias de la Corte Constitucional no.66/1999 y no.319/2000"* (y después de la Reformade la Ley sobre la administración extraordinaria de las grandes empresas coninzolvenza), Revista de Derecho de los Negocios, II, 119.
Humberto Enrique Ruiz Torres (2003), *"Derecho Bancario"*, México, Ed. Oxford.
Jesús, De la Fuente Rodriguez (2005), *"Delitos Financieros. Teoría y casos prácticos"*, México, Porrúa.
Luis Manuel C Méjan (2008), *"Sistema Financiero Mexicano"*, México, Porrúa, págs. 39 y 40.
MORFÍN CEDEÑO, Paulina, *"Prevención del Delito de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita y Financiamiento al Terrorismo en los Sectores Económicos distintos al Sistema Financiero Mexicano"*, Universidad Panamericana, México, 2012.

Pablo E. Mendoza Martell y Eduardo Preciado Briseño (2007), *"Lecciones de Derecho Bancario"*, México, Porrúa, pág. 254.
Roberto Romboli (1988) "*Lalibertad de disponerdesu cuerpo*", Bolonia-Roma.
Rodolfo Luis Vigo (2003), "De la Ley al Derecho", México, Porrúa.
Soyla H. León Tovar, Hugo González García, Oscar Vázquez Del Mercado Blando (2005), *"La firma electrónica avanzada"*, México, ed. Oxford, págs. 127 y 128.

Las recientes novedades en el tema de soluciones negociales de las crisis de las empresas: un primer balance y posibles perspectivas *de jure condendo*[463]

Le recenti novità in tema di soluzioni negoziali della crisi d'impresa: un primo bilancio e possibili prospettive *de jure condendo*

Francesco Barachini
Università di Pisa

Sumario: 1. La reforma del derecho concursal italiano: ¿un camino aún no completado?. 2. La disciplina de las soluciones de negocio de la crisis empresarial: Una crítica de fondo. A) La ausencia de una regulación o reglamentación del acuerdo de grupo. 3. B) La falta de una disciplina de las soluciones de negocios por la empresa "no falible". 4. La institución de la "demanda prenotativa": implicaciones operativas y sistemáticas. 5. Liquidación concordada y la quiebra alternativa: las posibles (nuevas) condiciones del problema.

Resumen: El documento se propone hacer un censo de las principales novedades que han caracterizado el reciente proceso de reforma de la disciplina concursal italiana, en particular, con el fin de evidenciar las eventuales críticas, así como individualizar posibles hipótesis de evolución de *jure condendo*.

El estudio se concentra, sobretodo, en la nueva disciplina de las soluciones negociadas a la crisis de la empresa, poniendo en relieve cómo, en el plan positivo, aquella disciplina ha resultado carente de resultados debido bien sea a la ausencia de una regulación *ad hoc* de las situaciones de crisis referidas a un grupo de sociedades, así como por la no aplicabilidad de esa disciplina a las empresas así dichas no falibles.

[463]Traducción al español de Eber Betanzos –con el apoyo de Fernando Navarro– del texto original en italiano.

La contribución se termina con una consideración específica del nuevo instituto así llamado concordado "en blanco" (o "con reserva"), subrayándose sobre el punto como tal novedad asume particular interés porque la misma viene a introducir en nuestro sistema un principio de reglamentación unitaria de diversos procedimientos concursales, contribuyendo en tal modo a individuar-incluso sobre la base de la información deducida del panorama comparativo, así como de la legislación especial- una interesante y posible línea de desarrollo de la materia.

Riassunto: Il lavoro si propone di operare un censimento delle principali novità che hanno caratterizzato il recente processo di riforma della disciplina concorsuale italiana, al fine segnatamente di evidenziarne le eventuali criticità, nonché di individuarne possibili ipotesi di evoluzione de jure condendo.

L'indagine si concentra soprattutto sulla nuova disciplina delle soluzioni negoziali alla crisi d'impresa, mettendosi al riguardo in evidenza come sul piano positivo quella disciplina risulti carente vuoi per l'assenza di una regolamentazione ad hoc delle situazioni di crisi riferibili ad un gruppo di società, vuoi per la non applicabilità di quella disciplina alle imprese cc.dd. non fallibili.

Il contribuito si conclude con una specifica considerazione del nuovo istituto del c.d. concordato "in bianco" (o "con riserva"), sottolinenandosi sul punto come tale novità assuma particolare interesse in quanto la stessa viene ad introdurre nel nostro sistema un principio di regolamentazione unitaria di procedure concorsuali diverse, contribuendo in tal modo ad individuare - anche sulla scorta di indicazioni ricavabili dal panorama comparatistico, oltre che nella legislazione speciale - un'interessante possibile linea di sviluppo della materia.

Palabras clave: La reforma del derecho concursal italiano, soluciones negociadas a la crisis de la empresa: novedades y

aspectos críticos, el "pre-concordato": las posibles implicaciones *de iure condendo.*

Parole chiave:La riforma del diritto concorsuale italiano, soluzioni negoziali alla crisi d'impresa: novità e aspetti critici, il "pre-concordato": le possibili implicazioni de iure condendo.

1. La reforma del derecho concursal italiano: ¿un camino aún no completado?

El reciente proceso de reforma de la materia concursal italiana ha sido objeto de una valoración sustancialmente positiva. En efecto, hay una opinión casi unánime en el reconocimiento de que ese camino –a pesar de que se ha traducido en múltiples intervenciones de la *renovación* de la ley de quiebras– se ha desarrollado en un cuadro completamente coherente, permitiendo responder en modo adecuado a una necesidad de "modernización" de aquel sistema que aparecía como no aplazable.

No puede, sin embargo, excluirse que esta etapa de reformas deba considerarse definitivamente cerrada. En efecto, propiamente la elección de la técnica de *renovación* –habiendo dejado sin cambios la base de fondo de la Ley de Quiebras– llevaría a hacer oportuna una intervención de revisión orgánica de aquel sistema: aunque entre otras cosas considerando que permitiría adoptar, en un cuadro unitario, también las indicaciones provenientes de la experiencia de algunos procedimientos "especiales" y, notablemente, de aquella de la administración extraordinaria de las grandes empresas en crisis, de las cuales el decreto legislativo número 270/1999, efectivamente parece prestarse para ser utilizado como posible paradigma de referencia para la constitución de un renovado derecho concursal.

Por otra parte es importante señalar que un último impulso a favor de una revisión completa de aquel sistema (o, en todo caso, de una nueva intervención de reforma en la materia)

ha sido ahora ofrecida en la reciente recomendación de la Comisión Europea *"en un nuevo enfoque a la quiebra de empresas y la insolvencia"* (2014/135/UE), la cual, en particular, se propone señalar al legislador nacional algunos aspectos específicos de intervención sobre los cuales mayormente es advertida la necesidad de una armonización en el ámbito europeo: una ocasión que efectivamente podría ser tomada por nuestros legisladores para completar el proceso de reforma descrito.

Es sobre la base de tales consideraciones, que puede ahora ser útil reflexionar sobre las novedades que se han introducido en la materia: y esto con la finalidad no sólo de hacer un primer balance, pero también y sobre todo para buscar recoger las eventuales críticas o, todavía, para recabar posibles indicaciones en clave *de jure condendo*.

La atención aquí se concentrará de forma prevalente sobre aquello que hoy se conoce como el derecho "negocial" (o "no concursal") de la crisis de la empresa: no hay duda de hecho que esto es el aspecto sobre el cual las recientes reformas han mayormente afectado o incidido y en donde ahora más consistente aparece el interés en contra un reconocimiento *de jure condito,* aunque *de jure condendo*.

Existe, sin embargo la impresión de que algunas de las soluciones aportadas en esta reforma ya ha contribuido a delinear un posible recorrido de evolución en la materia, poniendo así fin –aunque de manera subrepticia y, todavía, de modo parcial– para anticipar (eventualmente) futuras opciones de reforma.

A partir de, ahora, la utilidad de una reflexión que permita capturar estos elementos de cambio –aunque producidos en forma "progresiva"–resulta fundamental para poder entonces evaluar si efectivamente se trata de una novedad positiva y, por lo tanto, estos susceptibles de ser atendidos (si no, incluso, incentivados) en la perspectiva de una futura (y es de esperar una próxima) reforma orgánica de la materia.

2. La disciplina de las soluciones de negocio de la crisis empresarial: Una crítica de fondo. A) La ausencia de una regulación o reglamentación del acuerdo de grupo

El sistema actual de la Ley de Quiebras revela –por cuanto específicamente concierne a la disciplina de la solución de negocios de la crisis de empresa– dos críticas de fondo.

La primera se refiere a la ausencia de cualquier tipo de atención para la gestión de la crisis de empresas de grupo. Una laguna que es particularmente pronunciada en la ausencia de una regulación expresa del así llamado "acuerdo de grupo", y que –como se conoce– constriñe a los operadores al inevitable forzamiento del dictado normativo, imponiendo a veces complicadas operaciones extraordinarias para ser recorridas, a menudo no respaldadas por un justificación autónoma, sino por aquella de asegurar o garantizar una gestión unitaria a situaciones de crisis formalmente referibles a una pluralidad de sociedades o entidades.

La citada carencia aparece como remarcada del resto –no sólo considerando que el grupo representa ahora un fenómeno muy difuso también en el contexto de las realidades empresariales de dimensiones reducidas– sino porque teniendo en cuenta el hecho de que, precisamente por esta razón, no se habían olvidado en el debate preparatorio varias propuestas de disciplina de este fenómeno.

Por otro lado, no se puede dejar de señalar que ese fenómeno ya cuenta con una –así sea parcialmente– regulación positiva en el sistema italiano, esto ocurre en particular –como es bien sabido– en el mismo ámbito de la disciplina sobre la administración extraordinaria de las grandes empresas en crisis, recibiéndose por tanto –al menos a este respecto– una primera confirmación del hecho de que aquella experiencia muestra ser el modelo más evolucionado de procedimiento concursal vigente en nuestro ordenamiento.

3. B) La falta de una disciplina de las soluciones de negocios por la empresa "no falible"

La otra –tal vez ahora más relevante – crítica que característica al actual sistema concursal italiano concierne a la falta de previsión de forma de la gestión de negocios de la crisis en el control de las empresas así llamadas "no falibles".

Se ha notado como al respecto, los legisladores de la reforma han reafirmado la opción de fondo que tradicionalmente caracterizaba nuestro sistema, esto es, en el sentido real de confirmar que la sujeción al error – y, más general a todos los procedimientos concursales– representan un estado de mayor articulación de los estados generales de las empresas comerciales, llevando así a la exclusión que del procedimiento puede encontrar aplicación en la empresa cuándo *(i)* no superan ciertos limites dimensionales considerados relevantes, o *(ii)*desarrollan una actividad no calificable como comercial, es decir *(iii)* tiene carácter público.

Se trata, por otro lado, de una elección que – aunque esperando se encuentre en el camino de una perfecta continuidad con el pasado– parece todavía siempre menos justificable: y todo esto sobre todo en el plano del estudio comparado, en la expectativa que la legislación más moderna ahora está orientada a tratar en modo unitario a la crisis del deudor, en algunos casos incluso sin siquiera distinguir de conformidad con la naturaleza civil o mercantil (*rectius*: empresarialmente) de lo mismo. Prevalece por eso ahora la idea que el derecho "especial" de la crisis deba encontrar su aplicación independientemente de una valoración sobre o acerca de la naturaleza y/o la dimensión de la actividad ejercida: uniéndose –en ciertas experiencias– para permitir la operación incluso en la confrontación del sujeto no empresario.

Es sabido cómo esta tradicional configuración de la legislación italiana ha sido modificada –al menos parcialmente– con la introducción de la disciplina sobre la gestión de la "*crisis del sobreendeudamiento*" referido a la ley 3/2012, la cual, por

primera vez en nuestro sistema, ofrece una reglamentación de carácter concursal de la crisis del deudor "no falible".

Sin embargo, debe descartarse que tal materia –tomándose ciertamente apreciable sobre el plano general– esté en grado de proporcionar respuestas adecuadas en la perspectiva del derecho de la empresa.

Varias son las razones que nos llevan a expresar tal opinión.

La primera es que la citada disciplina se caracteriza por una cierta originalidad –mostrándose incluso excéntrica– respecto a las soluciones generalmente contenidas en otros ordenamientos: en efecto, nuestro legislador, en vez de optar entre un modelo *unitario* o uno *dual* (como generalmente ocurre en el ámbito comparado), ha dado en cambio lugar a un sistema sustancialmente *tripartito*: en el cual además de la disciplina tradicional del deudor "falible" se ha afianzado una reglamentación concursal del deudor "no falible", en la que cual están previstas soluciones diferenciadas dependiendo de si estos tienen o no la calificación de "consumidor".

Motivos adicionales de insatisfacción son de orden –por decirlo de alguna forma– culturales. La legislación italiana sobre "sobreendeudamiento" resulta de hecho fuertemente marcada o connotada por la vida social, de acuerdo con un ajuste típico de aquellos sistemas que adoptan un enfoque así llamado de "*consumer oriented*". Ésta por decirlo que ello se mueve de la idea según la cual el objetivo de fondo de esta disciplina debería ser desalentar la aparición de situaciones de dificultad económica del deudor o –en donde estas se verifican– de intervenir para tutelarlo en cuanto sujeto considerado "débil".

Esta visión, en la cual evidentemente las necesidades de la empresa y, aún en general, del mercado permanecen solamente sobre el fondo o, en cada caso, reciben una tutela puramente indirecta y eventual.

Pero esta disciplina aparece insatisfecha aún sobre el plano técnico. En efecto, las decisiones tomadas por el legislador se revelan no del todo apropiadas, realmente en donde

son llamadas a operar en un contexto de crisis de la empresa. Solo por precisar algunos aspectos más significativos, basta considerar lo siguiente:

(i) La ley sobre endeudamiento no contempla la posibilidad de "anticipar" el bloqueo de la acción individual: siendo para tal fin siempre necesario el inicio formal de uno de los procedimientos regulados en ella;

(ii) Notables dudas subsisten sobre el contenido mismo de las soluciones concursales previstas (así, por ejemplo, no está claro si, en ese contexto, sea posible articular una propuesta de arreglo de la crisis con la previsión de clases y, por lo tanto, con posibilidad de derogar el tradicional criterio de la *par condicio*);

(iii) La hipótesis de acuerdos negociales no es acompañada de forma de incentivo o de medida de protección, siendo que en vez de ello representa un trato cualificante de la correspondiente disciplina de la solución de negocios prevista en la Ley de Quiebras.

En consideración a lo arriba señalado, es por lo tanto razonable excluir que la mencionada disciplina o materia pueda jugar un adecuado papel de "suplencia" respeto a la señalada falta de soluciones de negocios *ad hoc* para la gestión de la crisis de la empresa "no falible": pudiéndose por tanto creer que –al menos en este ámbito– subsista un verdadero y propio voto de tutela, es decir viniendo a determinar una ilógica (y del todo injustificada) disparidad de tratamiento respecto a todo aquellos que es previsto para la empresa "falible".

Tal conclusión resulta por tanto digna de atención, especialmente en donde se considera que el perímetro de la empresa "no falible" asume hoy una latitud más extendida y no se ha hecho mas ligera en su dimensión cuantitativa. Basta pensar en los nuevos "límites" previstos en el artículo 1° ley de la Ley de Quiebras, la cual condiciona el sometimiento a la ley de quiebras al logro de los límites dimensionales como para ampliar en modo apreciablemente la categoría de las empresas

excluidas; considerando también la circunstancia de que el concepto de empresa agrícola –así como la disposición reformulada en el art. 2135 c.c.– viene además a incluir actividades que presentan una innegable "substancia" comercial, respecto a la cual, por tanto, no se ve por cuáles razones se les debería aplicar la tradicional regla de exoneración del procedimiento concursal. Y no hay duda entonces que, en esta perspectiva, parece encontrarse explicación a la elección recientemente operada de extender también a esta categoría de empresas "no falibles" la posibilidad de acceder al procedimiento del art. 182-*bis* de la ley de quiebras (cfr. art. 23, cláusula 43° d.l. 98/2011), siendo así plausible vislumbrar en la solución una especie de primera "brecha" en el sistema.

Finalmente no puede olvidarse el señalar que otra (y muy insidiosa) área de exención del procedimiento concursal puede abrirse en el frente de la empresa "publica": y esto sobre todo teniendo en cuenta las dudas que –como es sabido– parten de la jurisprudencia que ha recientemente avanzado acerca de la posibilidad de aplicar el régimen concursal de la empresa comercial en contra de las empresas que operan servicios públicos y, en particular, contra la sociedad *in house*.

Al respecto –a pesar de ser conscientes de que una orientación similar advierte en el plano juspolítico la exigencia (ciertamente no carente de motivación) de reservar un especial tratamiento a la hipótesis en la cual el ejercicio de la empresa sea funcional en la búsqueda de intereses públicos– aparece sin embargo evidente como una opción cargada de consecuencias tanto en el plano teórico, como en términos prácticos: es de hecho claro que, en tal modo, se renuncia a confiar en el mercado (y a sus reglas), la gestión de las crisis de las empresas, terminando así por transferirle los costos a la comunidad –y, aún más precisamente, como en este caso– a la fiscalización general.

Por otra parte, se puede considerar –pero el alivio es de valor más general, pudiendo ser capaz de extenderse también a todas las demás situaciones de "exoneración"– que la elección de no sujeción a la disciplina del procedimiento concursal, en el

pasado respondió a una clara lógica a *favor* –sobre todo considerando la matriz de las sanciones punitivas que tradicionalmente connotaban este sistema–, sin embargo hoy paradójicamente presenta riesgos de representar una especie de "desfavorecimeinto" en el confrontamiento con las empresas excluidas: y particularmente en cuanto excluye a estos la posibilidad de acceso a un sistema que está definitivamente orientado no ya a sancionar la situación de crisis, cuanto más bien a buscar la forma de prevenir o de superar la misma crisis, especialmente a través de la valorización de los espacios de auto reglamentación privada.

4. La institución de la "demanda prenotativa": implicaciones operativas y sistemáticas

Entre la novedad aportada a la ley de quiebras, una de las más significativas concierne sin lugar a dudas la introducción de la así llamada "demanda prenotativa" (o, según otra terminología, del así dicho "concordato en blanco" o "con reserva") del cual el Art. 161, párrafo 6°, de la Ley de Quiebras: que –como es notado– permite al deudor obtener el "bloque" de las acciones ejecutivas individuales anticipadamente respecto a la presentación de una propuesta concordada (o de un acuerdo de reestructuración), garantizando así la posibilidad de proseguir las eventuales negociaciones con los acreedores lejos de iniciativas que podrían obstaculizar (o incluso perjudicar) un éxito positivo.

Se trata de una solución tomada de otros ordenamientos jurídicos –y, notablemente, de los estadounidenses (en donde se aplica el así llamado "*automatic stay*")– y que ha recibido un considerable éxito en la práctica, generando por otro lado –recisamente por la razón de esta innegable utilidad (y eficacia) en el plano operativo– el peligro de una utilización instrumental, de manera tan precisa de inducir al legislador italiano a introducir –en un momento posterior a su primera introducción– algunos correctivos ya sea de orden sustancial, ya sea de

naturaleza procedimental.

La citada novedad presenta una multiplicidad de razones de interés en el plano técnico, en cuanto (y sobretodo) en una perspectiva de sistema.

En particular, bajo este último perfil, dos son los aspectos que ameritan atención.

El primero está vinculado con el hecho que la citada previsión se refiere no sólo a la institución del acuerdo preventivo, sino también a la disciplina de los acuerdos de reestructuración establecidos en el Art. 182-*bis* de la Ley de Quiebras.

En efecto, con base a lo dispuesto en el art. 161, párrafo 6°, de la ley de quiebras, el deudor puede obtener el bloque "anticipado" de las acciones ejecutivas individuales, reservándose–en un momento posterior– la facultad de presentar una demanda de acuerdo preventivo conforme a los art. 160 e 161 de la ley de quiebras, o para solicitar la homologación de un acuerdo de reestructura *ex* art. 182-*bis*de la ley de quiebras.

Desde este punto de vista, por lo tanto, aparece evidente que, en tal modo, el legislador italiano ha llegado a crear una especie de procedimiento (o de pre-procedimiento) *único*: en el sentido de que la presentación de una "demanda prenotativa" da impulso a un *iter* procesal de carácter unitario, destinado sólo posteriormente a "bifurcarse" de acuerdo con la alternativa indicada anteriormente, y que por lo tanto –en su fase inicial– resulta *común* a las citadas soluciones de negocios.

La otra razón de interés considera propiamente esta naturaleza –por así decirle– "bifásica" del procedimiento de que se trate.

Debe tenerse en cuenta que la interposición de una "demanda prenotativa" permite al deudor el abrir una especie de "pausa de reflexión": en el sentido de ofrecer a éstos la posibilidad de "congelar" la situación, en espera de evaluar cuáles son las soluciones para sugerir al propio acreedor y al resultado del cual el mismo deudor tendrá faculta de optar tanto por una solución "en continuidad", cuanto por un tipo liquidatorio,

proporcionando así la elección de la reserva formulada en sede al inicio del mismo procedimiento.

Resulta por lo tanto claro que el citado procedimiento (o pre-procedimiento) es digno de atención no sólo porque llega a someterse –al menos parcialmente– a un *mismo* régimen de soluciones de negocios diversos, contribuyendo así a sentar las bases para su gestión unitaria, sino también por que la misma viene a distinguirse –precisamente porque de ésta "confusión" (o "unificación") de modelos procedimentales diferentes– por su sustancial *neutralidad* en el plano de la finalidad que la distingue: y esto precisamente en la medida que –al momento de dar inicio a tal procedimiento– el deudor no es llamado a explicar cuál es el plan que se aplicará, en lugar de tener la posibilidad de posponer cualquier decisión en una fase sucesiva, es decir cuando se imagina que éstos han sido capaces de adquirir todos los elementos de evaluación necesarios (y tal vez incluso a compartir con antelación los resultados con los mismos acreedores), optando consecuentemente por una gestión liquidadora o sea conservadora de la crisis.

Puede entonces hacerse notar como la introducción de esta modalidad de gestión unitaria de procedimiento entre su autonomía podría tener algunas interesantes implicaciones en el plano operativo: así, por ejemplo, parece lícito dudar sobre la fortaleza de esa orientación –que en lugar de ello parece recoger un convenio creciente especialmente en la jurisprudencia– según la cual, donde se verifica un cambio en el procedimiento, debería implicar también un cambio de los órganos pertinentes, considerándose notablemente que el comisario judicial nombrado en el ámbito de un concordato preventivo no pueda tomar posesión del cargo de curador en la quiebra "posterior" a ese procedimiento.

Al contrario, precisamente la existencia de un *iter* procesal único podría llevar a la conclusión preferible que no se creen soluciones de continuidad, incluso en el nivel de los órganos, sobre todo por razones de eficiencia (e incluso de coherencia) en la gestión del procedimiento: debiéndose creer

que el que ha sido nombrado comisario (o incluso la de pre-comisionado) es, sin duda, el sujeto más indicado para "supervisar" la gestión concursal de la crisis aunque en cada una de sus fases sucesivas, independientemente de cuáles puedan ser los éxitos de ellas mismas.

En cada caso –y aunque dejando a un lado estos hallazgos más estrechamente operacionales– debe señalarse como la introducción de este régimen procedimental "bifásico" no representa en absoluto una novedad en el panorama del sistema concursal italiano.

Debe de hecho considerarse que ya la disciplina de la administración extraordinaria de las grandes empresas en crisis de los cuales al d.lgs. 270/1999 contempla una solución sustancialmente análoga: en particular, en aquel cuerpo normativo está expresamente previsto que, una vez intervenida la declaración de insolvencia, se abre una frase preliminar dirigida a la verificación de las condiciones para la "recuperación" de la empresa –y que, precisamente por esta razón, se define como "periodo de observación"– destinada después a conducir, en caso de éxito (en donde subsisten los presupuestos para la realización de uno de los dos programas "en continuidad" individuales del art. 27 d.lgs. 270/1999), en una medida de admisión al mismo proceso, o –en caso contrario (y por lo tanto en ausencia de tales condiciones)– en una declaración de quiebras, resultando el inicio de un proceso de carácter típicamente liquidatorio.

A este respecto, es ahora plausible que incluso la presentación de una "demanda prenotativa" dé lugar a la apertura de una especie de "periodo de observación" y que exactamente se substancia en el dejar al deudor la facultad de verificar la factibilidad de una solución que conserve o liquide a la propia empresa: siendo capaz de trazar, bien a este respecto, una ulterior confirmación del hecho de que la administración extraordinaria constituye sin otro el procedimiento concursal mas avanzado de nuestro ordenamiento.

En esa perspectiva, merece por otra parte señalar que una estructura análoga "bifásica" caracteriza también la (nueva) disciplina del ejercicio provisional del cual el art. 104 de la Ley Quiebras.

En efecto –con base en esta previsión, no por casualidad modificada dentro de la reforma– la persecución de la quiebra de la empresa puede ser autorizada por el juez delegado a petición del curador en un momento *posterior* al la declaración de quiebra (y ésta es la hipótesis fisiológica); pero ésta puede alterarse para estar dispuesta *inmediatamente* y *directamente* del Tribunal con la misma sentencia declarativa de quiebra: esta solución que, evidentemente se presta para ser utilizada con precisión en esta circunstancia –ciertamente menos frecuentemente (pero no por esto menos relevante)– en el cual existe el temor de que una interrupción repentina de la actividad de la empresa pueda acarrear un prejuicio para el acreedor o, todavía, en donde se abre la necesidad de "tener en vida" a la empresa en espera de entender –propiamente en el estilo de un "periodo de observación"– si esta utilidad (o inutilidad) puedan provenir de su continuidad.

5. Liquidación concordada y la quiebra alternativa: las posibles (nuevas) condiciones del problema

Adicionales reflexiones interesantes sobre el resultado del reciente proceso de reforma de la ley de quiebras provienen del examen de la institución concordataria, que –como es sabido– constituye uno de los perfiles sobre los cuales mayoritariamente ha incidido el legislador dentro de la reforma.

Se trata por otra parte de las direcciones que –en tal contexto– no son derivadas (al menos directamente) de la novedad introducida, representando más bien la (posible) "precipitación" de los primeros ordenamientos jurisprudenciales en la materia.

Es sabido como la "nueva" disciplina del concordato preventivo tenía fuertemente "liberalizada" a la institución: en

particular, no hay duda de que la reforma ha hecho mucho más *dúctil* y *elástico* respecto al pasado el contenido de la propuesta que en el ámbito de tal procedimiento se puede pagar a los acreedores, con una consecuente notable implementación –según aquello que ciertamente era el auspicio legislativo– de la potencialidad del uso de esta tradicional técnica de gestión de la negociación de la crisis.

El resultado de una evolución similar –para efecto del cual puede bien decirse que el acuerdo preventivo representa hoy una "*institución típica, de contenido atípico*"– es que através del concordato o acuerdo propuesto no sólo se puede perseguir cualquier nivel de tipo liquidatorio –habiendo disminuido el deber de respetar el rígido (y preconcebido) paradigma procedimental previsto en la legislación antes vigente– pero resulta también plausible contar con la misma libertad con las soluciones de la gestión de crisis "en continuidad", con mayor precisión a modo de ejemplo se muestra la nueva formulación en el Art. 160 de la Ley de Quiebras –y que de hecho no pone límites a la autonomía en la confirmación de la propuesta acordada– es sobre todo la producción de la introducción de una disciplina *ad hoc* precisamente por la hipótesis en el cual el acuerdo "*prevé la continuidad de la actividad de la empresa*" (art. 186-*bis* de la Ley de Quiebras).

A pesar de esta innegable *libertad* que ahora caracteriza la disciplina positiva de la institución –y de la consecuente *heterogeneidad* de los objetivos que a través de éstos es por lo tanto posible perseguir– es sin embargo no obstante seguro –como claramente testifica la práctica más reciente– que el acuerdo preventivo resulta sobre todo caracterizado por una finalidad de carácter liquidatorio, constituyendo un instrumento bastante eficaz (en algunos aspectos, mucho más que en el pasado) para implementar una liquidación no en quiebra del patrimonio del deudor insolvente.

En esta perspectiva, puede ahora desatarse cierta sorpresa que –de frente a una evolución normativa

ESCUELA LIBRE DE DERECHO
BIBLIOTECA

decididamente favorable a la institución– la jurisprudencia (especialmente la de mérito) había, al contrario, iniciado a asumir posiciones mucho más cautelosas y que –en ciertos casos– incluso pareciera denotar un ciertoreparo en secundar el uso de dicho proceso, propiamente en donde éste tiene un alcance de liquidación.

Así, por ejemplo, en algunas de las más recientes decisiones en materia de jurisprudencia se ha llegado a reconocer lo siguiente:

(i) El acuerdo liquidatorio debe ser considerado inadmisible en el caso en el que la propuesta concordada indique un porcentaje de satisfacción *mínima* o, en todo caso, *irrisoria* para el acreedor quirografario (terminándose de tal manera para introducir –aunque veladamente– una especie de revisión judicial de mérito sobre la propuesta);

(ii) Igualmente inaceptable resultaría una propuesta de acuerdo que provea una cesión solamente *parcial* de bienes (considerándose que –en donde se contempla la cesión de bienes– ésta debía preocuparse de la totalidad del patrimonio del deudor);

(iii) La propuesta y el plan de acuerdo siempre deben explicitar el *tiempo* y el *porcentaje* asumido a satisfacción del acreedor concursal (precisamente con el fin de permitir un control adecuado de su contenido respecto a la alternativa de quiebra);

(iv) En un acuerdo de tipo liquidatorio, el control judicial sobre la presencia y los criterios de la formación de las clases deben ser más *severos* (y esto claramente en el supuesto que, en la prospectiva de la liquidación, la excepción al principio de la *par condicio* aparezca menos justificada).

Se trata de orientaciones que –al menos a primera vista– podrían parecer contradictorias, si no incluso esquizofrénicas

respeto a las líneas descritas sobre la evolución del sistema y de las mismas instancias iuspolíticas que han inspirado el proceso.

No puede echarse de menos que aquellas decisiones jurisprudenciales se han inspirado –o de otra manera se han nutrido– de la conciencia de los riesgos de abusos que se presta el "nuevo" instituto concordato y, aun en general, el sistema entero de soluciones de negocios de la crisis de la empresa: un riesgo, éste, que efectivamente los primeros años de aplicación de la Ley de Quiebras reformada parece haber confirmado, precisamente con el fin de inducir a la sospecha de que esas reformas podrían anunciar una nueva era de "uso alternativo" de los procedimientos de concursales.

No es naturalmente ésta la sede para emitir juicios.

Sin embargo, lo que parece captarse de las primeras decisiones judiciales es la sensación de que se está haciendo progresivamente camino a la visión de que el juicio sobre el uso de la solución acordada debe ser *diverso* dependiendo de si, a través de ésta, se persiguen objetivos de *prosecución* de la actividad de la empresa o simplemente fines de tipo *liquidatorio*. En otras palabras, parece emerger la idea de que, mientras con respecto a un acuerdo "en continuidad", ciertamente parece legítimo (y también oportuno) que el sistema es una transposición (y no sostenga) la factibilidad, pudiendo así asumirse que eso –proprio en cuanto contempla la continuidad de la empresa– resulta *seguramente* funcional a los intereses de la clase acreedora o, cuando menos, a las exigencias más generales de eficiencia del sistema, y puede, por tanto, redundar también en beneficio de los propios acreedores; en el caso en que al contrario el acuerdo tenga carácter liquidatorio la respuesta debe ser distinta: siendo así plausible imaginar que, en tal eventualidad, el uso a la solución acordada no responda a los intereses de los acreedores, excepto en donde (y en los términos en los cuales) se ofrezca la demostración –con una especie de carga ideal de la prueba– que eso se muestre *efectivamente* más ventajoso respecto a la alternativa de quiebra. En resumen, siguiendo estas sugerencias parecen retenerse que, habiéndose

acordado una doble naturaleza, la valoración sobre su conveniencia –y por lo tanto su propia viabilidad– debe de cambiar dependiendode si se persiguen sus propios casos de continuidad, o ello representa la única alternativa a la liquidación de la quiebra: y qué es precisamente en el sentido de que, mientras que en el primer caso el juicio debe ser en la línea de maximizar lo positivo, en la segunda hipótesis no deben prevalecer evaluaciones tendencialmente *negativas*, por lo menos –por así decirlo– "hasta que se demuestre lo contrario".

Y no hay duda entonces que incluso estas consideraciones pueden ser útiles en la prospectiva de una eventual próxima reforma orgánica de la disciplina concursal.

La reacción formal y sustancial de los derechos frente a la crisis economica, fue editado por el Fondo para la Difusión de Derecho de la Escuela Libre de Derecho, se terminó de imprimir en el mes de febrero de 2015, en los talleres de Impresora y Litográfica Heva, S. A. Arteaga # 26 Col. Guerrero 5526-8050 y 5526-4156, ventas@litoheva.com.mx

La edición consta de 500 ejemplares en papel Cultural de 90 gramos y estuvo a cargo del Dr Rodolfo Gómez Alcalá.

El presente volumen es el cuarto libro publicado en el marco del Acuerdo firmado, en el 2004, por la Escuela Libre de Derecho y el Departamento de Derecho de la Universidad de Pisa. Su contenido se centra en atender la cuestión de la respuesta que el Derecho da, ha dado, o puede dar, frente a las crisis económicas. El análisis jurídico, en torno a esta temática, se desenvuelve a través de ensayos realizados por autores de ambas instituciones universitarias, dentro de una perspectiva histórica y contemporánea, desde los puntos de vista del derecho mexicano e italiano, constitucional, público, civil y mercantil.

A pesar de la variedad de las perspectivas y de la diversidad de las épocas, se capturan en sus textos elementos analíticos comunes: los orígenes financieros y crediticios de muchas crisis, el aumento de las presiones fiscales y la reducción del endeudamiento público como instrumentos para remediarlos, la atenuación del régimen en materia de insolvencia y la búsqueda de un equilibrio entre las medidas que deben adoptarse y las inevitables tensiones sociales que de ello derivan, la afirmación de la centralidad del individuo y de sus derechos fundamentales, con la superación de una completa subordinación a las exigencias estatales.

Cabe comentar que lo que está en juego en las crisis económicas –finalmente– es la indispensable reactivación de condiciones suficientes de bienestar, necesarias para la realización individual en la colectividad y viceversa. Lograrlo precisa del Derecho como objeto de la justicia en el sentido más amplio; de ahí la relevancia de este libro, que abre ventanas de reflexión a tan importante e inclusivo tema para nuestra sociedad.

E L D
ESCUELA LIBRE DE DERECHO
L00032812