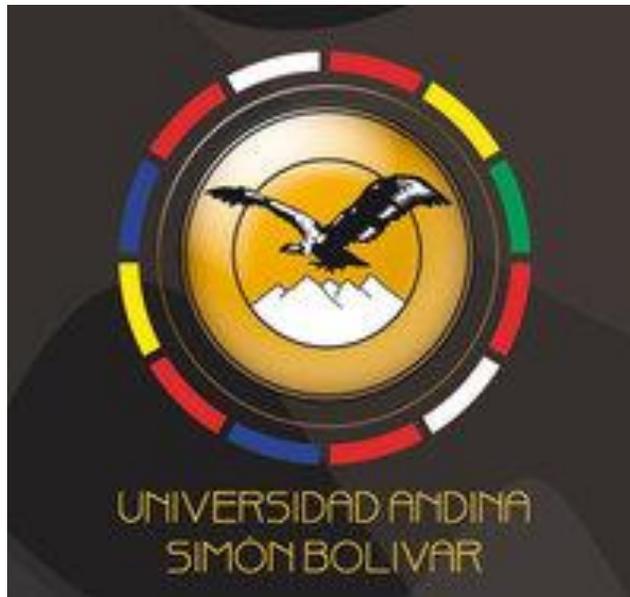


UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

OFICINA LA PAZ



AREA: DERECHO

“MAESTRIA DE DERECHO DEL MERCADO FINANCIERO”

TITULO:

**CONSTRUCCIÓN DE UNA DEFINICIÓN JURÍDICA DE LAS “REMESAS
FAMILIARES DE EMIGRANTES”**

AUTORA: MARÍA DANIELA PAZ CUÉLLAR

TUTOR: ALBERTO BONADONA COSSIO

La Paz – Bolivia

2013

Para:

María Fernanda Solares Paz

AGRADECIMIENTOS:

A mis padres:

Mercedes Cuéllar, por su apoyo, ejemplo y amor incondicional.

Ronald Paz, por su ayuda, dedicación y amor.

A mi esposo Cristian Solares, por su amor y apoyo constante.

A mi tutor Lic. Alberto Bonadona, por su invaluable colaboración.

Y a todos los que de alguna manera colaboraron para que esta investigación concluya satisfactoriamente.

Jurídicamente, las remesas son algo más que: “envíos de dinero, correspondencia o mercaderías.”*

MDPC

* Adaptado al plural de la definición sobre Remesa del *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales* de Manuel Ossorio. 37^a Ed. Actualizada, Corregida y Aumentada por Guillermo Cabanelas de las Cuevas. Buenos Aires. 2013

RESUMEN EJECUTIVO

La presente investigación aborda el tema de las “Remesas Familiares de Emigrantes” desde una perspectiva principalmente jurídica. Esto, después de haberse constatado que ellas han sido profusamente tratadas en diversos campos, pero escasamente discernidas desde el ámbito del Derecho. Situación que se verifica, al observarse que las remesas no se encuentran orgánicamente incorporadas en las legislaciones de los países de la región y menos aún que cuenten con marcos legales específicos, como sería de desear.

En esa dirección, y siendo evidente que el propio concepto de Remesas Familiares de Emigrantes carece, hoy por hoy, de un contenido jurídico específico, el trabajo se abocó a la construcción de una definición jurídica que resultara propia, sustancial y coherente con el fenómeno que encierra. Significando esto, que ella, a tiempo de ser un enunciado de doctrina, debe guardar consonancia con los preceptos de la Nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, su ordenamiento jurídico y con el Derecho Comparado.

En lo metodológico, y no obstante su carácter jurídico, la presente investigación se apoyó en el denominado Análisis Económico del Derecho. Esto, sin descuidar la realización del análisis axiológico, dado los altos valores que el objeto de estudio contiene.

Bajo esos antecedentes y alcances, la investigación concluye finalmente en que las Remesas Familiares de Emigrantes, interpretadas jurídicamente, son:

Resultados monetarios *Non lucrum*, obtenidos fuera del país por emigrantes *Ex profeso*, y repatriados a personas vinculadas familiarmente, mediante la contratación del servicio de transferencias internacionales de dinero. Acto que se efectúa en cumplimiento de deberes preexistentes o motivado en una simple liberalidad.

INDICE GENERAL

	Pág.
DEDICATORIA	i
AGRADECIMIENTOS	ii
CRITICA CONSTRUCTIVA	iii
RESUMEN EJECUTIVO	iv
INTRODUCCION	1
CAPITULO I	5
FUNDAMENTOS DE LA INVESTIGACION	
1.1. Antecedentes	5
1.2. El Problema	9
1.3. El Problema de la investigación	9
1.4. Objeto de Estudio	10
1.5. Campo de acción (Alcance)	10
1.6. Objetivos de la investigación	10
1.6.1. Objetivo General	10
1.6.2. Objetivos Específicos	11
1.7. Hipótesis de Trabajo	11
1.8. Justificación	11
1.8.1. Pertinencia Jurídica	12
1.8.2. Relevancia Social	14
CAPITULO II	15
MARCOS REFERENCIALES	
2.1. El Marco Estructural	15
2.1.1. Las directrices del Fondo Monetario Internacional (FMI)	15
2.1.2. La Organización Internacional para las Migraciones (OIM)	17
2.1.3. El Compromiso de Montevideo sobre Migraciones y Desarrollo	18
2.1.4. Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)	19

2.1.5.	La primera Ley de Remesas	21
2.2.	El Marco Histórico Boliviano	25
2.2.1.	Historia, situación actual y tendencias de las remesas	25
2.2.2.	La importancia de las remesas a nivel macroeconómico	29
2.3	El Marco Jurídico Boliviano	32
2.3.1	La Constitución Política del Estado Plurinacional	33
2.3.2.	La Ley de Servicios Financieros	35
2.3.3.	El Código de Comercio	39
2.3.4.	El Código de Familia	41
2.3.5.	La Ley de Migración	41
2.4.	El Marco Normativo y Regulatorio	44
2.4.1	Transferencias internacionales de dinero: SWIFT e IBAN	44
2.4.2.	El Banco Central de Bolivia	45
2.4.3.	La Autoridad del Sistema Financiero Boliviano (ASFI)	48
2.5.	Alcances del Derecho Internacional	50
2.6.	Apreciación sobre el marco jurídico y normativo boliviano	51
 CAPITULO III		 53
EL ESTADO DEL ARTE		
3.1	El Hecho y el Acto Jurídico	53
3.2.	La Remesa como Contrato de Donación entre Vivos. La remesa generada a partir del Ingreso y sujeta al IVA	55
3.3.	El Salario como origen de la remesa y la trans-nacionalidad del acto de remesado.	57
3.4.	Apreciación general sobre Marco Teórico	58
 CAPITULO IV		 60
DISEÑO METODOLÓGICO		
4.1.	Caracterización de la investigación	61
4.1.1.	Investigación Propositiva	62
4.1.2.	Investigación Documental	62
4.2.	Métodos Aplicados	62
4.2.1.	Base Hipotético – Deductivo	63
4.2.2.	Método Análisis – Síntesis	63
4.2.3.	El Método Analógico	63

4.2.3.1. El concepto de “carta”, como recurso analógico	64
4.2.3.2. Remesa como concepto. Etimología y significados	65
4.2.3.3. La “remesa” tratada como contenido	66
4.2.3.4. La “remesa” tratada como envío	67
4.2.4. El Método del Análisis Económico del Derecho	67
4.3. Derecho Comparado: Caso Colombia	71
CAPITULO V	76
LA REMESA EN SU DIMENSION DE “CONTENIDO”	
5.1. La Remesa Familiar de Emigrante	76
5.1.1. La Remesa como propiedad familiar	76
5.1.2. El emigrante como representante/titular de la familia	77
5.1.3. El vínculo familiar preexistente	78
5.2. La concreción de los deberes familiares	80
5.2.1. Desde el plano jurídico	81
5.2.2. Desde el plano económico	82
5.2.3. Bienestar Económico Familiar como categoría histórica-contextual	83
5.3. El financiamiento del Bienestar Económico Familiar	87
5.3.1. El financiamiento del Bienestar Económico Familiar en el país	87
5.3.2. El financiamiento del Bienestar Económico Familiar en el exterior	88
5.4. La configuración de las remesas	88
5.4.1. La primera etapa	88
5.4.2. La segunda etapa	90
5.4.3. La etapa de las remesas	91
5.4.4. Los costos explícitos e implícitos	92
5.4.5. El costo de oportunidad de la remesa como costo implícito	95
5.4.6. La equivalencia entre la remesa y la Unidad Familiar	97
5.5. Resultados monetarios netos Non lucrum	101
CAPITULO VI	104
LA REMESA EN SU DIMENSION DE “ENVIO - RECEPCION”	

6.1.	El envío como parte indisoluble de la Remesa	104
6.2.	La remesa: ¿Giro u Orden de Pago?	104
6.3.	El Contrato de cambio Trayecticio	106
6.4.	La naturaleza jurídica del Giro y de la Orden de Pago	109
	6.4.1. La Transferencia u Orden de Pago	111
	6.4.2. El Giro Bancario Internacional	114
6.5.	El elemento diferenciador entre la Orden de Pago y el Giro	117
6.6.	El origen de las discrepancias jurídicas	117
6.7.	La Remesa (Dimensión Envío - Recepción) en su interpretación pertinente	121

CAPITULO VII 123

RESULTADOS E INTERPRETACION

7.1.	En la Dimensión Contenido	123
	7.1.1. Resultados monetarios <i>Non lucrum</i>	123
	7.1.2. Emigrante <i>Ex profeso</i>	124
7.2.	En la Dimensión Envío-Recepción	124
	7.2.1. Compra-venta (o contratación) del servicio de Transferencias Internacionales de Dinero. Orden de Pago envuelta en la figura de Giro	124
7.3.	Diferencia entre un envío cualquiera y un envío de remesa	125
	7.3.1 La Unidad Familiar como Valor	125
	7.3.2 La Remesa como Símbolo del Esfuerzo Familiar	126
	7.3.3 El Estatus Jurídico de la Remesa: “Símbolo Repatriado”	127
7.4.	La “Razón de ser de la Remesa”	128
7.5.	Propuesta de Definición Jurídica	128

CAPITULO VIII 130

CONCLUSIONES Y RECOMENDACION

8.1	Conclusiones	130
8.1.1.	Conclusiones al objetivo general	130
8.1.2	Conclusiones al objetivo específico 1	130
8.1.3	Conclusiones al objetivo específico 2	131
8.1.4.	Conclusiones al objetivo específico 3	131
8.1.5	Conclusiones al objetivo específico 4	131

8.2.	Conclusiones generales	132
8.3.	Recomendación	133
	REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS Y DOCUMENTARIAS	134
	ANEXO:	140
	“Compromiso de Montevideo sobre Migraciones y Desarrollo de los Jefes de Estado y de Gobierno de la Comunidad Iberoamericana 2006, XVI Cumbre Iberoamericana 2006.”	

LISTA DE CUADROS		Pág.
1	Cuadro 1: Contribución de las Remesas a la Balanza de Pagos.	30
2	Cuadro 2: Proporción de Remesas respecto de PIB nominal.	31
3	Cuadro 3: Términos y Condiciones de Western Union.	120

LISTA DE GRÁFICAS		Pág.
1	Gráfica 1: Monto total de remesas recibidos en 2012 América Latina y el Caribe.	26
2	Gráfica 2: Participación de Bolivia sobre total de Remesas Recibidas en América Latina y el Caribe.	27
3	Gráfica 3: Remesas a América Latina y el Caribe 2001-2012.	28
4	Gráfica 4: BOLIVIA: Remesas de Trabajadores 2000 – 2012.	28
5	Gráfica 5: Proporción de Remesas respecto de PIB nominal.	32
6	Gráfica 6: Pago de Giros Internacionales de Western Union.	120

INTRODUCCION

Las remesas existen desde siempre, y consisten en el envío en físico de dinero o mercadería, con finalidades expresas y destinatarios señalados. Referidas al dinero, lo eran las remesas para el pago de los soldados en los ejércitos romanos; las remesas de dinero acuñado en las cecas de Potosí y enviadas a España; las remesas, enviadas dentro del país para el pago del laboreo en las minas americanas. Lo son, las remesas de dinero que realizan los bancos entre sí, etc. En ellas primó y prima siempre la confianza entre el remitente y la persona o empresa, que hace de medio de transporte.

El uso del término remesa como tal se mantuvo siempre vigente, pero terminó circunscribiéndose a las remesas simples y remesas documentadas propias del comercio exterior, a los dineros que los emigrantes confiaban a ciertas personas para que las entregaran a sus familiares en el lugar de origen, o a los envíos de dinero realizados por los padres a los hijos que se encontraban estudiando en el exterior.

El desarrollo de las comunicaciones permitió la aparición de las empresas especializadas en el remesado (que reciben montos menores), constituidas unas veces a partir de consorcios financieros y en otros por personas ligadas por vínculos familiares o políticos que acuerdan una vez recibida la comunicación, pagar en sus respectivas plazas a los beneficiarios. El desarrollo de esta actividad específica, estuvo acompañada de las seguridades que los estados fueron brindando sobre la filiación e identificación de sus ciudadanos. Y esto, de manera tal, que la empresa remesadora pudiera confiar en los documentos de identidad que le son presentados para hacer entrega de lo remitido.

En ese marco, las remesas familiares han ido adquiriendo en las últimas décadas una importancia, que las sitúa en magnitud, solo detrás de las operaciones de comercio exterior e incluso en algunos casos por delante de la inversión extranjera.

Ahora bien el fenómeno de remesas familiares no viene solo; su correlato es obviamente la migración. En efecto, migración laboral y remesas son dos caras de la misma moneda. Lo uno no podría existir si no existiese lo otro. Bajo ese criterio, si damos por válidas las cifras de US\$ 61.300.000.000, que suman las remesas recibidas por los países de América Latina y el Caribe durante el año 2012¹, y asumimos, como promedio tentativo, el envío de 3.000² dólares anuales a cada hogar, una aritmética simple nos obliga a aceptar que actualmente hay 20,4 millones de latinoamericanos y caribeños que, temporal o permanentemente, radican fuera de sus países. Y esto implica tener que aceptar también que, igual número de hogares en esta área del mundo, viven fraccionados a cambio de obtener afuera los recursos que posibiliten las remesas. Para el caso boliviano, con 1.094.000.000³ de dólares recibidos en el referido año, y bajo similar promedio de envío, las cifras arrojan un total de 364.600 emigrantes laborales activos en el exterior⁴, con igual número de hogares fraccionados en Bolivia. Las cifras son elocuentes y dejan poco margen de duda.

Estas son cifras que vienen acaparando la atención de propios y extraños. El hecho es que ellas se prestan a ser interpretadas desde diversas perspectivas. Dentro de éstas, priman la macroeconómica y la balanza de pagos. De esta

¹ Fondo Multilateral de Inversiones/Banco Interamericano de Desarrollo, "Las Remesas en América Latina y el Caribe 2012", Abril de 2013.

² Promedio ponderado, estimado en base a datos del "Perfil Migratorio de Bolivia 2011", de la Organización Internacional para las Migraciones OIM.

³ Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, "Memorias de la Economía Boliviana 2012", La Paz, 2013.

⁴ Según datos del Censo 2012, 562.461 personas emigraron al exterior en los años comprendidos entre el 2001 y el 2012.

manera, las instituciones financieras internacionales y los gobiernos se han encargado de formular normas y contabilizaciones cada vez más específicas, para poder dar cuenta del fenómeno en números grandes. A nivel microeconómico, son también cada vez más los estudios e interpretaciones que abocan el tema. Un tanto más reducidos, son los estudios sociales y de impacto que las remesas conllevan. A la zaga de todos esos enfoques, encontramos los trabajos que en esta materia se han realizado a partir de la perspectiva jurídica⁵. Ellos son escasos y no guardan correspondencia con la importancia y magnitud del fenómeno. Esta situación se traduce necesariamente en las legislaturas de la mayoría de los países involucrados, donde el tema aparece circunstancialmente y solo en la medida en que su referencia es indispensable.

Se tiene así que mientras, la preocupación de los gobiernos sobre el tema va en aumento, las conferencias y convenios internacionales se multiplican y la gente va reparando cada vez más en el fenómeno, los juristas ni se inmutan. De hecho, no se destaca un interés mayor por otorgar a la remesas de un tratamiento más profundo. No otra cosa significan las definiciones que, respecto al término remesas, se encuentran en los diccionarios jurídicos, las cuales, si aparecen, se limitan a una o dos líneas que no han cambiado en décadas, y generalmente para indicarnos que se trata de envíos de dinero, correspondencia y mercancía; ¿Cómo si las remesas no fueran algo más que eso? En definitiva, el vacío jurídico observado en materia de remesas es enorme.

Situada entonces en ese amplio espacio, la intención del presente trabajo, consistente en elaborar una propuesta de definición jurídica de las remesas familiares, que empiece por llenar el vacío observado.

En dicho cometido, el trabajo se abocó a su principal tarea, que consistió en develar la esencia jurídica del tipo especial de Remesa que surge cuando ésta

⁵ Mayormente con la finalidad de encontrar los sustentos para justificar la aplicación de impuestos.

vincula a una familia con uno o más emigrantes provenientes de su seno. Esa labor de descubrimiento no fue sencilla ya que las remesas se caracterizan por esconder celosamente sus esencias. Constituidas así las bases, el trabajo se concentró luego en articular el andamiaje para hacer posible la edificación de la definición requerida. Esfuerzo que finalmente dio sus frutos, al haberse logrado articular una definición jurídica integral de las Remesas Familiares de Emigrantes. La misma que sintetiza los aspectos fundamentales de su esencia, concordantes con la legislación boliviana y con las pocas referencias provenientes del Derecho comparado, rescatadas a partir de las legislaciones de otros países latinoamericanos.

CAPITULO I

FUNDAMENTOS DE LA INVESTIGACION

1.1. Antecedentes

La factibilidad de vender la fuerza de trabajo y poder remesar periódicamente al núcleo familiar una cantidad sustancial de los recursos percibidos, constituye uno y seguramente el más importante, de los motivos por los cuales los bolivianos abandonan Bolivia y se dirigen a países como Argentina, España, Estados Unidos y Brasil.

En efecto, el desempleo, la migración y las remesas están estrechamente ligadas y explican el porqué durante los últimos 11 años 562.461 bolivianos han emigrado⁶, sumándose a la cantidad incuantificable de bolivianos ya residentes en el exterior.

El esfuerzo de esos compatriotas se traduce a nivel macro en remesas, cuyas cifras en los últimos 6 años acumulan US\$ 6.185 millones, con un promedio superior a los US\$ 1.030 millones anuales⁷. Y esto con tendencia a crecer, como lo señala el Banco Central de Bolivia⁸. Montos estos que contribuyen a disminuir la pobreza de las unidades familiares bolivianas fraccionadas que quedan en el país.

⁶ Instituto Nacional de Estadística (INE), “Principales Resultados del Censo Nacional 2012 Estado Plurinacional de Bolivia”, Agosto 2013.

⁷ Ministerio de Economía y Finanzas Públicas (con fuente del Banco Central de Bolivia), “Memoria de la Economía Boliviana 2012”.

⁸ Crecimiento del 9% en el Semestre Enero Junio 2013, respecto de igual periodo en el 2012. Fuente: Presidencia del Banco Central de Bolivia, Los Tiempos, 21/08/2013, ABI Agencia

Desde la perspectiva de la Balanza de Pagos, esos flujos positivos se suman a los saldos, hoy también positivos, del resto de sus partidas y van a engrosar las reservas internacionales.

No obstante, cuando se penetra al análisis del sacrificio humano que involucra su generación, esas cifras no son sino la expresión de la carencia estructural de empleos en el país, la misma que obliga a uno o más de los miembros de un enorme número de las familias bolivianas, a tomar la dura decisión de emigrar para procurarse los recursos que demanda la supervivencia; esto, a costa de fraccionar o romper la unidad familiar.

Visto desde un plano macroeconómico, Bolivia, en los últimos años, se ha convertido en un Estado que ha institucionalizado la exportación del más valioso de sus recursos productivos: la fuerza de trabajo de sus connacionales. No obstante de esa dura realidad, las remesas y sus efectos, son un tema cuya consideración viene soslayándose, siendo que en la coyuntura actual debería ser motivo de preocupación y arduo análisis, debido al impacto en la sociedad en su conjunto.

Una excelente referencia periodística, que refrenda totalmente lo aseverado precedentemente, se encuentra en el artículo titulado “Agridulces remesas” de Gary Antonio Rodríguez Álvarez, publicado recientemente (11 mayo 2013) en el periódico Los Tiempos de Cochabamba, el mismo que se transcribe inextenso a continuación:

Según el Banco Interamericano de Desarrollo, las remesas hacia América Latina y el Caribe en los últimos cinco años promediaron 60.000 millones de dólares. El Banco Central de Bolivia reportó que el país recibió remesas por 1.000 millones de dólares anuales en igual lapso. Cifras impactantes para la región -no solo para México, que se lleva la flor, sino también para una pequeña economía como la boliviana.

Recibir ingentes remesas puede ser una dulce noticia para los gobiernos, pero de sabor agridulce para los que las mandan quienes las reciben, porque sólo quien está en tal situación puede entender la doble connotación de las mismas.

¿Qué son las remesas? De forma sencilla y para ejemplo son una fracción de los ingresos que los bolivianos mandan al país desde las naciones a las que emigraron para trabajar. Un trabajo que –a diferencia de los años 70, cuando hubo una fuga de cerebros a países desarrollados que pagaban muy bien a los profesionales – hoy implica el ocuparse de tareas básicas como servicio doméstico, cosecha agrícola, minería, albañilería, plomería, mecánica, seguridad, etc. Y ni que decir del cuidado de niños y ancianos, que hasta gente profesional lo debe hacer por necesidad.

Un trabajador boliviano que envía remesas-por definición-ha dejado su país para buscar mejores condiciones de empleo que su patria no le ha podido dar. Es alguien que sufre porque se ha visto forzado a dejar a su familia, sus amigos y su tierra para probar mejor suerte en otro país, sacrificándose para poder sustentar a los suyos en Bolivia.

Ahora, los números son fríos, los promedios mentirosos y hay cifras que sin ser necesariamente falsas resultan engañosas. Por ejemplo, que lleguen 1.000 millones de dólares de remesas anuales ayudan a dinamizar la economía, pero ¿a qué costo?

El exitista dirá que para Bolivia está muy bien, pues ¡entraron 1.000 millones! Pero ¿qué del trabajador que sufre afuera por ello, y que de los niños y jóvenes que siendo huérfanos funcionales acá, sin el cuidados de sus padres se pierden, se drogan, emborrachan, prostituyen, delinquen y llegan a ser víctimas de violación hasta de sus propios familiares? La falta de mejores oportunidades de empleo está afectando a la base misma de la sociedad.

Cuando a un padre o a una madre le ofrecen un buen pago afuera, se arriesga y emigra por la necesidad de trabajo, aunque luego acabe en situación de esclavitud como se ha dado en muchos casos. De tener un empleo digno en el país, con seguridad que ni lo intentarían⁹.

⁹ Gary Antonio Rodríguez Álvarez, “Agridulces remesas”, Periódico Los Tiempos, Cochabamba, 11 mayo 2013.

Esta extensa referencia ha sido ex - profesamente traída a colación, con el solo objeto de mostrar que: en nuestro medio existe un sentimiento generalizado y hasta uniforme respecto del tema.

En otro orden y observado desde el plano jurídico, el concepto de remesas familiares de emigrantes acusa serios vacíos jurídicos cuando toca aspectos puntuales. Es más, se presta a interpretaciones particulares e improvisadas, tal como lo refieren por ejemplo los argumentos esgrimidos para la aplicación por parte del Banco Central de Bolivia de la Comisión por Servicios del 1% en el 2007; la misma que, por las presiones de distintos sectores, tuvo que ser posteriormente limitada para remesas iguales o mayores a 1.000 dólares.

De esta manera, y por lo observado, nuestro ordenamiento jurídico se ha limitado a recoger las definiciones de remesas familiares emergentes de contextos contables-financieros estandarizados por el Fondo Monetario Internacional (FMI) y tomados por entes técnicos y/o regulatorios, como la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ASFI o el Banco Central de Bolivia BCB.

Esta ausencia de categorización, impide conocer y entender la naturaleza jurídica de las remesas familiares, contar con una definición jurídica coherente y jerarquizada y prever sus implicancias y relaciones con aspectos como el lavado de dinero, los alcances tributarios, efectos familiares, civiles y otros.

A partir de estas relaciones, carecen de respuestas coherentes preguntas tales como: ¿las remesas familiares de emigrante son embargables o no?, ¿qué recursos jurídicos puede anteponer un remesado si la remesa le fuera confiscada a título de “lavado de dinero”? O ¿cómo podría demostrar un remitente que desde la distancia está cumpliendo con sus deberes de Asistencia Familiar (pensiones)? Y en un plano más general ¿Qué derecho tiene el Estado de guardar en forma improductiva y bajo el concepto de Reservas Internacionales, las divisas provenientes de las remesas?

En fin, ante la carencia de una definición jurídica sobre la materia, la cantidad de preguntas sin respuesta es amplia y se hace difícil establecer sus efectos jurídicos. Es cierto que el tema trae consigo una serie de dificultades, atribuibles, en algunos casos, al carácter internacional poco definido que rodea a estas transacciones, a la falta de control que puede ejercer el Estado dada la existencia de canales no formales, entre otros; pero, estos problemas no pueden ser óbice para que un concepto tangible tan importante y recurrente, como es la remesa familiar del emigrante, acuse un vacío legal en lo que hace a su definición jurídica y el esclarecimiento de su naturaleza.

1.2 El Problema

La ausencia de una definición jurídica, explícita y concreta, de las Remesas Familiares de Emigrantes dentro de la legislación boliviana, es una falencia evidente y desconsiderada con la importancia, magnitud y frecuencia de este fenómeno. Este vacío impide la posibilidad de conferir seguridad jurídica al remitente y al beneficiario e impide el despliegue de sus derechos y obligaciones derivados.

1.3. El Problema de la investigación

¿Cómo lograr una definición jurídica coherente y jerarquizada de las “Remesas Familiares de Emigrantes” que guarde consistencia con la legislación boliviana en materia civil, laboral, familiar, de seguridad social, mercantil, tributaria y financiera y con el Derecho Internacional?

A este nivel, cabe señalar que el término de Remesas Familiares de Emigrantes ha sido elegido porque sintetiza en mejor forma el fenómeno que se intenta describir. Esto, frente a otras opciones, como ser: Remesas de Trabajadores, Remesas de Emigrantes o simplemente Remesas Familiares, que se prestan luego a conjeturas innecesarias.

1.4. Objeto de Estudio

El objeto de estudio de esta investigación viene dado por las Remesas Familiares de Emigrantes. El mismo que hace referencia a lo que el Fondo Monetario Internacional denomina como Remesas de Trabajadores¹⁰. Denominación ésta que también es utilizada por el Banco Central de Bolivia, cuando se refiere a este tipo de remesas. Una denominación, con la cual esta investigación discrepa, en razón a que el trabajo, es un concepto demasiado genérico. De lo que se trata es de resaltar que este tipo de remesas, son en primera instancia generadas en el exterior por emigrantes y luego enviadas a familiares vinculados. De ahí que, la investigación rotula a este tipo de remesas como Remesas Familiares de Emigrantes.

1.5. Campo de Acción (Alcance)

A ese objeto, sobre el todo continuo involucrado en fenómeno remesas, la investigación se concentró sólo en el ¿qué es? y en el ¿cómo se efectiviza? la Remesa Familiar de Emigrante. Dejando de lado deliberadamente, los tramos extremos del proceso, es decir: el ¿por qué? (móviles para emigrar y trabajar fuera del país) y el ¿para qué? (destinos de los recursos remesados).

1.6. Objetivos de la investigación

El trabajo se plantea en base a la formulación de un objetivo general y cuatro objetivos específicos, siendo estos los siguientes:

1.6.1. Objetivo General

¹⁰ Ver Capítulo II, Inciso 2.2.1.

Dotar de contenido jurídico y jerarquía, sobre bases sustentadas, al concepto de “Remesas Familiares de Emigrantes”, en la perspectiva de su institucionalización dentro de la legislación boliviana.

1.6.2. Objetivos Específicos

1. Descubrir la razón de ser de la Remesa Familiar de Emigrante
2. Explicitar la naturaleza jurídica de la transacción involucrada en el envío-recepción de una remesa.
3. Dotar de estatus jurídico al acto del remesado.
4. Lograr una visión crítica sobre el manejo jurídico del cual es objeto el acto de remesado en el país.

1.7. Hipótesis de Trabajo

La construcción de una definición jurídica coherente y jerarquizada de las “Remesas Familiares de Emigrantes”, es posible a condición de que se trabajen y desarrollen los siguientes temas:

- a) La clarificación de su naturaleza jurídica (propia) a partir de los elementos esenciales que la componen.
- b) La separación teórica de los mecanismos financieros que rodean a su operatoria transaccional.
- c) Su concordancia con las leyes bolivianas y con los convenios firmados por el país en esta materia.

1.8 Justificación

En este marco y en esa dirección y no obstante su uso generalizado, se observa que el concepto de “Remesa Familiar del Emigrante”¹¹ carece de contenido jurídico consistente y un rango legal necesario. Motivo por el cual, se hace imperioso formular una definición que llene ese vacío. Esto, en la perspectiva de su futura incorporación dentro de la legislación vigente, para conferir al acto de remesado de transparencia y seguridad jurídica, hoy inexistentes.

Lo anterior, en el entendido que cualquier debate nacional serio sobre las remesas y sus efectos, deberá estar sustentado en investigaciones consistentes, que sólo pueden concretarse a partir de contar con conceptos jurídicos firmes y una naturaleza jurídica clara.

1.8.1. Pertinencia Jurídica

La pertinencia jurídica de esta investigación, se inscribe dentro del proceso de transformación que vive el país, dado que al presente, el gobierno boliviano busca modificar el actual régimen estructurado sobre bases colonialistas y neoliberales, por un modelo económico social comunitario, apoyado en el principio constitucional del “Vivir Bien”.

La transformación que enfrenta el país, ha propiciado una fuerte modificación al ordenamiento jurídico boliviano, que incluye entre muchos otros aspectos, temas que nos ocupan, remesas y migración. Ello, a partir de dos importantes leyes recientemente aprobadas: la Ley de Migración No 370 y la Ley de Servicios Financieros No 393.

Cabe en este aspecto, recordar la crítica que, en su momento, fue efectuada por el experto boliviano en temas migratorios, René Pereira Morató, al anteproyecto de la Ley de Migración, cuando señalaba:

¹¹ O, su símil: “Remesas de Trabajadores”.

Siendo las remesas tan importantes para la economía del país, no se explica el porqué de su omisión en el anteproyecto de ley. Como se sabe, dentro del flujo de capital que llega a Bolivia, las remesas ocupan el primer lugar, le sigue la inversión directa y finalmente los dineros de la ayuda oficial al desarrollo. Experiencias de muchos países han mostrado que el buen destino de los dineros enviados por los trabajadores bolivianos puede convertirse en un motor del desarrollo y un instrumento de lucha contra la pobreza”¹²:

Una omisión lamentablemente no subsanada en la Ley promulgada.

El mismo tratamiento indiferente, se le otorga a la Remesas, en la reciente Ley de Servicios Financieros. Sobre el particular, cabe también rememorar la observación efectuada por la autora de este trabajo que, un tiempo antes de que la Ley se promulgara, en un artículo periodístico, titulado “Las remesas y el anteproyecto de la nueva ley de bancos”, señalaba:

El anteproyecto de la nueva Ley de Servicios Financieros pone de manifiesto la continuidad del tratamiento marginal y displicente al tema de remesas de trabajadores en el ámbito de la institucionalidad financiera formal. El proyecto de ley no muestra ningún avance sustancial respecto del tratamiento que el tema tiene en la aún vigente Ley de Bancos. El tema de las remesas, giros y pagos son parte del proyecto de ley sólo en la medida en que su inclusión se hace necesaria para definir las facultades o prohibiciones de operación privativas de las diferentes entidades del sistema y esto con la utilización de los mismos términos gramaticales consignados en la ley que se busca sustituir¹³.

La Ley promulgada en el mes de agosto de 2013, confirmo estas apreciaciones.

¹² René Pereira Morató, “Sobre el proyecto de Ley Migratoria”, Periódico La Razón, 5 de Junio de 2013.

¹³ María Daniela Paz Cuéllar, “Las remesas y el anteproyecto de la nueva ley de bancos”. Periódico Página Siete, 25 de Marzo de 2013.

Estas reformas legales, ofrecen un escenario idóneo para un tratamiento más profundo del tema, no obstante, aparentemente, el legislador está priorizando otras cuestiones y desperdiciando esta oportunidad de desarrollo, lo que conllevará a un estancamiento y retraso jurídico.

En conclusión, podemos decir que las recientes normas legales no otorgan importancia al tema de Remesas, al no considerarlo como objeto de investigación, lo que justifica la necesidad de crear una propuesta de definición jurídica de Remesas Familiares de Emigrantes coherente, que desnude la naturaleza y otorgue seguridad jurídica a su dinámica y a sus participantes.

1.8.2. Relevancia Social

Es notorio el interés que han despertado, las Remesas en los últimos tiempos. Estas son objeto de discusiones constantes en foros internacionales y parte de las agendas de organismos internacionales. Esto, porque las remesas son consideradas como motor de desarrollo y atenuantes de la pobreza. Aunque no todo es considerado positivo, ya que para algunos, ellas traen consigo la creación de una cultura de dependencia. No obstante e independientemente de la posición que se asuma, ellas son tema de análisis permanente. Sin embargo, cuando se trata de desentrañar la naturaleza misma de la remesas, los avances parecen ser lentos y poco innovadores. En este contexto, la presente investigación se justifica, en la medida en que es necesario sentar nuevas bases, para posibilitar tratamientos acordes con su verdadera naturaleza.

CAPITULO II

MARCOS REFERENCIALES

2.1. El Marco Estructural

Bajo esta denominación se contemplan cinco pilares, que hacen de estructura de soporte de la presente investigación. En ese orden, se desarrollan a continuación: las directrices del Fondo Monetario Internacional; lo relativo a la Organización Internacional para las Migraciones; el Compromiso de Montevideo sobre Migraciones y Desarrollo, las Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional y la primera Ley de Remesas.

2.1.1. Las directrices del Fondo Monetario Internacional (FMI)

Todas las definiciones (e interpretaciones financieras) existentes sobre remesas, tienen como referente las directrices emanadas por el Fondo Monetario Internacional (FMI). El Fondo es una entidad supranacional que, en el ámbito normativo, busca uniformar a nivel mundial la presentación de las transacciones internacionales recogidas en la Balanza de Pagos. A partir de ahí, y en algunos casos con algunas variantes de forma, que no modifican ni contradicen los lineamientos dados por el FMI, los países miembros de esta entidad adoptan e insertan en sus normas internas, las definiciones que figuran en el denominado Manual de Balanza de Pagos del FMI.

Actualmente, el Manual de la Balanza de Pagos del FMI se encuentra en etapa de transición, entre lo que constituye su quinta edición de 1993 y su sexta edición de 2009¹⁴.

¹⁴ Una transición que, por lo general, demora varios años en consolidarse.

Tomando entonces como referencia la quinta edición del Manual de la Balanza de Pagos del FMI¹⁵, se tiene que esta entidad distingue, para las remesas, los siguientes tres tipos básicos de transferencias a ser contabilizadas:

Las remesas de trabajadores (workers' remittances), que son transferencias de dinero realizadas al país de origen, por emigrantes empleados en economías, donde ellos son considerados como residentes, en mérito al tiempo de permanencia en ese país; remesas que involucran a parientes/familiares.

Se tiene así, que esta contabilización, inscrita en la Cuenta Corriente de la Balanza, está reservada para remesas de empleados residentes. En una distinción no muy clara, las remesas de los emigrantes que trabajan por cuenta propia, son contabilizadas como transferencias corrientes.

La remuneración de empleados (compensation of employees), que es una categoría que comprende las transferencias efectuadas por personas que trabajan en economías distintas a las que residen. Se incluyen en ella los trabajadores estacionales y los miembros de las embajadas.

Una categoría que también es parte de la Cuenta Corriente, pero cuya diferencia con la anterior, viene dada por la calidad de residente o no residente del trabajador. Y esto, desde una perspectiva económica, no jurídica. Es decir, tiene que ver con el tiempo en que la persona reside en el país y no con el tipo de permiso otorgado por las autoridades de migración. Una residencia que, en ausencia de explicitación, es entendida como aquella a la cual aplican los emigrantes que trabajan en el extranjero por más de un año consecutivo.

Las Transferencias de Emigrantes (migrants' transfers), consideradas como contrapartidas al flujo de capital trasladado por el emigrante de un país a otro. Es decir, sobre los réditos de un capital que el FMI considera como riqueza.

¹⁵ International Monetary Fund, IMF, "Balance of Payments Manual. Fifth Edition", 1993.

Transferencia que debe ser asentada en la Cuenta de Capital de la Balanza de Pagos.

En lo que respecta a la sexta edición (2009) del Manual de Balanza de Pagos del FMI ¹⁶, se observa la desaparición de dos de las cuentas referidas precedentemente: la de las Remesas de Trabajadores y la de Transferencias de Emigrantes. Las mismas que pasan a conformar una cuenta nueva, denominada *Transferencias Personales (personal transfers)*. Una directriz, dentro de la cual el origen de los fondos y la relación entre familiares, dejan de ser relevantes.

Categorización esta última que, como fue indicado anteriormente, tardará varios años en ser aplicada de manera general por todos los países, miembros del FMI,

2.1.2. La Organización Internacional para las Migraciones (OIM)

La OIM es un organismo de las Naciones Unidas creado en 1951, que cuenta a la fecha con 151 estados miembros (Bolivia entre ellos). Según su propia declaración¹⁷, la OIM: “Trabaja para ayudar a encarar los crecientes desafíos que plantea la gestión de la migración a nivel operativo, fomentar la comprensión de las cuestiones migratorias, alentar el desarrollo social y económico a través de la migración y; velar por el respeto de la dignidad humana y el bienestar de los migrantes”.

La Misión de la OIM en Bolivia tiene delineado un marco de acción de 5 áreas estratégicas: Regulación de la migración; Migración facilitada; Migración forzada; Migración y desarrollo y Políticas públicas e investigación.

¹⁶ International Monetary Fund IMF, “Balance of Payments and International Investment Position Manual Sixth Edition, 2009”.

¹⁷ Naciones Unidas en Bolivia “OIM – Organización Internacional para las Migraciones”.

En ese orden, y dentro de lo que significa su área de investigación, se destaca el documento denominado “Perfil Migratorio de Bolivia 2011”¹⁸, elaborado por el sociólogo boliviano René Pereira Morató. La misma que es, sin lugar a dudas, la investigación más actual y completa efectuada en el país sobre la temática de migración (emigración e inmigración). De dicho documento se han tomado, en calidad de sustento, varias de sus conclusiones y referencias estadísticas y/o muestrales.

2.1.3. Compromiso de Montevideo sobre Migraciones y Desarrollo ¹⁹

Como marco referencial del presente trabajo, se incluye el Compromiso de Montevideo sobre Migraciones y Desarrollo del año 2006; suscrito por 22 jefes de estado, entre ellos, el de Bolivia, Juan Evo Morales Ayma.

Un compromiso cuyo encabezamiento, reza: “En ocasión de la XVI Cumbre Iberoamericana, realizada en Montevideo, Uruguay, los días 4 y 5 de noviembre de 2006, los Jefes de Estado y de Gobierno de los 22 Estados que integran la Comunidad Iberoamericana de Naciones aprobamos el presente documento sobre migraciones y desarrollo, tema central de esta Cumbre”

Destacándose en este orden, entre otros, los compromisos de: “Promover el fortalecimiento de los derechos humanos como un componente central de las políticas y prácticas migratorias de los países de origen, de tránsito y de destino”; “Impulsar decididamente la prevención y el combate de la trata de personas y al tráfico ilícito de migrantes”; “Proveer a las migrantes condiciones laborales justas

¹⁸ Organización Internacional para las Migraciones, Oficina regional para América del Sur, “Perfil Migratorio de Bolivia 2011”. OIM-René Pereira Morató, 2012,

¹⁹ XVI Cumbre Iberoamericana 2006, “Compromiso de Montevideo sobre Migraciones y Desarrollo de los Jefes de Estado y de Gobierno de la Comunidad Iberoamericana 2006”.

y mayores oportunidades de educación, y adoptar medidas que permitan mejorar sus condiciones de vida y el acceso igualitario a recursos y servicios”.

Y, a nuestro objeto, el compromiso de “Fomentar las medidas necesarias para facilitar la transferencia de remesas de los migrantes y seguir reduciendo sus costos”. Esto, en consideración a que, la Cumbre entiende que:

Las remesas no deben ser catalogadas como ayuda oficial al desarrollo, puesto que son flujos financieros privados, de solidaridad familiar, y responden al derecho de todo ser humano de asistir de modo individual al sustento y bienestar de otras personas. Este derecho debe ser reconocido y salvaguardado, al igual que el derecho de los destinatarios a recibirlas. Los Estados deben abstenerse de promulgar disposiciones legislativas o adoptar medidas administrativas coercitivas, que puedan obrar en detrimento de este derecho. Debemos facilitar el envío de remesas, reduciendo su costo y garantizando el acceso a los servicios bancarios. Procuraremos incentivar oportunidades que motiven el mejor aprovechamiento de esos flujos en actividades productivas y de inversión que favorezcan a las familias y comunidades de origen de los migrantes.

Al margen de que este trabajo discrepe con la conceptualización efectuada por la Cumbre, en sentido de que las remesas serían “flujos de solidaridad familiar”²⁰, no cabe ninguna duda, sobre la fuerza y contundencia de esta Declaración que, justipreciada en su conjunto, es de seguro la posición oficial más clara y contundente sobre las remesas, que podemos encontrar a nivel Iberoamericano. Por la importancia que se le consigan y por sus alcances, se volverá sobre ella más adelante.

2.1.4 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)

²⁰ Una conceptualización que es superada en el Capítulo V, Inciso 5.1.3.

Un marco referencial que no puede ser obviado, es el que deriva de las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional – GAFI.

El GAFI o Financial Action Task Force on Money - FATF, por sus siglas en inglés, es un organismo intergubernamental creado en 1989 por la cumbre del G-7, encargado de combatir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Se rige actualmente por 40 nuevas recomendaciones, que son los estándares internacionales sobre los cuales se califica la actuación de los estados. Derivando esto en listas negras, grises o fuera de lista, emanadas anualmente.

Las recomendaciones del GAFI²¹ inciden directamente sobre la operatoria del sistema financiero nacional en su relación con el sistema financiero internacional, dentro del cual se inscriben las remesas, los bancos y las empresas remesadoras. Motivo por el cual, dichas disposiciones deben ser contempladas en bien del interés común.

Bolivia estuvo por muchos años en la denominada lista gris -oscura que incorpora a los países que no cumplen con las recomendaciones mínimas. No obstante, y por el trabajo realizado y los logros alcanzados en esta materia en el último tiempo, en el mes de Junio 2013 el GAFI anunció su decisión de sacar al país de dicha lista. Un hecho que es considerado de vital importancia, tal como lo indicó el Ministro de Economía y Finanzas Públicas, Luis Arce Catacora, que en una conferencia de prensa, efectuada sobre el particular:

[...] fustigó la dejadez de los gobiernos neoliberales, porque 'no hicieron absolutamente nada para que Bolivia no esté en esta lista'.

Dijo que 'Bolivia hubiera sufrido un bloqueo económico y financiero, dado que los países de la comunidad internacional habrían suprimido o

²¹ Y GAFISUD, que es la extensión del GAFI para el área de los países de Suramérica, cuyo Memorándum de Constitución fue ratificado por el Estado boliviano, mediante Ley 4072 en julio de 2009.

reducido las relaciones económicas y financieras con nuestro país afectando el flujo de capitales y consiguientemente la inversión extranjera'.

'A la gente le hubiera afectado en sus transacciones (...), las remesas de los bolivianos que viven en el exterior no hubieran llegado jamás al país y no hubieran podido realizar ninguna transacción desde Bolivia con otros bancos o entidades financieras internacionales. Ese era el peligro de que Bolivia esté en esta lista negra que estábamos a punto de caer dado que no habían realizado los neoliberales una sola tarea para sacar a Bolivia de este entuerto', añadió.

Arce explicó que el Gobierno en los últimos años hizo importantes mejoras en su sistema legal e institucional para combatir el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo para conseguir la exclusión del nombre de Bolivia de la lista 'gris oscura'.

A continuación el Ministro Arce detalló, el conjunto de medidas adoptadas desde el año 2008; medidas que tienen que ver con responsabilidades en la Aduana Nacional, control de juegos de azar, modificaciones en el Código de Procedimiento Penal, la Ley Anticorrupción Marcelo Quiroga Santa Cruz, el congelamiento de fondos y otros activos, entre otros. Con todo ello:

Hoy el sistema financiero tiene un aval de que en Bolivia hay una lucha contra el lavado de dinero y hay la lucha contra el financiamiento al terrorismo', dijo Arce²².

2.1.5. La primera Ley de Remesas²³

El antecedente jurídico más directo relativo a las remesas que se ha podido encontrar, es sin lugar a duda, la Ley Italiana No 24 de fecha 1 de febrero de

²²“GAFI saca a Bolivia de la lista de países con deficiencia en combatir lavado de dinero” La Razón, 24 de junio 2013. Internet 27 de Junio 2013, Disponible:http://www.la-razon.com/economia/GAFI-Bolivia-deficiencia-combatir-lavado_0_1857414314.html

²³ Tema trabajado tomando como base el Working Papers N°1 2010 Enero 2010: “La Primera Ley de Remesas de la Historia Legge 24 de 1901”, de Iñigo Moré, en Remesas.org.

1901, denominada “Per la tutela delle rimesse e dei risparmi degli emigrati italiani all'estero” (Por la protección de los ahorros y las remesas de los emigrantes italianos en el extranjero), conocida como la primera ley de Remesas de la historia.

La Ley de Remesas No. 24, fue parte de un compendio legal más amplio, desarrollado en un contexto de intensa migración de ciudadanos italianos, seducidos principalmente por el sueño americano. Los datos señalan que durante los años 1876 y 1976 se produjo el éxodo más grande de italianos, calculándose que alrededor de 24 millones de ciudadanos dejaron su país. Y esto, en la mayoría de los casos, sin ninguna asistencia oficial por parte del Estado. Consecuentemente, este fenómeno, trajo consigo una serie de abusos, fraudes y desprotección hacia los emigrantes por parte de las agencias de migraciones, las cuales al no estar reguladas, incumplían constantemente sus promesas.

Cabe señalar que en ese tiempo, el Estado Italiano, al igual que la mayoría de los estados, no contaba con estadísticas específicas sobre emigrantes. Y en razón a que en ese entonces la Balanza de Pagos aún no había sido conceptualizada, tampoco se contaba con registros sobre la dimensión de los flujos producto de las remesas, con lo que no se tenían nociones claras sobre los impactos (positivos y negativos) de ellas.

Fue entonces de ese modo, que en la búsqueda por normar el fenómeno migratorio y sus efectos, se crea en primera instancia, la Ley de Migraciones en el año 1888; ley que resulta ser insuficiente y que es revisada y modificada por la Ley No. 23 del año 1901. Dentro de los alcances de estas leyes se pueden mencionar, la restricción que se imponía al derecho de emigrar si no se cumplían con requisitos y permisos previos; la regulación de las agencias migratorias (vettori), y sus correspondientes sanciones en caso de incumplimiento. Dentro de esa Ley, también se produce la institucionalización de la migración mediante la creación de entidades públicas de protección a los emigrantes como lo fue el

Comisariado de Migración, dependiente del Ministerio de Relaciones Exteriores, el mismo que obtenía sus recursos mediante un fondo, financiado con los aportes de las agencias de migración y parte de las utilidades del Banco de Nápoles por el servicio de Remesas.

Se evidencia así, que el Estado Italiano dio relevancia a las Remesas y las reguló mediante la Ley No 24, para lo cual incorporó la bancarización en su operativa. Cabe señalar que en esa época existían ya métodos efectivos de envío de remesas, algunos con un alto grado de desarrollo, pero al mismo tiempo poco regulados. Los había desde los más básicos hasta los complejos; por señalar algunos: el transporte físico de dinero por medio de amigos o familiares, el uso de correo, la utilización de giros postales. En esos años aparece también la figura del “Banchisti”, que era un financiero con amplias facultades. Este recibía el dinero del emigrante por concepto de remesa, enviándola a Italia, para que un financiero local entregara la cantidad enviada al beneficiario. Operación que concluía con el envío al depositante, del comprobante de recepción firmado por el beneficiario. Como puede preverse, era el mecanismo más costoso que se conocía y aún así no se hallaba libre de riesgos.

Con la incorporación de la Banca, se produjo la agilización y profundización del mercado de remesas y la respuesta a la necesidad de protección y regulación que demandaban los usuarios. La referida Ley 24 y sus cuatro reglamentos, crearon el servicio oficial bancarizado de envío de remesas a cargo del Banco de Nápoles, como tutor estatal. Este mecanismo no significaba, un monopolio en el servicio de remesas, ya que se sabe que otros bancos fueron invitados a participar de él, pero declinaron la propuesta o no se pronunciaron, como lo ocurrido con el Banco de Italia y el Banco de Sicilia.

La normativa exigía que el Banco de Nápoles creara una red de corresponsales externos que captaran las remesas, éstos últimos, debían reportar, diariamente, al tutor estatal el número de remesas realizadas, para que posteriormente éste

emitiera las órdenes de pago en las respectivas plazas de destino. La remesa podía ser cobrada por el beneficiario, en cualquier sucursal del banco de Nápoles, o en cualquier banco italiano, así como en las oficinas de correos, éstas últimas, por el alcance que tenían, le dieron la fuerza al sistema.

La operativa se instrumentaba mediante un escrito parecido a un cheque que contenía los datos del emisor, beneficiario, monto, plaza de destino, entre otros, se completaba en doble ejemplar, uno se entregaba al emigrante que enviaba la remesa y la otra se quedaba en el Banco, a cambio del servicio el solicitante debía pagar la respectiva comisión que variaba de acuerdo a la ubicación y otras circunstancias, y era fijada por el Ministerio de Tesoro y Correos.

El nuevo mecanismo de remesas tuvo un éxito mediano, alcanzando un respetable 16% de participación dentro del mercado de las remesas entre los años 1914 y 1925. Sin embargo, las comisiones eran elevadas y desanimaban a muchos usuarios.

Otro de los defectos del sistema, fueron las condiciones exigidas a los agentes, las mismas que fueron calificadas de excesivas y onerosas, en algunos casos, se requerían cauciones y el cumplimiento de requisitos de operación exorbitantes, esta situación fue quizás producto del desconocimiento financiero que tenían los legisladores. Finalmente todos estos costes fueron trasladados al emigrante que enviaba las remesas, lo que significaba que la Ley de Remesas llevaba implícito un impuesto indirecto, de tasa variable que no lucía coherente ni correcto, en la medida que gravaba la renta de los más pobres (los emigrantes) y que podría suponer una doble tributación, si éstas habían sido previamente gravadas en el país de origen. No obstante, como justificativo parcial al cobro de este impuesto, se acota que una parte de ganancias obtenidas por el servicio de remesas brindado, era destinado a financiar el fondo de Migraciones, que tenía como objeto dotar de protección a los emigrantes.

Dentro de las críticas que recibió en su momento este sistema, se cuenta: su visión ingenua respecto de los riesgos asociados a la operativa (principalmente el riesgo por tipo de cambio); los elevados costos del servicio, que incluían en la comisión un impuesto indirecto a las remesas y, en general, el desconocimiento de conceptos financieros básicos.

Se concluye que, la Ley No. 24, con sus imperfecciones, errores y aciertos, representó un avance jurídico histórico, pues denotó que Italia asimilaba ya en esos años la importancia de las remesas y la necesidad de regularlas explícitamente, para alcanzar su mayor desarrollo, eficiencia, transparencia y seguridad jurídica. Es, no cabe duda, un ejemplo a copiar.

2.2. El Marco Histórico Boliviano

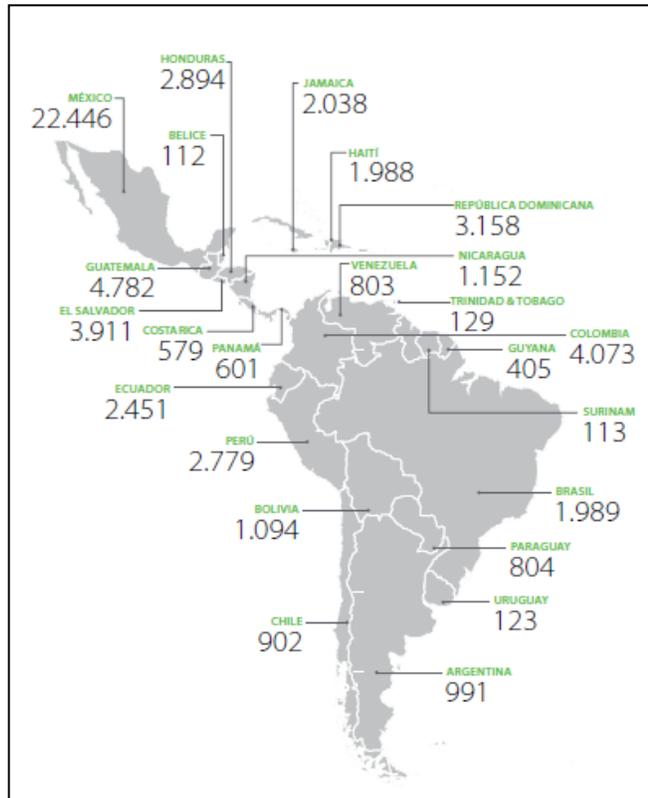
2.2.1. Historia, situación actual y tendencias de las remesas

Según datos recientes proporcionados por el Fondo Multilateral de Inversiones FOMIN²⁴, durante el año 2012 la región latinoamericana y el Caribe²⁵ recibieron en remesas, un total de US\$ 61.300.000.000. Los mismos que, según esta misma institución, tuvieron la siguiente distribución:

²⁴ Las Remesas en América Latina y el Caribe 2012. FOMIN/BID Abril de 2013. op. cit.

²⁵ 24 países en total.

**Gráfica 1: Monto total de remesas recibidos en 2012
América latina y el Caribe (US\$ 61.300.000.000).
Por país (En millones de US\$)²⁶**



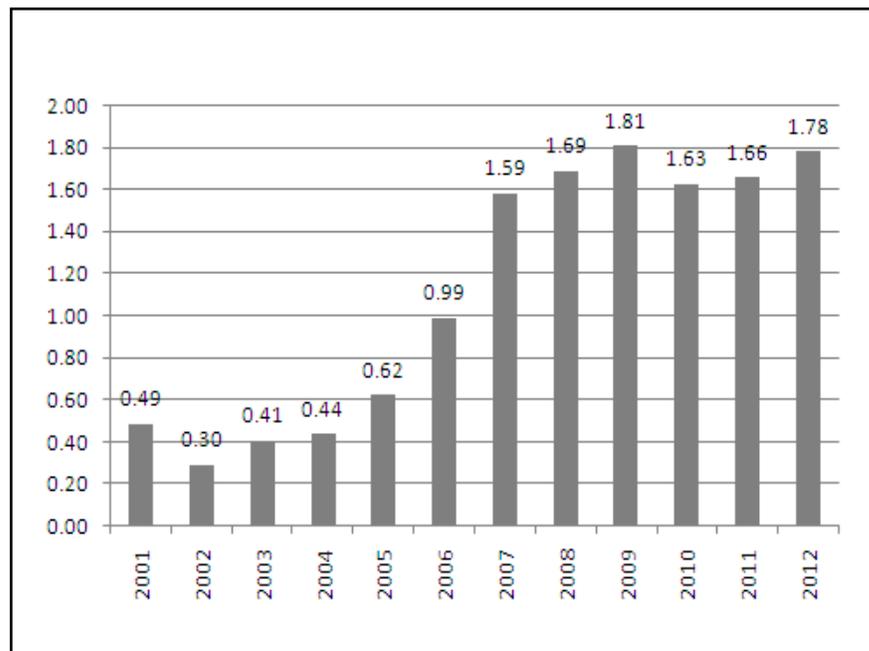
Fuente: Fondo Multilateral de Inversiones.

Se aprecia que México es y sigue siendo de lejos el mayor receptor de remesas de la región, lo que se explica por la gran afluencia de emigrantes a Estados Unidos. A buena distancia, pero con también con cifras significativas, se encuentran Guatemala, Colombia, el Salvador. Correspondiendo a Bolivia el 13avo. lugar con 1.094.milones de dólares.

²⁶ En la región caribeña (por su dispersión), la gráfica no consigna el monto agregado de US\$ 959 millones, que sí son incluidos en el recuento total.

En ese marco, la participación de Bolivia sobre el total recibido en 2012, alcanza a 1,78%, acercándose al máximo histórico de participación que fue de 1,81% alcanzado el 2009, según se puede observar en la siguiente gráfica.

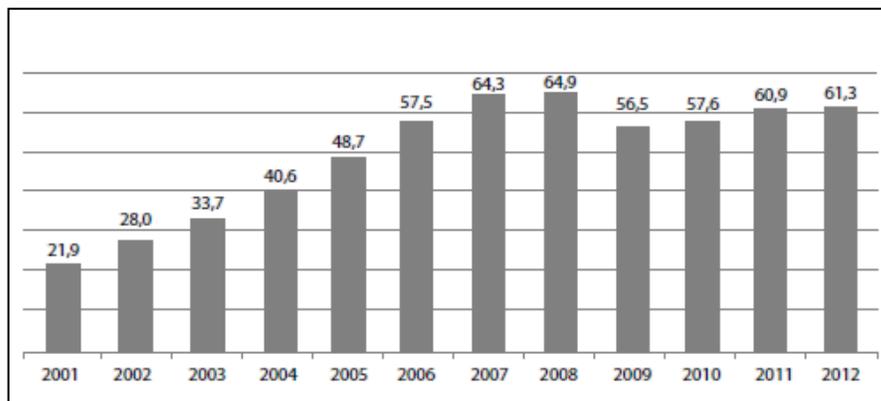
Gráfica 2: Participación de Bolivia sobre total de Remesas Recibidas en América Latina y el Caribe (En porcentaje)



Fuente: Elaboración propia con base en datos de FOMIN y Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de Bolivia.

Ahora bien, si se relativiza la cifra total de US\$ 61.300 millones con su similar del 2011, se tiene un crecimiento global inferior al 1 por ciento. Esto, con valores muy por debajo, del máximo alcanzado el año 2008 (casi US\$ 65.000 millones); año a partir del cual, la región sufre el impacto de la crisis global. Da cuenta de ello, la siguiente información proporcionada por el FOMIN:

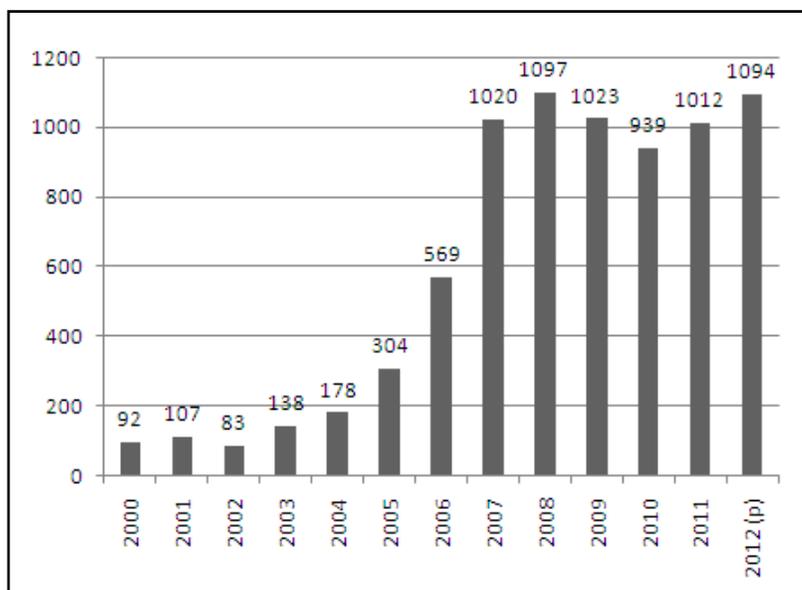
Gráfica 3: Remesas a América Latina y el Caribe 2001-2012
(En miles de millones de US\$)



Fuente: Fondo Multilateral de inversiones (FOMIN)

Muy por encima de esa media, inferior al 1%, encontramos que el crecimiento que tuvo Bolivia durante la gestión 2012 se sitúa por encima del 8% y esto a escasos 3 millones del máximo de 2008, tal como se desprende de la siguiente grafica, que muestra los valores absolutos de remesas recibidos por el país durante los últimos 12 años:

Gráfica 4: BOLIVIA: Remesas de Trabajadores 2000 – 2012
En millones de US\$



Fuente: Banco Central de Bolivia y Ministerio de Economía y Finanzas Públicas

Este repunte de 82 millones de dólares observado entre el año 2011 y el 2012, muestra la dinámica creciente que están siguiendo los montos enviados al país por los bolivianos en los últimos 3 años. Sin embargo, no es posible argumentar sobre las causas que motivan dicho crecimiento, en razón a la inexistencia de datos oficiales sobre el neto de entradas y salidas de bolivianos al y del país con fines laborales durante esta gestión. Todo hace presumir, que dicho incremento obedece más a una intensificación de los envíos por parte de los emigrantes ya radicados en el exterior que a nuevos contingentes de emigrantes que se hubieran incorporado.

En cuanto se refiere al comportamiento futuro de estas cifras, ninguna institución se anima a efectuar proyecciones; esto, en razón a los múltiples factores que las determinan. Sin embargo, y dado que la crisis financiera internacional se viene superando paulatinamente, es posible prever que las mismas mantendrán una tendencia estacionaria durante los próximos años.

2.2.2. La importancia de las remesas a nivel macroeconómico

El impacto que las remesas tienen para el país debe medirse a partir de lo expresado en la Balanza de Pagos. Encontramos así que el año 2012 dicha balanza alcanzó un superávit de US\$ 1.711,6 millones, atribuido según el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas²⁷ “al favorable desempeño de las exportaciones y la inversión extranjera directa [...] y de las mayores remesas de trabajadores en el exterior”. Dicho saldo positivo, “se debe principalmente al saldo positivo de la cuenta corriente, como resultado del favorable saldo comercial y de las mayores transferencias unilaterales corrientes”²⁸.

²⁷ “Memoria de la Economía Boliviana 2012”. Ministerio de Economía y Finanzas, op.cit.

²⁸ *Ibíd.*

En este orden, debe destacarse que en los últimos 5 años las remesas de trabajadores constituyen más del 80% de las referidas Transferencias Unilaterales (por encima del 86% en los últimos 3 años), con lo que su participación dentro del saldo de la cuenta corriente ha sido del 55% en los años 2008 y 2012 y mayor a un 100% durante los años 2009, 2010 y 2011, tal como se puede apreciar en el siguiente cuadro:

Cuadro 1: Contribución de las Remesas a la Balanza de Pagos (en millones de US\$)

	2005	2006	2007	2008	2009	2010 (p)	2011 (p)	2012 (p)
Balanza de Pagos	503,6	1.515,5	1.952,3	2.374,0	325,2	923,0	2.160,0	1.711,6
Cuenta corriente (Cta.Cte.)	561,3	1.293,1	1506,2	1.991,3	745,8	765,6	329,5	2.001,3
Saldo Comercial	395,9	1.035,8	918,5	1.443,8	415,4	811,6	683,8	2.837,8
Servicios	-42,3	167,7	-189,0	-200,2	-209,0	-263,4	-368,8	-473,2
Renta	-376,4	-397,2	-489,4	-536,4	-673,8	-864,1	-1.160,8	-1.629,3
Transferencias Unilaterales corrientes	584,0	822,3	1.266,2	1.284,1	1.213,2	1.081,4	1.175,3	1.265,8
Remesas en millones de US\$	304,0	569,0	1.020,0	1.097,0	1.023,0	939,0	1.012,0	1.094,0
Participación dentro de Transferencias (%)	52,0	69,2	80,5	85,4	84,3	86,8	86,1	86,4
Participación dentro de Saldo Cta. Cte. (%)	54,1	44,0	67,7	55,0	más de 100	más de 100	más de 100	54,6
De no existir Remesas Saldo Cta. Cte. sería:	257,3	724,1	486,2	894,3	-277,2	-173,4	-682,5	907,3

(p) preliminar

Fuente: Elaboración propia con datos del BCB, Ministerio de Economía y Finanzas Públicas.

El peso ponderal que las remesas tienen dentro de los flujos de la Cuenta Corriente, es entonces, muy evidente. Y más aun si se considera que dicho saldo contribuye a la acumulación de Reservas Internacionales, las mismas que durante el año 2012 “marcaron un nuevo record de US\$ 13.926,7 millones”²⁹.

Otra manera de poner de manifiesto la importancia de las remesas en el contexto macroeconómico, consiste relativizarlas con respecto al Producto Interno Bruto.

²⁹ Ibíd.

Se tiene así que ellas representan más del 4% desde el año 2010³⁰; ello de conformidad al siguiente cuadro:

Cuadro 2: Proporción de Remesas respecto de PIB nominal

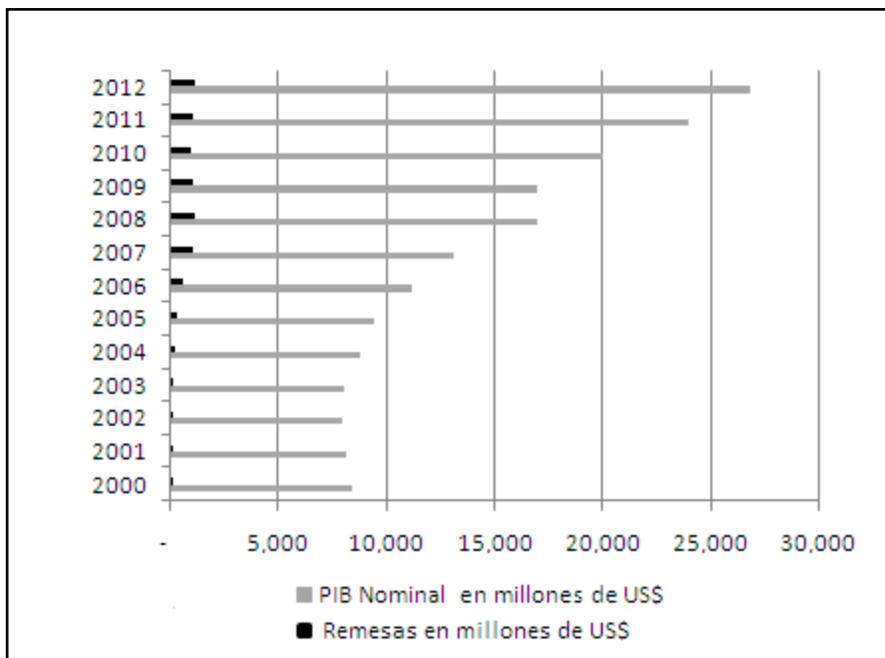
Años	PIB Nominal (millones de US\$)	Remesas (millones de US\$)	Proporción %
2000	8.400	92	1,10
2001	8.150	107	1,31
2002	7.900	83	1,05
2003	8.000	138	1,73
2004	8.800	178	2,02
2005	9.400	304	3,23
2006	11.160	569	5,10
2007	13.100	1.020	7,79
2008	17.000	1.097	6,45
2009	17.000	1.023	6,02
2010	20.000	939	4,70
2011	24.000	1.012	4,22
2012	26.846	1.094	4,08

Fuente: Elaboración propia con datos BCB y del INE.

Representatividad que se hace más evidente, cuando estos datos se presentan en forma gráfica:

³⁰ Y esto, no obstante los grandes saltos del PIB, registrados en este periodo.

Gráfica 5: Proporción de Remesas respecto de PIB nominal



Fuente: Elaboración propia con datos de BCB y del INE.

Queda de este modo demostrado, que las remesas de trabajadores tienen un marcado impacto sobre la economía boliviana, y que son parte fundamental de los buenos resultados alcanzados por el país en materia de su relacionamiento con el exterior.

2.3. El Marco Jurídico Boliviano

La normativa jurídica boliviana se halla en proceso de adecuación, emergente de la promulgación, en el mes de Febrero de 2009, de la Nueva Constitución Política del Estado Plurinacional. Destacan en este orden, la promulgación de las siguientes leyes: Ley (004) de Lucha contra la Corrupción, Enriquecimiento ilícito e Investigación de fortunas Marcelo Quiroga Santa Cruz de Marzo 2010; Ley (031) Marco de Autonomía y Descentralización Andrés Ibáñez de Julio de 2010; Ley

(071) de Derechos de la Madre Tierra de Julio 2010; Ley (045) Contra el Racismo y Toda forma de Discriminación de Octubre de 2010; Ley (054) de Protección Legal de Niños y Niñas y Adolescentes de Noviembre 2010; Ley (065) de Pensiones de Diciembre de 2010; Ley (070) de Educación Avelino Siñani - Elizardo Pérez de Diciembre de 2010; Ley (144) de la Revolución Productiva de Junio 2011; Ley (348) Integral para garantizar a las mujeres una vida libre de violencia, de Marzo de 2013; Ley (370) de Migración de Mayo de 2013 y la Ley (393) de Servicios Financieros de Agosto de 2013.

Quedan pendientes de reformulación, la Ley 996 de 1988, relativa al Código de Familia, la Ley General del Trabajo que data de 1939 con Texto Ordenado en Mayo de 2010, la Ley 14370, relativa al Código de Comercio y el propio Código Civil; normas estas últimas, visiblemente desactualizadas.

Considerando este espectro, y partiendo del marco dado por la Constitución, el trabajo refiere a continuación sólo aquellas normas que tienen una incidencia directa o indirecta con el tema de remesas.

2.3.1 La Constitución Política del Estado Plurinacional³¹

Dentro de la Constitución Política del Estado Plurinacional, lo relevante a nuestro tema tiene como punto de partida los artículos 8I y 8II del Capítulo Segundo: Principios, Valores y Fines del Estado, que respectivamente, señalan:

El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma quamaña (vivir bien), ñandereco (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble).

³¹ Constitución Política del Estado Plurinacional, Promulgada el 7 de febrero 2009. Editorial e Imprenta C. Ibáñez, La Paz, s.f.

El Estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien. Esta declaratoria de principios y sustentos, se halla en consonancia con el artículo 1, que define el Modelo del Estado Plurinacional, sustancialmente diferente a la conceptualización de la Constitución de 1967.

Es entonces, dentro de esta nueva conceptualización, donde la familia boliviana, entendida como núcleo de la sociedad, ha de inscribirse. Y de la cual, la primera referencia puntual, se encuentra en el artículo 62 de la Sección VI: Derecho de las Familias, que señala:

El Estado reconoce y protege a las familias como el núcleo fundamental de la sociedad, y garantizará las condiciones sociales y económicas necesarias para su desarrollo integral. Todos sus integrantes tienen igualdad de derechos, obligaciones y oportunidades.

Un reconocimiento y garantía que, para ser efectiva, necesariamente tiene que ser referido al artículo (previo) 46I, relativo al derecho al Trabajo y al Empleo, que a la letra dice:

Toda persona tiene derecho 1: Al trabajo digno con seguridad industrial, higiene y salud ocupacional, sin discriminación y con remuneración y salario justo, equitativo y satisfactorio, que le asegure para sí y su familia una existencia digna.

En la concreción del tema familiar, y en referencia al matrimonio, a la convivencia y a los hijos, la Constitución en sus artículos 63, 64, 65 y 66, a tiempo de definir esas instituciones, establece los deberes que de esos actos se derivan; temas

que son objeto de mayores consideraciones, en los capítulos V, VII y VIII del presente trabajo.

Siempre en la línea de establecer vinculaciones con el tema remesas, encontramos en la Constitución el Capítulo Tercero, Sección III de Política Financiera, que aborda aspectos y disposiciones generales, relacionados con las actividades e instituciones de intermediación financiera, cauce a través del cual, una gran parte de las remesas se canaliza desde el exterior a los beneficiarios finales. Por la especificidad que el tema demanda, éste es tratado puntualmente en el siguiente inciso.

2.3.2. La Ley de Servicios Financieros³²

Actuando en conformidad con lo establecido en el Capítulo Tercero, Sección III de Política Financiera de la Constitución, referido precedentemente, el Estado Boliviano acaba de promulgar la Ley (393) de Servicios Financieros (5 de Agosto de 2013).

En presencia de este nuevo marco rector y normativo, el presente trabajo focaliza en ella las disposiciones y referencias que, directa o indirectamente, atañen al tema remesas. Se tiene así que en la mencionada Ley, las remesas aparecen referidas por primera vez en el Artículo 123 (Servicios Financieros Complementarios), que señala:

I. A los efectos de la presente Ley son servicios financieros complementarios los ofrecidos por las empresas de servicios financieros complementarios, autorizados por la Autoridad de Supervisión del Sistema financiero –ASFI, incluyendo entre éstos con carácter enunciativo y no limitativo a los siguientes:

³² Ley (393) de Servicios Financieros de 21 de agosto de 2013.

- a) Arrendamiento financiero.
- b) Factoraje.
- c) Servicios de depósitos en almacenes generales de depósito.
- d) Administración de cámaras de compensación y liquidación.
- e) Administración de buros de información.
- f) Actividades de transporte material y valores.
- g) Administración de tarjetas electrónicas.
- h) Operaciones de cambio de moneda.
- i) Servicios de pago móvil.
- j) Giros y remesas.

II. Estos servicios financieros complementarios podrán ser ofrecidos a través de empresas de giro único, salvo operaciones autorizadas mediante reglamento, con excepción del arrendamiento financiero que podrá ser realizado por las entidades de intermediación financiera hasta el monto límite de UFV200.000 (Doscientas mil Unidades de Fomento a la Vivienda), y el monto límite establecido para vivienda de interés social susceptible de modificación mediante Decreto Supremo³³.

De esta manera, los giros y las remesas aparecen como distintos el uno del otro. No otra cosa se colige del inciso j), que interpretado al pie de la letra, denota claramente que los giros y las remesas deberían entenderse como servicios diferenciados.

Una primera observación que surge a este respecto, viene dada cuando se consulta el Anexo Glosario de Términos Financieros del Sistema Financiero que es parte constitutiva de la Ley. En dicho glosario sólo el Giro está definido, no así la remesa. ¿Cómo si ésta no mereciera también una definición?

De otra parte, en II se menciona que cualquiera de estos servicios podrá ser ofrecido por empresas de giro único, lo que significa que cada empresa sólo

³³ Título II: Servicios Financieros y Régimen de Autorizaciones, Capítulo I Servicios Financieros Autorizados. Ley (393) de Servicios Financieros, op.cit.

puede dedicarse a uno de estos servicios. Y es ahí donde surge una segunda observación, que atañe al Capítulo III: De las Empresas de Servicios Financieros Complementarios, en el artículo 314 (Tipos de Empresas de Servicios Complementarios), donde, entre las empresas de giro exclusivo consignadas, no figura ninguna con facultades de efectuar giros y remesas; según se puede apreciar en la lectura de dicho artículo, que a la letra, señala:

Quedan sometidas al ámbito de aplicación de las disposiciones de este Capítulo, las empresas especializadas de giro exclusivo que prestan servicios financieros complementarios, siendo éstas de los tipos siguientes:

- a) Empresas de arrendamiento financiero.
- b) Empresas de factoraje.
- c) Almacenes Generales de Depósito.
- d) Cámara de compensación y liquidación.
- e) Buros de información.
- f) Empresas transportadoras de material monetario y valores.
- g) Empresas administradoras de tarjetas electrónicas.
- h) Casas de Cambio.
- i) Empresas de servicio de pago móvil.

Y esto, no obstante de que en el referido Glosario la Empresa de Giro y Remesas de Dinero, aparece definida como: “Persona Jurídicas constituida como empresa de servicios financieros complementarios, autorizada a realizar en forma habitual operaciones de giro y transferencia de remesas”³⁴. A este respecto, se sobreentiende que un glosario no ejerce ninguna fuerza de ley, sino que es un acápite de la misma, dedicado a precisar los contenidos de los artículos de la Ley.

Se tiene así que, dentro de la Ley, por un lado, los Giros y las Remesas son un tipo de servicios financieros complementarios autorizados por la ASFI, pero por otro, las entidades de giro exclusivo que deberían prestarlos no son parte del conjunto de empresas de servicios financieros complementarios, precisados por la Ley.

³⁴ Ley (393) de Servicios Financieros de 21 de agosto de 2013, op.cit.

Igualmente, la Ley nada refiere respecto de la calidad de corresponsalía que algunas entidades financieras no bancarias (cooperativas de ahorro y crédito) asumen para con entidades remesadoras del exterior. Esto es, a las condiciones que deben cumplir dichas entidades, para acreditarse como tales. Y ello, en una desconsideración total, con hecho de que nuestro país se caracteriza básicamente por ser receptor de remesas antes que punto de origen de las mismas.

Se justifica de este modo, la opinión vertida por la autora del presente trabajo, en su artículo periodístico “Las remesas y el anteproyecto de la nueva ley de bancos”³⁵, donde alertaba sobre “[...] tratamiento marginal y displicente [...]”, conferido al tema de remesas, lo que terminó ratificándose en la Ley 393.

En otro orden, cabe señalar que entre las operaciones activas autorizadas a los bancos nacionales, la Ley en su Artículo 119. (Operaciones Activas, contingentes y de servicios), inciso f) sólo consigna la facultad de: “realizar giros y emitir órdenes de pago exigibles en el país o en el extranjero”³⁶, con lo cual, las entidades bancarias no debieran poder seguir ofreciendo el servicio de recepción de remesas, ni siquiera en calidad de sucursales o corresponsales; lo que sólo sería posible, si la Remesa fuera sinónimo de Giro, algo que, en interpretación estricta de la propia Ley, aparenta no serlo, pero que finalmente termina siéndolo. Un tema complicado y con implicaciones, que la presente investigación se encarga de dilucidar más adelante.

Por lo expuesto, se hace notorio que, en materia de remesas, la Ley 393 plantea más problemas de los que ayuda a resolver.

³⁵ María Daniela Paz Cuéllar, “Las Remesas y el anteproyecto a la Ley de Bancos”. op.cit.

³⁶ Ley (393) de Servicios Financieros de 21 de agosto de 2013, op.cit. Título II Servicios Financieros y Régimen de Autorizaciones. Capítulo I Servicios Financieros Autorizados.

2.3.3. El Código de Comercio

No obstante la existencia (a nivel de una Comisión del Congreso) de un proyecto para el establecimiento de un nuevo código de comercio adecuado a la Constitución Política del Estado, el país aún se rige en esta materia por el código de Comercio que data de 1977. Mientras esa sustitución no se concrete, las nuevas figuras de organización económicas consideradas en la Constitución, no hallan acomodo y se ven impedidas de un ejercicio pleno. Lo propio sucede con los nuevos títulos e instrumentos financieros, surgidos a partir de la dinámica de la actividad comercial en las últimas décadas; ellos se desenvuelven amparados en la generalidad de la ley, con las implicancias y problemas que ello acarrea.

De lo anterior se deriva que, tanto las entidades financieras encargadas del manejo de las remesas, como el instrumental utilizado en esas operaciones, no encuentren una correcta ubicación dentro del panorama jurídico comercial vigente. De tal manera que, de dicho Código, es poco lo que puede rescatarse en beneficio de una comprensión mayor referida a las transacciones que atañen a remesas internacionales de dinero.

En ese orden y en línea con lo que será tratado más adelante en el Capítulo VI de este trabajo: La Remesa en su Dimensión de Envío Recepción, se destaca el Título III del Libro Segundo, referido a los Títulos-Valores, que en el Capítulo I Generalidades, Artículo 491 (Concepto) define que: “Titulo-Valor es el documento necesario para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo consignado en el mismo”. Señalándose además que los mismos “Pueden ser de contenido crediticio, de participación o representativos de mercaderías”. En los capítulos II, III y IV, los títulos-valor son considerados por la forma en que son expedidos, esto es en su condición de títulos nominativos, a la orden y al portador. Y esto, con todos los efectos que cada situación conlleva.

En un nivel de desagregación mayor, el Capítulo V del Código, al hacer referencia a las distintas especies de títulos-valores, define como tales a la Letra de Cambio, al Pagaré, y al Cheque. Por su parte, el Capítulo VIII consigna también como títulos-valores a los bonos o debentures. A los cuales, deben añadirse como títulos-valores de participación, las acciones emitidas por las sociedades anónimas, descritas en Título III del Libro Primero en la sección III Acciones. Finalmente, se definen también como títulos-valores representativos de mercaderías, los certificados de depósito, bonos de prenda y las facturas cambiarias.

Cada uno de estos instrumentos normados por el Código de Comercio, es objeto de los detalles formales que debe cumplir y de los procedimientos a seguir para sus pagos y cobros (en el caso de los valores de contenido crediticio), protestos y de las acciones sanciones penales previstas en casos de incumplimiento.

A partir de ahí, en el mismo Libro Segundo, el Código de Comercio en su Título III, se aboca al accionar del mercado de valores, de las bolsas y de otros intermediarios, describiendo las operaciones bursátiles, las competencias de los agentes de bolsa, y otros aspectos. Finalmente, el Código establece y define a la Comisión Nacional de Valores, como la autoridad encargada de aplicar y hacer cumplir las normas legales relativas a la oferta pública de títulos-valores. Comisión que fue posteriormente eliminada al promulgarse la Ley 1834 del Mercado de Valores del 31 de marzo de 1998, a partir de la cual las competencias y atribuciones de regulación, control, supervisión y fiscalización del Mercado de Valores, recayeron en la Superintendencia de Valores. Responsabilidades, hoy concentradas, en la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ASFI.

Cabe señalar en este orden, que la referida ley 1834 amplió el espectro de los títulos – valores, incorporando, bajo la expresión “valor”, a los títulos emitidos por

el Estado Boliviano y sus entidades y a otros que cumplieran con condiciones especificadas en la misma Ley.

2.3.4. El Código de Familia

La inclusión del Título referido al Código de Familia en esta parte del análisis se realiza solamente con la intención de resaltar: que es imposible hablar de remesas sin referirse a dicho Código, el mismo que hace parte del marco jurídico boliviano. Significando esto que a este nivel solo se hace referencia a él bajo su propio título de Código de Familia y sin entrar acá en el desarrollo de contenidos. Esto porque los mismos son objeto de amplio tratamiento en el Capítulo V, al momento de procederse al desarrollo del tema de la remesa desde su dimensión de contenido.

Cabe eso sí, dejar señalado que al presente dicho Código, que data de 1972³⁷, es incapaz de encarar los problemas actuales referidos al tema familias y menos al tema de remesas. Su sustitución por uno nuevo y acorde con los preceptos de la Constitución Política del Estado Plurinacional, se encuentra actualmente en fase de anteproyecto, bajo el denominativo de “Código de las Familias”. Una propuesta que, se conoce, atraviesa actualmente por su etapa de socialización. Con estos antecedentes, al presente trabajo no le queda sino remitirse a lo aún hoy vigente: esto es, a la ley 996 de 1988.

2.3.5. La Ley de Migración

La (primera) Ley de Migración boliviana, Ley (370), promulgada en mayo del presente año, es una norma que regula el ingreso, tránsito, permanencia y salida de extranjeros en Bolivia. Fue, en su momento, una ley muy esperada por varios sectores sociales, en especial por las personas que radican fuera del país. El

³⁷ Elevado a rango de Ley el 4 de abril de 1988.

sentimiento que existe al respecto, es que la misma no ha colmado las expectativas que se tenían en torno de ella, ya que se encuentra más abocada al régimen interior, es decir, a la situación de migrantes en el país, en franco desequilibrio con la problemática que enfrentan los bolivianos en el exterior.

Uno de los vacíos que salta a la vista, es que el tema remesas, tan ligado a la migración, no es objeto de ninguna consideración. En todo caso y a los efectos que nos proponemos, nos concentramos en los temas que tienen relación directa o indirecta con el contenido de nuestro trabajo. Para ello, de dicha Ley extractamos, las siguientes definiciones y disposiciones:

Migración Laboral Artículo 4 (Definiciones) Inciso 14:.. Traslado voluntario de personas de un Estado a otro con fines de trabajo, sea en forma temporal o definitiva.

Precisión que la Ley efectúa a partir de lo que ella define como migración (en general): “acto libre de trasladarse de un Estado a otro”, que para la indicada ley implica “trasladarse del Estado Plurinacional de Bolivia a otro Estado, trasladarse de otro Estado al Estado Plurinacional de Bolivia”. Una especificidad que es importante al momento de categorizar a un migrante.

Unidad Familiar Artículo 4 (Definiciones) Inciso 22: La garantía que otorga el Estado para la protección del núcleo familiar y su reunificación, integrado por un conjunto de personas unidas por un vínculo de parentesco hasta el primer grado de consanguinidad, filiación adopción o tutela legal.

Una definición que suple, de alguna manera, el gran vacío observado a este respecto en el Código de Familia (Ley 996). Su introducción en la nomenclatura jurídica boliviana es de alta importancia, en razón a que a partir de ella, la Unidad Familiar adquiere categoría de estado, y más aún es objeto de la garantía que él otorga a esta Unidad. Para nuestro caso, esta categoría jurídica resulta determinante al momento de valorar las implicaciones, de lo que viene a

constituirse en su antítesis, es decir, del fraccionamiento de esta unidad, como condición ligada, a la existencia de remesas familiares.

El Título X: Bolivianos y Bolivianas en el Exterior, Capítulo I: Respaldo a la Libertad Migratoria, con sus artículos 52, 53 y 54, referidos a la Garantía de Aplicación del Principio, Suscripción de Convenios, Gestión y Promoción en Organismos Internacionales, es también relevante, en la medida en que insta a la reciprocidad e igualdad de trato entre todos los estados, promueve la suscripción de convenios y promueve el reconocimiento de derechos del migrante y de los trabajadores migrantes³⁸, allá donde se encuentren.

De manera menos directa a nuestro tema, pero igualmente importante, son las disposiciones respecto del retorno de bolivianos al país y de los beneficios con que ellos cuentan al momento de hacerlo, artículos 59,60, 61 y 62. Dentro de cuyas disposiciones la ley prevé la liberación de tributos de importación, restringida a efectos personales e instrumentos de trabajo. Un tema observado por asociaciones de migrantes en el exterior, que esperaban una mayor amplitud de la ley a este respecto (internación de vehículos y otros activos de capital).

Un tema que también fue demandado y no atendido por la Ley, es el pedido de creación de un Ministerio de Migraciones³⁹, como una instancia gubernamental, que se ocupe de velar por el cumplimiento de la Ley y de administrar los problemas puntuales que surgen en el exterior. Esto, porque se considera que la Dirección de Migraciones, dependiente del Ministerio de Gobierno, es una

³⁸ Ratificados posteriormente en el Capítulo II: Protección de Derechos.

³⁹ Posición defendida por los residentes bolivianos en Barcelona-España. Nilo Alejandro Ríos Moreno, coordinador Plataforma Retorno Sostenible Bolivia-Barcelona y miembro de la plataforma Juana Azurduy, de Valencia. "Bolivianos Indignados por ley migratoria". El deber 7 de mayo 2013, Internet 4 de junio 2013, disponible <http://www.eldeber.com.bo/bolivianos-indignados-por-ley-migratoria/130506230924>

instancia mayormente abocada al control, de extranjeros en el país, con lo que los residentes en el extranjero quedan supeditados a los consulados bolivianos, limitados en su capacidad de atender problemas puntuales.

2.4. El Marco Normativo y Regulatorio

2.4.1 Transferencias internacionales de dinero: SWIFT e IBAN⁴⁰

Los movimientos actuales de dinero entre plazas de diferente soberanía política, dependen de dos mecanismos mundiales: El SWIFT y el IBAN.

SWIFT, es en realidad el acrónimo de Society for World Interbank Financial Telecommunication. Se trata en los hechos de una sociedad empresarial propietaria de un sistema de mensajería interbancario. Un Sistema que hoy es utilizado por la mayoría de los bancos del mundo para remitir mensajes.

Sus orígenes se remontan a 1973 en Bruselas-Bélgica, donde fue institucionalizado con el concurso de 200 bancos de 15 países. Hoy cuenta con 9.000 miembros que intercambian diariamente millones de mensajes.

Su función es solo de mensajería. Opera a partir del código SWIFT que es un numeral codificado prácticamente inviolable. A tal objeto, cada banco tiene un código SWIFT, compuesto por el código del país, el código del banco y otros datos adicionales.

Con este mecanismo, los bancos se comunican en forma estandarizada (datos específicos) con sus sucursales y/o corresponsalías, para efectivizar las transferencias de dinero de una plaza a otra. Ello a través de la red internacional SWIFT, mediante conexión de sus ordenadores. Todo mensaje genera un

⁴⁰ Tema elaborado a partir de información consignada en páginas web: “¿Qué es el SWIFT e IBAN?”, Internet 30 de junio 2013, disponible: <http://www.actibva.com/magazine/mercados-financieros/que-es-swift-e-iban> y “About Swift”, Internet 30 de junio 2013, disponible: http://www.swift.com/about_swift/index

comprobante, copia de la cual puede ser recabada por el cliente, para verificar que la transferencia ha sido instruida.

Cabe indicar que el uso del SWIFT está restringido a bancos, por lo tanto las entidades especializadas en remesas (que no sean bancos), no pueden utilizar esta vía, debiendo recurrir a comunicaciones de internet más convencionales.

Por su parte, el IBAN que significa International Bank Account Number, consiste en un número de cuenta bancaria internacional, que permite efectuar transferencias de una cuenta a otra. Esto bajo códigos que se construyen a partir del código país, el código del banco, el código del cliente y otros datos de control.

Su uso no es tan general como el del SWIFT, pero la red que lo conforma se encuentra en constante expansión.

SWIFT e IBAN son entonces los dos mecanismos internacionales estandarizados, que posibilitan las transferencias internacionales de dinero, y lo hacen en forma casi instantánea, en conformidad con los avances en las comunicaciones digitales.

2.4.2. El Banco Central de Bolivia

En Bolivia, las remesas de dinero del y al exterior del país no cuentan con un marco legal específico. En palabras del Centro de Estudios latinoamericanos CEMLA: “El mercado de remesas internacionales en Bolivia no cuenta con una normativa específica que determine un marco legal aplicable a tales transacciones”⁴¹. Una situación que, sin lugar a dudas, dificulta su manejo y administración.

⁴¹ Programa de Mejora de la Información y Procedimientos de los Bancos en el Área de Remesas Bolivia 2010. CEMLA/BID/FOMIN.

Consecuentemente, la operatoria de las remesas se remite en la actualidad a las distintas normativas emanadas de las entidades financieras rectoras y supervisoras del país. En ese orden, el Banco Central de Bolivia, como autoridad máxima en materia monetaria y cambiaria y la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), se constituyen en las entidades rectoras y controladoras de estas operaciones. Una cobertura que hasta hace poco dejaba fuera de su control a las empresas especializadas no bancarias que operan con remesas, por no encontrarse éstas reguladas. Algo que está siendo encarado en parte por la nueva Ley de Servicios Financieros de Agosto de 2013⁴² y por ciertas disposiciones de la Autoridad de Supervisión de Sistema Financiero ASFI⁴³.

En lo que concierne al Banco Central de Bolivia éste se rige por la Ley 1670 de 1995; la misma que en lo pertinente a las transferencias internacionales de dinero, Artículo 20 del Capítulo III, referido a las funciones en materia cambiaria, establece que el Banco: “está facultado para normar las operaciones financieras con el extranjero realizadas por personas o entidades públicas y privadas”⁴⁴. Con ello, las remesas tienen en el Banco Central, a su máxima autoridad y a su compilador oficial de estadísticas.

En ese orden, el Banco Central de Bolivia ha recogido la definición de remesa enmarcada en los lineamientos e interpretaciones financieras derivadas del Fondo Monetario Internacional (FMI), por lo que utiliza el concepto de Remesas de Trabajadores para efectos de la Balanza de Pagos.

De otro lado, y emergente de la Ley No 1864 de Propiedad y Crédito Popular de 1998⁴⁵, el Banco Central asumió competencias explícitas sobre el sistema de pagos y su desarrollo, lo que implicó la responsabilidad en la formulación de las

⁴² Ley en proceso de reglamentación.

⁴³ Ver inciso 2.4.3, siguiente.

⁴⁴ Ley del Banco Central de Bolivia 1670 de 31 de Octubre de 1995.

⁴⁵ Artículo 67 referido a Modificaciones y Derogaciones: Ley de Propiedad y Crédito Popular 1864 de 15 de Junio de 1998.

políticas generales de dicho sistema⁴⁶. En esa dirección, el Banco Central ha reformado y modernizado el sistema. Los avances en la materia son sustanciales pero están concentrados en lo que se denomina el Sistema de Pagos de Alto Valor (SIPAV). No ha ocurrido así en el llamado Sistema de Pagos de Bajo Valor⁴⁷, donde hasta la fecha no se cuenta por ejemplo con una normativa (reglamentación) clara para operaciones transfronterizas, la misma que abocaría mayormente a las remesas, considerando que éstas son generalmente de monto reducido. Una normativa, que debería incluir además las muchas formas de transferencias electrónicas, surgidas en el último tiempo⁴⁸.

En lo operativo, las remesas enviadas del exterior no tropiezan con mayores obstáculos, dado que en Bolivia existe un régimen de libertad cambiaria, emergente de Ley de Inversiones 1182 de 17 de septiembre 1990.

Finalmente, cabe en este punto señalar también, el hecho de que en nuestro país las remesas no están gravadas por ningún impuesto, pero que sobre montos superiores a \$us 1.000, es obligatorio pagar al Banco Central una comisión por

⁴⁶ Un sistema de pagos se define como un conjunto de instrumentos, procedimientos, normas y prácticas que se establecen para realizar transferencias de fondos entre sus participantes. Los sistemas de pagos constituyen una pieza clave en la estabilidad del sistema financiero, en el desarrollo de los mercados y contribuyen en la transmisión efectiva de la política monetaria. Servicios: Sistema de Pagos, Banco Central de Bolivia. <http://www.bcb.gob.bo/>

⁴⁷ En Bolivia el sistema de pago de bajo valor es administrado por privados. Asoban administra la cámara de compensación de cheques (ACCL) y transferencias electrónicas y linkser (Red Bank) y ATc (Red Enlace) la liquidación y compensación de tarjetas de crédito y debito.

⁴⁸ A ser tratadas en una ley general del sistema de pagos, como se tiene prometido.

transferencias internacionales⁴⁹, lo que muchos interpretan como un impuesto encubierto.

2.4.3. La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero Boliviano (ASFI)

La Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI), es la entidad nacional encargada de la supervisión y regulación de las entidades de intermediación financiera. Caen bajo su ámbito de control todas las entidades financieras reguladas o por regularse, así como las operaciones realizadas por éstas.

En lo que atañe a la remesa, ésta es para la ASFI: “(una) transacción en la que una persona que se encuentra en el extranjero envía un monto de dinero a otra persona de su país de origen, sea familiar o no, por medio de una empresa especializada”⁵⁰.

Una definición amplia y común, donde la utilización del término “transacción” sólo suma ambigüedad. A la vez, una definición mecánica, ya que considera a la remesa como un mero envío y sin mayores referencias a lo que constituye su operatoria. Por último, una conceptualización que resta obligaciones a las empresas remesadoras, en desmedro del remitente y de su beneficiario.

Se trata además de una definición que emerge del Reglamento para la constitución, incorporación, funcionamiento, disolución y clausura de Casas de cambio, Resolución 672/2011 de fecha 14 de septiembre de 2011, que ASFI ha incluido bajo su ámbito.

⁴⁹ Más detalles sobre este tema se encuentran en el inciso 4.3 del Capítulo, cuando se analiza comparativamente el caso colombiano.

⁵⁰ Reglamento para la Constitución, Incorporación, Funcionamiento, Disolución y Clausura de Casas de Cambio, Resolución 672/2011 de fecha 14 de septiembre de 2011.

De ahí para adelante, ASFI ha emitido otras resoluciones, como es el caso de la Resolución ASFI 130/2012, referida al reglamento para Corresponsalías de Entidades Supervisadas, y la Resolución ASFI 147/2012, denominada Modificación al Reglamento para Corresponsalías y para la constitución, funcionamiento, disolución y clausura de Proveedores de Pago Móvil y reglamento para la constitución, funcionamiento, disolución y liquidación de Casas de Cambio.

Se hace notar en este punto, que estos Reglamentos fueron elaborados siguiendo las recomendaciones, del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI). En consecuencia, responden al objetivo principal, cual es el de combatir el lavado de activos. Un algo que, se presupone, habrá de lograrse en la medida en que se incorporen al ámbito regulatorio todas las entidades relacionadas con las actividades cambiarias y de transferencia de dinero.

Carente entonces de una operatoria específica, la remesa debe ser necesariamente remitida a la figura del Giro, un instrumento que para ASFI es: “(una), Modalidad de transferencia en la que una persona natural o jurídica ordena a la Casa de Cambio con Personalidad Jurídica un pago en efectivo a favor del beneficiario dentro del territorio nacional. Un Giro puede efectuarse en moneda nacional y/o en moneda extranjera, a cambio del pago de una comisión”.

Es un tanto obvio que la definición de Giro no puede limitarse sólo para operaciones dentro del territorio nacional (como lo señala esta definición), ya que esta figura se aplica en operaciones nacionales y en internacionales.

Comparando esta última definición con la dada por la propia ASFI para las remesas, encontramos algunas inconsistencias. En efecto, acá el giro es conceptualizado como una transferencia y por el contrario la remesa es una simple transacción, siendo que ambas figuras son transferencias. Por otra parte, se indica

que en el giro la persona natural o jurídica “ordena un pago”, una situación discutible para el caso de las remesas, como tendremos ocasión de ver más adelante. De otra parte, se señala que el pago en el giro deberá ser en efectivo, no obstante de que algunos operadores señalan en su contrato de servicios que las transferencias de dinero normalmente se pagarán en efectivo, pero algunos agentes pueden pagar mediante cheques o una combinación de efectivo y cheques, tal como también tendremos oportunidad de ver más adelante.

Por todo lo referido, queda claro que muchas de las disposiciones que afectan directa o indirectamente a las remesas se encuentran dispersas en normas de jerarquía menor, que además se dicen y desdicen entre sí y que han sido esbozadas mayormente con la finalidad de ejercer control sobre su licitud. En otras palabras, en disposiciones que no responden a los intereses de las propias remesas. Es de esperar que la reglamentación de la Ley de Servicios Financieros 393 recientemente aprobada, ponga orden a este caos.

2.5. Alcances del Derecho Internacional

Dado que algunos de los agentes importantes que hacen parte del mercado de las remesas no se encuentran en el país, refiriéndonos específicamente a los emigrantes que envían las remesas y a las empresas o entidades encargadas de brindar en origen el servicio, no es mucho lo que la legislación interna puede hacer para regular la actividad y dotarla de seguridad jurídica fuera de sus fronteras. Para encarar los problemas a este nivel, se debe necesariamente recurrir al Derecho Internacional, el mismo que a través de sus instrumentos permite crear simetrías normativas entre soberanías distintas. En consecuencia, los tratados o convenios bi o multilaterales entre países, que se hallen en relación de migración constante, los tratados y los convenidos, son, de seguro, los mecanismos idóneos para otorgar mayor celeridad, seguridad y transparencia a esta actividad.

De hecho existen importantes avances al respecto. Como ejemplos: El Compromiso de Montevideo sobre Migraciones y Desarrollo, al que hicimos referencia en el inciso 2.1.3. y el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social ⁵¹, relativo a la materia de pensiones de trabajadores transnacionales, suscrito por 14 países en Santiago de Chile en noviembre de 2007. Un convenio que permite a bolivianos que residen en alguno de los países que firmantes del acuerdo a acceder a una pensión de jubilación, incluidas pensiones por invalidez, vejez, supervivencia y accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Estos son claros ejemplos de todo lo que se puede lograr mediante el Derecho Internacional en temas migratorios que den respuesta efectiva a diversas demandas de los emigrantes, cuando el Derecho interno carezca de recursos verdaderamente eficaces. El uso del Derecho Internacional demuestra el avance de las naciones a la hora de encarar situaciones que los afectan directamente pero que exceden sus propias fronteras.

2.6. Apreciación sobre el marco jurídico y normativo boliviano

De manera general, es a todas luces evidente que la legislación y regulación boliviana actual, encaran el fenómeno de las remesas de manera confusa, dispersa e inconsistente. En ellas, la remesa aparece como una algo incómodo, un algo surgido a última hora y que se hace preciso acomodar de algún modo.

En lo específico a la operatoria, en algunas ocasiones sólo hace relevancia al giro como sucede en el Código de Comercio, y donde la remesa por ser un algo más actual no tuvo cabida. Otras veces solo el giro es merecedor de una definición y la remesa no, como se pudo observar en el análisis de la Ley de Servicios

⁵¹ Ratificado en Bolivia mediante Ley N°059, de 8 de noviembre de 2010.

Financieros. A lo que se suceden definiciones contenidas en reglamentos, donde nos encontramos con conceptualizaciones equivocadas, cuando no contradictorias entre sí; lo que contribuye a la confusión. Y todo esto, bajo una conceptualización de la remesa tratada como un acto único y nunca como una secuencia que se reitera de tanto en tanto (mes a mes en la mayoría de los casos).

De esta manera, operativamente el tema de remesas no entra en coherencia, ya que en su aplicación rigen disposiciones menores en rango, emitidas en su momento como parches y con finalidades ajenas a sus propios intereses. Un panorama que no se vislumbra pueda cambiar ni siquiera con la reglamentación de la Ley de Servicios Financieros.

CAPITULO III

EL ESTADO DEL ARTE

Los estudios jurídicos directos sobre remesas son escasos. La mayoría de ellos aboca el tema remesas desde el punto de vista impositivo. Significando esto que las remesas son objeto de atención, cuando de encontrar los argumentos que para la aplicación de un determinado impuesto, se trata. Con ello, las remesas no son manejadas en calidad de objetos de estudios neutros, sino que lo son bajo la calidad de objetos de estudios intencionados. Un aspecto que sesga de inicio las caracterizaciones efectuadas, como lo apreciaremos más adelante.

Del total de trabajos revisados, la presente investigación refiere tres. Lo restringe a ese número, porque se considera que son los más representativos para destacar y comentar algunos aspectos de su contenido, que son de nuestro interés. Esto, por las implicaciones que dichos aspectos tienen en los temas que se tratan más adelante. De esta manera, aquello que focaliza y destaca de cada referencia pasa a constituirse en el título de los incisos que siguen.

3.1. El Hecho y el Acto Jurídico

Documento: “Consideraciones Generales acerca de las remesas familiares y la importancia de considerarla (sic) como fuente del impuesto sobre la renta”⁵². Silvia Patricia Álvarez Ortiz”.

⁵² Silvia Patricia Álvarez Ortiz, “Consideraciones Generales acerca de las remesas familiares y la importancia de considerarla (sic) como fuente del impuesto sobre la renta”. Tesis de Grado en Derecho de la Silvia Patricia Ortiz presentada en la Universidad San Carlos de Guatemala. Junio de 2007.

No obstante, que este trabajo fue realizado con la intención de argumentar la aplicación del impuesto sobre la renta en Guatemala, se lo trae a colación porque al margen de esa intencionalidad, es de interés de la investigación destacar la clarificación que la autora realiza respecto de la diferencia entre un hecho jurídico y un acto jurídico, cuando señala:

El hecho jurídico. Definición de hecho y acto jurídico.

Para poder definir el hecho jurídico, cabe señalar la distinción que existe entre éste y el acto jurídico. Previo a explicar o definir lo que es hecho y acto jurídico, se debe tener claro que éstos se realizan a través de supuestos jurídicos, definiendo a éstos como hipótesis normativas de cuya realización depende que se actualicen las consecuencias de derecho, las cuales emanan de la norma jurídica, entendiéndose ésta como una regla de conducta de observancia obligatoria, que al no cumplirse hace que se aplique la sanción que la misma señala. Los hechos que se producen en la vida del hombre caen, con frecuencia, dentro del campo del derecho, donde producen consecuencias. Cuando esto ocurre la ley interviene, admitiendo que tales hechos producen efectos jurídicos.

En atención al objetivo de este trabajo, cual es la clarificación de la naturaleza jurídica de las remesas familiares de emigrantes, esta referencia constituye un buen punto de partida para reafirmar que: el proveer recursos en dinero o bienes al interior del núcleo familiar, deriva de lo natural e inmanente a la especie en su función reproductiva. Que ello se verifique mediante el envío o la remisión del exterior, como es el caso de las remesas de los emigrantes, no puede soslayar ni enturbiar ese origen.

Los hechos jurídicos, se pueden entender como acontecimientos naturales o del hombre previsto (sic) en una norma jurídica para producir consecuencias de derecho. Respecto a los actos jurídicos, constituyen una manifestación de la voluntad que tienen por objeto, crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones, previstas en las normas jurídicas, si se considera que un acto jurídico puede asimilarse a una

obligación que contrae voluntaria o involuntariamente cualquier persona dentro del tráfico de la vida diaria, comercial o mercantil. La diferencia entre hecho y acto jurídico, entonces, radica en la voluntad del hombre como resultado de que ambos producen consecuencias en el mundo del derecho.

En esta misma dirección, la constitución, a partir de la decisión voluntaria, de matrimonio o concubinato, crea automáticamente la obligación de manutención de la familia (acto jurídico). El incumplimiento a ese deber está penado por ley y si para su cumplimiento hace falta salir del país, el Estado debería proteger esa acción ya que de ella depende el cumplimiento de la obligación primigenia.

En síntesis, la referencia precedente se enuncia con el objetivo de sentar las pautas básicas y de orientar la investigación en la dirección correcta. En lo que respecta a la temática impositiva, la misma es objeto de análisis en la referencia que sigue.

3.2. La Remesa como Contrato de Donación entre Vivos. La remesa generada a partir del Ingreso y sujeta al IVA.

Documento: “Análisis de la Naturaleza Jurídica de las Remesas Familiares. Implicaciones Fiscales de las Remesas”⁵³. María Lucía de León Girón.

De la autora citada, extraemos, lo siguiente:

[...] El presente artículo entonces ofrece un análisis encaminado a determinar la naturaleza jurídica de las remesas en el aspecto fiscal, y con base en el análisis de las leyes pertinentes, determinar si están sujetas o no al pago de determinado impuesto.

⁵³ María Lucía De León Girón, “Análisis de la Naturaleza Jurídica de las Remesas Familiares” Artículo convalidado como tesis de grado en Derecho Universidad Francisco Marroquín. Guatemala Mayo de 2006.

El objetivo del trabajo es el de encontrar los argumentos necesarios para hacer de la remesas un objeto imponible; ya que en criterio de la autora, la no aplicación de impuestos (directos o indirectos) sobre ellas perjudica al Estado que tiene que proveer servicios a las familias receptoras de las mismas sin percibir ningún ingreso.

En esa dirección, la autora explora dos posibilidades: una primera que consiste en entender a las remesas como un “contrato de donación de un bien mueble entre vivos” y, por lo tanto, sujeta al ámbito civil:

[...] Las remesas familiares se reciben bajo la perspectiva civil como un contrato de donación entre vivos. Las remesas familiares son comúnmente llamadas donaciones de mano. La postura que hay al respecto a que es un contrato que se sostiene debido a que hay previo acuerdo entre las partes de recibir las remesas creándose el vínculo necesario para la formación del mismo.

[...] debemos acudir a nuestra ley especial sobre el impuesto de herencias, legados y donaciones. Esta ley de manera expresa establece que la aplicación del impuesto recae sobre las donaciones entre vivos, pero existe una disposición posterior contenida en la Ley del Impuesto al Valor Agregado, que claramente deroga lo referente a las donaciones entre vivos sobre los bienes muebles e inmuebles.

La segunda que supone conferir a las remesas la naturaleza de “un medio de cambio” (con connotaciones económicas pero no jurídicas). Esto es, a un intento de remitir el contenido de las remesas a una calidad de ingreso (renta).

[...] es importante determinar si las remesas son o no un ingreso y si son o no generadores en Guatemala. El artículo cuatro (4) de la Ley del Impuesto sobre la renta nos da los parámetros para determinar que constituye renta de fuente guatemalteca y por lo tanto no están gravadas por este impuesto, pues el origen de las remesas no se da en Guatemala sino en el extranjero.

Limitadas por las cotas jurídicas señaladas, la autora se apoya en la Ley del Impuesto al Valor Agregado (IVA) de su país, para argumentar que la aplicación de dicho impuesto sobre las remesas si es posible.

El trabajo de la señora María Lucía de León G. no es coherente. Esto, por dos motivos: 1. La naturaleza jurídica de un hecho que se defina como tal no puede estar de ninguna manera condicionada a los intereses o requerimientos de un solo factor (el impositivo en este caso) y 2. La naturaleza jurídica de las remesas no puede derivarse de un pre-concepto. En este caso, de aquel que dice que las remesas deben tributar. La figura es exactamente inversa: la naturaleza jurídica que se confiera finalmente a las remesas familiares, dirá si estas deben o no deben tributar.

3.3. El Salario como origen de la remesa y la trans-nacionalidad del acto de remesado

Documento: “Migración, Remesas y Desarrollo. Estado del Arte de la Discusión y Perspectivas”⁵⁴ Carolina Stefoni.

De este documento, se focalizan los siguientes aspectos:

Existe un consenso de que las remesas son transferencias de recursos económicos desde lugares donde residen los migrantes hacia sus familias y/o comunidades en el país de origen (Delgado, 2009; Martínez, 2008, Canales, 2008)

⁵⁴ Carolina Stefoni, “Migración, Remesas y Desarrollo. Estado del Arte de la Discusión y Perspectivas”. Foro Internacional de Desarrollo Agrícola (FIDA)/ RIMISP Centro Latinoamericano para el Desarrollo. Documento de Trabajo N° 4. Programa, Conocimiento y Cambio en Pobreza Rural y Desarrollo. Santiago de Chile. Enero 2011

Desde esta perspectiva, la remesa es entendida como el acto de traslado de un contenido de un lugar a otro, donde el remitente (migrante) y el remitido (familia) quedan perfectamente definidos. La autora distingue dos tipos de remesas:

a) Las remesas familiares son recursos que llegan directamente a la familia y son utilizados principalmente en la reproducción material, social y cultural de sus integrantes”. [...] existen también otros usos.

[...], estas funciones que cumplen de manera prioritaria y mayoritaria las remesas, corresponde a la función que tiene el salario en su forma más tradicional. En estricto rigor, se trata de un dinero obtenido por un trabajo realizado por uno de sus miembros (proveedores principales o secundarios) y que permite la reproducción material y simbólica de la familia y de cada uno de sus integrantes. La diferencia es que en este caso el trabajador realiza su trabajo fuera de los límites territoriales de su hogar, incorporando un elemento de trans-nacionalidad en el análisis.

b) Un segundo tipo de remesas son las llamadas remesas colectivas.[...] como medio para mantener permanentemente orientadas el interés y el vínculo de los migrantes hacia su comunidad de origen, además de fortalecer la recuperación de las identidades”

En esta referencia debe destacarse el origen atribuido a los recursos objeto de remesas familiares: el trabajo. Por su parte, la clasificación procede a partir del destino de lo remesado; es decir, por el uso final que se da a los recursos. Destaca también, el concepto de trans-nacionalidad, que remite a la existencia de dos jurisdicciones perfectamente diferenciadas: la de origen y la de recepción de la remesa. Elementos todos estos, que la investigación propuesta analizará a profundidad.

3.4. Apreciación general sobre Marco Teórico

La búsqueda de antecedentes y/o referencias directas al tema de investigación propuesto, evidencia que el abordaje realizado por distintos autores y foros ha

sido efectuado mayormente desde perspectivas económicas o sociales antes que jurídicas. En este último ámbito, los estudios e investigaciones más recurrentes, aparecen generalmente superpuestos con lo tributario. Se hace importante abordar el tema bajo supuestos jurídicos que eleven el tratamiento de las Remesas Familiares, y así obtener una mayor comprensión de las mismas, dotando de seguridad jurídica a las relaciones emergentes de ellas.

CAPITULO IV

DISEÑO METODOLÓGICO

Las remesas internacionales, tratadas en términos cuantitativos, son relativamente fáciles de entender. Se refieren a los flujos de dinero (generalmente en montos menores) que se remiten de un país a otro en un periodo determinado. Remisión que puede involucrar a personas sin y con parentesco. En este último caso, las remesas son intituladas alternativamente como remesas de trabajadores, remesas familiares, remesas de emigrantes, o en una precisión mayor, remesas familiares de emigrantes. El problema se complica, cuando lo que se busca es entenderlas desde una perspectiva cualitativa. En este plano surgen elementos que tienen que ver con las motivaciones, afectaciones y los usos o destinos de las mismas. Un campo donde caben miles de posibilidades y objetivos. Una perspectiva cuali-cuantitativa, que combine ambos tratamientos, también es posible y hasta necesaria.

El presente trabajo, focalizado en las remesas familiares de emigrantes, pretende comprender e interpretar este tipo particular de remesas desde una perspectiva circunscrita al ámbito del Derecho. Lo que no deja de ser algo cualitativo en esencia, aunque con un nivel de concreción mucho mayor. Se busca entonces, poder explicar, qué son esas remesas interpretadas jurídicamente o, lo que es lo mismo, qué son ellas para el Derecho. En otras palabras, lo que se pretende es develar su naturaleza jurídica. Un objetivo, a la fecha, carente de antecedentes.

Ya en el inicio de este camino, las dificultades surgen de inmediato. Ellas, tienen su punto de partida en el hecho de que las remesas a las que nos referimos, son remesas de dinero. Y a este respecto es conocido que el carácter fungible del dinero oculta su origen, lo que dificulta el poder desentrañar el “contenido”

encerrado en él; tarea que demanda un alto sentido de abstracción. Suponiendo que esa primera dificultad se sorteó exitosamente, surge la siguiente preocupación, que tiene que ver con el mecanismo de remisión de ese contenido-dinero que, por involucrar a distintos actores y a dos soberanías políticas diferentes, le agregan aún más dificultades. En efecto, una vez adentrados en el campo de las transferencias internacionales de dinero, se tropieza con operatorias y nomenclaturas mayormente ligadas a la problemática del comercio internacional, ajenas al propósito de este trabajo. Es a este nivel donde el camino transitado se bifurca, dando paso a muchas opciones, cada una con efectos jurídicos diferenciados y dentro de las cuales, las remesas, tratadas desde la dimensión de su envío o traslado, no se prestan fácilmente a ser asimiladas por alguna de ellas. Significando esto que se hace difícil tipificarlas en alguna de las categorías jurídicas existentes. Más aún, cuando uno se encuentra con el cúmulo de procedimientos y operatorias, ideadas por los bancos y otras instituciones financieras para eludir o por lo menos aminorar sus obligaciones y efectos jurídicos.

Si a todo lo anterior, se le agregan las dificultades que surgen producto de la carencia de uniformidad internacional, en cuanto a la nomenclatura utilizada y los problemas no resueltos que supone la digitalización actual de las operaciones, donde el Derecho siempre está a la zaga, el panorama es realmente complejo.

Bajo estas consideraciones, el diseño metodológico esbozado a continuación busca responder al desafío planteado, siguiendo las vías más directas y expeditas posibles.

4.1. Caracterización de la investigación

Muchas tipificaciones podrían ser esbozadas para caracterizar esta investigación, sin embargo, entre todas ellas destacan básicamente dos: la de ser una

investigación propositiva y la de estar fundamentada en una amplia revisión documentaria. Esto bajo las consideraciones efectuadas en los siguientes dos incisos:

4.1.1. Investigación Propositiva

Teniendo presente que se trabaja sobre un problema identificado pero no resuelto, cual es la necesidad de contar con una definición jurídica de las Remesas Familiares de Emigrantes, actualmente inexistente, el presente trabajo busca establecer un referente jurídico de partida, para posibilitar la apertura a futuras investigaciones. En este cometido, ofrece como resultado una alternativa de definición jurídica de las remesas familiares de emigrantes; lo que caracteriza a esta investigación como propositiva en su intención.

4.1.2. Investigación Documental

En la búsqueda de argumentar y fundamentar las ideas, los constructos y las aseveraciones efectuadas, el trabajo se ha remitido a documentos, libros o referencias, que de manera directa o indirecta mantuviera relación con su temática. En ese orden, ha seleccionado y clasificado lo que resulta más apropiado, teniendo el cuidado de verificar la seriedad de las publicaciones y de sus autores. Paralelamente, el trabajo ha buscado contrastar los contenidos y posturas que responden a una línea, con otras que pudieran ser discrepantes o antagónicas; esto, con el propósito de reflejar las cosas con la mayor objetividad posible. Desde esa perspectiva la investigación es documental en sus fundamentos.

4.2. Métodos Aplicados

Dentro del amplio conjunto de métodos de investigación existentes, el trabajo ha seleccionado como pertinentes, los siguientes: el método de base hipotético-deductivo, el de análisis-síntesis, el analógico y el del análisis económico del Derecho, bajo las consideraciones que a continuación se expresan:

4.2.1. Base Hipotético – Deductivo

Conceptualizado como un método que enuncia una hipótesis a partir de una teoría o de un principio, el presente trabajo se formula a partir del principio que sostiene que: el actor principal y depositario final de la remesa es la familia en su esfuerzo mancomunado. Consecuentemente, no puede haber una definición jurídica de remesa, si ésta no asimila y responde a las necesidades y objetivos de la familia.

4.2.2. Método Análisis – Síntesis

Tratándose de un método que consiste en la inicial descomposición y posterior reunificación de las partes de un fenómeno o de un objeto de estudio, este trabajo fracciona en primera instancia su objeto de estudio -la Remesa Familiar de Emigrante- en sus partes constitutivas con la finalidad de examinarlas por separado y establecer las relaciones que existen entre ellas. Posteriormente se las vuelve a reunir racionalmente, pero esta vez en un todo enriquecido.

4.2.3. El Método Analógico

La analogía es un recurso de alto valor científico, que consiste en utilizar semejanzas observadas en objetos diferentes con la finalidad de encontrar soluciones a un problema planteado. Sus potencialidades y ventajas son ampliamente conocidas.

En tal consideración, pasamos a valernos de este recurso. Y la analogía más cercana al concepto de “remesa” que encontramos, es la referida al concepto de

“carta”, que es muy familiar a nuestros sentidos y que presenta similitudes posibles de aprovechar.

4.2.3.1. El concepto de “carta”, como recurso analógico.

Encontramos así que la Real Academia Española de la Lengua⁵⁵, señala la siguiente acepción para el término “carta”:

1. f. Papel escrito, y ordinariamente cerrado, que una persona envía a otra para comunicarse con ella.

Evidenciándose así, que este concepto se presta a dos planos de interpretación: uno como contenido (papel escrito o la carta en sí) y otro como envío.

Profundizando en el primer plano, las cartas, en cuanto a su contenido, pueden ser: cartas familiares, cartas comerciales, cartas oficiales, de notificación, de preaviso, cartas-invitación, cartas no deseadas, amenazantes, etc.

Y, aún más concretamente: cartas familiares, relativa a asuntos particulares (sentimentales, afectivos, etc.); Cartas comerciales, cruzadas entre comerciantes, industriales, banqueros, etc. con la finalidad de promover y agilizar transacciones comerciales; Cartas oficiales, cruzadas entre distintos organismos y oficinas de los gobiernos nacionales, municipales, estatales.

No hace falta abundar más, para entender que la carta como contenido o cosa en sí, es algo separable de su forma de remisión o envío.

Vista desde el segundo plano, la carta puede ser enviada mediante, correo (aéreo, marítimo, terrestre); una persona, un diligenciero, o un notificador; Fax o correo

⁵⁵ Diccionario de la Real Academia Española, Vigésima, segunda edición, disponible: <http://www.rae.es/rae.html>

electrónico. Opciones que suponen mecanismos diferentes; cada cual, con sus propias características.

Es así, que efectuada esta separación, podemos comprender más claramente los problemas que surgen en atribución a cada una de las dimensiones, como ser por ejemplo: Una “carta de amor” enviada desde el frente por un soldado a su novia, que llega con tres meses de retraso y que causa la separación de la pareja. Acá, la separación puede ser atribuida al retraso, es decir al mecanismo poco eficiente del envío. Esto, frente a una “carta de ruptura de relación”, enviada desde el frente por un soldado a su novia, que llega puntualmente, y cuyo efecto es también la separación de la pareja, caso, en el que la separación es atribuible al contenido de la carta.

Ahora bien, es claro que la distinción en dos dimensiones que hemos efectuado reviste sólo un carácter metodológico, porque en los hechos, en este concepto (carta) subyace una calidad unívoca e indisoluble, y es que: sin envío, la carta no es tal (no se verifica) y sin carta, no habría qué elemento enviar.

Sin entrar en más detalles, queda claro que la analogía esbozada, representa un claro ejemplo sobre la potencialidad que tienen, por un lado, el método analógico y por el otro, el método de análisis-síntesis, al proponer la conveniencia de estudiar las partes de un todo de manera separada para luego proceder a su reunificación, como forma de lograr un conocimiento enriquecido. Conscientes de ello, procedemos ahora a trabajar sobre el concepto de “remesas”.

4.2.3.2. Remesa como concepto. Etimología y significados

La palabra remesa deriva del latín *remissa*, remitida y según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española⁵⁶, tiene 2 acepciones pertinentes:

⁵⁶ Diccionario de la Real Academia Española, op.cit.

1. f. Remisión que se hace de una cosa de una parte a otra.
2. f. Cosa enviada en cada vez.

Por su parte, el verbo “remesar” se define como: hacer remesas de dinero o géneros.

Partiendo de las definiciones dadas, la remesa puede ser entendida desde dos dimensiones: a) como un envío de una cosa (dinero, mercancía, documentos, etc.), y/o b) como una cosa (dinero, mercancía, documentos, etc.) enviada. Esta doble acepción tiene, para el caso particular que nos ocupa (las remesas), importantes implicaciones; las mismas que desentrañaremos al tratar dichas acepciones de manera separada. Una división que sólo es metodológica, porque, finalmente, ambas acepciones están unívocamente unidas/relacionadas y son parte de su naturaleza jurídica.

4.2.3.3. La “remesa” tratada como contenido

Siguiendo las mismas pautas utilizadas al analizar el concepto de “carta”, las adaptamos ahora para desentrañar el concepto de “remesa”.

A ese efecto, y siguiendo el orden de la analogía precedente, retomamos la segunda acepción de remesa, dada por la Academia: “2. f. Cosa enviada en cada vez”.

Y en una desagregación mayor, se observa que las remesas, entre otras, pueden ser: remesas comerciales, remesas familiares (dirigidas a estudiantes, por ejemplo), remesas familiares de emigrantes.

De esas tres posibilidades, focalizamos la tercera, para abrirnos paso en nuestro propósito de desentrañar la esencia de ese tipo de remesas, es decir, de la que atañe a las remesas familiares de emigrantes.

4.2.3.4. La “remesa” tratada como envío

Recordando que la Academia Española, señalaba que remesa es (también):”1.f. Remisión que se hace de una cosa de una parte a otra”

A partir de la cual es posible esbozar que la remesa considerada como envío, puede referirse a envío de: remesa de dinero, remesa de documentos, remesa de mercancías (con y sin intervención aduanera).

Esto, respaldado en la definición dada para el término remesas por Manuel Ossorio⁵⁷, que indica: “Remesa: Envío de dinero, correspondencia o mercaderías”

Entendiendo que el término “correspondencia” puede ser sustituido por el de “documentos” sin variar el espíritu de la clasificación, nos concentramos en el mecanismo de envío de la remesa, cuando éste está referido a la remesa-dinero. Y esto, en el marco de los envíos originados en un país diferente al de su destino. Es decir, a los envíos que atañen a dos (2) soberanías políticas.

4.2.4. El Método del Análisis Económico del Derecho

Las remesas familiares de emigrantes son el resultado de procesos de alta complejidad. Procesos, cuyas raíces están insertadas en las realidades económicas de los países que confrontan un desarrollo asimétrico, respecto de aquellos considerados como del primer mundo.

Cualquier trabajo de interpretación o explicación entorno a este fenómeno que se precie de válido, debe respetar esta connotación. Alejarlo de las características económicas constituye un error, pues se le quita la esencia.

⁵⁷ Manuel Ossorio, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta.37ª Edición, Buenos Aires, 2013, Pág. 831.

Basado en esa premisa, la presente investigación enfocada desde el plano de Derecho está obligada a actuar consecuentemente. Dirigiendo la mirada en esa dirección, se observa que la tendencia actual del Derecho viene imbuida de un acercamiento a lo económico. Sin embargo, las posiciones en este sentido no son de manera alguna uniformes. En un extremo, hay corrientes que sostienen que todo lo jurídico debe ser reducido previamente a lo económico; en el otro, se encuentran aquellos que defienden principios doctrinarios de independencia de la ciencia del Derecho. Y en el medio, encontramos corrientes de acercamiento entre lo económico y el derecho que, respetando preceptos buscan acercar estas dos ciencias tomando los recaudos debidos.

Un ejemplo de la primera corriente, es aquella que se concreta en torno a los postulados del prestigioso jurista norteamericano Richard Posner⁵⁸, bajo la denominación de análisis económico del Derecho (AED) y cuyos alcances pueden ser comprendidos aprovechando la siguiente cita, que corresponde al jurista colombiano, Luis Fernando Eslava Arcila⁵⁹.

Es ya un lugar común afirmar que lo jurídico depende de lo económico, por lo menos en parte, o que las normas jurídicas dependen, por lo menos en parte, de las circunstancias o relaciones económicas. Y que por tanto, todo intento de explicación de normas o instituciones ha de tener en cuenta lo económico.

La anterior reflexión se ve reunida y desarrollada en lo que se conoce como análisis económico del Derecho, proyecto institucionalizado en el panorama jurídico contemporáneo, el cual se ha encargado de elaborar un campo común a economistas y abogados, donde encuentran, como principal punto de referencia, un lenguaje cuya intención es ser entendible para ambos

⁵⁸ Richard Allen Posner (11 de enero de 1939, New York City), abogado norteamericano y juez en la Corte de Apelaciones del séptimo circuito, en Chicago, Estados Unidos.

⁵⁹ Luis Fernando Eslava Arcila, *Derecho Económico: Introducción Aproximación metodológica al análisis económico del Derecho: un marco para el estudio de la escasez, el tráfico y mercado de los órganos*. Colección Enrique Low Murtra. Universidad Externado de Colombia. Primera edición. Bogotá, 2003.

profesionales y que retoma, en una serie de postulados, las intenciones de ambas ciencias. Este anhelo del AED se concreta en la explicación del Derecho a través de las herramientas que ofrece la economía, partiendo de la preocupación central sobre cómo debe utilizar una sociedad los recursos limitados de que dispone para conseguir el mayor grado posible de satisfacción de las necesidades, siendo eficiente el esfuerzo en la medida en que lo consiga, y al contrario si despilfarra sus recursos, sean estos de carácter material o inmaterial.

Esta corriente busca penetrar a través de AED en fenómenos aparentemente no conectados con el mercado, como son por ejemplo los trasplantes de órganos, la prostitución, etc. Rechazando este tipo de abarcamiento pretendido por el AED, se encuentran posiciones que niegan esta competencia, dejando sin embargo abierta la posibilidad de concentrar el AED en áreas económicas⁶⁰, que son objeto del Derecho.

En el extremo opuesto, encontramos posiciones que interpretan que el AED es un mecanismo de dominación. Como un ejemplo de esta postura, citamos a Roger Merino Acuña⁶¹, cuando señala:

El AED evidentemente no es un mecanismo neutral, sino que es un instrumento que busca legitimar una ideología bien marcada: el liberalismo económico. El discurso del AED forma parte pues de un proceso de legitimación ideológica. En ese sentido, se afirma que para legitimarse este corriente muchas veces contiene retóricas referidas a la ciencia y la objetividad. El éxito temprano del razonamiento de la eficiencia en el Derecho puede ser justificado al menos por dos razones: 1) el enfoque es

60 Un interesante análisis sobre este tema se encuentra en “¿Puede el AED explicarlo todo? Esbozo crítico acerca del alcance del Análisis Económico del Derecho. Fernando Luis Castellanos Obregón”; página Web consignada en el apartado de Referencias Bibliográficas y Documentarias.

61 Roger Arturo Merino Acuña, “¿Recepción o Resistencia? Americanización y Análisis Económico del Derecho en el Perú”.

en el proceso, luego cualquiera podría aceptar que el proceso debería ser eficiente; y 2) eficiencia clama objetividad, un esencial elemento en la estrategia de legitimación. Mientras justicia es el requerimiento de sentimientos subjetivos, la eficiencia es el requerimiento de la objetividad. De esta manera, el razonamiento de la eficiencia es el principal vehículo intelectual usado por la conciencia legal americana [American legal consciousness] para difundirse ella misma e imponer su hegemonía.

En posiciones más intermedias, se tienen aquellas que entienden que el análisis económico del Derecho es uno, entre otros, método de interpretación o investigación. Una posición que se refleja, a partir de lo que señala por ejemplo el juez e investigador jurídico peruano Fernando Jesús Torres Manrique que se inclina por una conceptualización de este tipo, cuando señala⁶²:

El análisis económico del derecho es sólo un método de interpretación, sin embargo, en nuestro medio ha alcanzado mucha importancia, lo que no ocurre con otros métodos de investigación. Es decir, resulta asombroso que en nuestro medio se otorgue tanta importancia a un método de interpretación.

Es increíble como un simple método haya alcanzado tanto desarrollo, tanta influencia y tanto prestigio, lo cual para nosotros no es normal, sino anormal.

En todo caso debemos precisar que existen otros métodos como el exegético, comparativo, dogmático, analítico, síntesis, deductivo e inductivo, entre otros. Los primeros tres son métodos jurídicos y los siguientes son métodos aplicables a todas las ramas del conocimiento.

Sin embargo, para este autor, el AED no es un remedio que pueda ser aplicado sin recaudos, tal como se colige de su siguiente acotación:

⁶² Fernando Jesús Torres Manrique, "Derecho y cambio social. Análisis Económico del Derecho",s.f.

Muchos autores consideran y difunden el análisis económico como si fuese la panacea, pero esto es incorrecto, porque este método tiene muchos errores, ya que deja de lado los valores, los cuales son estudiados por la axiología. En tal sentido rechazamos que al mismo se le pueda considerar como la panacea, porque implica una afirmación errónea o poco seria.

En tal sentido si buscamos sólo la eficiencia económica de las instituciones jurídicas y no tomamos en cuenta los valores, podemos llegar a conclusiones incorrectas o erróneas.

Tomando nota de todas estas implicaciones, y reiterando que las remesas familiares de emigrantes son el resultado de procesos de alta complejidad, que se desarrollan en un contexto económico capitalista, la presente investigación, en algunas de sus fases, se apoya en el análisis económico del Derecho como recurso metodológico. Ello, con las finalidades de enriquecer el análisis y de construir una definición jurídica que asimile y responda a las necesidades de las familias que dependen de las remesas.

No obstante del apoyo encontrado en el análisis económico del Derecho, el presente trabajo de investigación no descuida la realización del análisis axiológico presente en la Ciencia del Derecho; esto, en consideración a que las figuras de familia, Unidad Familiar, migración y remesas contienen valores propios, que no pueden ser entendidas solamente a partir de una perspectiva económica.

4.3. Derecho Comparado Caso Colombia.

En conformidad con el objetivo de este trabajo, cual es la construcción de una definición jurídica de las remesas familiares de emigrantes, se ha procedido a la revisión de las leyes y normativas aplicadas en otros países latinoamericanos. En ese orden, la revisión se enfocó a los países que ostentan un carácter unitario, considerando que lo federativo (casos de México, Argentina y Brasil) le quita poder de comparación con nuestra legislatura y normativa. Una vez efectuada esa

distinción, el trabajo se concentró sólo en aquellos países donde las remesas son objeto de atención por su peso y efectos relativos dentro de sus economías, significando esto que países como Chile y Uruguay no hayan sido considerados. Por lo anotado, sólo fueron objeto de atención los casos de Perú, Ecuador, Paraguay y Colombia.

En esa línea, la revisión de las legislaturas de los tres primeros países señalados precedentemente ha evidenciado que el tema remesas, visto desde su perspectiva jurídica, se presenta difuso y con una dispersión legal y normativa similar a la que se observa en el nuestro. Y esto, con conceptualizaciones que derivan de los enunciados contables del Fondo Monetario Internacional en ausencia total de definiciones jurídicas específicas, tal como sucede en Bolivia.

De los países objeto de atención, y sin constituir una excepción a la regla anotada precedentemente, el caso colombiano presenta, algunas particularidades especiales, que lo convierten en objeto de interés a efectos de comparación. Bajo esta perspectiva, y no sin antes anotar que Colombia cuenta con la mayor tasa de emigración de Sudamérica (entre un 7,5 y 10% de su población total) y con remesas recibidas que, desde el año 2007, superan los 4.000 millones de dólares anuales⁶³, la situación jurídica de las remesas observada en la República de Colombia, se sintetiza en los siguientes términos⁶⁴.

Para el Banco de la República de Colombia⁶⁵, el término de remesa sólo es aplicable al traslado físico del dinero de un lugar a otro. De manera tal que la

⁶³ Fuente: Perfil Migratorio de Colombia 2010, elaborado por la Organización Internacional para las Migraciones OIM.

⁶⁴ Trabajo efectuado a partir de los resultados del Seminario: Migración Internacional, el Impacto y las tendencias de las Remesas en Colombia, Bogotá 2005.

⁶⁵ Que goza de una autonomía especial dentro de la estructura del estado, en virtud del Decreto autónomo 386 de 1982. Ello, con un régimen jurídico interno y externo constituido por las Leyes 25 de 1923, 82 de 1931 y 7a. de 1973; por el Decreto Ley 1189 de 1940; por los Reglamentos Constitucionales 2617 y 2618 de 1973; y por las propias disposiciones del Decreto Autónomo 386. Fuente: Banco de la República de Colombia.

inmensa mayoría de remesas (conocidas como giros familiares) que, por supuesto, no involucran traslado físico⁶⁶, no caen bajo ese concepto. Ellas deben, por fuerza, ser asimiladas al concepto más general, de Giro de Divisas, que constituye el marco en el cual se desenvuelven todas las transferencias internacionales de dinero en ese país.

Esto deriva del hecho de que en Colombia existe un estricto control de cambios con normativas a observarse; las mismas que de no cumplirse involucran altas sanciones. En tal virtud, y conforme con el régimen cambiario vigente, cualquier transferencia de dinero realizada desde el exterior a Colombia, sea por pago de exportaciones u otros conceptos, debe ser canalizada a través del mercado cambiario de divisas⁶⁷, y se efectiviza en moneda legal colombiana. Con ello, y considerando que la entrega en el país de origen se efectúa en divisas, el cambio de moneda extranjera por moneda local, es parte obligada de cualquier transferencia de dinero. De requerirse que en destino el pago sea efectuado en moneda extranjera, la venta de las divisas sucede ya sea en origen o en destino, pero siempre antes de procederse a la entrega de la transferencia a su beneficiario final.

Encontramos así una primera diferencia con respecto a nuestro país. En efecto, un envío de dinero a Bolivia puede materializarse en la misma moneda en que fue empozado; significando esto que si se remite un monto en dólares con instrucción de pago en la misma moneda, el beneficiario final recibe el mismo monto en dólares⁶⁸. Una operación para lo cual debe considerarse solamente que: si la transacción es superior a 1.000 dólares, hay obligatoriedad de pagar la Comisión por Transferencia del 1%, establecida por el Banco Central de Bolivia mediante

⁶⁶ Realizado mayormente, en origen: por Western Unión y Money Gram y, en destino: por las Casas de Cambio. Fuente: Memorias del Seminario: Migración Internacional, el Impacto y las Tendencias de las Remesas en Colombia, Bogotá 2005.

⁶⁷ Estudio del régimen legal Colombiano, Marcelo Becerra Cortez
www.bancoldex.com/.../269_7capitulo_v_regimen_cambiario.pdf

⁶⁸ En Bolivia existe un régimen de libertad cambiaria en aplicación de la Ley de Inversiones 1182 de 1990.

la Resolución de Directorio N° 152/2007 del 11 de diciembre de 2007⁶⁹. Norma que fue dictada en el entendido que las remesas involucran montos menores a 1.000 dólares, con lo que ellas quedan exoneradas del pago de esta comisión.

Retomando el caso colombiano, se tiene que la operación de giro internacional de divisas es conceptualizada por el Banco de la República como una transacción múltiple. Esto en razón a que, por una parte involucra la celebración de un contrato de mandato con pago de comisión entre el remitente y la entidad que realiza la transferencia (Money Remitter). A la par, la operación implica un contrato de compraventa de divisas entre ambos. Debiendo añadirse a ello el contrato de comisión, previamente suscrito ente el Money Remitter y su corresponsal local. Esto de manera tal que, una vez entregados los recursos por el corresponsal local (y con sus propios recursos), se abre paso a un otro contrato, denominado contrato de mutuo sobre el dinero colombiano, el mismo que atañe al Money Remitter y a su corresponsal, pero esta vez actuando este último en su condición de intermediario del mercado cambiario. Contrato mediante el cual, se procede finalmente al reembolso el dinero anticipado y a la conversión de la moneda.

Como puede observarse, la operación de giro en Colombia es complicada, atribuible esto al régimen cambiario imperante. Una operatoria que, para el caso de Bolivia se simplifica dada la libre circulación de moneda extranjera actualmente existente. No obstante y bajo la política de Bolivianización, esto también puede cambiar en el futuro.

⁶⁹ La misma que modifica la Resolución anterior 119/2007 del 25 de septiembre 2007, que establecía el cobro del 1% a la transferencia de fondos del exterior para el sector privado, excluida operaciones de exportación a través del BCB.

Cabe en este punto hacer notar que en Colombia las remesas se distribuyen mayormente a través de las Casas de Cambio. Esto en su diferenciación con el caso boliviano, donde los corresponsales son mayormente los bancos comerciales.

Finalmente, un otro aspecto importante a destacar, es que en Colombia, al igual que lo que sucede en Bolivia, no existen precisiones jurídicas respecto de las remesas. Lo refiere así Alfonso Garzón⁷⁰, Presidente, Asociación de Instituciones Cambiarias de Colombia, cuando señala: “En el seminario se ha hablado indistintamente de las *remesas*, de las *remesas de trabajadores*, de los *giros familiares*, *remesas familiares* y *transferencias*. Así se evidencia el problema jurídico, al no existir una definición concreta de *remesa de trabajador* y mezclarse entonces indistintamente y con diferentes objetivos otras operaciones”.

⁷⁰ Uno de los expositores del Seminario, referido anteriormente.

CAPITULO V

LA REMESA EN SU DIMENSION DE “CONTENIDO”

5.1 La Remesa Familiar de Emigrante

La Remesa Familiar de Emigrante, constituida en objeto de estudio de esta investigación, es considerada en este capítulo bajo el primero de sus dos atributos, cual es el de su dimensión de Contenido.

En tal sentido, el trabajo realizado consistió en desagregar, tanto como fuera posible, los vocablos comprendidos en dicho rótulo, en la perspectiva de su posterior reunificación, pero ya como un todo enriquecido.

5.1.1 La Remesa como propiedad familiar

Si nos atenemos a la construcción gramatical española, la palabra “familiar” situada al lado de la palabra Remesa, en el rótulo (nombre propio) de “Remesa Familiar de Emigrante”, sugiere un carácter posesivo. Bajo esa lógica, ese algo (o cosa) remesado, podría entenderse como un algo que, con anterioridad a dicho acto (de remesado), es ya de propiedad de la familia.

En esa línea, cuando el proceso que da lugar a la remesa, es revisado en términos de un todo continuo, se percibe de inmediato que el actor o agente económico que pone en marcha, desarrolla y ejecuta dicho proceso, es realmente la familia en su conjunto, es decir, la familia considerada como un todo. Implicando esto que el esfuerzo realizado en la obtención de remesas, es un esfuerzo familiar y si algo arroja ese esfuerzo como resultado o producto, lo hace en su calidad de ser de propiedad⁷¹ del conjunto familiar. En esta lógica, “el emigrante”, resulta siendo sólo uno de sus miembros; por lo tanto, todo lo enviado debería entenderse como un

⁷¹ En todo caso, esta propiedad no debería ser confundida con la implicada en el Patrimonio Familiar.

producto de propiedad ex ante de la familia. De esta manera, lo gramatical de la expresión guardaría coherencia con los hechos. Considerando lo anterior, resulta tentador buscar los argumentos jurídicos que lo respalden. Sin embargo, cualquier intento en este sentido resulta vano ante la óptica del Derecho vigente. Esto, en razón a que, jurídicamente, la “Familia” no es considerada como sujeto de derecho. Significando esto, que ella (la familia) no es una persona jurídica⁷² y por lo tanto no es capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones y que simplemente representa una pluralidad de personas. Con lo que, jurídicamente, es imposible que pueda ejercer algún derecho propietario sobre el referido producto.

5.1.2 El emigrante como representante/titular de la familia

Evidenciada esa limitación, surge entonces otra posibilidad, cual es la de atribuir al “emigrante” una condición, bajo la cual, sus actos estarían siendo realizados a título de representación de una familia, algo así, como que él sería “el embajador de una familia en el extranjero”. Bajo esa figura, muchas de las cosas podrían ponerse en consonancia con los hechos. No obstante, esto tampoco es posible, porque según el Derecho cualquier representación⁷³, debe estar respaldada por un mandato. Y, en este caso, la familia, al no tener personalidad, tampoco ostenta la potestad de conferir representación o titularidad alguna. Consecuentemente, esta idea es también jurídicamente indefendible. Refrenda lo anterior, Eliseo Tintaya⁷⁴, cuando afirma que: “Los miembros de la familia adquieren individualmente las responsabilidades propias, y no se les exige su cumplimiento en representación de una familia, sino como personas particulares”. De este modo, se tiene que el actor

⁷² Como lo sostiene la doctrina mayoritariamente aceptada y traducida en la mayoría de las legislaciones, incluida la nuestra.

⁷³ Enciclopedia Jurídica, Representación disponible: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/representacion/representacion.htm>

⁷⁴ Eliseo Tintaya Quenta, Principios de la Familia en la Educación Jurídica, Universidad Mayor de San Andrés, La Paz - Bolivia.

que ejecuta el proceso (que finaliza en la remesa enviada), es decir, el o la emigrante⁷⁵, lo hace siempre a título personal, y que aparentemente no cabe ninguna posibilidad de involucrar a la familia en sus actos.

5.1.3. El vínculo familiar preexistente

Queda entonces una última situación por analizar, y es aquella que se origina a partir de la conexión, establecida entre la persona que realiza el envío (de la cosa) y aquella que lo recepciona en destino.

Para una profundización en este tema, se confiere nuevamente la palabra a Manuel Ossorio⁷⁶, cuando en su definición Jurídica de Familia, indica al final:

El vínculo familiar ofrece importancia jurídica porque da nacimiento a una amplia serie de derechos y obligaciones, especialmente referidas al matrimonio, a la relación paterno filial (la patria potestad de modo muy destacado), a los alimentos y a las sucesiones.

Entonces, en *Stricto sensu*, la remesa no da origen a un vínculo, el vínculo entre el emigrante y su familia existe desde antes de la emigración y la remesa no hace sino confirmarlo y alimentarlo.

El envío de una remesa a un familiar deja constancia: a) de la existencia de un vínculo familiar preexistente y b) de que la actuación del o de la emigrante en el extranjero se realiza en interés de la familia. O, si es el caso de un esposo o esposa, en interés de la comunidad familiar; ya que su actuación está motivada en el cumplimiento de los deberes que le demanda el artículo 96 del Código de Familia boliviano (la Ley 996), que señala:

Los esposos tienen, en interés de la comunidad familiar y de acuerdo a la condición personal de cada uno, derechos y deberes en la dirección y el

⁷⁵ En adelante el (la) emigrante.

⁷⁶ Op.cit.p.406.

manejo de los asuntos del matrimonio así como en la crianza y educación de los hijos.

Y ello, en consonancia con el artículo 63 de la Constitución Política del Estado Plurinacional, que indica:

El matrimonio entre una mujer y un hombre se establece por vínculos jurídicos y se basa en la igualdad de derechos deberes de los cónyuges.

En su conjunción, estos dos artículos refrendan claramente que: “el vínculo jurídico (familiar)” genera derechos y deberes/obligaciones o, como lo señala Ossorio: “[...] da nacimiento a una amplia serie de derechos y obligaciones “. ⁷⁷

Se tiene así que el envío (de la cosa) realizado por una persona a un pariente (esposo o esposa, hijos, padres, etc.), no hace sino confirmar un vínculo familiar jurídico preexistente. Y dado que, de dicho vínculo emergieron en su momento obligaciones económicas, el acto de remesado es la forma en que éstas se cumplen.

Ahora bien, es perfectamente posible que se presenten situaciones en las cuales, no obstante de existir un vínculo familiar, éste no sea generador de obligaciones (pecuniarias), como podría ser el caso de hijos que habiendo emigrado para trabajar en el exterior y que, sin tener la obligación de proveer de recursos a su padres, lo hagan de todas maneras (vía remesas). Para abarcar esta posibilidad, la definición jurídica que se plantea habrá de establecer la apertura suficiente para poder incluir y considerar estas situaciones ⁷⁸. En todo caso, y dada la prevalencia mayoritaria que se observa (padres y/o madres obligados, enviando remesas a hijos o dependientes o habiéndolo para cumplir con asistencia familiar),

⁷⁷ Op.cit. Definición de Familia, p. 406,

⁷⁸ Esto se hace para dar cabida a aquellos casos en los cuales la remesa está motivada en una liberalidad ajena al cumplimiento de un deber.

el descubrimiento de esta relación jurídica pone de manifiesto que, en la mayoría de los casos, la remesas son la forma o el modo en que las obligaciones emergentes del vínculo familiar, se cumplen. Y esto les confiere una calidad jurídica real, desconocida hasta el presente.

Bajo estos alcances, se hace posible enjuiciar con solvencia, interpretaciones (incluso oficiales) voluntariosas pero carentes de sustento, como la que se encuentra por ejemplo en la Declaración (Compromiso) de Montevideo, citada precedentemente ⁷⁹, donde las remesas son definidas como actos representativos de solidaridad, tal como lo observamos al retomar su definición, en sentido que las remesas serían: “ [...] flujos financieros privados, de solidaridad familiar, y (que) responden al derecho de todo ser humano de asistir de modo individual al sustento y bienestar de otras personas”.

En base a lo expuesto, se tiene entonces que el acto de remesado, realizado a título personal por el emigrante en el extranjero, a tiempo de ratificar el vínculo jurídico familiar preexistente, obedece, salvo excepciones, al cumplimiento de deberes que son de interés de la familia; con lo que la razón de ser de la remesa, viene dada por el hecho de que ella se efectúa en cumplimiento de deberes preexistentes.

5.2. La concreción de los deberes familiares

Una vez establecido que los vínculos familiares preexistente generan deberes u obligaciones, se hace imperativo precisar con mayor especificidad ¿En qué consisten esos deberes u obligaciones? La tarea se realiza desde los siguientes dos planos, en los incisos que siguen a continuación.

⁷⁹ Ver: Capítulo II, inciso 2.3.4,

5.2.1. Desde el plano jurídico

Al referido efecto, es preciso concentrarse acá en aquellos deberes y obligaciones materiales⁸⁰. En esa línea, y remitidos a la Constitución Política del Estado, se observa que el Artículo 64, referido al Derecho de las Familias, señala taxativamente:

Los cónyuges o convivientes tienen el deber de atender, en igualdad de condiciones y mediante el esfuerzo común el mantenimiento y responsabilidad del hogar, la educación y formación integral de las hijas e hijos mientras sean menores de edad o tengan alguna discapacidad⁸¹.

Deberes u obligaciones que se ratifican en el inciso 3 del Artículo 258 (Deberes y Derechos de los Padres) del Código de Familia, que indica:

La autoridad del padre y de la madre comprende los deberes y derechos siguientes:

1. El de guardar al hijo
2. El de corregir adecuadamente la conducta del hijo
3. El de mantener y educar al hijo, dotándolo de una profesión u oficio socialmente útil, según su vocación y aptitudes.
4. El de administrar el patrimonio del hijo y de representarlo en los actos de la vida civil.

Quedan a salvo los deberes y derechos establecidos por otras disposiciones⁸².

Una concreción mayor sobre lo que significan estos deberes, viene dada en el Artículo 118 (Cargas de la Comunidad) del mismo Código de Familia, cuando se refiere al contenido de estas cargas, en los siguientes términos:

⁸⁰ Los deberes y obligaciones de otra índole serán tratados más adelante.

⁸¹ Constitución Política del Estado Plurinacional, op.cit. Sección VI

⁸² Código (boliviano) de Familia. Libro Tercero De la autoridad de Loa Padres y de la Tutela. Título I De la Autoridad de los padres. Sección II. La extensión y Contenido de la Autoridad.

Son cargas de la comunidad:

1. El sostenimiento de la familia y la educación de los hijos, sean estos de ambos conyugues o de solo uno de ellos.
2. Las pensiones o asignaciones de asistencia familiar de cualquiera de los cónyuges es ley a dar a sus parientes y afines⁸³.

Si bien, no se explicita en este artículo, el sostenimiento acá involucrado se presta a ser desagregado mínimamente en: alimentación, abrigo, salud y cobijo, a lo que se suma la educación. Y todo dentro de un margen atendido a las posibilidades económicas de los esposos, tal como lo indica el artículo 98 (Necesidades comunes) del Código de Familia, que señala:

Cada uno de los esposo contribuye a la satisfacción de las necesidades comunes en la medida de sus posibilidades económicas.

En caso de desocupación o impedimento para trabajar de uno de ellos, el otro debe satisfacer las necesidades comunes.

Queda claro, que el deber al que se refieren las leyes nacionales, consiste en la obligatoriedad de proveer a la familia de todos los elementos indicados precedentemente; eso sí, supeditado a las posibilidades económicas.

5.2.2. Desde el plano económico

La provisión de alimentación, abrigo, salud, cobijo y educación, supone flujos crecientes a medida que la familia se desarrolla y crece. Se trata además de una provisión que no debería interrumpirse y a la cual se añaden otros que resultan conexos, como son por ejemplo la provisión de servicios básicos, el transporte, esparcimiento, etc. En suma, implican bienes y servicios económicos que deben

⁸³ Código (boliviano) de Familia. Título III De los Efectos del Matrimonio. Capítulo I De la Comunidad de Gananciales. Sección IV De las Cargas de la Comunidad.

ser adquiridos en el mercado a precios dados. Agrupados en un solo ítem, estos elementos conforman la denominada canasta familiar.

Atenida a un ingreso familiar dado, la calidad y cantidad de su dotación, es responsabilidad de los mayores y hace parte de la administración económica del hogar⁸⁴.

La economía agrupa a estos bienes y servicios bajo la clasificación genérica de Consumo Familiar. Un consumo, cuyas cantidades dependen de los ingresos⁸⁵ y de los precios relativos de los bienes y servicios en cuestión. Desde esta perspectiva, no parece haber discrepancia con la óptica jurídica, que también refiere las cantidades de su dotación a las disponibilidades económica de los responsables del hogar. Sin embargo, el enfoque económico de estas obligaciones, evidencia que las mismas están sujetas y son afectadas por factores ajenos a la buena voluntad de los actores, como lo son por ejemplo, la inflación que merma el poder adquisitivo del dinero, los impuestos que reducen los ingresos percibidos, las devaluaciones y depreciaciones de la moneda nacional respecto de las divisas que disminuyen los ahorros, etc. Aspectos, todos estos, no contemplados por la ley, pero con incidencia mayúscula sobre las posibilidades de cumplimiento de la obligatoriedad referida.

5.2.3. El Bienestar Económico como categoría histórica-contextual

Trasladados al plano de la realidad, los deberes de sostenimiento y la educación mencionados en las leyes, se constituyen en una especie de “mínimos vitales” o “mínimos de ley” a cumplir, pues a ellos se suman muchos otros que emergen del contexto en el que estas disposiciones se están desarrollando. A este respecto,

⁸⁴ Base a partir de la cual se desarrolló la Ciencia de la Economía, tal como la conocemos hoy.

⁸⁵ En realidad de los ingresos disponibles; lo que supone pagos previos de impuestos y de otros descuentos.

debe considerarse que dichas obligaciones son presa de una dinámica que responde a las características del Sistema Capitalista en el que se desenvuelven. En ese marco, se observa que una de las características del Sistema es su capacidad de crear necesidades; necesidades bastante superfluas en algunos casos, como ejemplo, las comunicaciones vía celulares; una necesidad institucionalizada, que hoy es parte de ese mínimo vital al que se hacía referencia. Un sistema que busca por todos los medios acrecentar las pautas de consumo a través de fiestas y días memorables (navidad, carnavales, días de la madre, padre, etc.).

Un sistema capitalista, basado en la propiedad privada, que genera la necesidad y, por lo tanto, la casi obligatoriedad de contar con vivienda propia, tal como lo ponemos aquilatar a partir del siguiente artículo periodístico⁸⁶ (en boca de los actores), que da una idea de lo determinante que resulta este factor:

Sepultan a obreros fallecidos en Chile

Los restos repatriados la noche del sábado de los dos obreros cochabambinos que perdieron la vida el pasado martes al derrumbarse una torre de alta tensión cerca de la ciudad chilena de Pelarco, 260 kilómetros al sur de la capital, Santiago, recibieron ayer al medio día sepultura cristiana en el cementerio general de la ciudad, en medio de dolor y llanto de familiares y amistades.

Los familiares de los desafortunados obreros informaron escuetamente que Ronald y Edgardo, necesitados de una fuente de trabajo que les permita encarar sus proyectos de vida, migraron hace cinco años a varias ciudades de Chile donde encontraron trabajo bien remunerado en las cosechas de frutas, construcción y servicios domésticos.

Coincidentemente, dijeron que ambos estaban empeñados en construir sus viviendas particulares en las zonas de Champarancho y Maica Chica,

⁸⁶ "Sepultan a obreros fallecido en Chile". Redacción Central, Periódico Los Tiempos 17 de junio de 2013

donde Ronald y Edgardo habían concluido la obra gruesa de sus casitas de dos plantas y requerían de recursos para concluir la obra fina y habitarla.

La falta de fuentes de trabajo y el sueño de contar con una vivienda son dos motivaciones que obligan a miles de bolivianos a migrar en “busca de mejor suerte y ahorrar platita” a los mercados laborales de Chile, Argentina, Estados Unidos y países de la Unión Europea, particularmente, donde trabajan en condiciones de explotación humana y carencia de medidas de seguridad laboral e industrial, comentó el abogado Carlos Siles, familiar de los Medrano.

Los familiares agradecieron la solidaridad [...]

La cita es por demás elocuente, ya que ilustra cabalmente sobre las consideraciones que es preciso realizar al momento de tratar de entender la conducta de una familia, puesta en la disyuntiva de fraccionarse para superar sus limitaciones de orden económico⁸⁷. Aspiraciones legítimas dentro de los países incluidos en la órbita en que vivimos, pero que no serían tal en países como la China, por ejemplo.

En esa línea, otra aspiración legítima a consignar, viene dada por el deseo manifiesto de contar con recursos que aseguren una vejez digna. Esto en razón a las debilidades mostradas por los sistemas jubilatorios existentes.

El hecho de haber abarcado estos tópicos no debe ser interpretado como una contradicción con la posición metodológica de este trabajo, que estableció que la investigación no iba a incursionar en el “por qué”; es decir en los móviles para emigrar y trabajar fuera del país. En tal sentido, la inclusión de este tema obedece

⁸⁷ A partir de ello, es lícito inferir, que en muchos de los casos de familias que han tomado la decisión de fraccionarse para alcanzar sus logros, probablemente la decisión no hubiese sido adoptada de no haber mediado la problemática de vivienda.

únicamente a la necesidad de fundamentar, en cuanto sea posible, el contenido de las obligaciones a las que se hace referencia.

Se entiende que la Ley tiene un carácter genérico, pero en este caso, y dadas las connotaciones que se anotan y muchas otras, se observa que el Derecho se queda corto a la hora de reflejar y normar sobre la realidad circundante y cotidiana.

Por lo indicado, y en la necesidad de poder contar con una síntesis que conjuncione los aspectos comentados, se infiere que es preciso postular una categoría, que partiendo de lo genérico, incorpore los elementos contextuales que hacen parte indisoluble, de lo que constituye el paquete de obligaciones familiares a ser satisfechas. A ese efecto, la más apropiada parece ser la de “Bienestar Económico Familiar”; esbozada como categoría histórica-contextual.

Cabe reconocer que el constructo esbozado, es complejo. Esto, porque el mismo resulta siendo un algo objetivo/cuantitativo y subjetivo/cualitativo, a la vez. Es objetivo, en la medida en que los bienes o elementos que lo conforman pueden ser valorizados y sumados, y es subjetivo, en lo referente a la cuantía que cada familia aspirara de él.

La categoría de Bienestar Económico Familiar, así formulada busca dejar establecido que, sobre lo que puede ser considerado como un mínimo vital de necesidades a ser satisfechas, las familias se ven impelidas a sumar otras producto del contexto, a las que añaden también aquellas que ellas se auto-imponen en calidad de metas a cumplir.

Finalmente, la construcción de esta categoría, permite concluir que:

- a) cada familia, independientemente de sus posibilidades, se traza una función objetivo de bienestar. En ciertos casos (los menos), esa función puede coincidir con sus posibilidades económicas y en otros (los más) no.
- b) los deberes impuestos por el vínculo familiar, consisten en la obligatoriedad de proveer a la familia de Bienestar Económico.

5.2.3 El financiamiento del Bienestar Económico Familiar

El financiamiento sostenido del Bienestar Económico de cualquier familia sólo es posible a partir de la existencia de una o más fuentes, igualmente sostenibles, de ingresos dinerarios. Entendiéndose por ingresos a aquellos que provienen de las actividades desempeñadas por sus miembros o por los que derivan de los réditos de sus posesiones.

5.3.1 El financiamiento del Bienestar Económico Familiar dentro del país

Para las familias nacionales localizadas dentro de las fronteras del país, su Bienestar Económico puede estar financiado en su integridad, puede estarlo de manera parcial o simplemente no existir. Encontrándose la propensión a la emigración en estas dos últimas situaciones.

Por su parte, es evidente que los ingresos guardan conformidad con los factores productivos que las familias están en condiciones de ofrecer (Trabajo, Tierra o Capital). Se tiene así que, los ingresos de las familias provienen de actividades no lucrativas, como es el caso de los sueldos y salarios percibidos mediante la prestación de servicios a instituciones públicas o privadas; o de actividades lucrativas como son la renta por la tierra o los intereses y rendimientos percibidos por la propiedad de los factores Tierra y Capital.

5.3.2 El financiamiento del Bienestar Económico Familiar en el exterior

En el caso de familias que tienen a alguno de sus miembros fuera del país, la fuente primordial de sus ingresos viene dada por las remesas percibidas. No significando esto, que ella sea la única, pues es posible que los miembros que se quedan en el país realicen algún tipo de actividades generadoras de ingresos. En todo caso, es de presuponerse, que la remesa, es la fuente mayor. Con lo que es posible afirmar que, el Bienestar Económico de estas familias, se financia mediante remesas recibidas. Un financiamiento que tampoco puede corresponder con el cien por ciento de lo aspirado.

Habiéndose llegado a este punto, cabe interrogar a las remesas sobre su origen. O, dicho de otro modo, indagar sobre la forma en que dichas remesas se configuran.

Para ello es necesario remontarse al momento de la decisión adoptada por la familia, en sentido de constituir a uno o más de sus miembros familiares en el exterior, lo que es motivo del próximo acápite.

5.4. La configuración de las remesas

Siguiendo en la línea del objetivo trazado, cual es el de formular una definición jurídica sustentada de las remesas, la investigación se concentra a partir de este punto en tratar de descubrir la esencia que subyace en ella. Esto, en conformidad con el desarrollo esbozado a continuación.

5.4.1 La primera etapa

Por lo general, las remesas familiares de emigrantes son consideradas a partir del momento que se remite la primera de ellas. Esto le quita méritos al esfuerzo que, a ese propósito, realiza la familia local en su conjunto, veamos:

Una vez tomada la decisión de generar nuevos o adicionales ingresos mediante el expediente de situar a uno o más de sus miembros en una ciudad o provincia ubicada fuera de las fronteras del país, donde se perciben reales posibilidades para lograrlo, la familia local debe revestirse de pronto de una actitud empresarial, que hasta ese momento le era desconocida. No otra cosa significa, el tener que materializar⁸⁸, por cuenta propia: la obtención de pasaportes y visados, la adquisición de pasajes (generalmente de ida y retorno), la reunión de recursos para el viaje y la estadía durante el tiempo que demande conseguir el trabajo apropiado, la provisión de fondos a ser dejados a los familiares, etc. Ítems que bien interpretados, no son otra cosa que inversión, tal cual como sucede en los emprendimientos empresariales, pero con una diferencia sustancial, la de no tener fines de lucro. Y todo esto, en un contexto donde se presupone existe precariedad económica, lo que en la mayoría de los casos, obliga a tener que recurrir a préstamos con compromisos de devolución en tiempo perentorio. A lo que se agrega, un conjunto de riesgos que la decisión conlleva, como ser los de deportación, los de sustracción de dinero o engaño, e inclusive, el riesgo de perder la vida en el intento. En fin, todo lo que atañe adentrarse en medios desconocidos⁸⁹.

Bien ponderada esa decisión, debe ser entendida como un emprendimiento (proyecto) familiar de características excepcionales. Por lo cual, los resultados obtenidos tendrían que ser interpretados como excedentes logrados por toda la familia y que, en tal mérito, deberían ser catalogados como de su propiedad. Un algo que jurídicamente no se aquilata de ese modo, tal como se tuvo oportunidad de analizar en el inciso 5.1.1 de este capítulo; lo que sin embargo no limita la posibilidad de poder interpretar los actos realizados por el o la emigrante, como

⁸⁸ Excluimos por el momento, los efectos que la decisión conlleva a nivel del núcleo familiar, la que es tratada más adelante.

⁸⁹ Nos referimos, por supuesto, a la primera experiencia, que una vez sorteada con éxito, puede dar lugar a retornos y vueltas espaciados, donde estos riesgos se aminoran.

propios de un emprendimiento, realizado a título personal en interés de la familia. De ello resulta que el propio emigrante, por los esfuerzos que realiza, puede perfectamente ser catalogado como un emprendedor, en conformidad con la definición dada por la Real Academia Española:

emprendedor, ra.

1. adj. Que emprende con resolución acciones dificultosas o azarosas.

Lo que halla su correlato, en la siguiente cita:

La palabra emprendimiento proviene del francés entrepreneur (pionero), y se refiere a la capacidad de una persona para hacer un esfuerzo adicional por alcanzar una meta u objetivo, siendo utilizada también para referirse a la persona que iniciaba una nueva empresa o proyecto.....

[...] emprendimiento es aquella actitud y aptitud de la persona que le permite emprender nuevos retos, nuevos proyectos; es lo que le permite avanzar un paso más, ir más allá de donde ya ha llegado. Es lo que hace que una persona esté insatisfecha con lo que es y lo que ha logrado, y como consecuencia de ello, quiera alcanzar mayores logros⁹⁰.

Una conceptualización que hace justicia para con esas personas.

5.4.2. La segunda etapa

Constituido el (la) emigrante en el país de destino, debe encarar, lo que significa la etapa más dura del proceso, es decir, la relativa a su ubicación y adaptación al nuevo medio y básicamente la concreción de un contrato (verbal o de hecho) de trabajo. En algunos casos, esto significará que él debe iniciar la búsqueda a partir de ese momento, lo que puede demandar un buen tiempo y, en otros, que, con el

⁹⁰ Gerencie.com, disponible: <http://www.gerencie.com/emprendimiento.html>

apoyo de amistades o parientes (redes de migrantes), el tiempo de su incorporación a una fuente dada, se acortará considerablemente.

Vista financieramente, esta etapa, más o menos larga, demanda erogaciones sin ningún ingreso de por medio. Todo ello hasta recibir los primeros pagos. En ese trance, el (la) emigrante irá agotando sus reservas que, a todos los efectos, deben ser considerados como capital de trabajo o capital de operaciones, tal como se las entendería en el campo empresarial.

5.4.3. La etapa de remesas

De esta forma, el Ingreso del o (la) emigrante por el trabajo desempeñado, es en los hechos un ingreso bruto, del cual deben descontarse todos los costos explícitos⁹¹ incurridos en su consecución. Entre estos, los gastos por concepto de alquileres, de alimentación, transporte, vestimenta, etc. a lo que puede agregarse incluso ahorros o reservas efectuadas. Entonces, en concordancia con la lógica de un emprendimiento, lo que queda (saldo dispuesto para su envío), necesariamente debe ser interpretado como un resultado (parcial, en consideración de que se trata de un flujo)⁹², de dicho emprendimiento. Una cantidad de dinero, cuya calidad deriva de ser un Resultado.

Visto así, lo que, bajo el concepto de remesa, en sustancia se remite es el resultado monetario logrado a partir de un emprendimiento. Este contenido o calidad, hace parte de la naturaleza de la remesa.

Su concatenación con lo jurídico, procede a partir de reconocer que el acto de remisión de dicho Resultado a personas que son familiares del remitente, no hace sino verificar la relación familiar que preexiste al mismo (al acto) y de la cual, salvo excepciones, se derivan deberes (u obligaciones), de manera tal, que el envío de

⁹¹ En el próximo acápite se hace una descripción detallada de estos costos.

⁹² O, un producto, dicho en términos jurídicos

ese resultado se realiza en cumplimiento de un deber; un deber, impuesto por el vínculo que le dio origen. Sinergia ésta, que hace parte de la naturaleza jurídica⁹³ de la remesa.

5.4.4 Los costos explícitos y los costos implícitos o de oportunidad.

Varios son los tipos y desagregaciones de costos consignados por la economía: unos más visibles que otros. Dentro de estos, y a los efectos que nos ocupan, pueden distinguirse los denominados costos explícitos o costos contables y los costos implícitos. Involucrando los primeros, a todos aquellos que demandan erogaciones en efectivo (gastos) y/o, aquellos que implican reservas y depreciaciones. Por su parte, el concepto de costos implícitos (no tan evidentes como los anteriores), se utiliza para agrupar a aquellos que subyacen en las decisiones, esto bajo la denominación de costos de oportunidad de la opción en términos de la opción desdeñada. A diferencia de la contabilidad que no los considera, la economía los imputa como costos y los añade a los explícitos; un proceder con lo que se posibilita establecer la ventaja real lograda por encima de la opción alternativa, que generalmente se considera libre de riesgo.

Interpretado en su forma más simple, el costo de oportunidad es aquello que se “sacrifica”, aquello que uno está obligado a dejar de lado al tomar una decisión. Por ejemplo, bajo el supuesto de recursos limitados, al comprar un artículo que se necesita, se deja de comprar otro (u otros) que probablemente también es (son) necesario(s), de lo cual se establece que el costo de oportunidad del artículo elegido viene representado por el valor de aquello de los que se debe prescindir. Es de observar que la naturaleza del supuesto es determinante y que éste no siempre es del tipo económico, tal como lo sería en los casos que suponen

⁹³ Una naturaleza jurídica que para develarse completamente, requiere de la consideración de los efectos jurídicos, emergentes del acto de envío; tema abordado en el próximo capítulo.

limitación en tiempo, y donde una acción anula la posibilidad física de concretar otra, esto cuando ambos acontecimientos se realizan en el mismo momento.

Lo refrenda la siguiente cita que corresponde al jurista colombiano, Luis Fernando Eslava Arcila, cuando al referirse al costo de oportunidad, señala:

[...] cuando los individuos toman una decisión dejan de llevar otra a cabo, la cual no se eligió realizar; por esto el costo de oportunidad será el precio que hubiera podido obtenerse destinando los recursos necesarios al siguiente mejor uso posible, la posibilidad que no se eligió llevar a cabo. Para Mercado Pacheco, “el concepto de coste de oportunidad introduce en el ámbito jurídico el análisis costo-beneficio de las alternativas de elección que tiene ante sí el jurista, a la vez que asume que todas las alternativas son monetizables y cuantificables como supuesto de toda comparación”, dado que los recursos son escasos siempre que se destine recursos a producir un bien o servicio se renuncia a un conjunto alterno de los mismos. El precio, en tanto a expresión de los costos de oportunidad, se convierte en el elemento esencial de todo este tipo de análisis⁹⁴.

De esta cita se destaca la aseveración efectuada, en sentido de que todas las alternativas que implican costos de oportunidad son cuantificables en términos de dinero (monetizables).

Visto de otra manera, el costo de oportunidad, puede también considerarse como el valor de ese algo o aquello que, si se tuviera, no obligaría a realizar una decisión específica. Por ejemplo, si se contara sólo con una cierta cantidad de dinero para enfrentar una situación problemática, la cual sería más fácil de solucionar si se tuviera una cantidad mayor, hay que aceptar los inconvenientes en los que se incurre por carecer de esos medios. En consecuencia, el costo de oportunidad de no tener lo suficiente, implica la desventaja de tener que lidiar con la opción menos favorable.

⁹⁴ Op.cit. p. 208.

Costo de oportunidad es también una preferencia en tiempo, tal como sería el caso de una decisión de separar una parte de los ingresos para destinarla al ahorro y así poder consumir más en el futuro. En esta situación el costo de oportunidad del consumo futuro acrecentado es consumir menos ahora.

En el campo jurídico, muchas de las sanciones judiciales están basadas en la lógica de los Costos de Oportunidad. Entre ellas, las valoraciones que deben realizarse al momento de establecerse los daños y perjuicios a compensarse por la comisión de hechos ilícitos u otros, que afectan a personas naturales. De igual modo, el Costo de la Oportunidad Pérdida, bajo la figura de Lucro Cesante, es muchas veces parte de los argumentos de respaldo, presentados con la finalidad de obtener compensaciones por emprendimientos o actividades empresariales truncados por algún evento. Se recurre en estas situaciones a fórmulas financieras, como ser el Valor Actual de flujos futuros descontados, mediante las cuales se establece el monto a compensarse en un solo empoce.

En otros campos, como la Ecología, se propugna la existencia de costos de oportunidad emergentes de los daños que causan las acciones empresariales sobre el Medio Ambiente, denominadas externalidades, con lo cual justiprecian lo que resulta favorable y/o desfavorable de este tipo de acciones. En una escala menor, son los costos ambientales que se cuantifican, para establecer finalmente la denomina relación Beneficio-Costo de una acción empresarial. En otra escala, los costos de oportunidad hacen a las cuantificaciones efectuadas para los pagos por indemnizaciones por desastres ambientales, originados en actividades productivas (derrames de petróleo, contaminaciones, etc.). En una escala mayor, se tienen las Compensaciones de Carbono, aplicadas a partir del año 2005 en conformidad con el Protocolo de Kyoto, suscrito⁹⁵ y ratificado por la mayoría de

⁹⁵ Protocolo de Kyoto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el cambio Climático. 1998.

los estados del mundo⁹⁶, mediante las cuales los países emisores de gases invernadero compran los denominados Créditos de Carbono a los países que no emiten dichos gases, los mismos que son usados para financiar proyectos de desarrollo compatible con el Medio Ambiente. Como se evidencia, la temática de costos de oportunidad es amplia y variada y ha ido abarcando en muchos terrenos, por supuesto, al jurídico, también.

5.4.5. El costo de oportunidad de la remesa como costo implícito

A la luz de consideraciones precedentes, resulta absolutamente legítimo incorporar la aplicación de los costos de oportunidad, dentro de la estructura de costos de los emprendimientos familiares que involucran la salida de nacionales al exterior para trabajar. Costos de oportunidad que tienen que ver con la ruptura de la unidad familiar y hogareña que la familia se auto-impone⁹⁷, al decidir la migración internacional de uno o más de sus miembros. Así visto, el núcleo familiar fraccionado constituye el costo de oportunidad que hay que pagar por la obtención de remesas.

El núcleo familiar más típico que se puede imaginar es aquel que está constituido por los padres (en calidad de esposos), y los hijos, todos viviendo bajo el mismo techo. Cualquier ausencia más o menos prolongada, ya sea del padre o de la madre, produce la fractura del núcleo familiar. Desde el punto de vista jurídico, la desarticulación del hogar, con cualquier motivo, constituye una violación a lo prescrito por el Código de Familia, que en su Artículo 97 (deberes comunes), establece:

Los esposos se deben fidelidad, asistencia y auxilios mutuos. Están obligados a convivir en el domicilio conyugal elegido por ambos.⁹⁸

⁹⁶ Se excluye a Estados Unidos que lo suscribió pero cuyo Congreso no lo ratificó y Canadá que lo abandonó en 2011 por no pagar multas por concepto de incumplimiento.

⁹⁷ En rigor los hijos no pueden ser considerados en esta decisión, que es propia de los mayores.

⁹⁸ Libro Primero. Del Matrimonio. Título III De los Efectos del Matrimonio.

Tratándose de una decisión compartida por ambos esposos en interés familiar, la separación por este motivo puede ser consentida por decisión de un Juez. Sin embargo no se conocen casos en los que los esposos hayan acudido al juez para solicitar una decisión de este tipo.

El único atenuante jurídico que podría ser esgrimido por un esposo, acusado de ruptura de la unión familiar por dicho motivo, sería el de interpelar al Estado por incumplimiento de su compromiso constitucional, que estipula garantizar condiciones sociales y económicas para el desarrollo de las familias, según lo refiere el Artículo 62, de la Constitución Política del Estado, que promete:

El Estado reconoce y protege a las familias como el núcleo fundamental de la sociedad, y garantizará las condiciones sociales y económicas necesarias para su desarrollo integral. Todos sus integrantes tienen igualdad de derechos, obligaciones y oportunidades⁹⁹.

Justificativo que tendría pocas probabilidades de éxito, en razón a lo subjetivo que resulta una apreciación de lo que en el fondo constituyen dichas garantías. En todo caso, una apreciación de no existencia de condiciones para la generación de los recursos necesarios para la mantención de una familia, sería considerada como una apreciación subjetiva, no demostrable.

Un segundo atenuante que podría ser presentado, es el de tratar de hacer valer una prevalencia de deberes, bajo el argumento que el deber de sostenimiento familiar va a la cabeza de cualquier otro deber, como lo es el de tener que vivir bajo el mismo techo.

⁹⁹ Constitución Política del Estado Plurinacional, op.cit. Sección VI. Derecho de las familias. Capítulo II De los deberes y Derechos de los esposos.

En los hechos la separación conyugal con objeto de obtener ingresos desde una fuente exterior, especialmente si es consentida por el esposo(a) que queda, no requiere de mayores justificaciones. Lo que sí es evidente e imposible de ocultar, es que dicha decisión conlleva necesariamente una fractura del núcleo familiar.

Bajo la lógica de costos, es totalmente razonable afirmar que la ruptura de la unión familiar en que se incurre, es igual al costo de oportunidad de la remesa. Esto, en consideración a que la familia, o más propiamente los padres, han debido efectuar un balance entre los que significarán los beneficios y los costos de su decisión. Se presupone de este modo, que la familia ha utilizado la relación Beneficio/Costo; con unos beneficios cuantificables monetariamente (mensurables), y con algunos de los costos (los explícitos) también cuantificables, a los que necesariamente deben sumarse los costos implícitos (el costo de oportunidad de la remesa) que conllevan la fractura del hogar; con un valor aparentemente no cuantificable.

Por tratarse de acuerdos estrictamente privados de las familias, no cabe ninguna posibilidad de emitir juicios de valor respecto de las referidas decisiones. En general, cada persona y cada familia, puesta en la situación, juzga por si misma los pros y los contras de sus decisiones. El jurista norteamericano, Oliver Holmes advirtió esto, hace ya muchos años, cuando afirmó que:

Sabemos que para obtener una cosa debemos renunciar a otras, y se nos enseña a comparar la ventaja que ganamos con la ventaja que perdemos, y a saber lo que estamos haciendo cuando elegimos¹⁰⁰.

5.4.6. La equivalencia entre la remesa y la Unidad Familiar

En el inciso anterior, se decía que la fractura del hogar indicaba un valor aparentemente no cuantificable. La conceptualización de “aparentemente” que fue

¹⁰⁰ “The path of the law”. Oliver Holmes Wendel. Harvard Law Review, vol,10, citado por Eslava en “Aproximación Metodológica al Análisis Económico del Derecho”, 2003.

incluida intencionalmente, puede ser rebatida, pues en una primera instancia, es imposible argumentar que la unión familiar entorno a un hogar, puede valorizarse monetariamente de algún modo. Ella es, en principio, un algo inconmensurable. Pero esto debe ser analizado desde el punto de vista de la propia familia y con el apoyo del instrumental brindado por el concepto del costo de oportunidad.

Desde su propia perspectiva, las familias razonan, en sentido de que si ellas (las familias) pudieran obtener el flujo esperado de remesas de una otra manera, renunciarían a (tener que) desintegrar el hogar. La lógica subyacente en este razonamiento, hace evidente que, desde la óptica de la familia, el costo de oportunidad de la remesa (la unidad familiar) es igual a la propia remesa. Y dado que ésta última (la remesa), es mensurable, el valor de la unidad familiar se define en ella.

Para comprender esto, se recurre acá a un recurso didáctico, que supone la tenencia por parte de una persona de un Jarrón chino valuado en (con precio de): \$50, y que se sabe (por tratarse de un material transparente), contiene dentro de sí una moneda de \$50, la cual es imposible de sacar por ser demasiado estrecho el cuello del referido recipiente. El primer impulso lleva a pensar que la persona es propietaria de \$100. Sin embargo, un análisis más detallado demostrará que se incurre en un error. Veamos: si por algún motivo esta persona necesita \$50, tiene solamente dos opciones: romper el Jarrón y extraer los \$50, o vender dicho recipiente en \$50 con la moneda adentro. Ella está entonces frente a dos opciones mutuamente excluyentes, con lo que en realidad esta persona nunca tuvo una propiedad de \$100; ya que lo que siempre tuvo y tiene son sólo \$50¹⁰¹. Asumamos ahora el mismo planteamiento, pero con la variante de que el sujeto en cuestión desconoce cuánto podría valer dicho Jarrón y que de todos modos quiere tener acceso a la moneda (cuyo valor se conoce anticipadamente). Motivo por el

¹⁰¹ Esto anula la posibilidad de que alguien ofreciera más que \$ 50 por el jarrón, a no ser que estuviera dispuesto a incurrir en un error lógico.

cual, procede a quebrar el jarrón ¿Cuánto pasó a valer ese contenedor para la persona que lo rompió? La respuesta, un tanto obvia, nos dice que \$50.

Ahora bien, supóngase que por analogía, en lugar de hablar de un individuo se haga referencia a una familia, y que la moneda sea igual a la remesa y que también por analogía el Jarrón represente la unidad familiar de esa familia. Ella (la familia) sabe que no es posible tener las dos cosas a la vez. Asíumase además que en principio ella no había valorado su unidad familiar (que sería como suponer que se desconocía el valor del Jarrón). Sobre ese planteamiento, definamos que la familia persiste en tener la remesa, para lo cual se ve obligada a destruir su unidad familiar. ¿Cuánto valía entonces dicha unidad para ella? Necesariamente, el mismo valor de la remesa.

Se constata de este modo, que desde la perspectiva de las familias que optan por tener acceso a una remesa, su unión familiar no es inconmensurable. Y con ello, se verifica la aseveración, del señor Mercado Pacheco, citado por Eslava, en sentido de que "... todas las alternativas son monetizables y cuantificables como supuesto de toda comparación¹⁰²...".

De esta manera, el análisis efectuado precedentemente permite aseverar que: el valor de la Unidad Familiar para la familia en cuestión, es decir, el costo de oportunidad de dicha remesa, es exactamente igual al valor de la remesa (o mejor: al valor del flujo de remesas) a percibir.

Para concluir con este tema, cabe finalmente considerar la posibilidad de que la familia, se hubiera fracturado con anterioridad a la migración de uno de sus miembros, lo que puede darse por distintas causas: divorcio de los padres, muerte de los progenitores, abandono de menores, etc.

¹⁰² Ver Capítulo V, Inciso 5.4.4.

En la situación particular que concierne a la figura del divorcio, es necesario comprender que la Unidad Familiar supone, no solo, la convivencia de los miembros, bajo un mismo techo. Ella implica además, el afecto entre ellos, la protección, la disciplina impartida a los menores, la corresponsabilidad económica y moral de los progenitores, en fin la relación constante que mantienen vivos los vínculos familiares.

Aceptando entonces que Unidad Familiar no solo significa una convivencia en común, es posible entender que si bien existe la posibilidad de un divorcio que separe a sus miembros, esta separación no tiene porque ser total, ya que el padre o los padres divorciados pueden mantenerse muy presentes en la vida cotidiana de sus hijos o nietos, cumpliendo en alguna medida o en gran medida con sus responsabilidades. Ante esa posibilidad, el costo de oportunidad que tiene la remesa, en casos en los cuales el punto de partida no venga dado por una Unidad Familiar intacta, es o los son, los otros beneficios que conlleva contar con una familia presente. Bajo ese criterio, habrá que también abarcar la posibilidad de que a raíz de un divorcio¹⁰³, una muerte o un abandono, la unión familiar se hubiera quebrado de una manera mucho más profunda; lo que no excluye que el resto de los miembros del grupo familiar, tarde o temprano, hubieran creado un nuevo vínculo, es decir, una nueva y restituida Unión Familiar.

Por lo expuesto, el postulado, en sentido de que para algunas familias la remesa es equivalente a su Unión Familiar, no presupone necesariamente la existencia de una Unión Familiar inicial intacta.

¹⁰³ Una situación que conlleva generalmente, para una de las partes, la obligatoriedad de cumplir con una asignación familiar; deber que, de ser el caso, la Remesa enviada desde el exterior, se encarga de saldar.

5.5. Resultados monetarios Non Lucrum

La intención de este trabajo es establecer finalmente ¿qué es en esencia lo que se está remesando?, y de cuya respuesta debiera surgir algo que se proteja a sí mismo de malinterpretaciones que puedan viciar su contenido.

Una de las interpretaciones más difundidas, es que los dineros remitidos en calidad de remesas, serían una parte de los ingresos percibidos por el emigrante en el exterior. Eso puede ser cierto cuando el titular de la familia vive con y dentro de ella. Lo explicamos de este modo: Una perspectiva es traer a casa el dinero proveniente del ingreso cuando su generador es parte de una familia que radica a en el mismo lugar. En esa situación, que es la más habitual, lo que se trae al hogar es efectivamente una parte del ingreso (descontados impuestos y otros). En tal caso, el titular es un Generador de Ingresos ya que los costos explícitos (vivienda, vestimenta, desplazamiento, etc.) son absorbidos por la familia como un todo. Otro escenario, muy diferente, es lo que se remite a la familia desde el exterior. Lo que se envía en esos casos es un neto, un resultado neto, que surge después de descontar un conjunto de costos explícitos. En estas situaciones, los costos explícitos son erogaciones no absorbidas directamente por la familia, se incurre en ellos para generar remesas. Significando esto que, el titular es un Generador de Remesas.

Otra de estas malinterpretaciones es aquella que, involuntariamente la gente difunde, en sentido que entender que la remesa es una ganancia, tal como se muestra escuetamente en la siguiente cita:

Las Remesas, o la parte de las ganancias que los emigrantes internacionales envían a sus familiares en sus países de origen, ha sido

durante varias generaciones una gran ayuda para los familiares que permanecen en los países de origen.¹⁰⁴

Esta (mal) interpretación puede ser atribuida a la forma en que se tratan a los ingresos que se perciben por concepto de una prestación de servicios, cuando se dice por ejemplo “cuánto gana esa persona por el trabajo que presta en esa empresa? Dentro del mismo país la distinción entre ingreso percibido y ganancia puede no ser muy importante, pero sí lo es, cuando de remesas se trata. Esto, en razón - entre otros - a las cargas impositivas que, con distintos motivos, buscan ser aplicados a las remesas de emigrantes.

Con estas precisiones, se retoma la secuencia del punto 5.4.3, denominada la Etapa de las Remesas, donde se afirmaba que: lo que, bajo el concepto de remesa, en sustancia se remite, es el resultado monetario logrado a partir de un emprendimiento.

Hecha esta precisión, caben acá dos posibilidades, que dicho resultado pueda ser considerado como un producto lucrativo o como un producto no lucrativo.

Una posición de no lucro se respalda en el hecho de que el (la) emigrante que sale del país con el propósito de remitir remesas, es un emigrante ex profeso, el mismo que carece de capital, que sería lo único que, al revalorizarse, podría dar origen a un lucro lícito. Es decir, el (la) emigrante no puede tener *animus lucrandi*, porque escasea de la materia que se necesita para un logro de esta naturaleza. Sin embargo también cabe la posibilidad de que después de una permanencia larga en el extranjero, el emigrante hubiera configurado un capital que, tratado como tal diera réditos, parte de los cuales se remiten en calidad de remesas. Con

¹⁰⁴ ¿Me ayudan con mi tarea?...Remesas? Mejor respuesta elegida por los votantes. <http://espanol.answers.yahoo.com/question/index?qid=20090115193130AA8PJUw>

lo que la remesa estaría conteniendo lucro y efectivamente se estaría hablando de ganancia remesada.

La solución a este dilema viene dada por seguir la línea del razonamiento que había definido que el (la) emigrante, por el trabajo desempeñado percibe un ingreso, del cual es menester descontar los costos explícitos incurridos en su consecución (alquileres, de alimentación, transporte, vestimenta, etc.); para obtener así un saldo, en calidad de resultado, que queda dispuesto para su envío en calidad de remesa. Si a continuación, de ese saldo/remesa, se descuenta el costo implícito, es decir el costo de oportunidad de la remesa, que como se pudo verificar es igual a la propia remesa, se encuentra que finalmente dicho el saldo es cero. Razonamiento que arroja la siguiente conclusión: la remesa es un Resultado que no puede contener ganancia alguna.

De esta manera, el costo de oportunidad (la unidad familiar) en su equivalencia exacta con la remesa, actúa como un factor que anula el factor contra el cual se contrarresta, con lo que se hace imposible encontrar vestigios de ganancia en la remesa enviada.

A manera de resumen de todo lo considerado hasta el momento, se puede afirmar que se cuenta ya con una parte importante de los materiales requeridos para la construcción de la definición jurídica de las remesas, lo que significa el haber descubierto que las remesas son en esencia: Resultados monetarios non lucrum, obtenidos fuera del país; y que su remisión a familiares vinculados, se efectúa, mayormente en cumplimiento de deberes, sin descartar que ella pueda estar motivada en una simple liberalidad.

CAPITULO VI

LA REMESA EN SU DIMENSION DE “ENVIO - RECEPCION”

6.1. El envío como parte indisoluble de la Remesa

La Remesa Familiar de Emigrante pasa en este capítulo a ser objeto de estudio a partir del segundo atributo que en este trabajo se le ha conferido, cual es, el de su dimensión de Envío - Recepción.

En esa línea, es preciso volver a ratificar que: la remesa, entendida como una cantidad de dinero dispuesta para un fin específico, sólo se verifica como tal, a condición de que sea enviada. En efecto, una remesa sin su correspondiente remisión simplemente no es remesa. En esto guarda similitud con la carta, pues carta escrita pero no enviada, tampoco puede considerarse como una carta.

Resulta además lógico que este envío, al involucrar entidades especializadas y soberanías políticas diferentes, reviste peculiaridades no observables a primera vista, por lo que hay necesidad de efectuar un análisis profundo sobre el tema. Esto, para poder situarlo adecuadamente dentro del marco jurídico que le es específico.

6.2 La remesa: ¿Giro u Orden de Pago?

Los envíos formales de remesas de un punto geográfico a otro se materializan siempre con la intervención de entidades financieras, unas más especializadas que otras. En tal sentido, la persona que pretenda remitir una remesa tiene ante sí una gran oferta de entidades dispuestas a realizar la transacción requerida. En primera línea se sitúan las empresas especializadas en remesas de amplia cobertura, como son por ejemplo: Western Union, Money Gram, More, etc. Detrás de ellas y

disputándose el mercado, se encuentran los bancos tradicionales que, como parte de su oferta de servicios, se ofrecen también a realizar tales transferencias. Un poco más atrás se encuentran las casas de cambio, habilitadas en muchos países para desempeñarse en estos servicios. Y en el entorno de todas ellas, se observan a muchas otras remesadoras con una participación menor.

Una revisión de los portales de las empresas especializadas, evidencia que en la mayoría de los casos, el servicio de transferencias de dinero que ofrecen, es publicitado bajo el rótulo de giros Internacionales de dinero¹⁰⁵ y en otras como remesas familiares, simplemente.

Por su parte, la revisión efectuada a los bancos muestra que ellos ofrecen giros internacionales de dinero para el caso de usuarios, es decir, personas que no son clientes ya que no tienen una cuenta corriente, y ofrecen órdenes de pago para aquellas que si lo son y cuyos receptores en destino también disponen de cuenta corriente. En algunas ocasiones, ambos términos, (Giros y Órdenes de Pago) son tratados sin mayor distinción. A eso se agregan nuevas formas, entre ellas el Giro móvil¹⁰⁶, cuyo único requisito es que la persona que envíe tenga cuenta bancaria.

De lo anterior puede colegirse que, si bien el termino Giro prevalece en el ámbito financiero al momento para nombrar a las remesas, sin embargo el de órdenes de pago también es usado para ese fin. Lo que lleva a pensar que estamos frente a dos modalidades que cumplen el mismo objetivo; es decir, el de transferir recursos de una plaza a otra. En todo caso, la idea que subsiste en la mente de cualquier persona que efectúa estas transacciones es que remesa es sinónimo de giro.

Tomando esto como marco de referencia, y en consonancia con el interés de esta investigación, en sentido de sustentar jurídicamente los actos de remesado,

¹⁰⁵ Algunas entidades utilizan el término de Transferencias Internacionales de Dinero; un ejemplo en nuestro medio: el Banco Bisa S.A.

¹⁰⁶ Servicio prestado por el Banco BISA S.A.

corresponde preguntarse ¿cuál de las figuras - Giro u Orden de Pago -, condice con las remesas?.

Interrogante que sólo puede ser respondida adecuadamente a partir de exteriorizar la naturaleza jurídica que atañe respectivamente a las figuras del giro y de orden de pago, una tarea que se encara en el subsiguiente inciso.

En lo que sigue, y por lo ineludible que resulta, se pasa a conocer e interpretar el denominado Contrato de cambio Trayecticio, considerado como la primera forma jurídica que dio cobertura a las necesidades de transferencia internacional de dinero.

6.3. El Contrato de cambio Trayecticio

Las transferencias internacionales de dinero se remontan al llamado Contrato de cambio Trayecticio, que tiene sus orígenes a finales del siglo X.

Para comprender y esbozar criterios sobre las implicaciones de esta modalidad de contrato, recurrimos a José Alpiniano Gracia-Muñoz ¹⁰⁷, que describe adecuadamente la significancia de este tipo de contrato. Tenemos así que:

.....El contrato de cambio trayecticio se originó en la necesidad de salvaguardar el escaso dinero que poseían los mercaderes para negociar en las ferias. Cuando los comerciantes debían concurrir a una feria, y ante el peligro de ser asaltados en los caminos prefirieron entregar la custodia de su oro a otro comerciante experimentado, que además contaba con especiales seguridades y ciertos vínculos externos que le facilitaban la restitución del oro entregado en custodia. Generalmente este era un empresario judío.

Queda claro, que fueron las transacciones relacionadas con la entrega de dinero a una persona, bajo el compromiso de recibir (en calidad de devolución) la misma

107 José Alpiniano García - Muñoz, *Títulos – Valores. Régimen Global*. Editorial Temis S.A, Bogotá, 2008. pp.24-26.

suma pero en una plaza distinta y a través de otra persona, las que dieron origen a este tipo de contrato. En todo caso, este no fue el único motivo, tal como lo señala García - Muñoz:

En otras oportunidades la operación se originaba en un crédito otorgado a un mercader carente de capital: dicho mercader pedía al empresario judío el préstamo de cierta cantidad de dinero, con miras a financiar sus compras en la feria.

Cabía entonces también la posibilidad, de que la operación se iniciara a partir de un crédito conferido a una persona, sin hacerle entrega física del dinero pero con el compromiso de entregárselo (desembolsarlo), a través de un colega, en una plaza señalada. Continuamos con este autor, para conocer sobre el tipo de instrumentos utilizados en estas operaciones:

[...] En uno y otro caso el empresario judío le entregaba al mercader un documento en el que dejaba constancia de la operación realizada. Tal documento podía ser redactado de dos diversas maneras, así: la primera consistía en un documento contentivo de una carta (*litterae*, en latín; *letter*, en inglés) que el comerciante experimentado dirigía a un colega suyo, con asiento en la ciudad sede de la respectiva feria. En la carta, el comerciante experimentado pedía a su colega que le entregara al mercader identificado en el texto la respectiva suma de dinero que había recibido para custodiar o que había prometido facilitar para financiar las compras.

Es también concebible que este mecanismo se utilizara en situaciones en las cuales los mercaderes que, habiéndose desplazado a los lugares de feria para ofrecer mercaderías, temían volver a sus ciudades portando personalmente el dinero producto de sus ventas.

En cualquiera de las situaciones expuestas, las operaciones de este tipo implicaban a tres personas: aquella que efectuaba el depósito (o era beneficiario

de un crédito), la que lo custodiaba (u otorgaba el crédito) y la que hacia la entrega en plaza distinta. Pero, y según lo refiere García-Muñoz, había también un tipo de documentos que involucraban inicialmente sólo a dos personas:

Por la otra alternativa, el comerciante le entregaba al mercader un documento en el que simplemente se comprometía a restituirle las sumas de dinero recibidas para custodia, o a entregarle en el futuro, o en la ciudad sede de la feria, las sumas de dinero que requería dicho mercader para financiar sus compras.

Documentos que, dada la reputación de su emisor, empezaron a ser aceptados en calidad de pago, con lo que los mercaderes provenientes de otros sitios podían:

[...] extinguir la obligación de pagar el precio de las compras que hiciera, sustituyendo esta obligación de pagar el precio por la que tenía (el) contra el empresario judío. En las feria se volvió habitual que los mercaderes optaran por esta segunda alternativa.

Aparece así la figura de traslado de la acreencia (de una persona a otra y de ésta a otra y probablemente a otras más), que modernamente conocemos como endoso, en virtud de la cual el contrato de cambio trayecticio ya era entendido como una promesa de pago, que podía ser recepcionada de buena fe, en la seguridad de que finalmente su emisor honraría la cantidad señalada en dicho documento a quien se la presentase. Visto en perspectiva, el Contrato de Cambio Trayecticio, no es sino el equivalente de lo que hoy se conoce como Letra de Cambio ¹⁰⁸, ya que el mismo abarcaba a dos plazas diferentes, y podía involucrar a dos, tres o más personas, tal como sucede con la referida Letra, a la cual ésta le debe su nombre.

¹⁰⁸ Con carácter restringido y con un alcance regional y no nacional como es ahora, dado que en ese entonces las fronteras no estaban demarcadas nacionalmente (Nota de la autora).

La transcripción con algún detalle sobre esta referencia histórica hecha por el referido autor ha sido deliberada, en la medida en que es importante comprender el espíritu comercial que dio origen a estas transacciones, el mismo que no ha variado sustancialmente. Sin embargo, y a la par de las situaciones expuestas, encontramos que hoy, los traslados de dinero obedecen a una gama mayor de necesidades que las existentes el aquel tiempo; necesidades que no siempre están conectadas con actividades comerciales, como lo son por ejemplo: la de remitir recursos para el estudio y la mantención de hijos en el exterior, la de enviar remesas a familiares, la de movilizar capitales con fines especulativos, etc. que no se corresponden con cobros y pagos emergentes del comercio internacional.

6.4. La naturaleza jurídica del giro y de la orden de pago

Descubrir la naturaleza jurídica de las figuras del Giro y de las Órdenes de Pago es una tarea compleja ya que no se cuenta con referencias accesibles y son muy pocos los escritos que abordan este tema. El presente trabajo utiliza el estudio del prestigioso jurista argentino Héctor Cámara, titulado “La Transferencia bancaria internacional”¹⁰⁹. Un documento que, no obstante datar de los años 70, aborda directamente la cuestión y, lo que es más importante aún, procede a su argumentación. Motivos por los cuales, tomamos este trabajo como base y eje de nuestro análisis (referido al acto del remesado¹¹⁰), aunque con las precisiones y observaciones, que anotamos.

Tenemos así que, según Cámara:

La “transferencia internacional” consiste en la obligación asumida por un banco frente a su cliente para colocar en otro ubicado en plaza extranjera una disponibilidad de fondos en la moneda convenida a disposición del

¹⁰⁹ Héctor Cámara “La Transferencia Bancaria Internacional”, s.f.

Disponible:http://www.iadb.org/intal/intalcdi/Derecho_Integracion/documentos/005-Estudios_03.pdf

¹¹⁰ El termino remesas no es utilizado por H. Cámara, obviamente en razón a que en ese entonces ellas carecían de la importancia que hoy tienen.

propio cliente o de la persona por él indicada; como alguien ha dicho, en ella late un contrato de cambio trayecticio.

Esta colocación de fondos en manos del cliente puede[n] atenderla[s] las entidades financieras de dos maneras distintas en sus formas pero similares en sus objetivos a saber: a) la “transferencia propiamente dicha, también denominada “orden de pago”; b) “el giro bancario internacional”.

Queda claro que la finalidad (objetivo) de esa operación es la transferencia de dineros de una plaza a otra para satisfacer a una persona o agente; objetivo susceptible de ser cumplido de dos maneras distintas, la transferencia (orden de pago) y el Giro internacional de dinero, cuya diferencia radica en los instrumentos involucrados en cada una de ellas¹¹¹.

En ese entender, se observa de inmediato que el rótulo de transferencias (y no el de giro¹¹²) señalada por H. Cámara como una de las operatorias, condice con lo que genéricamente el Fondo Monetario Internacional (FMI), en su Manual de Balanza de Pagos¹¹³, define por Remesa de Trabajadores; según lo ya referido precedentemente en el Capítulo II, y que a la letra señalaba:

Las remesas de trabajadores son “transferencias hechas por emigrantes que están empleados por entidades de economías en que los trabajadores son considerados residentes”

Y que “las transferencias hechas por emigrantes que trabajan por cuenta propia no se consideran como remesas de trabajadores sino como transferencias corrientes”

¹¹¹ Tal como lo indica H. Cámara en el Punto en el Inciso 6.4.2.

¹¹² Un algo que se entiende porque es relativo a la Balanza de Pagos pero que podría ser interpretado como un primer síntoma que aleja a las remesas de una connotación de giro.

¹¹³ Op.cit.

Lo que con esta cita se intenta resaltar, es que, a los efectos de la balanza de pagos, las remesas son consideradas por el FMI como “transferencias”¹¹⁴. Sin embargo esta institución no entra en detalles, respecto de la figura jurídico-financiera y/o el mecanismo involucrado en dichas transferencias.

Efectuada esa precisión, de la mano de H. Cámara transitaremos entonces por las dos operatorias que hacen a las transferencias internacionales de dinero.

6.4.1. La Transferencia u orden de pago

La transferencia propiamente dicha u “orden de pago”

La “orden de pago” –o simplemente “transferencia”- es aquella operación mediante la cual el banco emitente – llamado “vendedor de la orden”- tiene que procurar y responder para poner a la inmediata disposición del “tomador” – llamado comprador – dentro de determinado territorio monetario extranjero, en una plaza determinada por los usos o por el propio “tomador”, y en un banco igualmente indicado la cantidad de dinero estipulada, regularmente en moneda de este territorio extranjero.

Y sobre la mecánica de la operación, H. Cámara señala:

La técnica de la transferencia es simple, estriba en que la persona encarga al banco colocar a su nombre, o al de un tercero en el exterior, cierta suma de dinero; éste (el banco) libra por la vía señalada, cablegráfica o postal, la orden –de allí su nombre: “orden de pago”- al corresponsal o sucursal para que satisfaga por su cuenta el mandato recibido.

Las partes intervinientes en su formalización son tres, como mínimo: el banco receptor, el cliente que lo encomienda y el banco que cumplirá esa orden. A este trío puede agregarse una cuarta persona; aquella en cuyo beneficio ha sido tomada la orden de pago por el comprador.

A este nivel, debe tomarse nota de que el librador de la Orden de Pago es el banco receptor.

¹¹⁴ Posición asumida también por la autoridad del Sistema Financiero (ASFI) y el Banco Central de Bolivia.

Corresponde observar que dentro la conceptualización efectuada hasta este punto, no se menciona que el comprador deba contar necesariamente con una cuenta corriente en el banco.¹¹⁵ Elemento que hoy en día es exigido por los bancos. Hay sin embargo cierta ambigüedad en la referencia ya que dentro de la operatoria de orden de pago se menciona la figura de compra y la de cliente. Buscando determinar cuál es o cuáles son el o los documentos que oficializan esta transacción, se recurre nuevamente a lo desarrollado por H. Cámara a este respecto:

La operación se instrumenta mediante la comunicación dirigida por el banco dador a la orden de su cliente, dándole la noticia que, de acuerdo con sus instrucciones, ha ordenado al banco indicado efectuar el pago estipulado; a su vez, simultáneamente remite al último otra nota instruyéndole hacer el pago. En consecuencia el “tomador” o “comprador” sólo cuenta como documento justificativo de su derecho con aquella simple comunicación enviada por el banco dador de la orden. No constituye título de crédito o circulatorio que pueda transmitirlo a tercero, ni siquiera el propio beneficiario, en caso de otorgarse la orden a nombre de una persona distinta del tomador.

El tomador carece, entonces, de documento alguno frente al banco receptor de la orden, y el que tiene tampoco puede transferirlo con alcances vinculatorios al tercero beneficiario.

Queda señalado, que en esta modalidad no hay un título-valor crediticio como lo sería un cheque que, aunque emitido a la orden y por lo tanto no endosable, permitiría evidenciar que se es poseedor de un título. Esto, en razón a que lo que recibe el comprador, es solo una constancia de la orden emitida por el banco.

Y respecto de quién asume los riesgos:

¹¹⁵ Aspecto que es tratado por H. Cámara en el Inciso 6.4.2.

[...] los riesgos de esta expedición recaen en el banco dador; el tomador escapa a las consecuencias de extravío, retraso, mutilación que eventualmente pueda sufrir el instrumento de la orden de pago.

Lo cual no es sino, una consecuencia de la inexistencia de un Título-Valor.
A continuación, el jurista referido, señala:

La mecánica operativa descrita nos sirve para fijar la naturaleza jurídica de esta operación

[...] en la práctica, normalmente, el tomador es acreedor del banco dador de la orden por el importe consignado en la misma. El origen de su derecho no interesa a los fines propuestos –provenza de fondos provistos por el tomador en ese mismo acto o con anterioridad -, pues siempre tiene una acreencia contra el banco. Éste asume esa deuda con obligación de restituirla en el extranjero; es decir, el tomador adquiere una disponibilidad de dinero en ese país. El banco y el tomador se vinculan por una relación creditoria con modalidad de cumplimiento propia y expresamente convenida; el banco ejecuta su propia prestación personal de reintegrar procurando y respondiendo por qué su corresponsal o sucursal en el exterior permita el libre uso de esa disponibilidad.

En la actualidad, los bancos emiten órdenes de pago a favor de agentes que tienen una cuenta corriente y que al momento de solicitada la operación cuentan con el saldo correspondiente. Y dado que, a todos los fines, el banco siempre es considerado como deudor por los recursos en él depositados, la terminología de Orden de pago (emitida por el Banco a una sucursal o corresponsalía) halla sentido ya que el banco está pagando (aunque en diferente plaza) una deuda contraída.

En conclusión, la naturaleza jurídica de esta operación bancaria se halla en la relación creditoria consistente en una disponibilidad de dinero en el extranjero.

Estos últimos párrafos son explícitos en sentido de puntualizar que la naturaleza jurídica de la “orden de pago”, es la de una relación crediticia.

Finalmente, el jurista Héctor Cámara, nos aclara que:

[...] también dejamos de lado las vinculaciones jurídicas entre banco dador y el receptor, porque cuando éste paga o cumple la orden de pago no lo hace en calidad de obligado sino por otro negocio jurídico independiente o distinto, como la corresponsalía -celebrado con anterioridad con el dador-, o de subordinación jurídica, si se trata de una sucursal.

Esto último habrá de marcar diferencia entre la operatoria de Órdenes de Pago y la de Giro Bancario Internacional, que se analiza en el siguiente inciso, y en la cual la entidad corresponsal o sucursal es la girada u obligada.

6.4.2. El Giro Bancario Internacional

En la línea de exposición que tomamos como base, damos paso a lo expuesto por H. Cámara en lo referido al Giro Bancario Internacional y se tiene:

La otra manera de efectivizar la finalidad económica de la “transferencia”, como dijimos, es el “giro bancario internacional”.

Esta operación, de contenido económico similar a la anterior, se diferencia por la instrumentación. El banco que recibe el pedido de un residente de colocar a su disposición –o a la de un tercero- fondos en moneda extranjera, en otra plaza sometida a distinta soberanía política, emite una obligación a la vista, pagadera por su corresponsal o sucursal ubicada en ésta, que entrega al tomador para la remisión al tercero endosatario o a aquél mismo, como primer beneficiario de esa obligación, y la presente al banco pagador.

Cabe acotar en este punto, que el giro en su forma original consistía en comprarle al banco un cheque¹¹⁶ girado por él contra sí mismo o contra otro banco (su sucursal), el cual era entregado (en calidad de título-valor) a la persona para su remisión (por su cuenta y riesgo) al beneficiario. De ahí que, la palabra Giro deviene de girar un cheque; es decir, de la emisión de un documento realizada por un emisor (girador) contra un girado. Constituyendo esto una esencia que debería tenerse siempre presente.

Y respecto de quién asume el riesgo, tenemos

De tal manera, el riesgo del envío corre por cuenta del tomador si el instrumento no llega a tiempo para cancelar la obligación pretendida, se extravía o mutila en la ruta, pero con la ventaja, en relación a la anterior, que el portador cuenta con un título justificativo de su derecho negociable o transferible como medio de pago, facultado para ejercer sus derechos contra el banco emitente.

Este título constituye una orden incondicional otorgada por el banco de la plaza a otro del exterior para pagar a determinada persona, o a su orden, la cantidad de dinero expresada en una especie de moneda.

Las enunciaciones de ese título, a nuestro juicio, caracterizan su naturaleza jurídica; si reúnen todas aquellas que la ley del lugar de creación declara esenciales para la "letra de cambio" el documento emitido tendrá la naturaleza y efectos de ésta.

En una primera instancia, se podría adaptar la remesa (desde su dimensión de envío) a los alcances de una Letra de Cambio; esto porque ella involucra distintas plazas y actores aparentemente similares (emite, beneficiario, girado, etc.). Sin embargo, tres aspectos justifican la distancia que se toma de este instrumento al momento de considerar el tema de las remesas: el primero, dado por el carácter de internacional o transnacional implícito en el tipo de remesa que se analiza, el mismo que implica la existencia de dos soberanías políticas diferentes, lo que de

¹¹⁶ En esencia, el cheque es también una orden de pago a la vista. Pero esto no debe llevar a confusión, porque lo que prevalece acá, es que dicho instrumento es objeto de compra - venta y que éste no se emite en cumplimiento de ninguna obligación previa.

hecho excede los límites de una letra de cambio, segundo, los plazos que son esencia de la letra cuando ésta se usa para honrar obligaciones o para garantizar el pago de adeudos. Y, finalmente, el hecho de que la Letra de Cambio puede ser emitida por cualquier persona, en tanto que el envío de remesas requiere, cuando es formal, de una entidad especializada.

Retomando lo enunciado en el párrafo precedente, se tiene que: la obligación a la vista (cheque), es emitida por el banco con el propósito de ser vendida en calidad de título-valor.

Ahora bien, es evidente que en una operación de giro realizada hoy en día, el tomador no tiene necesidad de remitir el título al beneficiario y que esto procede mediante un simple aviso o comunicación al beneficiario, efectuado en destino por el banco receptor. Sin embargo, e independientemente de esto último, la esencia de lo que constituye un título formal de deuda, emitido por un banco dador, debería seguir en pie, ya es una de las características diferenciadoras con respecto a la operatoria aplicada en el caso de una “orden de pago”.

Lo anterior, y salvando lo que Cámara no enuncia en lo que atañe a la naturaleza jurídica emergente de esta segunda operatoria (generadora de un título-valor), se afirma que la misma conlleva un acto jurídico generador de obligaciones, tal como lo señala José Alpiniano Garcia - Muñoz ¹¹⁷, al referirse a la naturaleza jurídica inmersa en un título-valor, y que a la letra dice:

Situar los títulos-valores en la categoría de los actos jurídicos se ajusta perfectamente a su naturaleza, son declaraciones de voluntad unilateral formal y solemnemente escrita, que tienen el efecto jurídico de generar el derecho indicado en el escrito.

¹¹⁷ “Títulos Valores. Régimen Global”. Op.cit. p. 174.

6.5. El elemento diferenciador entre la Orden de Pago y el Giro¹¹⁸

La Orden de Pago presupone la existencia de una relación crediticia previa entre el interesado en efectuar la transferencia y el banco. Por esta relación, el interesado es acreedor del banco y éste es su deudor. Consecuentemente, la orden de pago procede una vez que el banco se ha declarado como deudor, pues, de no hacerlo, no tendría como justificar un pago ya que no estaría en la obligación de hacerlo.

Por su parte, el Giro Internacional de dinero, en su sentido puro, implica la venta de un título-valor por parte del banco al interesado. En esta operatoria el interesado es comprador de un título y el banco, a tiempo de emisor de éste, es el vendedor del mismo.

Consecuentemente, las operatorias, así definidas, tienen naturalezas jurídicas totalmente diferentes. En el caso de la Orden de Pago existe una relación crediticia previa a la venta del servicio; y en el de Giro internacional de dinero, hay un acto de compra-venta de un título-valor.

Con ello, se precisa y ratifica lo postulado por Héctor Cámara, en sentido de que la diferencia entre la Orden de Pago y el Giro, radica en la instrumentación, que cada una de ellas conlleva¹¹⁹. O, lo que es lo mismo, que el elemento diferenciador entre ambas operatorias, viene dado por la naturaleza jurídica específica, de cada uno de los instrumentos utilizados.

6.6. El origen de las discrepancias jurídicas.

¹¹⁸ Lo remarcado en este inciso, se circunscribe a los bancos. En el inciso siguiente se usa la unidad bancos/remesadoras, cuando ello es pertinente.

¹¹⁹ Citado en el inciso 6.4.2.

De manera general, los bancos gozan de las facultades de emitir órdenes de pago y de realizar giros¹²⁰. En el caso de las empresas remesadoras, estas facultades se restringen a una sola: realizar giros.

Al emitir una Orden de Pago, los bancos están realizando un servicio de transferencia de dinero. Un servicio que se compra (mediante contratación), como cualquier otro servicio ofrecido por un proveedor de servicios¹²¹. Bajo esta operatoria, el cliente solicita el servicio, no lo ordena, como comúnmente se define. El que ordena la materialización del pago, es en los hechos, el banco receptor de la solicitud, haciendo uso de su facultad de emitir órdenes de pago; y lo hace a un banco pagador (su sucursal o corresponsal). Para poder dar curso a una solicitud de Orden de Pago, el banco debe ostentar previamente la condición de deudor, porque de otro modo no estaría obligado a pagar. Y, por Ley, el banco sólo puede constituirse en deudor - de aquellos clientes- por los saldos que se evidencien en su cuenta corriente, en su caja de ahorros o en un (más) depósito(s) a plazo fijo. De manera tal que, antes de emitir la Orden de pago, el banco debe necesariamente consultar la existencia de saldos.

Ahora bien, el banco enfrentado a una persona que le solicita hacer una transferencia de dinero y que no es cliente previo, no puede utilizar la operatoria de Órdenes de Pago, sencillamente porque no es deudor de esa persona. Y el hecho de que la referida persona, haga en el momento un depósito para la transferencia, no puede convertir al banco en deudor por ese monto. De manera tal que, la única opción con la que cuenta el banco puesto en esas circunstancias, es la de venderle un título-valor, haciendo uso de la facultad que tiene para ello. Es por ese motivo que rotula a esas operaciones como Giros. Y en el pasado esto funcionaba bien, porque el banco emitía cheques girados contra el mismo o contra el banco corresponsal, a favor del beneficiario, los cuales eran entregados al interesado para

¹²⁰ En nuestro país, según la Ley (393) de Servicios Financieros, Artículo 119, inciso f).

¹²¹ Servicio de transporte, de esparcimiento, como ejemplos.

que éste los hiciera llegar (por su propia cuenta) al beneficiario, con lo cual cerraba jurídicamente la operación.

Lo que ha ocurrido en las últimas décadas, es que esa operatoria ha resultado ser demasiado restrictiva y limitativa, para atender la demanda de gente que quiere transferir recursos (remesarlos). Esto por los siguientes motivos: se trata de personas necesitadas de transferir recursos a otras plazas pero sin intención de tener cuentas con el banco, de manera tal que no tienen acreencias con él. Son personas que no están dispuestas a recibir un cheque (un título-valor) que luego tengan que enviar bajo su propio su riesgo al beneficiario final, y por último, atañe a un gran número de individuos que deben atenderse si la política del banco ha definido operar con este tipo de transferencias (remesas). Esos motivos, son lo que han dado lugar a que los bancos (para este tipo de transacciones), hayan configurado (silenciosamente) una tercera figura¹²², refrendada por las autoridades en materia financiera, que resulta siendo combinación de las dos anteriores.

¿En qué consiste esta figura? Consiste en mantener el rótulo de Giro, sin entrega de ningún título-valor, por supuesto, y una vez recibido el depósito objeto de transferencia, asumir una calidad deudores, que los habilite para emitir una orden de pago a su sucursal o corresponsalía, en sentido de que ésta(s) proceda(n) a efectuar el pago instruido al beneficiario definido por el remitente. Y todo esto, bajo una observable inconsistencia jurídica, dada por el hecho de que el banco asume la calidad de deudor, sin haber suscrito un contrato que avale esa situación.

Hasta el presente, sólo se ha hecho referencia a los bancos, pero cuando se analiza el proceder de las denominadas entidades especializadas (remesadoras), se observa que el modus operandi empleado por ellas es exactamente el que

¹²² En otras situaciones relativas a Comercio Exterior, los bancos no se ven forzados a violar las normas y actúan en consonancia con, lo que hemos señalado, debía ser el proceder de un banco.

hemos descrito en el caso de los bancos. Es más, se puede afirmar que ellas son las creadoras de esta tercera figura y que los bancos no han hecho sino copiarla.

Para respaldar todo lo afirmado y a manera de ejemplo, mostramos a continuación los siguientes dos cuadros, referidos a la empresa Western Union:

Gráfica 6: Pago de Giros Internacionales de Western Union



Fuente: Internet 4/08/2013

Cuadro 3: Términos y Condiciones de Western Union

**Términos y Condiciones del SERVICIO
WESTERN UNION MONEY TRANSFER**

.....

Las transferencias de dinero normalmente se pagarán en efectivo, pero algunos agentes pueden pagar mediante cheques o una combinación de efectivo y cheques. Todos los pagos están sujetos a disponibilidad y a las condiciones aplicables en el local de pago del agente de Western Unión.

Fuente: Términos y Condiciones del Servicio Western Union

Cabe en este punto también aclarar que: entender por remesador a la persona que envía el dinero¹²³ y por remesado a la persona que recibe finalmente lo recibe¹²⁴, tal como lo interpretan generalmente las personas que efectúan estos envíos, constituye un grave error. Esto, porque esas categorías se corresponden respectivamente con la empresa remesadora en origen y con la entidad corresponsal o sucursal de ésta en destino. Consecuentemente, son estas entidades las que le dan el carácter de remesa al envío de dinero realizado mediante una transferencia u orden de pago.

Asimismo, el análisis realizado, se juzga también como suficiente, para despejar falsas apreciaciones, en sentido de que las remesadoras son tan solo intermediarios o transportistas en este tipo de operaciones. Eso puede ser cierto cuando lo que se considera es el remesado de mercancías, pero no lo es, cuando lo que se transfiere es dinero.

Finalmente, se deja establecido que las compras de servicio a las que se hace referencia, se sobreentienden siempre en el marco de lo que se conoce como la contratación de servicios, en concordancia con la terminología usada a estos efectos.

6.7. La Remesa (Dimensión envío-recepción) en su interpretación pertinente

En estricta sujeción a lo expuesto precedentemente, la investigación realizada concluye que:

¹²³ En este trabajo: remitente.

¹²⁴ En este trabajo: beneficiario.

Desde un punto de vista jurídico, las operaciones de remesas efectuadas por bancos y por entidades especializadas, deben ser tipificadas como: Órdenes de Pago, encubiertas bajo la figura de Giro.

Se señala así que las remesas, entendidas desde su dimensión envío - recepción, se verifican a través de la contratación/compra del servicio de trasferencias internacionales de dinero; con todas las implicaciones que ello encierra.

Arribamos de este modo, al momento en el cual la definición jurídica de las remesas familiares de emigrantes, puede ser finalmente configurada. Una labor que se concreta en el capítulo siguiente.

CAPITULO VII

RESULTADOS E INTERPRETACION

7.1. En la dimensión Contenido

La investigación realizada expone que las remesas familiares de emigrantes vistas desde esta dimensión, son: *Resultados monetarios non lucrum, obtenidos fuera del país por emigrantes ex profeso.*

7.1.1. Resultados monetarios *Non lucrum*

El análisis efectuado evidencia una diferencia sustancial entre un ingreso y un resultado monetario, que sirve de pauta para deducir luego el carácter de no lucro que rodea a la remesa. En efecto, el hecho de salir de casa todas las mañanas al trabajo para generar los recursos que demanda la familia, es muy diferente al de salir del país con el mismo propósito. En la primera situación, la persona o personas que lo hacen, son generadoras de ingresos y lo que llega a la familia es, en efecto, una parte de dichos ingresos. En la segunda situación, la persona o las personas que lo hacen, son generadores de remesas y lo que llega a la familia, son los resultados monetarios (parciales) netos de un emprendimiento. Resultados que no implican lucro (no es ganancia), porque uno de sus costos más caros, es el de la cesión de la Unidad Familiar. Un costo, que la familia considera como equivalente a la remesa recibida.

Se tiene así que las remesas, no son una parte del ingreso ni son ganancias, son el resultado (parcial, porque a una remesa le sucede otra) de un emprendimiento.

7.1.2. Emigrantes *Ex profeso*

En el acápite anterior se ha destacado que cuando uno o más miembros de una familia salen del país para mejorar sus condiciones, lo hacen con la finalidad de generar remesas para su posterior envío al país de origen. En otros términos, su objetivo último es la remesa. Meta que los convierte en emigrantes *ex profeso*, es decir en emigrantes que emigraron con un solo propósito: Remesas.

7.2. En la dimensión Envío-Recepción

Desde esta dimensión, la investigación efectuada exterioriza que las remesas familiares de emigrantes, se materializan a través de: *(una) contratación del servicio de transferencias internacionales de dinero*”.

7.2.1. Compra-venta (o contratación) del servicio de Transferencias

Internacionales de Dinero. Orden de Pago envuelta en la figura de Giro

Se manifiesta de este modo, que la remesa, desde su dimensión de envío-recepción, guarda conformidad con la naturaleza de una Orden de Pago. Ello, en contraposición a la denominación Giro, que prevalece en su actual tipificación. Una denominación (la de Giro) que no condice con los instrumentos que sustantivamente debían mediar si se trata de esta operatoria; la misma que involucra la existencia de un título-valor (cheque). Por lo anotado, y por lo ya señalado en el Capítulo VI, la remesa es una Orden de Pago encubierta bajo la figura de Giro. Una orden de pago, que procede una vez que el receptor/remesador se ha declarado deudor, habilitándose así para efectuar un pago. Aspecto que se corrobora en los hechos, cuando el receptor/remesador emite la orden de pago a su sucursal o corresponsal. Sólo bajo estas circunstancias, cabe la posibilidad de que el remesador preste el servicio de

transferencias internacionales al remitente, tal como ocurre actualmente. Con el Giro, lo que en esencia debía vender es un título-valor, lo que no sucede de ese modo.

Ahora bien, esta compra-venta del servicio de transferencias internacional de dinero se materializa actualmente mediante la suscripción de un Contrato de Adhesión, cuyas cláusulas el remitente se ve obligado a aceptar.

En virtud de lo deducido, la investigación concluye que el envío de los dineros a remesar se materializa mediante la compra-venta es un servicio de transferencias internacionales de dinero, perfeccionado con un contrato de adhesión. Un proceder totalmente diferenciado de lo que en esencia jurídica involucra a un Giro, que no es sino una compra-venta de un título-valor. Razón por la cual, se ratifica que el envío-recepción de una remesa, opera actualmente bajo una contradicción jurídica, cual es la de operativizarse como Orden de Pago y rotularse como Giro.

7.3. Diferencia entre un envío cualquiera y un envío de remesa

Como se ha podido apreciar hasta el momento, la remesa familiar de emigrante encierra dentro de sí sustancias no perceptibles a primera vista. A ello debe incorporarse un análisis axiológico, para encontrar su esencia más profunda. Razonando en consecuencia, se tiene que:

7.3.1. La Unidad Familiar como Valor

Hasta acá, la Unidad Familiar ha sido considerada como un costo de oportunidad que la familia sacrifica en la consecución de la remesa. Categorización efectuada para demostrar que la Remesa no involucra lucro.

Este manejo es legítimo en la medida en que despoja a la remesa de cualquier sospecha de lucro contenida en ella. Sin embargo, la Unidad Familiar es mucho más que eso, según los argumentos que se esgrimen a continuación:

La “Unidad Familiar”, definida por primera vez en la legislación boliviana en la Ley de Migración 370 de Mayo de 2013¹²⁵, no debe ser tomada como un simple enunciado. Con ella el Estado Plurinacional de Bolivia está declarando tácitamente, que dicha Unidad es un Valor. Un Valor, cuya protección está garantizada por el Estado.

En esa dirección, no constituye motivo de duda, el hecho de que la familia que incurre en la decisión de fragmentarse para proveerse de los recursos destinados a mejorar su bienestar económico, sacrifica dicha Unidad. Una Unidad que, bien entendida, rebasa el criterio de una mera unión física de sus miembros. En efecto, cuando se habla de Unidad Familiar se hace referencia a hogar, a autoridad, a educación, a formación, a protección y a una serie de otros valores difíciles de enumerar. Valores que se sacrifican¹²⁶ al tratar de salvar el Valor Mayor: la Familia. Una familia cuyas bases, se asientan sobre pilares económicos que, de no poder erigirse oportunamente, conllevan el riesgo de su destrucción. Enjuiciada así la actitud que asumen algunas familias puestas en esta situación, debe entenderse como el sacrificio de su Unidad Familiar, en la búsqueda de hacer prevalecer su existencia como familia.

7.3.2 La Remesa como Símbolo del Esfuerzo Familiar

Por todo lo referido, la Remesa es una expresión de la Unidad Familiar sacrificada en aras de mejorar sus condiciones económicas, que, de no ser encaradas oportuna y responsablemente, conducen con seguridad a la destrucción de su

¹²⁵ Referida en el Capítulo II, inciso 2.3.6.

¹²⁶ Y en la mayoría de las veces sin consultar la opinión de los menores.

propia institucionalidad. En esa medida, la Remesa Familiar de Emigrante adquiere la calidad de símbolo. Un símbolo que representa el esfuerzo realizado por la familia, en su indefensión de poder hacer valer su derecho de ser protegida por el Estado¹²⁷.

7.3.3. El Estatus Jurídico de la Remesa: “Símbolo Repatriado”

Puesto en el lugar donde se genera el símbolo/remesa, es decir en el exterior, el acto de envío al país de dicho símbolo/remesa, sólo puede ser interpretado como una repatriación. De manera tal que cada remesa enviada por un emigrante, constituye una forma de renacionalizar aquello que nunca debió haber salido del país: La Unidad Familiar. Consecuentemente, la Remesa Familiar de Emigrante debería ser considerada bajo el estatus jurídico de un “Símbolo Repatriado”.

El referido estatus jurídico demandado para las remesas familiares de emigrantes, se justifica plenamente al compararse el mismo con aquél que confiere la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero Boliviano (ASFI) al capital bancario, cuando éste retorna al país en cumplimiento de su normativa que prohíbe la realización de inversiones de capitales bancarios en el exterior en montos superiores al 50% del patrimonio. Si la repatriación es un concepto válido para el capital, con mayor razón lo es para justipreciar el retorno del resultado del esfuerzo de los emigrantes en el exterior.

El “Símbolo Repatriado” es, bajo esta perspectiva, el estatus jurídico concordante con la esencia del acto de envío - recepción de remesas familiares de emigrantes.

Entendiendo que la definición a ser propuesta no puede extenderse en la explicación de este contenido, ella se limita a incorporarlo bajo el concepto de

¹²⁷ Tal como lo promete la Constitución Política del Estado Plurinacional en su Artículo 62.

Repatriación. Un término que, se considera, sintetiza todo el contenido axiológico inmerso contenido en la Remesa.

7.4. La “Razón de ser de la Remesa”

El trabajo efectuado, afirma que el envío de las remesas a familiares vinculados, constituye un acto, que se efectúa, por lo general, en cumplimiento de deberes preexistentes.

Lo que no hace sino confirmar un vínculo (familiar) jurídico también preexistente. Un vínculo, del cual, y en su momento, emergieron deberes u obligaciones económicos, que la remesa se encarga de saldar; o como ya lo dijimos anteriormente: el acto de remesado es la forma en que estos deberes se cumplen.

Así vista, la remesa familiar de emigrante exterioriza la esencia que yace en su contenido. Y esto, le confiere una calidad jurídica real, desconocida hasta el presente.

Para los casos en que la remesa se remita sin que medie una obligación preconstituida¹²⁸, se señala que ésta (la remesa), puede, en algunos casos, estar motivada en una simple liberalidad, que no es otra cosa que una manifestación de generosidad.

7.5. Propuesta de Definición Jurídica

Arribado a este punto, el presente trabajo se permite postular que: las **Remesas Familiares de Emigrantes**, deben ser jurídicamente interpretadas como:

“Resultados monetarios *Non lucrum*, obtenidos fuera del país por emigrantes *Ex profeso*, y repatriados a personas vinculadas familiarmente,

¹²⁸ Como lo sería por ejemplo, el envío de recursos de un sobrino a una tía,

mediante la contratación del servicio de transferencias internacionales de dinero. Acto que se efectúa en cumplimiento de deberes preexistentes o motivado en una simple liberalidad”

Una definición, que sintetiza la naturaleza jurídica de las Remesas Familiares de Emigrantes, acorde con su contenido y forma.

Se espera, de esta manera, haber cumplido con los lineamientos dados por Guillermo Cabanelas de Torres, cuando señala que: “una definición es una proposición clara, exacta y concisa que expone los caracteres genéricos y diferenciales de algo y que da a conocer su naturaleza”¹²⁹.

¹²⁹ Guillermo Cabanelas de Torres, *Diccionario Jurídico Elemental*, Edición 2003

CAPITULO VIII

CONCLUSIONES Y RECOMENDACION

8.1. Conclusiones

Por lo expuesto precedentemente, se considera que todos los objetivos propuestos en la presente tesis de inicio, han sido alcanzados con éxito. De ello dan cuenta las siguientes conclusiones:

8.1.1. Conclusiones al objetivo general

El Objetivo general de: “Dotar de contenido jurídico y jerarquía, sobre bases sustentadas, al concepto de “Remesas Familiares de Emigrantes”, en la perspectiva de su institucionalización dentro de la legislación boliviana”; ha sido cumplido y se concreta en la propuesta de definición jurídica formulada. Concluyéndose que ella, constituye un constructo argumentado, sobre el cual se hace posible a) enjuiciar adecuadamente el acto de remesado y b) formular normas que contribuyan a una administración jurídica coherente, destinada fundamentalmente a conferir seguridad jurídica a dicho acto.

8.1.2. Conclusiones al objetivo específico 1

La deducción de que las remesas se efectúan básicamente en cumplimiento de deberes preexistentes, constituye un producto genuino de la investigación, que satisface plenamente el objetivo de “descubrir la razón de ser de la Remesa Familiar de Emigrante”. Y esto, en beneficio de los remitentes de esos recursos, que, sin tener plena conciencia de ello, descargan jurídicamente - por esta vía - sus obligaciones familiares.

8.1.3. Conclusiones al objetivo específico 2

El discernimiento, en sentido de que la operatoria empleada actualmente en el envío - recepción de la remesa condice con la naturaleza de una Orden de Pago, revestida con la figura de Giro Internacional, cumple pertinentemente con el objetivo de: “Explicitar la naturaleza jurídica de la transacción involucrada en el envío - recepción de una remesa”, con las implicaciones que ello tiene en materia de Derecho Financiero.

8.1.4. Conclusiones al objetivo específico 3

La interpretación de que la Remesa es un símbolo que denota el esfuerzo realizado por la familia, en su indefensión de poder hacer valer su derecho de ser protegida por el Estado, y que, en mérito a esta condición, le corresponde el estatus jurídico de “Símbolo Repatriado”; bajo el cual, el acto de remesado adquiere la jerarquía de la cual actualmente carece.

8.1.5 Conclusiones al objetivo específico 4

El logro de contar con una visión crítica sobre el manejo jurídico del cual es objeto el acto de remesado en el país”, fue también alcanzado, al constarse: a) que los temas referidos a esta materia se encuentran muy dispersos y repartidos en la legislación boliviana, b) que en la mayoría de los casos ellos carecen de concreciones, c) que el Código de Familia resulta anticuado para interpretar las nuevas realidades, y d) que, sobre esas bases, se hace muy difícil legislar sobre la materia.

8.2. Conclusiones Generales

La investigación realizada presenta las siguientes conclusiones:

- No obstante su importancia económica y social, la legislación nacional ha hecho caso omiso de las Remesas Familiares de Emigrantes. Es más, jurídicamente su presencia constituye un incordio a ser tramitado generalmente a pie de página. Las últimas reformas legales así lo han demostrado y se puede prever que en las próximas modificaciones el problema se mantendrá.
- No obstante el tratamiento específico que ameritan, la legislación nacional aborda el tema de las Remesas Familiares de Emigrantes sin encararlas directamente. Lo hace siempre indirectamente y sin fundamentos mayores. No lo hace nunca bajo la consideración de que está tratando un algo que contiene personalidad propia. En otras palabras, no le confiere estatus jurídico
- No obstante de representar un acto recurrente, la interpretación y el tratamiento jurídico que se da a las Remesas Familiares de Emigrantes, es el de considerarlas como producto de un acto aislado, independiente, sin conexión y sin continuidad. Una conceptualización que le quita fuerza, la confina a un tratamiento marginal y que anula toda posibilidad de conferir seguridad jurídica a los actores.
- No obstante de constituirse en la máxima expresión del esfuerzo humano concebible, en la legítima búsqueda por mejorar las condiciones económicas de las familias, las Remesas Familiares de Emigrantes jurídicamente son puestas en igualdad de condiciones con otras transferencias internacionales de dinero muchas veces provenientes de los réditos del capital, estigmatizando a quienes las generan y a quienes las reciben, como si se tratara de regalos no merecidos.

- No obstante de mostrar una preocupación aparente, el Estado boliviano no hace sino saludar los altos niveles de Remesas Familiares de Emigrantes que ingresan, cual si fueran producto de exportaciones cualquiera, sin considerar que detrás de cada remesa hay un boliviano auto-exilado y una familia fracturada, lo que no condice con el precepto de Vivir Bien.

8.3 Recomendación

Se recomienda:

Trabajar sobre los argumentos y las conclusiones alcanzadas en esta investigación, para iniciar, cuanto antes, el proceso conducente a la promulgación de una Ley de Remesas Familiares de Emigrantes, que encare con claridad y firmeza la problemática contenida en ellas.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS Y DOCUMENTARIAS

1. Álvarez Ortiz Silvia Patricia, "Consideraciones Generales acerca de las remesas familiares y la importancia de considerarla (sic) como fuente del impuesto sobre la renta". Tesis de Grado en Derecho de la Silvia Patricia Ortiz presentada en la Universidad San Carlos de Guatemala. Junio de 2007. Internet. Vista realizada a las 16:00 del día 26 de mayo de 2013, disponible: http://biblioteca.usac.edu.gt/tesis/04/04_6644.pdf
2. Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero Bolivia ASFI, "Reglamento para corresponsalías de entidades supervisadas". Circular ASFI/130/2012, La Paz 10 de julio 2012. Internet: vista realizada a las 10:10 del día 20 de julio 2013, disponible: http://servdmzw.asfi.gob.bo/circular/circulares/ASFI_130.pdf
3. Banco Mundial, Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos, "Foro de Liquidación de Pagos y Valores del Hemisferio Occidental. Sistema de Compensación y liquidación de Pagos y Valores en Bolivia", Diciembre 2004 Internet: vista realizada a las 15:00 del día 27 de mayo 2013, disponible:http://www.forodepagos.org/pdf/reporte_bolivia.pdf
4. Banco Central de Bolivia BCB, "Reporte de Balanza de Pagos y de Posición de Inversión Internacional: Enero - Marzo 2012", Internet: vista realizada a las 16:00 del día 27 de mayo 2013, disponible <http://www.bcb.gob.bo/webdocs/2012/Publicaciones/ReporteBalanzaPagos/ReporteBalanzaPagos-EneroMarzo2012.pdf>
5. Banco Central de Bolivia BCB, "Informe de Política Monetaria". Julio 2013, Internet> vista realizada a las 13:45 del día 28 de agosto 2013, disponible http://www.bcb.gob.bo/webdocs/2013/Publicaciones/InformePoliticaMonetaria/PM_julio_2013.pdf
6. Banco Interamericano de Desarrollo BID. Programa de mejora de la información y procedimientos de los bancos en el área de remesas: Bolivia, Abril de 2010, Internet: vista realizada a las 08:45 del día 9 de mayo de 2010, disponible: <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=35549766>

7. Becerra Cortez Marcelo, "Estudio del régimen legal Colombiano", s.f. Internet: vista realizada a las 08:30 del día 2 de Septiembre de 2013, disponible: http://www.bancoldex.com/.../269_7capitulo_v_regimen_cambiario.pdf
8. Cámara Héctor, "La Transferencia Bancaria Internacional", s.f. Internet: vista realizada a las 18:20 del día 17 de junio de 2013, disponible: http://www.iadb.org/intal/intalcdi/Derecho_Integracion/documentos/005-Estudios_03.pdf
9. Comisión Económica para América Latina y el Caribe CEPAL, "Las remesas de los migrantes latinoamericanos y caribeños en los Estados Unidos" Notas de población N ° 86 • C E P A L, Fernando Lozano Ascencio, Internet: vista realizada a las 02.00 del día 27 de mayo 2013, disponible: http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/6/35866/lcg2349-P_3.pdf
10. Consejo Monetario Centroamericano, "Naturaleza y Situación de las Remesas Familiares en los Países Miembros del Consejo Monetario Centroamericano Documento de Trabajo Interno, Septiembre del 200", Internet: Vista realizada a las 14:45 del día 7 de mayo de 2013, disponible: http://www.secmca.org/INVESTIGACIONES_ECONOMICAS/InvestigacionesSECMCA/DT17%20RemesasFamiliares.pdf
11. Carling Jorgen, "Interrogar a las remesas: preguntas centrales para reflexiones más profundas y políticas más adecuadas", internet: visita realizada a las 15:15 del día 8 de mayo de 2013, disponible: http://visitas.reduaz.mx/coleccion_desarrollo_migracion/migracionYdesarrollo/c2.pdf
12. Castellanos Obregón Fernando Luis "¿Puede el AED explicarlo todo? Esbozo crítico acerca del alcance del Análisis Económico del Derecho.", Internet: Vista realizada a las 11:00 del día 28 de mayo 2013, disponible: [http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=contexto&page=article&op=view&path\[\]=3316](http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=contexto&page=article&op=view&path[]=3316)
13. Centro de Estudios y Programas Interamericanos CEPI, " Familias Transfronterizas y familias transnacionales: dos conceptos en construcción en el caso México - Norteamericano" CEPI DOCUMENTO DE TRABAJO No. 10, Norma

Ojeda, Marzo 2006, Internet: vista realizada a las 19:20 del día 10 de mayo de 2010, disponible http://interamericanos.itam.mx/working_papers/10NORMA.pdf

14. Centro de Estudios Monetarios Latinoamericanos CEMLA, BID/FOMIN, “Programa de Mejora de la información y Procedimientos de los Bancos Centrales Bolivia Abril 2010”. Internet: vista realizada a las 13:00 del día 2 de junio de 2013, disponible <http://www.cemla-remesas.org/informes/informe-Bolivia.pdf>
15. Código de Familia, Ley N° 996 de 4 de abril de 1988. Editorial e Imprenta CI Ibáñez, La Paz –Bolivia, s.f.
16. De León Girón María Lucia, “Análisis de la Naturaleza Jurídica de las Remesas Familiares” Artículo convalidado como tesis de grado en Derecho Universidad Francisco Marroquín. Guatemala Mayo de 2006. Internet: vista realizada a las 11:00 del día 8 de mayo de 2013, disponible: <http://www.tesis.ufm.edu.gt/pdf/4107.pdf>
17. Diccionario de la Real Academia Española, Vigésima segunda edición, disponible: <http://www.rae.es/rae.html>
18. Eslava Arcila Luis Fernando, *Derecho Económico: Introducción Aproximación metodológica al análisis económico del Derecho: un marco para el estudio de la escasez, el tráfico y mercado de los órganos*, Bogotá, Colección Enrique Low Murtra. Universidad Externado de Colombia, Primera edición, 2003.
19. Fondo Multilateral de Inversiones/Banco Interamericano de Desarrollo, “Las Remesas en América Latina y el Caribe en 2012, Comportamiento diferenciado entre subregiones” Abril de 2013. Internet: vista realizada a las 17:20 del día 4 de mayo 2013, disponible: <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=37735670>
20. Galarza Anze Raquel e Ingrid Bocangel Fernández, “Modernización y Reforma del Sistema de Pagos en Bolivia” Banco central de Bolivia, Internet: vista realizada a las 11:50 del 7 de Mayo de 2013, disponible <http://www.bcb.gob.bo/webdocs/2011/Publicaciones/RevistaAnalisis/2000/dic/capitulo8final.pdf>

21. García-Muñoz José Alpiniano, *Títulos – Valores. Régimen Global*, Bogotá, Editorial Temis S.A., 2008.
22. International Monetary Fund IMF, “Balance of Payments Manual. Fifth Edition, 1993”. Internet Vista realizada a las 10:30 del día 5 de mayo de 2013, disponible: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/bopman/bopman.pdf>
23. International Monetary Fund IMF. “Balance of Payments and International Investment Position Manual, Sixth Edition (BPM6)”, Internet: vista realizada a las 11:15 del día 5 de mayo de 2103, disponible:<http://www.imf.org/external/pubs/ft/bop/2007/pdf/bpm6.pdf>
24. Instituto Nacional de Estadística (INE), “Principales Resultados del Censo Nacional 2012 Estado Plurinacional de Bolivia”, Agosto 2013, internet: vista realizada a las 15:00 del día 5 de agosto 2013, disponible: <http://www.ine.gob.bo:8081/censo2012/PDF/resultadosCPV2012.pdf>
25. Ley del Banco Central de Bolivia 1670, de 31 de octubre de 1995.
26. Ley de Propiedad y Crédito Popular 1864, de 15 de Junio de 1998.
27. Memorias del Seminario: Migración Internacional, el Impacto y las Tendencias de las Remesas en Colombia, Bogotá 2005, Internet: vista realizada a las 15:00 del día 31 de agosto de 2013, disponible: <http://www.oim.org.co/.../174-memorias-del-seminario-migracion-internacional-e...>
28. Merino Acuña Roger Arturo, “¿Recepción o Resistencia? Americanización y Análisis Económico del Derecho en el Perú”, Internet: vista realizada a las 17:30 del día 2 de Julio 2013, disponible: <http://www.jus.unitn.it/cardoza/review/2008/Acuna.pdf>
29. Ministerio de Economía y Finanzas Públicas “Memoria de la Economía Boliviana 2012”, La Paz, 2013 Internet: vista realizada a las 18:30 del día 7 de agosto de 2013, disponible: http://medios.economiayfinanzas.gob.bo/MH/documentos/Memorias_Fiscales/Memorias/MEB_2012.pdf

- 30.** Ministerio de la Presidencia - Bolivia, “Ley 393 de Servicios Financieros”, de 20 de agosto de 2013, Internet: vista realizada a las 16: 15 del día el 23 de agosto 2013, disponible <http://comunicacion.presidencia.gob.bo/docprensa/pdf/20130821-11-44-19.pdf>
- 31.** Moré Iñigo, “La primera ley sobre remesas de la historia, Legge 24 de 1901”.Working, Papers N° 1-2010, enero 2010, Internet: vista a las 08:30 del día 21 de Mayo de 2013, disponible: http://www.remesas.org/files/La_primera_Ley_de_Remesas.pdf
- 32.** Nueva Constitución Política del Estado (2009), Editorial e Imprenta CJ Ibáñez, La Paz Bolivia. s.f.
- 33.** Organización Internacional para las Migraciones, OIM Bolivia, Buenos Aires, “Perfil Migratorio de Bolivia” René Pereira Morató, Internet: vista realizada a las 11:00 del día 3 de junio 2013, disponible: http://media.wix.com/ugd/a4c774_0287ae0703eca469cc63fa31ecefed8c.pdf
- 34.** Organización Internacional para las Migraciones, OIM Colombia, Bogotá Ramírez Clemencia, Marcela Zuluaga y Clara Perilla “Perfil Migratorio de Colombia”, Junio de 2010, Internet: vista realizada a las 21:00 del día 2 de Agosto de 2013, disponible: http://media.wix.com/ugd/a4c774_131e790d16b29dbb9edc7921b9196d34.pdf
- 35.** Organización Internacional para las Migraciones, OIM Perú, Lima, “ “Perfil Migratorio del Perú 2012” Aníbal Sánchez Aguilar, Internen: vista realizada a las 11:00 del día 13 de Septiembre de 2013, disponible: http://www.migracion-ue-alc.eu/documents/keydocs/ES/Perfil_Migratorio_Peru_2012
- 36.** Ossorio Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires, Editorial Heliasta 37ª Edición, 2013.
- 37.** Paz Cuéllar María Daniela, “Las Remesas y el anteproyecto de la Ley de Bancos” Periódico Página Siete, 25 de Marzo de 2013.

- 38.** Pereira Morató René, "Sobre el proyecto de Ley Migratoria", La Razón, 5 de Junio de 2013, Internet: Vista realizada a las 09:00 del día 10 de junio de 2013, disponible: http://www.la-razon.com/opinion/columnistas/proyecto-ley-migratoria_0_1846015422.html
- 39.** Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Informe Nacional sobre Desarrollo Humano:"En búsqueda de oportunidades, clase medias y movilidad social", María del Carmen Choque y otros, Internet: vista realizada a las 21:30 del día 7 de mayo de 2013, disponible:
http://idh.pnud.bo/administrator/files_usr//i77Cuaderno28.pdf
- 40.** Rodríguez Álvarez Gary Antonio, "Agridulces remesas", *Periódico Los Tiempos*, Cochabamba, 11 mayo 2013.
- 41.** Stefoni Carolina, "Migración, Remesas y Desarrollo. Estado del Arte de la Discusión y Perspectivas". Foro Internacional de Desarrollo Agrícola (FIDA)/ RIMISP Centro Latinoamericano para el Desarrollo. Documento de Trabajo N° 4. Programa, Conocimiento y Cambio en Pobreza Rural y Desarrollo. Santiago de Chile. Enero 2011. Internet: vista realizada a las 12:00 del día 15 de mayo 2013, disponible:http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-65682011000300023&script=sci_arttext
- 42.** Tintaya Quenta Eliseo, "Principios de la Familia en la Educación Jurídica", Universidad Mayor de San Andrés, s.f. Internet: vista realizada a las 19:00 del día 7 de agosto de 2013, disponible:
<http://www.monografias.com/trabajos16/familia-juridica/familia-juridica.shtml#ixzz2dcH9h2Ln>
- 43.** Torres Manrique Fernando Jesús, "Derecho y cambio social. Análisis Económico del Derecho, Internet: vista realizada a las 14:00 del día 21 de Julio 2013, disponible:
<http://www.derechoycambiosocial.com/revista010/analisis%20economico%20del%20derecho.htm>

ANEXO

“Compromiso de Montevideo sobre Migraciones y Desarrollo de los Jefes de Estado y de Gobierno de la Comunidad Iberoamericana 2006, XVI Cumbre Iberoamericana 2006,” Internet; vista a las 16:00 del 11 de Junio 2013, disponible: <http://segib.org/cumbres/files/2006/01/Declaracion-Montevideo-Con-Comunicados-Especiales.pdf>

Compromiso de Montevideo sobre Migraciones y Desarrollo de los Jefes de Estado y de Gobierno de la Comunidad Iberoamericana

En ocasión de la XVI Cumbre Iberoamericana, realizada en Montevideo, Uruguay, los días 4 y 5 de noviembre de 2006, los Jefes de Estado y de Gobierno de los 22 Estados que integran la Comunidad Iberoamericana de Naciones aprobamos el presente documento sobre migraciones y desarrollo, tema central de esta Cumbre.

Las migraciones han impregnado la historia de Iberoamérica; marcan nuestro presente y constituirán un factor fundamental en nuestro futuro. Nuestros pueblos se han enriquecido con el aporte cultural, científico, académico, económico, político y social de los migrantes. Es nuestra obligación y nuestra responsabilidad continuar garantizando el impacto positivo de las migraciones en nuestros países, a la luz de lo dispuesto en el presente Compromiso.

A este respecto, los Jefes de Estado y de Gobierno de la Comunidad Iberoamericana coincidimos en lo siguiente:

1. Es urgente continuar y profundizar el análisis global de la migración iniciado en el Diálogo de Alto Nivel que tuvo lugar en Naciones Unidas el 14 y 15 de setiembre pasado, desde una perspectiva integral y coherente, que considere tanto sus causas como sus efectos y que, basado en el respeto a los derechos humanos y en la realización del desarrollo, favorezca la búsqueda de mecanismos para su tratamiento integral.
2. Destacamos la realización en Madrid (España) los días 18 y 19 de julio de 2006, del Encuentro Iberoamericano sobre Migración y Desarrollo, organizado por la Secretaría General Iberoamericana (SEGIB), el cual representó una instancia de análisis sobre las diversas materias vinculadas con la migración y constituyó un valioso aporte a la Comunidad Iberoamericana.
3. Las migraciones constituyen una realidad y un desafío de creciente complejidad, que requiere ser abordado por los Estados con un enfoque multidisciplinario, en el marco de la cooperación internacional para el desarrollo. Los países de origen, tránsito y destino, deben asumir la responsabilidad que les corresponde en materia migratoria.

Las buenas prácticas sobre migración deben difundirse y consolidarse en el establecimiento de acuerdos bilaterales, regionales y multilaterales, lo que contribuirá al ordenamiento y a la dinámica de los flujos migratorios, debiendo al mismo tiempo garantizar el respeto de los derechos humanos y la diversidad cultural de los migrantes y sus familias, y el estricto apego al principio de no discriminación o selectividad por motivo de origen étnico, género, edad, religión o nacionalidad, en el marco del ordenamiento legal vigente de cada país.

4. Es imperativo situar la persona del migrante en el centro de los programas o proyectos migratorios, garantizando que las políticas migratorias respeten plenamente los derechos humanos de los migrantes, en el marco del ordenamiento jurídico de cada Estado, independientemente de su condición migratoria, y cualquiera que sea su nacionalidad, origen étnico, género o edad. En este espíritu, debemos fomentar también la más amplia participación de los migrantes en las sociedades de acogida.
5. Es necesario abordar, en la Agenda Iberoamericana, el tema de la migración desde una perspectiva integral, por cuanto la migración es una realidad transversal que guarda estrecha relación con la falta de desarrollo, la afectación de los derechos humanos, la pobreza, los desastres naturales, la inestabilidad política, la búsqueda de mejores condiciones de vida, la inequidad en la distribución de la riqueza y la falta de oportunidades para el desarrollo humano, que son causas que la provocan. La generación de condiciones socioeconómicas inclusivas que permitan superar las condiciones de pobreza en que viven sectores importantes de la población contribuiría a evitar flujos migratorios no controlados. Es vital que los países en desarrollo y las agencias financieras internacionales y de cooperación contemplen iniciativas para la promoción de proyectos de desarrollo con especial atención para las comunidades más vulnerables y excluidas.
6. Las acciones que realicemos, tanto en el ámbito nacional como en el internacional, por la vía de la cooperación, para promover el desarrollo de nuestros países, incidirán positivamente y contribuirán a que la migración sea una decisión y no una necesidad.
7. Subrayamos la importancia del fortalecimiento del multilateralismo y rechazamos toda acción unilateral o coercitiva de efecto internacional que atente contra el clima de diálogo y contra las normas de respeto mutuo en materia migratoria, sin perjuicio de la potestad de los Estados de establecer controles migratorios y de autorizar el ingreso de personas extranjeras y su permanencia bajo ciertas condiciones.
8. Reconocemos la importancia de la contribución del trabajo de los migrantes al crecimiento de las economías de los países de acogida y de origen y

destacamos su aporte social e intercultural. Las políticas de cooperación al desarrollo contribuyen a generar condiciones adecuadas que no obliguen a la migración, de modo que la misma sea una decisión y no una necesidad, habida cuenta de que los potenciales migrantes constituyen un capital humano indispensable para la prosperidad de los países de origen.

9. Las normas nacionales y los acuerdos internacionales en materia de migraciones, en consonancia con criterios de gobernabilidad de las mismas y de una práctica organizada y responsable que contemple el respeto a la soberanía de los Estados, a los principios consagrados en la Carta de Naciones Unidas y al Derecho Internacional, deben ser tomados como marco de referencia para la administración de los flujos migratorios.
10. Los Estados, al ejercer su derecho de regular el ingreso y la permanencia de personas en su territorio, deben respetar las normas del derecho internacional, de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los refugiados, desde sus respectivos ámbitos jurídicos de aplicación.
11. El establecimiento de políticas y prácticas de seguridad por parte de los Estados no deberá estigmatizar a los migrantes.
12. Las remesas no deben ser catalogadas como ayuda oficial al desarrollo, puesto que son flujos financieros privados, de solidaridad familiar, y responden al derecho de todo ser humano de asistir de modo individual al sustento y bienestar de otras personas. Este derecho debe ser reconocido y salvaguardado, al igual que el derecho de los destinatarios a recibirlas. Los Estados deben abstenerse de promulgar disposiciones legislativas o adoptar medidas administrativas coercitivas, que puedan obrar en detrimento de este derecho. Debemos facilitar el envío de remesas, reduciendo su costo y garantizando el acceso a los servicios bancarios. Procuraremos incentivar oportunidades que motiven el mejor aprovechamiento de esos flujos en actividades productivas y de inversión que favorezcan a las familias y comunidades de origen de los migrantes.
13. Fomentaremos la realización del derecho de toda persona a que se establezca un orden social e internacional en el que todos sus derechos humanos se hagan plenamente efectivos, conforme los términos concebidos en el artículo 28 de la Declaración Universal sobre Derechos Humanos.
14. Además de la cooperación bilateral en materia migratoria, es necesario implementar el marco multilateral en donde se plasmen los propósitos y principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas y en las normas del derecho internacional aplicables, en particular aquéllas relativas a los derechos humanos, así como las contenidas en la declaración de la OIT sobre los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo.

15. La entrada y permanencia de los trabajadores extranjeros de acuerdo con las vías establecidas en las respectivas legislaciones constituye la mejor garantía para el respeto de los derechos humanos y laborales de los migrantes y para su plena integración social, y contribuye asimismo a aumentar el carácter globalmente positivo de la migración. La migración indocumentada y la existencia de mercados laborales informales, generan condiciones favorables a la explotación de los migrantes. El tráfico ilícito de migrantes debe ser combatido.
16. El racismo, la xenofobia y toda forma de discriminación contra los migrantes y sus familiares, son incompatibles con los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho. Por ello debemos crear condiciones que favorezcan una mayor armonía, tolerancia y respeto entre los migrantes y el resto de la sociedad del país en que se encuentran, a fin de eliminar tales manifestaciones contra aquéllos.
17. Migrar no es un delito, por lo que los Estados no desarrollarán políticas orientadas a criminalizar al migrante. Ante la gravedad del tráfico ilícito de migrantes y de la trata de personas, del tráfico de menores y otras formas de delitos transnacionales conexos, la comunidad internacional tiene la obligación de asumir un mayor compromiso en la prevención, penalización, y combate de éstos, actuando de modo firme contra toda forma de estímulo a los mismos y asegurando la plena aplicación, por los Estados parte, de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, del Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire, y del Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños. Merecen una especial atención las víctimas de estos delitos y en especial de la trata de personas, las cuales no deberán ser consideradas sujetos activos de conducta penal y para cuya efectiva atención y recuperación, especialmente cuando se trate de infantes y adolescentes, es urgente establecer mecanismos de coordinación que incluyan el intercambio de información entre las instancias competentes.
18. Frente al aumento progresivo de la participación de la mujer en las migraciones internacionales, necesitamos adoptar políticas de equidad de género que contemplen el impacto diferenciado que tiene la migración en las mujeres y la necesidad de atender las causas estructurales que las llevan a migrar.
19. La protección de los derechos de las personas menores de edad debe formar parte activa de los grandes debates sobre migraciones, así como de las políticas que sean llevadas adelante por los países iberoamericanos. Es necesario incrementar esfuerzos para asegurar a los niños, niñas y adolescentes migrantes, el acceso a la educación y a la salud en igualdad de condiciones con los menores de la sociedad de acogida,

independientemente de su condición migratoria, y evitar la migración no documentada de menores no acompañados, así como procurar su retorno al país de origen cuando aquélla se haya producido.

20. En la formulación de las políticas migratorias tendremos en cuenta la especificidad, vulnerabilidad y complejidad que caracteriza la migración de indígenas, en atención a sus particularidades. En estos casos, deberemos aplicar, complementariamente, la normativa internacional que establece y protege sus derechos colectivos específicos, como el Convenio 169 de la OIT, para aquellos países que son parte, así como la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Ameritarán igualmente una atención especial los afro – descendientes y demás grupos en situación de vulnerabilidad.
21. Todo migrante debe gozar, conforme al ordenamiento jurídico de cada Estado, de la observancia plena de las leyes laborales que le son aplicables, incluyendo los principios y derechos laborales contenidos en la Declaración de la OIT sobre los Principios y Derechos Fundamentales del Trabajo.
22. La migración calificada constituye una realidad cada vez más difundida que muchas veces implica, para los países en desarrollo, una transferencia de recursos humanos con un alto costo económico y social. Es fundamental generar condiciones, incluyendo acuerdos bilaterales, regionales y multilaterales, para que el aporte de estos recursos humanos calificados pueda vincularse a los procesos de desarrollo de los países de origen, especialmente a través del desarrollo científico y tecnológico, así como mediante la creación y el funcionamiento de redes que vinculen el trabajo científico y técnico entre los países de destino y los países de los cuales provienen los migrantes calificados, y de programas de cooperación que les permitan realizar sus tareas, incluso parcialmente, en sus países de origen.
23. La aplicación de programas de trabajadores temporales documentados coadyuva a elevar las potencialidades de los trabajadores migrantes, beneficiando a los países de destino y contribuyendo al desarrollo de los países de origen. En ese marco, es positivo el diseño y la ejecución de programas de capacitación en el país de destino, compatibles con las necesidades del país de origen de los trabajadores migrantes, en la medida en que permite potenciar el capital humano acumulado por los mismos.
24. Tomamos nota de las Declaraciones aprobadas por las reuniones ministeriales realizadas a lo largo del año, especialmente aquéllas de Salud, de Infancia y Adolescencia, de Vivienda y Desarrollo Urbano, de Turismo y de Juventud, en las que se establecen y conciertan políticas sectoriales para los migrantes, así como de las Conclusiones del Foro Parlamentario Iberoamericano, dedicado específicamente a analizar los procesos migratorios iberoamericanos, y del II Encuentro Cívico Iberoamericano, que remarca la importancia de respetar los derechos de los migrantes.

25. En virtud de lo anteriormente expuesto, los Jefes de Estado y Gobierno de los países miembros de la Comunidad Iberoamericana nos comprometemos a:
- a) Mantener el respeto de las normativas nacionales de todos los Estados y los tratados internacionales en los procesos migratorios.
 - b) Generar, de acuerdo con la situación particular de cada país y su ordenamiento legal, condiciones sociales y económicas para hacer posible el retorno voluntario de los migrantes a sus comunidades de origen, y su incorporación a los procesos nacionales de desarrollo.
 - c) Con objeto de facilitar la efectiva inserción social de los migrantes, incorporar la temática de las migraciones internacionales en campañas nacionales de información y educación, de modo de dar a conocer los derechos y la vulnerabilidad de los migrantes, así como la contribución positiva de éstos a sus sociedades de acogida. Encomendar a la Secretaría General Iberoamericana la identificación de mecanismos de cooperación, para contribuir con los esfuerzos de los Estados en el desarrollo de campañas de información especial sobre los derechos humanos de los migrantes.
 - d) Promover que la formación de administradores, autoridades policiales y migratorias, educadores y otros funcionarios, incluya programas para prevenir y combatir prácticas discriminatorias, xenófobas, racistas y otras formas conexas de intolerancia contra los migrantes. Asimismo, realizar campañas de sensibilización sobre los riesgos de migrar de manera indocumentada.
 - e) Considerar medidas para facilitar la reunificación familiar de los migrantes, a fin de lograr una mayor integración de éstos en la sociedad receptora y evitar la exclusión, la marginación y el aislamiento cultural.
 - f) Establecer mecanismos de vinculación con los nacionales emigrados, para preservar su identidad cultural, facilitar sus contactos con los países de origen, fortalecer las redes de tipo transnacional y las asociaciones de migrantes, y potenciar la relación de estas personas con sus países de origen. Hacer esfuerzos en el sentido de reforzar las redes de los servicios consulares para asistir eficientemente los intereses de los connacionales en el exterior.
 - g) Promover el fortalecimiento de los derechos humanos como un componente central de las políticas y prácticas migratorias de los países de origen, de tránsito y de destino, asegurando la protección de los derechos humanos de los migrantes en el marco del ordenamiento jurídico de cada Estado,

independientemente de su condición migratoria, y cualquiera que sea su nacionalidad, origen étnico, género o edad.

- h) Fortalecer la normativa internacional de protección de los migrantes solicitando a los Estados considerar la suscripción, ratificación o adhesión a la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia Organizada Transnacional, y los Protocolos que la complementan: el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños y el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes por Tierra, Mar y Aire. Asimismo, efectuar las adecuaciones normativas correspondientes en los ordenamientos internos de los Estados parte.
- i) Continuar dialogando sobre la forma de fortalecer los estándares para la protección de todos los trabajadores migrantes y sus familias, teniendo en cuenta los instrumentos internacionales sobre la materia, entre otros la Convención Internacional para la protección de todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familias.
- j) Impulsar decididamente la prevención y el combate de la trata de personas y al tráfico ilícito de migrantes, mediante una articulación bilateral y multilateral de acciones de cooperación entre los países iberoamericanos. Entre estas acciones debe incluirse la constitución de una red de cooperación para las víctimas del delito de trata, así como del tráfico ilícito de personas menores migrantes que contemple, entre otros aspectos, la recuperación de las víctimas. Debe incluirse igualmente el fortalecimiento de los mecanismos de difusión, sensibilización y capacitación de la población en general y, en particular, de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley en materia de trata de personas y tráfico ilícito de migrantes.
- k) Adoptar las medidas necesarias para la pronta y adecuada puesta en vigor del Convenio Iberoamericano de Seguridad Social y fomentar acuerdos en esta materia, con el objetivo de que los migrantes puedan gozar, en sus países de origen, de los beneficios generados con su trabajo en los países receptores.
- l) Prestar debida atención a las peculiaridades de la migración femenina, fomentando y garantizando el pleno respeto de los derechos humanos de las mujeres migrantes, en el marco del ordenamiento jurídico de cada Estado en todas las esferas e independientemente de su condición migratoria, así como la eliminación de todas las formas de discriminación y de violencia en su contra.
- m) Proveer a las migrantes condiciones laborales justas y mayores oportunidades de educación, y adoptar medidas que permitan mejorar sus condiciones de vida y el acceso igualitario a recursos y servicios. Asimismo,

generar acciones para atender las necesidades de las mujeres que permanecen al frente de sus familias en los países de origen.

- n) Redoblar los esfuerzos para asegurar a los niños, niñas y adolescentes migrantes y refugiados, independientemente de su condición migratoria, la protección de sus vidas, el acceso a la educación y la salud, el derecho al nombre y a una nacionalidad. Diseñar programas de cooperación para un pleno cumplimiento de las disposiciones contenidas en la Convención de los Derechos del Niño, la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores, la Convención Interamericana sobre la Restitución Internacional de Menores, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención para la Reducción de los casos de Apatridia, para aquellos Estados que son parte de estos instrumentos.
- o) Tomar debidamente en consideración, en la formulación de políticas migratorias, las condiciones de vulnerabilidad y de desventaja que afectan a los indígenas y afro-descendientes.
- p) Fortalecer el diálogo interregional para el tratamiento del tema migratorio, con un enfoque integral y comprensivo, que conduzca a una cooperación efectiva en esta materia, particularmente en áreas estratégicas, como la vinculación entre la migración y el desarrollo, la gestión ordenada de los flujos migratorios, la armonización de políticas y procedimientos, la promoción y protección de los derechos humanos, y la prevención y el combate a la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes, para velar por la integridad y seguridad de las víctimas de tales organizaciones criminales. A estos efectos se reconocen los importantes avances logrados, entre otras instancias, por la Conferencia Sudamericana sobre Migraciones (CSM), la Conferencia Regional sobre Migración (CRM, o Proceso Puebla) y el Foro Especializado Migratorio del MERCOSUR.
- q) Con el objeto de dar efectivo cumplimiento a las directrices contenidas en la Declaración de Salamanca y en este Compromiso, establecer y convocar, para el año 2008, un Foro Iberoamericano sobre Migración y Desarrollo, que constituirá un espacio de intercambio de buenas prácticas y coordinación para articular consensos y acciones compartidas por las naciones iberoamericanas en esas materias. Se recoge al respecto el ofrecimiento de Ecuador para que la ciudad de Cuenca sea sede de la próxima reunión de este Foro.

Con esa finalidad, encomendar a la Secretaría General Iberoamericana (SEGIB) que realice un estudio sobre migración y desarrollo, con los aportes que puedan brindar la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), el Foro especializado Migratorio del MERCOSUR, la Conferencia Sudamericana sobre Migraciones (CSM) y la Conferencia Regional sobre

Migración (CRM, o Proceso Puebla) u otros, y en consulta con los Estados miembros efectúe las propuestas tendientes al establecimiento de dicho Foro.

- r) Recibir con interés la propuesta del Secretario General de las Naciones Unidas, de establecer un Foro Global sobre Migración y Desarrollo con carácter informal, voluntario y consultivo, abierto a la participación de todos los Estados Miembros de las Naciones Unidas, que considere la participación de todos los actores involucrados, para promover el debate del tema migratorio con un enfoque integral y comprensivo, impulsar la cooperación y el intercambio de mejores prácticas en materia de migración, y favorecer una mayor coordinación en el tratamiento de esta temática.
- s) Promover la firma de acuerdos bilaterales o regionales en el ámbito iberoamericano que, con criterios de gobernabilidad, coadyuven a lograr una gestión ordenada de los flujos migratorios, a fin de asegurar la integración social del migrante en el país de destino.
- t) Incluir de manera prioritaria en la agenda iberoamericana el tema de la migración y el desarrollo, destacando que la pobreza, el desempleo y la falta de oportunidades, así como las brechas de ingresos y las diferentes condiciones de vida entre las regiones, son causas fundamentales de las migraciones. Propender, asimismo, a que los aspectos migratorios sean incorporados a otras agendas internacionales referidas a movimientos de población, tales como: comercio internacional, desarrollo humano, medio ambiente, usos de tecnologías, y cooperación internacional para el desarrollo.
- u) Instruir a la SEGIB que coordine, en colaboración con la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) un estudio sobre el impacto social y económico que tiene la inserción de los migrantes en los países de destino.
- v) Dar prioridad a las diversas formas de migración laboral temporal, en el marco de convenios y proyectos concretos entre países, que coadyuven a elevar las potencialidades de los trabajadores migrantes, beneficien el país de destino y contribuyan al desarrollo del país de origen.
- w) Estudiar las mejores formas para crear condiciones encaminadas a favorecer el retorno -incluido el retorno temporal- de los migrantes calificados a sus países de origen, estimular el intercambio de conocimientos tecnológicos y científicos de dichos migrantes con sus países, así como promover medidas que faciliten la reinserción de los mismos cuando decidan retornar al país de origen.

- x) Fomentar las medidas necesarias para facilitar la transferencia de remesas de los migrantes y seguir reduciendo sus costos. Solicitar a la SEGIB que en el estudio sobre migración y desarrollo incluya planteamientos sobre costos operativos de envíos de remesas, a fin de presentar sugerencias tendientes a procurar la disminución de los costos de las mismas.

Instar a las entidades pertinentes a garantizar la transparencia del proceso de transferencia, a fin de que se reduzcan los llamados "costos ocultos".