La disputa del derecho.indb 1 28/11/18 10:52

A través de esta colección se ofrece un canal de difusión para las investigaciones que se elaboran al interior de las universidades e instituciones públicas y privadas del país, partiendo de la convicción de que dicho quehacer intelectual sólo está completo y tiene razón de ser cuando se comparten sus resultados con la comunidad. El conocimiento tiene sentido al contribuir a un hacer mejor la vida de las comunidades y del país en general, al contribuir a un intercambio de ideas que ayude a construir una sociedad informada y madura, en la que tengan cabida todos los ciudadanos, es decir, utilizando los espacios públicos.

Con esta colección buscamos dar visibilidad a trabajos elaborados en torno a las problemáticas sociales a fin de ponerlos en la palestra de la discusión.

La disputa del derecho.indb 2 28/11/18 10:52

La disputa por el derecho:

la globalización hegemónica *vs* la defensa de los pueblos y grupos sociales

LC: HC123
DEWEY: 338.98

La disputa por el derecho : la globalización hegemónica
vs la defensa de los pueblos y grupos sociales /
Aleida Hernández Cervantes y Mylai Burgos Matamoros, coordinadoras.

Ciudad de México : UNAM ; Bonilla Artigas Editores, 2018
596 pp. ; 15 x 23 cm. -- (Colección Pública social ; 27)
ISBN: 978-607-8560-66-0 (Bonilla Artigas Editores)
ISBN: 978-607-30-0968-3 (UNAM)

1. Política económica – América Latina.
2. Globalización
I. Hernández Cervantes, Aleida, coord. II. Burgos Matamoros, coord.

Los derechos exclusivos de la edición quedan reservados para todos los países de habla hispana. Prohibida la reproducción parcial o total, por cualquier medio conocido o por conocerse, sin el consentimiento por escrito de su legítimo titular de derechos.

Primera edición: octubre 2018

D. R. © pertenecen a cada autor por su texto

De la presente edición:

D.R. © 2018 Universidad Nacional
Autónoma de México
Av. Universidad 3000, Col. Universidad
Nacional Autónoma de México,
Coyoacán, CP 04510 CDMX
Centro de Investigaciones
Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades.
www.ceiich.unam.mx

D. R. © 2018 Bonilla Artigas Editores, S.A. de C.V.
Hermenegildo Galeana 111
Barrio del Niño Jesús
C. P. 14080, Tlalpan, Ciudad de México
Tel.: 55 44 73 40 / Fax 55 44 72 91
editorial@libreriabonilla.com.mx
www.libreriabonilla.com.mx

ISBN: 978-607-8560-66-0
(Bonilla Artigas Editores)
ISBN: 978-607-30-0968-3 (UNAM)

Esta publicación fue financiada parcialmente por la DGAPA con cargo al proyecto PAPIIT IA300415 "La disputa por el derecho, la pluralidad normativa de la globalización hegemónica vs la defensa del derecho por pueblos, comunidades y grupos sociales".
Responsable: Aleida Hernández Cervantes.

Coordinación editorial: Bonilla Artigas Editores
Diseño editorial y de portada:
Mariana Guerrero del Cueto

Impreso y hecho en México

Aleida Hernández Cervantes
y Mylai Burgos Matamoros (coords.)

La disputa por el derecho:
la globalización hegemónica *vs* la defensa de los pueblos y grupos sociales

BONILLA ARTIGAS EDITORES

CENTRO DE INVESTIGACIONES INTERDISCIPLINARIAS EN CIENCIAS Y HUMANIDADES

Contenido

Prólogo
Juan Hernández Zubizarreta 11

Presentación
Aleida Hernández Cervantes y Mylai Burgos Matamoros 21

Introducción
Frida Villalobos, César Contreras
Josué García y Violeta Barrientos 25

I. La globalización neoliberal y la configuración del derecho del despojo

Globalización y paradigma jurídico del Estado
Antonio de Cabo de la Vega 39

Globalización y neoliberalismo:
una lectura económica
Seyka Sandoval Cabrera 57

Estructuras Jurídicas del Despojo:
trazando el perfil
Aleida Hernández Cervantes 83

Violencia sistémica y el derecho internacional
de la Inversión Extranjera
Enrique Prieto-Ríos 101

La disputa del derecho.indb 7 28/11/18 10:52

Instituciones financieras de desarrollo
y mecanismos de rendición de cuentas:
policies, derechos y derecho
Guillermo Torres Domínguez..... 113

Aclaraciones fundamentales sobre la encriptación
del poder y el pueblo oculto como categorías
fundamentales de una nueva democracia
Ricardo Sanín Restrepo..... 151

II. **Los derechos humanos frente a la globalización neoliberal**

Por una recuperación de las dimensiones
instituyentes de democracia y de derechos humanos
David Sánchez Rubio.....177

Los derechos colectivos
de los pueblos indígenas en México
Benjamín A. Cervantes Pérez,
B. Lizbeth Hernández Hernández
y Mylai Burgos Matamoros.....221

Las visiones de derechos humanos
en la globalización económica
Alejandro Rosillo Martínez..... 249

Del deber ser jurídico al querer ser social:
derechos y sujetos en tiempos neoliberales
Marco Aparicio Wilhelmi.....273

III. **Reformas estructurales y la regresión en los derechos humanos en México**

Reformas estructurales y neoliberalismo
Jaime Cárdenas Gracia.....293

La arquitectura jurídica del despojo neoliberal
en México (1982-2015): un proyecto
basado en reformas y decisiones judiciales
Juan José Carrillo Nieto.....319

La disputa del derecho.indb 8 28/11/18 10:52

A tres años de la reforma laboral
José Alfonso Bouzas Ortiz 349

Acumulación por despojo *vs* nuevas oportunidades
y repertorios para la acción colectiva. ¿Dos caras
del derecho mexicano en la globalización neoliberal?
Jorge Peláez Padilla.....371

IV. La disputa por el derecho:
análisis de casos en América Latina

Protección del medio ambiente y derechos
de los pescadores cucapá. Un análisis dicotómico
o un despojo anunciado en el Estado neoliberal
Yacotzin Bravo Espinosa..... 423

El caso de la extinción de la compañía
Luz y Fuerza del Centro; pasos previos
a la privatización del sector eléctrico en México
Arístides Gutiérrez Garza 455

El acueducto Independencia:
entre los derechos y la política
Francisco López Bárcenas..... 489

Dos tesis sobre la encriptación
del derecho a la ciudad en Brasil
Marinella Machado Araujo.....527

Pluralidad jurídica y potencialidades emancipatorias.
Apuntes metodológicos para su examen a partir
del caso de la Policía Comunitaria de Guerrero
E. Liliana López López.....553

Las Zidres desde la perspectiva
del derecho útil al capital: caso Colombia
Daniel Alzate Mora.....579

La disputa del derecho.indb 9 28/11/18 10:52

Prólogo

El contenido de este voluminoso libro no puede disociarse de la trayectoria investigadora y comprometida con los derechos humanos de todos y cada uno de los autores y autoras que han participado en la elaboración del mismo. Esta doble dimensión convierte a este trabajo en una obra de referencia para personas investigadoras y activistas sociales.

La vertiente académica de la publicación se vincula con la participación de los autores y autoras como ponentes en dos Seminarios Internacionales organizados en el marco del proyecto en el Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades de la UNAM: "El derecho de la globalización hegemónica frente a la defensa de derechos de los pueblos y grupos sociales" (agosto 2015) y "La disputa por el derecho y los recursos naturales: normatividades emergentes, proyectos de desarrollo y derechos de los pueblos" (octubre 2016).

Por tanto, es un texto maduro y sometido al contraste y a la reflexión conjunta de los participantes, lo que enriquece todas y cada una de sus páginas. Y es de reseñar, también, el encuentro tan diverso en relación a los lugares de procedencia de sus numerosos autores y autoras, el carácter pluridisciplinar de la obra y la horizontalidad de los componentes del equipo de investigación, lo que genera una gran dificultad a la hora de coordinar aspectos tan diversos. No obstante, la labor llevada a cabo por las profesoras Aleida Hernández Cervantes y Mylai Burgos Matamoros ha sido excelente, ya que la coherencia en el conjunto de la obra es impecable.

Además, es un trabajo muy universitario, en el sentido más profundo del término, ya que las investigaciones sociales y jurídicas deben ser utilizadas para dar cuenta precisa de la realidad, y el análisis objetivo –que nada tiene que ver con una falsa neutralidad– y preciso que se hace de la misma en este trabajo, así lo confirman. En este sentido, el rigor y el pensamiento crítico al

La disputa del derecho.indb 11 28/11/18 10:52

servicio de las mayorías sociales son la metodología utilizada, y eso en estos tiempos, es garantía de una verdadera calidad académica.

Por otro lado, este conjunto de textos participa de la construcción del pensamiento crítico, alternativo y pluridisciplinar, tan ausente en nuestras universidades, y tan imprescindible para entender el contexto de la globalización hegemónica, sus impactos en las normas jurídicas, la transformación de los derechos humanos y la construcción de alternativas de los pueblos en resistencia.

El libro conecta de manera muy dinámica y minuciosa con las inquietudes de muchos movimientos sociales y académicos-activistas preocupados por la profunda regresión que están teniendo los derechos a lo largo de los territorios, los cuerpos y las vidas de los pueblos y personas que componen este planeta.

La feudalización de los ordenamientos jurídicos

Respecto al contenido material del trabajo, éste se vincula con una cierta reactualización del feudalismo, donde el poder político se fracturaba y era asumido por los grandes propietarios de la tierra, los señores feudales. Estos se convertían en jueces, administradores, recaudadores, legisladores, jefes militares, etcétera. El poder político por tanto se disgregaba, lo que daba lugar a la total privatización de funciones públicas en beneficio de una minoría de privilegiados. En definitiva, concentraban el poder al margen de toda regla democrática.

Obviamente, se juega con una metáfora para poner en evidencia la profunda crisis civilizatoria por la que atravesamos, y que se focaliza en el nuevo Derecho Corporativo Global. Su generalización está dando lugar a una quiebra sustancial de la democracia, de la soberanía de los Estados, de los pueblos, de las instituciones y de las garantías normativas de la democracia representativa.

Por tanto, la hipótesis de partida permite considerar a las normas de comercio e inversiones como un eslabón más de la cadena de dominación contra las personas, los pueblos y la naturaleza. Es una cadena de impunidad vinculada a un marco jurídico, político, económico y cultural a favor

La disputa del derecho.indb 12 28/11/18 10:52

de los intereses de las corporaciones transnacionales: el capitalismo y el patriarcado aparecen como fundamento de la arquitectura de la impunidad.

La mercantilización de la vida en todas sus facetas, la división sexual del trabajo, la propiedad privada y la acumulación ilimitada de la riqueza son el telón de fondo de la nueva *Lex Mercatoria*. Telón de fondo que se extiende a las nuevas formas de gestión del interés público: el fin del conflicto social, la tecnocracia y la autorregulación, junto a la nueva racionalidad neoliberal basada en la competencia empresarial, penetran en los núcleos esenciales de las normas jurídicas.

Por otra parte, la generalización de las ideas sobre el libre comercio, la apertura de los mercados y la conformación de bloques económicos son ideas estratégicas de la globalización neoliberal: el Estado del Bienestar comienza a sustituirse por el Estado de la Competencia. En definitiva, la profunda crisis normativa en la que nos encontramos se ha convertido en un campo más de experimentación donde transformar el derecho en una armadura jurídica de dominación, pasando a formar parte –de manera expresa y con funcionamiento autónomo– del conjunto de mecanismos de opresión de las mayorías sociales.

Este conjunto de reflexiones aparece como telón de fondo de muchas de las aportaciones que componen este trabajo.

La mercantilización de los derechos humanos y de la democracia

Otra de las líneas centrales sobre las que descansan muchos de los análisis, se refieren al debate sobre la democracia, los derechos humanos y su mercantilización.

Con la crisis económica y financiera que se inició en 2008 se ha ido consolidando esa tendencia por la que los gobiernos deben acatar "normas inviolables" que sustraen las reglas del mercado al control de la democracia representativa. Se trata de aprobar y constitucionalizar una serie de límites no negociables por la soberanía popular. Y así parece que la democracia se convierte en un procedimiento de designación de gobernantes, cuyas decisiones quedan constreñidas por una armadura jurídica infranqueable al margen de la alternancia electoral. Son normas que permiten al mercado actuar sin límites y garantizar la acumulación de riqueza por parte de las

La disputa del derecho.indb 13 28/11/18 10:52

grandes corporaciones transnacionales. No podemos olvidar que, al fin y al cabo, las constituciones son "mecanismos estabilizadores" que formalizan jurídicamente las relaciones de fuerza en el combate sociopolítico.

Desde esta perspectiva, las normas privadas pasan a situarse en la cúspide de la pirámide normativa. Y se convierten en una "constitución económica" que se impone –en la mayoría de las ocasiones sin ninguna oposición de los gobiernos– a los poderes ejecutivo y legislativo, sometiendo la soberanía popular al sistema económico capitalista. Por su parte, el poder judicial queda vinculado a la mera interpretación de esa sacrosanta constitución económica. Como afirman Laval y Dardot, se sustituye el gobierno de las personas por el gobierno de las leyes privadas.

Esta constitución económica, eso sí, no se encuentra formalizada en ningún texto jurídico. Es una suma de normas, disposiciones, decisiones, pactos, tratados, resoluciones judiciales, planes, recomendaciones, rescates, deudas soberanas, indicadores riego-país, tratados comerciales y acuerdos de inversión, laudos arbitrales, etcétera. Todos ellos entrelazados, "amontonados" y superpuestos, de forma que desacoplan las reglas de la jerarquía normativa, el imperio de la ley y el Estado de Derecho.

La otra vertiente analizada se vincula con los derechos humanos, ya que estos no pueden desvincularse del telón de fondo en el que fueron aprobados: el capitalismo, el patriarcado y el colonialismo. Muchos de sus imperativos universales conectan con la emancipación y la resistencia de los pueblos, pero otros colisionan con la falta de empatía de otras categorías de derechos y de maneras de entender las relaciones humanas.

De ahí, que tengamos que profundizar en una nueva categoría de derechos humanos contrahegemónicos, que requiere una nueva reinterpretación que responda a las propuestas de los movimientos sociales, donde aparezcan vinculados a un concepto fuerte de paz, que excluya la violencia física, estructural y cultural. Así, la dignidad de los seres humanos queda fuera de visiones coloniales, patriarcales y capitalistas, asumiendo las agendas propuestas por los movimientos sociales.

Estas otras miradas basculan entre lo individual y lo colectivo, entre la naturaleza y la sociedad, entre lo inmanente y lo transcendente. También sitúan en el centro de las relaciones humanas, la sostenibilidad de la vida, la negativa a su mercantilización y al carácter patriarcal de los derechos humanos.

La disputa del derecho.indb 14 28/11/18 10:52

Todo ello requiere diálogos y narrativas comunes entre hombres, mujeres, movimientos sociales y pueblos del planeta, que permitan reconfigurar los derechos humanos en categorías alejadas de las lógicas estatales, siempre vinculadas al realismo en las relaciones internacionales. El feminismo, el ecologismo, el movimiento a favor de los derechos humanos, el sindicalismo, las comunidades indígenas y afrodescendientes, el movimiento campesino, anticolonial, etcétera, deben en este sentido establecer diálogos y convertirse en los protagonistas de una nueva configuración de los derechos humanos. Se convierten de esta manera en sujetos constituyentes de una nueva declaración sobre la dignidad de los seres humanos.

Desplazamientos forzados y Derecho Corporativo Global

La crueldad contemporánea del sistema capitalista y patriarcal se dirige, en relación a los derechos humanos, en la dirección contraria a la expuesta en las líneas anteriores.

Las muertes y desapariciones de personas refugiadas y migrantes en la frontera entre Estados Unidos y México, en los países europeos, en el Mediterráneo y en el desierto del Sahara elevan a miles y miles de cuerpos migrantes rotos por la necropolítica.

Javier de Lucas considera que es una "concepción de la política en la que la vida de los otros es objeto de cálculo y por tanto carece de valor intrínseco en la medida en que no resultan rentables o dejan de serlo". En la misma dirección, Achille Mbembe entiende que "los dirigentes de facto ejercen su autoridad mediante el uso de la violencia y se arrogan el derecho decidir sobre la vida de los gobernados".

Muchos de los gobiernos no sólo están eliminando y suspendiendo derechos, también están reconfigurando quienes son sujetos de derecho y quienes quedan fuera de la categoría de seres humanos y eso provoca una nueva etapa en la desregulación del sistema internacional de los derechos humanos. Todo ello tiene una profunda conexión con la lógica colonial y racista de diferentes derechos para diferentes categorías de personas.

Por otra parte, el Derecho Corporativo Global combina la desregulación de las obligaciones de las empresas transnacionales con la re-regulación de sus derechos. Dicho de otro modo: mientras se desregulan los derechos

La disputa del derecho.indb 15 28/11/18 10:52

de las mayorías sociales en todas las materias susceptibles de comprarse y venderse, se protegen con la máxima eficacia los derechos de las transnacionales.

En el caso de las personas refugiadas y migrantes, las administraciones de la UE y de sus Estados miembros no sólo "desregulan" sus derechos, sino que se les confina en campos de refugiados y Centros de Internamiento de Extranjeros, se les deja morir en la travesía del espanto y se transforma el sistema internacional de los derechos humanos en proclamas vacías de contenido a favor de la resolución de la "crisis humanitaria". Débiles a la hora de controlar los abusos cometidos por las empresas transnacionales e imponerles sanciones, los Estados se hacen fuertes ante hombres, mujeres, niños y niñas que huyen de la guerra y el hambre.

Y en esta misma línea de análisis, los tratados comerciales y los acuerdos de protección de las inversiones protegen a las empresas transnacionales de las posibles "expulsiones" de un país. Es una justicia para ricos que pudimos ver, por ejemplo, cuando tuvo lugar la expropiación de la filial argentina de Repsol en 2012: cuando el Gobierno de Argentina decretó la nacionalización de YPF, la petrolera puso en marcha inmediatamente la arquitectura de la impunidad: ejerció acciones legales ante los tribunales nacionales, presentó una demanda contra la República Argentina ante un juzgado de Nueva York, interpuso otra en Madrid, recurrió al Centro Internacional de Arreglos de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) –tribunal de arbitraje dependiente del Banco Mundial– y, además, se benefició de la presión ejercida a todos los niveles por España y la Unión Europea.

Las vulneraciones de los derechos de las personas refugiadas y migrantes, por el contrario, ¿ante qué tribunal pueden ser denunciadas? ¿Y qué eficacia tendrían esas denuncias? ¿Por qué el sistema internacional de los derechos humanos les protege de una manera tan frágil? ¿Cómo es posible que las autoridades migratorias mexicanas obliguen a regresar a miles de personas de Honduras, El Salvador y Guatemala a sus países sin tener en cuenta los riesgos para su vida y que lo hagan en la más absoluta impunidad? ¿Qué autoridad judicial protege a estas personas? Esta es una justicia para pobres.

La disputa del derecho.indb 16 28/11/18 10:52

Un uso alternativo del derecho

Los impactos del modelo neoliberal en las instituciones y en el cuerpo normativo del Estado de México, junto a los diversos casos analizados, confirman la transnacionalización de normas jurídicas y políticas públicas y la regulación del despojo, la explotación, la exclusión, los desplazamientos y la nueva configuración de la necropolítica. Reflexiones que nos vinculan con un mercado que disloca los núcleos centrales de los ordenamientos jurídicos y provoca una profunda crisis de la función reguladora de las normas jurídicas.

De ahí, que quisiera finalizar reseñando algunas ideas sobre las que construir un nuevo derecho elaborado desde abajo y para los de abajo.

El uso alternativo del Derecho está diseñado para todas aquellas personas que viven en la miseria en un mundo de riqueza, seres humanos que viven en la intolerancia y en la discriminación, que no se consideran ciudadanos o ciudadanas de un país, que viven indignamente bajo condiciones de explotación, extorsión y abuso. Va dirigido también a todas las mujeres que experimentan la dureza de las normas patriarcales, las personas LGTBI, la violencia machista, la división sexual del trabajo, niños y niñas condenadas y obligadas a trabajar, personas ancianas pobres y millones de hombres y mujeres que no pueden libremente expresarse, moverse, comer, beber y, en definitiva, vivir. Son sujetos sin derechos, titulares del "no derecho".

Todas estas personas, excluidas del proyecto neoliberal hegemónico, necesitan una concepción alternativa del Derecho que supere jerarquías y fronteras.

Además, la teoría legal feminista ha puesto de relieve –desde hace tiempo– que el derecho, como cualquier otra disciplina social, responde a los esquemas patriarcales. No es por tanto una práctica objetiva y aparentemente neutral, ya que reproduce las desigualdades estructurales entre hombres y mujeres y, además, refleja el sesgo androcéntrico tanto en la estructura normativa como procedimental. Las mujeres han sido excluidas de su propia elaboración.

Debemos profundizar en la concepción bidimensional de la justicia, que permite comprender la plena magnitud de la injusticia sexista.

Nancy Fraser entiende que la justicia bidimensional implica "Comprender las preocupaciones tradicionales de las teorías de la justicia distributiva,

La disputa del derecho.indb 17 28/11/18 10:52

especialmente la pobreza, la explotación, la desigualdad y las diferencias de clase y, al mismo tiempo, también debe comprender las preocupaciones recientemente puestas de manifiesto en la filosofía del reconocimiento, especialmente la falta de respeto, el imperialismo cultural y la jerarquía de estatus". Siguiendo a la misma autora, "En la medida en que la estructura económica de la sociedad niegue a la mujer los recursos que necesita para la plena participación en la vida social, institucionaliza la mala distribución sexista. En la medida, asimismo, en que el orden de estatus de la sociedad constituya a la mujer en menos que un socio pleno en la interacción, institucionaliza el mal reconocimiento sexista".

Para ser un sujeto completo, cada uno de ellos debe ser reconocido por el otro, y no establecer relaciones asimétricas o de subordinación, ya que eso provoca un reconocimiento no recíproco. En la práctica, las injusticias económicas y culturales –en este caso patriarcales– forman un círculo vicioso de subordinación y se refuerzan dialécticamente.

Por eso, los pueblos deben reapropiarse y reelaborar los instrumentos legales clásicos, mediante propuestas concretas y específicas y, a la vez, evolucionar hacia un nuevo paradigma en la construcción de una nueva arquitectura de los derechos colectivos de los pueblos. Su contexto es el de una larga lucha contra el Derecho Internacional, elaborado desde arriba, desde las élites políticas y económicas. Ese derecho que nunca se ha preocupado de los movimientos sociales y de los pueblos, a los que ha considerado fuera del Estado y por tanto como sujetos ilegales e ilegítimos. Ese derecho de las grandes corporaciones y de los acuerdos de comercio e inversiones, que se mueve en la armonía liberal capitalista de progreso y desarrollo.

Hace falta un orden diferente, un derecho desde abajo, desde los pueblos y para los pueblos, que conecte con la Carta de Argel de 1976 y que se vincule con las lógicas de resistencia y de construcción de normas internacionales elaboradas fuera de la opacidad y del secreto de la diplomacia al servicio del capital. Avanzar así hacia una nueva constitución democrática internacional donde los pueblos sean sujetos constituyentes, actores de derecho y donde los Estados y el capital vayan cediendo espacios a los derechos humanos, colectivos y de la naturaleza. Una reinterpretación radical del cuadro de normas constituyentes.

La disputa del derecho.indb 18 28/11/18 10:52

Como conclusión, quisiera destacar cómo el conjunto de artículos que forman parte de este libro dan lugar a un "todo" muy sugerente, que abre y profundiza espacios de emancipación frente a una crisis civilizatoria en ciernes. Sin duda, un excelente trabajo.

Juan Hernández Zubizarreta
Profesor Titular de la Universidad del País Vasco,
investigador del Observatorio de Multinacionales en América Latina
y juez del Tribunal Permanente de los Pueblos capítulo México.

La disputa del derecho.indb 19 28/11/18 10:52

Presentación

¿Qué tipo de conflictos genera el *campo jurídico* que privilegia intereses económicos por encima de los intereses sociales? ¿Quiénes tienen el poder para llenar de *contenido* al Derecho? ¿Quiénes y cómo se ven afectados por esa capacidad de regulación? Estas preguntas son solo algunas de las muchas que rondan los estudios jurídicos actuales. Nos remiten, sin duda, a una disputa por el Derecho que está anidada en los procesos de globalización neoliberal y que es desigual. Es una disputa desigual pues los que la protagonizan son actores cuyo poder económico, político y social no es proporcional, menos aún si Estados-nación en específico, apoyan los intereses particulares de algunos de esos actores interestatales.

El protagonismo jurídico de muchos de los actores principales de la globalización hegemónica como el Banco Mundial, la Organización Mundial del Comercio, las empresas transnacionales entre otros, está originando una pluralidad jurídica transnacional que busca legitimar sus intereses particulares y sus actividades económicas a través del derecho. Se trata de la conformación de una legalidad transnacional que emana de la globalización hegemónica.

Este tipo de normatividad afecta a derechos y a la función tradicional del Estado de proteger a las personas y a las colectividades, en la medida que los intereses que aquél representa son particulares y de naturaleza económica. Cada vez se hace más común que los derechos de las personas y los pueblos entren en conflicto con los objetivos de dicha normatividad transnacional. Ese conflicto se deriva de que se trata de una normatividad tendiente a despojar de bienes comunes. Otro de los aspectos más cuestionables del surgimiento de esta normatividad transnacional es el papel titubeante, confuso y a veces parcial a favor de dicha normatividad que tienen los Estados-nación. Al ser normatividad emanada de centros económicos

La disputa del derecho.indb 21 28/11/18 10:52

internacionales con enorme poder de presión sobre los asuntos internos de los Estados-nación (sobre todo los que tienen mayor permeabilidad y vulnerabilidad económica en el orden global), tiende a influir en el perfil de las políticas de gobierno que se desarrollan, en el contenido de las legislaciones, en las decisiones jurisdiccionales e, incluso, en la defensa de grupos de interés económico.

Por otro lado, en el marco de la amplia adopción de políticas de liberalización económica e impulso a la inversión extranjera directa, se ha profundizado el modelo de desarrollo hegemónico que prevalece nivel mundial y que se caracteriza por su perfil neoextractivista[1] y excluyente. Ello ha traído consigo la implementación de megaproyectos de desarrollo en muchos espacios del orbe: se trata de proyectos de inversión que buscan ubicarse en los mejores territorios de cada país, en los cuales se puedan extraer recursos naturales o con el objetivo de *posicionarse* estratégicamente en el espacio-territorio para la obtención de beneficios económicos, sin considerar los daños socioambientales y culturales que ello pueda ocasionar. Derivado de diversos conflictos medioambientales generados por estas políticas liberalizadoras que profundizan un modelo de desarrollo excluyente y no democrático en el que participan muchos centros económicos de producción jurídica, podemos observar a pueblos, comunidades y grupos sociales que han tenido que organizarse para defender su derecho al trabajo, su territorio, sus recursos naturales, entre otros derechos sociales y colectivos indispensables para su libre y pleno desarrollo. A este conjunto de escenarios le hemos llamado *la disputa por el derecho y los derechos* que afecta al ejercicio de derechos, ubicándonos en una regresión y afectación grave de los derechos.

Este libro pretende dar cuenta de todo ello, de una forma que genere más reflexiones inquietantes que respuestas exhaustivas. De ahí que se conformó un grupo de investigación que trabajó durante dos años en el marco del proyecto PAPIIT IA300415 que la UNAM impulsa. Sus integrantes son académicas/as y estudiantes de grado y pre-grado de distintas procedencias geográficas, disciplinas, especializaciones e intereses investigativos. Economía, ciencia política, antropología y derecho, por lo menos, dialogan al

[1] Harvey, David, *El Nuevo imperialismo (cuestiones de antagonismo)*, Madrid, Ediciones Akal, 2004.

La disputa del derecho.indb 22 28/11/18 10:52

interior de los trabajos que se presentan en esta obra. Colombia, Brasil, España, Canadá y México conformaron las geografías, incluyendo distintos espacios de varios de esos países. Por ejemplo, de España participaron colegas procedentes de Girona, Madrid, el País Vasco, así como Sevilla; de México, procedentes de la Ciudad de México y de San Luis Potosí, y además algunos de ellos aportan trabajos acerca de problemáticas ubicadas en distintas latitudes del país como Baja California (pueblo Cucapá), Sonora (Tribu Yaqui) y Guerrero (autonomía del pueblo de San Luis Acatlán).

Los capítulos que integran este libro, mirados de conjunto están guiados por una serie de objetivos que nos propusimos desde el inicio de estos trabajos de investigación, que consistieron en caracterizar la disputa actual por el derecho y los derechos que se está presentando entre distintos actores sociales en México: sus elementos teóricos, contextuales, sociales, económicos, políticos, entre otros; analizar críticamente el protagonismo de los organismos internacionales económicos, comerciales y financieros, así como de las empresas transnacionales en la producción del derecho y sus implicaciones para el ejercicio de derechos de pueblos, comunidades y diversos grupos sociales; mostrar la disminución de la capacidad reguladora y mediadora de los conflictos socio-jurídicos del Estado, sus posibles causas y las implicaciones que esto tiene para el ejercicio de los derechos; así como estudiar –en la medida de lo posible– procesos de luchas por el derecho y los derechos, de pueblos, comunidades y grupos sociales, a partir de casos concretos cuyo conflicto se derive de la implementación del modelo de desarrollo imperante, evidenciando la afectación de sus derechos.

En función de ello el libro se organiza en cuatro partes. La primera parte *Globalización neoliberal y configuración del derecho del despojo* se integra por los capítulos de Antonio de Cabo de la Vega (Madrid, España), Seyka Verónica Sandoval Cabrera (CDMX, México), Aleida Hernández Cervantes (CDMX, México), Enrique Prieto-Ríos (Bogotá, Colombia), Guillermo Torres Domínguez (CDMX, México) y Ricardo Sanín Restrepo (Bogotá, Colombia); la segunda parte aborda el delicado tema de *Los derechos humanos frente a la globalización neoliberal*, que contiene los trabajos de David Sánchez Rubio (Sevilla, España), Benjamín A. Cervantes Pérez (CDMX, México), Blanca Lizbeth Hernández Hernández (CDMX, México) y Mylai Burgos Matamoros (CDMX, México), Alejandro Rosillo Martínez (San Luis Potosí, México), Marco Aparicio Wilhelmi (Girona, España); la tercera

La disputa del derecho.indb 23 28/11/18 10:52

parte está dedicada especialmente a las *Reformas estructurales y la regresión en los derechos humanos en México* cuyos capítulos son de las plumas de Jaime Cárdenas Gracia (CDMX, México), Juan José Carrillo Nieto (CDMX, México), José Alfonso Bouzas Ortíz (CDMX, México) y Jorge Peláez Padilla (CDMX, México).

La cuarta y última parte del libro tiene el objetivo particular de contextualizar en casos concretos *La disputa por derecho* a partir del *análisis de casos en América Latina.* Destinaron sus esfuerzos a ello Yacotzin Bravo Espinosa (CDMX, México), Arístides Gutiérrez Garza (CDMX, México), Francisco López Bárcenas (CDMX, México), Marinella Machado Araujo (Belo Horizonte, Brasil), Erika Liliana López López (CDMX, México) y Daniel Alzate Mora (Bogotá, Colombia).

Es importante mencionar que todos los trabajos fueron presentados en su versión de ponencia en dos Seminarios Internacionales organizados en el marco del proyecto en el Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades de la UNAM: El derecho de la globalización hegemónica frente a la defensa de derechos de los pueblos y grupos sociales (agosto 2015) y La disputa por el derecho y los recursos naturales: normatividades emergentes, proyectos de desarrollo y derechos de los pueblos (octubre 2016).

Aleida Hernández Cervantes y *Mylai Burgos Matamoros*
Las coordinadoras

La disputa del derecho.indb 24 28/11/18 10:52

Introducción

Frida Villalobos[*]
César Contreras[**]
Josué García[***]
Violeta Barrientos[****]

I

Dentro de las discusiones planteadas en la primera parte de este libro, que ha tenido como directriz la globalización hegemónica y la reconfiguración del derecho, podemos enmarcar dos grandes bifurcaciones: la primera en torno a la concepción que se tiene de los procesos de globalización y la segunda sobre cuál es el papel del Estado dentro ellos.

Sobre la primera, Antonio de Cabo sitúa la discusión en que no existe un solo proceso de globalización, sino que hay paradigmas o proyectos globalizadores que operan "desde arriba" y "desde abajo"; los que provienen de la gobernanza mundial y los que provienen de las resistencias. Dentro de los

[*] Pasante de la Licenciatura en Economía de la Universidad Nacional Autónoma de México, actualmente trabaja en Universidad Autónoma Metropolitana-Xochimilco.

[**] Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Actualmente colabora en el área de defensa integral de la Fundación para la Justicia y el Estado Democrático de Derecho.

[***] Profesor Adjunto de la Facultad de Economía de la Universidad Autónoma de México. Licenciado en Economía de la misma institución y estudiante de la Licenciatura en Geografía por la Facultad de Filosofía y Letras, Universidad Nacional Autónoma de México.

[****] Licenciada en Estudios Latinoamericanos por la Universidad Nacional Autónoma de México.

La disputa del derecho.indb 25 28/11/18 10:52

primeros están la globalización cosmopolita, la neoliberal y la imperial, en los últimos están los pre-teóricos, los teóricos y los post-teóricos, ambos coexistiendo y actuando simultáneamente intentando colocar su visión del mundo. Pero es claro que ha habido cambios importantes en la economía, sobre esto, Seyka Sandoval nos da cuenta de la globalización económica con la interdependencia de los factores económicos dado que las empresas trasnacionales llevan a cabo el 80% del comercio mundial; es decir, el proceso de producción ha trascendido sustancialmente el espacio local y nacional, esto fue posible gracias a la ampliación de la frontera tecnológica que permitió la expansión del intercambio creando cadenas de valor en todo el mundo. En este sentido, Aleida Hernández coloca la dinámica de la globalización neoliberal desde el derecho del despojo, para la autora hay una configuración del derecho que busca proporcionar seguridades jurídicas a estos procesos. Ello significa que el derecho ya no se produce desde fronteras nacionales, razón que exige una configuración política y jurídica que responda a los intereses de la globalización hegemónica.

La discusión al respecto avanza en tanto las formas jurídicas que han hecho posible y que perpetúan estos cambios a nivel mundial, en esa lógica existe un actor principal que ha mediado los intereses de las clases dominantes y ha convertido en consenso social muchas prácticas a favor del aumento de ganancia, estamos hablando del Estado. Para la autora el Estado ya no es el único centro de articulación política, sino que coexisten organismos internacionales que estructuran jurídicamente los intereses de la globalización hegemónica y para ello propone el concepto de Estructuras jurídicas del Despojo como mediaciones institucionales para la desposesión. Este planteamiento en general es retomado por Seyka Sandoval para describir el proceso económico de la globalización, mismo que ha impactado a las instituciones dado que la acumulación del capital global exige un cambio en el plano jurídico, una construcción de instituciones a nivel global. Sobre este punto Antonio de Cabo nos dice que, si bien la globalización ha afectado el paradigma jurídico tradicional del Estado, las agresiones que están provocando estos procesos no tienen solución dentro del mismo; el paradigma constitucional sería irreconstruible sencillamente porque ha sido superado por la historia. Es decir, los estados sociales, para el autor, han desaparecido porque han encarnado los intereses de un grupo

La disputa del derecho.indb 26 28/11/18 10:52

de personas cuyo objetivo principal es consolidar una sociedad burguesa individualista.

Uno de los cambios más importantes que ha traído consigo la globalización es el derecho internacional a la inversión extranjera, el cual, nos dice Enrique Prieto, está compuesto por tratados internacionales entre países para proteger las inversiones extranjeras en un país receptor, limitando al Estado receptor de solicitar una garantía de beneficio real por la relación bilateral. De esta forma el derecho internacional a la inversión extranjera se ha convertido en una herramienta efectiva que facilita los procesos de violencia sistémica recordando a Slavoj Žižek, limitando la soberanía del Estado receptor de la inversión y la realización del disfrute de derechos de los individuos ciudadanos de estos países. Ahora bien, este derecho que se produce desde distintas organizaciones internacionales tiene cabida dentro del tipo de derecho que se está efectuando. Al respecto nos dice Ricardo Sanín –dando cuenta de la dicotomía del mismo– que el derecho que no sea desencriptado siempre será un arma letal en manos de cualquier sistema opresor.

Sentado esto, Sanín al profundizar en el análisis de la democracia nos plantea una mirada total respecto al curso inmanente de la globalización. Resulta imposible hablar de democracia dado que ello implica hablar de lo político y asimismo solo se puede hablar de lo político cuando no hay ninguna restricción de participar en ella, es decir, la política es inmanente al ser humano y la colonialidad en simbiosis con el capitalismo se erigieron sobre la base de la eliminación de la democracia. Así, el liberalismo aparece como un simulacro de democracia en el que se encripta el acceso a la política y se apodera del lenguaje tornándolo como algo superior.

En este sentido el autor señala que el lenguaje está encriptado y proviene de un poder que se ubica en centros elitizados y que se instala en la realidad como única posible garantizando la unión del poder y el conocimiento, del Estado y el capital, de la política y la economía como si fueran impenetrables; sencillamente la encriptación garantiza el imperio del capital. A modo de propuesta el autor plantea la desencriptación de la realidad como la resignificación de lo político, como el retorno de lo reprimido, de los excluidos, de aquellos que no han sido escuchados, sería el retorno de hacer escuchar las voces y reordenar la política desde el pueblo mismo liberando al *pueblo oculto;* los expropiados, los callados, los afectados del sistema.

La disputa del derecho.indb 27 28/11/18 10:52

II

El derecho del despojo y la encriptación de la democracia son una cara de la moneda de la disputa por el derecho. Este segundo apartado da cuenta del "Lado B" de la disputa, el que se ve afectado por la voracidad empresarial, una democracia impotente y un Estado ausente o presente a conveniencia de intereses de los grandes poderes privados.

El segundo apartado del libro, sobre derechos humanos, es inaugurado por las aportaciones de David Sánchez Rubio, quien busca reconceptualizar los términos "democracia" y "derechos humanos". La resignificación de la democracia y los derechos atenta contra la simplicidad e inconsistencia con la que se han desvirtuado sus propósitos últimos. La mercantilización de todos los aspectos de la vida contribuye a la pérdida de la dignidad humana y favorece la proliferación de discursos vacíos que legitimen el sistema sin modificarlo. Por tanto, los derechos humanos deben entenderse como la "institucionalización –más o menos– de triunfos populares" que den cuenta de las relaciones de poder desiguales, que se ubiquen como procesos históricos abiertos y reversibles. De igual forma, la democracia deberá postularse como "una forma de vida" y no sólo como un esquema de gobierno; debe, asimismo, dar cabida a la lucha, la reivindicación y la participación, constituirse entonces como una práctica plural del control y ejercicio del poder. Esta nueva concepción extermina los aspectos reduccionistas y abstracciones que impiden dotar de fuerza a estos conceptos y les brinda una mayor profundidad, capaz de sustentar la lucha y acción en su dimensión social e individual cotidiana.

Posteriormente, Mylai Burgos, Benjamín Cervantes y Lizbeth Hernández recogen la lucha histórica de los pueblos indígenas por el reconocimiento de sus derechos en el sistema jurídico positivo internacional y nacional mexicano; ello tras la negación histórica de reconocerlos como sujetos de derecho, la pretensión de integración "civilizatoria" y colonial, y la configuración dialéctica de la disputa entre los pueblos y los grandes poderes privados, los cuales buscan despojar a los pueblos de sus territorios, bienes y cultura. Así, el derecho internacional de los derechos humanos tuvo resistencias al reconocimiento de las demandas de los pueblos, al igual que los Estados. No obstante, las exigencias de los pueblos son institucionalizadas por el Estado con una intención "integracionista" primero, y

La disputa del derecho.indb 28 28/11/18 10:52

multiculturalista posteriormente, sin que se reconozca auténticamente a los pueblos como sujetos productores de derecho, de normas jurídicas que rigen sus relaciones sociales y que no dependen del reconocimiento estatal para su validez y legitimidad. En el entendimiento del pluralismo jurídico y la riqueza de la producción jurídica de los pueblos se encuentra una parte importante de la clave para la resistencia ante el despojo, la decolonialidad y finalmente, la liberación.

En esta misma línea, Alejandro Rosillo sugiere asumir una visión liberadora, antisistémica, plural e intersubjetiva de los derechos humanos. Efectivamente, el fundamento de los derechos humanos parte del reconocimiento de la otredad, de subjetividades emergentes históricamente vulneradas de manera sistémica y estructural. Las identidades que se ven reflejadas como imaginarias y pasivas no corresponden con la realidad de los derechos y su conquista; los sujetos oprimidos resisten la opresión y luchan contra ella, son sujetos en acción, agentes de transformación y atentan contra las estructuras de poder. Se sostiene que la reproducción de las formas de vida y la contextualización de los derechos son ejes centrales dentro de los fines, fundamentos y esencia de los derechos humanos.

Finalmente, el cierre del apartado corresponde a la aportación de Marco Aparicio, quien expone conclusiones provocativas y sugerentes para la reflexión de los derechos. Señala que los derechos humanos son instrumentos que han servido a la legitimación del Estado liberal; la consulta previa a pueblos indígenas se observa como un ejemplo clave para encontrar los rasgos de la "trampa de los derechos": excesiva procedimentalización, énfasis en las formalidades y fines de justificación a la privatización del poder (en oposición a la democratización del poder). Se presenta como un derecho que brinda la oportunidad del diálogo, pero legítima la desigualdad material ante la asimetría de poder de los sujetos que intervienen.

En ese sentido, es importante reflexionar el uso del discurso de los derechos y su capacidad de impugnación global de las condiciones que generan exclusión y desigualdad entre grupos. Los derechos, en su constitución tradicional, sufren la paradoja del disfrute individual pero la conquista colectiva, lo que refuerza la construcción de grupos y trincheras identitarias. Una segunda paradoja es que la eficacia de los derechos depende de la fuerza real de sus destinatarios (capacidad de amenaza): a mayor poder, mayor eficacia; y, a la vez, hablar de derechos es hablar de la debilidad de los

La disputa del derecho.indb 29 28/11/18 10:52

sujetos que los invocan. En consecuencia, el discurso de los derechos puede perpetuar la dominación, si no se analiza estratégica y concretamente la conveniencia de su uso. Por una parte, con cierta posición de fuerza, puede tener un efecto catalizador y ser una palanca movilizadora que articule adecuadamente el movimiento y lo posicione políticamente. Por otra parte, se puede convertir en un discurso vacío que, sin poder y sin capacidad de amenaza alguna, no tenga eficacia y simplemente se conviertan los derechos en "anestesias jurídicas". Se deben abandonar los derechos cuando se trate, en la práctica, de ficciones invisibilizadoras. Para combatir esta concepción, es preciso desprivatizar nuestras vidas y, con ello, desestatalizar al Estado, es decir, democratizar la participación en el ejercicio del poder público para la protección de los derechos y procesos sociales de emancipación.

De este modo, este segundo capítulo se ve atravesado por distintos hilos conductores, entre ellos los siguientes.

La constitución y la democracia. Conceptos fundamentales para comprender la construcción de los derechos humanos como discurso liberal engañoso, pero también para su reconceptualización en un sentido robusto, potente, con una base social en resistencia y una perspectiva histórica y de liberación.

El poder. Como rasgo que define la disputa en que se circunscribe la lucha y la acción social por la igualdad material, eje de la relación dialéctica y asimétrica entre quienes resisten y quienes oprimen. Por tanto, categoría analítica central para la discusión en torno a los derechos.

Los sujetos. Mientras que los derechos se han estudiado de forma estática con pretensiones de universalidad y de forma ahistórica, el estudio de los sujetos siempre involucra su contextualización, el estudio de sus procesos de emergencia, de configuración identitaria, de sus demandas y sus conquistas. Los sujetos dan cuenta, desde la materialidad, de la desigualdad, de la resistencia y la reivindicación de sus formas de vida por medio del uso de los derechos como instrumento, mas no como fin en sí mismos. Finalmente, son los sujetos quienes constituyen el derecho y no viceversa, los sujetos sólo son representados por el derecho del que son productores también.

La disputa del derecho.indb 30 28/11/18 10:52

III

Siguiendo el hilo argumental del libro, la tercera parte estuvo conformada por textos que abordan desde distintas aristas el despliegue particular de la disputa por el derecho en el contexto específico mexicano. Un apartado que más allá de los disensos, desacuerdos o rupturas entre los autores nos deja ver puntos de referencia generales, de cierta manera consensuados, respecto las implicaciones que está teniendo el neoliberalismo en las transformaciones del Estado mexicano, sus instituciones y normatividades jurídicas. *Grosso modo* se hace un balance crítico de los alcances, fisuras y contradicciones del proyecto neoliberal en nuestro país, pero además se intentan vislumbrar los retos y posibilidades que se nos abren el día de hoy. El apartado logra ser un avance reflexivo en la comprensión del fenómeno neoliberal y sus implicaciones en el derecho mexicano, no solo en términos descriptivos, sino también en términos explicativos.

Se coincide en que, a lo largo de más tres décadas de reformas estructurales en el país, se ha desatado un proceso paulatino, pero creciente, de *desplazamiento o vaciamiento parcial* de ciertos contenidos sociales y públicos del Estado mexicano. Contenidos consolidados, como resultado de largas luchas sociales, en los principios sociales de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, pero que hoy están siendo sustituidos o reconfigurados por "un proyecto de país radicalmente distinto", diría Juan José Carrillo. Una racionalidad del Estado mexicano distinta, que responde en un primer momento, según Jaime Cárdenas, a un "modelo económico de nación muy diferente".

Proceso que podemos ubicar en el tiempo a principios de los años ochenta, después de la fuerte crisis de la deuda, pero que al mismo tiempo no puede desvincularse de la crisis económica mundial de los años sesenta y setenta, tal como lo señala Jorge Peláez al explicar la relocalización de la inversión hacia países con menores costos y controles ambientales, con normas jurídicas más laxas. Así, la restructuración del derecho, y consigo del Estado, no se puede entender cabalmente si se deja de lado la estrecha vinculación que tiene desde sus orígenes con la reorganización del aparato productivo nacional y su localización en la nueva división internacional del trabajo. De esta forma se hacen visibles los grandes intereses económicos privados, principalmente transnacionales –o bien, foráneos–,

La disputa del derecho.indb 31 28/11/18 10:52

organismos financieros internacionales (Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial, OCDE) y acuerdos de comercio internacional (TLCAN), que han impulsado este proyecto particular, a nivel mundial y en nuestro país. Intereses que le dan forma al proyecto de "globalización neoliberal", un proyecto que reviste el mito del progreso prometiendo las virtudes de la modernidad capitalista y la prosperidad mediante las fuerzas libres del mercado mundial, reduciendo el papel del Estado "a una intervención mínima o nula en la economía […] y a otorgar la seguridad jurídica necesaria para que los contratos y las transnacionales puedan realizarse libremente" como señala Juan José Carrillo.

Es así como el proyecto dominante neoliberal re-direcciona las funciones del aparato del Estado y en este sentido del derecho, "redefiniendo las características del Estado mexicano en términos de soberanía e independencia", comprometiendo la autodeterminación nacional, y haciendo de éste, su medio "para formar su propia estructura institucional, valiéndose de las reformas jurídicas necesarias […] que le da sustento constitucional, legislativo y por ende la seguridad jurídica que le permite continuar con su proceso de acumulación y despojo", tal como señala Jorge Peláez.

Lo anterior permite la consolidación de nuevas legalidades para el despojo de recursos naturales, de derechos y conquistas sociales junto con la desposesión territorial para garantizar la rentabilidad de grandes agentes económicos en el país. Tal como lo fue la Reforma agraria de 1992 al legalizar la compra y venta de tierras ejidales, o la "reforma laboral flexibilizadora" de 2012, de la que nos menciona José Alfonso Bouzas, la cual "reconoció la legalidad de la subcontratación, dio paso a nuevas formas de contratación, incluyendo los periodos a prueba y en capacitación y, el crecimiento de la informalidad".

Actualmente este proceso de instauración del proyecto global neoliberal en el país se ha agudizado e intensificado a lo largo del sexenio del gobierno priísta de Enrique Peña Nieto, caracterizado por "la magnitud de los cambios y la brevedad del plazo en el que fueron aprobados". El estudio de Jaime Cárdenas se centró en tres de las reformas más representativas aprobadas recientemente: en la primera, la reforma energética aprobada en 2013 se hace explicita la vinculación que guarda con intereses geopolíticos y los mecanismos que facilitan la explotación de los recursos energéticos nacionales por las grandes empresas transnacionales petroleras. En la

La disputa del derecho.indb 32 28/11/18 10:52

segunda, se destaca el carácter preferencial de la reforma en telecomunicaciones y radiodifusión de 2013 a favor de una oligarquía nacional y de empresas extranjeras en detrimento de los medios públicos y comunitarios del sector. Por último, se menciona que la reforma educativa incentiva la privatización de la educación pública, la modificación restrictiva de los derechos laborales, además de la creación de un organismo autónomo estrechamente relacionado con los tres partidos políticos principales y con las recomendaciones de la OCDE.

Finalmente Jorge Peláez Padilla, señala que el actual proceso de globalización no solo implica consecuencias inmediatas en los derechos nacionales y en las funciones institucionales del Estado para expandir la acumulación del capital; sino que al mismo tiempo se crean espacios para que se globalicen las resistencias y los mecanismos para impulsarlas a nivel local con nuevas oportunidades para la acción colectiva y la movilización socio-legal (la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos y la Ley reglamentaria en materia de Juicio de Amparo 2013).

En síntesis, lo que tenemos es una concepción abierta del derecho, no como algo estático, fijo y dado, sino un derecho en movimiento, producto histórico de una constante confrontación en devenir, de distintos proyectos de intereses, lo cual, como acertadamente señala Jorge Peláez, no significa que todas las partes estén en condiciones iguales de negociar. Pero que, como dice Juan José Carrillo, se abren las posibilidades de "crear otro derecho".

IV

La transición hacia el Estado neoliberal, ese estado funcional a la nueva forma de organización capitalista, garante de la reproducción de la mísma, redirige las tareas del Estado permitiendo la injerencia de organismos financieros de carácter internacional en la creación de nuevos marcos normativos que regulan, transnacionalmente, el despojo.

La cuarta y última parte de este libro, se concentró en seis procesos que ejemplifican este marco de acción normativo, establecido en las últimas décadas, en tres países de América Latina: México, Brasil y Colombia. El conocimiento de los estudios de caso es siempre pertinente para entender

La disputa del derecho.indb 33 28/11/18 10:52

las distintas formas que asume un determinado fenómeno en contextos históricos diferentes. De esta manera se evidenciaron los alcances, limitaciones y reformulaciones que acompañan la disputa por el derecho en el escenario de la globalización económica.

Desde el Estado mexicano, las transformaciones de lo público y de lo privado producto de las nuevas relaciones capitalistas de lo que nos habló Arístides Gutiérrez, protagonizan el cómo hacer para desregularizar estructuralmente y despojar legalmente. Esta reconfiguración, sienta las bases para la acumulación del capital en este contexto de transición hacia el neoliberalismo –o posneoliberalismo, como apunta Daniel Alzate para el caso de Colombia. En este sentido, el Estado de derecho y la soberanía, se desvanecen y dan paso a una ola de desmocratización. De aquí que por decreto presidencial se consiga extinguir la compañía de Luz y Fuerza del Centro; organismo remanente de la nacionalización de la industria eléctrica que se gestó desde 1960.

Siguiendo esta misma línea, es posible proyectar el argumento para los otros casos y se observa que, bajo la figura de reservas, de megaproyectos de desarrollo y de las Zidres, se consolida la privatización de los recursos para el beneficio de la inversión privada en alianza con cúpulas políticas, y para el capital financiero internacional, dejando de lado a los pueblos indígenas, comunidades campesinas y negras, habitantes de la ciudad y trabajadores en general, expuestos históricamente a escenarios de vulnerabilidad.

A su vez, este nuevo contexto ignora las formas de vida e identidad colectiva que para el pueblo Cucapá, como lo expuso Yacotzin Bravo, representan los recursos pesqueros; o la relación de sobrevivencia que el río Yaqui genera en la cultura del pueblo indígena que lleva su mismo nombre, como lo señaló Francisco López. También ignoran el impacto ambiental que en cuanto a degradación y contaminación provocan tanto la Reserva de la Biósfera del Alto Golfo de California y el Río Colorado y su Zona Núcleo, como el Acueducto Independencia. Ante las adversidades, quienes integran estos pueblos terminan por desplazarse hacia centros de trabajo regidos bajo condiciones de precariedad. Al tiempo en que se van configurando estas nuevas formas de despojo, se va creando todo un ordenamiento jurídico que lo respalda, el mismo que Daniel Alzate identificó como "derecho útil al capital". En este sentido, a lo largo del capítulo fue posible identificar ciertas pautas en cuanto al derecho y sus usos.

La disputa del derecho.indb 34 28/11/18 10:52

La primera de ellas es la del derecho letrado. Es decir, el derecho escrito. El que establece en el artículo dos de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos la existencia de los pueblos indígenas y el reconocimiento de su libre determinación, el derecho a establecer los límites de su territorio y de su organización política. Derechos respaldados también en el artículo 14 del convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y que sin embargo, no son respetados en los casos de los pueblos Cucapá y Yaqui; el derecho a la ciudad en general, y en específico el estatuto de la ciudad y el artículo 182 de la Constitución de 1988 de Brasil, que estipula la participación ciudadana en la toma de decisiones de las ciudades que queremos; y la ley 160 de 1994 establecida en Colombia, la cual defiende la distribución igualitaria de la tierra bajo la figura de la Unidad Agrícola Familiar (UAF). Éste es el derecho al que Marinella Machado denomina como simbólico, derechos conculcados.

La segunda pauta corresponde a la manera en la que se hace uso del derecho en diversas circunstancias. Para este capítulo, el recurso del derecho a la consulta –caso del Estado mexicano– es el que más sobresale y el que más controversias genera. Se trata de un derecho otorgado a los pueblos indígenas que, en el caso de los Cucapá, se ejerció en un contexto de desinformación e irregularidades que terminaron legitimando la creación de la reserva. Y que en el caso de los yaquis, se planteó de manera posterior a la construcción del acueducto, no se ha realizado y de igual manera, la ausencia del consentimiento que pudiese otorgar no necesariamente implicaba echar atrás el proyecto del acueducto.

Así, si en el caso de los pueblos originarios Yaqui y Cucapá el derecho a la consulta resultó controversial por la manera en que fue llevado a cabo, el artículo de Liliana López permite entender la manera en que las comunidades de la Costa Chica y de la montaña de Guerrero han organizado un Sistema Comunitario de Seguridad Justicia y Reeducación, denominadas como Policías Comunitarias. Un caso de pluralidad jurídica que articula la participación popular para el logro de la maximización de derechos. Lo que da pauta para abrir el marco de discusión sobre la potencialidad emancipatoria del derecho a partir de las prácticas comunitarias.

La tercera pauta trata de la transformación del derecho en tanto a su capacidad de otorgar certidumbre jurídica al modelo en cuestión. En este sentido el despojo y la privatización de los recursos se tornan legales, en

La disputa del derecho.indb 35 28/11/18 10:52

México, desde la firma del Tratado de libre comercio de América del Norte (TLCAN) en 1993, y en Colombia con los agronegocios, en la creación de las Zonas de desarrollo rural, económico y social (Zidres) en 2015. Se observan así mecanismos jurídicos desmantelando órdenes anteriormente regidos bajo los principios de los derechos colectivos. En los otros casos: la organización bajo la forma de las cooperativas, los derechos de los trabajadores sindicalizados, el derecho humano al agua, el derecho a decidir la gestión urbana de las ciudades que habitamos, y el derecho al acceso a la tierra.

Es necesario enfatizar que los contextos históricos que se desarrollaron en el capítulo son de suma relevancia en el devenir de cada uno de los casos. A su vez, el contexto de la insurgencia, la injerencia del narcotráfico y la presencia de las multinacionales, no son gratuitas en un país –Colombia– carente de una reforma integral de la tierra. Por otro lado, la demanda de desarrollarse en ciudades dignamente habitables para toda la sociedad tiene cabida en el contexto de precariedad y marginación en cuanto a vivienda e infraestructura en la que vive la gran mayoría de la población citadina; el despliegue de la ciudad adecuada como una mercancía más, como apuntó la autora del cuarto artículo para el caso de Brasil, Marinella Machado.

Por último, la pregunta de hacia dónde va el derecho ante la inminente situación de despojo, se hace necesaria. Si bien el derecho sigue conservando principios y garantías por las que se ha luchado colectivamente, se observa que existe una tendencia a no apegarse a ellas, a transformarlas, o a utilizarlas como arma de doble filo. Quizá, como señaló Marinella Machado, ahora más que nunca se vuelve indispensable dar el salto de una fuerza simbólica a una fuerza normativamente vinculante, es decir, la ejecución del texto legal a la práctica. Para esto es necesaria la participación activa de la sociedad en la aplicación de la misma, pero, sobre todo, la desencriptación del interés económico global que existe en ella y que se encubre a través del lenguaje –como apuntó Daniel Alzate– y la ineficiencia del sistema burocrático.

La disputa del derecho.indb 36 28/11/18 10:52

I

La globalización neoliberal y la configuración del derecho del despojo

Globalización y paradigma jurídico del Estado[1]

Antonio de Cabo de la Vega[*]

La pretensión de este texto es exponer algunas ideas muy generales sobre globalización y paradigma jurídico del Estado, de forma que puedan servir, en cierto sentido, de marco teórico o de introducción para quienes estén menos familiarizados con ellos.

Se trata de enunciar algunas ideas muy sencillas en torno a la globalización y a sus efectos, y sobre el paradigma jurídico que se ve afectado por ella. Este paradigma no es otro que el paradigma del Estado constitucional, y más concretamente, del Estado social constitucional, que, en la práctica, es casi el único realmente existente como consecuencia de la enorme confluencia entre los diferentes regímenes o sistemas jurídicos; manifestación, a su vez, de eso que llamamos informalmente "globalización".

Me gustaría comenzar con algunas aclaraciones de orden epistemológico, que creo importantes para evitar confusiones frecuentes. Por un

[1] El presente texto recoge, en lo esencial, la ponencia desarrollada en el seno del Seminario Internacional El Derecho de la Globalización hegemónica frente a la defensa de derechos de pueblos y grupos sociales, celebrado en la Universidad Nacional Autónoma de México, en agosto de 2015. En él se sintetizan algunas ideas elaboradas previamente en otros trabajos. Se ha mantenido deliberadamente el carácter oral y relativamente informal de la presentación; se remite al lector a las referencias antes indicadas para el oportuno apoyo bibliográfico y para una exposición más sistemática.

[*] Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Catedrático de Derecho Constitucional dela Universidad Complutense de Madrid.

La disputa del derecho.indb 39 28/11/18 10:52

lado, hay que tener en cuenta que la noción de globalización se emplea, en numerosas ocasiones, de dos formas igualmente incorrectas.

En primer lugar, en lo que podemos considerar una forma totalmente trivial (o *ateórica*) y, en segundo lugar, en otra que es sencillamente teóricamente inadecuada.

Se utiliza la palabra globalización de una forma trivial o *ateórica* cuando queremos decir sencillamente 'ahora' o 'en el presente'. Se trata de un uso relativamente inocuo, aunque, en su pretendida sofisticación, resulte pedante en la mayoría de los contextos.

El segundo, en cambio, encierra mayores peligros. Sucede que, con frecuencia, cuando se hace referencia a procesos históricos, se produce lo que técnicamente se llama la sustitución del *explanandum* por el *explanans*. O, dicho de otra forma, que se da como explicación, precisamente, aquello que tendríamos que explicar, sustituyendo, pues, *la explicación* por el *nombre* de lo que tendríamos que explicar.

Así, no es teóricamente aceptable afirmar cosas como: "la literatura italiana se vio transformada con la llegada del Renacimiento". Por el contrario, llamamos "Renacimiento" (entre otras cosas) a la transformación de la literatura italiana a partir de un determinado período. Eso es, justamente, lo que hay que explicar. De igual modo, no cabe decir "el Derecho ha cambiado porque se ha globalizado"; sino que llamamos "globalización" al cambio que ha sufrido el Derecho, cambio que nos correspondería explicar.

En resumen, es importante ser conscientes de que sólo debemos utilizar la expresión "globalización" en un sentido técnico o en un sentido teórico, si nos estamos refiriendo a algún proceso identificable con sus propias causas y efectos, con alguna virtud explicativa concreta. Es decir, no se puede convertir a la globalización en una suerte de explicación para todo, de manera que no explica nada, y sencillamente se limita a enunciar de una manera presuntamente sofisticada la existencia de un fenómeno que permanece igualmente incomprendido.

Así pues, ¿qué se puede entender por globalización? O, más informalmente, ¿de qué hablamos cuando hablamos de globalización? A mi juicio, no hay un solo proceso de globalización, no hay tal cosa como *la* globalización. Lo que existirían serían paradigmas o *proyectos* globalizadores. Y esto es importante tenerlo en cuenta, porque, como es obvio, aunque con frecuencia se olvide u oculte, no hay transformaciones sociales sin

La disputa del derecho.indb 40 28/11/18 10:52

actores sociales, sin agentes sociales. Es decir, todo proceso de cambio se produce porque alguien lo impulsa, porque existe un sujeto histórico detrás que promueve esa transformación. Naturalmente, ningún sujeto histórico consigue el cien por cien del éxito, es decir, nadie consigue que su proyecto se materialice de manera absoluta o completa en la realidad; sino que la realidad es el resultado de la acción de un campo de fuerzas de diferentes actores. Aunque esto es así, sucede que, normalmente, no todos los actores tienen la misma fuerza y algunos logran caracterizar, determinar o sobredeterminar esa realidad.

Igual que caracterizamos a la revolución francesa de 1789 como una revolución liberal-burguesa, pese a que, en términos más concretos, fue el resultado de una alianza amplia de clases, no porque fuera promovida o ejecutada exclusivamente por las burguesías ascendentes de ideología liberal, sino porque dicho grupo logró imponer su programa en los resultados finales del proceso histórico analizado, del mismo modo trataremos de identificar cuáles son los sujetos o proyectos de esta transformación globalizadora que pretendemos analizar.

En mi opinión, existen en la realidad proyectos globalizadores, para decirlo de manera elemental, por arriba y por abajo. Es decir, hay proyectos globalizadores de los que mandan y de los que no mandan.

Hay proyectos globalizadores de lo que podríamos llamar la gobernanza mundial (utilizando aquí la palabra gobernanza de una manera algo distinta a la más extendida, para referirnos a los que *gobiernan* el mundo, incluso si no son *gobierno* en sentido formal). Y creo que cabe distinguir tres grandes proyectos o, al menos, tres líneas de globalización.

Tenemos, en primer lugar, una globalización que, a falta de mejor nombre, podemos llamar "globalización cosmopolita", que parte de la idea de que los problemas actuales del mundo –entendiendo por actuales desde la caída del muro de Berlín, en 1989 hasta el presente– se derivarían de una escasa juridificación de las relaciones internacionales. Este es el tipo de proyecto que ampara Naciones Unidas y muchos de sus organismos especializados (el PNUD, por ejemplo), que lo que creen es que las relaciones internacionales están en un estado de lo que llama Luigi Ferrajoli "poderes salvajes", es decir que falta un orden internacional, por lo que se pretende construir una juridificación análoga a la que tuvieron, en su momento, los Estados, pero ahora, en el orden internacional. ¿Con qué bases? Tomando como fun-

La disputa del derecho.indb 41 28/11/18 10:52

damento, esencialmente, la renuncia a la guerra de la Carta fundacional de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, y las declaraciones y convenios especializados de Naciones Unidas en materia de derechos humanos. Según este planteamiento, lo que faltaría para este proyecto de constitucionalismo cosmopolita sería la parte político-organizativa (u orgánica) de esa Constitución *in fieri*. Es decir, tendríamos la parte valorativa (o dogmática), los principios y derechos, pero faltaría una institucionalidad mundial capaz de imponer ese orden valorativo en las relaciones internacionales, y dentro de los propios Estados.

Un proyecto que, en sede teórica, se identificará con propuestas como la de Ferrajoli, y en último término, inspirada por el Kant de *La Paz Perpetua*, donde se formula una primera propuesta de una organización mundial. En definitiva, algunos actores, cuando se habla de globalización, lo que tienen en mente es una rejuridificación de las relaciones y una consolidación de la institucionalidad internacionales.

Completamente opuesto a este proyecto globalizador (donde junto *a –parte de–*) Naciones Unidas, tendríamos a (*parte de*) la academia, ciertas organizaciones no gubernamentales y algunos movimientos sociales, se situaría otro, al que podemos llamar, a falta de mejores denominaciones, "globalización neoliberal", "globalización económica" o "lex mercatoria". Este proyecto parte de un análisis radicalmente inverso: los problemas de organización del mundo no se derivan de la falta de Derecho, sino del exceso de Derecho; y, concretamente, de un tipo de Derecho que proviene de los Estados y del circuito democrático. Ese Derecho sería el que estaría obstaculizando el desarrollo del mundo. ¿A partir de qué análisis? Dicho de una manera muy sencilla, el Derecho estatal de base democrática –es decir, aquél que se construye a base de instituciones donde la ciudadanía expresa sus preferencias en unas elecciones, y unos representantes discuten o tratan de transmitir o convertir en propuestas esas inclinaciones del electorado– tendría dos graves inconvenientes para el mundo actual: su lentitud y su insensibilidad.

Es decir, la aceleración histórica de un lado –la rapidez con la que surgen y se desarrollan los problemas– y, de otro, la complejidad que encierran, hacen que el derecho de base estatal democrática sea incapaz de dar respuesta a los mismos. Cuando las instituciones jurídico-democráticas perciben que hay un problema, el problema ya es insoluble, el problema ha adquirido tal complejidad que ya no se le puede hacer frente. E, incluso, si todavía se

La disputa del derecho.indb 42 28/11/18 10:52

estuviera a tiempo de hacerle frente, no habría capacidad de computación en el sistema; es decir, el órgano estatal correspondiente (el gobierno, el legislativo, etcétera) no es capaz de entender el problema y, consecuentemente, no lo puede resolver. Dicho gráficamente, si se desata una crisis económica, por ejemplo, la crisis de la bolsa en China, para cuando se reúna el órgano legislativo, la crisis ya nos habrá hundido o habremos salido de ella por otras vías. Y, potencialmente, según este análisis, los diputados (por su formación, por su mecanismo de reclutamiento) ni siquiera estarían en posición de entender qué es lo que está pasando y, por tanto, de ofrecer una solución.

¿Quién sí entendería y quién sí sería lo suficientemente rápido como para actuar? La inteligencia difusa y colectiva que expresan los mercados como forma de organización de las relaciones económicas. Los mercados serían sensibles porque reflejan con carácter inmediato la presencia de los problemas; y, adicionalmente, precisamente por su carácter de inteligencia colectiva (o difusa o distribuida o de enjambre o de red) cuentan con la capacidad de computación como para hacer frente a ese problema (los mercados serían, en lo social, lo más parecido a una estructura de análisis instantáneo y no formalizado de los *big data*). Nuevamente, con un ejemplo elemental, cuando un barrio o una parte de la ciudad se está degradando, antes de que la administración se dé cuenta, los precios de las casas ya han empezado a bajar. ¿Por qué? Porque hay una inteligencia colectiva en el mercado que rápidamente ha detectado el problema y ha empezado a aplicar una *solución* (la caída del precio). Consecuentemente, hay que reconducir todo lo que se pueda, desde el ámbito de regulación de la democracia, del Estado y del Derecho, a mecanismos que se parezcan, cuanto más mejor, a formas de organización de mercado, de libre encuentro entre sujetos con participaciones de diferente tipo, pero que no vengan con la rigidez que introduciría el circuito democrático y la existencia del Derecho.

Este programa es explícito en muchos de los actores de la globalización neoliberal: el Fondo Monetario Internacional (o una parte de él), la Organización Mundial del Comercio (o una parte de ella), ciertos Estados que abogan por este tipo de actuación, muchas fundaciones (por ejemplo, norteamericanas que promueven este tipo de ideas), grupos económicos, transnacionales, multinacionales (o una parte de ellos, porque no es lo mismo construir barcos que se encargan ahora y tardan años en entregarse,

La disputa del derecho.indb 43 28/11/18 10:52

lo que requiere de estabilidad y planificación, que una empresa volátil de negociación de futuros).

Como puede apreciarse, estos dos grupos de actores tienen una visión de la globalización por completo diferente y antagónica. Parten de un análisis radicalmente incompatible y abogan por soluciones totalmente diversas. Al lado de estos dos actores, existe un tercer proyecto globalizador, que parte de un análisis alternativo al de los dos anteriores, en el sentido de que, según su criterio, el problema no se derivaría ni de que hay poco Derecho, como creen los globalizadores cosmopolitas; ni de que hay demasiado Derecho, como creen los globalizadores neoliberales, sino que los problemas actuales del mundo, para decirlo con palabras grandes, se derivarían de una falta de autoridad. Lo que falta en el mundo es autoridad. Es esta falta de autoridad la que ha creado una situación de poderes cimarrones, de poderes salvajes, donde básicamente cada uno hace lo que quiere; es decir, frente al mundo ordenado que salió de la Segunda Guerra Mundial, donde las potencias mundiales tenían un acuerdo, bueno o malo, en términos de Guerra Fría, en términos de Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, etcétera; lo que sucede es que cada uno actúa como quiere, porque lo que se ha perdido es la autoridad. Se parte de un análisis filosófico- político, el clásico análisis neoconservador, donde (en una versión algo caricaturizada) se viene a decir: "la pérdida de valores en el individuo y la familia no es más que el primer escalón que lleva a los países rebeldes, a los países salvajes. Porque no se llega virgen al matrimonio, porque se blasfema, porque no se respeta al padre, es –en una acelerada pendiente resbaladiza– por lo que hay países y grupos sociales descontrolados. Hay que recuperar el panorama completo de la reconstitución moral de las sociedades y, por lo tanto, lo que hay que recuperar es la autoridad. La del padre de familia en la familia, la del gobernante en el Estado, la del profesor en la escuela y, en general, reconstruir sobre bases de una nueva autoridad". Se trata de un enfoque frecuente en lo que se suelen llamar halcones de la política norteamericana, en el bloque *neocon*, el *Tea party*, entre otros; es un discurso que aflora en el Departamento de Estado Norteamericano, y que suscriben quienes se benefician del mismo, es decir, los fabricantes de armas, de mecanismos de control social, instrumentos de tortura, algunos grupos religiosos, etcétera.

Así pues, lo que habría que hacer es reconstituir mediante la autoridad *el orden mundia*l. Es lo que podemos llamar una globalización "imperial".

La disputa del derecho.indb 44 28/11/18 10:52

Es decir, hay que reconstruir el imperio (en sentido clásico de mando) y, si nadie es capaz de hacerlo, ese papel deberán adoptarlo, institucionalmente, las potencias mundiales. Este tipo de discursos se puede escuchar en Estados Unidos, pero también aparece potencialmente en Rusia, que también quiere reconstruir con base autoritaria su poder sobre Ucrania, Bielorrusia, etcétera. Y está latente en otras potencias en las que no se sabe a ciencia cierta cuál es su proyecto a medio plazo, como China, y en diferentes países en los correspondientes contextos *regionales o subregionales*.

Como es obvio, este proyecto es también opuesto e incompatible con los anteriores; de lo que resulta que el problema es que tenemos poco Derecho, o que tenemos mucho Derecho, o que no tenemos autoridad; y lo vamos a resolver haciendo más Derecho, o haciendo menos Derecho o incrementando la autoridad. La idea primera, pues, que me gustaría señalar es que se está haciendo todo a la vez, todos estos proyectos tienen actores poderosos por detrás que tratan de colocar en la realidad su visión del mundo. Lo que podemos apreciar hoy es una mezcla de las tres cosas, la resultante o equilibrio (inestable y provisional) de sus diferentes esfuerzos. Es, justamente, por esta razón, por la que no resulta fácil hacer un análisis coherente u homogéneo de los procesos globalizadores: porque no es posible aislar en la realidad, lo que podemos aislar teóricamente.

En la realidad lo que aparece es el impacto de estas políticas. La Unión Europea quizá constituya un ejemplo ilustrativo de esta situación. Y ello porque, sin entrar en grandes detalles, la Unión Europea hace y deshace todo a la vez: desorganiza a los Estados en favor de los mercados con políticas neoliberales, desregula, pero, al mismo tiempo, presenta una Constitución para Europa, mientras, simultáneamente, subordina la Unión Europea a la otan. Parece claro que se está queriendo hacer todo a la vez, y la prueba de ello, es que no se consigue hacer realmente ni lo uno ni lo otro, sino una situación donde la Unión Europea ni tiene peso militar, ni tampoco consigue establecer un orden jurídico en el sentido propio de la palabra, ni desregula por completo, porque hay resistencia en algunos Estados, como Francia, que se resisten a perder el control estatal, sus formas de Estado social y sus formas de protección e intervención. Para otras latitudes, podrían ponerse ejemplos semejantes de movimientos simultáneos en direcciones opuestas.

Simétricamente a la globalización de los poderes por arriba, hay una suerte de globalización de los poderes por abajo. Lo que podemos llamar,

La disputa del derecho.indb 45 28/11/18 10:52

a falta de mejor denominación, "globalización de las resistencias". Ahora bien, también por abajo, hay proyectos muy diferentes, hay agentes y actores de naturaleza muy diversa que tienen una visión, a su vez, muy divergente de qué es lo que hay que hacer y cuál es la solución. También a falta de mejor clasificación, podríamos decir que, básicamente, hay tres tipos de resistencias globalizadas desde abajo, en lo que llamaríamos "antiglobalizadores" o "globalización antihegemónica" o "globalización por abajo": los preteóricos, los teóricos y los posteóricos.

Podemos utilizar la expresión "preteóricos" para referirnos a los perjudicados directos por los actos de la globalización por arriba, son los que sufren en sus propias carnes los actos directos de esa globalización: el campesino desplazado, la persona que pierde su medio de vida, las industrias arrasadas por los bajos precios del mercado, etcétera. En Latinoamérica, quizá el espacio donde se visualizan con más claridad es el de las comunidades campesinas. Pero no sólo.

También son quienes se quedan sin agua por los proyectos que se hacen para otorgársela a un centro de turismo, o quienes son desplazados por razones geoestratégicas porque se construye una base militar. ¿Qué es lo que caracterizaría a estos antiglobalizadores preteóricos? En primer lugar, no parten de un análisis de cuáles son las causas globales y últimas de sus males. Sólo constatan que tenían un río, un campo y que ya no tienen el río, ya no tienen el campo. ¿Y contra quién dirigen su protesta? Contra el actor directo de sus males. Es decir, si es la comisión de electricidad la que les quita sus tierras, van contra la comisión de electricidad. No contra el presidente de la República o contra un acuerdo que se ha tomado en el fmi, sino directamente contra el autor material y directo de sus males. ¿Por qué decimos que están globalizados? Porque hay redes por abajo de solidaridad entre estos movimientos. Y es posible constatar que los que están en la lucha de un río están unidos con otros por abajo, gracias, por supuesto, a los medios de comunicación modernos, al internet, etcétera. De forma tal que, en una lucha de este tipo, directa y frontal, aparecen personas que, en realidad, no padecen ese problema, sino otro análogo, pero que están unidos, digamos, por lazos de solidaridad. Una globalización, pues, por abajo, basada no en un análisis, sino en el sentimiento, en la solidaridad, en la empatía.

Al lado de estos globalizadores por abajo, antiglobalizadores o globalizadores inversos preteóricos, aparecerían los teóricos. Los teóricos son los

La disputa del derecho.indb 46 28/11/18 10:52

luchadores sociales clásicos, los que, naturalmente, se oponen a los efectos de la globalización por arriba pero que no tienen por qué ser afectados directos por la globalización, sino, como consecuencia de un análisis realizado desde premisas generales, están en contra de que se construya la presa, se desplace a los campesinos, se cierren los astilleros, etcétera. No sólo parten de ese análisis, sino que tienen una visión alternativa del mundo. Es decir, pretenden sustituir ese orden por otro orden que, en su visión del mundo, sería el correcto. Esta es la forma de resistencia clásica que ha encarnado tradicionalmente el socialismo, el comunismo, etcétera.

En cualquier problema social de la realidad, por ejemplo, contra un cierre de una escuela, podemos ver un grupo de personas que se manifiestan porque son los afectados (por ejemplo, los padres de los hijos que van a esa escuela), pero también aparece el frente del partido x, que se opone a la política gubernamental cuya manifestación concreta es dicho cierre. Los lazos que unen a esta resistencia, que también está globalizada, no son propiamente lazos de solidaridad, sino lazos intelectuales, teóricos, de análisis (sin perjuicio, como es obvio, de que subjetivamente puedan existir lazos afectivos surgidos de la lucha común). Es la confluencia en el análisis la que hace que se encuentren en la protesta personas que no padecen ese problema o que ni siquiera son de ese país, personas o grupos que participan en acciones sociales u ofrecen cobertura jurídico-legal. Normalmente, quienes se colocan en esta posición tratan de dirigir su actuación contra quienes consideran que son los responsables últimos del problema. No contra el agente concreto de policía, sino contra quien en último término adoptó la política que condujo a esa decisión. Es decir, se oponen, por ejemplo, al tratado de libre comercio, antes que a la concreta autoridad que está adoptando la medida. Por supuesto, en la realidad, estos grupos aparecen, con frecuencia fundidos en un mismo medio social o en estado de transición de una forma de protesta a otra.

Finalmente, encontraríamos a los globalizadores post-teóricos. ¿En qué se diferenciarían de los grupos anteriores? Se diferencian de los teóricos en que, en general, no tienen un proyecto alternativo definido. No quieren sustituir el mundo por una receta que ya tienen, sino que están en un proceso de búsqueda (potencialmente perpetua) de la solución. De facto, renuncian a tener un programa como tal. Y lo hacen porque consideran que cualquier argumento de carácter teórico, cualquier propuesta formalizada en términos de programa, es, en realidad, una propuesta colonizable que

La disputa del derecho.indb 47 28/11/18 10:52

termina resultando funcional al sistema. Como es sabido, tensiones de este tipo se han registrado, por ejemplo, en el Foro Social Mundial. Por decirlo de una manera ultrasimplificadora, allí se han enfrentado quienes deseaban convertirlo en una nueva Internacional, es decir, salir del análisis, de la horizontalidad, para entrar en un programa de propuestas concretas, con quienes sostienen que sólo la horizontalidad, la falta de jerarquía etcétera, resulta no colonizable por el sistema.

Como ya se dijo antes, en la realidad, estos tres tipos de acciones y de sujetos aparecen mezclados, a veces, fundidos y, con frecuencia, en estado de transición. Por ello, también por abajo es difícil ver qué es lo que está pasando, puesto que lo que aflora finalmente es el resultado de las acciones de unos y otros, en parte, coincidentes, en parte, divergentes y, en parte, incompatibles.

La globalización (entendida como la resultante inestable y provisional de las acciones de los diferentes actores globalizadores) estaría impactando, según un consenso bastante generalizado, sobre el paradigma jurídico tradicional del Estado.

¿Cuál sería, entonces, ese paradigma jurídico organizativo? En realidad, casi todos los Estados, en la práctica, están organizados como Estados constitucionales, con un modelo que, de una u otra manera, pretende ser un Estado social. De alguna forma, todos los Estados afirman (o aspiran a) ser Estados constitucionales sociales (o, dicho en otra terminología, Estados sociales y democráticos, de Derecho). La cuestión es, pues, ¿en qué situación coloca *la* globalización (en el sentido antes indicado) a este paradigma tradicional del Estado social?

Pues bien, la conclusión que me gustaría sostener es que las agresiones que están provocando los procesos globalizadores al paradigma constitucional tradicional no tienen solución dentro del mismo. Es decir, el paradigma constitucional tradicional sería *irreconstruible*. No se trata de que haya sido afectado, minado, y de que podemos dar un paso atrás y reconstruirlo, sino de que ha quedado destruido, en el sentido de que es *irreconstruible*, de que ha quedado, por decirlo en forma clásica, superado por la historia.

Conviene tener esto presente porque, con frecuencia, se presentan diferentes propuestas de acción de base *reconstructiva*, es decir, que pretenden volver o regresar al Estado social. Ahora bien, si lo que aquí se sostiene es correcto, se estaría pretendiendo un imposible, lo que, naturalmente, implica la frustración de cualquier pretensión de esa clase.

La disputa del derecho.indb 48 28/11/18 10:52

A continuación, procederé a enumerar, en forma muy sencilla, algunos de los elementos que han hecho no sólo que se haya vuelto imposible la reconstrucción de los Estados sociales constitucionales tradicionales, sino posiblemente, también indeseable política o éticamente.

Por un lado, sin entrar en mayores detalles analíticos, conviene empezar constatando que la base económica sobre la que estaban montados los Estados sociales ha desaparecido. Ha desaparecido porque, dicho de una manera muy simplificada, los Estados sociales, en su forma más abstracta, son el intento de configurar y estabilizar (provisional y precariamente) un régimen de acumulación.

¿Qué es lo que se quiere decir con esto? Recordemos que los sistemas económicos capitalistas son, indiscutiblemente, muy eficaces a la hora de producir mercancías. La mercancía más inalcanzable que podamos pensar hoy, dentro de unos pocos meses podría estar siendo producida masivamente. No parece que haya nada que no seamos capaces de producir en cantidades ingentes dentro del sistema económico.

¿Cuál es, entonces, el problema de los regímenes capitalistas? El problema es que lo que no consiguen *construir* tan fácilmente es quién va a comprar todo lo producido, o dicho de otra forma, un régimen de acumulación sólo se estabiliza cuando consigue producir mercancías y *producir* a quienes van a consumir eso que se ha producido. Y, justamente por eso, las crisis capitalistas son, normalmente, crisis de sobreacumulación. Son crisis en las que sobran las cosas, en lugar de faltar. ¿Qué es lo que falta? Lo que falta es quien las compre, quien las pueda adquirir.

El Estado social es, pues, decíamos, un intento de estabilizar un régimen de acumulación, que no es otra cosa que la *producción* simultánea de los bienes y de aquellos que van a consumir los bienes. Sin entrar en detalles, el régimen de acumulación del Estado social estaba basado en los salarios. Es decir, salarios altos y crecientes iban a permitir que masas igualmente crecientes consumieran todo aquello que se producía. Y, efectivamente, durante 10, 20 o 30 años, en los países centrales del capitalismo europeo, se consigue que los salarios consuman el conjunto de lo producido y se da el círculo virtuoso keynesiano (se produce a plena capacidad instalada, todo lo producido se vende, lo que se vende se compra con los salarios, hay pleno empleo y salarios crecientes, con productividad y crecimiento que crecen más rápido que la inflación; y eso provoca un nuevo circuito de

La disputa del derecho.indb 49 28/11/18 10:52

capital donde se vuelve a producir más, suben los salarios y con la nueva subida de salarios se vuelve a comprar todo lo nuevo que se ha producido). Pues bien, por razones económicas y políticas todo esto ha desaparecido.

Políticas, fundamentalmente, porque un régimen de este tipo transfiere poder político a las clases asalariadas. ¿Por qué? Porque, mientras que las plusvalías o las rentabilidades económicas tienden a caer, los salarios necesitan subir para que este régimen económico permanezca estabilizado. Eso provoca que, progresivamente, el reparto entre los beneficios del capital y los beneficios del trabajo se vayan desplazando hacia el trabajo. ¿Por qué caen las plusvalías en Europa en esos años? Por razones obvias y bastante conocidas, los negocios son menos rentables, los nichos que habían quedado vacíos con la destrucción de la guerra ya están ocupados, etcétera. El problema, naturalmente, es que, si se va distribuyendo el pastel de la riqueza hacia los salarios, se está incrementando el poder político de las clases asalariadas. Este hecho es contemplado con preocupación y consternación económico-política por los grandes actores económicos y, desde los años setenta, en la Trilateral se viene diciendo que hay que acabar con esta tendencia.

Como es evidente, los salarios han dejado de crecer, ha desaparecido el pleno empleo, y no son los salarios los que adquieren el conjunto de lo producido. Y si no son los salarios los que adquieren el conjunto de lo producido, ¿quién lo adquiere? Lo adquiere el crédito. No hay salarios altos y crecientes, pero hay facilidad de crédito. No pago más, pero permito un acceso progresivo al crédito. Más sujetos acceden al crédito y los sujetos acceden a créditos cada vez mayores. Naturalmente, esta es una solución, como todas las soluciones de orden capitalista, a medio o largo plazo insostenible. Y, justamente, la crisis de la *Subprime* de 2008 para acá, no es más que la constatación de que el crédito, llega un momento en que, como es obvio, tiene que convertirse en economía real y, si ésta no existe (es decir, si el crédito crece más deprisa que la productividad y el producto interno bruto), no puede sustituir a los salarios. En este sentido, la crisis del crédito no es una crisis derivada de los créditos malos o del comportamiento irresponsable de las entidades crediticias, de los mercados secundarios, etcétera (aunque, indudablemente, hayan contribuido a acelerarla y agudizarla), sino una situación estructural inescapable para el intento de estabilización del régimen de acumulación sobre el crédito.

La disputa del derecho.indb 50 28/11/18 10:52

Más allá de que el mercado consiga reestructurarse (inestable y provisionalmente) sobre éste u otro régimen de acumulación, el hecho cierto es que ya no tenemos ni pleno empleo, ni salarios crecientes, y sí una situación financiarizada muy compleja a la que no es posible dar marcha atrás.

Ahora bien, más allá de ello, sucede que podemos detectar limitaciones de muchos tipos en el proyecto del Estado social clásico.

Por un lado, tenemos la limitación democrática. Los Estados sociales nacen como formas de democracias *delegativas*, es decir, son democracias de baja intensidad, son democracias donde lo fundamental, que es el funcionamiento del orden económico, no queda sometido a la democracia, sino que aparece en la Constitución. Aquí "Constitución" por oposición a "democracia", por oposición a "régimen de gobierno popular". Lo que está constitucionalizado es lo que no se puede tocar desde el circuito democrático. Lo que se puede hacer desde ese circuito es sólo la política que expresa o materializa esas decisiones constituyentes. Esta versión de la democracia crea una situación de frustración tanto en las clases dirigentes como en las clases subalternas.

En las clases subalternas, porque creyeron, en su momento, que el sufragio universal significaba "el gobierno del pueblo". Estos grupos pronto descubrieron que el sufragio universal no significa eso, el sufragio universal, dentro de un régimen constitucional, lo que significa es poder decidir en el marco de lo que se puede decidir en esa Constitución. Es una democracia para entendernos, de gestión. No es una *kratos* en el sentido fuerte. El parlamento puede hacer lo que quiera, el parlamento puede gestionar las decisiones básicas adoptadas en el pacto fundante del Estado, y no puede afectar a esos intereses.

A su vez, las clases dirigentes ven con preocupación que el sistema democrático resulta progresivamente inadecuado para gestionar sus intereses porque, como antes se indicaba, resulta lento e insensible. Entre otras cosas, se evidencia una creciente preocupación en las clases dirigentes (socioeconómicas) por la forma de reclutamiento de las clases políticas. Y ello porque para salir elegido diputado o para ser, incluso, presidente, se necesitan cierto tipo de características que te definen como político. En la práctica, ser un político significa en la inmensa mayoría de los casos, haber estudiado Derecho, haber desarrollado tu actividad dentro de un partido y resultar, en lo posible, atractivo y accesible. Características éstas que no parecen las más idóneas para ocuparse de los complejos problemas técnicos por los que atraviesa el

La disputa del derecho.indb 51 28/11/18 10:52

capitalismo financiarizado. En definitiva, incluso si las clases socioeconómicamente dirigentes consiguen que sus candidatos resulten elegidos, resulta que esos mismos candidatos no les son particularmente útiles. Y los que sí resultarían útiles, muy difícilmente son elegidos por la población.

En definitiva –y simplificando mucho– las clases subalternas observan que, aunque votan, da igual lo que voten, porque luego no es eso lo que se hace; y, las clases dirigentes que, aunque tienen los diputados, tampoco esos diputados le sirven para hacer lo que ellos quieren hacer y prefieren hacerlo en el Fondo Monetario Internacional, en la Organización Mundial del Comercio, a puerta cerrada y con otras técnicas. Todo ello se traduce en una crisis creciente de credibilidad democrática del sistema y en una huida de la toma de decisiones desde el circuito democrático a ámbitos ajenos al mismo.

Existe, también, una limitación, digamos, económica del sistema del Estado social en dos sentidos. El sistema del Estado social se había concebido como un sistema, en primer lugar, predatorio. Es decir, se suponía que los recursos (naturales) nunca iban a faltar y que, por tanto, como habría cada vez más recursos, podríamos seguir produciendo cada vez más y comprando todo eso más que se produce con salarios. El problema es que los recursos no son ilimitados, infinitos y, consecuentemente, en algún momento empiezan a escasear. El presunto círculo virtuoso keynesiano que está basado en un consumo infinito y en una producción infinita hoy en día no parece viable. Además, en segundo lugar, es un sistema imperial. Es decir, sólo funciona si las materias primas son muy baratas y los productos elaborados son caros. Es decir, sólo se puede realimentar el sistema a base de que los salarios adquieran bienes terminados, pero para que esos bienes terminados puedan ser adquiridos con los salarios, se hace necesaria la adquisición de materias primas muy baratas. Dicho de otra manera, la riqueza del Estado social es la pobreza de los países productores de materias primas. Lo cual se manifiesta de manera muy visible en que, apenas los países productores de materias primas se mueven un poco, opep en 1973, prácticamente se colapsa todo el sistema de la prosperidad del Estado social. Se trata, en definitiva, de un sistema que está basado no en una riqueza cooperativa, sino en una riqueza predatoria e imperial.

Por otro lado, existe también una limitación geográfica en los Estados sociales. Y ello porque, aunque resulte redundante, los Estados sociales son, para empezar, Estados, mientras que muchos de los problemas actuales tie-

La disputa del derecho.indb 52 28/11/18 10:52

nen una escala supraestatal. Existen numerosos problemas que no se pueden abordar en escala estatal: los problemas de cambio climático, los problemas ecológicos, los problemas energéticos. Es decir, se estaría tratando de resolver los problemas en una escala en la que resulta imposible resolverlos.

Adicionalmente, nos enfrentamos a la cuestión de la migración. Los Estados sociales se construyeron sobre la idea, bastante poco verificable en la práctica, de que las poblaciones permanecen estáticas dentro de los Estados. Sucede, en cambio, que, a medio o largo plazo, las poblaciones mundiales son básicamente migrantes. Los seres humanos se desplazan para adaptarse a las cambiantes circunstancias ecológicas, sociales, etcétera, como una estrategia básica de adaptación y supervivencia. Las estructuras sobre las que se construyeron los Estados sociales, por tanto, parten de una hipótesis muy poco fiable sobre las condiciones poblacionales del mundo.

Existen, por último, limitaciones de carácter cultural. Los Estados sociales están montados sobre presupuestos, para decirlo muy sucintamente, de monoculturalidad liberal-burguesa. No hay nada en las constituciones sociales distinto del programa cultural que corresponde, en último término, al hombre blanco, anglosajón, protestante, propietario. El mundo cultural sobre el que está construido el Estado social es el de la monoculturalidad. Basta con leer cualquier Constitución del Estado social clásico –la francesa, la española, la alemana–, para constatar que allí no hay más que un solo pueblo, una sola unidad. La Constitución española en este sentido es paradigmática. En España hay un millón de gitanos, y ese millón de gitanos no existe para la Constitución. Había, cuando se redactó, un millón de musulmanes y ese millón de musulmanes no existe. Hay una concepción monocultural y, no sólo monocultural, sino monocultural burguesa. Lo que se intenta es reconstruir los paradigmas y valores culturales burgueses que se pretenden universalizar, entre otras cosas, haciendo uso de la idea de derechos humanos.

Por ello, para terminar, me gustaría exponer algunas ideas en torno a la cuestión de la limitación de los derechos. Sin entrar ahora en cuestiones relativas a la noción misma de derechos fundamentales, de dignidad humana y otras análogas, analizaremos, brevemente, la cuestión de la política de los derechos en el Estado social y, muy concretamente, la política de los derechos sociales en el Estado social. Y ello porque la gran carta ganadora de los Estados sociales ha sido siempre la de los derechos sociales. Efectivamente, la protección "de la cuna a la tumba" que dichas formas

La disputa del derecho.indb 53 28/11/18 10:52

de Estado otorgaban, hacía que resultaran preferibles a cualquiera otra e independientemente de los fallos que pudieran tener en otras áreas.

Ahora bien, debemos recordar que los derechos no se realizan o se materializan en la práctica, de la nada, sino que se materializan a través de políticas públicas, de políticas de los derechos en un sentido amplio. La política de los derechos del Estado social estaba basada en dos principios básicos: la prueba de la necesidad, y el trabajo como centro de imputación de los derechos. La prueba de la necesidad implicaba tanto la prueba de la carencia en sí (no tener vivienda, necesitar un tratamiento médico, etc.), como la incapacidad de hacerle frente con los solos recursos del salario. Por su parte, la distribución efectiva de los beneficios sociales se realizaba tomando como centro de imputación el hecho del trabajo, en la práctica, la titularidad de una cartilla de la seguridad social o documento análogo.

En una situación de pleno empleo este tipo de distribución viene a coincidir con la universalización de los derechos. Sin embargo, qué sucede cuando ese presupuesto no se da. Es decir, cuando son muchos los demandantes, pocos los recursos y desarrollamos este tipo de política de los derechos. En resumen, en una situación así afloran una serie de patologías relacionadas con los derechos que, en la situación anterior, habían quedado ocultas.

El primer efecto negativo es lo que podemos llamar *trabajismo* u obrerismo, es decir, que sólo se considere trabajo el trabajo formal a tiempo completo que da lugar a la pauta completa de las prestaciones, desprestigiando cualesquiera otras formas de trabajo. El razonamiento implícito es que, si esas formas de trabajo no dan derecho a las prestaciones sociales, será porque son peores trabajos. Peores desde el punto de vista de la valoración social y cultural del hecho del trabajo: quienes ocupan esos trabajos desprecian a quienes hacen los otros trabajos y, quienes hacen los otros trabajos se autodesprecian con frecuencia.

Muy asociado a ello, aunque no idéntico, es el reforzamiento del patriarcalismo por parte de una política de este tipo. Y ello porque los trabajos de tiempo completo los suelen ocupar los varones en vez de las mujeres, de forma que los varones cuentan con un sobrerrefuerzo que ya no es sólo económico, sino que es económico-social. Evidentemente, el Estado social no inventó el patriarcalismo, pero reforzó las pautas patriarcales de las sociedades tradicionales.

La disputa del derecho.indb 54 28/11/18 10:52

Otro efecto que produce este tipo de políticas de los derechos tiene que ver con lo que se llama la trampa de la pobreza y, muy parecido, muy relacionado con ello, la *ugly sister competition* y la estigmatización. En realidad, se trata de tres elementos que con frecuencia se dan unidos, aunque analíticamente son diferentes. La estigmatización aparece porque, cuando aumenta el número de los que intentan recibir prestaciones, se produce la percepción social de que son los que trabajan los que pagan las prestaciones de los otros. Es decir, que hay una suerte de transferencia entre el que tiene el trabajo completo y todo un sector de la sociedad improductivo (y, potencialmente, ocioso) que vive de las prestaciones sociales, estigmatizado frente al verdadero ciudadano. La trampa de la pobreza y la *ugly sister competition* son fenómenos muy relacionados con lo anterior. La trampa de la pobreza es la situación que se produce cuando una persona está en mejor situación económica, cuando es legalmente pobre que cuando no lo es o, dicho de otra forma, cuando no existen estímulos racionales para salir de la pobreza. Ello se produce porque quien es legalmente pobre tiene derecho a las prestaciones, pero si pierde esa condición, entonces se pierde el derecho a las prestaciones y la situación globalmente considerada empeora. Se da la paradoja de los llamados trabajadores pobres, es decir, que quien tiene trabajo (precario, mal pagado) es más pobre que quien no lo tiene, pero recibe las prestaciones. Y, por último, se produce esa situación denominada *ugly sister competition*, que no es otra cosa que el intento de acumular el mayor número de vulnerabilidades para recibir la mayor cantidad de prestación (madre, soltera, adolescente, etcétera).

Además, por último y sin entrar en mayores detalles, con políticas de este tipo aparecen relaciones fuertemente clientelares, en las que la administración que otorga (una prestación escasa), parece realizar un generoso favor a los que la reciben.

En resumen, el déficit de las políticas de los derechos sociales en el Estado social, no tiene sólo que ver con su baja garantía, que es la acusación que se hace más frecuentemente en sede teórica (mientras que los derechos civiles y políticos tienen fuertes garantías jurisdiccionales, los derechos sociales no serían directamente justiciables, no tendrían una garantía jurisdiccional tan clara), sino que tiene que ver también con un déficit de universalidad. La forma en la que están concebidos no es neutral y ello hace que los efectos que producen tampoco lo sean.

La disputa del derecho.indb 55 28/11/18 10:52

Por último, querría señalar que esta forma de repartir los derechos sociales tiene un efecto gravísimo de desorganización comunitaria, ya que al concebirse las prestaciones como derechos (es decir, como relaciones con el Estado en cabeza de su titular) todos los demandantes aparecen como formales competidores por una concesión individual, destruyendo la posibilidad de soluciones cooperativas a los problemas sociales e instalando, por el contrario, una dependencia completa respecto del Estado y una atomización de la comunidad. Es decir, contribuyendo a la construcción de una típica sociedad burguesa individualista, que no es otra que la que tenían en mente quienes establecieron originalmente este procedimiento.

Bibliografía

De Cabo, Antonio. 2000. "Introducción". En De Cabo de la Vega, Antonio y Pisarello, Gerardo (eds.), *Constitucionalismo, Mundialización y Crisis del Concepto de Soberanía.* Alicante. Universidad de Alicante, 17-22.

_____. 2000. "¿Crisis del concepto de soberanía?". En De Cabo de la Vega, Antonio y Pisarello, Gerardo (eds.), *Constitucionalismo, Mundialización y Crisis del Concepto de Soberanía*, Alicante, Universidad de Alicante, 55-62.

_____. 2012. "El fracaso del constitucionalismo social y la necesidad de un nuevo constitucionalismo". En VV. AA., *Por una Asamblea Constituyente. Una solución democrática a la crisis*. Madrid: Sequitur, 29-48.

_____. 2014. "La crisis del Estado social", en Albert Noguera y Adoración Guamán (eds.), *Lecciones sobre Estado Social y Derechos Sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 59-80.

De Cabo, Antonio y Arminda Balbuena. 2002. "El constitucionalismo postsocial como constitucionalismo atenuado y el Derecho Europeo como no-derecho: borrador de una crítica materialista de las formas de dominación a través de las formas jurídicas en el capitalismo actual". En Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría Constitucional y Derechos Fundamentales*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 499-518.

La disputa del derecho.indb 56 28/11/18 10:52

Globalización y neoliberalismo: una lectura económica

Seyka Sandoval Cabrera*

Introducción

El presente documento fue presentado en el Seminario Internacional "El derecho de la globalización hegemónica frente a la defensa de derechos de los pueblos y grupos sociales". El objetivo del documento es discutir la relación entre globalización económica e instituciones neoliberales como rasgos coyunturales del capitalismo.

El tema estará dividido en tres partes y tiene un carácter general, el cual es pieza de diversos trabajos y actividades que estamos realizando para abonar en el diálogo entre la crítica a la economía política y el derecho desde una perspectiva crítica y plural. En la primera parte, *Evidencia de una economía globalizada*, analizamos la existencia de la globalización, concentrándonos básicamente en la importancia de la Empresa Transnacional y el cambio tecnológico, como principales explicaciones de una economía interdependiente.

En el segundo apartado, *Instituciones neoliberales*, discutimos, desde una lectura económica, las manifestaciones transnacionales del derecho, considerando casi exclusivamente, el diálogo con la propuesta analítica de

* Doctora en Economía por la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesora de tiempo completo de la Facultad de Economía de la misma Universidad.

La disputa del derecho.indb 57 28/11/18 10:52

Aleida Hernández en el libro "La producción jurídica de la globalización económica", destacando la relación entre capital e institución global como condición del proceso de acumulación. Con una mayor puntualidad, se explica la utilidad de las políticas derivadas del Consenso de Washington en el capitalismo global y su desenvolvimiento.

El tercer apartado, *Los nuevos mecanismos de integración y desarrollo en la globalización*, analiza con mayor énfasis los requerimientos que definen la competitividad como expresión de la nueva regulación económica y jurídica, desde el ámbito privado transnacional, el cual incide decisivamente y desde mecanismos "no obligatorios" pero condicionantes del acceso, en la distribución global de los beneficios. Finalmente se presentan las conclusiones, las cuales insisten en la relación entre el desarrollo del proceso de acumulación, y los procesos de adaptación institucional, así como de los efectos en el desarrollo.

Evidencia de una economía globalizada

Más allá de los debates sobre la existencia y alcance de la globalización, los cuales discuten en lo fundamental la novedad y profundidad del fenómeno[1] es un hecho factible de comprobar que las relaciones entre agentes económicos (países, firmas, trabajadores, etc.) ha mostrado una tendencia creciente hacia la *interdependencia*.[2] La cual se interpreta como el crecimiento de vínculos recíprocos, aunque no necesariamente equitativos.

[1] Aleida Hernández, en su libro *La producción jurídica de la globalización económica. Notas de una pluralidad jurídica transnacional*, discute principalmente los enfoques hiper-globalistas, escépticos y transformacionalistas.

[2] El término tiene su antecedente en la historia del pensamiento económico hacia finales del siglo XIX. El filósofo y matemático francés, Cournot, escribió: *"but in reality, the economic system is a whole for which the parts are connected and react on each other. An increase in the incomes of the producers of commodity A will affect the demand for commodities B, C, etcetera, and the incomes of their producers, and, by its reaction will change the demand for commodity"* ["pero en realidad, el sistema económico es un todo para el cual las partes están conectadas y reaccionan entre sí. Un aumento en los ingresos de los productores del producto A afectará la demanda de los productos básicos B, C, etc., y los ingresos de sus productores, y, por su reacción, cambiará la demanda de productos básicos"]. Cournot, Antoine, *The mathematical principles of theory of wealth*, Nueva York, The McMillan Company, 1897, p. 17.

La disputa del derecho.indb 58 28/11/18 10:52

El comercio intra-firma, es decir, el comercio realizado al interior de las unidades económicas que conforman una empresa o firma, sean o no filiales directas, es una de las variables más citadas para referirnos al fenómeno interdependiente que caracteriza a la globalización. Según estimaciones de la Conferencia sobre el Comercio y el Desarrollo de las Naciones Unidas, (UNCTAD por sus siglas en inglés) en 2013, el 80% del comercio involucró a empresas transnacionales (ETNS). Es decir, las ETNS, unidades económicas operando en diversos países y regiones, controlan el 80% del comercio mundial sólo por intercambiar bienes y servicios al interior de los segmentos que las conforman; estamos hablando de una autosuficiencia sin precedentes del capital para realizarse a sí mismo en una gran proporción. El gran capital desagregado es al mismo tiempo gran productor y consumidor, y cuenta con la posibilidad de sostenerse así mismo, aunque sea temporalmente.

Por si el dato anterior no fuera lo suficientemente indicativo, el comercio vertical, aquel que se realiza entre compañías formalmente afiliadas, explicó en 2003, la mayor proporción del crecimiento del comercio mundial. En este contexto, más de la mitad de las importaciones mundiales manufactureras son bienes intermedios, es decir, bienes que serán utilizados para producir otros bienes, básicamente, bienes primarios o *commodities*, partes, componentes y productos semi-terminados.[3] Lo anterior es un indicador, no sólo de la autosuficiencia en la realización del capital, sino de la atomización del proceso de producción a una escala que trasciende sustancialmente el espacio local y nacional, como evidencia del fenómeno así llamado globalización.

En esta coyuntura los patrones de comercio tienden a complejizarse. De acuerdo con la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE) y la Organización Mundial de Comercio (OMC), se sugiere que aproximadamente un tercio de los bienes intermedios importados tiene como destino mercados de exportación.[4] Importar bienes para la exportación advierte

[3] Cattaneo, Olivier, G. Gereffi, S. Miroudot y D. Taglioni. "Joining, upgrading and being competitive in global value chains: a strategic framework". World Bank, policy research working paper 6406, abril, 2-50, 2013, p. 4.

[4] Cfr., OCDE-OMC. En Cattaneo, Olivier, G. Gereffi, S. Miroudot y D. Taglioni. "Joining, upgrading and being...", *op. cit.*

La disputa del derecho.indb 59 28/11/18 10:52

en primera instancia la importancia de los sectores de intermediación, distribución y venta, y confirma la atomización del proceso de producción y distribución de mercancías y servicios. El servicio logístico de administrar el circuito, entraña nuevas oportunidades de negocios respecto del tránsito de mercancías, debido a la ampliación del espacio económico. En este contexto, el comercio de servicios representa un tercio del valor de las exportaciones del sector manufacturero en general. Los servicios añaden valor a las exportaciones representado más de la mitad de éste, en las exportaciones de los países de la OCDE.[5] El crecimiento de dicho sector disminuye la importancia relativa del sector manufacturero, y consolida a la industria de intangibles como otra característica del capitalismo global, junto a la interdependencia, todo ello en un contexto de concentración de capital. Para indicar la creciente importancia de lo anterior basta citar lo siguiente:

> De la lista de Forbes *Global 2000 leading companies*, 746 son empresas asociadas con actividades de servicios y/o producción de intangibles. De este número, sólo 211 no corresponden a actividades financieras. Es decir, casi el 30% de las empresas inscritas en la lista, son actividades relacionadas con mercancías y servicios intangibles, y servicios financieros (seguros, inversiones, grandes bancos, bancos regionales, etc.) Las primeras cinco posiciones están ocupadas por grandes bancos, bancos regionales y servicios de inversión, de propiedad China las primeras tres y estadounidenses las últimas dos. Las actividades relacionadas con los medios de comunicación, los servicios de computación, software y programación alcanzan las 126 empresas.

Estados Unidos se coloca como líder en la lista citada, con 563 empresas, seguido por China con 149. Considerado por grupos, el G7[6] controla poco más de la mitad de la lista con 1, 085 empresas (54.25%), mientras que los BRICS[7] agrupan a 271 (13.55%). Si bien podríamos recurrir a datos más específicos, consideramos lo anterior suficiente para evidenciar la tendencia a la concentración, no sólo de los servicios financieros, sino de la propiedad

[5] *Ibidem*, p. 24.

[6] EE. UU., Canadá, Alemania, Japón, Francia, Italia, Reino Unido.

[7] Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica.

La disputa del derecho.indb 60 28/11/18 10:52

de las 2000 empresas más grandes del mundo, especialmente en tres países: Estados Unidos (563), Japón (226) y China (149), los cuales suman 938, prácticamente la mitad de la lista. Es importante aclarar que, si bien no puede considerarse, sobre todo en un marco de producción y circulación global de mercancías, la propiedad absoluta de capitales de los países mencionados sobre las empresas en cuestión, el indicador es apropiado en la medida en que muestra la dirección que hemos estado discutiendo.[8]

Los datos citados nos indican algunas tendencias generales de fundamental importancia. En primer lugar, observamos el crecimiento del comercio; en segundo, de acuerdo con las cifras del comercio intra-firma, la desagregación o atomización del proceso de producción y circulación de mercancías, y en tercero, la creciente importancia de los servicios en el comercio y la producción en un contexto concentrador.

¿Qué explica el crecimiento del comercio? El crecimiento del comercio mundial tiene como condición básica necesaria la ampliación de la frontera tecnológica que permita, en primer lugar, expandir el espacio de intercambio y acelerar el tiempo del tránsito. Desde la década de los ochenta del siglo XX se ha documentado, como argumento para explicar el crecimiento del comercio, una caída en los costos de transporte, intercambio de divisas y tarifas comerciales.[9] La caída en el costo de los transportes está asociada a las innovaciones en la informática y las telecomunicaciones, que justifican el crecimiento en la productividad de ese sector. En cuanto al intercambio de divisas y las tarifas comerciales, ello debe vincularse a las políticas derivadas del así llamado modelo neoliberal que reduce los *costos de transacción*,[10] liberalizando los mercados financieros y de comercio.

[8] Sandoval, Seyka, *La financiarización de las cadenas globales de valor: implicaciones para el upgrading de los países y firmas en desarrollo*, ILAS-Columbia University/Prometeo/Universidad del Estado de Durango, 2015, pp. 249-250.

[9] Dean, Mark, M. Sebastia-Barriel. *Why has world trade grown faster than world output?* Bank of England Quarterly Bulletin, 2004, pp. 310-311.

[10] El costo de transacción es comúnmente entendido como el costo de realizar un intercambio entre dos o más agentes económicos. Sus antecedentes se encuentran en Coase, R. H. (1937), *The Nature of the Firm. Economica*, 4: pp. 386-405. doi:10.1111/j.14680335.1937.tb00002.x <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-0335.1937.tb00002.x/full-#fn19>. El uso de esta categoría es común en teoría microeconómica y teoría de las organizaciones. Aún más relacionado con el tema que aquí desarrollamos, la importancia de los costos de transacción en el estudio de las cadenas de valor en el comercio global ha sido creciente.

La disputa del derecho.indb 61 28/11/18 10:52

Muchos factores pueden haber contribuido a esta notable expansión del comercio, pero el hecho de que coincidió con una reducción significativa de las barreras comerciales es innegable. Las barreras comerciales incluyen todos los costos de llevar un bien al consumidor final, excepto el costo de producir el bien en sí: costos de transporte (costos de flete y costos de tiempo), barreras políticas (aranceles y barreras no arancelarias) y costos de transacción y comercio interno (incluidos los costos de información nacional, costos de ejecución de contratos, costos legales y reglamentarios, distribución local, procedimientos de despacho de aduana, burocracia administrativa, etcétera).[11]

Otro factor a considerar ha sido la caída de los precios de las mercancías tangibles. Este fenómeno es atribuible al rejuvenecimiento de las tecnologías maduras[12] en los tres grandes sectores de la economía, industrial, agrícola y de servicios, afectando positivamente la productividad y reduciendo los precios relativos de las *mercancías tangibles*, frente a los precios de las *mercancías intangibles* productos de la revolución tecnológica, la cual situó como sector estratégico al sector servicios, particularmente asociado con las finanzas, las actividades de distribución y venta y la industria del conocimiento (Figura 1).

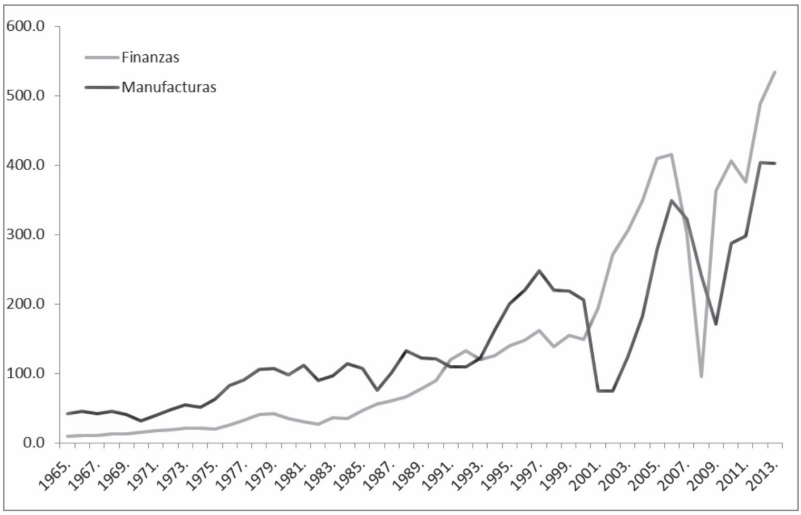
Ver: Bair, Jennifer. "Global capitalism and commodity chains: looking back, going forward". *Competition & change*. Vol. 9 núm. 2, pp.153-180 y Newman, Susan. "Global commodity chains and global value chains". En Ben Fine, Saad-Filh Alfredo, Boffo Marco. *The Elgar companion to Marxist economics*. Edward Elgar Publishing, 2012, pp. 155-161.

[11] *Many factors may have contributed to this remarkable expansion of trade but the fact that it coincided with a significant reduction in trade barriers is inescapable. Trade barriers include all costs of getting a good to the final consumer other than the cost of producing the good itself: transportation costs (both freight costs and time costs), policy barriers (tariffs and non-tariff barriers) and internal trade and transaction costs (including domestic information costs, contract enforcement costs, legal and regu* latory costs, local *distribution, customs clearance procedures, administrative red tape, etcetera.* Organización Mundial del Comercio, *Informe sobre el comercio mundial. Factores que determinan el futuro del comercio*, 2013, p. 55.

[12] Pérez, Carlota, *Revoluciones tecnológicas y capital financiero, la dinámica de las grandes burbujas financieras y las épocas de bonanza.* México, Siglo XXI, 2004.

La disputa del derecho.indb 62 28/11/18 10:52

Figura 1. Beneficios corporativos. Estados Unidos. 1965-2013.
Miles de millones de dólares;
datos trimestrales a tasas anuales desestacionalizadas.



Fuente: "Economic Report of the President", 2015.

Considerando lo indicado hasta aquí podríamos discutir que la noción de capitalismo nacional, con base en la fábrica al interior de la cual se producían las mercancías desde el procesamiento de los insumos hasta el producto final, en un contexto de industria nacional, ha desaparecido al menos como patrón dominante.

Al mismo tiempo, la distribución de las mercancías en el mercado interno y externo bajo etiquetas de tipo "hecho en" han perdido vigencia debido a la producción en *cadenas de valor* que integran la trasnacionalidad de los bienes producidos. La competencia entre mercancías nacionales o importadas pierde sentido.

La revolución tecnológica permitió la transición de la economía productora de mercancías (en economías de escala o volumen) a una economía productora de servicios que, gracias a las posibilidades de conexión provistas por la informática y las telecomunicaciones, profundiza la interdependencia a escala regional y global, al mismo tiempo que los procesos de producción se desagregan en función de una hiper-especialización de

La disputa del derecho.indb 63 28/11/18 10:52

los diferentes espacios económicos. Carlota Pérez sintetiza la transición de la siguiente manera:

Producción en masa Energía y materias primas baratas	Producción flexible Informática y comunicaciones baratas
Manufactura como valor	Tecnología como valor
Pirámides cerradas	Redes abiertas
Rutinas estables	Mejora continua
Recursos humanos	Capital humano
Proveedores y clientes	Socios en redes de valor
Planes fijos	Estrategias flexibles
Internacionalización	Globalización
Mercado en tres niveles	Mercado hipersegmentados

Ir de las manufacturas a las tecnologías como fuente de valor, desplaza al capital físico como medio de producción para sustituirlo por el conocimiento y la innovación, transformando también las calificaciones requeridas de la fuerza de trabajo, sustituyendo el trabajo manual por el intelectual. La combinación del conocimiento como medio de producción y la fuerza de trabajo intelectual, nos lleva ya no a la producción de mercancías en masa, sino a la generación de productos intangibles, que se realizan como rentas tecnológicas. De ahí que, en la búsqueda de ganancias extraordinarias, la competencia se centre en la innovación. En este sentido las rutinas estables o los planes fijos a corto, mediano o largo plazo, quedan excluidos en un contexto de cambio constante que requiere *per se*, estrategias flexibles.[13]

Las estrategias flexibles son en parte consecuencia del cambio organizacional o las tecnologías blandas[14] que gracias al avance en el procesamiento

[13] Sandoval, Seyka, *La Cadena Global de Hortalizas. La estrategia de ascenso de los productores sinaloenses.* México, IIEc-UNAM, 2013, p. 25.

[14] Dabat, Alejandro, M. A. Rivera, James W., Wilkie, *Globalización y cambio tecnológico. México en el nuevo ciclo industrial mundial.* México, Ed. Universidad de Guadalajara/UNAM/

La disputa del derecho.indb 64 28/11/18 10:52

de la información, las telecomunicaciones y las redes virtuales, permiten que la firma global o ETNs se "desverticalice" externalizando sus actividades menos lucrativas y ubicándolas alrededor del mundo en función de diferentes ventajas, ya sea de costo, organización o capacidades específicas, sin perder el control de la coordinación de las mismas, de ahí la transición de pirámides cerradas a redes abiertas. Esta descentralización del proceso de producción a través de redes coordinadas por empresas líderes extiende e intensifica el proceso, cooptando espacios que al realizar actividades específicas también internalizan al mismo proceso tanto su dotación de factores, como formas de organización y conocimiento alternativas que crean oportunidades de desarrollo de nuevos productos y procesos.[15]

Entre más extensa es la red, la posibilidad de capitalizar rentas por las *externalidades* producidas es mayor. Por otro lado, al extenderse e intensificarse –hiperespecialización– la base de oferta, los mercados tienden a hipersegmentarse. Además, los avances tecnológicos conducen a un proceso de integración virtual de todos los consumidores del mundo con acceso a internet o medios masivos de comunicación, proveyendo de información creciente y contacto con diferentes perfiles de consumo, que alteran en general la demanda de bienes y servicios, haciéndola más compleja y segmentada.[16]

Estos procesos de cambios productivos y organizacionales superan la etapa de internacionalización que, de acuerdo con Dicken,[17] explicaría la dispersión geográfica de las actividades económicas, contrario a la globalización, que implica la integración funcional de dichas actividades. Esta integración funcional viene a ser resultado de las posibilidades que plantea la revolución tecnológica. No obstante, concebir el cambio sólo en los procesos productivos y organizacionales, sería limitar el cambio, los efectos transcienden a la sociedad en general, producen un nuevo modo de hacer las cosas[18] más allá del campo económico. Tecnología y sociedad se cons-

UCLA/Juan Pablos, 2004.

[15] Sandoval, Seyka, *La Cadena Global de Hortalizas. La estrategia de ascenso de los productores sinaloenses.* México, IIEc-UNAM, 2013, p. 26.

[16] *Ibidem.*

[17] Dicken, P., *Global Shift: Transforming the World economy.* Nueva York, Ed. Guilford, 1998.

[18] Pérez, Carlota, *Revoluciones tecnológicas y capital financiero...*, *op. cit.*

La disputa del derecho.indb 65 28/11/18 10:52

tituyen en un binomio de cambio que se retroalimenta dialécticamente[19] de ahí que a dicho proceso de transformación se le llame paradigma o más concretamente, "paradigma tecnoeconómico"[20] que no sólo transforma la estructura económica y organizacional, sino que lleva a la reestructuración institucional que les da cauce a los nuevos desarrollos.[21]

Instituciones neoliberales

La globalización como se le conoce comúnmente a esta *oleada de desarrollo*[22] del sistema capitalista, está caracterizada por la producción y circulación de mercancías a escala regional y/o global, mientras que en el plano institucional se observa la construcción de instituciones de carácter supra nacional que influyen decisivamente en las políticas públicas, y las decisiones empresariales de espacios y agentes particulares, al margen de su grado de desarrollo. Esta construcción institucional a la que Hernández[23] llama *producción jurídica de la globalización económica*, debe situarse en relación con las necesidades de acumulación del capital global, corporizado

[19] Castells, Manuel, *La era de la Información*, Vol. 1, La sociedad en Red, México, Siglo XXI, 1999.

[20] "Un paradigma tecnoeconómico se trata de la óptima práctica económica porque cada transformación tecnológica trae consigo un importante cambio en la estructura de precios relativos, guiando a los agentes económicos hacia el uso intensivo de los nuevos insumos asociados a tecnologías más poderosas. Es un paradigma en el sentido kuhniano porque define el modelo y el terreno de las prácticas innovadoras normales, prometiendo el éxito a quienes sigan los principios encarnados en las industrias-núcleo de la revolución [...] Cuando su adopción se generaliza, estos principios se convierten en la base del sentido común para la organización de cualquier actividad y la reestructuración de cualquier institución" Pérez, Carlota, *Revoluciones tecnológicas y capital financiero...*, *op. cit.*, p. 41.

[21] *Ibidem*.

[22] Cada oleada de desarrollo es explicada por el ciclo de vida de la innovación de largo plazo y la adaptación institucional que ante esta se generó. Cuando la innovación, motor del crecimiento en curso, muestra signos de agotamiento, la fuente del excedente se debilita hasta la aparición de una nueva innovación que supere el orden establecido, económica e institucionalmente. Ver: Pérez, Carlota, *Revoluciones tecnológicas y capital financiero...*, *op. cit.*

[23] Hernández Cervantes, Aleida, *La producción jurídica de la globalización económica...*, *op. cit.*

La disputa del derecho.indb 66 28/11/18 10:52

en las empresas o firmas de carácter transnacional organizadas en cadenas globales de valor.

La capacidad tecnológica de ampliar el espacio del ciclo de acumulación permite a las empresas transnacionales desagregarse, involucrando a diferentes agentes económicos en un modelo de subcontratación interdependiente, formalizado a través de diferentes vínculos comerciales, los cuales, en suma, describen todo el proceso de producción y circulación de una mercancía o servicio. En este contexto una cadena global de valor se define así:

> La cadena de valor describe la gama completa de actividades que realizan las empresas y los trabajadores para llevar un producto desde su concepción hasta su uso final y más allá. Esto incluye actividades tales como diseño, producción, comercialización, distribución y soporte para el consumidor final. Las actividades que comprenden una cadena de valor pueden estar contenidas dentro de una sola empresa o dividirse entre diferentes empresas. Las actividades de la cadena de valor pueden producir bienes o servicios, y pueden estar contenidas dentro de una única ubicación geográfica o distribuidas en áreas más amplias.[24]

Esta organización del capital implica un salto histórico en la evolución del capitalismo y confirma su naturaleza libre, la cual se desarrolla en función directa al costo de su movilidad, el cual ha mostrado una tendencia histórica decreciente. A decir de Marx, el crecimiento de dicha movilidad se explica por la competencia, puesto que históricamente se presenta como disolución de las coerciones corporativas, reglamentarias, gubernamentales [...] en el interior de un país, y en el mercado mundial como supresión de obstrucciones: vedas o proteccionismo [...] es la relación del capital consigo mismo como otro capital, vale decir, el comportamiento real del

[24] "*The value chain describes the full range of activities that firms and workers do to bring a product from its conception to its end use and beyond. This includes activities such as design, production, marketing, distribution and support to the final consumer. The activities that comprise a value chain can be contained within a single firm or divided among different firms. Value chain activities can produce goods or services, and can be contained within a single geographical location or spread over wider areas*". Ver en: <https://globalvaluechains.org/concept-tools>.

La disputa del derecho.indb 67 28/11/18 10:52

capital en cuanto a capital, […] los límites que el capital abolió eran barreras para su movimiento, desarrollo, realización.[25]

Otrora, la construcción del capitalismo nacional atendió a la formación de un capital nacional en referencia a dotaciones endógenas definidas por fronteras políticas y conectadas sistémicamente en una relación de competencia entre capitales nacionales, que se expresó institucionalmente en las diferentes formas que adquirió el Estado de Bienestar, como instrumento de protección de ese capital nacional en desarrollo.

El Estado de Bienestar como instrumento institucional impulsó la creación y consolidación de la industria nacional en diversos sectores, particularmente el industrial y agrícola, con una fuerte batería de estímulos regulatorios relacionados con visiones proteccionistas de la economía. Se otorgaron subsidios y protegieron las fronteras, al tiempo que el Gobierno financió la infraestructura pública necesaria, para que las mercancías nacionales fueran distribuidas en el mercado interno y externo como base de la industria nacional y la identidad de la competencia entre capitales. Por si lo anterior no fuera poco, el gobierno impulsó el fortalecimiento de la clase trabajadora a través de políticas distributivas elevando el ingreso, y creando con ello una poderosa herramienta para estimular la demanda, garantizando un flujo creciente de salarios como herramienta de realización de la gran oferta que el modelo económico de entonces proveía. En palabras de Harvey:

> El reconocimiento explícito de que producción en masa significaba consumo en masa, de un nuevo sistema de reproducción de la fuerza de trabajo, de una nueva política de control y gerencia del trabajo, una nueva estética y una nueva psicología, en suma, un nuevo tipo de sociedad democrática, racionalizada, modernista y populista.[26]

Una vez consolidada está etapa definida como *Fordismo-Estado de Bienestar* o *Fordismo-Keynesiano*, los capitales más evolucionados en términos

[25] Marx, citado en López, Pedro, *Capitalismo y Crisis. La visión de Karl Marx*, México, UNAM/ Ítaca, 2006, pp. 147-148.

[26] Harvey, David, *La condición de la posmodernidad: investigación sobre los orígenes del cambio cultural*, Buenos Aires, Ed. Amorrortu, 1999, p. 120.

La disputa del derecho.indb 68 28/11/18 10:52

de la lógica de acumulación abandonan como base del proceso de acumulación, la endogeneidad que otorgó identidad al capital nacional, para convertirla en datos, referencias de ventajas comparativas para los capitales globales, capaces de producir plusvalía simultáneamente alrededor del mundo. De nuevo, como sucedió en la etapa histórica pasada definida por Carlota Pérez como la era del petróleo y el automóvil, el capital demandó un cambio del marco institucional que se adaptara a una realidad económica global, flexible e interdependiente.

La "construcción de una legalidad jurídica" en la globalización abandona el espacio nacional para configurarse transnacionalmente[27] desatando con ello, en términos de cambio histórico, una *destrucción creadora institucional*,[28] que ha consistido, como lo detalla Aleida Hernández, en un proceso de regular para desregular.

El derecho flexible, suave y transnacional, da cauce a la economía flexible y global (*soft law*, *lex mercatoria*, etc.). La normativa formal es superada aquí por "lineamientos y directrices, códigos de conducta, normas técnicas" que se erigen como barreras a la entrada para participar del mercado, implicando con ello sólo el acceso al mismo y no la participación positiva en las ganancias globales. Así pues, podríamos sugerir que la importancia de los códigos y normas privadas de carácter global, que regulan de manera dominante los mercados, y terminan influyendo en la normativa formal de los

[27] Hernández Cervantes, Aleida, *La producción jurídica de la globalización económica...*, p. 21.

[28] Con esta categoría, destrucción creadora, hacemos referencia al concepto económico introducido por Schumpeter para definir el rasgo del cambio permanente del capitalismo. "El punto esencial que hay que tener en cuenta consiste en que, al tratar el capitalismo, nos enfrentamos con un proceso evolutivo. [...] el capitalismo es, por naturaleza, una forma un método de transformación económica y no solamente no es jamás estacionario, sino que no puede serlo nunca. [...] el impulso fundamental que pone y mantiene en movimiento a la máquina capitalista procede de los nuevos bienes de consumo, de los nuevos métodos de producción y transporte, de los nuevos mercados, de las nuevas formas de organización industrial que crea la empresa capitalista. [...] la historia del aparato de producción [...] es una historia de revoluciones [...] la apertura de nuevos mercados, extranjeros o nacionales, y el desarrollo de la organización de la producción, desde el taller de artesanía y la manufactura hasta los *concerns* , tales como los de acero de los Estados Unidos, ilustran el mismo proceso de mutación industrial. [...] este proceso de destrucción creadora constituye el dato de hecho esencial del capitalismo. En ella consiste en definitiva el capitalismo y toda empresa capitalista tiene que amoldarse a ella para vivir". Schumpeter, J. Alois, *Capitalismo, Socialismo y Democracia*, Tomo I, Aguilar, S.A. de Ediciones, 1968, pp. 120-121.

La disputa del derecho.indb 69 28/11/18 10:52

diferentes países, muestran un proceso de *desfetichización*,[29] al evidenciar con mayor claridad el carácter súper-estructural de la producción jurídica en el marco de la lógica del capital.

Como ejemplo más significativo de la relación anterior, entre las necesidades del capital y el cambio institucional, se cuentan las diez directrices del *Consenso de Washington*.[30] Atender: 1) disciplina fiscal; 2) la reforma

[29] El fetichismo en Marx significa que "las relaciones sociales entre sus trabajos privados (de los productores) se les ponen de manifiesto como lo que son, vale decir, no como relaciones directamente sociales trabadas entre las personas mismas, en sus trabajos, sino por el contrario como relaciones propias de cosas entre las personas y relaciones sociales entre las cosas" Marx, Carlos, *El Capital*, Tomo I, México, Siglo XXI, 1975, p. 89. Este fetichismo parece presentarse en la norma o instrumento regulatorio también. La ley, se muestra de manera autónoma e independiente, en apariencia, de aquel objeto que regula, y sin embargo, es producto de éste. Así, el desarrollo de la naturaleza libre del capital pareciera, evidenciar este fenómeno produciendo la *desfetichización* de la ley o regulación. Debido a que aún no hemos realizado el estudio a profundidad que el tema requeriría, ponemos esta idea a consideración del lector, sólo como parte de la discusión o si se prefiere como posible hipótesis de estudio. Es fetichismo legal si la ley encubre las relaciones sociales o si las leyes que "son producto de la mente humana parecen figuras autónomas, dotadas de vida propia, en relación unas con otras y con los hombres" (*Idem.*). La *desfetichización*, indicaría el proceso contrario, la ley se muestra como producto de la actividad económica a la que regula y no como autónoma a ésta. "La legislación tanto política como civil, no ha hecho más que pronunciar, parafraseando lo decretado por las relaciones económicas". Marx, Carlos, *Miseria de la filosofía*, Biblioteca de filosofía, Folio, 2002, p. 101.

[30] *"The term "Washington Consensus" was coined in 1989. The first written usage was in my background paper for a conference that the Institute for International Economics convened in order to examine the extent to which the old ideas of development economics that had governed Latin American economic policy since the 1950s were being swept aside by the set of ideas that had long been accepted as appropriate within the OECD. In order to try and ensure that the background papers for that conference dealt with a common set of issues, I made a list of ten policies that I thought more or less everyone in Washington would agree were needed more or less everywhere in Latin America, and labeled this the "Washington Consensus"* [El término "Consenso de Washington" fue acuñado en 1989. El primer uso escrito fue en mi documento de antecedentes para una conferencia convocada por el Instituto de Economía Internacional para examinar hasta qué punto las viejas ideas de economía del desarrollo que habían gobernado la economía latinoamericana Desde la década de 1950, la política fue barrida por el conjunto de ideas que durante mucho tiempo se habían aceptado como apropiadas dentro de la OCDE. Para tratar de asegurarme de que los documentos de referencia para esa conferencia abordaran un conjunto común de cuestiones, hice una lista de diez políticas que pensé que más o menos todos en Washington estarían de acuerdo en que se necesitaban más o menos en todas partes en América Latina, y etiquetado esto como el "Consenso de Washington"]. Williamson, John,

La disputa del derecho.indb 70 28/11/18 10:52

tributaria; 3) la liberalización financiera; y 4) la política de tipo de cambio, por ejemplo, apunta a la consecución de la estabilidad macroeconómica, la cual no es otra cosa que un escenario en el cual, se intenta proveer de certidumbre de corto, mediano y largo plazo a los capitales que invierten en determinado espacio económico. Sin estabilidad macroeconómica, las condiciones de inversión y, por ende, la expectativa de ganancias esperadas, presentan riesgo de modificarse, atentando contra la confianza de los inversionistas internos y externos. Garantizar la inversión en este sentido permitirá llevar a cabo diversos proyectos económicos, acordes con la visión así llamada neoliberal, particularmente en términos de infraestructura dura y blanda: transportes y educación, fundamentalmente.

En otro aspecto: (5) las prioridades del gasto público; 6) la liberalización del comercio; y 7) la inversión extrajera, estimulan la apertura de espacios económicos sujetos de explotación ampliando el espacio del ciclo del capital y el proceso de acumulación; al tiempo que: 8) privatizar; 9) desregular; y 10) garantizar derechos de propiedad, otorgan estabilidad en la ocupación de los nuevos espacios. Verbigracia, megaproyectos y reformas estructurales sobre la propiedad y explotación de recursos naturales estratégicos.

En este contexto, el crédito, entre otros mecanismos de financiamiento, se alza como el mecanismo de control en el diseño e implementación de las sendas de desarrollo de los países en desarrollo. La integración global de las finanzas y la característica transnacional del capital requiere reglas claras y ciertas, a lo largo y ancho del espacio de acumulación, de ahí que el espíritu de la normativa estimulada por el Consenso de Washington sea un objetivo global, sobre todo en países en los que dicha infraestructura institucional no está desarrollada con suficiencia para las necesidades del capital global.

Considerando esta realidad económica globalizada, el *soberano supraestatal privado y difuso*[31] es consistente con la emergencia y desarrollo de un marco institucional, que consolide los mecanismos jurídicos y políticos del proceso de acumulación en escala global. La soberanía jurídico-política

---

A Short History of the Washington Consensus. Fundación CIDOB, para la conferencia "From the Washington Consensus towards a new Global Governance", Barcelona, septiembre 24-25, 2004.

[31] Hernández Cervantes, Aleida, *La producción jurídica de la globalización económica..., op. cit.*

La disputa del derecho.indb 71 28/11/18 10:52

del Estado-nación en su vertiente homogénea, pierde funcionalidad en un contexto hiper-especializado y descentralizado, el cual, destaca las diferencias localizadas como características a explotar con el objetivo de obtener ganancias.

En este contexto, la empresa transnacional concebida como el gran capital, expresa el proceso de *concentración y centralización* descrito por Marx en el capítulo 23 del primer tomo de *El Capital* e impulsa con su ascendencia, la reconfiguración de la producción jurídico-política de orden nacional. El capital, otrora nacional evoluciona en su naturaleza libre y expansiva a capital regional y global como motor del proceso de acumulación; esta nueva realidad económica, demanda así, la policentricidad de la realidad jurídica referida por Aleida Hernández. La competencia entre capitales de diferentes escalas e interdependencias supera la normatividad homogénea y nacional, impulsando una adaptación institucional descentralizada, supra-nacional y flexible. Este derecho permitirá facilitar los procesos de explotación, superando las regulaciones locales que se integran a la global, para dejar libre la localidad como espacio económico sujeto de explotación dada la dotación de factores que le constituyen (recursos naturales, humanos, etcétera).

La democracia como sistema político asociado al concepto de libertad se devela así como la garantía de libertad de los capitales, y no de los individuos. En el orden global, dicha libertad se revalúa y el impulso jurídico y político estimula sistemas democráticos y de derechos humanos, es decir, derechos sin nacionalidad. La nueva institucionalidad atiende el mandato burgués de fomentar el espacio económico y desregular considerando las necesidades históricas específicas. Asistimos a una transición de paradigma que supera la regulación asociada a la dinámica de capitalismo, enmarcado en la competencia entre capitales nacionales, y regulado bajo la figura del Estado de Bienestar; así pues, el capitalismo no asiste a una crisis o sentencia de muerte, sino que evoluciona en su naturaleza libre, y con ello, *desfetichiza*, aún más, al instrumento regulatorio como la herramienta jurídica en última instancia, que delinea las causas del proceso de acumulación.

La disputa del derecho.indb 72 28/11/18 10:52

Los nuevos mecanismos de integración y desarrollo en la globalización

Desde la perspectiva del materialismo histórico, los derechos de los pueblos son expresión del *edificio jurídico y político* definido por las características del sistema económico vigente. En este sentido, y para su concepción general, los derechos de los pueblos, ciudadanos, clases, etc., están definidos por las fronteras de las condiciones materiales y las potencialidades y límites del proceso de acumulación.

Como discutimos en el apartado anterior, el contexto global demanda una racionalidad jurídica flexible, la cual facilite la movilidad del capital y su inserción en diversos espacios, capitalizando ventajas comparativas alrededor del mundo.

La primera aclaración a realizar es que la integración al circuito de acumulación global no es sinónimo de desarrollo, e incluso podría ser adversa a éste en determinados escenarios. Es decir, globalización e integración no son categorías positivas o neutras en términos de desarrollo. Cuando los requerimientos económicos y normativos para mantener la competitividad llevan a trayectorias de crecimiento subordinadas y dependientes, agudizar los criterios de permanencia definirá trayectorias de integración adversas al crecimiento y desarrollo.[32]

Cada espacio y agente económico que se integra lo hace en un esquema jerárquico de diversa flexibilidad, dicha flexibilidad está en función de las características de lo que se conoce como *gobernanza global*, la cual, en términos generales se sustenta en la propiedad de activos, mercados o herramientas con influencias estratégicas para definir el acceso de los agentes económicos, y la dirección económica de diferentes espacios.

Una vez que empresas, trabajadores, países, etc., se han integrado al *mercado global*, estos desarrollaran una función específica dentro del ciclo de acumulación: proveer insumos, transformarlos, producir manufactura, distribuir mercancías, etcétera. La participación en las ganancias globales que esta actividad otorgue dependerá del mercado al que los agentes se hayan integrado y la valoración que tenga la actividad que realizan, es decir,

[32] Sandoval, Seyka, *La Cadena Global de Hortalizas. La estrategia de ascenso de los productores sinaloenses*, México, IIEc-UNAM, 2013, p. 152.

La disputa del derecho.indb 73 28/11/18 10:52

no tiene la misma valorización ensamblar partes de automóviles o maquilar para la industria textil, que exportar petróleo o diseñar *software*, semilla o fármacos. En este contexto, ensamblar automóviles o realizar ingeniería genética, depende a su vez, de la sinergia entre las posibilidades de las fronteras materiales tangibles e intangibles de los capitales, y las potencialidades producidas por infraestructuras institucionales específicas.

El tipo de integración define los vínculos que subordinarán o potencializarán las sendas de crecimiento y eventual desarrollo. En este sentido es importante desmitificar el papel que se la ha dado a la innovación y el aprendizaje. La sugerencia hecha a los países en desarrollo de integrarse en actividades trabajo intensivas para, posteriormente, a partir de procesos de aprendizaje, estrategias de cooperación y vínculos con las empresas líderes, transitar de actividades de bajo valor a actividades de alto valor intensivas en capital,[33] tiene importantes reservas.

En diferentes casos, particularmente en América Latina, en los sectores intensivos en mano de obra y exportación de *commodities*, se ha documentado que, una vez que el vínculo con los líderes que ostentan la gobernanza se ha construido, y el grupo de agentes económicos se ha integrado y adaptado con eficiencia a los requerimientos, consolidándose incluso como proveedores experimentados, los resultados económicos positivos en términos de ingresos, no superan situaciones de atraso en el escenario del mercado global; por el contrario, inauguran sendas de crecimiento con exclusión al interior del sector local o nacional.

La hipótesis que sugiere lo anterior es que la evolución de los agentes económicos en condiciones trabajo-intensivas o actividades de exportación de *commodities*, por ejemplo, podría estar determinada desde afuera, a través de vínculos cautivos y *requerimientos no formales*, que inhiben la revalorización de la base de proveedores como elemento funcional de la maximización de las rentas extraordinarias en los segmentos líderes en el mercado. Esto no sólo limita el crecimiento, sino que crea dinámicas de exclusión hacia adentro, que terminan afectando a toda la economía en la que estos agentes económicos se encuentran insertos.

[33] Gereffi, Gary, "Las cadenas productivas como marco analítico para la globalización". En *Problemas del Desarrollo*, Vol. 32, Núm. 125, México, IIEc-UNAM, abril-junio, 2001, pp. 27-28.

La disputa del derecho.indb 74 28/11/18 10:52

La especialización global como señal de competitividad empuja a abandonar criterios de estrategia que fortalezcan la soberanía y los sectores nacionales y/o locales, para concentrarse en aquellas fortalezas locales que puedan ser sujetas de comercializar competitivamente en el mercado global. La integración, sin embargo, impone aduanas informales que definen el perfil de los jugadores en términos de conocimiento, calificación, organización, vínculos, certificaciones, políticas, etcétera. Así, ser competitivo se ha definido en un *check list*, establecido por los grandes capitales que controlan el mercado. Cumplir con dichos requerimientos permite la integración y el acceso al crédito, tecnología, mercados, capacitación, aunque no necesariamente motiva el desarrollo, sino sólo la posibilidad.

La desigualdad global sugiere estar determinada por la división entre agentes integrados a las redes y aquellos que no son parte de la estrategia de especialización; aquellos capaces de conseguir los vínculos que permiten el acceso a las condiciones materiales y organizacionales necesarias para iniciar el proceso de acumulación y aquellos que no. En este escenario podría sugerirse que los agentes excluidos de la estrategia de integración enfrentan barreras a la entrada que definen su participación en la división del trabajo de los mercados nacionales e internacionales. Al mismo tiempo se constituyen como agentes y espacios "en reserva", que flexibilizan la red y otorgan un *stock* de sustitución entre agentes económicos, configurando un atraso funcional y externo, a la maximización de las rentas en la cadena de valor.

En el primer apartado, afirmábamos que "esta descentralización del proceso de producción a través de redes coordinadas por empresas líderes extiende e intensifica el proceso, cooptando espacios que al realizar actividades específicas también internalizan al mismo proceso tanto su dotación de factores, como formas de organización y conocimiento alternativas que crean oportunidades de desarrollo de nuevos productos y procesos". Esto cobra relevancia en un mercado en red en la medida en que los agentes y espacios que se integran lo hacen, integrando al mismo tiempo, más allá de la actividad económica que realizan, tradiciones, cultura, conocimiento, capacitación laboral, recursos naturales, etcétera. Todo ello es susceptible de explotar, en una economía basada fundamentalmente en la producción de intangibles como sector estratégico.

Las localidades aportan sus particularidades como activos gratuitos, sobre todo en los espacios en desarrollo en los que los derechos de propiedad

La disputa del derecho.indb 75 28/11/18 10:52

no están definidos con suficiencia, y con ello producen externalidades que terminan convirtiéndose en negocios que comercializan dichas particularidades en el mercado, es decir, oportunidad o adversidad no considerada en el desarrollo de una transacción, pero que desde una visión crítica puede ser observada en términos de la lógica del llamado por algunos marxistas *despojo*, en la medida en que, dependiendo del grado de desarrollo de la localidad en cuestión, estas "particularidades" pueden ser apropiadas sin ningún costo y explotadas y comercializadas, imponiendo requerimientos desde arriba que terminan regulando, de manera exógena, a la localidad de la que dicha particularidad es origen.

Conclusiones

Comprender el cambio histórico en sus particularidades, considerando temas como la globalización, los derechos y el despojo, no es una tarea sencilla, puesto que nos convoca, al menos desde la perspectiva de la crítica a la economía política, no sólo a la comprensión sistémica que obliga el método, sino a la flexibilidad de ir con precisión a la expresión concreta de los fenómenos observados.

Cada una de las categorías que el Seminario Internacional "El derecho de la globalización hegemónica frente a la defensa de derechos de los pueblos y grupos sociales" pone sobre la mesa, son en sí mismas grandes temas. Por lo anterior, lo que hemos intentando en las cuartillas precedentes, es describir la relación existente entre el desarrollo del capital, expresado coyunturalmente en la globalización, y los derechos que de este desarrollo emanan, así como sus posibles impactos en los pueblos.

En síntesis, la idea que queremos dejar clara es que el capital, como relación social, tiene una característica expansiva e intensiva de su ciclo de acumulación, su desarrollo es progresivo, polarizado y contradictorio. En este sentido, y en palabras de Marx, el desarrollo del capital atiende a las potencialidades y límites que él mismo se provee a partir del mecanismo de acumulación, así pues, *el verdadero límite de la producción capitalista lo es el propio capital*.[34]

[34] Marx, Carlos, *El Capital*, Tomo III, México, Siglo XXI, 1975, p. 321.

La disputa del derecho.indb 76 28/11/18 10:52

Las innovaciones que incrementan las tasas de productividad, es decir, de explotación, incrementan los beneficios en un contexto que tiende a la concentración y centralización a través de la competencia entre capitales. No obstante, la implementación de las innovaciones y el despliegue de éstas, el cual, permite desarrollar las potencialidades económicas, no puede llevarse a cabo sin la infraestructura institucional acorde a las nuevas formas de explotación y acumulación. Este binomio que se ha expresado históricamente en diversos modelos es temporal, (fordismo-keynesiano, globalización-neoliberal, etc.) debido a la lógica del proceso de acumulación y competencia, que al generalizar tecnológica y organizacionalmente la expresión concreta de la relación capital-trabajo, agotan la fuente de beneficios.

Cada vez que se arriba al punto de saturación, sobreproducción, etc., una crisis aparece como el instrumento inherente al capitalismo para la necesaria destrucción de capitales poco productivos, despejando el espacio económico de acumulación; no obstante, lo que en esta discusión hemos resaltado, es que dicha destrucción no es sólo material y económica, sino también jurídica. El cambio económico demanda así el cambio institucional como la herramienta que de cauce a la evolución del proceso de acumulación. Lo anterior, denota la vigencia del pensamiento marxista en términos del método y las leyes generales que de éste derivan: "El conjunto de estas relaciones de producción forma la estructura económica de la sociedad, la base real sobre la que se eleva un edificio jurídico y político y a la que corresponden determinadas formas de conciencia social [...] Al cambiar la base económica se revoluciona, más o menos rápidamente, todo el inmenso edificio erigido sobre ella".[35]

Considerando esta relación, la importancia de la producción jurídica transnacional, nos habla de la amalgama entre la base económica, ahora global, y el edificio jurídico, también global, erigido sobre ella.

Las potencialidades de una producción intangible distribuida a través de mercados virtuales, pone frente a nosotros posibilidades innumerables de acumulación de capital, las cuáles demandan los canales normativos necesarios como instrumentos de concreción, al mismo tiempo que se garantizan las funciones primigenias del estado en su concepción liberal, la seguridad y la administración de la justicia en términos de propiedad

[35] Ver en: <https://www.marxists.org/espanol/m-e/1850s/criteconpol.htm>.

La disputa del derecho.indb 77 28/11/18 10:52

privada –ahora intelectual– y transparencia en las transacciones como preocupaciones centrales.

El capital financiero en este contexto ha sido el vehículo que muestra, como la ha hecho históricamente, las demandas del capital en general en términos de ocupación global del espacio económico, y flexibilidad del espacio y el tiempo como condición de un nuevo contexto en el que las transacciones se desarrollen. El capital financiero se adelanta históricamente a evidenciar los cambios del capital en general, puesto que su característica móvil y flexible, lo dota de una condición de mayor adaptabilidad.[36]

Global y flexible son categorías que han alcanzado un nivel de racionalidad más allá de la escena económica y están definiendo la naturaleza jurídica y política de las instituciones del capitalismo. En este escenario ¿cuáles son las concepciones sobre las cuáles debemos cuestionarnos la búsqueda y la posibilidad del desarrollo de los pueblos o los espacios en desarrollo?

Antes de sugerir algunas ideas en torno a la respuesta, es importante anotar que en este texto cuando nos referimos a desarrollo estamos hablando de distribución de la riqueza con intervención del Estado, generada a partir del proceso de acumulación. El crecimiento económico en este sentido sería la expresión del proceso de acumulación, el cual asume una característica concentrada de los beneficios; por tanto, el desarrollo requeriría de una intervención del orden institucional y externa a la dinámica del ciclo del capital, como instrumento de distribución de los beneficios generados. Así pues, el desarrollo en este sentido significaría participar de los beneficios de la globalización. Es decir, desarrollo y crecimiento son resultado del proceso de acumulación, crecimiento con intervención estatal con perspectiva "de bienestar", sería desarrollo social.

[36] "El capital financiero es móvil por naturaleza, mientras que el capital productivo está en lo fundamental atado a productos concretos [...] El capital financiero es errabundo por naturaleza [...] Sin embargo, aunque la noción de progreso e innovación está asociada –con razón– al capital productivo, es una ironía que, al tratarse de un cambio radical, el capital productivo establecido pueda volverse conservador y sea entonces, el capital financiero –bajo cualquiera de sus formas: familiares, bancos o capitalistas de riesgo (*angels*)– quien asuma el papel de hacer posible el surgimiento de nuevos emprendedores". Pérez, Carlota, *Revoluciones tecnológicas y capital financiero...*, *op. cit.*, p. 107.

La disputa del derecho.indb 78 28/11/18 10:52

Uno de los instrumentos por excelencia para participar de los beneficios económicos es el comercio; participar en el comercio implica producir mercancías tangibles o intangibles para el intercambio. Los pueblos, organizados o no, en sociedades de explotación capitalista, participarían en el mercado a través de la realización de ciertas actividades que tengan como resultado una mercancía o servicio, sujeta de ser intercambiada en el mercado por dinero. El intercambio en el mercado se encuentra regido por la ley de la competencia, la cual ignora los procesos de organización de los pueblos, registrando solamente la competitividad de la mercancía o servicio que se lleva al mercado. Esta mercancía será competitiva en la medida en que pueda ser ofrecida a menores precios que otras, y con dicho precio pueda superar los costos de producción arrojando una ganancia superior que la producción de las mismas mercancías por parte de sus competidores.

En teoría, dicha competitividad, mientras se mantenga a través de la competencia, asegurará, la progresividad del proceso de acumulación y con ello el crecimiento, si los pueblos, los grupos, en una palabra, los agentes económicos en cuestión se organizan a partir de instituciones equitativas, por ejemplo, distribuirán en términos de dichos valores los beneficios alcanzando cierto grado de desarrollo.

Si bien, el mecanismo anterior delinea el proceso en su generalidad, adolece de las relaciones sistémicas que trascienden a la producción e intercambio de la mercancía o servicio en cuestión. Dado que el sistema capitalista es desigual por naturaleza, la inserción de cualquier actividad económica se da en un contexto no neutro. En la coyuntura de la globalización, la jerarquía de los mercados globales organizados en cadenas de valor se define a partir de la propiedad de conocimientos o tecnologías estratégicas, y cuotas de mercado.

Los requerimientos impuestos por aquellos que ostentan la gobernanza global se configuran, en adición al elemento de la productividad, como las directrices de la competitividad. La normativa informal y transnacional define el acceso y la regulación del proceso de acumulación, así como la distribución de las ganancias. El binomio de la base económica y el edifico jurídico que sobre ella se erigen, vuelven, una vez más, a definir las *posibilidades* del desarrollo sobre la ley general de la propiedad de los activos estratégicos, es decir, aquellos susceptibles de producir ganancias extraordinarias, y las protecciones a dicha propiedad como condición del

La disputa del derecho.indb 79 28/11/18 10:52

sostenimiento del poder, de aquellos que hoy por hoy son propietarios, temporales, de los activos que estimulan el crecimiento.

Bibliografía

Bair, Jennifer. "Global capitalism and commodity chains: looking back, going forward", *Competition & change*, vol. 9 núm. 2, 153-180.

Castells, Manuel. 1999. *La era de la Información*. Vol. 1, *La sociedad en Red*. México, Siglo XXI.

Cattaneo, Olivier, G. Gereffi, S. Miroudot y D. Taglioni. 2013. "Joining, upgrading and being competitive in global value chains: a strategic framework". World Bank, policy research working paper 6406, abril, 2-50. 6406, abril, 2-50.

Coase, R. H. 1937. "The Nature of the Firm". *Economica.* 4, 386-405. doi: 10.1111/j.1468-0335.1937.tb00002.x

Cournot, Antoine Augustin. [1838] 1897. *The Mathematical Principles of the Theory of Wealth.* Nueva York, The McMillan Company.

Dabat, Alejandro, M. A. Rivera y James W., Wilkie. 2004. *Globalización y cambio tecnológico. México en el nuevo ciclo industrial mundial.* México, Universidad de Guadalajara / UNAM/ UCLA/ Juan Pablos.

Dean, Mark y M. Sebastia-Barriel. 2004. "Why has world trade grown faster than world output?", *Bank of England Quarterly Bulletin*. <http://www.econ.brown.edu/fac/Mark_Dean/Other_Paper_1.pdf>.

Dicken, P. 1998. *Global Shift: Transforming the World economy.* Nueva York: Ed. Guilford.

Gereffi, Gary. 2001. "Las cadenas productivas como marco analítico para la globalización", *Problemas del Desarrollo.* Vol. 32, Núm. 125. México, IIEc- UNAM, abril-junio.

Harvey, David. 1988. *La condición de la posmodernidad: investigación sobre los orígenes del cambio cultural.* Buenos Aires, Amorrortu.

Hernández Cervantes, Aleida. 2014. *La producción jurídica de la globalización económica. Notas de una pluralidad jurídica transnacional.* México, UNAM, CEICH, UASLP, CENEJUS.

La disputa del derecho.indb 80 28/11/18 10:52

López, Pedro. 2006. *Capitalismo y Crisis. La visión de Karl Marx.* México, UNAM/Ítaca.

Marx, Carlos. 1859. *Prólogo a Contribución de la crítica de la economía política.*
<https://www.marxists.org/espanol/m-e/1850s/criteconpol.htm>.

_____. 1867. *El Capital, El proceso de producción del capital*. Tomo I. Vol. 1. México, Siglo XXI.

_____. 1847. *Miseria de la filosofía*. Biblioteca de filosofía. Folio.

Newman, Susan. 2012. "Global commodity chains and global value chains". En Fine, Been, A., Saad-Filho, M.R., M. Boffo. *The Elgar companion to Marxist economics.* Edward Elgar, 155-161.

Organización Mundial del Comercio. 2013. *Informe sobre el comercio mundial. Factores que determinan el futuro del comercio.* <https://www.wto.org/spanish/res_s/publications_s/wtr13_s.htm>.

Pérez, Carlota. 2004. *Revoluciones tecnológicas y capital financiero, la dinámica de las grandes burbujas financieras y las épocas de bonanza.* México, Siglo XXI, 7-269.

_____. 2008. "Interpretar en Mundo de Hoy. Oportunidades cambiantes en un mundo globalizado". Documento de Conferencia. México, IIEc-UNAM. <http://www.iiec.unam.mx/indice.htm>.

Sandoval, Seyka. 2013. *La Cadena Global de Hortalizas. La estrategia de ascenso de los productores sinaloenses.* México, IIEc-UNAM.

_____. 2015. *La financiarización de las cadenas globales de valor: implicaciones para el upgrading de los países y firmas en desarrollo*. ILAS-Columbia University/ Prometeo/ Universidad Juárez del Estado de Durango.

Schumpeter, J. Alois. [1950] 1968. *Capitalismo, Socialismo y Democracia*. Tomo I. Aguilar.

Williamson, John. 2004. *A Short History of the Washington Consensus.* Fundación CIDOB, para la conferencia "From the Washington Consensus towards a new Global Governance". Barcelona, septiembre 24-25. <http://www.iie.com/publications/papers/williamson0904-2.pdf>.

La disputa del derecho.indb 81 28/11/18 10:52

Referencias electrónicas

Global Value Chains Initiative <https://globalvaluechains.org/concept-tools>.

"Economic Report of the President, 2015". <http://www.gpo.gov/fdsys/browse/collection.action?collectionCode=ERP>.

La disputa del derecho.indb 82 28/11/18 10:52

Estructuras Jurídicas del Despojo: trazando el perfil

Aleida Hernández Cervantes*

Introducción

Existen muchas formas de explicar y representar las características principales de la época en la que vivimos, pero una toma especial relevancia. Si el foco de análisis son los procesos económicos de globalización y las consecuencias críticas para las poblaciones en general, la palabra *despojo* disputa con fuerza el sello de nuestros tiempos. Despojo de los bienes comunes como los recursos naturales; despojo de tierras y territorios; despojo de los ahorros de les trabajadores; despojo de los bienes públicos del Estado; despojo de los derechos, son solo algunas referencias que cuentan ya con amplia reflexión teórica y social.

Este artículo tiene como objetivo plantear los trazos mínimos de una ruta de teorización en torno al papel que ha jugado el derecho en los procesos de desposesión contemporáneos. Proponemos el concepto de *estructuras jurídicas del despojo*, para dar cuenta de las distintas normatividades pro-

* Investigadora de tiempo completo del Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades de la Universidad Nacional Autónoma de México, Sistema Nacional de Investigadores Nivel I. Correo electrónico: aleidahc@unam.mx.

La disputa del derecho.indb 83 28/11/18 10:52

ducidas desde diferentes centros de producción jurídica (nacionales y transnacionales), las cuales se elaboran para legalizar el despojo de bienes públicos, comunes y de los derechos de las personas. Esta conceptualización la integramos a una propuesta teórica más amplia que estamos desarrollando en torno a la *forma de producción jurídica transnacional* que prevalece en esta etapa del capitalismo global.

El *despojo* en nuestros tiempos

David Harvey en su ya clásico texto *El nuevo imperialismo*[1] explica que la etapa actual del capitalismo se compone por la persistencia de prácticas depredadoras de acumulación *primitiva* u *originaria* –considerada así por la teoría general de acumulación de Marx y seguida por el desarrollo teórico de Rosa Luxemburgo– a lo largo de la geografía histórica de la acumulación de capital. Esto llevó al autor a argumentar que la acumulación originaria no quedó en el pasado, sino que es un proceso permanente que acompaña al proceso del capital, de ahí que propuso sustituir la denominación de "primitivo" u "originario" a un proceso en curso como el actual, por el concepto de "*acumulación por desposesión*".[2] Este concepto es uno de los más empleados actualmente por las teorías sociales y económicas críticas.

[1] Me baso en dos versiones del trabajo de acumulación por desposesión que propone David Harvey: *El nuevo imperialismo*, Madrid, Ediciones Akal, 2004; y "El *nuevo* imperialismo: acumulación por desposesión", *Socialist register 2004*, (enero 2005), Buenos Aires, CLACSO.

[2] *Ibidem*, pp. 12-13. Sin la intención de entrar a profundidad en los análisis sobre la teorización que Marx realizó respecto a la acumulación originaria, pues no es el objetivo central de nuestro texto, retomamos algunas precisiones que Rhina Roux plantea sobre la ubicación de los procesos de despojo para el capital: "La consideración del despojo y de la violencia como momentos constitutivos del capital –y no sólo como presupuestos genéticos– no era resultado de una reconstrucción histórica sino una deducción lógica del análisis teórico del proceso-capital. Si a los métodos desplegados en su génesis histórica Marx los llamó *acumulación originaria* [...] no fue por ubicarlos en el pasado sino para distinguirlos de aquellos procesos de despojo que eran resultado de su acción como capital. La diferencia entre unos y otros no radicaba en su ubicación en el tiempo sino en determinaciones formales: era la diferencia entre la transformación del dinero en capital y el movimiento del capital y el despojo como resultado de su existencia, entre la acumulación dineraria y la acumulación capitalista, entre el punto de arranque del capital y el capital como punto de arranque". Rhina Roux, "Marx y la cuestión del despojo. Claves teóricas para iluminar el cambio de época",

La disputa del derecho.indb 84 28/11/18 10:52

Muchos de los procesos incluidos en la acumulación originaria por Marx, se actualizan con mayor intensidad en esta fase del capitalismo. Harvey los menciona:

> la mercantilización y privatización de la tierra y la expulsión forzosa de las poblaciones campesinas; la conversión de diversas formas de derechos de propiedad –común, colectiva, estatal, etc.– en derechos de propiedad exclusivos; la supresión del derecho a los bienes comunes; la transformación de la fuerza de trabajo en mercancía y la supresión de formas de producción y consumo alternativas; los procesos coloniales, neocoloniales e imperiales de apropiación de activos, incluyendo los recursos naturales; la monetización de los intercambios y la recaudación de impuestos, particularmente de la tierra; el tráfico de esclavos; y la usura, la deuda pública y, finalmente, el sistema de crédito.[3]

La acumulación por desposesión es en este tiempo el eje fundamental de la expansión contemporánea del capital,[4] y está en constante búsqueda de nuevas áreas y territorios. Dicha expansión la está realizando a través de dos vías: 1) privatización de bienes y servicios públicos: medios de comunicación y transporte, telecomunicaciones, banca y servicios financieros, petróleo y petroquímica, minas y complejos siderúrgicos, sistemas de seguridad social incluidos los fondos de pensiones y retiro de los trabajadores; y 2) disolución de formas puras o híbridas de la comunidad agraria, así como la conversión de la tierra en mercancías.[5]

En América Latina –pero no solo– los ejemplos de lo anterior abundan. El Consenso de Washington fue uno de los primeros grandes impulsos del proyecto neoliberal a escala global, que incluía entre otras directrices, la liberación comercial irrestricta, la privatización empresas estatales, condicionando su puesta en marcha vía préstamos y programas de ajuste

---

en Adolfo Gilly y Rhina Roux. *El tiempo del despojo. Siete ensayos sobre un cambio de época*, Ciudad de México, Ítaca, 2015, p. 47.

[3] David Harvey, "El *nuevo* imperialismo: acumulación por desposesión", *op. cit.*, p. 113.

[4] Gilly y Rhox, *op. cit.*, p. 58.

[5] La autora señala que el primer eje en el que se sostiene este proceso de la expansión contemporánea del capital es el incremento de la explotación en la relación salarial, la ampliación de la escala de disciplinamiento y apropiación de trabajo ajeno. *Idem.*

La disputa del derecho.indb 85 28/11/18 10:52

por parte del Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional para los países en desarrollo o transición económica. En esa tendencia se han inscrito las denominadas reformas estructurales que incluyen privatización de las tierras, bienes y servicios públicos, recursos naturales y una cobertura amplia de participación de las empresas nacionales y transnacionales en áreas antes exclusivas del Estado, o incluso en zonas y territorios que antes no se consideraban productivos.

La región latinoamericana ha adquirido una atracción fundamental en la renovada estrategia geopolítica del capital como espacio rico en biodiversidad, tierra, agua, hidrocarburos y minerales y son los agentes privados los que se benefician de forma monopólica y apoyada por los gobiernos de los Estados de una producción a bajo costo[6] que incluye muchas veces privilegios fiscales y condiciones laborales precarias.

Por eso, lo que llamamos *estructuras jurídicas del despojo* (EJD) han jugado un papel relevante en los procesos de acumulación por desposesión actuales. De éstas hablaremos más adelante.

Violencia, ilegitimidad y despojo en la Ley: una reflexión filosófica previa

Antes de caracterizar concretamente las estructuras del despojo, resulta conveniente introducir en este apartado una discusión filosófica en torno a la violencia e ilegitimidad que muchas veces encubre la ley. Esta discusión

[6] Claudia Composto, Mina Lorena Navarro (comp.), *Territorios en disputa. Despojo capitalista, luchas en defensa de los bienes comunes naturales y alternativas emancipatorias para América Latina*, Ciudad de México, Bajo Tierra Ediciones, 2014. En esta obra se da cuenta de las formas de despojo capitalista y las luchas que se han emprendido en la región en defensa de los territorios y los recursos naturales. También en este mismo libro se encuentra un artículo que presenta un estado del arte sobre los debates en torno a la acumulación originaria y la acumulación por desposesión: Claudia Composto y Mina Navarro, "Claves de lectura para comprender el despojo y las luchas por los bienes comunes naturales en América Latina". Otro texto en ese mismo sentido es el de Claudia Composto, "Acumulación por despojo y neoextractivismo en América Latina. Una reflexión crítica acerca del estado y los movimientos socio-ambientales en el nuevo siglo", *Astrolabio*, núm. 8, Nueva Época, Conicet, Buenos Aires, 2012, págs. 331-333.

La disputa del derecho.indb 86 28/11/18 10:52

nos servirá de marco teórico para aterrizar la concepción del despojo en el ámbito de lo jurídico.

Empecemos por la raíz violenta de la Ley. Nos aproximamos a este tema con un enfoque genealógico de la ley, es decir, buscando indagar el origen de la violencia como forma de constitución de la ley. Esa violencia la identifico en lo que Hinkelammert[7] denomina, siguiendo el pensamiento de Pablo de Tarso, la maldición que pesa sobre la ley. Ésta consiste en que, cumpliendo la ley se comete injusticia. Parecería un contrasentido, si solo estamos entendiendo la justicia en una dirección tradicional, es decir, cumplimiento de la ley como sinónimo de justicia. Pero tal como nos lo hace ver Hinkelammert, es una injusticia desde un punto de vista diferente. Es precisamente la tesis que Marx tiene en común con Pablo: la injusticia opera a través de la ley, cumpliéndola porque en sí misma contiene opresión, explotación y exclusión, no obstante la misma ley sostenga lo contrario.

El núcleo de la ley del pecado en Pablo se encuentra en el mandamiento "no codiciarás" que no debe entenderse, nos dice Hinkelammert, en el sentido de lo prohibido, es más bien una acción calculada en función de la codicia y que tiene como centro cumplir con la ley. Es una codicia con arreglo a la ley y en conflicto con el amor al prójimo, porque transforma al prójimo en objeto de la explotación maximizando la propia codicia. Marx por su parte, desarrolla su postura crítica desde la crítica de la igualdad formal; la "ley del valor (del mercado)" se constata como la expresión de la opresión y de la explotación, que genera también exclusión. A través de la igualdad abstracta que proclama la ley, el mercado se convierte en un lugar "neutro", en el que se desvanecen –por apariencia ideológica– los intereses particulares que lo sostienen y reproducen. Por eso, nos dice Hinkelammert no se puede denunciar la exclusión ni como violación de la ley ni se la puede denunciar frente a los tribunales de la ley. Se realiza cumpliendo la ley y, por lo tanto, en el sentido de esta ley ni se la puede denominar una injusticia".[8] Porque es una injusticia que nace desde la legalidad formal y de la igualdad que proclama, que nulifica y excluye a todo sujeto que no

[7] Franz Hinkelammert, *La maldición que pesa sobre la ley. Las raíces del pensamiento crítico en Pablo de Tarso*, San José de Costa Rica, Editorial Arlekín, 2010.
[8] *Ibidem*, p. 218.

La disputa del derecho.indb 87 28/11/18 10:52

sea el que tiene como su centro (aunque pretenda esconderlo): un sujeto hombre, propietario, blanco y también europeo.

Múltiples ejemplos nos permiten clarificar el planteamiento: una ley que autoriza cobrar una deuda, cuyo pago condena al deudor a perder todo lo que se tiene, incluso sin librarse de la deuda, quien la cumple comete un crimen que no viola ley alguna, pues la ley está del lado del prestamista, le avala cometer el crimen, su acción criminal está respaldada por la ley. De igual manera, la ley que desaparece las desigualdades que existen entre el trabajador y el empleador al pactar un contrato de trabajo, comete injusticia al ser cumplida.

Es precisamente esa injusticia, la raíz violenta de la ley.

Por su parte, Slavoj Žižek[9] aborda esta temática incorporando elementos subjetivos. Menciona que, si bien no podemos denunciar la exclusión y la opresión como violación a la ley, sí podemos en cambio denunciar la violencia sistémica que ejerce la ley. Žižek diferencia entre violencia objetiva/sistémica y violencia subjetiva. La primera es una violencia invisible inherente al estado de cosas considerado "normal" y pacífico. Se trata de una violencia no atribuida a los individuos, sino que se muestra anónima, es "objetiva". La violencia subjetiva, por su parte, se ve como una perturbación de ese "estado de cosas considerado normal y pacífico".[10]

La ley al codificar e institucionalizar la injusticia inherente a las relaciones sociales capitalistas, forma parte de la violencia sistémica, se integra a la violencia que procede del sistema económico y político. Es por ello que la ley se vuelve clave para el ejercicio legal de la violencia del capitalismo: la opresión, la explotación y por tanto, también la exclusión terminan legalizándose. En ese sentido, afirmamos que las estructuras jurídicas del despojo son en la actualidad las formas jurídicas que concretan con mayor eficacia la codificación e institucionalización de la injusticia.

[9] Slavoj Žižek, *Sobre la violencia. Seis reflexiones marginales*, Buenos Aires, Paidós, 2009.
[10] *Idem.*

La disputa del derecho.indb 88 28/11/18 10:52

Las estructuras jurídicas del despojo: trazando un perfil

Las formas jurídicas de concreción del despojo han sido claves en todo este proceso de desposesión, han ayudado a encubrir su ilegitimidad convirtiendo lo *ilegítimo en legal*. Denominamos estructuras jurídicas del despojo (EJD) a las normatividades que operan como mediaciones institucionales para la desposesión. Algunas de las EJD son formas nuevas y sofisticadas que legalizan el despojo y se producen tanto en sedes transnacionales de poder económico global como en sedes nacionales a través de la *forma de producción jurídica transnacional* –cuyas características están explicadas más adelante en este artículo. Las EJD forman parte de esos arreglos institucionales capitalistas (reglas contractuales y esquemas de propiedad privada) en formaciones sociales preexistentes que ayudan absorber los excedentes de capital y trabajo existentes.[11] Esto se explica a partir de entender lo que dice Harvey de que "la forma que asumen las instituciones mediadoras es la de productoras, a la vez que producto, de la dinámica de la acumulación de capital".[12] Así, las estructuras jurídicas del despojo como mediaciones institucionales, producen las condiciones jurídicas necesarias para asegurar que continúe la dinámica de la acumulación de capital, y su función particular es contribuir a que lo realicen con la cobertura de seguridad y certezas jurídicas. Las instituciones de la administración pública, las de los poderes legislativo y judicial dan coherencia interna a la protección de los intereses del capital, con la elaboración de normatividades, políticas públicas, interpretación de legislación y decisiones judiciales en los que se disputan los intereses del capital.[13]

Por otro lado, uno de los principios que orientan a las EJD es el mercado; convierten todo en objeto de transacción mercantil, volviendo disponible al mercado todo lo valioso de la vida, al contrario de los bienes indisponibles para el mercado de los que nos hablaba Karl Polanyi (2003). Una EJD

[11] David Harvey, *op. cit.*, p. 114.

[12] David Harvey, *El "nuevo" imperialismo: acumulación por desposesión*, *op. cit.*, p. 108.

[13] Ejemplos de lo anterior abundan. Las instituciones de la administración pública lo hacen al asignar contratos a particulares (en materia de energía, por ejemplo, a grandes empresas transnacionales); otras veces, en las instituciones pertenecientes al poder judicial, al dirimir controversias en las que se disputan recursos naturales, incluido el territorio de comunidades indígenas, frente a empresas, dando la razón a éstas últimas.

La disputa del derecho.indb 89 28/11/18 10:52

puede estar constituida tanto por legislaciones nacionales como también por *soft law* procedente de organismos económicos internacionales que tienen la fuerza política y económica para hacer prevalecer intereses exclusivamente económicos por encima de derechos fundamentales.

Despojo es la apropiación violenta o encubierta bajo formas legales de bienes naturales y de bienes de propiedad comunal o pública,[14] pero para nuestros fines, uso el concepto de despojo no solo para referirme a los bienes naturales o de propiedad comunal o pública sino a aquel bien y/o derecho que gozaba o ejercía una comunidad, grupo de personas o población en general, que le es arrebatada mediante estructuras jurídicas que sofistican dicha perpetración.

¿Cuáles son las características que se pueden localizar en cualquier estructura jurídica del despojo?

Empecemos por indicar que las EJD pueden proceder de fuente estatal o no-estatal, es decir, puede formar parte del Derecho Estatal (alguna legislación nacional o integrarse por normas constitucionales, legislación nacional y material jurídico jurisprudencial); o bien, constituir material jurídico no-estatal emanado de sedes privadas nacionales o internacionales. Por lo general, no se trata de una legislación o normativa aislada, sino que puede estar comprendida por una compleja red jurídica que incluye legislación nacional, normas técnicas, acuerdos comerciales, normas de carácter administrativo, incluso decisiones judiciales. La existencia de EJD muestra la articulación compleja de instituciones, actores, normatividades tanto de carácter estatal como no estatal que elaboran normatividad concreta que legaliza el despojo contemporáneo. La desnacionalización y las privatizaciones de empresas estatales, así como de bienes comunes, son procesos que han preparado el camino. Saskia Sassen explica que la desnacionalización ha implicado privatizar lo que antes era público y desnacionalizar a las autoridades y políticas nacionales, reconfigurándolas en función de las políticas económicas de la globalización.[15] La desnacionalización, así, orienta

[14] Adolfo Gilly y Gina Roux, *op. cit.*, p. 133.

[15] Saskia, Sassen, *Territorio, autoridad y derechos De los ensamblajes medievales a los ensamblajes*

La disputa del derecho.indb 90 28/11/18 10:52

a las instituciones para atender y responder a intereses no exclusivamente nacionales.[16] Los actores privados adquieren un papel preponderante en la formación de un nuevo campo de poder cuyas características dan cuenta de la penetración de los intereses privados en las instituciones resididas en territorios nacionales. De ahí que una característica clave de las EJD sea que vuelven privado un bien o servicio que antes podía gozar una comunidad, o que lo prestaba el Estado en nombre de un interés público y general.

El *corpus* jurídico del Despojo es un derecho que se justifica en una razón tecnocrática, supone una especialización que solo comprenden una elite de expertos; esconde tras un lenguaje sofisticado, complejo y oscuro todos los mecanismos e instrumentos jurídicos que permiten el Despojo de los derechos de las personas. Es un derecho que opera desde la encriptación del poder,[17] es decir, desde el desplazamiento en la construcción de las decisiones y contenidos jurídicos de los interesados y afectados: "la elevación artificiosa del lenguaje de una constitución política a un lenguaje de expertos que evite la interacción política directa, frustre las formaciones populares e invisibilize la democracia es simplemente un paso firme de una ambiciosa

---

globales, Madrid, Katz Editores, 2010; y Saskia, Sassen, "Desnacionalización de las políticas estatales y privatización de la producción de normas, en Teubner, Gunther, Sassen, Saskia y Krasner, Stephen D. (ed.), *Estado, soberanía y globalización*, Colombia, Siglo del Hombre Editores, 2012, pp. 105-173. La autora también señala que el proceso de desnacionalización empieza en los años ochenta y continúa en los noventa, es un elemento correlativo al auge del neoliberalismo. La desnacionalización implica un cambio de dirección en lo que Sassen considera como "nacionalización": "es posible definir la historia del Estado moderno como el *proceso de nacionalización* de prácticamente todos los rasgos esenciales de la sociedad: la autoridad, la identidad, el territorio, la seguridad, la ley y la acumulación económica", ver Saskia Sassen, *Una sociología de la globalización*, Buenos Aires, Katz Editores, 2007, p. 26.

[16] Esto se puede observar en el parecido que existe entre muchas instituciones de diferentes países, su estructura, su integración y sus funciones. Ejemplos paradigmáticos son los bancos centrales, que en su mayoría empezaron un proceso de autonomización de los gobiernos para estar en mayor coordinación con los organismos financieros internacionales como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional. A partir de 1994, el Banco de México se reformó para otorgarle autonomía.

[17] Ricardo Sanín-Restrepo, *Teoría crítica constitucional. La democracia a la enésima potencia*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014. El autor señala que la "encriptación arrebata la realidad misma del sentido y los saberes comunes hasta convertirlo en capital exclusivo de expertos", p. 207.

La disputa del derecho.indb 91 28/11/18 10:52

agenda que se extiende históricamente y se perfecciona en las constituciones contemporáneas".[18]

La racionalidad jurídica de esta etapa del capitalismo es flexible, rápida, requiere eliminar los anclajes que antaño le daban al derecho un espíritu de perpetuidad, muy al contrario de lo que se exigía del Derecho decimonónico que aspiraba a atravesar los siglos. Ahora lo que se requiere es "un conjunto de instituciones que faciliten la movilidad del capital y su inserción en diversos espacios, capitalizando ventajas comparativas alrededor del mundo".[19]

Las EJD en su construcción lingüística pueden incluir eufemismos jurídicos. Por ejemplo, en reformas en materia de pensiones, no formula que se despoja de una pensión digna, expresa que convierte a los trabajadores en accionistas de la bolsa de valores al colocar allí sus ahorros. En las reformas estructurales en México como la reforma laboral,[20] no se dice que se vulnera el derecho a la estabilidad en el trabajo, formula categorías jurídicas eufemísticas que abren nuevas oportunidades a los jóvenes con contrataciones temporales. En la reforma energética mexicana[21] no se expresa que desplazará territorialmente a comunidades por la extracción de hidrocarburos concesionada a empresas transnacionales, plantea que generará mayor desarrollo económico; no se expresa abiertamente que las ganancias sobre la extracción del petróleo se la llevarán en su mayoría empresas transnacionales y que el presupuesto público se verá severamente disminuido, expresa que se modernizará la industria petrolera; no dice que las mineras transnacionales vendrán a saquear el recurso natural, contaminarán, no pagarán muchos impuestos y se irán sin más, dice que gracias

[18] Ricardo Sanín-Restrepo, Gabriel Méndez y Ricardo Sanín, "La constitución encriptada. Nuevas formas de emancipación del poder global", *Redhes. Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, año IV, núm. 8, julio-diciembre 2012, San Luis Potosí, pp. 98-100.

[19] Seyka Sandoval, "Globalización y neoliberalismo: una lectura económica", artículo en esta obra.

[20] Esta reforma se publicó en el *Diario Oficial de la Federación*, el 30 de noviembre de 2012. Se puede consultar en: <http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5280815&fecha=30/11/2012>.

[21] Esta reforma constitucional se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* en noviembre de 2013. Se puede consultar en: <http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5327463&fecha=20/12/2013>.

La disputa del derecho.indb 92 28/11/18 10:52

a esas empresas cientos de pobladores cercanos a la mina tienen trabajo; no dice que al trasladar la gestión de servicios públicos a empresas ellas se enriquecerán al encarecer esos servicios, nos dice que el Estado lo hacía terriblemente mal. Así, el *corpus* jurídico del despojo persuade mientras desposee de lo que pertenece a todos trasladándolo a manos privadas.

Debido a lo anterior, uno de los medios para dar concreción a este tipo de Derecho han sido los procesos de privatización de bienes y servicios públicos.

Privatizar en un sentido muy básico, significa trasladar a manos privadas lo que era de todos. Se trata de "la transferencia de activos públicos a empresas privadas. Entre estos activos productivos se encuentran los recursos naturales: tierra, bosque, agua, aire. Éstos son activos que el Estado posee en nombre del pueblo al que representa".[22] Es por ello que resulta acuciante analizar críticamente las significaciones actuales que están detrás de los clásicos conceptos de utilidad pública, interés público y general utilizados de forma eufemística en las reformas estructurales (constitucionales y legales) que tienden a privatizar lo público y lo común, no sólo en México sino alrededor del mundo. En nuestra explicación sobre las Estructuras Jurídicas del Despojo, la privatización de lo público y lo común es tanto una política pública como una técnica jurídica, pues en las normas jurídicas se aterrizan los mecanismos, rutas y figuras jurídicas que concretarán dicha formulación de política pública privatizadora. Esto se puede observar con claridad en la reforma energética mexicana que reconfigura el derecho energético el cual, "mediante las ahora denominadas "asignaciones", otorga a empresas productivas del Estado, a través de contratos con éstas o con particulares el acceso a actividades reservadas con anterioridad de forma exclusiva al Estado".[23]

[22] A. Roy, *Power Politics*, Cambridge, MASS, South End Press, 2001, p. 16. Este autor termina la idea diciendo que arrebatarle al pueblo esos activos públicos para vendérselos a empresas privadas "representa un proceso de desposesión bárbara, a una escala sin precedentes en la historia", citado en David Harvey, *op. cit.*, p. 127.

[23] Anglés Hernández, Marisol, "La reforma en materia de hidrocarburos en México, como parte del proyecto neoliberal hegemónico violatorio de derechos humanos", en Anglés Hernández, Marisol, Ruth Roux y Enoc Alejandro, García Rivera, (coords.), *Reforma en materia de hidrocarburos. Análisis jurídicos, sociales y ambientales en prospectiva*, México, IIJ-UNAM/ Universidad Autónoma de Tamaulipas, 2017, pp. 129-158.

La disputa del derecho.indb 93 28/11/18 10:52

Existen otras dos técnicas jurídicas con las que se apoyan las EJD: la desregulación y autorregulación jurídicas. La desregulación jurídica se presenta cuando se trata de derecho estatal pues es la forma en la que se vacía y adelgaza el derecho público, es decir, la normatividad que le daba fuerza a la actuación e intervención del Estado frente a los intereses particulares o privados.[24] Pero la técnica de desregulación no es la única. También la técnica de autorregulación merece una consideración especial en tanto toma cada vez más un lugar preponderante en las tendencias de regulación actuales. La autorregulación por parte de los sujetos económicos es aquella normatividad que se produce al margen del Estado y puede presentar distintos grados de vinculación y fuerza normativa; dicha normatividad no necesariamente procede de una permisión explícita del poder estatal, sino muchas veces, por el contrario, se elabora planteando una rivalidad con las leyes estatales o, en otros casos, actuando oportunistamente, al aprovechar la omisión por parte del poder estatal en la materia objeto de la autorregulación. La premisa de la autorregulación es que los sujetos privados conocen mejor su materia y que por ello el Estado debe colocarse al margen y solo dejar hacer.[25]

La forma de producción jurídica transnacional[26]

La forma de producción jurídica transnacional constituye la forma específica de producción de los contenidos jurídicos que se consolida en la fase actual del capitalismo globalizado. Esta afirmación pone el énfasis en considerar que este tipo de producción del derecho se consolida como resultado

[24] Antonio de Cabo, *Globalización y paradigma jurídico del Estado*, artículo en esta obra.

[25] Para una revisión más profunda sobre las técnicas jurídicas de la globalización económica ver *La producción jurídica de la globalización…*, particularmente el capítulo III, *op. cit*, pp. 111-170.

[26] Esta formulación en torno a la forma de producción jurídica transnacional la hemos desarrollado en distintos textos, se trata de una explicación teórica que se ha ido robusteciendo en la medida que la afinamos y profundizamos más. Ver en Aleida Hernández Cervantes, *La producción jurídica de la globalización. Notas de una pluralidad jurídica transnacional*, San Luis Potosí, CEIICH-UASLP, 2014; Aleida Hernández Cervantes, "Nuevas formas jurídicas que emanan de la globalización neoliberal: estrategias que apuntalan las reformas estructurales", en Jaime Cárdenas Gracia, (en dictaminación).

La disputa del derecho.indb 94 28/11/18 10:52

de las dinámicas específicas de la globalización económica y la influencia de los nuevos actores.[27]

Una de las implicaciones de esta forma de producción jurídica ha sido la generación de estructuras jurídicas del despojo, pero no son las únicas.

Esa forma de producción jurídica transnacional la explico en varios ejes, con un énfasis especial en las dimensiones económicas:[28] 1) productores jurídicos, 2) procesos multiescalares de producción jurídica, 3) relaciones de la producción jurídica, 4) técnicas jurídicas de la producción, 5) tipología de la normatividad producida.[29]

1. *Los productores jurídicos* se definen por la capacidad de regulación y/o autorregulación que tienen. Por lo general, los nuevos productores jurídicos son aquéllos que tienen la capacidad de convertir su poder económico en poder político y de regulación, tanto de sus áreas de competencia como de otras afines. El Estado fue considerado el productor jurídico por antonomasia, sin embargo, actualmente es un productor estratégico,[30] pero no el único.

[27] No obstante lo anterior, esta forma de producción del derecho hunde sus raíces antes de la centralidad que adquirió el Estado-nación pues en el medioevo aquélla se caracterizó por ser policéntrica. Cada centro de poder producía su propia normatividad, ya fuera un principado, el papado, un reino, entre otras demarcaciones político-territoriales.

[28] En un primer momento, empecé a construir este esquema de comprensión de la producción del derecho en el contexto de la globalización pensando exclusivamente en los actores económicos transnacionales (empresas, organismos internacionales económicos, entre otros), pero a medida que he presentado el tema en foros académicos y sociales, así como en las sesiones del Grupo de Investigación Interdisciplinario que coordino (integrado por estudiantes de grado y pre-grado de derecho y economía), algunas de mis afirmaciones iniciales se han modificado. En particular, estoy explorando la idea de que esta forma de producción jurídica transnacional puede tener un potencial emancipatorio si es usada por productores jurídicos convertidos en centros de producción jurídica transnacional en materia de derechos humanos, derechos de las mujeres, derechos ambientales, entre otros, cuya capacidad de influencia en la elaboración de los contenidos jurídicos se vea cristalizada. Agradezco especialmente la insistencia en mirar este ángulo a Guillermo Torres, cercano e inteligente colaborador en estos trabajos.

[29] Estos ejes los estoy desarrollando con más profundidad en el texto en construcción *Hacia una teoría de la producción jurídica transnacional.*

[30] En torno al Estado retomo una particularidad que señala Jaime Osorio respecto a la importancia que aquél tiene en la moderna sociedad capitalista: el Estado es el centro del poder político, es la "condensación en donde todas las redes y relaciones de poder encuentran su núcleo de articulación", y "que permiten que se produzcan y reproduzcan relaciones de

La disputa del derecho.indb 95 28/11/18 10:52

Entre los nuevos productores jurídicos se encuentran organismos económicos, financieros, comerciales; empresas transnacionales y asociaciones privadas internacionales, cuyas directrices contenidas en informes, normas operativas, tratados internacionales, códigos de conducta empresarial, códigos comerciales modelo, entre otras normatividades emergentes que interactúan, se interrelacionan, colisionan o se recepcionan por y con el Derecho Estatal.

2. *Procesos multiescalares de producción jurídica*, apuntan a explicar el carácter multiescalar de esta producción jurídica, su operación es en redes. El carácter multiescalar del derecho explica los distintos niveles en los que se gesta, transita y concreta su trayecto la producción jurídica actualmente: puede originarse en un centro de producción de escala transnacional, transitar y concretarse en uno de escala nacional o subnacional y/o viceversa.
3. *Relaciones de la producción*, nos remite a la trayectoria y dinámicas de interrelación que se generan entre las normatividades que se producen. En cuanto a las relaciones que se dan entre los centros de producción jurídica y sus normatividades, podemos ubicar al menos cuatro: a) de recepción; b) de tensión; c) coordinación; y/o d) mixtos.
4. Con relación a las *técnicas jurídicas de la producción*, encontramos al menos tres: a) desregulación jurídica; b) privatización de lo público, c) autorregulación. Por lo que se refiere a la desregulación jurídica, ésta se localiza y profundiza más en el derecho estatal: se trata de técnicas de elaboración de los contenidos jurídicos que tienden a restarle fuerza normativa a la intervención, regulación, supervisión y sanción por parte del Estado a los particulares, a los entes privados. Con esta técnica se logra hacer delgada la ley del estado, frágil por cuanto hace a las obligaciones, restricciones, prohibiciones y sanciones a los privados. Por lo que hace a la técnica de privatización de lo público, muchas veces está unida a la anterior técnica mencionada, pero no necesariamente. Privatización de lo público, genera normas desde el Estado que traslada funciones y

explotación y dominio", ver del autor *El Estado en el centro de la mundialización. La sociedad civil y el asunto del poder*, Ciudad de México, FCE, 2005, pp. 20 y 22, citas respectivas.

La disputa del derecho.indb 96 28/11/18 10:52

servicios que antes le eran exclusivas. Esto lo concreta a través del uso y ampliación de figuras jurídicas como la concesión, los contratos, la subcontratación de servicios, permisos, licitaciones, entre otros. Por otro lado, la técnica de la autorregulación, consiste en las propia regulación que se dan para sí los entes privados, y allí podemos encontrar por ejemplo, toda la normatividad relativa a los códigos de conducta empresarial, a las normas ISO (normas producidas a nivel mundial por una organización privada internacional de estandarización de normas para ciertos sectores como el de la salud, la seguridad, la comida, el cambio climático, y otros); o las leyes modelo de comercio producidos por ejemplo por la Cámara Internacional de Comercio, o las normas operativas en materia de derechos humanos y medio ambiente producidos por los bancos de desarrollo y/o que otorgan créditos para proyectos, como el Banco Mundial.

5. *Tipología de la normatividad producida*. Desde este eje se intenta ubicar los distintos tipos de normas que integran la producción jurídica transnacional. Partimos de dos grandes categorías: a) normas *hard law* (derecho fuerte); y b) normas *soft law*[31] (derecho suave). Dentro de las normas *hard law*, se encuentra el derecho estatal; dentro del derecho estatal se ubican las normas públicas privatizadas y las normas públicas desreguladas. Dentro de las normas *soft law* (derecho suave), encontramos, *soft law* público y *soft law* privado: a) normas técnicas, b) normas operacionales, c) códigos de conducta, d) tratados y convenios internacionales en diversas materias.

Si bien las *estructuras jurídicas del despojo* se pueden gestar en sede estrictamente nacional o local y con operadores jurídicos nacionales, su máxima expresión y sus consecuencias pueden tener mayor penetración cuando se genera a través de esta *forma de producción jurídica transnacional*.

[31] Daniel Sarmiento, *El soft law administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, Navarra, Aranzadi, 2008. En este texto se pueden encontrar las distintas variedades de *soft law* existentes y sus características.

La disputa del derecho.indb 97 28/11/18 10:52

Apunte final

Hasta aquí, hemos realizado un trazo breve y general de una investigación más amplia que está en curso. Nos interesó plantear los elementos que diseñan el modelo de explicación en torno al papel que consideramos ha tenido el Derecho en los procesos de desposesión contemporáneos. El énfasis está puesto en la relación entre derecho, economía y ciencia política. La economía y sus dinámicas actuales impulsan y exigen del derecho nuevos diseños normativos con el fin de asegurar los intereses de los grandes capitales. El Estado y los nuevos actores económico y políticos, nacionales y transnacionales, se articulan para elaborar los nuevos diseños normativos con orientación al mercado y la protección de intereses privados. El "interés general" se ha vuelto cada vez más, un eufemismo clásico del anterior marco normativo nacional.

Solo estamos dando una pincelada de por dónde podría ir el análisis crítico del derecho en esta etapa del capitalismo. Estamos en esa exploración teórica.

Bibliografía

Anglés Hernández, Marisol, Ruth Roux y Enoc Alejandro García Rivera (Coords.). *Reforma en materia de hidrocarburos. Análisis jurídicos, sociales ambientales en prospectiva*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM / Universidad Autónoma de Tamaulipas, 2017.

Cabo, Antonio de. "Globalización y paradigma jurídico del Estado", en esta obra.

Composto, Claudia. "Acumulación por despojo y neoextractivismo en América Latina. Una reflexión crítica acerca del estado y los movimientos socio- ambientales en el nuevo siglo", *Astrolabio*, núm. 8, Nueva Época, Conicet, Buenos Aires, 2012, pp. 331-333.

Composto, Claudia y Mina Lorena Navarro (Comps.). *Territorios en disputa. Despojo capitalista, luchas en defensa de los bienes comunes naturales y alternativas emancipatorias para América Latina*, Ciudad de México, Bajo Tierra Ediciones, 2014.

La disputa del derecho.indb 98 28/11/18 10:52

Gilly, Adolfo y Rhina Roux. *El tiempo del despojo. Siete ensayos sobre un cambio de época*, Ciudad de México, Ítaca, 2015.

Harvey, David, *El Nuevo imperialismo*, **Madrid,** Ediciones AKAL, 2004.

_____. "El *nuevo* imperialismo: acumulación por desposesión", *Socialist register 2004*, (enero 2005), Buenos Aires, CLACSO.

Hinkelammert, Franz. *La maldición que pesa sobre la ley. La raíces del pensamiento crítico en Pablo de Tarso*, San José de Costa Rica, Editorial Arlekín, 2010.

Méndez, Gabriel y Ricardo Sanín. "La constitución encriptada. Nuevas formas de emancipación del poder global", *Redhes. Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, año IV, núm. 8, julio-diciembre 2012, San Luis Potosí.

Roux, Rhina, "Marx y la cuestión del despojo. Claves teóricas para iluminar el cambio de época", en Adolfo Gilly y Rhina Roux. *El tiempo del despojo. Siete ensayos sobre un cambio de época*, Ciudad de México, Ítaca, 2015.

Sandoval, Seyka. "Globalización y neoliberalismo: una lectura económica", en esta obra.

Sanín-Restrepo, Ricardo. *Teoría crítica constitucional. La democracia a la enésima potencia*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014.

Sarmiento, Daniel. *El soft law administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, Navarra, Aranzadi, 2008.

Sassen, Saskia. *Una sociología de la globalización*, Buenos Aires, Katz Editores, 2007.

_____. *Territorio, autoridad y derechos De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*, Madrid, Katz Editores, 2010.

_____. "Desnacionalización de las políticas estatales y privatización de la producción de normas, en Teubner, Gunther, Sassen, Saskia y Krasner, Stephen D. (eds.), *Estado, soberanía y globalización*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2012.

Žižek, Slavoj. *Sobre la violencia. Seis reflexiones marginales*, Buenos Aires, Paidós, 2009.

La disputa del derecho.indb 99 28/11/18 10:52

Violencia sistémica y el derecho internacional de la Inversión Extranjera

Enrique Prieto-Ríos*

Introducción

El tiempo en el cual vivimos está marcado por una existencia constante de conflictos armados (regulares e irregulares), falta de acceso a servicios básicos, desigualdad y un gran número de personas que viven en la pobreza. En este contexto, cobra especial importancia abordar el concepto de violencia sistémica, haciendo un análisis sobre lo que se entiende por esta y sus alcances en la realidad latinoamericana.

Hannah Arendt señala que los individuos son renuentes a realizar análisis sobre la violencia y sus consecuentes problemas, lo cual genera que la violencia sea un concepto que no se analice e investigue a profundidad.[1] Teniendo en cuenta lo anterior, este capítulo hace una primera aproximación de la relación existente entre el derecho internacional para la protección y promoción de la inversión extranjera (en adelante DIIEX) y la violencia sis-

* Doctor en Derecho por la Birbeck-University of London. Profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, Colombia.

[1] Hannah Arendt, *On Violence*, Nueva York, Harcourt, Brace & World, 1970, p. 35.

La disputa del derecho.indb 101 28/11/18 10:52

témica como forma de violencia subjetiva que se caracteriza por el uso de fuerza física y por qué la víctima y el victimario son determinables.

Como se desarrollará con mayor detenimiento en las siguientes secciones de este capítulo, el DIIEX hace referencia al conjunto de tratados internacionales, en su mayoría acuerdos bilaterales, que tienen como objetivo la promoción y protección de la inversión extranjera en el mercado mundial. Este sistema de derecho internacional tomó fuerza durante el siglo XX con los procesos de descolonización en África y Asia llegando a su época de oro durante los ochenta y noventa.[2]

La mayoría de los tratados que forman parte de este sistema son Acuerdos Bilaterales para la Promoción y Protección de la Inversión Extranjera (APPRIS) y Tratados de Libre Comercio (TLCs) con capítulos dedicados a la protección de la inversión extranjera en el país receptor. Estos tratados protegen al inversionista extranjero en contra de expropiaciones directas, indirectas, tratos injustos o inequitativos o cualquier otra medida que pueda llegar a afectar los intereses económicos de inversionistas extranjeros.

En este sentido, el DIIEX crea una serie de limitaciones a la capacidad regulatoria del estado receptor de la inversión, lo cual contribuye de forma negativa a que países importadores de capital cómo es el caso de países latinoamericanos, no puedan garantizar efectivamente la protección de unos derechos básicos a sus ciudadanos y se les dificulte moverse positivamente en la escalera de la economía global para mejorar sus condiciones socioeconómicas.[3]

[2] Lang, Andrew, *World Trade Law after Neoliberalism: Re-imagine the Global Economic Order*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 159-160; Prieto-Ríos, Enrique y Urueña, René,"Derecho de la inversión extranjera y acuerdos de paz: tensiones y soluciones", en Lina María Céspedes Baéz, Enrique Prieto-Rios, *Utopía u oportunidad fallida: análisis crítico del Acuerdo de Paz*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2017, pp. 160-163.

[3] Ho, Kathleen, " Structural Violence as a Human Rights Violation" *Essex Human Rights Review*, vol. 4, núm. 2, septiembre, 2007, 24 de abril de 2013, <http://projects.essex.ac.uk/ehrr/V4N2/ho.pdf>.

La disputa del derecho.indb 102 28/11/18 10:52

Violencia sistémica

El término violencia es generalmente asociado con el uso de fuerza física por parte de un sujeto en contra de otro ser vivo u objeto que causa algún daño material o una lesión física;[4] esta forma de violencia puede ser categorizada como violencia subjetiva. Bajo esta óptica, como lo menciona Slavoj Žižek, el concepto de violencia se tiende a asociar con crímenes, conflictos armados o disturbios, eventos que corresponden a escenarios en los cuáles no solo existe un uso identificable de fuerza física, sino que también son escenarios en los cuales la víctima y el perpetrador son fácilmente identificables.[5]

La aproximación al concepto de violencia desde la perspectiva de violencia subjetiva es común en los estudios sobre violencia. Dos ejemplos sirven para ilustrar esta afirmación: el primer ejemplo, corresponde a los estudios de Graeme Newman y Marvin E. Wolfgang, quienes trabajan temas relacionados con el comportamiento humano; en sus estudios, entienden el concepto de violencia cómo toda aquella acción que conlleva a una lesión o un daño físico.[6] El segundo ejemplo de un uso limitado del concepto de violencia se encuentra en la definición usada por la Alianza para la Prevención de la Violencia (VPA por sus siglas en ingles). La VPA, es una red internacional vinculada a la Organización Mundial para la Salud (OMS), que define violencia de la siguiente forma: "El uso o la amenaza de uso de fuerza o poder físico de una persona contra otra o en contra de un grupo o una comunidad que resulta o puede resultar en una lesión, muerte, daño sicológico, subdesarrollo o privaciones".[7]

Como se puede observar en los anteriores ejemplos, es usual aproximar el término violencia desde su concepción restringida limitándose a las formas de violencia subjetiva. Sin embargo, esta aproximación de violencia es muy limitada y deja por fuera otras formas de violencia como lo son la violencia verbal, simbólica o sistémica, formas de violencia que no implican

[4] Ver Real Academia de la Lengua, <http://dle.rae.es/?id=brhWhJl>.

[5] Galtung, Johan, "Violence, Peace, and Peace Research", *Journal of Peace Research*, vol. 6, núm. 3, 1969, p. 167.

[6] Newman, Graeme, *Understanding Violence*, Nueva York, J. P. Lippincott, 1971, p. 2.

[7] World Health Organization, "Definition and typology of violence", *Violence Prevention Alliance*, 17 de abril 2013, <http://www.who.int/violenceprevention/approach/definition/en/>.

La disputa del derecho.indb 103 28/11/18 10:52

el uso de fuerza física por parte de un individuo contra otro, pero sí generan una afectación directa a un individuo o a un grupo de individuos.[8] Como lo señala Žižek: "en ocasiones una risa educada puede ser más violenta que un exabrupto brutal".[9]

Hussein Abidlahi Bulham en su análisis de Frantz Fanon, señala que la violencia y la paz no pueden estar limitadas simplemente a temas armamentísticos; al contrario, la violencia también puede estar vinculada con temas económicos y de dominación e influencia de ciertas sociedades o de ciertos grupos de individuos sobre otros.[10]

En este sentido, es importante aproximar el concepto de violencia no desde una perspectiva limitada a la violencia subjetiva, sino desde una aproximación más amplia que incluya actos que no impliquen necesariamente el uso de la fuerza física, pero que pueden generar iguales o peores resultados que los actos de violencia subjetiva. De acuerdo con lo anterior, el concepto y las formas de violencia no deben estar restringidos a guerras o armas, la realidad actual crea la necesidad de tener una aproximación más amplia sobre el concepto de violencia. Situaciones de dominación económica, promoción de intercambio desiguales en el mercado global, saqueo de recursos naturales, intervención cultural y política también son actos de violencia que afectan a millones de personas en el mundo.[11]

De acuerdo con lo anterior, existen otras formas de violencia que no implican necesariamente un uso de fuerza física entre individuos, pero que pueden tener efectos más devastadores que la violencia subjetiva a pesar de que el perpetrador o las víctimas no son fácilmente identificables.[12]

Esas otras formas de violencia hacen parte de lo que Žižek denomina formas de violencia objetiva, que se caracterizan por ser propias del sistema capitalista y en las cuáles es imposible individualizar claramente al perpetrador;[13] una forma de violencia objetiva es la violencia sistémica.

[8] Slavoj Žižek, *Violence*, Londres, Profile Books, 2009, p. 1.

[9] *Ibidem*, p. 180.

[10] Bulhan, Hussein Abdilahi, *Frantz Fanon and the Psychology of Opression*, Nueva York, Plenum Press, 1985, p. 38.

[11] *Idem.*

[12] Žižek, *op. cit.*, p. 9.

[13] *Ibidem*, p. 11.

La disputa del derecho.indb 104 28/11/18 10:52

En el contexto de este capítulo, la violencia sistémica hace referencia a la creación y mantenimiento de condiciones económicas y políticas no balanceadas que afectan la integridad, social, psicológica y física de ciudadanos de países "subdesarrollados" importadores de capital, generando limitaciones a sus oportunidades de mejoría social, cultural y económica. Esta violencia sistémica tiene como base una estructura político-económica capitalista conectada a procesos históricos de colonización e imperialismo que crearon distribuciones inequitativas globales, las cuales han sido perpetuadas por la estructura misma del sistema capitalista.[14] De esta forma, la violencia sistémica se caracteriza por negar el potencial somático y mental de un ser humano o de un grupo de seres humanos,[15] afectando su integridad social, sicológica y física.[16]

A diferencia de la violencia subjetiva, la violencia sistémica es menos visible, lo que facilita que sea naturalizada por sus víctimas invizibilizando sus efectos negativos.[17] Dentro del concepto de violencia sistémica, el uso de la fuerza no es el principal elemento, al contrario, es la imposición y la perpetuación de condiciones sociales injustas que se configuran como los elementos principales de este concepto.

En este sentido, "los agentes de la violencia sistémica no generan o usan fuerza, al contrario, crean o mantienen reglas institucionales que de manera injustificada restringen las oportunidades de los individuos afectados".[18] De esta forma, la violencia sistémica, que es naturalizada y aceptada con cierto grado de resignación,[19] afecta con mayor rigor a los individuos que se encuentran en una mayor situación de debilidad, especialmente a los individuos dentro de las sociedades más pobres del mundo, quienes confidencialmente son los individuos que tienen su voz más limitada dentro

[14] Farmer, Paul, "On Suffering and Structural Violence: A View from Below", *Dedalus*, vol. 125, núm. 1, Invierno 1996, 25 abril 2013, <http://www.jstor.org/stable/20027362>.

[15] Galtung, "Violence, Peace, and Peace Research…", *op. cit.*, pp. 167-169.

[16] Bulhan, *Frantz Fanon and the Psychology of Opression…*, *op. cit.*, p. 135.

[17] Žižek, *Violence...*, *op. cit.*, p. 1.

[18] Van der Linden, Harry, "On the Violence of Systemic Violence: A Critique of Slavoj Žižek", *Scholarship and Professional Work* - LAS.Paper, 248, 2012, 25 de abril 2013, <http://digitalcommons.butler.edu/facsch_papers/248>.

[19] Farmer, Paul, "On Suffering and Structural Violence: A View from Below…", *op. cit.*

La disputa del derecho.indb 105 28/11/18 10:52

del sistema.[20] Como veremos en la siguiente sección, el DIIEX, se convierte en un instrumento facilitador de formas de violencia sistémica al limitar la capacidad regulatoria de los Estados en temas de interés general, lo cual tiene un impacto relevante en los individuos más débiles de una población.

DIIEX y la Limitación a la Capacidad Regulatoria

El DIIEX, hace referencia a todos los tratados internacionales entre dos o más países que tienen como objetivo proteger las inversiones extranjeras en un país receptor.[21] Lo anterior incluye los APPRIS y TLCS con capítulos de protección al inversionista extranjero o cualquier otro tratado bilateral o multilateral con características similares a los anteriormente mencionados.

El DIIEX se consolidó en el siglo XX como respuesta a los procesos de descolonización que sucedieron durante la segunda mitad del siglo XX en África y Asia. Los antiguos países colonialistas buscaron crear una estructura legal que les permitiera proteger los intereses económicos de sus nacionales en los que pronto se convertirían en países políticamente independientes, ejerciendo cierto grado de control sobre las políticas internas.[22]

A pesar de lo anterior, la consolidación del DIIEX se da a finales del siglo XX, específicamente en los ochentas y noventas, época que coincide con la época de oro del neoliberalismo. Las cifras muestran que el número de BITS que fueron firmados durante los años noventa incrementaron de 385 a 1 857. Es importante señalar que para el año 2008, el número total de APPRIS firmados alcanzaron un total de 2 600 y el número continúa creciendo.[23]

[20] *Idem.*

[21] M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, U.K., Cambridge University Press, *2010*; Prieto Ríos, Enrique, "Neoliberal Market Rationality: The Driver of International Investment Law", *Birkbeck Law Review*, núm. 3, 2015, p. 55.

[22] Ho, *op. cit.*; Prieto-Ríos y Urueña, "Derecho de la inversión extranjera y acuerdos de paz: tensiones y soluciones…", *op. cit.*

[23] Peterson, Luke Eric and Gray, R. Kevin, *International Human Rights in Bilateral Investment Treaties and in Investment Treaty Arbitration*, Ottawa, International Institute for Sustainable Development IISD, 2003, p. 5, 22 enero 2013, <http://www.iisd.org/pdf/2003/investment_int_human_rights_bits.pdf>.

La disputa del derecho.indb 106 28/11/18 10:52

El incremento exponencial en el número de tratados fue una consecuencia directa de la expansión de la ideología neoliberal impulsada en su momento por instituciones financieras internacionales como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional (FMI).[24] Estas instituciones, promovieron políticas de privatización de compañías públicas y, por otro lado, promovieron la creación de un ambiente favorable a la inversión extranjera que incluía la firma de este tipo de tratados.[25] Los APPRIS y los capítulos de protección a los inversionistas en los TLCs ofrecen una protección amplia y extendida a los derechos del inversionista extranjero en el país receptor de la inversión, protegiendo específicamente el derecho de propiedad privada y, cualquier otro derecho que esté relacionado con los beneficios económicos vinculados a la inversión. Totalmente opuesto a lo anterior, estos tratados no incluyen en su clausulado obligaciones a cargo del inversionista extranjero, como lo puede ser garantizar la transferencia de conocimiento, el uso de maquinaria de última tecnología amigable al medio ambiente, así como otras obligaciones que tengan como finalidad que el país receptor de la inversión reciba un beneficio real y que no sea solo el inversionista el que reciba el beneficio en esa relación bilateral.[26]

La mayoría de cláusulas existentes en estos tratados tienden a ser muy amplias, lo que permite que la interpretación pueda ser amplia. Debido a esta amplitud en la forma como están escritas las cláusulas de los tratados, son los tribunales de arbitraje de inversión los facultados para definir la forma como una cláusula se debe interpretar y materializar. Por ejemplo, en el caso de la protección frente a la expropiación indirecta, cualquier medida adoptada por un Estado receptor de inversión puede llegar a ser calificada por un tribunal de arbitraje de inversión como una medida expropiatoria. En este sentido, medidas legislativas, administrativas o judiciales como el congelamiento de precios del agua, la exigencia de uso de cajetillas de cigarrillo sin ningún color o publicidad o la negación de un permiso medio

[24] Prieto Ríos, "Neoliberal Market Rationality…", *op. cit.*

[25] Lang, *World Trade Law after Neoliberalism...*, *op. cit.*, pp. 159-160.

[26] Schill, Stephan W. *Public statement on International Investment Regime, International Investment Law and Comparative Public Law. An Introduction*, Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 3, 19 enero 2013, <http://www.osgoode.yorku.ca/publicstatement/documents/Public%20Statement%20%28June%202011%29. pdf>.

La disputa del derecho.indb 107 28/11/18 10:52

ambiental, pueden ser considerados como situaciones que afectan los derechos del inversionista extranjero.[27]

A pesar de las limitaciones que conlleva para el Estado receptor de la inversión el entrar en este tipo de tratados, la gran mayoría de Estados importadores de capital buscan entrar en este tipo de tratados con países exportadores de capital. Lo anterior, es una consecuencia de la expansión de la ideología neoliberal que promueve un vínculo intrínseco entre la inversión extranjera, el crecimiento económico y el desarrollo de un país. En este sentido, Appris y tlcs con capítulos de inversión, son considerados como instrumentos importantes para la atracción de inversión extranjera.

El vínculo intrínseco, promovido por una ideología neoliberal, entre la inversión extranjera, el crecimiento económico y el desarrollo de un país se traduce no solo en que los países importadores de capital ("en vía de desarrollo") buscan entrar en más Appris o bits con países exportadores de capital ("desarrollados"), sino que esta dinámica también se ha trasladado a que países en vía de desarrollo firmen este tipo de tratados entre ellos, y adopten políticas internas favorables al inversionista extranjero, cómo lo son la flexibilización de las horas laborales, reducción de impuestos o ajustes al régimen de la propiedad privada. En este contexto también surge el enfriamiento regulatorio, evento en el cuál las autoridades de un país se abstienen de regular un tema para evitar afectar los intereses económicos de inversionistas.

De esta forma, el diiex se transforma en un instrumento facilitador de situaciones de violencia sistémica que afectan negativamente a los países importadores de capital, como lo es el caso de países latinoamericanos, no solo al limitar la regulación de temas de interés general, sino la promoción de reformas en los ordenamientos jurídicos internos que facilitan la actividad de los inversionistas, políticas que pueden ir en contra de derechos laborales o la protección al medio ambiente, entre otras.

Así, la razón de la existencia del diiex no es el mejoramiento de las condiciones del país receptor de la inversión extranjera, ni ser un gran promotor de desarrollo. Al contrario, el único objetivo es la protección del interés económico de los inversionistas extranjeros, que en la mayoría de los casos son corporaciones que vienen de países exportadores de capital,

[27] Prieto Ríos, "Neoliberal Market Rationality…", *op. cit.*

La disputa del derecho.indb 108 28/11/18 10:52

limitando así la capacidad del Estado receptor de la inversión para adoptar políticas internas de interés general para su Estado.[28]

En este sentido, el derecho internacional de la inversión extranjera se ha convertido en una herramienta efectiva que facilita procesos de violencia sistémica, limitando la soberanía del Estado receptor de la inversión y la realización y el disfrute de derechos de los sectores más vulnerables de la población, que dependen en mayor medida de una protección estatal adecuada y efectiva de sus derechos.[29]

Conclusiones

Como se ha discutido en las secciones anteriores, el concepto de violencia debe aproximarse desde una perspectiva más amplia no limitándola a la violencia subjetiva. De esta forma, la aproximación al concepto de violencia debe ampliarse lo suficiente para incluir otros aspectos económicos, la imposición de grupos de individuos, sobre otros.[30] Lo anterior implica no delimitarnos únicamente al estudio de una violencia subjetiva, sino realizar un análisis que incluya otras formas de violencia objetiva, como es el caso de la violencia sistémica.

De acuerdo con lo anterior, un estudio amplio y profundo del fenómeno de la violencia, debe incluir el análisis del DIIEX cómo instrumento que facilita situaciones de violencia sistémica, al generar limitaciones directas e indirectas a la capacidad regulatoria de los Estados latinoamericanos en temas de interés público a favor de los derechos de los inversionistas extranjeros, que en la mayoría de casos son Corporaciones Transnacionales incorporadas en países exportadores de capital.[31] En este contexto, el DIIEX se posiciona sobre la *polis* protegiendo los derechos de los inversionistas sobre los derechos de las comunidades locales del país que recibe la inversión y debido a la dependencia tecnológica y económica de los países importa-

[28] Bulhan, *Frantz Fanon and the Psychology...*, *op. cit.*, p. 40.

[29] Ho, "Structural Violence as a Human Rights Violation"..., *op. cit.*

[30] Bulhan, *Frantz Fanon and the Psychology...*, *op. cit.*, p. 38.

[31] Pahuja Sundhya, *Decolonising International Law: Development, Economic Growth and the Politics of Universality*, Cambridge University Press, 2011, p. 95.

La disputa del derecho.indb 109 28/11/18 10:52

dores de capital, las opciones que los países importadores de capital tienen de entrar o no en este tipo de tratados son limitadas en el actual sistema capitalista.[32]

De esta forma, el DIIEX sirve como un instrumento que facilita formas de violencia sistémica, con un amplio grado de aplicación geográfica, debido a que su influencia tiene una aplicación internacional. De igual forma, el DIIEX se caracteriza por ser naturalización por parte de los individuos afectados de los efectos de la violencia sistémica, convirtiéndose en un instrumento igual de letal que otros que son usados en situaciones propias de la violencia subjetiva por encontrarse en un punto ciego, lo que genera que pocas personas se interesen en este instrumento.[33]

Bibliografía

Arendt, Hannah, *On Violence*, Nueva York, Harcourt, Brace & World, 1970.

Bulhan, Hussein Abdilahi, *Frantz Fanon and the Psychology of Opression*, Nueva York, Plenum Press, 1985.

Farmer, Paul, "On Suffering and Structural Violence: A View from Below", *Dedalus*, vol. 125, núm. 1, invierno 1996; 25 abril 2013. <http://www.jstor.org/stable/20027362>.

Galtung, Johan, "Violence, Peace, and Peace Research", *Journal of Peace Research*, vol. 6, núm. 3, 1969.

Ho, Kathleen, "Structural Violence as a Human Rights Violation", *Essex Human Rights Review*, vol. 4, núm. 2, septiembre, 2007, 24 de abril de 2013. <http://projects.essex.ac.uk/ehrr/V4N2/ho.pdf>.

Lang, Andrew, *World Trade Law after Neoliberalism: Re-imagine the Global Economic Order*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

Newman, Graeme, *Understanding Violence*, Nueva York, J. P. Lippincott, 1971.

[32] Salomon, Margot, "Ethics for Foreign Investment", *Majalla Magazine*, 4 agosto, 2010; 22 abril 2018. <http://eng.majalla.com/2010/08/article5594948/the-ethics-of-foreign-investment>.

La disputa del derecho.indb 110 28/11/18 10:52

Pahuja, Sundhya, *Decolonising International Law: Development, Economic Growth and the Politics of Universality*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

Peterson, Luke Eric y Gray, R. Kevin, *International Human Rights in Bilateral Investment Treaties and in Investment Treaty Arbitration*, Ottawa, International Institute for Sustainable Development IISD, 2003, p. 5, 22 enero 2013. <http://www.iisd.org/pdf/2003/investment_int_human_rights_bits.pdf>.

Prieto-Ríos, Enrique y R. Urueña, "Derecho de la inversión extranjera y acuerdos de paz: tensiones y soluciones", en Lina María Céspedes Baéz y Enrique Prieto-Ríos, *Utopía u oportunidad fallida: análisis crítico del Acuerdo de Paz*, Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2017.

_____. "Neoliberal Market Rationality: The Driver of International Investment Law", *Birkbeck Law Review*, núm. 3, 2015.

Public statement on International Investment Regime, 19 enero 2013. <http://www.osgoode.yorku.ca/public- statement/documents/Public%20Statement%20%28June%202011%29.pdf>.

Salomon, Margot, "Ethics for Foreign Investment" *Majalla Magazine*, 4 agosto, 2010, 22 abril 2018. <http://eng.majalla.com/2010/08/article5594948/the- ethics-of-foreign-investment>.

Schill, Stephan W. *Public statement on International Investment Regime, International Investment Law and Comparative Public Law- an Introduction*, Oxford, Oxford University Press, 2010, enero 2013. <http://www.osgoode.yorku.ca/public-statement/documents/Public%20Statement%20%28June%202011%29.pdf>.

Sornarajah, M., *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

Žižek, Slavoj, *Violence*, Londres, Profile Books, 2009.

Van der Linden, Harry, "On the Violence of Systemic Violence: A Critique of Slavoj Žižek", *Scholarship and Professional Work*. LAS Paper, 248, 2012, 25 de abril 2013. <http://digitalcommons.butler.edu/facsch_papers/248>.

World Health Organization, "Definition and typology of violence", *Violence Prevention Alliance*, 17 de abril 2013. <http://www.who.int/violenceprevention/approach/definition/en/>.

La disputa del derecho.indb 111 28/11/18 10:52

Instituciones financieras de desarrollo y mecanismos de rendición de cuentas: *policies*, derechos y derecho

Guillermo Torres Domínguez*

Introducción

Los proyectos de desarrollo presentan aspectos contradictorios. Por un lado, se dice que el desarrollo humano consiste en dar a las personas más libertad y más oportunidades para vivir una vida que valoren, lo que en la práctica significaría "desarrollar las capacidades de las personas, y darles la oportunidad de poder usarlas";[1] por otro lado, no obstante, los proyectos de inversión que buscan generar desarrollo[2] han probado causar daños al

* Licenciado en Derecho, con estudios de maestría en Derecho en la Universidad Nacional Autónoma de México. Miembro del Grupo Interdisciplinario de Investigación sobre Teoría Crítica de la Producción Jurídica Trasnacional, CEIICH-UNAM.

1 Naciones Unidas, *¿Qué es el desarrollo humano?*, goo.gl/QM6TQy, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2015.

2 En este sentido, se destaca la existencia de un paradigma de desarrollo con enfoque en la inversión extranjera directa (FDI, del inglés *foreign direct investment*), el FDI-*based development*, un paradigma que considera a las fuentes financieras que pueden ser usadas para financiar la acumulación de capital como inicio y sustento de procesos de desarrollo. Además de la financiación por exportaciones, bajo este modelo los países dependen en gran

La disputa del derecho.indb 113 28/11/18 10:52

ambiente y a las comunidades en que tales de proyectos son implementados. De esta manera, los medios para lograr el desarrollo paradójicamente terminan afectando a aquellas personas a quienes supuestamente buscaban beneficiar.

Esta contradicción entre desarrollo y financiamiento para el desarrollo se evidencia especialmente en los proyectos financiados por instituciones financieras internacionales (en adelante, IFIs, *International Financial Institutions*[3]) las cuales, no obstante la existencia de amplias políticas y directrices internas encaminadas a que los proyectos financiados cumplan con estándares ambientales y sociales (que aquí denominamos como *policies*), en su ejecución terminan siendo ignoradas tanto por dichas instituciones como por sus prestatarios, generando afectaciones a personas y al medio ambiente. En busca de lograr el cumplimiento de sus políticas operacionales y procedimientos internos, las IFIs han establecido mecanismos de rendición de cuentas, como órganos encargados de procesar quejas de los afectados por proyectos financiados por ellas. No obstante, en este escenario, la práctica nuevamente acredita la poca efectividad de tales mecanismos para

---

medida de la FDI, sobre todo cuando están dotados de recursos naturales y/o con mano de obra barata. Bellù, Lorenzo G., *Development and Development Paradigms. A (Reasoned) Review of Prevailing Visions*, EASYPol series, Food and Agriculture Organization of United Nations. Rome, 2011, p. 37. <www.fao.org/easypol>. Conforme a dicho paradigma, los países en desarrollo, economías emergentes y países en transición ven cada vez más a la inversión extranjera directa como una fuente de desarrollo económico y modernización, crecimiento económico y empleo. Ver: Organisation For Economic Co-Operation And Development, *Foreign Direct Investment For Development. Maximising Benefits, Minimising Costs*, Organisation for Economic Co-operation and Development, 2002, p. 5.

[3] También conocidas como bancos de desarrollo o instituciones financieras de desarrollo (DFIs, del inglés *Development Financial Institutions*), las IFIs invierten en actividades que buscan contribuir al desarrollo económico; estas actividades pueden incluir la construcción de presas hidroeléctricas, proyectos ferroviarios o reforma de leyes e instituciones. Genovese, Kristen, *et al.*, *Glass half full? The state of accountability in development finance*, SOMO, 2016, p. 13. Aunque en la doctrina se pueden considerar a las DFIs como un subconjunto de IFIs. Bradlow, Daniel y Naude Fourie, Andria, *The evolution of operational policies and procedures at International Financial Institutions: normative significance and enforcement potencial*, Washington College of Law, American University, Washington D.C., 2011. p. 5. <https://goo.gl/28XYu5>. En el presente artículo se emplea la definición (citada al inicio de esta nota) del reporte *Glass Half Full?* que refiere ambos términos (IFIs y DFIs) como sinónimos.

La disputa del derecho.indb 114 28/11/18 10:52

dar respuesta a las quejas presentadas, persistiendo las afectaciones denunciadas. La contradicción entre desarrollo y financiamiento ahora se traslada a las amplias directrices ambientales y sociales y la nula efectividad de los mecanismos de rendición de cuentas.

Las anteriores contradicciones entre la normativa de las IFIs y sus mecanismos de queja son reveladoras de rasgos esenciales y característicos de un segmento de la producción jurídica que se está gestando en el contexto de la globalización económica. En su conjunto, las *policies* operativas y procedimentales de las IFIs y sus mecanismos independientes de rendición de cuentas (en adelante MIRCs, *Independent Accountability Mechanisms*) pueden ser analizados desde una perspectiva de las relaciones y luchas de poder y, desde esta mirada, ser evaluadas las características constitutivas de dichas estructuras normativas. Así, la caracterización de dicha producción jurídica constituye el objetivo principal de este trabajo, lo que también pasa por evaluar la eficacia de los MIRCs en el cumplimiento de su finalidad, permitiéndonos entrever su grado de articulación con los fenómenos jurídicos de la globalización económica.

Este trabajo está estructurado de la siguiente manera: en primer término, se realiza un análisis del fundamento de la rendición de cuentas en las IFIs. Este análisis nos proporcionará las bases para evaluaciones posteriores de las directrices de las IFIs y de sus MIRCs. En segundo término, se hace una presentación general tanto de las *policies* como de los procedimientos de los MIRCs, haciendo énfasis en su evaluación cuantitativa y cualitativa. Finalmente, conforme a los resultados obtenidos, se hacen consideraciones en torno a lo que el grado de cumplimiento de los MIRCs con sus objetivos constitutivos refleja como rasgos esenciales de la normatividad que procede de instituciones financieras trasnacionales.

En suma, con este estudio se busca poner de manifiesto cómo los derechos y el poder económico (y político) conflictúan en el contexto de la globalización económica. En este conflicto, anticipamos que el poder económico termina imponiéndose los derechos de las personas.

La disputa del derecho.indb 115 28/11/18 10:52

Las instituciones financieras de desarrollo y sus *policies*. ¿Por qué la rendición de cuentas de las IFIs?

De manera general, la rendición de cuentas existe cuando hay una relación donde una persona o entidad y el desempeño de sus tareas o funciones están sujetas a la supervisión, dirección o solicitud de otro, al que le proporcionan información o justificación de sus acciones.[4] La rendición de cuentas implica entonces dos etapas distintas: la responsabilidad de dar respuesta, que implica la obligación del gobierno, sus organismos y sus funcionarios para proporcionar información sobre sus decisiones y acciones y justificarlas al público y a aquellas instituciones de rendición de cuentas encargadas de realizar labores de supervisión; así como la capacidad de cumplimiento, que sugiere que el público o la institución responsable de la rendición de cuentas puede sancionar a la parte infractora o remediar el comportamiento contraventor.[5] A través de la rendición de cuentas se busca "generar confianza en el gobierno, siendo sensible a la comunidad a la que pretende servir".[6]

Bajo este contexto, si la rendición de cuentas se relaciona prima facie con las funciones del Estado y su gobierno, cabe preguntarse ¿por qué debe haber rendición de cuentas por parte de las IFIs? Al final, las IFIs no ejercen funciones formales de gobierno ni están confinadas a un ámbito geográfico-estatal concreto sobre el cual puedan ejercer una especie de "competencia soberana" al modo de los Estados nacionales. Inclusive, con frecuencia las IFIs reivindican inmunidad para ser demandadas ante corte alguna.[7] Para dar respuesta a este cuestionamiento, se me ocurre que pueden esbozarse tres tipos de consideraciones generales.

En primer lugar, la rendición de cuentas sobre las actividades de las IFIs puede considerarse como una "buena práctica" por parte de estas instituciones, que atiende a un modelo de gobernanza autoimpuesto y que

[4] World Bank, *Accountability in governance*, p. 1.

[5] *Idem.*

[6] *Idem.*

[7] Evans, Jessica, "The record of international financial institutions on business and human rights", *Business and Human Rights Journal*, Cambridge University Press, núm 1, 2016, p. 330; Genovese, Kristen, *et al.*, *op. cit.*, p. 15.

La disputa del derecho.indb 116 28/11/18 10:52

busca generar una mejor imagen de las IFIs ante sus clientes y el público en general. Esta consideración, estimo, resulta implausible pues se basa en una premisa de voluntariedad en la rendición de cuentas, que no resulta un parámetro adecuado para este tipo de instituciones. De tomarse como correcta, entonces la rendición de cuentas quedaría sujeta al libre arbitrio de las IFIs, pudiendo decidir de manera discrecional qué información divulgar y en qué medida, así como suspender en cualquier momento toda acción que permita el escrutinio público.

Un segundo conjunto de respuestas puede girar en torno al siguiente razonamiento: la rendición de cuentas de las IFIs resulta obligatoria a consecuencia del tipo de aportaciones que éstas reciben para otorgar financiación; tales recursos son públicos en la medida en que provienen de la hacienda pública de los gobiernos que son miembros de dichas instituciones. Al parecer, esta respuesta es la que en el ámbito internacional da sustento a las reivindicaciones de transparencia y rendición de cuentas de las IFIs.[8] Esta respuesta resulta bastante admisible, pero –estimo– incompleta, en la medida en que sólo considera la obligación de rendición de cuentas en función de la naturaleza de las instituciones (públicas) o el origen de su capital (recursos públicos), cuando tales obligaciones también resultan exigibles a entes privados, sobre todo cuando se ha reconocido que las actividades de empresas privadas generan impactos en los derechos de las personas.[9] Limitar la obligación de rendición de cuentas a ámbitos institucionales públicos podría haber parecido suficiente hace algún tiempo, pero dados los actuales contextos político y económico globales, parece

[8] González Armijo, Mariana, "Panorama del financiamiento para el desarrollo y los mecanismos de rendición de cuentas", *Taller Mecanismos de Rendición de cuentas y sociedad civil*, México, Fundar, 2016. A este respecto, se señala –por ejemplo– que "como instituciones públicas encargadas de generar resultados de desarrollo, las IFIs deberían cumplir con tales principios [de transparencia y rendición de cuentas]" en la medida en que las IFIs "prestan e invierten dinero –el dinero de los contribuyentes o dinero públicamente garantizado– a compañías del sector privado que operan en países en desarrollo". Vervynckt, Mathieu, "An assessment of transparency and accountability mechanisms at the European Investment Bank and the International Finance Corporation", Informe, septiembre 2015, Bruselas, European Network on Debt and Development, 2015, p. 2.

[9] Naciones Unidas, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework*, Nueva York-Ginebra, Oficina del alto comisionado para los derechos humanos de las Naciones Unidas, 2011, pp. 15-16.

La disputa del derecho.indb 117 28/11/18 10:52

que se requiere una mayor amplitud al ámbito de aplicación de la rendición de cuentas.

Lo anterior nos lleva a un tercer tipo de respuesta, y tiene que ver precisamente con el rol que las IFIs están jugando actualmente en el mundo. De manera general, las empresas pueden estar (y de hecho lo están) implicadas en las consecuencias negativas sobre la vida y los derechos humanos de las personas a través de sus propias actividades o como resultado de sus relaciones comerciales con otras partes,[10] demostrando cada vez un mayor poder sobre las comunidades y Estados en donde los proyectos de desarrollo tienen lugar. En concreto, el poder político de las IFIs se traduce en la injerencia, cada vez más profunda, en funciones y ámbitos tradicionalmente considerados como públicos o estatales, como resultado de un proceso de globalización intensiva.[11] La cuestión que subyace a esta respuesta implica considerar, primero, al poder político como una "modalidad particular de relaciones que se establece entre clases sociales, en tanto capacidad de algunas de llevar adelante sus proyectos e intereses, en desmedro de los intereses y proyectos de otras clases";[12] segundo, que el poder político y el económico son dos facetas de una misma unidad[13] y, por último, que el Estado es la condensación principal de las relaciones de poder que se suscitan en la sociedad, entendida ésta como espacio de fuerzas, resultado de la pre-

[10] *Idem.*

[11] Hernández Cervantes, Aleida, *La producción jurídica de la globalización económica. Notas de una pluralidad jurídica transnacional*, México, CEICH-UNAM/ UASLP/ CENEJUS, 2014. pp. 126-132; Robinson, William I., *Una teoría sobre el capitalismo global. Producción, clase y Estado en un mundo transnacional*, México, Siglo XXI editores, 2013, pp. 25-26. William Robinson define la globalización intensiva como el proceso por el cual las actividades humanas que antes estaban fuera de la lógica de la producción capitalista (como la salud o la educación) son llevadas a esa lógica de ganancia, convirtiéndose tales actividades en mercancías.

[12] Osorio, Jaime, *El Estado en el centro de la Mundialización*, 2ª edición, México, Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 30.

[13] En ese sentido, recordemos que la aspiración del liberalismo económico y la sociedad capitalista es pretender separar las decisiones económicas de las decisiones políticas (Silva Castañeda, Sergio, "El proyecto de la revolución mexicana: tierra, trabajo y dinero, en Marván Laborde, Ignacio, *La revolución mexicana, 1908-1932*, México, Fondo de Cultura Económica, serie Historia crítica de las modernizaciones en México, núm. 4, 2010, p. 67; Osorio, Jaime, *op. cit.*, p. 25.

La disputa del derecho.indb 118 28/11/18 10:52

sencia y articulación de clases sociales confrontadas.[14] Si partimos de estas ideas, podemos apreciar entonces que el sustento de la rendición de cuentas se basa en la obligación que deriva no del tipo o naturaleza de la institución llamada a rendir cuentas, sino del poder político que ésta detenta y de la resistencia impuesta por clases confrontadas en el seno de la sociedad. Si bien el Estado detenta un poder institucionalizado, las IFIs acumulan un enorme poder económico que se traduce en poder político, capaz de afectar las condiciones de vida de las personas; con el establecimiento de las *policies* de las IFIs y los MIRCs –como producto de luchas y reivindicaciones sociales– se intentó ganar espacios de protección a los derechos de las personas, dentro de las propias estructuras de dichas instituciones. En ese sentido, tanto las políticas operacionales como los MIRCs representan el producto inacabado de conquistas logradas mediante la lucha social, tendientes a poner límites a la actuación arbitraria del poder económico y buscando así que todo poder político o económico esté llamado a rendir cuentas de su actuación; todo ello, en el contexto de nuevos modelos de organización estatal donde, derivado de luchas en los espacios sociales, se persigue limitar el poder político y, al mismo tiempo, distribuirlo entre los ciudadanos sobre la base de una garantía efectiva de derechos fundamentales.[15]

Esta última respuesta parece coherente con los requerimientos actuales de los procesos de globalización económica, donde las IFIs ejercen, mate-

[14] *Ibidem*, pp. 21-23.

[15] Salazar Ugarte, Pedro, "Democracia constitucional", en Ferrer MacGregor, Eduardo *et al.* (coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, México, Poder Judicial de la Federación/ Consejo de la Judicatura Federal/ IIJ-UNAM, t. I, 2014, p 326. Sobre este punto es necesario enfatizar que, si bien podría considerarse que las IFIs no ejecutan materialmente los proyectos de inversión (no siendo, en consecuencia, partícipes de los conflictos que se gestan en el seno de las comunidades donde los proyectos se instalan), lo cierto es que esta responsabilidad deviene de su intervención directa dentro de ciertas etapas (de la "cadena de valor") de tales proyectos. En ese sentido, se considera que las empresas pueden estar implicadas en las consecuencias negativas sobre los derechos humanos a través de sus propias actividades o *como resultado de sus relaciones comerciales con otras partes*. De ahí que las "relaciones comerciales" de una empresa abarcan las relaciones con socios comerciales, entidades de su cadena de valor y cualquier otra entidad no estatal o estatal directamente relacionada con sus operaciones comerciales, productos o servicios. Naciones Unidas, *op. cit.*, p. 17.

La disputa del derecho.indb 119 28/11/18 10:52

rialmente, funciones gubernativas en los espacios nacionales que incluso se han llegado a considerar como signo distintivo de la emergencia de un Estado transnacional, como lo señala William Robinson.[16] En ese sentido, el razonamiento esbozado nos permite contar con un panorama más amplio y holístico que visibiliza los procesos de lucha existentes en la sociedad e inscribe el rol de las IFIs dentro de estas dinámicas.[17]

Finalmente, en este punto podemos señalar que la utilidad de preguntarnos sobre los fundamentos de la rendición de cuentas atiende a una necesidad metodológica. La pregunta ¿por qué la rendición de cuentas de las IFIs? nos brinda un marco metodológico sobre el cual, por un lado, podemos determinar el grado o la intensidad de la evaluación de los MIRCs en cuanto a la efectividad en el cumplimiento de su finalidad y, por el otro, nos permite desentrañar los rasgos que estos mecanismos y sus directrices presentan bajo los nuevos modelos de producción normativa en la globalización. Dado que consideramos como plausible la última de las respuestas presentadas, el grado de escrutinio de las mismas necesariamente debe ser intenso o estricto.

Las *policies* de las IFIs

Las contradicciones entre sustentabilidad ambiental y protección social, por un lado, y desarrollo económico (tal como es promovido por las IFIs) por el otro, hicieron necesario (no sin resistencias) el establecimiento de un

[16] Robinson, William I., *op. cit*.

[17] Desde luego, esta respuesta también requiere un sustento teórico adicional basado en una teoría normativa sobre el Estado que busque el desarrollo de la persona humana como articulador del poder político; sustento que no podemos desarrollar en este trabajo, pero que resulta conforme con los estándares internacionales que pugnan por la responsabilidad de las empresas (públicas y privadas) en materia de derechos humanos y que, desde luego, incluyen la obligación de rendición de cuentas. Estos estándares se desarrollaron a consecuencia de las demandas y protestas sociales originadas por los efectos negativos del modelo de desarrollo de las IFIs y que dieron origen a la rendición de cuentas en las IFIs. A manera de ejemplo de una teoría normativa de Estado como la referida, véase la obra de Ferrajoli, quien presenta al garantismo como un modelo de Estado y de derecho articulado en garantía de los derechos fundamentales de las personas. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.

La disputa del derecho.indb 120 28/11/18 10:52

conjunto de políticas cuyo objetivo es mitigar el perjuicio causado. Obligadas sobre todo por varios factores externos[18] (tales como la lucha y presión por parte de la sociedad civil internacional y gobiernos locales, un creciente escrutinio público y por "cambios en la visión de responsabilidad social por los efectos adversos de sus acciones"[19]), las IFIs han establecido tales políticas operativas en sus procesos de otorgamiento de financiamiento. Conforme a estándares internacionales en materia de derechos humanos, tales políticas operacionales y procedimientos podrían entenderse como una medida del cumplimiento de las obligaciones generales de protección y garantía de los derechos humanos[20] de las personas que resultan afectadas por proyectos de desarrollo financiados por las IFIs.[21]

Las políticas (*policies*) operacionales y procedimientos de las IFIs son documentos internos que contienen prescripciones ("reglas", "directrices" y "procedimientos") dirigidas tanto al personal de las IFIs como a partes externas –tales como los prestatarios– respecto a la manera en la que las

[18] Hunter, David B., "International law and public participation in policy-making at the International Financial Institutions", en Bradlow, Daniel D. y Hunter, David, B., *International Financial Institutions and public law*, Reino Unido, Kluwer Law International, 2010, p. 202.

[19] Bradlow, Daniel y Naude Fourie, Andria, *op. cit.*, p. 3.

[20] El establecimiento de estas obligaciones deriva de la interpretación del artículo 2 del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos. Véase Naciones Unidas, *Observación general Núm. 31. Naturaleza de la obligación jurídica general Impuesta a los Estados Partes en el Pacto*, Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, 2004.

[21] Sobre las obligaciones de protección y garantía, véanse Serrano, Sandra y Vázquez, Daniel, *Los derechos humanos en acción: operacionalización de los estándares internacionales de los derechos humanos*, México, Flacso, 2013; y *Principios y obligaciones de derechos humanos: los derechos en acción*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal/ Suprema Corte de Justicia de la Nación/ Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2013. Las obligaciones de protección y garantía (estrechamente relacionadas) implican, en un primer momento, adoptar las medidas necesarias para prevenir violaciones a derechos humanos cometidas por particulares o agentes estatales; dentro de tales medidas, la creación de un marco normativo que recoja los derechos reconocidos a las personas y que busque hacerlos efectivos, es una de las formas más deseables e incluso indispensables para cumplir con tales obligaciones. Por tanto, las *policies* de las IFIs –en tanto marco normativo de dichas instituciones– pueden constituir el cumplimiento de las referidas obligaciones. Naciones Unidas, *Observación general Núm. 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes* (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, 1990, p.1.

La disputa del derecho.indb 121 28/11/18 10:52

operaciones de la organización deberían ser llevadas a cabo.[22] El Banco Mundial establece que sus políticas (de salvaguardia) sociales y medioambientales están diseñadas para evitar, mitigar o minimizar impactos medioambientales o sociales adversos de los proyectos respaldados por el Banco.[23] Existen varias cosas que podemos resaltar de los estándares ambientales y sociales de las IFIs.

En primer lugar, cabe decir que los ámbitos competenciales de las *policies* presentan una extensión significativa. Las directrices cubren un amplio rango de ámbitos materiales, tales como salvaguardias ambientales y sociales, procedimientos a ser seguidos para la evaluación, diseño e implementación de los proyectos de desarrollo, así como detalles técnicos (tales como otorgamiento de fondos, preparación de misiones, etc.). De esta forma, con el transcurso del tiempo las directrices de las IFIs han llegado a cubrir todas las áreas funcionales respecto de los principales objetivos de estas instituciones, los cuales pueden ser resumidos como la provisión de préstamos y expertise relacionada –en línea con las estrategias de desarrollo de las IFIs - que respaldan proyectos y programas de desarrollo en sus Estados miembro. En consecuencia, las *policies* normalmente gobiernan la evaluación, diseño e implementación de proyectos y programas de desarrollo, así como la anticipación, prevención y mitigación de varios potenciales efectos que surgen de esas actividades.[24]

Las IFIs emplean combinaciones de diferentes categorizaciones para sus políticas operativas y procedimientos, tales como por sector específico e intersectoriales, y por país y región. Daniel Bradlow y Andria Naude[25] proporcionan una clasificación –la más común– en atención a su naturaleza. De este modo, existen: 1) políticas de salvaguardia que buscan gestionar diversos riesgos sociales y ambientales inherentes a los proyectos de desarrollo y asegurar un desarrollo sustentable (tales como políticas sobre evaluación de impacto ambiental, pueblos indígenas, o desplazamiento involuntario); 2) políticas de divulgación de información pública, estable-

[22] Bradlow, Daniel y Naude Fourie, Andria, *op. cit.*, p. 4.

[23] World Bank, *OP 4.00. Piloting the Use of Borrower Systems to Address Environmental and Social Safeguard Issues in Bank-Supported Projects*, World Bank, 2013, p. 1.

[24] Bradlow, Daniel y Naude Fourie, Andria, *op. cit.*, p. 6.

[25] *Ibidem*, p. 7.

La disputa del derecho.indb 122 28/11/18 10:52

ciendo qué información relativa a un proyecto debe estar disponible para diferentes partes interesadas; 3) políticas de administración y supervisión de proyectos que establecen las obligaciones de las IFIs en la evaluación, diseño e implementación de los proyectos; 4) políticas que detallan los procedimientos relativos a los MIRCS de las IFIs, así como otras medidas de rendición de cuentas y efectividad de desarrollo internas y externas (como políticas de procuración y políticas que aseguran la integridad institucional, detección de fraude y corrupción); 5) políticas que ayudan al personal en el desarrollo y aplicación de sus productos bancarios (por ejemplo, elegibilidad y términos de préstamo) y 6) políticas que dirigidas a niveles superiores estratégicos de las IFIs que las ayuden a la formulación de sus estrategias de desarrollo (tales como el manejo de la asistencia a los países o la reducción de la pobreza).

Por otra parte, respecto de su ámbito personal de aplicación, los es-tándares de las IFIs podrían considerarse simplemente –en un primer acercamiento– como regulaciones internas, dirigidas ante todo a establecer las normas que rigen la actuación de las IFIs. Las salvaguardias del Banco Mundial, por ejemplo, establecen cómo su personal debería desarrollar su debida diligencia en la evaluación y revisión de los impactos medioambientales y sociales de los proyectos propuestos.[26]

Sin embargo, enfocarse solamente en los aspectos internos de las directrices, puede llevarnos a no considerar sus significativos impactos externos,[27] en la medida en que dichas directrices están diseñadas para normar el comportamiento de los prestatarios. Por ejemplo, la Política Operacional 10.0 del Banco Mundial señala que el prestatario asume una serie de responsabilidades establecidas en acuerdos legales con el Banco, las cuales incluyen "obligaciones sociales y medioambientales" establecidas en las políticas operacionales 4.00, 4.01, 4.02, 4.03, 4.04, 4.07, 4.09, 4.10, 4.11, 4.12, 4.36, y 4.37.[28] Los gobiernos prestatarios también son sujetos a con-

[26] Hunter, David B., *op. cit.*, p. 206. De ahí que el Banco Mundial defina a sus "políticas operacionales y procedimientos" como un "marco que provee una nueva estructura para el desarrollo y la administración de los documentos sobre políticas, procedimientos, directrices y gobierno, emitidos por la Junta directiva y la gerencia". World Bank, *Policies and procedures*, goo.gl/4aS2M0, World Bank, 2016.

[27] Hunter, David B., *op. cit.*, p. 206.

[28] World Bank, *Política Operacional 10.0.* Financiamiento de proyectos de invesión *(In-*

La disputa del derecho.indb 123 28/11/18 10:52

diciones establecidas en las políticas de las IFIs. De este modo, tanto para el sector público como para el privado, el consentimiento para los acuerdos de préstamo implica la aceptación de las *policies* correspondientes.

Además de ello, las políticas operacionales y procedimientos de las IFIs también buscan generar un impacto más allá de los prestatarios, en tanto buscan establecer o proteger los derechos e intereses de terceras personas que son afectadas por los proyectos financiados (individuos o comunidades). Por ejemplo, los procedimientos de evaluación de impacto social y ambiental requieren que las personas afectadas reciban información acerca de los potenciales impactos y se les dé oportunidad de participar;[29] de igual forma, las personas que sean reasentadas involuntariamente deben recibir compensaciones y ofrecimiento de tierras.[30] Sobra decir que, en atención a los impactos de las *policies* sobre actores distintos de las IFIs, tales políticas también abarcan también los ámbitos espaciales en donde tales actores (estatales, privados, individuales y comunitarios) se desenvuelven.

Los ámbitos material, personal y espacial de aplicación de las políticas operacionales y procedimientos de las IFIs son, pues, sumamente amplios. En ese sentido, las políticas operativas de las IFIs pueden ser –y lo son cada vez más– comparadas con reglas administrativas y procedimientos existentes en el derecho doméstico,[31] de modo que las directrices de las IFIs son frecuentemente reconocidas como parte de un emergente derecho administrativo global[32] y que las IFIs "estén convirtiéndose en cuerpos productores de derecho a través de la manera en la que preparan, interpretan y aplican sus políticas operacionales".[33]

---

vestment Project Financing), World Bank, 2016, p. 3. Las políticas mencionadas se refieren, respectivamente, a la supervisión de los sistemas del prestatario para la atención de cuestiones relacionadas con las salvaguardias sociales y medioambientales, evaluación ambiental; planes de acción ambiental, estándares de acción para actividades del sector privado, hábitats naturales; manejo de recursos hidráulicos, control de plagas, pueblos indígenas, recursos físicos culturales, reasentamiento involuntario, bosques y seguridad de presas.

[29] World Bank, *Política Operacional 4.01*, Evaluación ambiental [*Environmental assessment*], World Bank, 2013, p. 3.

[30] World Bank, *Política Operacional 4.12*, Reasentamiento involuntario [*Involuntary Resettlement*], World Bank, 2013, p. 2.

[31] Bradlow, Daniel y Naude Fourie, Andria, *op. cit.*, p. 4.

[32] Hunter, David B., *op. cit.*, p. 206.

[33] *Idem*.

La disputa del derecho.indb 124 28/11/18 10:52

Lo anterior ha hecho surgir dudas en torno a la naturaleza jurídica de tales políticas: a pesar de su significativo impacto interno y externo, el estatus de las *policies* de las IFIs en el derecho internacional no está claro.[34] Sobre este punto, David B. Hunter realiza unas consideraciones que vale la pena retomar. Hunter señala que, a pesar de haber sido generadas por una organización internacional, las políticas operacionales y procedimientos no encajan inmediatamente dentro de las fuentes paradigmáticas del derecho internacional –convenciones internacionales, costumbre internacional, principios generales del derecho y decisiones judiciales y doctrinas de los publicistas[35]– aunque pueden estar relacionadas con tales fuentes.[36] No obstante –señala el autor– este proceso de intentar acomodar las *policies* en las fuentes tradicionales del derecho internacional no refleja ni el proceso mediante el cual dichos estándares fueron desarrollados ni el papel que están jugando entre múltiples actores no estatales: ciertamente han influido en el desarrollo e implementación de normas sociales y ambientales en ámbitos domésticos e internacionales, pero también han contribuido a la práctica de bancos comerciales privados y corporaciones no comerciales. De ahí que las *policies* "forman parte del derecho ambiental 'global', que no puede ser fácilmente catalogado ni como derecho internacional ni como nacional".[37]

Finalmente, Hunter llama la atención sobre los procesos que –según su perspectiva– dotan de legitimidad a las *policies* y que una perspectiva "centro-estatal" (*state-centric*) nos impide visualizar. En ese sentido, señala que aun cuando la fuente de autoridad legal de tales directrices emana formalmente

[34] *Ibidem*, p. 207.

[35] Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

[36] Hunter, David B., *op. cit.*, pp. 207-208. Hunter señala que, por ejemplo, las *policies* son frecuentemente adoptadas por el consejo directivo (representando a algunos Estados miembros) y son incluidas por referencia en los acuerdos de préstamo, los cuales tienen el estatus de tratado internacional. Asimismo, la uniformidad de los estándares a lo largo de varias IFIs y su diseminación a los Estados miembro, así como la decisión de adoptar tales estándares, puede considerarse como parte de una costumbre internacional. Igualmente, se ha argumentado que tales normas han emergido de las agencias de las Naciones Unidas como parte de un derecho internacional "universal" o que son evidencia de los principios generales del derecho. No obstante, estos planteamientos se han hecho no exentos de controversia, sin que a la fecha exista un consenso sobre su naturaleza concreta.

[37] *Ibidem*, p. 208.

La disputa del derecho.indb 125 28/11/18 10:52

de la aprobación de los directores ejecutivos de las IFIs, su "legitimidad y autoridad formal provienen menos del consentimiento estatal que del hecho que ellas [las políticas] son el producto de un sustantivo involucramiento público".[38] Vale la pena tener presente, para apartados posteriores, esta consideración, pues justamente la poca legitimidad de las *policies* de las IFIs es un aspecto que es resaltado en este estudio.

Mecanismos de rendición de cuentas y derechos: un vaso desbordado los MIRCs

Como señalamos previamente, la rendición de cuentas no sólo implica la responsabilidad de las instituciones –en este caso, las IFIs– de dar respuesta sobre su actuación o su omisión, también incluye los mecanismos para sancionar el incumplimiento de sus deberes. Como parte de las obligaciones de respeto, y sobre todo de protección de los derechos humanos, la adopción de medidas para prevenir violaciones a los derechos necesariamente debe incluir la creación de mecanismos de exigibilidad que reparen tales abusos y, además, se deben establecer aparatos institucionales que busquen prevenir cualquier afectación a los derechos de las personas.[39] Los mecanismos de rendición de cuentas buscan cumplir con tales obligaciones.

Los mecanismos de queja (*grievance mechanisms*) son procesos de reclamación formal, judiciales o no judiciales, que pueden ser empleados por individuos, comunidades y/o sociedad civil que están siendo negativamente afectados por determinadas actividades y operaciones de empresas[40] dentro de proyectos de desarrollo; tales mecanismos de queja también son llamados mecanismos de "conflicto", "reclamación" o "rendición de cuen-

[38] *Ibidem*, pp. 208-209.

[39] Serrano, Sandra y Vázquez, Daniel, *Principios y obligaciones de derechos humanos: los derechos en acción, op. cit.*, p. 27.

[40] SOMO (Centre for Research on Multinational Corporations), *What is a grievance mechanism?*, goo.gl/YelNYN, SOMO, Human Rights & Grievance Mechanisms, 2016. Debemos aclarar que las actividades lesivas no solamente se desarrollan por entes privados, sino también por empresas públicas e incluso los propios Estados (lo cual incluye incluso programas de gobierno, políticas públicas o reformas legales), dados los sectores (tanto público como privado) a los que las IFIs otorgan financiamiento.

La disputa del derecho.indb 126 28/11/18 10:52

tas". Particularmente, respecto de las IFIs, los mecanismos independientes de rendición de cuentas (MIRCs) son organismos internos (no judiciales) con variantes grados de independencia institucional, que tienen la función de investigar y/o resolver quejas de personas que reclaman haber sido afectadas o potencialmente amenazadas por el fallo de las IFIs en el cumplimiento de sus políticas.[41]

Al igual que en el caso de las *policies* de las IFIs, varios factores y tendencias externas concurrieron para preparar el escenario de creación de los MIRCs. Comenzando especialmente en la década de 1980, estas tendencias incluyeron –en voz de los propios MIRCs– un creciente descontento con la brecha existente entre las directrices y políticas sociales y ambientales de las IFIs y las prácticas de éstas sobre el terreno, lo cual se evidenció con casos tan dramáticos y prominentes como el proyecto de la presa Sardar Sarovar en la India, financiado por el Banco Mundial;[42] la emergencia de una nueva concepción sobre aspectos de rendición de cuentas, transparencia, gobernanza democrática y derechos, sobre todo a partir del influyente primer Reporte sobre Desarrollo Humano del PNUD en 1990[43] y de la Cumbre sobre la Tierra de 1992[44] en Río, que establecieron nuevos

[41] Bradlow, Daniel y Naude Fourie, Andria, *op. cit.*, p. 4.

[42] Tal proyecto implicó el desplazamiento forzado de 120 000 personas (la mayoría de las cuales eran minorías étnicas), la inundación de más de 200 villas, incontables templos, santuarios y sitios de peregrinaje, así como ricas tierras de cultivo que habían proporcionado sustento a la población por siglos, generando –según uno de los informes independientes elaborados sobre el caso- una serie de *"consecuencias humanas y ambientales devastadoras por estas violaciones"*, Independent Accountability Mechanisms (MIRCs) Network, *Citizen-driven accountability for sustainable development: giving affected people a greater voice. 20 years on*, Independent Accountability Mechanisms Network, 2012, p. 5.

[43] El referido Reporte del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), argumentó que la meta real del desarrollo debería ser expandir las oportunidades y libertades de las personas, y no sólo el desarrollo económico.

[44] Dentro de cuyos aspectos relevantes se incluyen los llamados para una mayor transparencia, participación y el derecho a la compensación; para salvaguardias y un marco holístico de desarrollo (IAMs Network, *op. cit*, pp. 5-6). En concreto, el Principio 10 de la Declaración de Río establece que *"el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda"*, abriendo la puerta para la participación de las personas en los procesos de adopción de decisiones respecto de actividades que encierran peligro en sus comunidades. Igualmente, estableció la obligación de proporcionar acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos

La disputa del derecho.indb 127 28/11/18 10:52

estándares en torno al desarrollo (fuertemente impulsados por la sociedad civil); así como el creciente fortalecimiento de movimientos sociales transnacionales y alianzas de grupos de la sociedad civil.[45]

De este modo, en 1993, a raíz de la Cumbre sobre la Tierra, el Directorio Ejecutivo del Banco Mundial estableció un mecanismo independiente, el Panel de Inspección, con el mandato de investigar las quejas de las personas acerca de daños sociales y ambientales vinculados a las operaciones financiadas por el Banco. Conforme al IAMs Network, el enfoque "pionero" de rendición de cuentas por impulso ciudadano (*citizen-driven accountability*) del primer MIRC proveyó un canal directo a los ciudadanos afectados para dar voz a sus inquietudes "a los más altos niveles de toma de decisiones";[46] así, "la creación de los MIRC hizo a las IFIs responsables de rendir cuentas ante las personas, no sólo frente a los gobiernos, por primera vez".[47] Desde entonces, en la actualidad existe una tendencia mundial en el establecimiento de MIRCs dentro de las IFIs como una respuesta a las demandas de que estas instituciones rindan cuentas por los daños que sus actividades han producido en las personas y el ambiente.

Los MIRCs pueden variar en su tamaño, competencia y estructura (según cómo estén establecidos en las diversas IFIs); no obstante, su razón de ser común consiste en proveer un recurso para ciudadanos y comunidades adversamente afectados por proyectos de desarrollo financiados por las IFIs, particularmente en casos donde se alega que las IFIs han fallado en seguir sus propias políticas de salvaguarda sociales y ambientales, directrices, estándares y procedimientos.[48]

No es nuestra intención desarrollar el procedimiento de actuación de dichos MIRCs, sino enfocarnos en la evaluación de la efectividad en el cumplimiento de sus funciones. No obstante, como un panorama general podemos señalar que sus funciones básicas se centran en servir a dos objetivos principales: proveer remedio para los quejosos que presentan

---

el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes. Véase Naciones Unidas, *Rio Declaration on Environment and Development*, goo.gl/cUFyEZ, Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente.

[45] IAMs Network, *op. cit.*, p. 4.

[46] *Ibidem*, p. 6.

[47] *Ibidem*, p. 7.

[48] *Ibidem*, p. 1.

La disputa del derecho.indb 128 28/11/18 10:52

sus reclamos ante los MIRCs, así como proveer correctivos institucionales y lecciones para las IFIs.[49] No todos los MIRCs tienen el mismo enfoque y mandato con respecto a estos objetivos. Adicionalmente, tareas que pueden no ser directamente desarrolladas por los MIRCs son parte del conjunto de sus operaciones, esto es, la función de los MIRCs en procesos donde los órganos de decisión o administración de la IFI también tienen prescritos deberes y responsabilidades. Por ejemplo, respecto de un reporte de cumplimiento, la gerencia de la IFI tiene la responsabilidad de atender los hallazgos y/o recomendaciones de los MIRCs.[50]

De manera general, respecto de la misión principal de los MIRCs de proveer a las personas afectadas un justo, efectivo y eficiente mecanismo para asegurar un remedio por el daño causado, o atender riesgos de un daño serio antes de que se materialice, los MIRCs realizan esta meta ayudando a las partes a encontrar una solución mutuamente satisfactoria (resolución de problemas), o conduciendo una investigación acerca del cumplimiento por parte de la IFI de sus propias políticas (reporte de cumplimiento), o mediante una combinación de ambas. Por otro lado, la función de los MIRCs como fuente de aprendizaje continuo de las IFIs ha sido reconocida como un medio para la adopción de las medidas pertinentes para identificar experiencias con el fin de mejorar la actuación de las IFIs y prevenir agravios y daños en el futuro.[51] En esa medida, algunos mecanismos (tales como el Mecanismo de Reclamaciones del EIB,[52] el MICI del BID,[53] el CAO de la IFC y el MIGA[54] o la Oficina de Rendición de Cuentas de la OPIC[55]), además de

[49] *Ibidem*, p. 11.

[50] *Idem*. No obstante, como veremos más adelante, este estadio del proceso de los MIRCS pocas veces se materializa.

[51] Naciones Unidas, *Guiding principles on business and human rights, op. cit.*, p. 41.

[52] European Investment Bank, EIB, [Banco Europeo de Inversiones].

[53] Mecanismo Independiente de Consulta e Investigación (MICI) del Banco Interamericano de Desarrollo (BID).

[54] *Compliance Advisor Ombudsman* (CAO) [Ombudsman Asesor de Cumplimiento] de la *International Finance Corporation* (IFC) [Corporación Financiera Internacional] y el *Multilateral Investment Guarantee Agency* (MIGA) [Agencia de Garantía de Inversiones Multilaterales], ambos parte del Grupo del Banco Mundial.

[55] *Overseas Private Investment Corporation* (OPIC) [Corporación de Inversión Privada Exterior, una agencia independiente del gobierno estadounidense].

La disputa del derecho.indb 129 28/11/18 10:52

sus funciones comunes al resto de los MIRCs, proveen de asesoría formal al presidente y a la administración de la DFI.[56]

El procedimiento establecido por las IFIs para acceder a sus mecanismos puede clasificarse en dos fases, una fase previa de admisibilidad y una fase sustantiva. La fase previa incluye una serie de requisitos de legitimación (calidad y/o personalidad de los quejosos), competencia material (que se trate de violaciones a las *policies* de las IFIs) y personal (que sean atribuibles a proyectos financiados por la IFI a quien se recurre) y, en algunos casos, del agotamiento de "instancias previas";[57] tales requisitos son evaluados por el MIRC, quien determina si la queja resulta procedente o, si, por el contrario, es innecesario o inapropiado avanzar a la siguiente etapa. La fase sustantiva comprende el proceso desarrollado para la resolución del problema o para un reporte de revisión de cumplimiento.[58] Cabe mencionar que ninguna de las dos etapas contempla instancias de apelación contra el sentido y contenido de las decisiones del IAM.[59]

Habiendo expuesto sus generalidades, en el siguiente apartado procedemos a analizar la satisfacción de los objetivos de los MIRCs conforme a la actuación que han desarrollado desde su creación.

Evaluar los MIRCs

Para evaluar el cumplimiento de los objetivos de los MIRCs recurrimos al interesante y completo estudio *Glass Half Full?*, desarrollado por diversas organizaciones no gubernamentales y publicado en enero de 2016. No obstante que ya han existido estudios previos sobre la efectividad de los mecanismos en sí mismos,[60] la relevancia de este reporte no sólo estriba en su reciente emisión, sino –sobre todo– en que también evalúa la otra parte

[56] IAMs Network, *op. cit.*, p. 11.

[57] Como en el caso del MICI, donde se requiere que, previamente, existan intentos "razonables" de hacer llegar las quejas a la atención de la administración del Banco. SOMO, *op. cit.*, pp. 2-3.

[58] Genovese, Kristen, *et al.*, *op. cit.*, p.13.

[59] *Ibidem*, p. 60. La única excepción es el Mecanismo de Reclamaciones del EIB.

[60] Tal como el desarrollado por el IAMs Network. Véase IAMs Network, *op. cit*.

La disputa del derecho.indb 130 28/11/18 10:52

del sistema de rendición de cuentas: la gerencia de las IFIs. En efecto, el sistema de rendición de cuentas está compuesto de dos partes: el MIRC y la IFI, la cual a la vez está compuesta por su administración y junta directiva;[61] cada una de estas partes debe cumplir su responsabilidad con el sistema para trabajar y proveer remedio quienes fueron o pueden ser afectados.[62] El estudio *Glass Hall Full?* analiza el grado en el que los MIRCs y las IFIs que los administran son efectivos en proveer remedio para las violaciones de los derechos humanos de los quejosos.[63]

Para tales efectos, el referido reporte realiza un estudio cuantitativo y cualitativo de 11 MIRCs y sus respectivas IFIs. Para la evaluación cualitativa, los autores recurrieron a los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2011), en cuyo Principio Operativo 31[64] se establecen una serie de criterios para asegurar la eficacia de los MIRCs extraestatales –tales como los de las IFIs– y que son: legitimidad, accesibilidad, ser equitativos, transparentes, compatibles con los derechos y fuente de aprendizaje continuo.

Si bien consideramos que para efectos de nuestro análisis los resultados del análisis cualitativo desarrollado en el reporte son los que nos resultan útiles, ciertos datos estadísticos ya nos revelan algunos aspectos estructurales y deficitarios de los MIRCs analizados. De este modo, por ejemplo, *Glass Half Full?* revela que, del total de casos presentados desde el establecimiento de los MIRCs y hasta el 30 de junio de 2015, solamente 42.5% de los mismos fue encontrado elegible (admisible); no obstante, únicamente 28% del total alcanzó una fase sustantiva y sólo menos de un 20% "produjo resultados" (lo que comprende un 8% de casos en los que las partes negociaron un acuerdo y un poco menos del 12% con un reporte

[61] Genovese, Kristen, *et al.*, *op. cit.*, p. 14.

[62] En esa medida, las gerencias de las IFIs también debe ser evaluadas, no sólo porque son ellas quienes establecen el mandato de los MIRCs, seleccionan su personal, determinan su presupuesto o en última instancia son responsables por el resultado de las actividades que financia, sino porque además la administración de las IFIs juega un papel crítico en la atención de los hallazgos de los MIRCs, en la elaboración del plan de acción para la atención de reportes de incumplimiento y en la aplicación de las lecciones aprendidas de los casos para futuros proyectos. *Ibidem*, pp. 17-18.

[63] *Idem*.

[64] Naciones Unidas, *Guiding principles on business and human rights*, *op. cit.*, pp. 40-41.

La disputa del derecho.indb 131 28/11/18 10:52

de cumplimiento divulgado).[65] Lo anterior implica que un 80.5% de los casos fueron desechados.[66] Si bien dichos datos no necesariamente reflejan fallos per se (pues muchos casos pudieron no haber cumplido los requisitos de competencia o legitimación requeridos), la elevada tasa de desechamiento de las quejas ya genera preguntas acerca de la capacidad de los MIRCs para proveer un remedio efectivo.[67] Adicionalmente, debemos considerar el amplio margen de discrecionalidad de los MIRCs como factor para la no admisibilidad de dichos casos: del total de los casos elegibles que podrían haber alcanzado una etapa sustantiva de resolución de conflictos pero que ésta no se llevó a cabo, en un 59% tal resolución de conflictos no se realizó porque el MIRC decidió que era innecesario o inapropiado;[68] por otro lado, del total de casos elegibles que no llegó a una etapa de reporte de cumplimiento, casi un 74% no alcanzó tal reporte porque el MIRC lo estimó innecesario o inapropiado, mientras que en un 5.5% adicional no procedió debido a que la directiva de la IFI se rehusó a autorizar una investigación sobre cumplimiento.[69] Finalmente, debemos hacer notar que, del total de casos presentados, solamente en 7% de los mismos se emitió un plan de acción por parte de la administración del Banco.[70]

Pasando al análisis de los elementos cualitativos, los MIRCs analizados presentan deficiencias de diversos grados en cada uno de los criterios establecidos por los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos, de Naciones Unidas. Algunas de las conclusiones a las que llegó el reporte comentado, son bastante clarificadoras respecto de la pobre eficiencia de los MIRCs para cumplir su cometido. Por lo que hace a la legitimidad, por ejemplo, se dice que los MIRCs "enfrentan una batalla cuesta arriba en establecer confianza con las organizaciones de la sociedad civil y las comunidades afectadas por los proyectos [de desarrollo]".[71] Después de

[65] Genovese, Kristen, *et al.*, *op. cit.*, p. 25.
[66] *Ibidem*, pp. 44-45.
[67] *Ibidem*, p. 39.
[68] *Idem*.
[69] *Ibidem*, p. 40.
[70] *Ibidem*, p. 45.
[71] *Ibidem*, p. 55.

La disputa del derecho.indb 132 28/11/18 10:52

todo –señala el reporte– el mecanismo es "alojado en la misma institución que financió el proyecto que se alega causó daños".[72]

Respecto de su accesibilidad, se resalta que la población afectada no está al tanto de su existencia: en un reciente reporte que encuestó a población afectada por proyectos de desarrollo en ocho países, encontró que "83% de ellos nunca había escuchado del Panel de Inspección del Banco Mundial".[73] Respecto a la compatibilidad con derechos, "desafortunadamente, muy pocos de los IFIs hacen explícitos sus compromisos con los derechos humanos",[74] mientras que quienes lo hacen, "fallan en operacionalizarlos en la forma de políticas y directrices obligatorias, integradas en el diseño de los proyectos".[75]

Adicionalmente a ello, los procedimientos de los MIRCs tampoco resultan ser compatibles con estándares internacionales en materia de reparaciones por violaciones a derechos humanos, por ejemplo, frente a la jurisprudencia sobre reparación integral desarrollada en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (que incluye medidas de restitución, indemnización, proyecto de vida, de satisfacción y garantías de no repetición,[76] y no sólo medidas de "mitigación" como las ofrecidas por los MIRCs). Como fuente de aprendizaje, en fin, con la implementación de los MIRCs no se reflejan cambios en las políticas operacionales ni en la actuación de las IFIs frente al otorgamiento de préstamos: "las IFIs no están suficiente y sistemáticamente aprendiendo lecciones de los casos de los MIRCs para mejorar la implementación de sus políticas".[77]

[72] *Idem.*

[73] *Ibidem*, p. 56.

[74] *Ibidem*, p. 63.

[75] Evans, Jessica, *op. cit.*, p. 327. A este respecto, se ha señalado también que las IFIs "típicamente han trabajado para crear políticas en las cuales se ocupan de determinadas cuestiones individuales de derechos humanos en distintos grados a su manera, a menudo evitando la expresión 'derechos humanos' por completo".

[76] Para un análisis de las medidas que comprende la reparación integral de la Corte Interamericana de Derechos Humanos frente a violaciones de derechos humanos, véase Rousset Siri, Andrés Javier, "El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista Internacional de Derechos Humanos*, año I, núm. 1, 2011.

[77] Genovese, Kristen, *et al.*, *op. cit.*, p. 59; Evans, Jessica, *op. cit.*, p. 331.

La disputa del derecho.indb 133 28/11/18 10:52

Si bien el estudio *Glass Half Full?* concluye señalado que, en el caso de las IFIs y sus MIRCs "el vaso de la rendición de cuentas está medio lleno o medio vacío, dependiendo de nuestra perspectiva",[78] si tomamos en consideración el objetivo que motivó las demandas sociales y que condujo al establecimiento tanto de las *policies* de los IFIs como a los MIRCs (a saber, establecer un límite a la actuación arbitraria y lesiva de derechos de las IFIs) y lo enmarcamos en un contexto de lucha de poder entre las IFIs y las personas y comunidades afectadas, la cuestión no puede ser reducida a meras "perspectivas". El propio informe señala inmediatamente después que, si bien los quejosos están mejor que frente a la ausencia de cualquier mecanismo, "el resultado [del proceso de queja] raramente provee remedio adecuado para el daño que la gente y las comunidades afectadas por proyectos de desarrollo han experimentado"[79] y que, tras más de 20 años desde el primer MIRCs, las "IFIs han demostrado que son o bien reacios o incapaces de cumplir sus responsabilidades.[80]

Existen mayores referencias que denotan la predominancia del primero de estos sentidos: "muchas IFIs invierten repetidamente en el mismo cliente o sector, a pesar de las quejas presentadas respecto a dichos clientes o actividades";[81] asimismo, se afirma que las IFIs no deberían proveer financiamiento a clientes encontrados en incumplimiento hasta que hubieren remediado la situación y demostrado su compromiso y capacidad para cumplir completamente los estándares ambientales y sociales y evitar futuros daños,[82] cosa que –desde luego– no hacen. También se resalta que algunos mecanismos (incluyendo el MICI y el Mecanismo de Reclamaciones del EIB), pueden (en cualquier tiempo y durante el proceso de queja) recomendar a la IFI que suspenda el financiamiento o el procedimiento en cuestión si considera que existen o pueden causarse daños serios e irreparables; "parece, sin embargo, que este poder nunca ha sido invocado".[83] En fin, se ha señalado que "hay más que lo que los MIRCs pueden hacer

[78] Genovese, Kristen, *et al.*, *op. cit.*, p. 14.
[79] Evans, Jessica, *op. cit.*, p. 330.
[80] Genovese, Kristen, *et al.*, *op. cit.*, pp. 15-70.
[81] *Ibidem*, p. 65.
[82] *Idem*.
[83] *Idem*.

La disputa del derecho.indb 134 28/11/18 10:52

para mejorar su efectividad, pero esos esfuerzos serán en vano sin un giro significativo en el enfoque de las IFIs mismas".[84]

Estas aseveraciones evidencian un patrón común, revelador de la encrucijada en que se encuentran las IFIs: o aseguran el cumplimiento de sus finalidades económicas mediante el crecimiento económico de los sectores que financian (empresas y gobiernos), o promueven un desarrollo humano con la correspondiente preeminencia de y protección a las personas. Conforme a los resultados que la experiencia nos demuestra, ambos objetivos parecen incompatibles entre sí. En años recientes, por ejemplo, han surgido preocupaciones en torno al relajamiento y/o debilitamiento de las políticas operacionales de las IFIs, existiendo "presión hacia el debilitamiento de las *policies*"[85] donde las políticas enfrentan nuevos retos en sí mismas y "los estándares ambientales y sociales aplicados [a los proyectos financiados por las IFIs] se han vuelto más limitados y flexibles, si es que existen";[86] asimismo, debemos resaltar la emergencia, al interior de las IFIs, de una reciente práctica jerarquizadora de su normatividad, permitiendo mayor discrecionalidad al personal y menor obligatoriedad de sus políticas operacionales y procedimientos.[87] Por otro lado, las nuevas IFIs (tales como el Banco Asiático de Inversión en Infraestructura o el Nuevo Banco de Desarrollo) no contemplan la existencia de un IAM,[88] dejando a tales instituciones en la absoluta opacidad. Tanto la presión y la competencia del mercado de financiación, como la cada vez mayor complejidad de los instrumentos financieros ofrecidos por las IFIs (mediante la participación de intermediarios financieros) han contribuido a tal debilidad e ineficacia

[84] Genovese, Kristen, "Where's the remedy? Development banks must do more to remedy harm caused by the activities they finance", *The Bretton Woods Observer*, Primavera 2016, goo.gl/9OAWaU, Bretton Woods Project, 2016.

[85] IAMs Network, *op. cit.*, p. 26.

[86] Genovese, Kristen, *et al.*, *op. cit.*, p. 126.

[87] Bradlow, Daniel y Naude Fourie, Andria, *op. cit.*, p. 8. La mayoría de los IFIs parecen organizar sus políticas operacionales y procedimientos en dos niveles de grado, distinguiendo entre políticas de un nivel superior (tales como "políticas", "procedimientos", "directrices" o "estándares de aplicación") y uno inferior (que comprendería a "notas prácticas", "mejores prácticas", o "directrices al personal"), lo cual daría un margen de discrecionalidad a las IFIs sobre su cumplimiento en casos específicos, lo cual genera impactos sobre su eficacia.

[88] Genovese, Kristen, *et al.*, *op. cit.*, p. 126.

La disputa del derecho.indb 135 28/11/18 10:52

de las *policies* de las IFIs, así como a la inefectividad y discapacidad de los MIRCs.

Los fenómenos antes descritos no parecen simples reflejos de deficiencias menores en los procedimientos de queja de los MIRCs o falencias subsanables por parte de las IFIs o sus políticas; más bien, aparecen como verdaderos límites estructurales inherentes al propio sistema de rendición de cuentas de las IFIs, que fijan un margen difícilmente superable y que, en consecuencia, hacen al sistema de rendición de cuentas contradictorio con la sustancia económica de las propias IFIs. Analizadas bajo un escrutinio intenso –impuesto por el contexto de relaciones de poder que nos proporciona el fundamento de la rendición de cuentas (referido en el apartado ¿por qué la rendición de cuentas de las IFIs?)–, las deficiencias procedimentales reportadas subyacen a barreras infranqueables incorporadas en el corazón mismo de los MIRCs y de las *policies* de las IFIs, constituyendo espacios incompatibles con el espíritu mismo de las IFIs, en tanto reivindican cuestiones que corren en el sentido opuesto del trazado por tales instituciones financieras y por el mercado al cual proveen y en el que se desenvuelven.

Es por ello que las IFIs "enfrentan un problema general de una cultura e incentivos que miden resultados únicamente en términos financieros",[89] donde –por ejemplo– las enormes deficiencias de los MIRCs se deben, en parte, a la cultura de la IFI, que alienta al personal a pasar por alto, faltar en articular o incluso ocultar potenciales riesgos y conflictos ambientales y sociales de los proyectos de desarrollo financiados, a pesar de las políticas de la organización;[90] o que el fallo recurrente de las IFIs es asegurar que las compañías a quienes financian analicen comprehensivamente los potenciales impactos sociales de los proyectos de desarrollo, siendo que las IFIs por sí mismas no analizan comprehensiva y continuamente los riesgos para las comunidades.[91] Lo anterior, sin dejar de considerar que instituciones como el Banco Mundial están asociadas más con la desregulación que con un respaldo a los gobiernos para regular adecuadamente la conducta empresarial, llegando incluso a premiar a los gobiernos –hasta no hace

[89] Evans, Jessica, *op. cit*, p. 328.
[90] *Idem*.
[91] *Ibidem*, p. 330.

La disputa del derecho.indb 136 28/11/18 10:52

mucho– por protecciones laborales inadecuadas.[92] La preeminencia de los objetivos e intereses estrictamente económicos perseguidos por las IFIs sobre los derechos de las personas afectadas por los proyectos de desarrollo, es evidente. No se trata pues, de cuestiones de simple perspectiva.

Retomando la alegoría del reporte *Glass Half Full*, podemos decir que el vaso de la rendición de cuentas resulta sumamente pequeño y estrecho para su contenido: donde el vaso representa a las IFIs, sus *policies* y sus MIRCs, y el líquido las necesidades, derechos y reivindicaciones de las personas y las comunidades afectadas por proyectos de desarrollo, podemos ver que el vaso no está ni medio vacío ni medio lleno; está completamente desbordado. Pero, al mismo tiempo, está vacío. Veamos a continuación.

IFIs y derecho en la globalización

¿Qué denotan las contradicciones y falencias antes referidas respecto de los rasgos característicos de las políticas operacionales y procedimientos de las IFIs y sus MIRCs? Consideramos que los aspectos esenciales que denotan las *policies* de las IFIs y los MIRCs son los siguientes:[93] 1) la existencia de un policentrismo de la producción normativa, compartida por el Estado y las IFIs; 2) la producción de las IFIs busca ser de tipo autorregulativa, recurriendo a espacios extraestatales para su desarrollo y actuación; 3) una falta de legitimidad de los productos normativos generales (las *policies*) e individualizados (los reportes de incumplimiento y planes de acción derivados de quejas interpuestas) de las IFIs y los MIRCs; 4) la poca efectividad de una parte de las normas emergentes de estos centros económicos –a las que podemos denominar como *"make up" rules*; 5) la prevalencia de *soft law* con poder coactivo económico (que también procede de las IFIs) de mayor peso que las normas sobre derechos. Todo este proceso se inscribe dentro de un marco de globalización económica que va delineando las características antes señaladas.

[92] *Idem*. Lo anterior, a propósito del reporte *Doing Business* del Banco Mundial.

[93] Varias de estas características ya han sido identificadas por Aleida Hernández, de quien nos hemos nutrido en gran parte para el presente apartado. Véase Hernández Cervantes, Aleida, *op. cit*.

La disputa del derecho.indb 137 28/11/18 10:52

Vayamos por partes.

1) En primer término, tanto las *policies* de las IFIs como las resoluciones de los sistemas de rendición de cuentas albergados en los MIRCs, revelan la existencia de un policentrismo en la producción normativa, esto es, una multiplicidad de centros de decisión jurídica en un determinado sistema, que pone el acento en las diversas fuentes de donde emanan las normas, distintas de las producidas por el Estado.[94] A estos centros, Aleida Hernández los ha denominado centros económicos de producción jurídica transnacional,[95] mismos que, a la par del derecho proveniente de los procesos formales de las instituciones estatales, están produciendo otro tipo de normatividad que no se corresponde con las características tradicionales del derecho estatal, particularmente por lo que hace a su proceso de formación, con su correlato en la transparencia y legitimidad del mísmo. La relevancia de la aparición de estos centros en el marco de procesos globales de acumulación estriba en el grado de influencia de su producción normativa sobre las estructuras institucionales estatales y –sobre todo– en su capacidad para provocar impactos negativos en la forma de vida de las personas y en el ambiente. Las actividades de las IFIs, como ha quedado ampliamente documentado en los casos de proyectos de desarrollo, gene-

[94] Hernández Cervantes, Aleida, *op. cit.*, pp. 113-114. Sobre la emergencia de este pluralismo jurídico en los procesos de globalización económica, sólo basta decir que con dicho fenómeno se aprecia un cambio en la dicotomía soberanía/autonomía, al pasarse de una producción jurídica que, fundada en la soberanía estatal absoluta que legitimaba el monopolio del derecho, transita a un estadio de *autonomías relativas* en la producción normativa; autonomías que son detentadas por otros actores con poderío económico (y, por tanto, también político) frente al Estado. De esta forma, también se invierte el dualismo de singularidad/pluralidad en el derecho: frente al monismo jurídico estatal, emerge un pluralismo normativo de fuentes y pretensiones diversas. Hernández Cervantes, Aleida, *op. cit.*, pp. 201-202. Respecto de las dicotomías en el derecho, véase De Sousa Santos, Boaventura, "El Estado y el derecho en la transición posmoderna: por un nuevo sentido común sobre el poder y el derecho", en Courtis, Christian, *Desde otra mirada: textos de teoría crítica del derecho*, 2ª edición, Buenos Aires, Eudeba, 2009.

[95] Hernández Cervantes, Aleida, *op. cit.*, pp. 144 ss. Hernández identifica como características de estos centros de producción el que se trate de un agente o actor de la globalización económica (con capacidad de gestión relevante en la economía globalizada) que realice sus operaciones a nivel global y que produzca normatividad que aspire a ser incorporada en las legislaciones nacionales, a que sea aceptada por los Estados o que sea adoptada por los particulares. Las IFIs reúnen dichos requisitos.

La disputa del derecho.indb 138 28/11/18 10:52

ran graves afectaciones al ambiente y a las comunidades en donde aquellos se establecen.[96] En el caso de las IFIs y los MIRCs, podemos identificar una producción normativa de tipo general (al modo de la generalidad de la norma estatal), representada por las políticas operacionales y directrices de las IFIs, así como normas individualizadas, que constituyen los reportes de no cumplimiento, los planes de acción de las directivas de las IFIs y las condiciones establecidas en los acuerdos de financiación concedidos. Bajo la lógica de dichas instituciones, la normatividad general y la individualizada tienen la pretensión de generar consecuencias "legales" internas tanto en su acatamiento como frente a su omisión,[97] generando obligaciones y/o derechos para las partes involucradas.

2) Hernández señala que la producción jurídica de centros económicos como las IFIs, presentan técnicas jurídicas características: la desregulación y la autorregulación.[98] En el caso de las *policies* de las IFIs y sus MIRCs, las mismas serían ejemplos de normas autorregulatorias, que implican aquella normatividad que se produce al margen del Estado y que puede presentar distintos grados de vinculación y fuerza normativa.[99] A pesar de que su origen obedeció a factores externos (las demandas y presiones sociales), las *policies* y los sistemas de rendición de cuentas de las IFIs constituyen un ejemplo claro de normas autorregulatorias, en la medida en que, al modo

[96] Como muestra de las afectaciones producidas por las industrias extractivas (ampliamente financiada por las IFIs) en comunidades indígenas, véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, Washington, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015. Asimismo, Naciones Unidas, *Report of the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises on its mission to Mexico*, Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 2017; que analiza casos paradgimáticos de violaciones a derechos humanos por proyectos de desarrollo en México.

[97] En su acatamiento, por ejemplo, para la determinación del tipo, intensidad y grado de medidas a tomar para mitigar los impactos de los proyectos de desarrollo propuestos para financiamiento (para dichos efectos, las IFIs asignan distintas categorías –A, B, C o 1, 2, 3– en orden descendente de "sensibilidad ambiental y social"). IAMs Network, *op. cit.*, p. 18. En su omisión, mediante la activación de los mecanismos de rendición de cuentas, en los términos referidos en este artículo.

[98] Hernández Cervantes, Aleida, *op. cit.*, pp.123-124.

[99] *Ibidem*, p. 130.

La disputa del derecho.indb 139 28/11/18 10:52

de "códigos de conducta" pretenden regular la actuación del personal de las IFIs en el desarrollo de sus actividades; no obstante, dicha regulación pueden competir también con las normas del derecho estatal, en tanto que su contenido también tiene la pretensión de ordenar la conducta de terceros (los prestatarios) o bien de proteger a las personas (los afectados por los proyectos), siendo que dichas funciones han sido tradicional y exclusivamente adscritas al Estado. En este punto, conviene llamar la atención sobre el proceso de simbiosis y alojamiento que se establece entre el derecho estatal y la normatividad autorregulatoria de las IFIs: a pesar de su fuente extraestatal, las políticas operacionales de las IFIs se insertan, a manera de obligaciones jurídicas amparadas por el derecho estatal e internacional, en cláusulas contractuales dentro de los acuerdos de financiamiento. De este modo, normas que en su origen son de tipo privado, adquieren obligatoriedad legal al ser insertadas en instituciones jurídicas del derecho estatal, como los contratos (que incluso podrían considerarse tratados internacionales en el derecho internacional).[100] Es así que se generan puntos de contacto (e incluso articulación) entre ambos órdenes normativos.

3) En lo relativo al carácter poco legítimo de la producción normativa de las IFIs y sus MIRCs, resulta ilustrativo retomar lo señalado por el ya citado informe *Glass Half Full?*. Al respecto, se dice que un proceso de queja equitativo otorgaría a los reclamantes los mismos derechos de participación que la IFI y su cliente; no obstante, "las reglas de procedimiento de muchos MIRCs permiten a las IFIs revisar y comentar los borradores del reporte [de cumplimiento], pero no otorgan la misma oportunidad para los quejosos",[101] de esta forma, las personas afectadas por los proyectos financiados por las IFIs no tienen oportunidad de participar en el diseño y delimitación de los reportes de cumplimiento o de los planes de acción para remediar los daños cometidos a ellos mismos.[102] La gravedad de la

[100] Véase nota 36 de este artículo.

[101] Genovese, Kristen, *et al.*, *op. cit.*, p. 59. El reporte *Glass Half Full?* señala que, por ejemplo, el CAO comparte un borrador de su investigación con la IFC para su comentarios, pero no brinda la misma oportunidad a los reclamantes. En la conclusión del proceso, cuando el MIRC y la directiva de la IFI discuten el reporte y la respuesta apropiada con la junta directiva de la IFI, los reclamantes nunca se encuentran en la sala y ellos raramente tienen la oportunidad de presentar sus perspectivas sobre el documento.

[102] Sólo por citar un ejemplo, en ocho IFIs, los reclamantes no tienen acceso al reporte del

La disputa del derecho.indb 140 28/11/18 10:52

falta de participación de los afectados se hace más notoria si consideramos que las IFIs no solamente ofrecen financiación para proyectos de desarrollo, sino también asistencia técnica para el diseño o reforma de leyes domésticas o para la elaboración de políticas públicas. En estos rubros, la exigencia de rendición de cuentas es ineludible, en cuanto las afectaciones que se generan a consecuencia de la intervención de las IFIs tienen un impacto directo sobre la población, dadas las características de generalidad de la ley o la pretensión de las políticas públicas. A ello debemos añadir el amplio margen de discrecionalidad (al tratarse de facultades no regladas) de los MIRCs para decidir sobre la admisibilidad e impulso procesal de las quejas interpuestas, así como de las directivas de las IFIs para atender los reportes de cumplimiento o la elaboración y contenido del plan de acción como respuesta a los hallazgos, donde la intervención de los afectados se hace nula.

Similares patrones de actuación se observan en el diseño y actualización de las *policies* producidas por las IFIs. No obstante que, por ejemplo, el Banco Mundial presentó el proceso de actualización de su marco ambiental y social como "el más amplio proceso de consulta jamás realizado por el Banco Mundial",[103] al final, la aprobación del referido marco ambiental y social quedó exclusivamente en manos del Directorio Ejecutivo del Banco Mundial.[104] Es más, sobre dichas salvaguardias se comentó, apenas meses antes de su aprobación, que "en el actual borrador [de las salvaguardias] los derechos humanos son asumidos sólo en la visión no vinculante e, incluso

MIRC previo a que éste sea consultado por el personal de la IFI sobre el plan de acción de la directiva; esto significa que los quejosos "no saben si, y en qué medida, el mecanismo ha encontrado casos de no cumplimiento, si y cuando el personal del IFI les pregunta acerca de las medidas a incluir en el plan de acción para corregirlos" (*ibidem*, p. 60). Así (señala el reporte), más frecuente que infrecuentemente, cuando los MIRCs encuentran que las IFIs han fallado en cumplir con sus propias políticas y procedimientos, causando daños a personas y comunidades, la respuesta de la IFI "no aborda las necesidades y preocupaciones de las mismas personas que las IFIs buscan beneficiar" (*idem*). A ello hay que añadir que la inadecuada respuesta de las IFIs es complementada por la ausencia de cualquier tipo de recursos de apelación.

[103] World Bank, "Directorio del Banco Mundial aprueba nuevo Marco Ambiental y Social", *Comunicado de prensa*, goo.gl/bqVszV, World Bank,2016.

[104] Así se señala en el propio comunicado de prensa que dio a conocer la aprobación del referido marco ambiental y social.

La disputa del derecho.indb 141 28/11/18 10:52

allí, son referidos como aspiraciones más que como obligaciones legales".[105] Incluso, a pesar de que los representantes de todos los países miembro de las IFIs participan en la toma de decisiones de dichos organismos, lo cierto es que el peso de cada uno de ellos en las decisiones es dispar, siendo predominante el peso de aquellos países con un gran poder económico; de este modo, "lo que prevalece es el criterio de fortaleza económica que cada país miembro posee".[106] El margen de discrecionalidad observado en los MIRCs, también se manifiesta en la facultad de decisión en exclusiva, por parte de las directivas de las IFIs, sobre la aprobación y modificación de sus políticas y directrices.

Aun considerando la ampliación de espacios de participación de las personas y comunidades afectadas, o de la sociedad civil en los procesos de producción normativa general (políticas operacionales y procedimientos) o individualizada (los reportes de cumplimiento y los planes de acción) de las IFIs y sus MIRCs, asumir dicho escenario como plausible pasaría por alto una circunstancia fundamental: la situación de desigualdad en que se encuentran las partes involucradas. Como ya señalamos, el poder político, económico y de influencia de los países miembros no es equitativo en la toma de decisiones de las IFIs, lo que impacta directamente en el valor relativo de sus votaciones; lo mismo puede decirse de la participación de la sociedad civil y –sobre todo– de las personas afectadas: colocar a una comunidad en el mismo plano de igualdad que las juntas directivas de las IFIs o de las empresas resulta altamente criticable, si se toman en consideración las amplias condiciones de desigualdad material en las que aquellas generalmente se encuentran, frente al probado poder económico y político (muchas veces respaldado por los gobiernos locales) de las propias IFIs.

Esta situación se evidencia, por ejemplo, en el grado de éxito de los procesos de queja ante los MIRCs cuando las comunidades acuden con el acompañamiento de alguna organización de la sociedad civil, que cuando lo hacen en solitario.[107] En última instancia, la eficacia del mecanismo en

[105] Evans, Jessica, *op. cit.*, p. 329.

[106] Hernández Cervantes, Aleida, *op. cit.*, p. 168.

[107] En efecto, el reporte *Glass Half Full?* evidencia que, de las quejas interpuestas por comunidades o individuos actuando por su cuenta, sin el soporte de organizaciones de la sociedad civil (OSC), 62% fueron encontradas elegibles, 38.5% alcanzaron una fase sustantiva y 19%

La disputa del derecho.indb 142 28/11/18 10:52

brindar remedio a las personas y comunidades afectadas queda supeditado a la habilidad o capacidad de negociación de los afectados, reduciendo las afectaciones a la vida y al entorno de las comunidades a una mera transacción sobre sus derechos.

En suma, podemos observar que los procedimientos de los MIRCs ofrecen pocos espacios para la intervención de las víctimas en el desarrollo de las soluciones que, al final de día y si se llegan a materializar, impactarán en su vida. De este modo, la capacidad de decisión de los afectados por proyectos de desarrollo se encuentra cancelada, tornando a las resoluciones emanadas de las IFIs y los MIRCs poco legítimos y transparentes. Aun cuando se han propuesto otros medios para generar legitimidad en las instituciones transnacionales,[108] los mismos pasan por cambios estructurales que las IFIs difícilmente podrán satisfacer.[109]

4) Si bien señalamos que las *policies* de las IFIs y las normas individualizadas de los MIRCs constituyen ejemplos de la técnica de la autorregulación de los centros económicos de producción jurídica transnacional, lo cierto es que, con lo que hemos desarrollado hasta ahora, queda claro que tal normatividad es también un ejemplo de normas vacías, normas de imagen: *"make up" rules*. Así como los códigos de conducta son catalogados como "meros instrumentos de imagen, que se manipulan en pro del interés y beneficio de ellas mismas [las empresas]",[110] las *policies* de las IFIs y los procedimientos de queja ante los MIRCs solamente persiguen objetivos legitimizantes de las actividades de tales instituciones financieras. Este propósito ha sido

---

lograron un resultado. En contraste, 80% de las quejas que involucraron a una OSC local fueron elegibles, 53% alcanzaron una fase sustantiva y 41% obtuvieron resultados. Finalmente, quejas que involucraron a una OSC internacional se desarrollaron aún mejor: 87% fueron elegibles, 70% alcanzaron una fase sustantiva y 63.5% obtuvieron resultados. Genovese, Kristen, *et al.*, *op. cit.*, p. 48.

108 Véase Esty, Daniel C., "Good governance at the supranational scale: globalizing administrative law", *Yale Law Journal*, Yale Law School, 2006.

109 Lo anterior, en tanto que involucra aspectos sobre los que las IFIs han probado fallar estructuralmente: "la legitimidad [de las instituciones supranacionales], sin embargo, también puede basarse en la entrega de buenos resultados por parte de la institución, su capacidad para establecer una reglamentación de manera que brinde claridad y estabilidad, su fuerza sistémica y estructura de controles y equilibrios, su capacidad para promover el diálogo político y su compromiso con el rigor procesal". Esty, Daniel C. *op. cit.*, p. 1561.

110 Hernández Cervantes, Aleida, *op. cit.*, pp. 159-160.

La disputa del derecho.indb 143 28/11/18 10:52

reconocido por las propias IFIs, al señalar que, como logros de los MIRCs para las IFIs, se encuentra el "prove[er] credibilidad a las IFIs y ayud[ar] a protegerlas contra el riesgo de su reputación".[111]

Mediante la producción de dicha normatividad, las IFIs buscan generar legitimidad entre la opinión pública respecto de sus actividades.[112] Lo mismo ocurre con el amplio margen de discrecionalidad de los MIRCs en los procesos de queja: pese a presentarse como el canal directo a los ciudadanos afectados para dar voz a sus inquietudes "a los más altos niveles de toma de decisiones",[113] la discrecionalidad de los MIRCs para estimar un caso como innecesario o inapropiado, hacen del sistema de rendición de cuentas una cara bonita que presentar ante la opinión pública, pero claramente un mecanismo inefectivo para la satisfacción de las demandas de los afectados. Tanto las *policies* como los reportes y planes de los MIRCs son las normas que maquillan los objetivos estrictamente económicos de las IFIs. Es así que "la simple adopción de las mejores prácticas no será suficiente para asegurar a los quejosos el recibir remedio por los daños que han ocurrido".[114]

5) Del análisis de la poca efectividad de los MIRCs y del escaso cumplimiento de sus políticas, podemos decir que los centros de poder económico y político que representan las IFIs producen dos tipos de normas: primero, reglas de *soft law* a la manera de normas de imagen, vacuas, carentes de garantías que –por lo mismo– son poco eficaces e inefectivas (un *soft law* puro); igualmente, la producción jurídica que representan las *policies* y las

[111] IAMs Network, *op. cit.*, p. 24.

[112] Ejemplo de ello es la ya citada actualización de las salvaguardias del Banco Mundial donde, mediante la supuesta apertura al debate y escrutinio públicos, se buscó presentar dicho proceso de reforma como legítimo al tomar en cuenta las opiniones de expertos en desarrollo y de la sociedad civil para "[ampliar] los resguardos para las personas y el medio ambiente en los proyectos". "Directorio del Banco Mundial aprueba nuevo Marco Ambiental y Social", *op. cit.*), siendo que la aprobación del marco ambiental y social quedó exclusivamente en manos del propio Banco.

[113] IAMs Network, *op. cit.*, p. 6.

[114] Genovese, Kristen, "Where's the remedy? Development banks must do more to remedy harm caused by the activities they finance", *The Bretton Woods Observer*, primavera 2016, goo.gl/9OAWaU, Bretton Woods Project, 2016.

La disputa del derecho.indb 144 28/11/18 10:52

normas individualizadas del sistema de rendición de cuentas de los MIRCs son ilegítimas, inequitativas y poco transparentes.

Frente a este tipo de normatividad, aparece otro tipo de producción jurídica, representada por las directrices y políticas impuestas por las IFIs a los Estados como condición para el otorgamiento de financiación –tales como los *operational standards* del Banco Mundial. Estas normas, contrario a las *policies* ambientales y sociales, resultan ser ampliamente efectivas, residiendo su eficacia en el poder y las presiones económicas y políticas que las IFIs ejercen sobre los Estados financiados. La normatividad emanada de dichos centros de producción puede considerarse, prima facie, *soft law*, normas imperfectas que carecen de mecanismos formales o clásicos de coactividad de sus normas; sin embargo, la obligatoriedad de sus disposiciones radica en la fuerza y poderío económico que ejercen dichos centros de producción a nivel global, mediante presiones, sanciones o exclusiones económicas que son sumamente eficaces, incluso más que los métodos tradicionales de coerción del derecho formal de fuente estatal.[115] Como ya lo señalamos en el inciso 3, la propia ineficacia que exhiben las políticas operacionales ambientales y sociales denotan la naturaleza netamente económica que tiene el modelo de desarrollo promovido por las IFIs, mostrando que el aspecto económico tiene una primordial y superior relevancia sobre el respeto, protección y garantía de los derechos de las personas.

Finalmente, podemos señalar que la existencia del policentrismo de la producción normativa (con todas las características antes descritas) se inscribe en un fenómeno de la globalización económica, caracterizada por la emergencia de estructuras transnacionales dentro de un proceso de producción global alimentado por un capital igualmente transnacional, que busca ampliar intensiva y extensivamente los ámbitos espaciales y materiales de la reproducción de relaciones de producción.[116] Como lo vimos, los dos tipos de producción normativa presentes en este fenómeno global generan diferentes tipos de impactos en la sociedad, las personas y el medio ambiente. Por un lado, tenemos que la producción jurídica emanada de las IFIs orientada a proteger los derechos de las personas es más una apariencia que una realidad; en contrapartida, la normatividad de tipo económica

[115] Hernández Cervantes, Aleida, *op. cit.*

[116] Robinson, William I., *op. cit.*, pp. 25-26.

La disputa del derecho.indb 145 28/11/18 10:52

surgida de los propios centros prevalece sobre los derechos, perpetuando modelos y esquemas de dominación y subordinación. Con esto, vemos que las políticas que guían el enfoque del desarrollo promovido por las IFIs proveen las garantías de crecimiento y acumulación económicos exigidos por el capital, por más que se presenten como normas que buscan generar un desarrollo "con rostro humano". He ahí las contradicciones del desarrollo. El vaso de la rendición de cuentas está pues, vacío.

Conclusiones

Los proyectos de desarrollo generan impactos negativos en las personas y las comunidades, así como en el entorno en el que se llevan a cabo. A consecuencia de fuertes exigencias y luchas sociales (alimentadas por la experiencia negativa de los proyectos de desarrollo), las IFIs establecieron políticas operacionales dirigidas a prevenir y mitigar los daños producidos por los proyectos de desarrollo financiados por dichas instituciones. Una exigencia de rendición de cuentas, dado el sustancial poder económico y político detentado por las IFIs, llevó también al establecimiento de los MIRCs.

Transcurridos más de 20 años desde el primer MIRC, la experiencia demuestra una serie de fallas en el sistema de rendición de cuentas de los IFIs.

Tales falencias no solamente son procedimentales, sino estructurales: constituyen límites infranqueables que evidencian contradicciones entre el modelo de desarrollo promovido por las IFIs y los derechos de las personas y las comunidades a quienes los proyectos impactan.

Acreditada su ineficacia e inefectividad, las *policies* generadas por las IFIs y las normas individualizadas producidas por los procesos de queja de los MIRCs, son denotativos de rasgos característicos de este tipo de normatividad: inscritas en un proceso de globalización económica, tienen su origen en un policentrismo de la producción normativa, compartida por el Estado y las IFIs; se trata de normas de tipo autorregulativa, carentes de legitimidad y poca efectividad, lo que las convierte en *"make up" rules*. Todo ello, denota la prevalencia de un derecho de *soft law* con poder coactivo económico de un mayor peso que las normas sobre derechos, que también proceden de las IFIs. Los anteriores rasgos constitutivos de la normatividad

La disputa del derecho.indb 146 28/11/18 10:52

emergente de las IFIS a consecuencia de los procesos de financiamiento del desarrollo, hace evidente la contradicción entre derecho de la globalización y derechos.

Bibliografía

Bradlow, Daniel y Naude Fourie, Andria, *The evolution of operational policies and procedures at International Financial Institutions: normative significance and enforcement potencial, Washington College* of *Law, American University, Washington* D.C., 2011. <https://goo.gl/28XYu5>.

Bellù, Lorenzo G., *Development and Development Paradigms. A (Reasoned) Review of Prevailing Visions*, EASYPol series, Food and Agriculture Organization of United Nations. Roma, 2011. <www.fao.org/easypol>.

Comisión Interamericana De Derechos Humanos, *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo*, Washington, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015.

De Sousa Santos, Boaventura, "El Estado y el derecho en la transición posmoderna: por un nuevo sentido común sobre el poder y el derecho", en Courtis, Christian, 2009, *Desde otra mirada: textos de teoría crítica del derecho*, 2ª edición, Buenos Aires, Eudeba, 2009.

Esty, Daniel C., "Good governance at the supranational scale: globalizing administrative law", *Yale Law Journal*, Yale Law School, 2006.

Evans, Jessica, "The record of international financial institutions on business and human rights", *Business and Human Rights Journal*, Cambridge University Press, núm. 1, 2016.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.

González Armijo, Mariana, "Panorama del financiamiento para el desarrollo y los mecanismos de rendición de cuentas", Taller Mecanismos de Rendición de cuentas y sociedad civil, México, Fundar, 2016.

Genovese, Kristen, "Where's the remedy? Development banks must do more to remedy harm caused by the activities they finance", goo.

La disputa del derecho.indb 147 28/11/18 10:52

gl/9OAWaU, *The Bretton Woods Observer*, Primavera 2016, Bretton Woods Project, 2016.

_____. *et al., Glass half full? The state of accountability in development finance*, SOMO, 2016.

Hernández Cervantes, Aleida, *La producción jurídica de la globalización económica. Notas de una pluralidad jurídica transnacional*, México, CIICH-UNAM/ UASLP/ CENEJUS, 2014.

Hunter, David B., "International law and public participation in policy-making at the International Financial Institutions", en Bradlow, Daniel D. y Hunter, David, B., *International Financial Institutions and public law*, Países Bajos, Kluwer Law International, 2010.

Independent Accountability Mechanisms (mircs) Network, "Citizen-driven accountability for sustainable development: giving affected people a greater voice. 20 years on", 2012.

Naciones Unidas, "Rio Declaration on Environment and Development", goo.gl/cUFyEZ, United Nations Environment Programme..

_____. "Report of the Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises on its mission to Mexico", Human Rights Council. Working Group on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises, UN Human Rights Council Secretariat, 2017.

_____. *¿Qué es el desarrollo humano?*, goo.gl/QM6TQy, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2015.

_____. *Guiding Principles on Business and Human Rights : Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework* , Nueva York-Ginebra, Oficina del alto comisionado para los derechos humanos de las Naciones Unidas, 2011.

_____. "Observación general Núm. 31. Naturaleza de la obligación jurídica general Impuesta a los Estados Partes en el Pacto", Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 2004.

_____. "Observación general Núm. 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes" (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, 1990.

Osorio, Jaime, *El Estado en el centro de la Mundialización*, 2ª edición, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.

La disputa del derecho.indb 148 28/11/18 10:52

Organisation For Economic Co-Operation And Development, *Foreign Direct Investment for Development. Maximising Benefits, Minimising Costs*, Organisation for Economic Co-operation and Development, 2002.

Robinson, William I., *Una teoría sobre el capitalismo global. Producción, clase y Estado en un mundo transnacional*, México, Siglo XXI editores, 2013.

Rousset Siri, Andrés Javier, "El concepto de reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Revista Internacional de Derechos Humanos*, año I, núm. 1, 2011.

Salazar Ugarte, Pedro, "Democracia constitucional", en Ferrer MacGregor, Eduardo *et al*. (coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, t. I, México, Poder Judicial de la Federación/ Consejo de la Judicatura Federal/IIJ-UNAM, 2014.

Serrano, Sandra y Vázquez, Daniel, *Los derechos humanos en acción: operacionalización de los estándares internacionales de los derechos humanos*, México, Flacso, 2013.

_____. *Principios y obligaciones de derechos humanos: los derechos en acción*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal/ Suprema Corte de Justicia de la Nación/Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2013.

Silva Castañeda, Sergio, "El proyecto de la revolución mexicana: tierra, trabajo y dinero, en Marván Laborde, Ignacio, *La revolución mexicana, 1908-1932*, México, Fondo de Cultura Económica, serie Historia crítica de las modernizaciones en México, núm. 4, 2010.

somo (Centre For Research On Multinational Corporations), *What is a grievance mechanism?*, goo.gl/YelNYN, SOMO/Human Rights & Grievance Mechanisms, 2016.

_____. "About de Inter-American Develpoment Bank and its Independent Consultation and Investigation Mehcanism" (folleto). goo.gl/W1w637.

Vervynckt, Mathieu, "An assessment of transparency and accountability mechanisms at the European Investment Bank and the International Finance Corporation", Informe, septiembre 2015, Bruselas, European Network on Debt and Development, 2015.

La disputa del derecho.indb 149 28/11/18 10:52

World Bank, *Accountability in governance*, goo.gl/RBlIi6.
_____. *Policies and procedures*, goo.gl/4aS2M0, 2016.
_____. OP 10.0. *Investment Project Financing*, World Bank, 2016.
_____. "Directorio del Banco Mundial aprueba nuevo Marco Ambiental y Social", Comunicado de prensa. goo.gl/bqVszV. 2016.
_____. OP 4.00. *Piloting the Use of Borrower Systems to Address Environmental and Social Safeguard Issues in Bank-Supported Projects*, 2013.
_____. OP 4.01. *Environmental assessment*, 2013.
_____. OP 4.12. *Involuntary resettlement*, 2013.

La disputa del derecho.indb 150 28/11/18 10:52

Aclaraciones fundamentales sobre la encriptación del poder y el pueblo oculto como categorías fundamentales de una nueva democracia

Ricardo Sanín Restrepo*

Durante los días 26 y 27 de agosto de 2015 tuve el honor de intervenir con dos ponencias en la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) en el marco del Seminario Internacional "El derecho de la globalización hegemónica frente a la defensa de derechos de los pueblos y grupos sociales", coordinado por las profesoras Aleida Hernández Cervantes y Mylai Burgos Matamoros. En dichas ponencias presenté tres trabajos recientes que están íntimamente ligados. Primero "La constitución encriptada: nuevas formas de emancipación del poder global",[1] escrito junto al filósofo colombiano Gabriel Méndez Hincapié, fue presentada durante una de las mesas de trabajo del evento. Por su parte, en la conferencia de cierre presenté el concepto de "Pueblo oculto" y democracia radical, temas desarrollados en mi libro *Teoría crítica constitucional: la democracia a la enésima potencia*.[2] Ahora bien, todos

* Investigador Invitado del Núcleo Jurídico de Políticas Públicas, Pontificia Universidad Católica de Minas Gerais, Brasil. ricardosanin@gmail.com.

[1] Méndez-Hincapíe, Gabriel y Sanín-Restrepo, Ricardo, "La constitución encriptada: Nuevas formas de emancipación del poder global." *Redhes, Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*. Año IV, núm. 8, diciembre de 2012, pp. 97-120.

[2] Sanín-Restrepo, Ricardo. *Teoría crítica constitucional: La democracia a la enésima potencia.*

La disputa del derecho.indb 151 28/11/18 10:52

los temas allí presentados están desarrollados con mayor precisión y alcance en *Decolonizing democracy: Power in a solid state*.[3] Esta última obra ofrece una versión mucho más decantada y rigurosa de los temas desplegados en la UNAM. El debate teórico fue encendido en ambas intervenciones, y con gran riqueza y sofisticación teórica diversos académicos abordaron los problemas allí tratados desde múltiples perspectivas, recordando que las ideas son ante todo un blanco móvil, escurridizo y que se trata de una labor común ponerlas en un sitio desde el cual puedan comunicar algo que está más allá de ellas mismas. Lo que se hizo evidente también es que lo que se requiere para pensar este mundo mezclado de opresión y esperanza está siempre en común, y que por ello la misión de la academia, lejos de relajarse en un segundo plano de convalidación de lo existente, sigue siendo un espacio desde donde la resistencia puede comenzar a blandirse y donde lo posible está aún por hacerse. Ahora bien, la pregunta que articula el Seminario y que tuvo una presencia determinante durante su realización gira en torno a la capacidad del derecho para formular estrategias de cambio o si, más bien, el derecho es una parte funcional de un sistema extractor y opresivo. La respuesta, desde mis libros, es que el derecho que no sea *desencriptado* siempre será un arma letal en manos de cualquier sistema opresor.

Pues bien, este artículo pretende ante todo continuar el diálogo comenzado en la UNAM sobre encriptación y el pueblo oculto y responder así a algunas de las preguntas formuladas en el Seminario que se han convertido en aspectos centrales de mi obra. Huelga decir que dichas preguntas se han convertido en un nuevo insumo de mi trabajo intensificando la idea fundamental de la desencriptación del poder, de acuerdo con la cual toda creación es creación en común. Ésta es la premisa de mi nuevo libro mediante el cual pretendo responder a estas agudas preguntas.[4] La taxonomía del artículo está entonces definida por las siguientes preguntas que intentaré resolver de manera autónoma pero que encuentran un sentido pleno en la articulación entre todas ellas y que de manera específica apuntan a resolver el enigma del papel del derecho en un mundo globalizado por el capital.

Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

[3] Sanín-Restrepo, Ricardo. *Decolonizing democracy: power in a solid state*. Rowman & Littlefield, Londres, 2016.

[4] Sanín-Restrepo, Ricardo. *Decolonizing democracy: power in a solid state*, *op. cit.*

La disputa del derecho.indb 152 28/11/18 10:52

¿Cuál es la diferencia entre desencriptación e interpretación? ¿No es todo lenguaje susceptible de ser interpretado? ¿No sería entonces la desencriptación un caso específico de interpretación? Esta pregunta encierra una más profunda a la cual la teoría de la desencriptación pretende dar respuesta, ¿es el lenguaje producto del poder o es el poder producto del lenguaje?

¿Cuál es la diferencia entre desencriptación y el concepto de "deconstrucción" construido por Jacques Derrida?

¿Cómo podemos identificar la encriptación, cuál es su relación con la política? ¿Cuál es el papel del derecho en la encriptación del poder?

¿Existe tal cosa como una democracia absoluta? Cuando describe la democracia habla de la "verdad" de la democracia, ¿No es tal aseveración una regresión hacia el esencialismo?

¿Podemos definir una subjetividad propia a la democracia por fuera de sus construcciones liberales encriptadas? En términos concretos ¿Qué es el pueblo oculto? Y, por lo tanto, ¿existe un más allá del liberalismo y del capitalismo pos-fordista?

Preguntas 1, 2 y 3

Resulta imposible hablar de democracia cuando las verdades que definen el mundo están concentradas en centros de decisión absolutamente cerrados y que imposibilitan el lenguaje como el primer común. La democracia implica, en primer lugar, la posibilidad de lo político. Lo político sólo existe como orden del conflicto, es decir que la decisión de quién cuenta y en cuáles términos aún no ha sido tomada. En otras palabras, sólo existe política cuando no existe ninguna cualificación restrictiva en absoluto de quién puede participar en lo político. En dicho sentido, la única cualidad necesaria para ejercer la política es la existencia, entendida como producción inmanente del ser que la posee. En mis obras se demuestra, después de una exigente prueba histórica y filosófica que la colonialidad en simbiosis con el capitalismo moderno existe precisamente como condición de eliminación de la democracia. El liberalismo, como encarnación de dicha simbiosis produce un intenso simulacro de la democracia con el fin de ocluir todos los puntos de acceso a lo político. La democracia liberal es una permanente en-

La disputa del derecho.indb 153 28/11/18 10:52

criptación de acceso a la política que establece rigurosas cualificaciones a la subjetividad, reservando la política y sus decisiones a unos cuantos sujetos que se apropian de todo el lenguaje y todos sus códigos de programación.

La simbiosis entre colonialidad y capitalismo simplemente reproduce la construcción política de Platón y Aristóteles para extenderla como verdad indisputada de todas sus propias construcciones legales y filosóficas. Así, para Platón existe un orden ideal de la política donde quien gobierna, gobierna de acuerdo a unas cualidades naturales que están establecidas en un arquetipo. Para Aristóteles, y según demuestro exhaustivamente en mi más reciente libro,[5] sólo puede pertenecer al cuerpo político aquél que esté cualificado para hacerlo de acuerdo a una exigente prueba de virtud (*Eudaimonia*). Como lo ha descifrado Giorgio Agamben, aquí yace la división fundamental de la vida en occidente entre una vida plena (*Bios*) y la vida nuda (*Zoe*), lo cual está edificado bajo la premisa que la política pertenece a una técnica racional y no a una comunidad abierta a todos.[6] Cuando el colonialismo y la colonialidad surgen como una majestuosa fuerza global de aniquilación de la diferencia y unificación racial y cultural, simplemente reproducen la cualificación de lo político como su más penetrante característica.

Cuando la modernidad reniega de dios y la trascendencia pone en movimiento una fuerza paradójicamente divina: su propio nihilismo. Dentro del propio cadáver de la divinidad unas hordas de deidades voraces luchan por someter la máquina producción del tiempo y el espacio para entrampar cada forma de producción de vida como si fuese una creación centrípeta controlada en cada instancia por ellas mismas. El "sueño dogmático" se torna en un despertar nihilístico sicótico. Su enemigo: cada forma de vida que produce diferencia como su propia expresión de vida, pues tal cosa desafía tanto el control de estas deidades (Estado, derecho, mercado) sobre el control sobre la creación de la vida y su aspiración de dominar tanto el tiempo como el espacio. ¿Cuál es el antídoto contra la diferencia? Solidificar el poder en máquinas cada vez más sofisticadas que simulen la política en el derecho y la cultura y que sean a la vez capaces de simular todo origen

[5] Sanín-Restrepo, Ricardo. *Decolonizing democracy: power in a solid state, op. cit.*

[6] Agamben, Giorgio, *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life.* Stanford, Stanford University Press, 1998, p. 18.

La disputa del derecho.indb 154 28/11/18 10:52

de lo político. ¿Cuál es la finalidad de dicha máquina? Triturar los cuerpos y amasar sus desechos en unidades automatizadas que nieguen cualquier principio de la diferencia. Con ello se construyen modelos ideales de la arquitectura del poder cuyo centro de luz es el puro positivismo de sus propias formas.

Por ello sostenemos que la premisa de la encriptación es que todos los códigos semióticos con los cuales intentamos penetrar la realidad, explicarla, darle textura y contenido están de hecho encriptados. Ahora bien, lo que ya comprendemos es que lo que está de hecho encriptado es el mismo acceso a lo político. Las cualificaciones sobre quien puede participar de lo político y quien no puede es la barrera esencial del lenguaje. ¿Qué implica entonces la encriptación para nuestro sentido de la realidad? Que desde nuestra percepción de la realidad como algo dado, hasta nuestra sensibilidad estética, moral y política, pasando por el lenguaje por el cual transitamos e intervenimos constantemente el mundo son substancias de la realidad que son producto directo de relaciones inestables de poder. No existe ningún término que trate de definir la realidad o de transformarla que no provenga ya de una relación de poder. En otras palabras, lo que llamamos facticidad, realidad, dominios del saber o praxis, son el resultado de definiciones fabricadas en puntos específicos del poder de los cuales no hacemos parte. Lo que resulta fundamental captar en este punto es que el lenguaje en nuestra realidad no es un producto de un libre tráfico entre una comunidad emancipada, sino que dicho lenguaje está encriptado en el sentido en que es producido por minorías insulares que al serlo definen toda relación de poder. No estamos entonces afirmando la perogrullada tan común a nuestras ciencias sociales según la cual "todo lenguaje es poder", esto es obvio, pero estamos afirmando algo más de fondo: ese lenguaje que es poder se hace por fuera de lo político, se trata de un poder que proviene de centros elitizados y que se instala en la realidad como única realidad posible. Lo vital de esta afirmación es que, si existe un sujeto llamado "pueblo" o "multitud", ésta y aquél siempre llegan tarde al significado, siempre entran un instante después al juego del lenguaje; por lo tanto, el lenguaje nunca está definido por el sujeto (pueblo o multitud) sino que es un lenguaje previo, programado por fuera de los sujetos, el que define de antemano a los sujetos. Por ello la labor que resta al sujeto es adaptarse al lenguaje y sus órdenes impartidas desde un exterior del lenguaje y la subjetividad política.

La disputa del derecho.indb 155 28/11/18 10:52

En estos términos, el derecho, como cualquier máquina de producción de sentidos del lenguaje ya está programada desde el inicio para responder al amo que la ha programado. En el caso de nuestra época, que podemos llamarla pos-fordista, esa realidad proviene de focos heterogéneos, insulares, unilaterales e impenetrables del poder. ¿Qué quiere decir esto último?

Son heterogéneos en la medida en que no parecen obedecer a una lógica singular del poder. El poder ha abandonado las estructuras visibles del poder como el Estado y se difuminan por todo el cuerpo social. Parece un *collage* de focos de poder cada uno disparando información, comandos y normas de los más diversos espacios que se superponen y solapan en una arquitectura surreal e inasible. De manera que los instrumentos convencionales para explicar el poder, que en términos foucaultianos[7] son tradicionalmente "molares" es decir tratan de entender el poder como una forma estructural grande y definida (Estado, derecho, Iglesia) son incapaces de entender la multiplicidad de generadores de poder en un mundo globalizado. Las bolsas de mercado, pero también consejos urbanísticos, arquitecturas de exclusión, mundos privados, hasta tratados de libre comercio pasando por la pared que divide Estados son generadores de diversas formas de poder heterogéneo, donde la soberanía del Estado-nación clásico se confunde y pierde toda tracción. Ahora bien, ¿existe alguna forma de contraer todos esos focos de poder heterogéneo a un modelo que explique su unidad? Creo firmemente que ese modelo es el de la encriptación del poder.

Son poderes insulares/impenetrables en la medida en que las decisiones sobre el mundo, sus habitantes y hasta la posibilidad de supervivencia como un planeta sucede cada vez más en foros esotéricos, escondidos de la más básica interacción social. Un "clic" en un computador en Wall Street puede causar una guerra en un país de la cual se beneficiarán mineras canadienses o francesas que a su vez refuerzan las medidas más excluyentes en materia de inmigración en sus propios países mientras que promueven la libre expresión como el bastión de su propia existencia. El punto es que el poder proviene cada vez en mayor medida de focos de poder que se encuentran retraídos al ojo público, pero a la vez su forma enigmática los hace invisibles

[7] Foucault, Michel, *Society must be defended*, Nueva York, Picador, 1997; Dreyfus, Hubert, L. y Rabinow Paul, *Michel Foucault: Beyond Structuralism and Hermeneutics*, Chicago, The University of Chicago Press, 1982.

La disputa del derecho.indb 156 28/11/18 10:52

a las teorías tradicionales del poder y la democracia. Son focos de poder unilateral, expiden poder de gran magnitud que define nuestras vidas, gustos, precariedades e inclinaciones, pero sólo causan una afectación externa. Quiero decir, no son definidos por el poder que ellos mismos definen, no existe entonces la posibilidad de interacción entre el poder que define y lo que es definido por el poder. Se trata de una relación de poder expresamente jerárquica, pues en la medida en que la expedición de la orden provenga de un lugar impenetrable sólo puede seguir la obediencia y la adaptación a condiciones adversas.

Pues bien, a lo que apunta la teoría de la encriptación del poder es a demostrar que el lenguaje como geografía común de toda comunicación viene ya predefinido por un poder externo que define jerarquías, legitimidades, diferencias y por ende las posibles combinaciones y desenlaces de dicho lenguaje. Bien sean combinaciones jurídicas o desenlaces económicos. En términos coloquiales pero precisos, las reglas de juego del lenguaje están dispuestas (arregladas) de tal manera que cualquier operatividad sobre ellas ya supone un desenlace favorable a su verdadero creador (focos heterogéneos, insulares, y unilaterales del poder). Es allí donde podemos formular el primer obstáculo al derecho en la era global, cada vez que hablamos de "democracia" o "derechos" ¿realmente nos está dado el "poder" de definir dichos términos, cuando las reglas del juego están determinadas, precisamente por la imposibilidad de tal definición por fuera de focos de poder establecidos? ¿Podemos purificar un lenguaje que ya llega a nosotros envenenado y cuyo veneno se hace eficaz precisamente porque lo usamos como si fuera el propio antídoto? Ahora bien, si podemos reducir toda esta complejidad empírica y política a un término que englobe toda la situación, ese término es la encriptación de la democracia. Lo primero que tenemos que tener claro entonces es que el poder no es una consecuencia del lenguaje, sino, más bien, el lenguaje es una consecuencia del poder.

La "encriptación del poder" es así una nueva interpretación de las complejidades de las relaciones entre el poder, el capital, el derecho y la democracia, cuya principal conclusión para el derecho es que las constituciones modernas, cuyo origen es la Constitución de Estados Unidos de 1787, son las estructuras de poder más sofisticadas para domar y neutralizar la democracia radical. En otras palabras, el núcleo duro de la teoría es que el triunfo del capitalismo como maquinaria de producción de subjetividades

La disputa del derecho.indb 157 28/11/18 10:52

depende de la derrota absoluta de la democracia y que dicho fenómeno se concreta a partir de la encriptación del poder. Por lo tanto, la desencriptación obra en diversas escalas que van más allá del lenguaje, pues su fuerza metodológica y práctica radica en separar esos términos hegemónicos (capital, Estado, democracia, derecho) para demostrar cómo el liberalismo los une para producir la frustración directa de lo político y la prohibición del acceso al lenguaje como primer común. Tal hazaña se logra precisamente a través de la encriptación no sólo del derecho, sino también de todos los códigos de la realidad y cada una de sus representaciones, al mando de una élite de expertos que se ocupan de producir y propagar idiomas obscuros e ininteligibles cuya finalidad es consolidar su propia interpretación como la única verdad del mundo. Por lo tanto, cuando nos enfrentamos a la realidad y sus magnitudes acuciantes todo lo que recibimos como respuesta son lenguajes cifrados, un bloqueo elemental de las estructuras usuales con las que identificamos la realidad, una complejidad que a su turno sólo puede ser resuelta por una fracción ínfima de expertos quienes, para colmo de las ironías, fueron quienes encriptaron dicha realidad en primer lugar. Lo que quiere decir que esta inmensa minoría, una élite de expertos, ha cooptado la política como orden de lo conflictivo y creatividad del común. El punto radical es que la encriptación es la fuerza centrípeta que une el poder y el conocimiento, el Estado y el capital, y la política y la economía como unidades impenetrables, donde la clave de todo reside en un simple hecho: que la democracia nunca puede ser. Es esta la condición de supervivencia del capital y todos los horrores a él asociado. Es en este punto donde nos encontramos con una prueba concluyente, las constituciones modernas son la negación absoluta de la democracia; su naturaleza está construida bajo una única premisa, garantizar la simbiosis entre el capital y el Estado como un orden indestructible y necesario cuya antítesis es la democracia.

Por ello la encriptación del poder va más allá del simple enmarañamiento u obscurecimiento deliberado del lenguaje, lo cual podría ser resuelto mediante la simple aplicación de métodos tradicionales de interpretación que aclaren lo oscuro, tornen nítido lo opaco y unifiquen la polisemia, el problema es más profundo, el enigma es netamente político. La encriptación no señala la atrofia o la obscenidad de un sistema que simplemente podría ser sintonizado por mejores métodos, y enderezado mediante mejores programas o voluntades más fuertes y decididas. Todo lo contrario, lo que

La disputa del derecho.indb 158 28/11/18 10:52

la encriptación garantiza es la suave e imperturbable perfección del sistema pero, sobre todo, garantiza la destrucción de la democracia bajo su propio nombre, con todos los horrores involucrados en el término: colonización, hambrunas, guerras, racismo; en pocas palabras garantiza el "Imperio del capital".[8] Permítaseme ser absolutamente claro en este punto, el capitalismo y sus horrores dependen en la encriptación del poder, dependen en la neutralización absoluta de la democracia donde lo único que sobrevive es una democracia nominal y completamente alejada de su definición ontológica. Resulta claro, entonces, que a lo que estamos apuntando es completamente diferente, desencriptar no es simplemente interpretar, no es una función del lenguaje, sino el lente que produce la aberración del sistema y mediante ello crea la posibilidad del cambio, del surgimiento de lo nuevo. Cuando desencriptamos revelamos el simple hecho que todo sistema de representación está constituido bajo la premisa de la exclusión y la reservación del uso del lenguaje a unos cuantos. De manera que desencriptar la constitución significa revertir la exclusión (de comunes, de pueblos, de formas de vida) como forma primordial de dominación y rehabilitar la democracia como el único espacio concebible de lo político y como único orden de la verdad.

En este preciso sentido no podemos considerar la desencriptación como una variable de la deconstrucción tal como fuera articulado por Jaques Derrida, aun cuando existe una proximidad metodológica con ella, la encriptación excede tanto sus métodos como su finalidad. Resulta fundamental diferenciar la desencriptación de la deconstrucción derrideana. La deconstrucción es un análisis semiótico del texto cuya intención es trastornar las definiciones binarias de la metafísica occidental.[9] De manera que su técnica interna no mantiene ninguna asociación necesaria con una construcción ética o política, y ello implica que la deconstrucción tiene que presuponer una idea transcendente de justicia para conectar sus presuposiciones con la política. Por lo contrario, lo político y la idea de justicia son inmanentes, son la esencia misma de la desencriptación, pues

[8] "Imperio del capital" es un término acuñado por la teórica Ellen Meiksins Wood que se contrapone al más blando término de Hardt y Negri: "Imperio". Ver: Meiksins-Wood, Ellen, *El imperio del capital*, Barcelona, El Viejo Topo, 2004.

[9] Derrida, Jacques, *La escritura y la diferencia.* Barcelona, Anthropos, 1989; y Derrida, Jacques, *Spectres of Marx*, Londres, Routledge, 1994.

La disputa del derecho.indb 159 28/11/18 10:52

lo que la desencriptación pretende como máxima política es la inversión de la exclusión como manifestación del poder como dominación. Adicionalmente, podemos pensar que la desencriptación trata de manera directa con el concepto de "ideología", lo cual es cierto, sin embargo, eleva la ideología a nuevos alcances y significaciones. De manera que la desencriptación lejos de ser un nuevo método de interpretación añadido a los demás u otra teoría analítica del lenguaje es, ante todo, una teoría de la justicia inmanente a la democracia. Mediante la desencriptación no sólo perforamos las espesas constelaciones de la alianza Estado-capital para encontrar el "tesoro perdido" de la realidad, o para desenterrar los que ha sido misteriosamente sepultado, o para transgredir, como en el caso de la deconstrucción, un sistema semiótico binario, más bien tenemos que ver el acto de desencriptar como un acto original de liberación. La desencriptación es el acto que pone en marcha el advenimiento de la democracia; en pocas palabras, la desencriptación es a la democracia lo que el aire es al sonido.

La desencriptación del poder, como categoría de análisis, pero también como instrumento de liberación de la democracia, puede revelar en diferentes estratos e instancias, la farsa del liberalismo político. Cuando el liberalismo se abroga el lugar de la fundación legítima de la democracia, realmente, esconde en el mismo acto la auténtica dimensión de su poder en una escala global, como poder extractivo y de exclusión.

La encriptación del poder supone una interacción de variados esquemas de control sobre el poder. Ahora bien, de todas las posibilidades que se nos ofrecen veamos sólo una, la encriptación de lo económico. La hegemonía de la economía en el orden del poder global atestigua dicho evento. No se trata simplemente de que los centros de decisión estén clausurados a las grandes mayorías, el problema es aún más denso, dichos centros toman decisiones netamente ideológicas (favoreciendo particulares: una industria, un Estado, un individuo) enmascaradas como decisiones netamente científicas, es decir, como si fuesen el resultado de una operación racional que extrae verdades absolutas de una naturaleza humana transparente y plenamente cognoscible. Lo que la economía ofrece como centro de encriptación es entonces un progresivo enmarañamiento de los lenguajes comunes y su elevación directa al estatus de ciencia. Así la economía produce una barrera prohibitiva de su disciplina, donde, una vez encriptadas, sus fórmulas aparecen con la fuerza inoponible de verdades científicas. Aquí, la

La disputa del derecho.indb 160 28/11/18 10:52

encriptación opera en dos niveles concurrentes, primero las realidades de las relaciones humanas son capturadas por expertos que a partir de modelos matemáticos y mediante una amplia red de sistemas de comunicación las convierten en paquetes normativos que son devueltas a la esfera de los social y lo político para determinar dichas esferas, de manera que lo económico (como una ciencia inventada) logre prescribir las relaciones sociales y políticas primero como económicas, es decir basadas, por ejemplo, en las leyes del precio y el intercambio en vez de la solidaridad y lo común, que a su turno son proscriptas como no-científicas. Este primer ejemplo demuestra que el "mercado libre" y su "mano invisible" requieren de un lenguaje "Alfa" que sobre-determine y controle los lenguajes que supedita. Así, cualquier producción de significado que pretenda tener su punto de partida en lo social y lo político tiene que acudir primero a lo económico como fuente primera de convalidación de sus formas y estructuras que define los límites de lo que puede entrar al comercio del lenguaje. El segundo nivel es incluso más terrorífico. El mercado "libre" en el capitalismo posfordista[10] es básicamente un juego de casino, cuyo eje son "los futuros"[11] de manera que la economía es una apuesta completamente infundada en el futuro. Mientras escribo estas líneas, expertos en Wall Street y en "The city" en Londres (y en Sao Paulo, Tokio, Mumbay, la Ciudad de México, etc.) fabrican proyecciones y cálculos para atrapar el futuro en predicciones de básicamente todo lo que pueda o no acontecer, de manera que hay fortunas inmensas que se amasan porque alguien apostó que la cosecha de todo un país fracasará debido al calentamiento global. En otras palabras, que todo un país sucumba a la hambruna es simplemente un efecto colateral de un justificado y laudable esfuerzo de los titanes del capital por acrecentar las tasas de crecimiento de la economía global que operan de acuerdo a las inefables leyes económicas. La pregunta inmediata es, ¿y dónde queda el derecho? Lo que intento demostrar en mi más reciente libro[12] es precisamente que dicha operación no se opone al derecho como una barrera que haya que franquear, sino todo lo contrario, dicha operación encuentra su

[10] Hardt, Michael y Antonio Negri, *Commonwealth*, Cambridge, Harvard Press, 2009.

[11] Harvey, David, *The enigma of capital and the crisis of capitalism*, Londres, Profile Books, 2011.

[12] Sanín-Restrepo, Ricardo. *Decolonizing democracy: power in a solid state*, *op. cit.*

La disputa del derecho.indb 161 28/11/18 10:52

punto de máxima concentración en la encriptación que es fabricada por el derecho. El punto es este, el capitalismo, tal como lo reconoció Marx hace un siglo y medio,[13] logra la perfecta división entre los poderes económicos y los extra-económicos. Esto no es nada nuevo, lo que el libro se empeña en aclarar es que el derecho obra como una especie de esclusa entre la regulación del derecho y la desregulación del mercado. Así, de un lado tenemos una relación con el derecho donde todos estamos incluidos, una zona de captación del derecho atiborrada de derechos, garantías, protecciones, que desaparecen al ritmo de las necesidades del mercado. De manera que cuando una persona, una comunidad o un ecosistema son un obstáculo para el capital, el derecho se encarga de expulsarlos del derecho hacia el mercado donde ya no queda vestigio de protecciones, garantías o derechos, sino la absoluta capacidad del mercado de crear amplias zonas de intervención incondicional de las leyes económicas.

La tesis central de la encriptación del poder es que las constituciones modernas son la negación directa, a partir de la encriptación de la realidad y todos los códigos simbólicos con la cual la identificamos, del "ser en común" de la democracia. De manera que desencriptar, está directamente relacionado con la democratización de zonas prohibidas por la alianza Estado-capital. Desencriptar el poder es reversar la agenda liberal y su monumental máquina de privatización de los comunes que acarrea la despolitización del conflicto como su característica matriz. De manera que, a la pregunta, (hecha por muchos académicos progresivos hoy en día), ¿cuál es un derecho útil al capitalismo? La respuesta es *todo el derecho es útil al capitalismo, mientras no sea desencriptado*. Desencriptar significa básicamente politizar la situación que sólo se logra haciendo una primera pregunta, la pregunta fundamental de la desencriptación: Para que el derecho funcione como elemento constitutivo del capitalismo, ¿qué (comunes) y quién (pueblo) debe ser excluido de su estructura? Ésta es la razón por la cual la desencriptación no significa únicamente una herramienta crítica o semiótica, sino una teoría de la justicia que comienza haciendo la pregunta política fundamental: ¿quién puede comunicar?

[13] Marx, Karl, *Grundrisse*, Londres, Penguin Books, 2015.

La disputa del derecho.indb 162 28/11/18 10:52

Pregunta 4

Aun cuando este artículo, por su composición y objetivos próximos no puede dar cuenta de toda la teoría sobre la democracia elaborada en mis más recientes libros,[14] pues es ese precisamente el objetivo central de la obra, sí podemos elaborar un marco de referencia acerca de la democracia radical. En este sentido, la democracia no puede ser pensada "únicamente" como institución, como un sistema de mayorías, o como un sistema de gobierno. Pensar la democracia de esta forma es pensarla desde atributos secundarios que han sido inflados por el liberalismo y que posan como la construcción de su naturaleza.

Una de las reacciones comunes a mi propuesta de hallar la "verdad" de la democracia o de establecer el sujeto auténtico de la política, es tacharla inmediatamente de "esencialista" y de allí derivar la conclusión que la teoría cae nuevamente en posiciones metafísicas que apuntalan un origen único, semi- divino, oculto de lo político. Que con ello estoy imponiendo una visión particular de la democracia como verdad única, cuando la democracia implica precisamente pluralidad, exceso, imposibilidad de atarla a un solo origen.

Aquí hay que distinguir entre dos propuestas que se hacen en los libros. Primero, se trata de establecer qué es la democracia como forma de lo político, es decir como posibilidad del poder y segundo, a través de la construcción del "pueblo oculto" se intenta reconocer una subjetividad política y una agencia que define la democracia en su "ser" es decir una ontología de la democracia que reconoce una verdad insoslayable de lo político. Donde lo político sólo es posible dentro de la democracia y que por lo tanto toda negación de la democracia es una negación directa de lo político. En otras palabras, sólo si entendemos lo político como producto necesario de la democracia entenderemos que el "ser", cualquier "ser", y todos los "seres", sólo pueden existir y desplegar su existencia dentro de la democracia. Ello nos lleva a definir lo político como el orden del conflicto. Vamos por partes.

La diferencia radical y determinante entre la democracia y cualquier otro sistema de designación del poder es que en la democracia el sujeto

[14] Sanín-Restrepo, Ricardo, *Teoría crítica constitucional...*; y Sanín-Restrepo, Ricardo. *Decolonizing democracy: power in a solid state*, *op. cit.*

La disputa del derecho.indb 163 28/11/18 10:52

está marcado por una división trascendental y única. El presupuesto de la democracia es que el sujeto político es tanto gobernante como gobernado, es tanto objeto como sujeto del poder. En este preciso sentido no existe sujeto previo a la política, la política, como antagonismo, como afectación de fuerzas e interacción de multiplicidades es el lugar donde se crea el sujeto. Es la relación política interna entre sujetos el momento de inicio de la política.[15] Exclusivamente en la democracia, gobernar (*archein*) y ser gobernado (*archestai*) recaen sobre el mismo sujeto. Es la interjección entre estos dos términos contradictorios lo que da forma y substancia al sujeto, la democracia desaparece en un soplo cuando esta relación es desechada y el *archein* es sustituido por una entidad teórica como el Estado de derecho, los derechos humanos, la economía etcétera. Es decir, cuando la democracia es definida por un atributo accidental su posibilidad de generar lo político como orden del ser desaparece, la encriptación del poder es precisamente la eliminación del lenguaje político del léxico del común.

Así, pensemos en ejemplos de "formas" de poder; mientras que, en la oligarquía, la aristocracia o el absolutismo los sujetos políticos se definen desde el lugar de enunciación de quien gobierna, la subjetividad en la democracia está atrapada en esta relación múltiple y compleja. La democracia es precisamente la ruptura de la lógica de la enunciación de arriba abajo o jerárquica. *Demos-arche* es la paradoja de la conjunción no presente en *oligo-archia*.

Mientras que, en los primeros tipos de distribución del poder político, quien gobierna define la posición y situación de los sujetos gobernados, en la democracia, como lo explica el filósofo francés Jacques Ranciere, el sujeto se define a sí mismo a partir de su lugar central en la actividad política. La democracia no sólo es el rompimiento de la lógica de separación absoluta entre gobernante y gobernado, sino que es la ruptura de la idea según la cual todo tipo de distribución de poder significa un modelo preexistente metafísico y trascendente; en otras palabras: que existe una disposición previa o requerimiento para poder gobernar.

La democracia es precisamente la anulación de las condiciones para gobernar; es el gobierno de aquellos que carecen de cualidades o disposiciones para gobernar. Lo propuesto por la ortodoxia liberal es precisamente

[15] Ranciere, Jacques, *Ten theses on politics*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 2001.

La disputa del derecho.indb 164 28/11/18 10:52

el regreso de las condiciones. El *populus*, el vulgo, no puede gobernar; necesitamos unos amos, sabios que nos digan desde su infalibilidad ilustrada cómo ser, cómo actuar y quienes somos.

Mientras que las otras formas de distribución del poder político dependen para su existencia en cómo llenar el lugar vacío de las cualificaciones "de los sabios sobre los ignorantes, de los ricos sobre los pobres, de los poderosos sobre los débiles" respondiendo todas ellas según la tradición platónica a una distribución natural de las diferencias –que ya vienen establecidas por un marco universal y necesario. La democracia perfora dicha lógica, pues implica la especie faltante de cualificaciones para gobernar. El sujeto político esencial es precisamente el que carece de cualidades para el *archein*.[16] ¿Existe el conflicto como el orden instituyente de una aristocracia? Por supuesto que no, ya el conflicto instituyente fue definido a favor de los sabios, es natural, según esta fórmula, que los sabios gobiernen a los ignorantes. Por lo tanto, el conflicto está ausente como fórmula instituyente del poder. Precisamente la ausencia de dicha definición es lo que instituye el conflicto como el orden de lo político, con lo cual podemos concluir que allí donde no hay conflicto no hay política y por lo tanto la democracia es imposible.

El pueblo es precisamente esa parte, el faltante de las cualificaciones naturales, y por tanto sólo la democracia puede entenderse como política, pues mientras en la oligarquía o en la aristocracia el antagonismo ya fue definido por características naturales y lo que sigue es simplemente la adecuación natural del modelo a la realidad, la democracia es el lugar mismo donde el antagonismo no se ha resuelto, es una acción excepcional y constitutiva del sujeto.

Pero es precisamente esa falta de cualificación la que se convierte en el único requisito para ejercer la democracia y constituir entonces la categoría de pueblo. El pueblo no es una categoría definida formal y previamente, y menos una categoría sujeta a la definición de poderes constituidos por él mismo. Se trata de una idea que proviene de su propia acción. Los excluidos de la economía formal, los marginados, son el pueblo.

Lo común a la democracia es, por tanto, que no hay otra construcción de la comunidad que no parta del requisito de no estar calificado para

[16] Ranciere, Jacques, *Ten theses on politics*, *op. cit.*, 2001.

La disputa del derecho.indb 165 28/11/18 10:52

gobernar según las fórmulas naturales de fuerza, sabiduría o riqueza. La democracia revierte la lógica del *arche* como categoría que antecede la política como fórmula de organización social. La mayoría, como veremos en el siguiente punto, siempre es la totalidad menos uno, ese menos uno es la grieta, el vacío, el excedente que divide a la comunidad de la suma de las partes sociales.

Es aquí donde es revelador introducir la diferencia hecha, entre otros por Chantal Mouffe[17] o Alain Badiou[18] entre *La política* y *Lo político*, o la creada por Jacques Ranciere en *Entre la Política y la Policía*.[19]

La política es el orden institucionalizado donde transcurre la negociación entre los incluidos institucionalmente, según claves procesales precisas del lenguaje político ancladas a las reglas del derecho. En palabras de Costas Douzinas, "La política organiza las prácticas e instituciones mediante las cuales el orden es creado"[20] que pretende neutralizar el conflicto y el antagonismo y llevarlo a la solución instantánea de los procesos institucionales; mientras que lo político es el espacio donde el antagonismo y el conflicto crean los sentidos sociales.

La política garantiza la armonía de lo establecido institucionalmente y se refiere a las reglas de juego que permiten distribuir beneficios, recompensas y posiciones dentro de un acuerdo social ya establecido. La política se despliega entonces desde las normas constitucionales escritas (la conformación de quórums deliberativos en el legislativo) hasta normas implícitas a dicho balance del poder (cuotas de partidos dentro de la administración pública). Según la política, lo fundamental es el mantenimiento del orden dado y la defensa controlada de los discursos que satisfagan un estándar establecido por el *statu quo*. Se trata de regular el conflicto dentro de una zona de demarcación jurídica que lo reduzca a reclamaciones institucionalmente ordenadas. Del otro lado, lo político, por el contrario, es el conflicto en su forma más primigenia, es el exceso o residuo que las sociedades institucionalmente articuladas no pueden contener.

[17] Mouffe, Chantal, *Agonistics, thinking the world politically*, Londres, Verso, 2013, p. 110.

[18] Badiou, Alain, *Infinite Thought, Truth and the return to Philosophy*, Londres, Continuum, 2003, p. 232.

[19] Ranciere, Jacques, *Odio a la democracia*, Buenos Aires, Nómadas, 2006, p. 122.

[20] Douzinas, Costas, *Philosophy and resistance in the crisis*, Cambridge, Polity, 2013, p. 110.

La disputa del derecho.indb 166 28/11/18 10:52

Lo político se expresa como retorno de lo reprimido, de todo aquello que quedó por fuera de la zona de demarcación institucional, cuando el invisible hace visible su herida, cuando reclama su inclusión dentro de lo establecido, cuando reta de frente el orden como excluyente. Lo político antecede al lenguaje jurídico, pues es en *lo político* donde se genera todo lenguaje. La política es la adecuación del lenguaje a las formas que el mismo lenguaje creó.

La política es la acomodación o asignación dentro de grupos de interés bien definidos en la institucionalidad, es una división de lo sensible cuyo presupuesto es la homogeneidad de los sujetos participantes y la ausencia de vacíos que determina quién está incluido y cómo está incluido. La fuerza de *lo político* consiste en transformar esta lógica visibilizando o haciendo sensible esa parte de ninguna parte. Lo político es una intervención decidida y transgresora sobre la armonía que sostiene el aparato de creencias y acciones del orden establecido.

El fundamento de la democracia es entonces el disenso y no el consenso. Los consensos son prefabricados "el disenso no es la confrontación entre intereses y opiniones, sino la manifestación de la distancia que existe entre lo sensible y su enunciación".[21] Lo político hace colisionar los mundos, el mundo ordenado de los procesos políticos con los objetos o sujetos arcaicos y aplastados de los regímenes políticos. En últimas, la democracia se trata de un discurso pronunciado desde un lugar donde no se pueden pronunciar los discursos, por un sujeto que no se supone que deba pronunciarse.

Pregunta 5

En la modernidad, el concepto de pueblo no es simplemente otra categoría montada a una estructura uniforme y que comparte sus atributos con otra serie de elementos dentro de un conjunto homogéneo que forma así una unidad de sentidos. Desde Hobbes, pero especialmente con la inauguración del fenómeno constitucional liberal, cuando invocamos el pueblo llamamos a la materialización nada menos que al origen y la fuente insustituible de legitimidad de toda la modernidad liberal. No obstante, y es este el lugar del gran simulacro de la democracia, la modernidad como

[21] Ranciere, Jacques, *Ten theses on politics*, *op. cit.*, p. 15.

La disputa del derecho.indb 167 28/11/18 10:52

idea, como fuerza de cohesión y organización histórica, cultural, política y económica, sólo puede funcionar bajo la condición inexorable de la eliminación o neutralización del pueblo. Es más, la condición de existencia del Estado y del derecho moderno (y de la ingeniosa pero falsa versión del Estado democrático del derecho) es precisamente que el pueblo quede por fuera de sus construcciones, que todo se haga a su nombre, sin que él esté jamás presente. El colofón es que la validez del derecho moderno dependa enteramente de la encriptación más severa de los presupuestos de su legitimidad popular.

¿Cómo es posible tal paradoja? ¿Cómo es posible que algo sea el soporte de legitimidad de una estructura, pero esa estructura funcione a condición de la anulación real de su legitimidad? Estamos pisando la tierra de la encriptación de la democracia.

La palabra pueblo pronunciada en las constituciones modernas inaugura la captura del lugar de la libertad, es el hecho mismo de la modernidad y la supresión legal del ser singular plural. Siguiendo a Giorgio Agamben[22] el concepto "pueblo" en la modernidad occidental puede significar una de dos cosas, o bien la totalidad del cuerpo político, es decir el sujeto político constitutivo, la integración absoluta de ciudadanos libres y soberanos, el "todos" a nombre de quien obra el derecho, los derechos humanos y el Estado; o bien los marginados y condenados, la "nuda vida" el "homo sacer", los que están *de facto* y *de iure* excluidos del ejercicio de la política y del derecho. Que en su primera acepción se trate de una totalidad imposible, incompleta, lo prueba el mero hecho de existencia de la segunda acepción. Sin embargo, no se trata de una contradicción lógica menor y superable instalada en las márgenes de la democracia, se trata de la morfología misma de la política moderna, la matriz que posibilita la modernidad/colonialidad tal como la conocemos. Por ello estas dos acepciones son implicaciones y dependencias mutuas, la "totalidad" de la primera acepción requiere mantenerse como totalidad fallida, como una forma inconclusa que nunca alcanza su forma definitiva y afirma su identidad sólo a partir del reconocimiento que existe una zona externa a ella, que la define. En términos latos, la totalidad del pueblo de la primera acepción depende de un exceso que

[22] Agamben, Giorgio, *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*, Stanford, Stanford University Press, 1998, p. 221.

La disputa del derecho.indb 168 28/11/18 10:52

está por fuera de ella, un excremento que no está incluido en esa totalidad y por tanto la hace a la vez imposible como totalidad, pero operativa como criterio de separación. Sabiendo siempre que, a la vez eso que la hace imposible, es su presupuesto de existencia. Sin ese faltante, sin esa excrecencia, el pueblo como "totalidad del cuerpo político" no podría llamarse tal, sin ese afuera abandonado, que se requiere para afirmar el adentro completo, el Estado y el derecho y todas sus manifestaciones, pero básicamente la violencia que preserva el derecho[23] carecerían de sentido.

Estamos parados ante la paradoja constitutiva de la legitimidad del constitucionalismo liberal. De un lado tenemos una zona rígida de la realidad jurídica que se manifiesta en conceptos arquetípicos tales como la "totalidad" del pueblo como constituyente (Nosotros el pueblo), o la "totalidad" del modelo de los derechos humanos (todos y todas) que anuncia una universalidad abrasiva del todo de la realidad. De otro lado tenemos el exceso necesario para que esa totalidad funcione correctamente, es decir la totalidad menos uno, la totalidad menos lo que excluye como necesidad básica para que la totalidad se mantenga inmaculada. La operación es sencilla: dado que el modelo que encarnaría fielmente esa totalidad es una falacia, en la medida en que la universalidad del modelo no es otra cosa que su sustitución por parte de una copia, se requiere un excedente ante el cual se estructura el modelo. Así como en el origen de la modernidad/ colonialidad no existía un modelo abstracto y puro del hombre blanco civilizado, éste sólo puede inventarse a partir de la diferencia absoluta que es entonces expulsada del modelo. De manera que el hombre blanco sólo existe como modelo cuando fija la diferencia absoluta y contradictoria en el negro y en el indígena como negación del modelo. Pero como sabemos ya muy bien, se trata de un acto puro de imposición, un acto puro de violencia.

Si bien el capitalismo ha refinado sus métodos de expansión y control, y el liberalismo es una ideología persuasiva y casi hermética, el simulacro sigue operando bajo el mismo método. La totalidad universal del pueblo del liberalismo depende de una exclusión constitutiva, requiere de un excremento innombrable.

[23] Benjamin, Walter, "Para una crítica de la violencia". En *Crítica de la violencia*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2010.

La disputa del derecho.indb 169 28/11/18 10:52

Ahora bien, la lógica perversa del pueblo como totalidad, y el pueblo como exclusión, que es el sentido literal que le doy al "pueblo oculto", opera en dos sentidos diversos pero proporcionales, que son los componentes duros del simulacro. Primero, el capitalismo necesita que el derecho expulse permanentemente a seres, bienes comunes y territorios hacía la "tierra de nadie" de las leyes del mercado, para que el capital, sin ninguna interferencia, pueda desposeerlos. Es así como el pueblo oculto se convierte en la regla de la acumulación por desposesión.[24] No obstante, no se trata sólo de expropiación económica, sino expropiación del conocimiento, de la cultura, del género como base de la creación del simulacro de la legalidad. Segundo, el pueblo como totalidad, es la tierra prometida de libertad e igualdad y por lo tanto es la ley del deseo que opera como el corazón de la ideología. Veamos de cerca estas dos lógicas.

El capitalismo, como fuerza de la unidad y la identidad, requiere construir un suplemento ideológico de la diferencia, es decir, requiere programar un esquema jurídico que sirva como teatro de escenificación de la diferencia, donde la diferencia sea eliminada, a nombre de la diferencia misma. Las atrocidades del capital, y del Estado y del derecho como sus mercenarios, serían una realidad intolerable si no mediase un simulacro que aplaque su horror y lo interiorice. La intrusión de lo Real del capitalismo y su destrucción necesitan de un mediador ideológico que legalice su brutalidad y que trasmita a un ámbito de legitimidad democrática su verdadera dimensión destructiva, ningún soldado asesina sólo a nombre de un país como contenido vacío, asesina para resguardar los valores de libertad universal como forma de vida de ese país por el cual asesina. Así, se requiere simular la democracia para legitimar sus horrores. Sin el simulacro del consenso, de la participación, de las libertades políticas, sin una sociedad del espectáculo democrático, el capitalismo se presentaría en toda su monstruosidad y sería, de plano, insoportable. El simulacro de la democracia es entonces la interfaz entre el capitalismo y su ánima destructiva, lo que legitima sus acciones en un "todos" que es apropiado como función parlante del capitalismo, es la ideología en los precisos términos definidos por Costas Douzinas, "la ideología no es una falsa conciencia, sino la forma

[24] Harvey, David, *The enigma of capital and the crisis of capitalism*, *op. cit.*, pp. 48-49.

La disputa del derecho.indb 170 28/11/18 10:52

imaginaria mediante la cual experimentamos las verdaderas condiciones de nuestra existencia, la unidad de las ficciones que crean nuestra realidad".[25]

Pero, además, la totalidad fallida del pueblo de las democracias liberales opera en una realidad más consistente y terrorífica.

> El liberalismo logra la unión entre la economía-política y el derecho para garantizar la original contribución de occidente de separar el poder económico del extra-económico y como consecuencia dividir la vida social en una esfera de protección y garantías con alguna operatividad de principios liberales como la legalidad, el Estado de derecho y el debido proceso y otra esfera donde el derecho se evapora progresivamente sometiendo tanto a individuos, como a relaciones políticas y sociales a las leyes de hierro del mercado que operan con la lógica del constreñimiento. El derecho nacional e internacional despliegan así unas formas versátiles de intensa regulación o intensa desregulación. El derecho aparece y desaparece según los imperativos del mercado que depende entonces de decisiones políticas que se traducen en leyes con total fuerza coercitiva o en la creación de inmensas zonas donde el derecho mismo cesa su validez a favor de las leyes del mercado.[26]

En otras palabras, el capitalismo como máquina insaciable de acumulación depende de inmensas zonas de desregulación jurídica, donde pueda desposeer libremente, donde pueda apropiarse del trabajo y convertirlo en ganancia. Pues bien, las víctimas directas de tal desposesión no pueden pertenecer a la "totalidad" de ese pueblo de los derechos y las constituciones y por lo contrario deben permanecer en un permanente "estado de excepción", en un umbral por fuera de la protección del derecho y sometidas a una relación directa con la muerte. Es éste el pueblo oculto, el excremento de las democracias liberales.

Estado de derecho, validez, mercado, legalidad, derechos humanos, desarrollo económico, misiones humanitarias, guerras preventivas, intervenciones sobre el espacio público y Estado nación existen no como

[25] Douzinas, Costas, *Philosophy and resistance in the crisis*, *op. cit.*, p. 93.

[26] Méndez-Hincapíe, Gabriel y Ricardo Sanín-Restrepo, "La constitución encriptada: Nuevas formas de emancipación del poder global", *Redhes, Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, año IV, núm. 8, diciembre, 2012, p. 102.

La disputa del derecho.indb 171 28/11/18 10:52

abstracciones, sino como presencias reales en el mundo moderno ancladas todas a un origen y una teleología particular, la democracia. Sin ella, serían términos carentes de valor político y normativo. Sin embargo, cuando retraemos los eslabones de esa cadena histórica particular entendemos que la democracia a la que se refiere es una democracia vacía, o bien se refiere a una totalidad imposible o a su faltante, que de hecho y de derecho está por fuera de la norma. Así el sujeto axiomático de la democracia ha sido eliminado y no existe más que en un ente nominal bajo cuyo nombre se construyó y se sigue construyendo ese universo particular. El pueblo soberano, el pueblo como constituyente es el origen falaz de la modernidad occidental.

No obstante, el pueblo como totalidad y el pueblo oculto nos son conjuntos demográficos o normativos fijos y estables, no son entidades corporales definidas por atributos orgánicos propios. No se trata de un "nosotros" y "ellos" permanente, incluso no se trata de muros y barreras que separen las dos geografías, el "Sur global" está en todas partes, todo depende de las dinámicas íntimas del capitalismo. El pueblo como totalidad es una mera hipótesis, una esclusa que se abre y se cierra al ritmo de las necesidades del capital. Como han aprendido a sangre y fuego los pueblos de España y Grecia, las esclusas del derecho pueden expulsar incluso al ser más afianzado en el "Estado social de derecho" en el momento en que se haga irrelevante para el mercado o su misma existencia se convierta en problemática para el sistema. No existe ninguna garantía de permanencia en el sistema del pueblo como totalidad más allá de ser un reproductor ideológico y económico de la unidad e identidad del capitalismo.

El pueblo oculto es precisamente el exceso no representable de las democracias liberales; es a la vez lo que escapa a su contabilidad, pues simboliza lo que tiene que estar más allá de lo representable, y lo que tiene que estar falsamente incluido para darle consistencia a la fantasía de la totalidad. El pueblo oculto es la escoria humana, el enemigo íntimo, que por definición es abandonado por cualquier sistema de representación, pero precisamente en el abandono, en su exclusión necesaria pero paradójica, se convierte en el "medio de representación universal". Como lo explica Zizek,[27] bien sea que hablemos del Estado, del derecho internacional o los derechos humanos como agentes del capitalismo, todos requieren elevarse a una altura

[27] Zizek, Slavoj, *The year of dreaming dangerously*, Londres, Verso, 2012, p. 23.

La disputa del derecho.indb 172 28/11/18 10:52

que esté por encima de las clases para no parecer que actúan a nombre de una sola, por ello simbólicamente entran a representar la clase que no está constituida, que no está representada, es decir actúan a nombre del pueblo oculto, pues allí está el común denominador de las clases, precisamente en la medida en que es el exceso irrepresentable de la totalidad.

Estamos parados en el centro del laberinto de la política moderna, el pueblo oculto es a la vez la exclusión del sistema y su simbolización. Lo que simboliza y da el sentido de totalidad e integridad al sistema es a la vez el elemento que tiene que permanecer en las márgenes del sistema, en el estado permanente de excepción. El pueblo oculto es la grieta en el falso orden de completitud, lo que define la completitud precisamente desde un afuera paradójico. El pueblo oculto es la ausencia vital de la democracia, es entonces el universal concreto donde la *in-completitud* misma es el orden del orden, es su forma real. El orden sólo puede ser completo a condición de excluir de sí mismo lo que lo haría un orden total, su falsa totalidad está entonces en su ausencia.

El pueblo como totalidad es el simulacro de la completitud. La democracia liberal como simulacro depende, como su signo distintivo, de una exclusión fundamental que define sus fronteras, para que exista la falsa totalidad del ciudadano de los derechos humanos debe expulsar su diferencia interna: el pueblo oculto, los excluidos, desplazados, campesinos, etcétera. Pero la paradoja radica en que este pueblo oculto es a la vez el elemento creador de la falsa totalidad, es por lo tanto la ausencia radical de la democracia.

Bibliografía

Agamben, Giorgio. 1998. *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life.* Stanford, Stanford University Press.

Benjamin, Walter. 2010. "Para una crítica de la violencia". En *Crítica de la violencia.* Madrid, Biblioteca Nueva.

Badiou, Alain. 2003. *Infinite Thought: Truth and the return to Philosophy.* Londres, Continuum.

Derrida, Jacques. 1989. *La escritura y la diferencia.* Barcelona, Anthropos.

_____. 1994. *Spectres of Marx.* Londres, Routledge.

La disputa del derecho.indb 173 28/11/18 10:52

Dreyfus, Hubert L y Rabinow Paul. 1982. *Michel Foucault: Beyond Structuralism and Hermeneutics.* Chicago, The University of Chicago Press.

Douzinas, Costas. 2013. *Philosophy and resistance in the crisis.* Cambridge, Polity.

Foucault, Michel. 1997. *Society must be defended.* Nueva York, Picador.

Hardt, Michael y Antonio Negri. 2009. *Commonwealth.* Cambridge, Harvard Press.

Harvey, David. 2011. *The enigma of capital and the crisis of capitalism.* Londres, Profile Books.

Marx, Karl. 2015 (1857). *Grundrisse*, Londres, Penguin Books.

Meiksins-Wood, Ellen. 2004. *El imperio del capital*, Barcelona, El Viejo Topo.

Méndez-Hincapié, Gabriel y Ricardo Sanín-Restrepo. 2012. "La constitución encriptada: Nuevas formas de emancipación del poder global", *Redhes, Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, año IV, núm. 8, diciembre.

Mouffe, Chantal. 2013. *Agonistics, thinking the world politically.* Londres, Verso.

Ranciere, Jacques. 2001. *Ten theses on politics.* Baltimore, Johns Hopkins University Press.

_____. 2006. *Odio a la democracia*, Buenos Aires, Nómadas.

Sanín-Restrepo, Ricardo. 2014. *Teoría crítica constitucional: La democracia a la enésima potencia.* Valencia, Tirant lo Blanch.

_____. 2016. *Decolonizing democracy: power in a solid state.* Londres, Rowman and Littlefield.

Zizek, Slavoj. 2012. *The year of dreaming dangerously*, Londres, Verso.

La disputa del derecho.indb 174 28/11/18 10:52

II

Los derechos humanos frente a la globalización neoliberal

Por una recuperación de las dimensiones instituyentes de democracia y de derechos humanos

David Sánchez Rubio*

Introducción

En este artículo vamos a intentar discurrir y reflexionar un poco sobre la idea de democracia y de derechos humanos que manejamos en lo cotidiano y que forma parte de la cultura popular difundida por los medios de comunicación y por las instancias políticas tradicionales de representación (partidos políticos, sindicatos, poderes legislativo y ejecutivo, organismos internacionales, etc.), principalmente tanto en realidades europeas, como latinoamericanas y estadounidenses. Vivimos un contexto a nivel global en el que estamos experimentando una serie de procesos no expresados solo con la pérdida de las libertades como consecuencia del terrorismo internacional y las políticas de respuesta al mismo, sino más bien vinculados con tres tipos de tendencias: 1) una marcada por procesos más descarados de des-democratización de la democracia, entendida como poder real del pueblo y para el pueblo. 2) Otra concretizada en procesos de desconstitucionalización y descaracterización del constitucionalismo social

* Profesor Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de Sevilla.

La disputa del derecho.indb 177 28/11/18 10:52

y de los derechos fundamentales allí donde se lograron determinadas conquistas de los estados sociales y constitucionales de derecho, como consecuencia de la centralización sustitutoria y la hegemonía del constitucionalismo de los negocios y del mercado. 3) Así como otra tendencia más general de mercantilización de todas las parcelas de la vida y de una nueva subjetividad contable y una racionalidad a escala mundial con la que se está generalizando la competencia como norma de conducta y de la empresa como modelos de subjetivación;[1] y que en materia de derechos humanos se manifiesta con la pérdida, en todos ellos, del referente inspirador de la dignidad humana entendida no como una esencia axiológica, sino como un marco o un horizonte de apertura y de disfrute de espacios de reconocimientos de posibilidades de existencia y de calidades vitales, junto con el medio ambiente y la naturaleza en general. Derechos humanos se deshacen en la esfera económica financiera, del trabajo y la producción al pasar a ser o descartes o valores serviciales de cambio a favor de la competitividad, la subjetividad depredadora y egoísta empresarial y la propiedad privada codiciosa de avariciosos.

Para ello vamos a partir de dos hipótesis de trabajo, ambas relacionadas con la explicitación del vaciamiento que históricamente han tenido tanto los conceptos de democracia y de derechos humanos dentro de la tradición cultural que se dice es la más representativa y emblemática de ambos: la cultura occidental con su diversidad y pluralidad. Ambos conceptos se falsifican al pasar a ser dos ejemplos del control y la limitación que se ha hecho y se hace del poder popular y ciudadano en todas las esferas de lo social por parte de distintas elites y de diferentes grupos de poder, en sus versiones económico-financieras, propietarias, patriarcales, racistas, sexistas y xenófobas. A continuación, vamos con cada una de ellas:

1) La primera hipótesis, pese a que es un común denominador en todas las formas de vida humanas y en todas las culturas, se expresa en la cultura occidental de una forma más paradójica y particular por ser, en cierta medida y tal como acabo de señalar, abanderada de determinados ideales y conceptos emancipadores como son, entre otros, la democracia, los derechos humanos y los estados constitucionales de derecho: por razones diversas, se manifiesta un

[1] Laval, Christian y Pierre Dardot, La nueva razón del mundo, Barcelona, Gedisa, 2013, p. 15.

La disputa del derecho.indb 178 28/11/18 10:52

miedo al pueblo. Todo lo que procede de lo popular se califica de caótico, peligroso, primitivo, inmaduro, inculto, desordenado. La chusma, la masa son sinónimo de inseguridad, de desconfianza y de amenaza a los establecido. La revolución haitiana, la revolución inglesa y su predominio liberal frente a las reivindicaciones de los "cavadores", los "buscadores" y los "niveladores"; el resultado de la revolución rusa bajo el control de partido y la mexicana institucionalizada por el PRI; así como otras muchas y heterogéneas luchas populares, indígenas y campesinas en los continentes europeos, africanos, asiáticos y americanos, son ilustrativos ejemplos del modo como el pueblo ha sido objeto de limitación, desprecio, control, contención despótica, ignorancia y eliminación.[2]

Como consecuencia de ello, ha sido claro el control y el dominio sobre el pueblo a través de diversos mecanismos simbólicos, institucionales y normativos más o menos totalitarios y/o aparentemente democráticos. Las relaciones de poder, además, se han basado y se basan en un modo de clasificar la realidad que jerarquizan la condición humana bajo el patrón binario superior/inferior. Unos grupos se consideran por razones raciales, sexuales y/o genéricas, de clase o socioeconómicas, religiosas, etarias, etc., superiores a otros, con la particularidad de que con ello los excluyen, discriminan, explotan, dominan y/o marginan tratándolos como objetos o personas con menor categoría humana. Sobre este patrón, Occidente ha construido una sociabilidad asimétrica, de exclusiones concretas y desigualdades, pero camuflada por inclusiones abstractas.

2) La segunda hipótesis, como consecuencia o correlato de la anterior, la sitúo en un plano concreto más político y constitucional y más contemporáneo. Es falso que la democracia sea el poder del pueblo

[2] Ver, a nivel general: Pisarello, Gerardo, *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo anti- democrático*, Madrid, Trotta, 2011; para la consideración negativa de lo popular, ver la explicación de la expresión del pueblo como excremento de la democracia que da Sanin Restrepo, Ricardo, *Teoría crítica constitucional. La democracia a la enésima potencia*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014, pp. 248 y ss.; sobre la revolución haitiana: Martínez Pería, Juan Francisco, *Libertad o muerte. Historia de la revolución haitiana*, Buenos Aires, Ediciones del CCC, 2013; sobre la revolución mexicana: Gilly, Adolfo, *La revolución interrumpida*, México, Ediciones Era, 2007.

La disputa del derecho.indb 179 28/11/18 10:52

> y para el pueblo. Sobre esta ficción mentirosa se legitiman los sistemas constitucionales y democráticos de derecho. De este modo, el poder constituido se cimenta sobre unas bases de representatividad y legitimidad consensual también falsas, puesto que el poder constituyente originario fundamentador del orden constitucional no desaparece, sino que permanece sobre una lucha de hegemonías y poderes basado en ese modo dualista de dominar la realidad entre superiores e inferiores, y que se manifiesta entre poderes constituyentes oligárquicos y poderes constituyentes populares. Entre ellos se desarrolla todo un conflicto por tener la capacidad de significar y dotar de sentido a las normas jurídicas y todo el orden instituido que supuestamente es ajeno a las ideologías y a la afectación política. Lejos de ser una esfera de objetividad, neutralidad, igualdad formal, generalidad y universalidad, está continuamente resignificada en una permanente lucha entre, por un lado, grupos instituyentes oligárquicos o poliárquicos (aglutinado en torno a los representantes de los partidos políticos tradicionales, por la banca, organismos internacionales como el FMI y el BM, además de todos los poderes que giran en torno al sistema financiero) y, por otro lado, por poderes colectivos y movimientos populares y sociales (como movimientos de campesinos, mujeres, indígenas, afrodescendientes, MST, los sin techo, gays y lesbianas, etc.), que reivindican el derecho a la tierra, a la vivienda, a un trabajo y un salario digno, al territorio, a la educación, a un ambiente sano, a un mundo sin violencia machista y sin patriarcados, etcétera.

Este trabajo se centra tanto en el concepto de democracia, como de derechos humanos vistos, enfocados y entendidos desde una perspectiva crítica y reivindicativa de un mayor protagonismo de su dimensión instituyente y creadora de realidades. Por ello, el planteamiento inicial parte del intento de explicitar algunas de las deficiencias, defectos y falencias que ambas figuras (democracia y derechos humanos) poseen en la época actual, debido a que son concebidas bajo lógicas insuficientes y estrechas en relación al reconocimiento y al desarrollo del principio moderno de agencia humana, entendido como aquella capacidad que debe tener el ser humano de crecer en autoestima, autonomía y responsabilidad. Todo aquello que permita las

La disputa del derecho.indb 180 28/11/18 10:52

condiciones de posibilidad de este principio de agencia, guarda relación no sólo con la idea de derechos humanos, sino también de democracia.[3]

Por ello intentaré ofrecer un insumo que sirva para ampliar la mirada de ambos conceptos, principalmente la relativa a derechos humanos, que nos permita reivindicar y demandar sus dimensiones creativas, imaginativas, antagonistas e instituyentes a partir de la subjetividad popular.

En este sentido, como punto previo, voy a ofrecer una especie de definición de lo que entiendo por democracia y por derechos humanos:

1) Por democracia concibo no solo una forma de gobierno, sino un conjunto de acciones, conceptos y mediaciones que tienen como objetivo posibilitar el poder del pueblo para el pueblo (demos), desde la lucha, la reclamación y la reivindicación de los miembros de una comunidad o sociedad. Con la democracia debe ser la ciudadanía y el pueblo en su conjunto quienes asuman su responsabilidad y el deber de autogobernarse por sus propios medios. Todo ser humano tiene que participar directamente en todo aquello que le afecta en el ámbito de lo público (y también de lo privado, pero ahora no entraremos a analizar este espacio), sin que sea incompatible con el apoyo complementario de mecanismos de representación. Por ello, esta idea de democracia se opone a cualquier tentación de la ciudadanía y del pueblo a abandonarse, como única expresión, en manos de expertos o de un número limitado de ciudadanos en aquellos espacios en donde se desarrollan las relaciones humanas y que se incardinan en torno al ámbito de lo público. Democracia entendida como práctica plural de control

[3] Sobre el principio de agencia humana, sobre el concepto de derechos humanos y sobre el concepto de democracia ver: Gallardo, Helio, *Elementos de política en América Latina*, San José, DEI, 1989. El mismo Ignacio Ellacuría diversifica los elementos conceptuales de los derechos humanos entendiéndolos como necesidades de la convivencia social y política; exigencia física antes que moral; producto histórico; aspiraciones naturales; prescripciones éticas; valores; ideales utópicos; momentos ideológicos y momentos ideologizados; derechos positivos; y convenciones y contratos. Ver: Ellacuría, Ignacio, "Historización de los derechos humanos desde los pueblos oprimidos y las mayorías populares", *ECA*, 502, 1990, pp. 363 y 364.

La disputa del derecho.indb 181 28/11/18 10:52

y ejercicio del poder por parte de ciudadanos soberanos y como forma de vida, no solo concebida como gobernabilidad.[4]

2) A los derechos humanos, los sitúo en instancias reivindicativas y demandas más o menos institucionalizadas que surgen de procesos de apertura y consolidación de espacios de lucha por una dignidad humana procesual, histórica, reversible y abierta. En este sentido, derechos humanos pueden servir como instrumentos de control formados por relaciones y acciones contra aquellos excesos de poder que impiden el principio de agencia humana arriba mencionado y en sus dimensiones libidinales, sexuales, étnicas, culturales, económicas y sociopolíticas, y como bienes jurídicos y no jurídicos que permiten y desarrollan los medios, las acciones, las relaciones y las tramas sociales con los que poder satisfacer las necesidades humanas y disfrutar de una vida digna de ser vivida.[5]

Partiendo de estas dos nociones tanto de democracia como de derechos humanos, considero que en nuestra cultura ciudadana predomina, desde el punto de vista epistemológico, el denominado por Edgar Morin, paradigma de la simplicidad.[6] Hegemónicamente, existe una racionalidad sobre la que se genera este imaginario oficializado que tiende a separar, reducir y a abstraer a tales niveles ambos conceptos (democracia y derechos humanos). Al final, solo salen beneficiados por su expansión unos determinados grupos de poder y determinado orden social supremo, controlado por una lógica y una dinámica propia del capitalismo, machista, patriarcal y racista, las cuales, a través de la racionalidad instrumental y el proceso de

[4] En este sentido, partimos con mucha afinidad del concepto de "demoarquía" utilizado por Rafael Rodríguez Prieto en *Ciudadanos soberanos*, Córdoba, Almuzara, 2005a; y Rodríguez Prieto, Rafael, *Construyendo democracia: una propuesta para el debate*, Sevilla, Aconcagua libros, 2005b.

[5] Herrera, Joaquín, *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, Madrid, Los Libros de la Catarata, 2005; Sánchez Rubio, David, *Repensar derechos humanos*, Sevilla. Mad, 2007 y, Sánchez Rubio, David, *Encantos y desencantos de los derechos humanos*, Barcelona, Icaria, 2011.

[6] Morin, Edgar, *Introducción al pensamiento complejo*, Barcelona, Gedisa, 200; Sánchez Rubio, David y Juan Antonio Senent de Frutos, *Teoría crítica del derecho, Nuevos horizontes*, San Luis Potosí-Aguascalientes, Universidad Autónoma San Luis Potosí/ Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat, 2013.

La disputa del derecho.indb 182 28/11/18 10:52

mercantilización de todos los espacios de la vida, genera asimetrías y desigualdades sociales que matan y generan pasividades. Los efectos que esta racionalidad tiene sobre el conjunto de la sociedad, para nosotros es clara: provoca en los ciudadanos una pérdida de su capacidad de enjuiciamiento crítico de la realidad y un mayor acatamiento a los mensajes que proceden de los poderes económicos empresariales, de los bancos y de las entidades financieras, avalados y reforzados por el poder político de los partidos y por el saber institucionalizado en las instancias estatales. Entre algunas de las consecuencias nos encontramos con una actitud de indolencia y de un conformismo político que también se proyecta sobre la idea y la práctica de derechos humanos predominante. La complacencia y el servilismo ante el poder político que se circunscribe a determinados lugares sociales termina por despolitizar la cotidianidad de los ciudadanos y por cuestionar acciones y expresiones de reivindicación que, por salirse del molde establecido, son despreciadas, denigradas y descalificadas.

Primero me centraré en el concepto de democracia, cuya única expresión suele circunscribirse a manifestaciones eminentemente representativas, con carácter formal, procedimental y controlado por el sistema de partidos políticos. En segundo lugar, hablaré sobre derechos humanos, cuya realidad se construye a través de procesos de desempoderamiento humano en un contexto en el que brilla una ausencia de cultura de derechos humanos y, además, la poca que existe, se reduce a circuitos judiciales y procedimentales, fortaleciendo, por su forma de ser concebidos, el abismo y la separación de la teoría y la práctica de los mísmos. La perspectiva hegemónica resulta ser estrecha, jurídico-formal y post-violatoria, en el sentido de que parece como si derechos humanos solo son importantes una vez que son violados.[7] Con ello se termina por invisibilizar otras dimensiones que consideramos son muy básicas para poder enfrentar esa separación entre lo que se dice y lo que se hace en materia de derechos humanos tanto a nivel cotidiano, nacional e internacional. En ambos casos, intentaremos ofrecer unas nociones más amplias, más ricas y más complejas de democracia y de derechos humanos.

[7] Herrera, Joaquín, *Los derechos humanos como productos culturales... op. cit*; Sánchez Rubio, David, *Repensar derechos humanos*, *op. cit.*; Sánchez Rubio, David, *Encantos y desencantos de los derechos humanos*, Barcelona, Icaria, 2011.

La disputa del derecho.indb 183 28/11/18 10:52

Sobre democracia y su reducción que falsea

Para Marcos Roitman, dar a la palabra democracia un significado es parte de una guerra teórica y política por controlar el mundo. Desde quienes tienen más poder, su propuesta hegemónica posee un doble objetivo: 1) transformarse en objeto de consumo social y 2) a la vez, proyectar una imagen para organizar la vida cotidiana.[8] En este sentido, el orden hegemónico es una fábrica de significantes, siendo los medios de comunicación y centros especializados, sus centros de difusión. A través de ellos, hoy en día, se extiende y expande una idea de que la democracia es un producto para el mercado, que hay que generalizar su uso y debe estar en la boca de todos. De tal manera, que todos se sienten integrados pese a que quedan fuera de un real y efectivo ejercicio político y democrático. La democracia tiene que ser para ello una definición atractiva y fácil de digerir, útil para legitimar un sistema que no le interesa que la gente tenga una cultura activa y participativa en los asuntos comunes y públicos.[9] Desear la democracia supone un mensaje breve, corto, al alcance de todos, elemental: debe encajar con una sociedad de consumo, vivida en el marco de un individualismo extremo. Estratégicamente se nos lobotomiza por medio de una idea estrecha y simplificada de democracia que de repetirla tanto, nos cala en los huesos y la defendemos como si fuera la única posible. Pese a ser una entre muchas formas de concebir y practicar democracia, su extensión y hegemonía termina por excluir y desplazar otras expresiones más directas y participativas.[10]

El propio Roitman nos avisa de que con la democracia ocurre algo parecido que con el discurso de la Coca-cola. Como refresco dice que acaba con la sed al tiempo que se presenta como la chispa de la vida. Pero si la tomamos, fracasa: no acaba con la sed ni tampoco nos saca de la depresión si estamos tristes o deprimidos. Pero se consume como si tuviera ambas cualidades. Acabamos viviendo autocomplacientes con el engaño. Pues bien, lo mismo sucede con el concepto de democracia representativa y con sus productores. Se impone una lógica de consumo, se centraliza todo en la fiesta de las elecciones (en este sentido son muchos los políticos que afirman

[8] Roitman, Marcos, *Democracia sin demócratas*, Madrid, Sequitur, 2011.
[9] *Ibidem.*
[10] *Ibidem.*

La disputa del derecho.indb 184 28/11/18 10:52

que el voto es la fiesta de la democracia, más aún a raíz del surgimiento del movimiento de los indignados) y todo es un ritual electoral donde se eligen gobernantes. Se vive en democracia cuando se compite por el control de las instituciones y existe alternancia en el poder. Democracia se circunscribe a una técnica de gobierno para elegir a la elite representante y para legislar y administrar leyes. Los resultados son manifiestos: se despolitiza el mundo de las relaciones humanas, pese a que están empapadas de relaciones de poder, y se desvinculan y aíslan a los seres humanos de la práctica activa diaria. En esta línea, desaparecen los sujetos soberanos y se desarticular la ciudadanía política. La democracia solo puede expresarse procedimentalmente, y se configura como un conjunto de reglas de juego donde se habla de mayorías y minorías, poliarquías, consensos, alternancias, estabilidad y elecciones. Asimismo, emerge como un acto de regulación normativa, como una técnica procedimental para elegir elites que administran y gestionan la razón de Estado.[11]

A continuación, intentaremos profundizar con unos ejemplos más concretos y específicos que nos pueden ilustrar acerca de cómo opera este paradigma metonímico de la simplicidad que amputa el concepto de democracia, excluyendo una mayor riqueza de su contenido tanto en la teoría como en la práctica, al no reconocer otras expresiones y manifestaciones que enriquecen su realidad:

En este sentido, Edgar Morin señala que tres son los principios que hay que concebir de manera interrelacionada, con los que opera el paradigma de la simplicidad dentro de la racionalidad moderna y que nosotros vamos a proyectar sobre el concepto de democracia: 1) el principio de disyunción o separación; 2) el principio de reducción; y 3) el principio de abstracción, junto con su complemento, el principio de idealización.[12] Seguidamente vamos a ver cómo opera cada uno de ellos explicándolos brevemente:

1) La disyunción es una técnica fragmentadora, dualista y polarizadora que ha sido también destacada tanto por el pensamiento feminista en su crítica a la cultura patriarcal, como por el pensamiento de-colonial o post-colonial, en tanto acusa la dinámica imperial y colonizadora de Occidente, dividiendo el mundo en

[11] *Ibidem.*

[12] Morin, Edgar, *Introducción al pensamiento complejo*, *op. cit.*

La disputa del derecho.indb 185 28/11/18 10:52

> dualismos en torno al par nosotros/ellos, supervalorando los calificativos del primero y descalificando a los segundos (las culturas no occidentales).[13]

Con respecto a la democracia, el principio de separación se expresa a través de los pares democracia representativa/democracia participativa o democracia indirecta/democracia directa; poder estatal/poder ciudadano; poder constituyente/poder constituido; formas, procedimientos e instituciones/contenidos, sujetos y acciones ciudadanas. Por lo general, la democracia representativa o indirecta suele presentarse como el máximo exponente de la democracia, infravalorándose la democracia directa o participativa como su oponente natural o como un apéndice específico menor que no puede dar más de sí, sin que quepa opción alguna a posibles combinaciones complementarias, dialógicas y equitativas. Uno de los argumentos principales que se arguyen es que la democracia representativa es funcionalmente más operativa, siendo la democracia directa exponente de caos, desorden e inoperatividad.

Asimismo, la democracia entendida como el poder del pueblo, se camufla con las instituciones estatales y representativas. La delegación del pueblo en sus representantes termina por quitarle el poder para solo ser ejercido por el único poder válido: el estatal. La ciudadanía solo manda simbólicamente, ya que, desde su vaciamiento de contenido, se otorga todo el poder político a las instituciones representativas y del Estado.

En la misma línea, el poder constituyente se opone al poder constituido, que es el poder y es institucionalizado y formalizado por medio de normas, leyes, procedimientos, órganos e instituciones. Por arte de magia, el poder constituyente desaparece y al estar todo reglado y delegado, solo posee legitimidad democrática aquello que está blindado por las formas y las normas de regulación constitucionales. Finalmente, los actores sociales, los sujetos y sus acciones diarias, en tanto ciudadanos, se supeditan a los ritmos y a los tiempos marcados por los procedimientos electorales. Lo formal se opone a lo material y priman las formas sobre los contenidos y las

[13] Sousa Santos, Boaventura, *Una epistemología del sur*, México-Madrid-Buenos Aires, Siglo XXI, 2009; y Lander, Edgar (org.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales*, Buenos Aires, CLACSO, 2000.

La disputa del derecho.indb 186 28/11/18 10:52

prácticas de múltiples sujetos. Se termina domesticando al poder popular y "la democracia cesa en la medida que el pueblo pierde su doble posibilidad, la de intervenir como poder constituido interpelando la institucionalidad y específicamente el poder de mantener vivo su poder constituyente a pesar de la institucionalidad".[14]

2) A través de la reducción, se destaca un elemento de los muchos que existen en la realidad y acaba por considerarse como el único real. Se aísla y se separa del resto y se considera que funciona por sí mismo y que es autosuficiente.

Se acaba por confundir la parte por el todo. En el mundo del Derecho, por ejemplo, sucede cuando se piensa que solo es la norma lo único importante de la realidad jurídica o cuando se considera que el Derecho puede vivir y reproducirse más allá del contexto sociocultural y político-económico en el que se mueve. Otro caso de reduccionismo se da cuando todas las parcelas de la vida se reducen a las relaciones mercantiles y a una exclusiva traducción monetaria o en dinero.

En relación a la democracia occidental la reducción aparece, por ejemplo, con la crítica que el chileno y analista político Helio Gallardo realiza a lo que denomina "efectos de ideologización" o "politicismo", que consiste en mecanismos de disminución y fijación de determinados estereotipos y reducciones que, por socializados, suelen parecernos naturales y evidentes. Además, pueden afectar nuestra comprensión de la vida social y determinar mecanismos de inserción inadecuados, o disfuncionales para nuestros propósitos.[15] Casos significativos nos los encontramos cuando se piensa que la política y la democracia se circunscriben a la acción de determinados individuos carismáticos y excepcionales; o cuando se reduce lo político, la política y la democracia a alguna institución o algunas instituciones privilegiadas, como pueden ser los partidos políticos o a la figura de las elecciones. El ejemplo más grotesco de simplificación es aquel en el que democracia

[14] Sanin Restrepo, Ricardo, *Teoría crítica constitucional. La democracia*, *op. cit.*, p. 175.

[15] Gallardo, Helio, *Democratización y democracia en América Latina*, San Luis Potosí. Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2007a.

La disputa del derecho.indb 187 28/11/18 10:52

solo es representación, el voto y los torneos electorales.[16] Se nos obligan a ser demócratas y a practicar democracia una vez cada cuatro o cinco años y únicamente cuando votamos en las elecciones. Los efectos se manifiestan en la doble intención de, por un lado, provocar la desmovilización de la sociedad civil y, por otro, el ocultamiento de la dominación socioeconómica y de la existencia de oposiciones y asimetrías entre las fuerzas y los actores sociales. Por la reducción de la democracia a las elecciones, no se vigoriza la participación ciudadana y social que queda fuera del tiempo y el espacio de las convocatorias electorales.[17] De lo que se trata es de hacer más el amor y de hacer más democracia y visualizar que lo político se desarrolla en todas las esferas de lo social, no exclusivamente a la estrechez de la cultura del voto.

Asimismo, en el ámbito no solo de la Unión Europea, sino globalmente bajo el yugo neoliberal, el estado de mercado y de seguridad a través de un constitucionalismo multinivel se encarga de vaciar la legitimidad democrática sustancial y de la ciudadanía, siendo desplazado el poder popular de los estados constitucionales de derecho por instancias soberanas que proceden del mundo financiero, de las grandes organizaciones económicas y de las grandes potencias. El mundo debe estar regido por tecnócratas, banqueros y especialistas financieros y no se debe permitir que la toma de decisiones sea realizada desde el prisma democrático y de legitimación popular.[18]

3) Por medio de la abstracción y su versión de idealización, las teorías con las que se interpreta la realidad y los medios que la administran y la sustituyen por sus conceptos, mediaciones, instituciones e ideas. Se sacrifica la realidad a favor de una teoría o institución y se acaba por eliminar los contextos, las relaciones humanas, la especialidad y la temporalidad de los problemas y las mismas condiciones de existencia de las personas. El pensamiento occidental lógico y científico utiliza ambos medios de conocimiento. El problema y el cuestionamiento de sus usos hay que hacerlos cuando nos desentendemos y nos despreocupamos tanto de los elementos

[16] *Ibidem.*

[17] *Ibidem.*

[18] Monereo Pérez, José Luis, *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt*, Madrid, El Viejo Topo, 2015, pp. 452 y ss.

La disputa del derecho.indb 188 28/11/18 10:52

que se eliminan y quedan fuera, como de los que se añaden y se incluyen.

Con respecto a las teorías y los conceptos sobre la democracia, un efecto manifiesto de abstracción e idealización sucede cuando terminamos convencidos de que las teorías, y las filosofías y los conceptos que utilizamos para interpretarla y reflexionar sobre ella, son superiores a la realidad práctica, diaria y cotidiana de los procesos socio-históricos de lucha y de democratización que son los que realmente producen lo que es o no es democracia. Lo veremos en el siguiente apartado con la distinción entre los conceptos de "democracia" y "procesos de democratización" elaborados por Helio Gallardo. Supervalorar los instrumentos analíticos con los que interpretamos la vida política provoca un sacrificio de la realidad. Si esta no se adapta a las teorías, peor para ella. Las consecuencias de silenciamiento, eliminación y ocultamiento de múltiples factores que forman parte de la participación ciudadana, son manifiestas.

En la línea expuesta con el principio de reducción, como complemento, el ideal del voto como única expresión de la democracia es otro ejemplo de abstracción e idealización. Los actores sociales y los contextos históricos, económicos, políticos, culturales, etcétera, de conflicto desaparecen. Se termina por despolitizar la democracia en tanto proceso socio-materialmente producido. La caza del voto como ideal obsesivo de perfección provoca que la política se convierta en una única consecución de cuotas de poder y los torneos electorales se transforman en operaciones de mercadeo. En torno a ello, la imagen del agente y el actor político, como partidos, personalidades o el gobierno, alcanza mayor significación en el imaginario social quedándose en lo superficial y aparente, relegándose el contenido de sus discursos, sus ideas, sus acciones o prácticas y sus debates, además del sentido y la conciencia de los interlocutores políticos con los que se discute.[19] Lo cuantitativo (el número de votos) pasa a ser más importante que lo cualitativo (los contenidos de los programas políticos y de las reclamaciones y demandas populares).

[19] Gallardo, Helio, *Democratización y democracia en América Latina*, San Luis Potosí. Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2007a.

La disputa del derecho.indb 189 28/11/18 10:52

Asimismo, la forma y el procedimiento en democracia se enfrenta y se absolutiza frente a la contaminación y las impurezas de las propuestas y las reivindicaciones sociales y las acciones de los sujetos ciudadanos (como pueden ser, individuos, organizaciones, movimientos sociales). No es extraño que todo quede enmarcado en torno al concepto y a la realidad de los poderes instituidos como un efecto neutralizador de la dimensión instituyente de lo popular y que aquí, como veremos, se traduce en una característica de los derechos humanos como instancias construidas únicamente desde lo instituido, anulándose la capacidad constituyente de la sociedad civil.

Finalmente, otro fenómeno de abstracción señalado por Helio Gallardo, aparece por medio de la invisibilización del fenómeno de la internacionalización y la trasnacionalización de la asimetría de las decisiones políticas que se desenvuelven en el ámbito nacional, y la reducción abstractizante que reduce la política al análisis y comprensión de lo local y lo nacional, apareciendo el contexto internacional, como algo externo que, como mero marco o encuadre, acompaña a los procesos internos de los estados. Para ello, se utilizan como referentes de conceptos/valores como soberanía, ciudadanía, consenso, responsabilidad de gobierno, etcétera, bajo el único protagonismo y única responsabilidad del Estado- nación. El orden económico globalizado y algunos de sus actores como la UE, el FMI, o el Banco Mundial, solo inciden marginalmente y, únicamente lo hacen de manera central, cuando toman medidas supuestamente positivas.[20] El simulacro está en que son estos actores los que real y materialmente toman las decisiones y significan y resignifican lo instituido bajo sus propios horizontes de sentido basados en la competitividad y la ganancia.

Propuestas para una democracia ampliada

Frente a esta perspectiva restrictiva y estrecha de democracia, se hace necesario ampliar la mirada e incorporar más elementos que forman parte de la acción democrática en todas las esferas de lo social. Para ello, hay que saber

[20] Gallardo, Helio, *Elementos de política en América Latina*, San José, DEI, 1989.

La disputa del derecho.indb 190 28/11/18 10:52

distinguir algunos conceptos y abrir el horizonte de sentido para paisajes mucho más ricos y complejos.

En primer lugar, subrayaremos una serie de distinciones conceptuales que nos ayuden a enfrentar el paradigma de la simplicidad. Seguidamente, utilizaremos la técnica de la clasificación binaria empleando dualismos relacionados con la idea de democracia, pero para complejizarla, siguiendo el espíritu de los principios dialógico y de recursividad organizacional indicados por Edgar Morin.[21]

En este primer bloque de distinciones conceptuales, siguiendo a Helio Gallardo, es preciso distinguir entre, por un lado, "lo político", "la política" y "el escenario político", y por otro lado, entre "procesos de democratización" y el concepto de "la democracia".[22]

a) La primera distinción, que es analítica, pretende conceptualmente combatir la frecuente reducción y focalización del fenómeno político que hemos señalado arriba: "lo" político se refiere a cualquier relación humana entre dos o más personas y alude al ámbito de la sociabilidad fundamental. Esta está dada por las relaciones e interacciones bien de cooperación o reconocimiento mutuo y acompañamiento o bien de jerarquías, asimetrías y dominaciones que se establecen entre los seres humanos para producir sus condiciones de existencia material y espiritual tanto individuales como grupales o colectivas. La sociabilidad fundamental se desarrolla en la división social del trabajo y las instituciones que la condensan (mundo de la producción y la distribución, mundo económico, de las relaciones mercantiles, propiedad privada …) y hacia formas y funciones sociales de la familia.[23]

La sociabilidad, en materia de democracia, se expresa en la existencia cotidiana, generalmente con expresiones negativas: los gestos sexuales, la mirada que rebaja al trabajador manual, la grosería, la ansiedad e indife-

[21] Morin, Edgar, *Introducción al pensamiento complejo*, *op. cit.*

[22] Gallardo, Helio, *Democratización y democracia en América Latina*, San Luis Potosí. Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2007a.

[23] *Ibidem.*

La disputa del derecho.indb 191 28/11/18 10:52

rencias urbanas, la despreocupación por el mantenimiento de los espacios públicos, la proliferación de una agresividad cuasi-delincuente en la calle o en los medios masivos de comunicación, el racismo son expresiones de deterioro que se suelen internalizar e institucionalizar como patrones normales y regulares de comportamiento e identidad.

Desde esta idea se parte de la consideración de que lo político es omnipresente, como factor de reintegración o rearticulación de las diversas y encontradas prácticas que constituyen lo social. Evita simplificaciones y reduccionismos. El carácter de la sociabilidad desplegada en el ámbito de lo político nos puede dar una idea aproximada de las dinámicas de dominación o de emancipación predominantes en cada contexto social, en el sentido de si hay corrupción, luchas de poder depredadoras, discriminación, jerarquías o solidaridades, horizontalidades, distribución del poder y reconocimientos mutuos. Por ello, lo político es un elemento inherente a toda sociedad y se filtra en todos los aspectos de la vida humana.[24]

En cuanto a "la" política, hace referencia a las instituciones e institucionalizaciones que tiene como referente central al Estado y que se encarga de la reproducción del orden social, el orden público y el interés público. Los aparatos armados (policía), la escuela, la legislación penal, el sufragio o las elecciones políticas, las asambleas legislativas, el gobierno de una nación, medios de comunicación, son ejemplos de instituciones. La credibilidad o legitimidad de ellas son ejemplos de institucionalizaciones, que pueden fomentar o degradar la política (corrupción, impunidad). Generalmente, desde el paradigma de la simplicidad, "lo" político se incluye y se introduce dentro de "la" política, menguando su multipresencialidad.[25]

Finalmente, la "escena política" hace referencia a los ámbitos o escenarios que constituyen, con su práctica, los actores y protagonistas políticos. Los partidos políticos, por ejemplo, generan escenarios de o para la política. Suelen ser maquinarias electorales y mercados de transacción de privilegios desde posiciones de poder.

[24] Monereo Pérez, José Luis, *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt*, Madrid, El Viejo Topo, 2015, p. 15.

[25] Gallardo, Helio, *Democratización y democracia en América Latina*, San Luis Potosí. Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2007a.

La disputa del derecho.indb 192 28/11/18 10:52

2) La segunda distinción terminológica se centra en el concepto de "los procesos de democratización" y "la democracia". Los primeros están protagonizados por fuerzas sociales y se plasman, por medio de luchas, en instituciones democráticas, regímenes democráticos y una cultura democrática. Son procesos histórico-sociales determinados, con sus instituciones y sus institucionalizaciones. En cambio, "la democracia" alude a los discursos sobre el concepto-valor "democracia", discursos que pueden acompañar o culminar alguna fase de los procesos de democratización. Se refiere a una categoría que forma parte de un discurso analítico, conceptual o teórico y también ideológico.[26]

Lo que existe en nuestras sociedades son instituciones democráticas que condensan y expresan lógicas democráticas. Las instituciones resultan del juego de diversas fuerzas sociales en el marco de un Estado de Derecho (leyes y normas de aplicación universal). Pueden materializarse también en instituciones de sociabilidad humana (familia, lugar de trabajo, iglesias, etc., no solo en instituciones estatales o con dispositivo estatal). Por ello los procesos de democratización aluden a espiritualidades democráticas y a capacidades de significar y resignificar pluralmente las producciones humanas. Son los seres humanos, las fuerzas sociales y sus luchas, los principales protagonistas de los procesos de democratización, hecho y dato que se oculta e invisibiliza. Lo que teorizamos sobre ello, y los valores que idealizamos son un apoyo y complemento de este complejo proceso socio-histórico de producción.

En relación a los dualismos, vamos a reflexionar brevemente sobre los pares: a) democracia como forma de gobierno/democracia como modo de vida y estilo de existencia; b) participación/representación; democracia formal/democracia material (y en relación a otras esferas no estatales); c) identidades democrática e identificaciones democráticas; y d) gobernantes/gobernados, en el sentido del carácter que se le da al ejercicio del poder, si se manda para obedecer o se manda para que los demás obedezcan.

a) Cuando hablamos de democracia o de procesos de democratización, es importante si nos estamos refiriendo solo a una forma o modo de ejercer el gobierno o si expresamos una manera de ser en la vida y un estilo de existencia que no solo se reduce al mundo

[26] *Ibidem.*

La disputa del derecho.indb 193 28/11/18 10:52

de lo público, sino a todos los ámbitos de nuestra vida: mundo familiar, del trabajo, de la producción y la distribución de los bienes, etcétera.

b) Democracia puede implicar no solo mecanismos de representación, sino también expresiones de participación activa y directa. Reducir la democracia al primer caso, implica un proceso de delegación extremo que termina por desempoderar a los sujetos, con la consiguiente articulación de una cultura de ciudadanía sierva.

c) Hablar de democracia también implica el modo como nos identificamos y construimos nuestras identidades democráticas. No es igual que, como ciudadanos soberanos seamos nosotros mismos quienes dotemos de carácter a nuestras propias producciones, tanto en un sentido étnico, cultural, político, ideológico, sexual, económico o libidinal, que, por el contrario, sean otros quienes decidan por nosotros y se nos identifiquen externamente, y no a través de procesos en los que sin tener total control, somos auto-productores de los significados y re-significados del mundo político. No es igual una identidad internamente producida que una identificación externa, jerárquica y heterónoma, que viene de fuera y que nos quita protagonismo soberano.

d) Finalmente, el carácter dado al ejercicio del poder es fundamental en democracia. Siguiendo la filosofía zapatista, hay que tener claro si se manda para obedecer (mandar obedeciendo) y se obedece mandando, con la intención de que los gobernantes sean responsables ante los gobernados y se alterne en el proceso de manejo del poder, o de si se manda para que los demás obedezcan, bajo una lógica ambiciosa de control centralizadora y que solo pretende mantener estructuras de desigualdad y de jerarquías en las que unos están más capacitados que otros y que, además, tienen más valor y son más importantes.[27]

[27] Zibechi, Raúl, *Dispersar el poder*, Quito, Abya Yala, 2007; y Zibechi, Raúl, *Descolonizar la rebeldía. (Des)colonialismo del pensamiento crítico y de las prácticas emancipatorias*, Valencia-Málaga, Baladre- Zambre, 2014.

La disputa del derecho.indb 194 28/11/18 10:52

Sobre derechos humanos. Más allá de la dimensión instituida, burocrática, formal, normativa y post-violatoria de los derechos humanos

Si hasta ahora nos hemos centrado en el concepto de democracia, a continuación, nos referiremos a los derechos humanos pero sin entrar en la idea común y restringida que solemos tener de ellos. Nos centraremos en su componente de lucha y de capacidad creativa popular. Ya he comentado en otros trabajos que cuando se habla de derechos humanos se suele acudir a una idea de los mismos basada en las normas jurídicas, en las instituciones con el estado a la cabeza y en ciertos valores que le dan fundamento (como la dignidad, la libertad, la vida, la igualdad y la solidaridad) y que están o bien basados en la misma condición humana o bien reflejados en sus producciones normativas e institucionales.[28] Los derechos humanos aparecen así como instancias instituidas, separadas de sus procesos socio-históricos de constitución y significación. Las garantías se reducen a lo jurídico-estatal, bien a través de políticas públicas o por medio de sentencias judiciales y se piensa que el derecho estatal es la única instancia salvadora de la insociabilidad humana. Se deslegitima, así, la capacidad de la sociedad civil o pueblo para implementar sus propios sistemas de garantías que, dentro o fuera del marco legal, protegen y defienden derechos históricamente conquistados pero debilitados por diversas circunstancias y nuevos derechos que el orden político y económico no los quieren reconocer, por la amenaza que suponen para el orden de poder establecido.[29] Por uno u otro motivo, se acaba por potenciar una cultura burocrática, funcionarial y normativista que reduce y encorseta su fuerza constituyente, ya que nuestros derechos, desde la totalización de esas dimensiones, únicamente se garanti-

[28] Sánchez Rubio, David, *Repensar derechos humanos*, *op. cit.*; Sánchez Rubio, David, *Encantos y desencantos de los derechos humanos*, Barcelona, Icaria, 2011; y Sánchez Rubio, David, "Una perspectiva crítica sobre democracia y derechos humanos", en David Sánchez Rubio y Juan Antonio Senent de Frutos, *Teoría crítica del derecho, Nuevos horizontes*, San Luis Potosí-Aguascalientes, Universidad Autónoma San Luis Potosí, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat, 2013.

[29] Sánchez Rubio, David, Contra una cultura estática y anestesiada de derechos humanos. Por una recuperación de las dimensiones constituyentes de la lucha por los derechos, *Derechos y libertades*, núm. 33, 28 2015, pp. 199 y ss.

La disputa del derecho.indb 195 28/11/18 10:52

zan cuando una norma los positivizada y cuando un cuerpo de funcionarios pertenecientes al estado, los hace operativos entre reflexiones doctrinales de apoyo, dándoles curso a través de garantías concretizadas por medio de políticas públicas y sentencias judiciales. Desde esta óptica instituida de los derechos humanos, se delega íntegramente en determinados especialistas, técnicos e intérpretes la capacidad de saber si estamos o no estamos protegidos cuando se nos viola nuestra dignidad, nuestra libertad o nuestras condiciones de vida y, además, tendemos a reducir su efectividad solo cuando un tribunal posee la sensibilidad interpretativa de garantizarlos. Asimismo, tenemos la sensación de que la existencia de un derecho humano se manifiesta y aparece, en el instante en el que es violado o vulnerado, hecho que permite la apertura de los procedimientos desarrollados en los circuitos de la administración de justicia.

Por medio de este imaginario reduccionista, el efecto expropiatorio y de secuestro tanto de la capacidad de lucha constituyente popular como de la acción social y cotidiana se manifiesta, por ejemplo, en la criminalización de las actuaciones ciudadanas individuales y colectivas a favor del cumplimiento de derechos normativizados, pero no efectivizados estatalmente (como el derecho a una vivienda, el derecho a la tierra, la función social de la propiedad o el derecho al trabajo), así como también con el desprestigio y la mala prensa de las luchas instituyentes por nuevos o ancestrales derechos no normativizados constitucionalmente, pero legitimados por su justicia referida a la materialidad diferenciada de condiciones de existencia e identitarias (por ejemplo, determinados derechos colectivos de naciones y pueblos indígenas o derechos ambientales y derechos sexuales).

Asimismo, el hecho de que derechos humanos se reduzcan a normas, instituciones y teorías, provoca una cultura delegativa por sustitución en el conjunto de los mortales que se centra en el absoluto protagonismo adjudicado a los funcionarios de la administración de cada estado y a los especialistas (operadores jurídicos profesionales) encargados de interpretar las normas. Óscar Correas[30] explica este aspecto a partir del derecho subjetivo que un tercero (el funcionario) proporciona a los ciudadanos como mediador y facilitador de las facultades que estos poseen.

[30] Correas, Oscar, *Acerca de los derechos humanos. Apuntes para un ensayo*: México, Ediciones Coyoacán/ UNAM, 2003.

La disputa del derecho.indb 196 28/11/18 10:52

En concreto, los derechos humanos son conceptualizados por la doctrina como derechos subjetivos que requieren la existencia de unas normas que impongan obligaciones a algunos funcionarios para que nos faciliten las facultades reconocidas en los derechos humanos normados. Como tales derechos nacieron con el Estado moderno, representando a la organización política y normativa de la modernidad, este marco institucional implicó para legitimarlo, toda una estrategia discursiva por la que el orden jurídico estatal expropió el protagonismo de la sociedad civil. Desde entonces, se le encargó a un grupo de funcionarios responsables del monopolio de la fuerza legítima, la tarea necesaria para que la sociedad se reprodujera cuando se alteraran las relaciones mercantiles formadas por individuos propietarios, evitando, así, aquellas conductas indebidas para el mercado capitalista. Para ello, la estrategia discursiva del estado moderno destruyó y disolvió las relaciones comunitarias, principalmente los medios con los que los individuos se relacionaban entre sí como sujetos vivos y empoderados. Herencia que llega hasta nuestros días de manera más pronunciada.[31]

Este carácter instituido, delegado, funcionarial y post-violatorio, consciente e inconscientemente, suele fortalecer una cultura generalizada pasiva, indolente, conformista, minimalista e inactiva. Se termina por no considerar u otorgar una escasa importancia a ámbitos fundamentales que también son elementos constitutivos de un concepto integral de derechos humanos, que sirven para extender una sensibilidad activa, participativa, transformadora, socio-histórica y práctica de derechos, como son, entre otros: la lucha social, ya sea en su vertiente de movimientos sociales, o bien a través del esfuerzo individual y cotidiano de cada ser humano y sin reducir la lucha a un único acto puntual y originario; la eficacia no jurídica y la eficacia jurídica no estatal traducida en sistemas de garantías tanto jurídicas como sociales, políticas y económicas; así como la cultura y sensibilidad popular. Todos estos elementos de un concepto complejo de derechos humanos son básicos para poder entenderlos mejor y hacerlos más coherentemente en la práctica. Estos insumos infravalorados nos pueden permitir superar y/o enfrentar esa separación sistemática existente entre lo que se dice y lo que se hace sobre derechos humanos y que impide desarrollarnos como sujetos autónomos y diferenciados en lo individual y en lo colectivo.

[31] Correas, Oscar, *Acerca de los derechos humanos. Apuntes para un ensayo*, *op. cit.*, pp. 24 y ss.

La disputa del derecho.indb 197 28/11/18 10:52

A continuación me detendré en el análisis de lo que supone la lucha social y cotidiana como elementos instituyentes de los actores y los sujetos que son los generadores y también los destinatarios no solo de la resistencia frente a una realidad opresora y negadora controlada por una minoría, sino también de disfrute y consolidación de espacios de reconocimiento de una realidad en la que todo ser humano plural y diferenciado, sin excepción, puede apropiarse de sus posibilidades, significando y dotando de carácter a sus propias producciones en tanto sujeto y no tratado ni calificado como objeto.[32]

Por una cultura instituyente y de acciones cotidianas de derechos humanos

Frente a esta concepción excesivamente jurídico-positiva, estatalista, post- violatoria, instituida y delegativa bañada bajo una cultura atomista e individualista, voy a intentar ofrecer, desde la teoría que siempre abstrae, pero consciente de su tensionalidad volcada hacia una praxis integral, algunas pistas para una noción más compleja de derechos humanos que procesual, relacional y dinámicamente se construyen a partir de prácticas sociales y acciones humanas que empoderan sujetos. Siguiendo los aportes de Helio Gallardo, derechos humanos tienen como referente básico la vocación de autonomía de los sujetos sociales como matriz de autonomía de los individuos o personas. Guardarían relación con la capacidad que el ser humano tiene y debe tener como sujeto para dotar de carácter a sus propias producciones en entornos que no domina completamente y, también, estarían vinculados con la disposición de denunciar y luchar contra cualquier situación que imposibilite esta capacidad de crear, significar y resignificar a las instituciones socialmente producidas. Para Helio Gallardo, "sujeto" quiere decir ponerse en condiciones sociales e individuales de apropiarse de una existencia a la que se le da carácter o sentido desde otros, con otros, para otros y para sí mismo y de comunicar con autoestima esta experiencia

[32] Gallardo, Helio, *Elementos de política en América Latina*, San José, DEI, 1989; Gallardo, Helio, *Siglo XXI: producir un mundo*, San José, Arlekín, 2006a; y Gallardo, Helio, *Derechos humanos como movimiento social*, Bogotá, Ediciones desde abajo, 2006b.

La disputa del derecho.indb 198 28/11/18 10:52

de apropiación en entornos que nos exceden y no dominamos en su totalidad. Asimismo, por "autonomía" entiende que para los seres humanos resulta posible pasar mediante acciones desde experiencias de menor control (o enajenadoras) a experiencias de mayor control (liberadoras) por parte de quienes las viven. Por ello hay que recuperar otras dimensiones o elementos de los derechos humanos que nos permita ser sujetos soberanos activos e instituyentes, como por ejemplo son l*a lucha social y la lucha cotidiana.* Suele olvidarse que los derechos humanos no tienen una única dimensión normativa, procedimental, formal e instituida. También posee una dimensión constituyente que se construye a partir de las relaciones humanas, las tramas sociales y las luchas de resistencia de sus protagonistas humanos.

Por esta razón, abordaré aquel ámbito que da origen a los derechos humanos y los mantiene vivos, sin caer en el error de reducirlos a un único y exclusivo momento histórico originario: 1) la lucha y la acción social; y 2) la lucha individual y cotidiana. En ambos casos, derechos humanos tienen más que ver con procesos de lucha por abrir y consolidar espacios de libertad y dignidad humanas. En concreto pueden ser concebidos como el conjunto de prácticas, acciones y actuaciones sociopolíticas, simbólicas, culturales e institucionales tanto jurídicas como no jurídicas, realizadas por seres humanos cuando reaccionan contra los excesos de cualquier tipo de poder que les impide que puedan auto- constituirse como sujetos plurales y diferenciados. Las luchas pueden manifestarse por medio de demandas y reivindicaciones populares en forma de movimientos sociales o individualmente, en la vida diaria y entornos cotidianos en los que la gente convive y reacciona. Veamos cada una de ellas:

Las luchas de los movimientos sociales. Poder constituyente popular frente al poder constituyente oligárquico

Los movimientos sociales en sus luchas a través de la historia, desde racionalidades, imaginarios y demandas distintas, intentan tener control sobre sus entornos entrando en conflicto con otros imaginarios, otras racionalidades y otras reivindicaciones que, por diversas razones, acaban haciéndose

La disputa del derecho.indb 199 28/11/18 10:52

hegemónicas. Esto provoca que las luchas no hegemónicas puedan terminar invisibilizadas, silenciadas, eliminadas o resignificadas desde quienes detentan el poder. No obstante, las luchas y conflictos populares permanecen, siguen estando latentes, además de que pueden surgir otras nuevas con nuevos movimientos que cuestionen lo oficial e insuficientemente institucionalizado. En el contexto moderno, el problema reside en que solo fue el imaginario burgués y su proceso de lucha, el que se impuso al resto de imaginarios (obrero, feminista, libidinal, étnico, ambiental…), estableciendo, metafóricamente, un vestido teórico e institucional (hecho para el hombre-individuo varón, blanco, heterosexual, propietario, mayor de edad, creyente religioso y racional), que todos debían colocarse y, además, moldeando una figura a la que los demás debían adaptarse, impidiéndose la posibilidad de construir nuevos trajes y nuevas figuras propias de racionalidades, espiritualidades y corporalidades diferentes.[33] Tal como señala Helio Gallardo, la matriz y la base de derechos humanos está constituida socio- históricamente por la formación social moderna, por sus instituciones, dinámicas y lógicas. Tal como ya señalamos, la lucha de la burguesía como sociedad civil emergente y moderna, fundamentó derechos humanos a través de su dinámica reivindicativa de liberación frente a todo impedimento ilegítimo establecido por los reyes, los señores feudales y la Iglesia, quienes no reconocían la ampliación de las experiencias de humanidad expresadas en las particularidades de la vida burguesa.[34] Pero esta matriz, que posee un horizonte de esperanza y posibilidades muy fuerte, en su origen y posterior desarrollo estuvo desgarrada por tensiones, oposiciones y conflictos diversos. Sí es cierto que la burguesía concibió y creó con sus prácticas y teorías, desde el principio, el imaginario de los derechos humanos como derechos individuales, pero su fuerza persuasiva, hegemónica y simbólica consolidó una universalidad abstracta y colonizadora que silenció e invisibilizó el desgarramiento que, desde sus inicios, se dio no solo entre el orden feudal frente al que luchaba la burguesía, sino también frente a otros grupos sociales que quedaron discriminados, explotados y marginados por no encajar en el "traje" de la cultura burguesa. Más bien, la capacidad de

[33] Sánchez Rubio, David, *Encantos y desencantos..., op. cit.*, pp. 77ss.

[34] Gallardo, Helio, *Teoría crítica: matriz y posibilidad de derechos humanos,* Murcia, Francisco Gómez, 2007b.

La disputa del derecho.indb 200 28/11/18 10:52

imponerse y de hacerse hegemónica de este colectivo como movimiento social emergente fuerte, provocó, al institucionalizar sus reivindicaciones, que otros grupos humanos debilitados no pudieran en ese mismo período y, en períodos posteriores, hacer otras luchas con resultados institucionales y estructurales equivalentes o distintos a los que logró la burguesía. Esto ocasionó una serie de experiencias de contrastes diversas y diferentes en colectivos (indígenas, mujeres, otros grupos étnicos o raciales, etc.) con sus propios horizontes de sentido, propuestas existenciales plurales y modos de vida diferenciados, que tuvieron que adaptarse al imaginario de la modernidad liberal burguesa y decolonial, cuyo horizonte de sentido –que no era el único válido y verdadero– poseía tanto lógicas de emancipación como lógicas de dominación y exclusión patriarcales, raciales, epistemicidas y etnocéntricas, siendo estas últimas las que se hicieron predominantes al subalternizar y victimizar a quienes cuestionaban el orden económico capitalista heterárquico y burgués, basado en la propiedad privada absoluta, la competitividad de ganadores y perdedores, el libre mercado y la racionalidad instrumental del máximo beneficio y la eficiencia.

Si observamos el esquema de cómo se origina un derecho humano, se puede comprobar que sigue el proceso desarrollado por la burguesía en su lucha por sus derechos.[35] Es un esquema válido para otros colectivos, pero como veremos, debe ser matizado, porque no todo grupo o clase social ha podido llevarlo a cabo en todas sus etapas y tampoco se debe absolutizar como si fuera la única vía posible. Por ejemplo, el movimiento obrero o el movimiento de los derechos de las mujeres o los pueblos indígenas, si bien pueden poseer reflejos normativos e institucionales como expresión de la objetivación de sus reivindicaciones, no han conseguido una revolución triunfante en todos los niveles (por ello es muy importante la necesidad de caracterizar apropiadamente cada lucha) con la consiguiente justificación de ideas que permitan una sensibilidad popular generalmente aceptada y que tenga como consecuencia un real reconocimiento y una efectiva

[35] En este sentido, Ignacio Ellacuría señala el camino y las distintas etapas trazadas por el movimiento social burgués. Ver: Ellacuría, Ignacio, "Historización de los derechos humanos desde los pueblos oprimidos y las mayorías populares", *ECA*, 502, 1990; y Rosillo, Alejandro, "Derechos humanos, liberación y filosofía de la realidad histórica", VV.AA, *Teoría crítica dos direitos humanos no século XXI*, Porto Alegre, Editora PUCRS, 2000.

La disputa del derecho.indb 201 28/11/18 10:52

garantía. Asimismo, los pueblos indígenas han adaptado a su idiosincrasia, estrategias modernas para sus reivindicaciones milenarias y reactualizadas, pero hay elementos culturales que van más allá de ese proceso de lucha concreto descrito por el teólogo vasco y que, en su vivir cotidiano, no necesitan ser institucionalizados normativamente, porque puede existir interna y endógenamente una práctica comunal que consolida espacios propios de dignidad, sin que deje de ser desarrolladas por minorías vulnerables que, por las circunstancias en las que viven, convocan una violencia que, por lo general, va en contra de ellas.

Curiosamente, la cultura jurídica que reconoce la importancia de la lucha por los derechos, lo hace ensalzando como creadora de los mismos a la lucha desarrollada por la burguesía, con algún antecedente o precedente histórico previo, pero únicamente lo valora como un momento constituyente puntual, fundador y originario, que desaparece en el instante que se formaliza procedimentalmente y subordinando al resto de luchas al esquema marcado por la institucionalización normativa, por el principio de legalidad, por la forma del estado de derecho, consensuado constitucionalmente a través de la democracia representativa. La fuerza instituyente de la burguesía convirtió en instituido cualquier otro tipo de reivindicación popular y generó la apariencia de que ella también se limitó por la forma estado. Incluso de todos los movimientos sociales en el contexto moderno y occidental, el único que desde el principio poseía fuerza y poder era el movimiento burgués, pues desde el comienzo tuvo una fortaleza inigualable para enfrentar el orden medieval. Los demás movimientos y/o grupos sociales tanto a nivel intra-cultural como ínter-extra-cultural, se encontraron en situaciones estructurales de debilidad, siendo infravalorados en su capacidad creativa de dotar de carácter a sus propias producciones, más allá del dominio simbólico, discursivo e institucional a todos niveles, del liberalismo político y económico de la clase burguesa.

El sistema sobre el que se basa la organización moderna y capitalista no permite que las luchas que lo cuestionan puedan comunicar e irradiar desde sus particularidades, un horizonte de universalidad conflictivo, más diverso y más plural. Con la emergencia y la consolidación del orden moderno capitalista, han ido surgiendo demandas socio-históricas (de obreros, indígenas, de mujeres, de gays y lesbianas, medioambientales, de negros, etcétera) que, o bien han intentado destruir, o transformar el sistema. Estas

La disputa del derecho.indb 202 28/11/18 10:52

distintas conflictividades forman parte de una estructura de dominación o imperio (la capitalista) que sistemáticamente ha ido bloqueando la materialización del carácter universal y plural de la existencia humana y que se expresa en las distintas versiones de lucha por derechos humanos. Por ello, "la estructura de las formaciones sociales modernas requiere 'inventar' derechos humanos y proclamarlos universalmente, pero sus grupos de poder (expresados en estados-nacionales y mercados) asumen que se trata de una propuesta no factible de realizar".[36] Cualquier grupo humano que lucha desde sus particularidades y reivindica derechos surgidos desde sus racionalidades y necesidades, es debilitado, ridiculizado, inferiorizado, atenuado, eliminado o ignorado.

El movimiento social burgués logró expandir socioculturalmente su imaginario, su manera de pensar y su ideología. Todos los demás colectivos y grupos humanos se han tenido que adaptar o enfrentar a su modo de ver y estar en la realidad. Convendría analizar con detalle por qué ningún otro grupo ha podido hacer posible un equivalente proceso estructural de transformación y cambio de paradigma hegemónico, igual al que la burguesía en su momento realizó frente al orden medieval. De ahí que se haga urgente y necesario entender los derechos humanos desde las luchas, los contextos y las condiciones particulares de cada grupo y forma de vida, sin estar condicionados por la visión liberal que solo atiende a reflejos normativos e institucionales vestidos por un sastre que manifiesta una expresión del cuerpo humano, pero que no es necesariamente la única ni la que sirve para avanzar en la producción de humanidad.

Por otra parte, tal como anticipé, no es de extrañar que hoy en día se criminalicen a aquellos movimientos sociales que luchan o bien por el cumplimiento de derechos jurídicamente reconocidos, o bien por la legitimidad de nuevos derechos no objetivados en las normas constitucionales.[37] Resulta ser un contrasentido que el elemento que da origen y fundamento

[36] Gallardo, Helio, *Teoría crítica: matriz y posibilidad de derechos humanos*, Murcia. Francisco Gómez, 2007b.

[37] Sobre la paradoja y la contradicción de criminalizar a los movimientos sociales cuando son fuente de creación de derechos en sus procesos de lucha, ver Correa Borges, Paulo César, "A tutela penal dos direitos humanos", *Revista Espaço Acadêmico*, v. 11, núm. 134, 2012, pp. 82 y ss.

La disputa del derecho.indb 203 28/11/18 10:52

a los mismos, la lucha social, sea denigrada, descalificada y demonizada por los medios de comunicación y por las instancias gubernativas y estatales.

Una de las causas de que esto suceda se debe al imaginario de despolitización que se ha construido en torno a los derechos humanos y que implica un debilitamiento y una anulación del ejercicio autónomo del poder por parte del pueblo y/o la sociedad civil. Para ello, se han utilizado varios recursos. Un recurso crucial ha sido el modo de concebir el poder en una sola expresión. Tradicionalmente es definido como la capacidad de dominio de una persona sobre otra, siendo el resultado de una relación de mandato y obediencia. Para Max Weber, poder significa la probabilidad de imponer la propia voluntad, incluso contra toda resistencia.[38] Ya implica potencialmente un trato o relación desigual, manipulada y por imposición, en donde una de las partes es superior a la otra, quien se subordina y hasta es sometida. Este ha sido el modo como Occidente se ha expandido por el mundo, colonizándolo y apropiándose de él, incluso haciendo uso de los derechos humanos.

No obstante, Alejandro Médici contrapone este concepto de poder, al que denomina estratégico, con otra noción de poder más liberador y generador de autoestima, entendido como la capacidad de las personas para actuar concertadamente para hacer cosas de modo cooperativo y conjuntamente, en base a un consenso previamente obtenido.[39] Se trataría de una noción de poder compartido, sin jerarquías discriminantes y no basadas en el par superior/inferior. El ser humano, en su capacidad de significar y resignificar mundos plurales, cimentaría como fundamento de este modo constituyente de crear realidades, en la voluntad de vivir, según el sentido dicho por Enrique Dussel,[40] reinterpretando a Spinoza. Un poder desde el que podemos alimentarnos, disfrutar de un hogar y vestirnos dignamente y garantizando la vida de cada ser humano particular, con nombres y apellidos, proporciona los medios para la satisfacción de las necesidades que permiten la producción, reproducción, mantenimiento y

[38] Weber, Max, *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, pp. 43 y ss.

[39] Médici, Alejandro, *La constitución horizontal. Teoría constitucional y giro decolonial*, San Luis Potosí, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat/ Facultad de Derecho-Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2012.

[40] Dussel, Enrique, *20 tesis de política*, México, Siglo XXI, 2006.

La disputa del derecho.indb 204 28/11/18 10:52

desarrollo de la vida humana concreta mediada culturalmente.[41] Desde el punto de vista político, sería por antonomasia el pueblo el sujeto primero y último del poder, siendo el verdadero soberano con autoridad propia. Con la categoría de *potentia*, Dussel entiende "el poder que tiene la comunidad como una facultad o capacidad que le es inherente a un pueblo en tanto última instancia de la soberanía, de la autoridad, de la gobernabilidad, de lo político".[42] Alejandro Médici amplía, completando, su significado con el concepto de *hiperpotentia*, desde la posición del bloque social de los oprimidos que representan la exterioridad radical del sistema fetichizado. Es el pueblo en tanto que "subjetividades subalternativizadas que critican hacia la transformación del orden social e institucional existente, que formula sus reclamos en forma de nuevos derechos, que expresan su voluntad crítica de convivencia desde el consenso contrahegemónico".[43] Es este poder popular el que es negado y secuestrado por el modo como la cultura occidental tiene de entender lo que son los derechos humanos desde una única y exclusiva dimensión normativa, funcionarial, burocrática y post-violatoria.

A un nivel más antropológico, podría hablarse de la cualidad instituyente y creadora de los seres humanos para transformarse a sí mismos y a los entornos en los que se desarrollan. En este sentido, Joaquín Herrera Flores[44] alude a la capacidad humana genérica de reaccionar culturalmente frente al mundo, de reaccionar frente a sus entornos relacionales, en un permanente, continuo e inacabado proceso de creatividad y significación, con sus consecuencias tanto positivas como negativas. En términos de dignidad humana, sería *el despliegue de la potencialidad humana para construir los medios y las condiciones necesarios que posibiliten la capacidad humana genérica*

[41] Dussel, Enrique, *20 tesis de política*, México, Siglo XXI, 2006, p. 24.

[42] Dussel, Enrique, *op. cit.*, p. 27.

[43] Interesantes son los planteamientos que reivindican una tradición expresamente iberoamericana de derechos humanos que se basa en el protagonismo y la centralidad de los oprimidos y los pobres. Ver: De la Torre Rangel, Jesús Antonio, *Tradición iberoamericana de derechos humanos*: México, Editorial Porrúa y Escuela Libre de Derecho, 2014; y Rosillo, Alejandro, *Los inicios de la tradición iberoamericana de derechos humanos*, San Luis Potosí, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat/ Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, Aguascalientes y San Luis Potosí, 2011.

[44] Herrera Flores, Joaquín, *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, Madrid, Los Libros de la Catarata, 2005.

La disputa del derecho.indb 205 28/11/18 10:52

de hacer y des-hacer mundos.[45] El poder constituyente, en términos no solo constitucionales y de teoría política, sino aplicados a los derechos humanos, sería la capacidad creativa plural y diferenciada, la cualidad individual y colectiva de las personas concretas de enfrentar el mundo, reaccionando frente a sus entornos relacionales tanto para lo bueno como para lo malo. Por ello hay que distinguir entre un poder constituyente emancipador, liberador y popular y un poder constituyente oligárquico, dominador y excluyente. Ambos actúan permanentemente en contextos diversos sobre las normas y los ordenamientos jurídicos positivizados no funcionan a parte y separados. En cierta forma, guarda mucha relación con el concepto de poder instituyente entendido como infrapoder creador, implícito que es obra continua de todos, que es a la vez *el de lo imaginario instituyente*, de la sociedad instituida y del campo-sociohistórico en el sentido interpretado por C. Laval y P. Dardot a partir de Castoriadis. De este poder implícito depende la forma de poder explícito propio de las instituciones y las legislaciones (denominado poder constituyente (propiamente dicho).[46] El poder popular está por encima de las constituciones, no se agota en un acto fundante ni en un acto constituyente inicial, sino que persiste, permanece, durante la vigencia de todo orden y poder constituido. Ni tampoco se limita a una norma de producción de derecho absorbido por el poder constituido y dominado por los poderes indirectos o constituyentes oligárquicos.[47]

Por tanto, para lo que me interesa resaltar aquí, el poder popular en tanto poder originario e instituyente, en la tradición de la teoría política y como promesa incumplida de la modernidad, se muestra como el fundamento y legitimidad de las instituciones y los sistemas de organización de una

[45] Herrera Flores, Joaquín, *op. cit.*, pp. 18, 57, 60 y 89.

[46] Laval, Christian, Dardot, Pierre, *Común*, Barcelona, Gedisa, 2015, pp. 481 y ss.

[47] Monereo Pérez, José Luis, *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt*, Madrid, El Viejo Topo, 2015, pp. 56 y 487. Gerardo Pisarello añade la distinción entre procesos constituyentes democratizadores y procesos constituyentes des-democratizadores, pero en el marco de procesos constituyentes históricos que fundan un orden social concreto. Yo me inclino por esa diferencia entre quienes son más pueblo y desde abajo pero con la idea de que no desaparecen y permanecen constantemente, frente a quienes desde arriba, articulan lo instituido con lo constituyente oligárquico que también está presente de manera continua. Pisarello, Gerardo, *Procesos constituyentes. Caminos para la ruptura democrática*, Madrid, Trotta, 2014, p. 11.

La disputa del derecho.indb 206 28/11/18 10:52

sociedad calificada de democrática. El conjunto de sujetos individuales libres que en red y con vínculos intersubjetivos dentro de una comunidad, se aúnan consensualmente como poder constituyente que construye realidades desde la materialidad de la vida posibilitada, establece las bases del constitucionalismo democrático moderno y de los estados constitucionales de derecho. El poder del pueblo y para el pueblo es su máxima expresión, entendido como instancia originaria y fundadora del orden político.

Por ello, pero a lo largo de la historia, de manera sistemática y, principalmente, una vez asentadas las revoluciones burguesas que originaron la primera etapa del constitucionalismo, quedó sometido a un proyecto de control no solo, como dice Toni Negri, de la ciencia jurídica;[48] sino a un nivel más estructural por medio de los poderes oligárquicos que, por tradición, han tenido un miedo y un recelo ancestral hacia lo popular, casi siempre adjetivado despectivamente como la chusma o la masa inmadura, salvaje y peligrosa. A lo largo del tiempo se han ido desarrollando sucesivas políticas de limitación, recorte, parcelación y debilitamiento. El derecho y la representación política han sido dos de los principales instrumentos para amansar y domar su fuerza creativa y transformadora de los entornos relacionales. La dimensión delegativa e instituida del poder gubernativo y político, termina robando y expropiando el poder soberano de las mayorías populares, que pierden en protagonismo directo de significar y dotar de carácter a sus propias producciones, de hacer y des-hacer mundos. Gabriel Méndez y Ricardo Sanín lo describen de la siguiente manera cuando se refiere al constitucionalismo estadounidense o "usamericano": "la constitución colapsa el poder constituyente del pueblo a una sociedad pre-existente (institucionalizado) y, por tanto, pierde todo rastro de existencia y subjetividad política y de su agencia jurídica controlado mediante extensivas formas jurídicas, algunas delimitan su actividad como actividad procesual, y otras van más allá y vierten su agencia política en otras instituciones que la contienen y neutralizan. El pueblo, base de legitimidad de la arquitectura política, desaparece en el instante que es internalizado como una parte más de la constitución, es decir, como poder constituido".[49] Ambos autores

[48] Negri, Antonio, *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, Madrid, Libertarias, 1994, p. 20.

[49] Méndez Hincapié, Gabriel y Ricardo Sanín Restrepo, Ricardo, "La constitución encrip-

La disputa del derecho.indb 207 28/11/18 10:52

indican las consecuencias: la constitución, en vez de ser un proceso abierto a una comunidad ampliada y plural de intérpretes que abarca a toda la ciudadanía, se cierra como un coto privado de operadores jurídicos y la doctrina constitucional, encriptándola con un lenguaje tecno-legal que se convierte en indescifrable y también al poder que lo sustenta.

Este efecto limitante y de blindaje de los seres humanos en tanto sujetos soberanos, se proyecta sobre los derechos humanos que, tal como hemos dicho, pierden su carácter político e histórico y pasan a ser instancias técnicas y burocráticas. Al juridificarse, se despolitizan, desvinculándolos de las luchas sociales que resisten los procesos que agreden el impulso vital instituyente de reacción cultural y de existencia plural y diferenciada. Cuando la lucha política por los derechos debería estar presente en todas las instancias tanto jurídicas, como socioeconómicas y existenciales, se la filtra, regula, contiene y limita con las camisas de fuerza de las normas y los procedimientos jurídico-estatales, que imposibilitan las trasferencias de poder que el pueblo y cada ser humano precisa para crear y recrear mundos desde sus propias particularidades y diferencias. La trampa de estos juegos malabares de desempoderamiento popular, radica en diluir al poder constituyente popular convirtiéndolo en solo una capacidad originaria o subordinándolo a un poder constituido delegativo, estratégico, burocrático y técnico. Se termina normalizando y naturalizando la idea de que así, toda dimensión constituyente que en el origen es legitimadora, pasa a ser legitimada por las instancias institucionales que lo controlan. Se oculta con ello, la cooptación que de lo instituido realiza ese otro poder constituyente oligárquico, estratégico, fetichizado y excluyente, que es el que realmente se apropia y controla el proceso de construcción de la realidad desde parámetros economicistas, mercantiles, patriarcales, coloniales y racistas, y bajo la engañosa noción de individuos emprendedores y competitivos. Así, las mayorías populares quedan en manos de grupos minoritarios privilegiados.

Por esta razón, cuando se habla de derechos humanos no hay que circunscribir su dimensión al plano de idealidad abstracta y teórica, tanto en lo normativo y lo institucional como en lo discursivo y lo filosófico-doctrinal. Luchar por los derechos hay que relacionarlos con hacerle justicia al débil, al oprimido, pero entendida esta expresión como esfuerzo por no

tada. Nuevas formas de emancipación del poder global", *REDHES*, núm. 8, 2012, p. 108.

La disputa del derecho.indb 208 28/11/18 10:52

producirlos como tales, como débiles,[50] a través de una praxis construida y caracterizada desde ellos, que intente superar las realidades negadoras de sus derechos. Se necesita para ello un reconocimiento social y el establecimiento de todo aquello que posibilite las condiciones materiales para ejercerlos materialmente. Se puede afirmar que el concepto estrecho liberal y occidental de derechos humanos tal como se interpreta y aplica, deja intactas las sociabilidades, las tramas sociales y relacionales propias del modo de vida capitalista que se basa en una división heterárquica, desigual y asimétrica estructural tanto del saber, del poder, del ser y del hacer (trabajo humano incluido), que discrimina, margina, domina y oprime desde el punto de vista de género, racial, de clase, etario y cultural. Por ello deja fuera de la posibilidad de disfrutar de derechos a la mayor parte de la humanidad. Los derechos humanos vistos solo desde sus dimensiones instituidas, burocráticas, formales y normativas invisibilizan, ignoran o no afectan a las situaciones estructurales de desigualdad y dominación que quedan inamovibles históricamente, a pesar de que existan normas e instituciones junto a reflexiones teóricas sobre ellas que puedan, formalmente, reconocer las demandas de esos grupos excluidos. Como se ignora y se fortalece el mal común que solo beneficia a unos pocos a costa de la mayoría, puede estimarse que los colectivos populares y oprimidos luchan permanente y continuamente por condiciones de una vida digna de ser vivida (étnica, epistémica, social, económica, política, libidinal-sexual, cultural...) más allá de las generaciones de derechos establecidas doctrinal y jurídico-positivamente, desde un prisma eurocéntrico.[51]

En definitiva, se despolitizan los derechos humanos juridificándolos en procedimientos interpretados por técnicos y especialistas, eliminando, con ello, la dimensión combativa, liberadora y de lucha instituyente popular, propia de los movimientos sociales que ejercen el poder soberano de la lucha por los derechos frente a entornos de dominación, explotación y discriminación. Por ello, es falsa y mentirosa la idea de que existe un poder instituido, de derecho, constitucional y democrático desvinculado

[50] Por aclaración del propio Gallardo, la expresión "hacer justicia al débil" no es correcta porque al débil se le hace "justicia" oprimiéndolo. Lo que hay que hacer es el esfuerzo de no producir débiles.

[51] Sánchez Rubio, David, *Encantos y desencantos de los derechos humanos*, *op. cit.*

La disputa del derecho.indb 209 28/11/18 10:52

de amenazas, controles y hegemonías de poder. A costa de eliminar la dimensión constituyente popular y de la sociedad civil que afecta e influye sobre lo instituido, quien ejerce un sistemático control es el otro poder constituyente, el oligárquico, que se mantiene en su versión dominadora e imperial por medio de los intereses y las acciones hegemónicas y alienantes del capital patriarcal. Tal como señalé en la introducción, los protagonistas del mundo de los negocios, las empresas multinacionales, los grandes bancos, el FMI, la OMC, el BM y aquellas grandes potencias o estados más fuertes del capitalismo tanto central, como periférico, con sus respectivas clases ricas nacionales, son los poderes constituyentes oligárquicos que poseen el control y la autoridad del poder instituido, plasmado en los estados constitucionales de derecho, y que estructuralmente extienden el mal común sobre la humanidad. Absolutizan sus intereses por medio de derechos como la propiedad privada, la libertad de contratos y el libre comercio. La estrategia es utilizar el derecho estatal y la legalidad cuando conviene en unos casos, y en otros es preferible vulnerarlo, creando normatividades paralelas. De ahí la importancia que tiene exigir, reivindicar y recuperar el papel protagonista del poder constituyente popular y de unos derechos humanos instituyentes que compensan las carencias, las omisiones y las agresiones del poder constituido normativo y estatal blindado y enclaustrado oligárquicamente. La fuerza de los derechos humanos en eficacia y garantía se incrementará cuando el poder constituyente popular y democrático, que también puede decantarse a la creación de espacios de dominación y destructores de dignidades, se complemente con los derechos humanos instituidos, que concretizan las luchas instituyentes y emancipadoras populares y que permiten a todo ser humano ser tratado como sujeto actuante e instituyente y no como objeto manipulable, victimizado y prescindible. Así los derechos humanos sí serían expresión del bien común de la humanidad como un todo y no expresión de bienes particulares que solo beneficia a unos pocos.[52]

[52] Ellacuría, Ignacio, "Historización de los derechos humanos desde los pueblos oprimidos y las mayorías populares", *ECA*, 502, 1990, pp. 277-278.

La disputa del derecho.indb 210 28/11/18 10:52

Luchas individuales del día a día y poderes instituyentes cotidianos. La estructura inter-escalar y multi-espacial de los derechos

No obstante, para luchar por los derechos humanos no hace falta ser miembro de un movimiento social. Las luchas cotidianas e individuales –y que también son políticas–, enfrentan el efecto estático y congelado o puntual y azaroso de las formas jurídicas expresadas en leyes y reglamentos por medio del conjunto de actuaciones y relaciones personales, concretas y cercanas encaminadas a hacer efectivos los derechos proclamados. Si con el primer tipo de lucha por los derechos a través de los movimientos sociales nos encontramos con unos derechos humanos generados desde poderes constituyentes populares con una mayor fuerza colectiva transformadora, en este segundo tipo de lucha relacional del día a día, los derechos humanos son ejercidos por poderes instituyentes más "cotidianistas", expresados con la *potentia* individual y personal y las acciones particulares desenvueltas por cada persona.

Para hacer operativas las normas constitucionales, junto con las acciones de los operadores jurídicos con sensibilidad por derechos humanos, que atienden las demandas y denuncias a través de sentencias, acciones de defensa y medidas administrativas, están los actos ciudadanos individuales dirigidos a hacer valer los derechos reconocidos por las normas. Pero además, en los espacios relacionales de convivencia (en la familia por medio de una educación de crecimiento respetuoso, en la escuela a través de pedagogías liberadoras, en el trabajo con el reconocimiento integral de los derechos laborales, etc.), de *motu proprio* los seres humanos pueden desarrollar un conjunto de tramas sociales con las que unos a otros se tratan como sujetos iguales y plurales, actuando y luchando para convocar y sensibilizar, desde dinámicas de reconocimientos mutuos, solidarias y desde horizontalidades, ampliando el ámbito de garantías de derechos a lugares cotidianos y no solo judiciales.

Por ello, resulta un error pensar que el contenido de los derechos humanos o de los principios y valores que lo inspiran están definidos por las sentencias judiciales que los interpretan o por las teorías iusfilosóficas. Por el contrario, el núcleo del contenido de los derechos humanos viene determinado, no por la teoría o interpretación proyectada sobre las normas jurídicas, sobre las sentencias judiciales o reflejadas en libros o manuales

La disputa del derecho.indb 211 28/11/18 10:52

que solo son un complemento, sino por el conjunto de relaciones, acciones y medios que se utilizan y despliegan para hacerlos factibles en cada contexto, posibilitando o imposibilitando las condiciones de existencia y de vida plurales y diferenciadas, a partir del ejercicio continuo, histórico, permanente y abierto de la *potentia* soberana y constituyente popular. Sería un modo de verificar y comprobar la real dimensión de justeza, ajuste y verdad, en la terminología de Ellacuría, de la dimensión normativa y prescriptiva que poseen los derechos humanos. El mismo Albert Camus en su obra *El hombre rebelde*, una vez que afirma los límites que cualquier valor debe tener para no sacrificar vidas humanas si se convierte en absoluto, y después de analizar de qué forma en la historia de la lucha por la justicia o la dignidad humana en Occidente, se han utilizado medios contrarios a los principios y valores proclamados, nos lanza la siguiente reflexión preguntando: "¿El fin justifica los medios? Es posible.

¿Pero qué justifica el fin?" Camus señala: "a esta pregunta, que el pensamiento histórico deja pendiente, la rebelión responde: los medios".[53] De esta forma nos da una pista acerca de cuáles son los contenidos de cualquier fin o principio como la dignidad, la libertad y la igualdad: son los medios y el conjunto de relaciones utilizados para hacerlos realidad los que le dan la justa medida y el auténtico significado de lo proclamado. La dimensión de la factibilidad humana, de lo que es factible y posible en un valor o principio humano, y que se hace operativo institucional y por la praxis humana, nos dará la coherencia o incoherencia material y real de aquello que proclamamos.[54]

Asimismo, Leandro Konder expresa muy bien este referente material de las acciones y las actuaciones en combinación con los medios, a través del concepto de praxis, que es muy afín a la dimensión instituyente de los seres humanos y donde el contenido de los derechos relacionales se explicita no por las formas: "la praxis es la actividad concreta por la que los sujetos humanos se afirman en el mundo, modificando la realidad

[53] Camus, Albert, "El hombre rebelde". En *Obras completas*, tomo III. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 341.

[54] Sobre el criterio y principio de factibilidad, inspirado en Franz Hinkelammert, ver Dussel, Enrique, *Ética de la liberación. En la edad de la globalización y la exclusión*, Madrid, Trotta, 1998.

La disputa del derecho.indb 212 28/11/18 10:52

objetiva y –para que puedan alterar– transformándose a sí mismos".[55] La teoría, en tanto un modo de acción y un momento necesario de la praxis, será un apoyo reflexivo que verifica los aciertos o desaciertos de la praxis. Pero es esta, consistente en el uso de medios y acciones, con la que el ser humano comprueba *la verdad, es decir, la efectividad y el poder, lo terrenal de su pensamiento,* evitando abstracciones mutilantes de los testimonios, las experiencias plurales y diferenciadas de cada persona.

En el orden de la convivencia humana y en cada espacio relacional, se construyen y respetan o se destruyen y violan derechos humanos según el tipo de relaciones humanas que se desplieguen: si mediante dinámicas de dominación e imperio o mediante lógicas de emancipación y liberación. A través de las primeras el poder se ejerce entre sujetos considerados superiores y humanos tratados como objetos inferiores, manipulables, prescindibles y manejables. Por medio de las segundas, las relaciones con el otro y la otra junto con las identidades del nosotros se construyen desde tramas de reconocimientos mutuos, respeto y considerando a todos como sujetos. El caso es que el tipo de sociedades en las que vivimos, la asimetría y desigualdad estructural es manifiesta. Son muchas las discriminaciones, violencias, marginaciones, explotaciones y exclusiones con las que se trata a los otros como objetos y se les ningunea por razones raciales, sexuales y de género, de clase...

Las dinámicas predominantes de las relaciones en las esferas sociales son de dominación e imperio. Estructuralmente existen unas sociedades que dividen racial, sexual, genérica, clasista y etariamente de forma discriminatoria, excluyente, marginadora, desigual e injusta a la gran mayoría de la humanidad. Hay quienes pueden pensar que por ello aparecen los derechos humanos, como instrumentos de lucha y enfrentamiento a las violaciones que surgen de estos espacios relacionales. El Estado-nacional sería el vehículo protagonista de límite, de control, de prevención y de sanción de las extralimitaciones de los poderes. No obstante, en función de lo que estamos diciendo, el imaginario que se utiliza de los derechos humanos y tal como lo entendemos oficialmente, no permite enfrentar la violencia estructural y asimétrica de nuestro sistema capitalista global.

[55] Konder, Leandro, *O futuro da filosofía da práxis,* Rio de Janeiro, 2ª edición, Paz & Terra, 1992, p. 115.

La disputa del derecho.indb 213 28/11/18 10:52

No la afecta. El modo como conceptualizamos y defendemos los derechos humanos solo tiene unos efectos paliativos y puntuales. Por este motivo es imprescindible salir de este bloqueo minimalista de éxito en la protección y las garantías. Los derechos humanos, junto con otros conceptos o medios emancipadores relacionados con la idea de liberación y dignidad humanas en perspectiva inter- cultural, deben tener unas consecuencias transformadoras de la división violenta y desigual del ser, del saber, del poder y del hacer humanos en lo étnico, lo racial, lo etario, lo genérico y lo sexual y en lo referente a la clase social. Visibilizar el papel tan importante de las esferas relacionales y las tramas sociales en todos los espacios (doméstico, libidinal e íntimo, ciudadano, comunitario, global, del trabajo y el mercado, etc.) y promocionar desde lo cotidiano el desarrollo de dinámicas de emancipación y liberación con las que todos nos constituimos como sujetos, a partir de los colectivos más vulnerados y victimizados, permitirá unos resultados mayores de transformación de esa violencia estructural sobre la que se sostienen nuestras sociedades. Por ello se debe trabajar a nivel inter-escalar (desde lo local, pasando desde lo nacional hasta lo global) y multi-espacialmente (en todos los lugares donde las relaciones humanas se desenvuelven) convocando, testimoniando, extendiendo, sensibilizando y promocionando relaciones humanas incluyentes de reconocimientos mutuos, reciprocidades y solidaridades que subviertan las opresiones y las dominaciones que generan realidades negadores y que nos posibiliten espacios convivenciales de disfrute y reconocimientos mutuos y recíprocos solidarios, como elemento positivo de superación dialéctica de esa escisión entre fuertes y débiles o señores y esclavos.

Resulta decisivo descubrir que, realmente, son nuestras relaciones y prácticas o tramas sociales tanto jurídicas como no jurídicas las que, en cada momento y en todo lugar, nos dan la justa medida de si hacemos o no hacemos derechos humanos, de si estamos construyendo procesos de relaciones bajo dinámicas de reconocimiento, respeto e inclusión o bajo dinámicas de imperio, dominación y exclusión. Por estas y otras razones, tal como hemos abordado en otros trabajos,[56] hay que animar a que la

[56] Sánchez Rubio, David, *Encantos e desencantos dos Direitos Humanos*, Porto Alegre, Libraria do Abdvogado Editora, 2014a; y Sánchez Rubio, David, "Crítica a una cultura estática y anestesiada de derechos humanos. Por una recuperación de las dimensiones constituyentes

La disputa del derecho.indb 214 28/11/18 10:52

sociedad en su conjunto cree mecanismos multi-escalares y pre-violatorios que instituyan derechos humanos desde una praxis instituyentes que se muevan bajo dinámicas de emancipación y liberación, cimentadas sobre relaciones y tramas sociales participativas de colaboración, cooperación, reciprocidades, reconocimientos mutuos y solidaridades, muy en la línea de la praxis instituyente popular defendida por P. Dardot y C. Laval en el sentido de articular procesual y permanentemente espacios, entornos e instituciones *comunes* que resignifiquen el ámbito público y el mundo del mercado.[57] De esta manera se podrá transformar la socialización de comportamientos y hábitos no solo institucionalizados en instancias estatales, sino también aquellos cotidianos normalizados en los que predomina el tratamiento del semejante (la empleadora y la empleada doméstica o seres humanos despreciados o inferiorizados por el capital) como un objeto o tan ni siquiera como tal, ninguneándolo, silenciando, ocultando e invisibilizando aquellos sufrimientos que son fruto de las injusticias producidas por esos comportamientos y costumbres.

Desde ellas los derechos son un activo y permanente hacer justicia complementado secundariamente por su decir y proclamar. En definitiva, si realmente estamos contribuyendo a que los derechos humanos existan o no existan en y desde nuestra cotidianidad. De ahí la necesidad de reflejar permanentemente su dimensión política, socio-histórica, procesual, dinámica, conflictiva, reversible y compleja. Por tanto, hay que apostar por una noción historizada de derechos humanos que nos espabile de la anestesia en la que estamos sumergidos, con la que los cinco o los seis sentidos actúan simultáneamente las veinticuatro horas del día y en todo lugar. Son prácticas, acciones y modos de hacer que se desarrollan diariamente, en todo tiempo y en todo lugar y no se reducen a una única dimensión normativa, filosófica o institucional, ni tampoco a un único momento histórico que les da un origen. Los derechos humanos son luchas permanentes que guardan más relación con lo que hacemos en nuestras relaciones con nuestros semejantes, ya sea bajo lógicas o dinámicas de emancipación o de dominación,

---

de la lucha por los derechos". En VV.AA., *Os conflitos fundiários urbanos no Brasil: estratégias de luta contra os despejos e empoderamentos a partir da Teoría Crítica dos Direitos Humanos*, Porto Alegre, CDES Direitos Humanos, 2014b.

[57] Laval, Christian, Dardot, Pierre, *Común*, Barcelona. Gedisa, 2015, pp. 460 y ss.

La disputa del derecho.indb 215 28/11/18 10:52

que con lo que nos dicen las normas jurídicas cuando son interpretadas a través de determinados especialistas (aunque también repercute en nuestro imaginario y en nuestra sensibilidad sobre derechos humanos).

A modo de conclusión

En este escrito nos hemos limitado a exponer algunos de los límites y las deficiencias que poseen tanto el concepto de democracia como de derechos humanos predominantes en nuestro horizonte occidental simbólico y cultural de sentido. Ambos conceptos operan a través del paradigma de la simplicidad y provocan una serie de efectos y consecuencias negativos tanto para el ejercicio de la ciudadanía y la constitución de auténticos ciudadanos soberanos como para la expansión y la consolidación de una auténtica cultura sensible instituyente de derechos humanos, que funcione a tiempo completo y en todo lugar. Sin despreciar e infravalorar los aspectos positivos de la democracia y los derechos humanos oficialmente establecidos, se indica la necesidad de ampliar y complejizar las dos ideas institucionalizadas, para establecer una dinámica más profunda, activa, creativa y más participativa de la ciudadanía y más abiertas a la construcción de espacios de reconocimiento emancipadores y de liberación.

Bibliografía

Camus, Albert. 1996. "El hombre rebelde". En *Obras completas*, tomo III. Madrid: Alianza Editorial.

Carvalho, Salo de Carvalho. 2014. "Criminología crítica: dimensiones, significados y perspectivas actuales", *REDHES*, núm. 11.

Correa Borges, Paulo César. 2012. "A tutela penal dos direitos humanos", *Revista Espaço Acadêmico*, v. 11, núm. 134.

Correas, Oscar. 2003. *Acerca de los derechos humanos. Apuntes para un ensayo*: México, Editorial Coyoacán / UNAM.

De la Torre Rangel, Jesús Antonio. 2014. *Tradición iberoamericana de derechos humanos*, México, Editorial Porrúa / Escuela Libre de Derecho.

La disputa del derecho.indb 216 28/11/18 10:52

De Sousa Santos, Boaventura. 2009. *Una epistemología del sur,* México D.F.-Madrid-Buenos Aires, Siglo XXI.

Dussel, Enrique. 1998. *Ética de la liberación en la edad de la globalización y la exclusión*, Madrid. Trotta.

_____. 2006. *20 tesis de política*, México D.F., Siglo XXI.

Ellacuría, Ignacio. 1990. "Historización de los derechos humanos desde los pueblos oprimidos y las mayorías populares", *ECA*, 502.

_____. 2012. "Hacia una conceptualización de los derechos humanos", Juan Antonio Senent (ed.). *La lucha por la justicia social. Selección de textos en Ellacuría (1969-1989)*, Bilbao, Universidad de Deusto.

Gallardo, Helio. 1989. *Elementos de política en América Latina*, San José, DEI.

_____. 2000. *Política y transformación social. Discusión sobre derechos humanos*, Quito, Editorial Tierra Nueva.

_____. 2005. *Siglo XXI: militar en la izquierda*, San José, Arlekín.

_____. 2006a. *Siglo XXI: producir un mundo*, San José, Arlekín.

_____. 2006b. *Derechos humanos como movimiento social*, Bogotá, Ediciones desde abajo.

_____. 2007a. *Democratización y democracia en América Latina*, San Luis Potosí, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho-Universidad Autónoma de San Luis Potosí.

_____. 2007b. *Teoría crítica: matriz y posibilidad de derechos humanos*, Murcia, Francisco Gómez.

Gilly, Adolfo. 2007. *La revolución interrumpida*, México D.F., Ediciones Era.

Herrera Flores, Joaquín, 1989. *Los derechos humanos en la Escuela de Budapest*, Madrid, Tecnos.

_____. 2005. *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, Madrid, Los Libros de la Catarata.

Konder, Leandro. 1992. *O futuro da filosofía da práxis*, Río de Janeiro, 2ª edición, Paz & Terra.

Lander, Edgar (org.). 2000. *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales*, Buenos Aires, CLACSO.

Laval, Christian y Pierre Dardot. 2013. *La nueva razón del mundo*, Barcelona, Gedisa.

_____. 2015. *Común*, Barcelona. Gedisa.

La disputa del derecho.indb 217 28/11/18 10:52

Martínez Pería, Juan Francisco. 2013. *Libertad o muerte. Historia de la revolución haitiana*, Buenos Aires. Ediciones del CCC.

Médici, Alejandro. 2012. *La constitución horizontal. Teoría constitucional y giro decolonial*, San Luis Potosí, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat/ Facultad de Derecho-Universidad Autónoma de San Luis Potosí.

Méndez Hincapié, Gabriel y Sanín Restrepo, Ricardo. 2012. "La constitución encriptada. Nuevas formas de emancipación del poder global", *REDHES*, núm. 8.

Monereo Pérez, José Luis. 2015. *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt*, Madrid, El Viejo Topo.

Morin, Edgar. 2001. *Introducción al pensamiento complejo*, Barcelona, Gedisa. Negri, Antonio. 1994. *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, Madrid, Libertarias.

Pisarello, Gerardo. 2011. *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo anti-democrático*, Madrid, Trotta.

_____. 2014. *Procesos constituyentes. Caminos para la ruptura democrática*, Madrid, Trotta.

Rodríguez Prieto, Rafael. 2005a. *Ciudadanos soberanos*, Córdoba, Almuzara.

_____. 2005b. *Construyendo democracia: una propuesta para el debate*, Sevilla, Aconcagua libros.

Roitman, Marcos. 2011. *Democracia sin demócratas*, Madrid, Sequitur.

Rosillo, Alejandro. 2008. "Derechos humanos, liberación y filosofía de la realidad histórica". En VV.AA, *Teoría crítica dos direitos humanos no século XXI*, Porto Alegre, Editora PUCRS.

_____. 2011. *Los inicios de la tradición iberoamericana de derechos humanos*, San Luis Potosí, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, Aguascalientes y San Luis Potosí.

Sánchez Rubio, David. (2007). *Repensar derechos humanos*, Sevilla. Mad.

_____. 2011. *Encantos y desencantos de los derechos humanos*, Barcelona, Icaria.

_____. 2013. "Una perspectiva crítica sobre democracia y derechos humanos". En David Sánchez Rubio y Juan Antonio Senent de Frutos, *Teoría crítica del derecho, Nuevos horizontes*, San LuisPotosí-

La disputa del derecho.indb 218 28/11/18 10:52

Aguascalientes, Universidad Autónoma San Luis Potosí / Centro de Estudios Jurídicos y Sociales, Mispat.

_____. 2014a. *Encantos e desencantos dos Direitos Humanos*, Porto Alegre, Libraria do Abdvogado Editora.

_____. 2014b. "Crítica a una cultura estática y anestesiada de derechos humanos.

Por una recuperación de las dimensiones constituyentes de la lucha por los derechos", VV.AA., *Os conflitos fundiários urbanos no Brasil: estratégias de luta contra os despejos e empoderamentos a partir da Teoría Crítica dos Direitos Humanos*, Porto Alegre, CDES Direitos Humanos.

<http://www.cdes.org.br/SITE/PUBLICACOES/pub05conflitos2.pdf>. Acceso: 15 sept. 2014.

_____. 2015. "Contra una cultura estática y anestesiada de derechos humanos.

Por una recuperación de las dimensiones constituyentes de la lucha por los derechos", *Derechos y libertades*, núm. 33.

Sanin Restrepo, Ricardo. 2014. *Teoría crítica constitucional. La democracia a la enésima potencia*, Valencia, Tirant Lo Blanch.

Weber, Max. 1992. *Economía y sociedad*, México D.F., Fondo de Cultura Económica.

Zibechi, Raúl. 2007. *Dispersar el poder*, Quito, Abya Yala.

_____. 2014. *Descolonizar la rebeldía. (Des)colonialismo del pensamiento crítico y de las prácticas emancipatorias*, Valencia-Málaga, Baladre / Zambre.

La disputa del derecho.indb 219 28/11/18 10:52

Los derechos colectivos de los pueblos indígenas en México

Benjamín A. Cervantes Pérez*
B. Lizbeth Hernández Hernández**
Mylai Burgos Matamoros***

Introducción

Desde el momento en el que se da el choque de civilizaciones –la civilización occidental y las diversas culturas existentes en lo que posteriormente se denominara América– la primera se impuso con la fuerza del sable y la cruz frente a los pueblos que más tarde llamarían genéricamente "indios". Este enfrentamiento provocó que, condenados a una existencia moribunda, servicial, para muchos hasta gravosa y limitante en la construcción del ideal de Estado Moderno, los pueblos de *nuestramérica*[1] fueran sujetos de violencia, invisibilidad y marginación.

* Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Actualmente trabaja como asesor en la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

** Licenciada en Derecho y Egresada de la Licenciatura en Geografía ambas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Maestrante del Programa de Posgrado en Estudios Latinoamericanos en la Universidad Nacional Autónoma de México.

*** Profesora Investigadora de la Academia de Derecho de la Universidad Autónoma de la Ciudad de México.

[1] Este concepto se emplea en la filosofía latinoamericana a partir del término empleado por José Martí en su ensayo "Nuestra América" de 1891. Ver en autores como Horacio Cerutti

La disputa del derecho.indb 221 28/11/18 10:52

Así, los pueblos originarios han tenido que coexistir con modelos políticos, económicos e ideológicos que les son ajenos; sin embargo, muchos mantienen y preservan su visión del ser y la vida, no de manera pura, sino en la mixtura del devenir y el tiempo. Esto se ha constatado, sobre todo, mediante sus luchas, sus resistencias y reclamos que se visibilizaron con mayor fuerza a partir de los años noventa en México. Sus voces se convirtieron en las voces de otros muchos y desde sus vivencias, sus saberes, sus formas de autonomía y organización, sus historias, sus resistencias y sus luchas, aquellos reclamos entraron al discurso de los derechos.

Los derechos de los pueblos indígenas se han convertido en un campo de lucha, con varios objetivos: la visibilización de sus conflictos, el reconocimiento de sus necesidades y formas de vida mediante la creación de normativas jurídicas internacionales y nacionales establecidas como derechos que, a su vez, implican jurídica y políticamente en la praxis, la viabilidad institucional hacia el respeto, cumplimiento y exigibilidad de los mísmos.

En este sentido, este trabajo pretende exponer los elementos generales del debate teórico histórico de la construcción de los derechos colectivos en México. No tiene como objetivo dar definiciones terminadas, simplemente esperamos que sirva –entre los muchos caminos– para la defensa de los derechos de nuestros pueblos indígenas. Es así que se llevará a cabo una explicación muy general de la discusión sobre los derechos colectivos teóricamente a partir de una reconstrucción crítica de su devenir histórico dogmático internacional y mexicano. Esto implica un análisis dogmático que no pretende solamente enunciar lo establecido, sino exponer cómo estos contenidos fueron regulándose siendo parte de las resistencias y luchas de pueblos indígenas y sociedad civil en general, por el reconocimiento y el cumplimiento de los derechos de aquellos que pasaron 500 años sin voz.

Guldberg y Mario Magallón Anaya; Discurso filosófico y conflicto social en Latinoamérica, Colección Filosofía e Historia de las Ideas en América Latina, Centro de Investigaciones sobre América Latina y el Caribe - UNAM, 2007, p. 225; entre otros.

La disputa del derecho.indb 222 28/11/18 10:52

Los pueblos indígenas en el derecho internacional de los Derechos Humanos. En búsqueda de su reconocimiento como sujetos de derechos

La discusión en torno a los derechos colectivos es tan antigua como hablar de derechos individuales. La noción de derechos colectivos (o derecho de los pueblos) ya se desarrollaba en los siglos XVIII y XIX como una reacción a los poderes monárquicos reinantes.[2] Sin embargo, los "derechos individuales o subjetivos" tuvieron un reconocimiento muy amplio en el orden jurídico internacional, debido a la concepción liberal occidentalista de los derechos humanos y su codificación en el marco de las Naciones Unidas realizada a partir de 1948, lo que generó que el interés de los teóricos y la atención dogmática que se la ha dado a los "derechos colectivos" fuese exigua.

A pesar de ello, desde hace algunas décadas, la discusión en torno a la concepción individualista del derecho ha tomado importancia, proveniente de la crítica al liberalismo desde movimientos filosóficos como el comunitarista o multiculturalista que ha puesto en duda su capacidad para la protección de los sujetos colectivos (o sujetos no-occidentales), acompañado de que ciertos grupos indígenas han realizado reivindicaciones políticas importantes en términos de derechos colectivos.[3]

Estos elementos enunciados en su interrelación dialéctica: la negación de los sujetos colectivos como pueblos indígenas históricamente *vs* la concepción individualista predominante de los derechos, discursos reflejados en la práctica como despojo, apropiación y/o nulificación de entes colectivos –sujetos y bienes cuya naturaleza pueden ser protegidos únicamente

[2] Un ejemplo de ello se encuentra en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, cuyo preámbulo expresa: "Cuando en el curso de los acontecimientos humanos se hace necesario para un pueblo disolver los vínculos políticos que lo han ligado a otro y tomar entre las naciones de la tierra el puesto separado e igual a que las leyes de la naturaleza y el Dios de esa naturaleza le dan derecho, un justo respeto al juicio de la humanidad exige que declare las causas que lo impulsan a la separación". Cruz Parcero, Juan A., *El lenguaje de los Derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Madrid, Trotta, 2008, p. 101.

[3] *Ibidem*, p. 102.

La disputa del derecho.indb 223 28/11/18 10:52

por derechos colectivos–, han propiciado instrumentos normativos para la protección y reconocimiento de sus derechos.[4]

Para la década de 1940, en el pueblo purépecha de Pátzcuaro, Michoacán (México) se convocaba al, en presencia de numerosos etnólogos, sociólogos y antropólogos procedentes de todo el continente y presidida por el gobierno mexicano. Las recomendaciones que surgieron de este congreso siguieron la línea paternalista y una política integracionista que respondía sólo a los intereses del grupo del poder, basadas en mecanismos de desmovilización y represión hacia la organización y la lucha de los pueblos indígenas. Lo anterior, porque la cosmovisión de estos últimos no fue tomada en consideración. Sin embargo, no se debe olvidar que fue la primera vez que se planteó el problema de los pueblos indígenas a nivel continental en el marco de una reunión internacional.[5] Esto provocó que en el seno del sistema de las Naciones Unidas comenzaran a discutir algunas cuestiones en relación a los pueblos indígenas. Sobre el tema de México retomamos en lo sucesivo.

La igualdad y la no discriminación

En el año de 1948 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptaría la Declaración Universal de los Derechos Humanos, inaugurando así el sistema internacional de los derechos humanos y desde donde se comenzó a construir todo el aparato internacional para la defensa y protección de estos. El sesgo occidental e individualista no se dejó esperar en dicha declaración,

[4] Queremos señalar que, aunque los instrumentos normativos internacionales reconozcan los derechos colectivos como producto de la resistencia de los pueblos, el campo del derecho no es el único campo de lucha en el que se encuentran inmersas las resistencias, ni lo debería ser. Hablamos del derecho (en específico de los derechos humanos de los pueblos indígenas) como un campo estratégico de lucha social. Ver Torre Rangel, Jesús A. *El Derecho como arma de liberación en América Latina, Sociología jurídica y uso alternativo del derecho*, México, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Gutiérrez / Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2006, p. 201.

[5] Barre, Mariel Chantal, "Políticas Indigenistas y reivindicaciones indias en América latina 1940-1980", en Bonfil, Guillermo *et al., América Latina: etnodesarrollo y etnocidio*, San José, Costa Rica, FLACSO, 1982, p. 44.

La disputa del derecho.indb 224 28/11/18 10:52

considerando al individuo como sujeto de derecho aislado y desvinculado de su contexto social y cultural específico, dejando a los pueblos indígenas como sujeto colectivo fuera de la protección de esta declaración.[6]

Los principales fundamentos en que descansa la Declaración Universal, a saber la igualdad y la no discriminación, ha servido de soporte de desigualdades sociales y raciales, ya que todos los sujetos fueron lanzados a competir en "igualdad de condiciones" pese a las diferencias económicas, políticas y culturales; además, "la igualdad y la no discriminación" sesgados por el liberalismo, llevó a los Estados nacionales –sobre todo en América– a negar las diferencias internas de grupos y pueblos, diseñando y aplicando políticas de integración política, jurídica y cultural, lo que se traducía en asimilación y exterminio de quienes no compartían esta concepción liberal.[7]

Curiosamente, estos mismos principios provocaron la aprobación de otro instrumento jurídico en el mismo año: la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.[8] Para esta Convención, el delito de genocidio es la realización de "cualquier acto perpetrado (matanza, lesión grave a la integridad física o mental) con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal".

El movimiento indígena encontró la oportunidad en esta Convención para elevar sus denuncias a los organismos internacionales de derechos humanos, por el constante "genocidio cultural" –o "etnocidio"– desde la llegada de los europeos a sus territorios, hasta las políticas de asimilación y exterminio continuadas por los Estados nacionales. No cabía duda que estas prácticas atentan directamente a la existencia del grupo como tal, por lo tanto, este hecho recaía en el supuesto de delito de genocidio establecido en la Convención. Pero la ONU rechazó sistemáticamente estas demandas. La Convención se elaboró pensando en el contexto europeo, dejando de

[6] Stavenhagen, Rodolfo, "Los derechos indígenas en el sistema internacional: un sujeto en construcción", *Revista IIDH*, Costa Rica, núm., 26, julio-diciembre 1997, p. 19.

[7] Escalante Betancourt, Yuri, *Derechos de los Pueblos Indígenas y Discriminación Étnica y Racial*, México, Consejo Nacional para la Discriminación Étnica o Racial, 2009, p. 31.

[8] Para entender este efecto, conviene recordar la circunstancia de que la Convención se produjo en el contexto de la derrota del mayor movimiento que ejerció directamente genocidio en el siglo XX: el nazismo. Ver Clavero, Bartolomé, *Delito de Genocidio y Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional*, p. 1. <http://clavero,derechosindigenas,org/wp-content/uploads/2008/09/genocidio-iwgia-pdf>.

La disputa del derecho.indb 225 28/11/18 10:52

lado la problemática de los pueblos indígenas. Por lo anterior, la ONU tuvo que neutralizar el concepto de "genocidio" para salvar la cara, identificándolo y reduciéndolo tan sólo como el asesinato en masa, excluyendo aquellas políticas lesivas para la vida cultural de determinados grupos colectivos, aunque fueran destinadas claramente a la desaparición del grupo como tal.[9]

Si el genocidio liquida los cuerpos, el etnocidio mata el espíritu. Casos significativos de etnocidio –o genocidio de los pobres– hay tantos y todos encierran una significación singular.[10] En el continente americano, los pueblos indígenas han sido víctimas de políticas etnocidas habituales desde hace quinientos años, los europeos, los Estados y las empresas transnacionales han cumplido el rol de colonizadores insaciables que pretenden "integrar" a los indígenas a toda costa.[11]

A pesar de que los instrumentos explicados previamente no reconozcan expresamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas, tanto la Declaración Universal como la Convención contra el Genocidio, son instrumentos de lucha por la defensa de los derechos humanos de los pueblos indígenas frente a las acciones u omisiones que el Estado ejecute en la violación de estos derechos.

Grupos Minoritarios

A partir de la década de los cincuenta hubo quienes pidieron atención especial a los grupos culturalmente diferenciados o grupos minoritarios. A pesar de que la visión del sistema internacional terminó siendo la de los derechos humanos individuales y universales abstractos, el tema de las minorías cobró atención debido a la situación que imperaba en países de Europa en el contexto de la Segunda Guerra Mundial. Para ello se creó la Subcomisión para la Prevención de Discriminación y la Protección a Minorías,

[9] *Ibidem*, p. 3.

[10] Diversas denuncias fueron expuestas bajo el término de "genocidio cultural" en América Latina, por ejemplo la experiencia de los pipiles en El Salvador registrada por Jean Malaurie (1968), la experiencia de los barí en Colombia y Venezuela denunciada por Robert Haulin (1964), entre otros.

[11] *Ibidem*, p. 8.

La disputa del derecho.indb 226 28/11/18 10:52

órgano dependiente de la Comisión de Derechos Humanos. Esta Subcomisión estaba encargada de recomendar proyectos sobre la prevención de la discriminación y protección de minorías raciales, nacionales, religiosas y lingüísticas.

Para el año de 1966, se reconocía la protección a los grupos minoritarios en el artículo 27 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos[12] (en adelante PIDCP), que expresa: "En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma".

Este artículo había sido redactado de una forma tan vaga y poco clara que conllevó problemas de interpretación. Primero, vemos que su redacción refuerza la visión individualista de los derechos humanos al referir *las personas* dentro del grupo; segundo, como no se define qué son las minorías en los Estados, entonces no existen criterios para determinar si en un Estado existen o no minorías; tercero, los derechos que supuestamente se otorgan a esas minorías vagamente identificadas no se afirman o se expresan en positivo, sino que dice simplemente que no se negarán sus derechos a las personas de la minoría de que se trate.

Pese a lo anterior, la inclusión de los grupos minoritarios en el PIDCP impulsó a la Subcomisión a preparar nuevos instrumentos jurídicos para la protección de los derechos humanos de estos grupos, culminando con la aprobación de la Declaración de los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas en 1992. A los pueblos indígenas se les había identificado impositivamente por esta Declaración como un grupo minoritario dentro del Estado nación –pese a que la composición multiétnica de muchos países latinoamericanos es mayoritaria–. Por lo anterior, la aplicación del concepto de minorías a los pueblos indígenas se enfrentó a graves dificultades; por ejemplo, la misma Declaración de Minorías no define lo qué se entiende por grupos

[12] El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales son analizados en las páginas siguientes. Ambos pactos entraron en vigor en 1976 al haberse cumplido las ratificaciones necesarias; México lo ratificó en el año de 1981.

La disputa del derecho.indb 227 28/11/18 10:52

minoritarios, lo que llevó a muchos Estados, sobre todo en los países latinoamericanos, a negar persistentemente la existencia en sus territorios de "minorías" en el sentido señalado por la declaración; además, la protección de los grupos minoritarios se realiza desde la misma visión individualista de los derechos humanos, por lo que su aplicación resultaba insuficiente para la protección de los sujetos colectivos. Ejemplo de lo anterior lo podemos ver en la redacción del artículo tercero de la Declaración de Minorías, que a la letra expresa:

> Artículo 3.1. Las personas pertenecientes a minorías podrán ejercer sus derechos, incluidos los que se enuncian en la presente Declaración, individualmente, así como en comunidad con los demás miembros de su grupo, sin discriminación alguna.

Los argumentos que esgrimieron los pueblos indígenas fue su rechazo total a ser identificados impositivamente como "minorías", ya que como se ha enunciado en muchos países constituyen una mayoría demográfica –ejemplo de ello lo podemos observar en Bolivia, Guatemala y Perú–. Por otro lado, la visión de minorías resultaba ser de carácter "integracionista" contra su voluntad al dominio de los Estados modernos,[13] y los pueblos indígenas insistían acertadamente en que ellos son los pueblos originarios de sus territorios, cuya soberanía fue violentada por los procesos de conquista y colonización.[14]

[13] El integracionismo se concibe de manera multidimensional: integración económica, integración cultural, integración política, integración civilizadora e integración nacional. Ver Barre, Mariel Chantal, *op. cit.*, pp. 43-44.

[14] A pesar de todo lo anterior, también la Declaración para la protección de Minorías resulta ser un instrumento indispensable que los pueblos indígenas pueden utilizar en la lucha por el reconocimiento de sus derechos, sean minorías o no. Este documento internacional se inserta en el tratamiento de la problemática de los derechos colectivos de grupos sociales subordinados y marginados, Stavenhagen, Rodolfo, *Los derechos indígenas en el sistema…, op. cit.*, p. 85.

La disputa del derecho.indb 228 28/11/18 10:52

El derecho (que nace) de los pueblos

Las resoluciones que empezó a adoptar la Asamblea de las Naciones Unidas desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos tenían el propósito de buscar un nuevo orden económico y político internacional, bajo la lógica de la igualdad y la no discriminación que los pueblos occidentales exigían tras la opresión de sistemas coloniales, autoritarios y militares. Pero esta supuesta "igualdad y no discriminación" representó todo lo contrario para los pueblos no-occidentales (como los pueblos indígenas), ya que sufrieron nuevas formas de colonialismo en nombre de estos principios fundamentales para continuar con la explotación e integración violenta hacia la cultura occidental "civilizatoria" neoliberal.

Para la década de los años sesenta, bajo el contexto de la Guerra Fría la Asamblea General de las Naciones Unidas tenía la pretensión de adoptar un pacto internacional que contemplara todos los derechos; sin embargo, las dos grandes potencias mundiales para entonces –la URSS y los EEUU– concebían a los derechos humanos de maneras diferentes, bajo la lógica del derecho capitalista por un lado y del derecho socialista por el otro. Ante tal disputa, se decidió aprobar dos instrumentos diferenciados, uno consagrando a los derechos civiles y políticos, y otro a los derechos económicos, sociales y culturales.[15] Paradójicamente, ambos pactos contienen un preámbulo idéntico que consagra como su fundamento la indivisibilidad e interdependencia de los derechos. El artículo primero de ambos pactos también es idéntico, reconociendo el derecho a la libre determinación de los pueblos, concepto que interesa para la continuidad del debate en torno

[15] Los Pactos reflejaron las concepciones diferenciadas de los derechos civiles y políticos de los sociales que predominaron hasta finales del siglo XX, la cual ha sido impugnada y desmitificada por la teoría, influyendo en su reflejo en la mayoría de las dogmáticas constitucionales actuales. Lo que se plantea es que todos los derechos humanos suponen relaciones de interdependencia e indivisibilidad, por tanto, no jerarquizaciones, e implican así obligaciones de respeto, cumplimiento y satisfacción para los Estados y hasta cierto punto para entes privados. Todo esto se puede consultar en obras como Courtis, Christian *et al.*, *La protección judicial de los derechos sociales*, Ecuador, Ministerios de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 678; Courtis, Christian y Abramovich, Víctor, *Los derechos sociales en el debate democrático*, Fundación Sindical de Estudios, Editorial Bomarzo, Madrid, 2006; Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007, entre otros.

La disputa del derecho.indb 229 28/11/18 10:52

a los derechos colectivos, ya que la lucha de los pueblos indígenas por el reconocimiento de sus derechos se fue insertando bajo la lógica de los derechos de los pueblos amparándose bajo el artículo mencionado.

El artículo primero de los pactos internacionales de derechos humanos (PIDCP y PIDESC), señala:

> Artículo 1
>
> 1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.
> 2. Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.
> 3. Los Estados Partes en el presente Pacto, incluso los que tienen la responsabilidad de administrar territorios no autónomos y territorios en fideicomiso, promoverán el ejercicio del derecho de libre determinación, y respetarán este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas.

Las organizaciones indígenas comenzaron a presentar alegatos estructurados y fundamentados en la violación histórica de su derecho a la libre determinación como pueblos –perdieron autonomía política y de desarrollo, han sido despojados de sus territorios y recursos naturales, se les ha privado de sus propios medios de subsistencia, entre otros–, cometida desde los imperios coloniales, los Estados postcoloniales y últimamente por las empresas transnacionales. El discurso de sus derechos que empezaron a manejar los pueblos indígenas, más allá del discurso oficial que había sido impuesto a estos pueblos desde la misma ONU bajo el término de "minorías étnicas", causó gran polémica a nivel internacional en cuanto al alcance de la interpretación y aplicación del término "pueblo".

Lo que la ONU argumentó para enfrentar un problema que no tenía previsto, fue señalar que las "minorías –refiriéndose a los pueblos indígenas– no

La disputa del derecho.indb 230 28/11/18 10:52

podían ser considerados como "pueblos" de acuerdo a lo establecido en el artículo primero de ambos pactos, por lo tanto, no tenían el derecho a la libre determinación". Para este órgano internacional, la palabra "pueblo" sólo podía ser aplicada bajo los contextos coloniales; es decir, "pueblo" son los pobladores de un Estado determinado y subordinados a él.

Por otro lado, desde los pueblos indígenas se defendió que el derecho a la autodeterminación se debe aplicar a "todos los pueblos", independientemente de su pasado colonial, debiendo ser los mismos grupos quienes deben decidir auto identificarse como "pueblo" y así ejercer su derecho a la libre determinación, o no.

Es por eso que los pueblos indígenas encontraron en la organización autónoma internacional la única vía para la lucha por el reconocimiento de sus derechos como pueblos, frente a la existencia de ideologías y prácticas dominantes individualistas. Para los años setenta, los pueblos indígenas del continente Americano comenzaron a celebrar reuniones, asambleas y congresos con representación indígena de la mayoría de las tribus y pueblos indígenas de los países latinoamericanos y presencia de algunos grupos indígenas del norte de América y Europa.[16] La postura que adoptaron estas organizaciones para sus reuniones fue la no admisión de "blancos" y la independencia de su organización frente a cualquier autoridad nacional, con el fin de evitar cualquier influencia para el desarrollo de sus asambleas.

Las reivindicaciones planteadas durante estas asambleas aludían a temas como el derecho a la tierra y su relación cosmogónica con la misma, identificando el despojo como represión y causante de la pérdida de sus identidades; al reconocimiento de la propiedad colectiva de la tierra y la socialización comunitaria de la producción en respuesta al individualismo occidental posesivo que propugna, como forma fundamental de desenvolvimiento de la economía, el libre mercado y la propiedad privada; la cultura que no puede ser comprendida desde un individuo abstracto, cosificado, fragmentado, pues existe material y espiritualmente una estrecha relación entre las perso-

[16] En 1974 se celebró el Primer Parlamento Indio de América del Sur, en el pueblo de San Bernardino (Paraguay); en 1975 se creó el Consejo Mundial de los Pueblos Indígenas, en el poblado de Port Alberni (Canadá); para 1977 se celebraba el Primer Congreso Internacional Indígena de América Central, en Panamá; en 1980 se celebró el Primer Congreso de los Movimiento Indios de América del Sur, en el pueblo de Ollantaytambo (Perú), ver en Barre, Mariel Chantal, *op. cit.*, pp. 58-63.

La disputa del derecho.indb 231 28/11/18 10:52

nas y la naturaleza; la necesidad del rescate de la historia para identificarse como pueblos y reconocer el genocidio, etnocidio, robo de tierras, desprecio de valores morales y culturales autóctonos, proceso continuo desde el choque de civilizaciones; revelar la constante explotación económica de los pueblos indígenas y rescatar la noción de autogestión; tomar conciencia en la falta de participación efectiva en la vida económica, social y política de sus países; apartarse de las políticas paternalistas e integracionistas que han mantenido a los pueblos indígenas en una situación de opresión; y, la toma de conciencia étnica por parte de los pueblos indígenas, la forma de organización, resistencia y estrategias de lucha.

La lucha y resistencia a lo largo de 500 años, pero sobre todo a partir de los años setenta cuando la reivindicación de sus derechos tomó el camino internacional, hicieron que las Naciones Unidas abrieran sus puertas ante la fuerza que venían ejerciendo diversas organizaciones indígenas. Fue contundente el hecho de que por primera vez se dejarían oír las voces indígenas en el Palacio de las Naciones en Ginebra, Suiza, en la Conferencia Internacional de Organizaciones no Gubernamentales sobre la discriminación frente a las poblaciones indígenas de América, en 1977. En esta Conferencia se les reconoce el derecho a los pueblos de autodeterminación y se determinó que "cualquier acción ejercida por cualquier Estado nacional que erosione los derechos de cualquier grupo indígena a ejercer su libre determinación, caerán dentro de la competencia de los organismos internacionales existentes".

Esta Conferencia hizo que la Subcomisión para la Prevención de Discriminación y la Protección a Minorías emitiera un informe sobre la situación de vulnerabilidad de los pueblos indígenas presentado en 1981, mismo que contenía un intento de definición de "pueblos indígenas" y que con fortuna ha sido el término que ha sido más aceptado –en comparación con el término de "minorías" y de "pueblo"–, reconocido en diferentes instrumentos jurídicos internacionales que contiene los siguientes elementos:

- Existencia originaria y continuidad histórica de los indígenas anteriormente a un proceso de invasión extranjera.
- Identidad propia distinta a la de una sociedad dominante.
- Posición de subordinación ante esta sociedad dominante.
- Vinculación con un territorio propio.

La disputa del derecho.indb 232 28/11/18 10:52

- Preservación de patrones culturales, instituciones sociales y sistemas legales propios.[17]

La emisión de este informe provocó que en 1981 el Consejo Económico y Social de la ONU autorizara la creación de un Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas, con el único objetivo de elaborar un proyecto de declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, en el contexto del Decenio Internacional de los Pueblos Indígenas en el Mundo. En el proceso de negociación de este instrumento internacional, sobresale la participación de la parte interesada en el tema: los representantes de los pueblos indígenas agrupados en el "Conclave Indígena". Tras negociaciones muy duras a lo largo de 11 periodos de sesiones de 1994 a 2006, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas fue adoptada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007.

Por su parte, y de manera paralela al proceso de reivindicación que los pueblos indígenas hacían en el seno de las Naciones Unidas, en la Organización Internacional del Trabajo comenzaba un estudio sobre la protección efectiva de los derechos de los pueblos indígenas, impulsando una revisión completa del Convenio 107 sobre la protección de los pueblos indígenas adoptado en 1957, pero que no tuvo mucha efectividad ni aplicación por la visión paternalista, integracionista y de asimilación hacia los pueblos indígenas, por lo que la Conferencia General de la OIT en 1989 adoptó el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países Independientes.

Lo trascendental de este par de instrumentos jurídicos internacionales es el reconocimiento oficial internacional de los pueblos indígenas como sujetos de derechos colectivos. Se afirma que los pueblos indígenas son "pueblos" como tal, por lo tanto, gozan de su derecho a la libre determinación; se les reconoce su *derecho a tener derechos*, es decir, gozan colectiva e individualmente de todos los derechos humanos reconocidos en los diversos instrumentos internacionales adoptados por la ONU; se les reconoce el derecho al desarrollo propio de acuerdo a sus propias necesidades e intereses; el respeto y protección a su derecho a la cultura; se les reconoce

[17] "Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas, 1981", Documento ONU E/CN,4/Sub,2/1986/7 de 1986.

La disputa del derecho.indb 233 28/11/18 10:52

derecho a la propiedad colectiva e individual de la tierra y el territorio; se les garantiza el ejercicio de estos derechos bajo la tutela de la participación y la consulta previa.[18]

El resultado progresivo en el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, se traduce en un logro importante de las luchas y resistencias indígenas a lo largo de 500 años. Los indígenas del territorio mexicano tomaron un papel muy activo en la lucha por la reivindicación indígena internacional ante un sistema dominante individualista. Dicha la resistencia también se dio a nivel nacional por el reconocimiento de sus derechos como sujeto colectivo.

Derechos colectivos de los pueblos indígenas en México: de la negación histórica a la primera luz de reconocimiento

Desde que México surgió como nación moderna, el pensamiento de liberales que manifestaron la esperanza de formar una nación uniforme implicó la negación política y jurídica de las colectividades indígenas. La legislación republicana creó la ficción de igualdad de todos los mexicanos y el mito de una cultura homogénea, la "cultura nacional".[19] El concepto de *nación* que fue surgiendo en nuestros países latinoamericanos después de sus independencias, y sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XIX, excluía la participación de los pueblos originarios en el conjunto nacional, basada en ideas racistas, nacionalistas y positivistas que planteaban un modelo de Estado nacional donde los indígenas no tenían cabida.

El Estado nacional debía ser *culturalmente homogéneo*, por lo que las políticas impulsadas para el mejoramiento y desarrollo de los pueblos indígenas respondían a una estrategia de integración y asimilación; es decir, políticas de desindigenización. Dicha lógica estuvo presente por décadas y aun cuando la revolución mexicana de 1910 recoge algunas demandas in-

[18] Para profundizar ver la aportación de la doctora Marisol Anglés *et al.*, "Derecho al desarrollo propio y consulta".

[19] Stavenhagen, Rodolfo, *Derecho Indígena y Derechos Humanos en América Latina*, México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos / El Colegio de México, 1988, p. 305.

La disputa del derecho.indb 234 28/11/18 10:52

dígenas –respecto a la restitución de tierras de las que fueron despojados–, el constituyente de 1917 no mencionó, ni reconoció derechos propios a los indígenas, y muchos menos en su carácter de colectividad.

La demanda indígena por la tierra encuentra su positivización en el artículo 27 de la constitución de 1917, y aunque no se hablaba propiamente de indígenas, sí se reconocían los derechos agrarios de ejidos y comunidades, los que históricamente tienen cierta identidad con agrupaciones poblacionales originarias del territorio mexicano.[20] Sin embargo, el reconocimiento del derecho a la tierra se expresó de manera atomizada, ignorando que los pueblos indígenas interactúan con el espacio y el territorio de modo ancestral, y a su vez, imponiendo una división territorial administrativa en entidades federativas, fragmentado así los territorios originales. El derecho de tierras comunales y ejidales no respondía a las necesidades de las colectividades indígenas de conservar sus territorios como elemento material para preservar su cultura. Como siempre la solución legalista, no correspondía a la realidad histórica.

El Estado Mexicano frente a los derechos colectivos, del siglo xx a inicios del milenio

Aún con sus bemoles, México fue pionero en la promoción de una política indigenista continental, como mencionamos en la primera parte de este trabajo, en1940 se llevó a cabo el Congreso Indigenista en Michoacán,[21] siendo motor de arranque para que se discutiera internacionalmente la problemática de estos pueblos. Años más tarde, en 1948 se crearía en el país el Instituto Nacional Indigenista que entre los años cincuenta y sesenta– fue considerado por muchos observadores de la época un modelo en su género.[22]

En el seno de este Instituto, en los años ochenta fue creada la Comisión Nacional de Justicia de los Pueblos Indígenas, que se dio a la tarea de construir una propuesta de reforma constitucional que llegó al legislativo

[20] *Ibidem*, p. 303.
[21] Ver inicio del apartado II de este artículo.
[22] *Ibidem*, p. 304.

La disputa del derecho.indb 235 28/11/18 10:52

mexicano en diciembre de 1990, meses previos a que el gobierno de México ratificara el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. La iniciativa de reforma constitucional con el título de "Iniciativa de Decreto que adiciona el artículo 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para el reconocimiento de los derechos culturales de los pueblos indígenas" fue aprobada en 1992, año en el que, en el marco de los 500 años de colonialismo los pueblos indígenas de Latinoamérica protestaban contra la celebración que preparaban muchos gobiernos por el *descubrimiento* de América.

Con esta reforma, por primera vez, se incluye el tema de los derechos de los pueblos indígenas en el texto constitucional, reconociendo la composición pluricultural de la nación, comprometiéndose a proteger y promover el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social.[23]

De este reconocimiento constitucional deriva una primera incongruencia, y es que, días antes de proclamada esta reforma al artículo 4 constitucional, el 6 de enero de ese año, se reforma por iniciativa del ejecutivo, el artículo 27 de la misma. Por un lado, el Estado se comprometía a proteger la integridad de las tierras de los grupos indígenas mientras que, por otro, se daba apertura a la especulación de las tierras ejidales y comunales quitándoles el carácter de inalienables, inembargables e imprescriptibles, situación que ha posibilitó la inserción de las tierras a la lógica del mercado –de la oferta y la demanda–, convirtiendo en reminiscencia histórica la constitución de 1917 como pionera en derechos sociales, ya que reconocía la tenencia comunal de la tierra, aunque con limitaciones para las cosmovisiones de los pueblos indígenas como hemos venido señalando.

El artículo 27 ha mantenido los cambios mencionados, promovidos y mantenidos por los gobiernos mexicanos neoliberales, mientras que el artículo 4 se modificó en 2001, tratándose de la segunda reforma realizada al texto constitucional con la intención de reconocer los derechos de los pueblos indígenas en México. Esta reforma, aunque es tal vez la más cues-

[23] González Galván, Jorge Alberto, "La reforma al artículo 4 constitucional: pluralidad cultural y derechos de los pueblos indígenas", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 79, enero-abril, 1994.

La disputa del derecho.indb 236 28/11/18 10:52

tionada, es el reflejo de que el derecho es producto de luchas y resistencias y no sólo un campo de dominación de las élites de poder.

El 1º de enero de 1994, en uno de los territorios más marginados y explotados del país, estalló un levantamiento indígena que pondría en jaque al Estado mexicano: Chiapas es uno de los más lamentables ejemplos en el país del grado de contradicciones a los que responde el sistema capitalista, un estado rico en recursos hídricos, de flora y fauna, poseedor de una inconmensurable riqueza etno-lingüística, cultural, histórica, es a su vez, un estado con los niveles de pobreza más altos del país, producto del modelo extractivista, explotador y marcadamente desigual. En este contexto, el Ejercito Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) aparece en la vida política y social, como un movimiento que busca justicia social para los indígenas, trato digno y respeto. Asumiéndose heredero del zapatismo, con raíces indigenistas y autonomistas, el movimiento libertario impulsado por el EZLN se enfrenta en una lucha ideológica y armada contra el estado mexicano y sus instituciones, que por siglos invisibilizaron su existencia, ignoraron sus necesidades e hicieron caso omiso de las demandas indígenas.

Mientras, la actitud gubernamental se centraba en políticas neoliberales que tuvieron su cumbre en 1994 con la firma y entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio (TLCAN).[24] El instrumento económico internacional condujo a cambios constitucionales que acabaron con el viejo modelo de economía mixta y, en atención a lo dictado por el Fondo Monetario Internacional, abrieron el mercado mexicano a la competencia norteamericana y canadiense.

La insurrección indígena –que se oponía, entre muchas otras cosas, al TLCAN– logró captar la atención nacional e internacional. Los primeros días de enero sus enfrentamientos con las fuerzas armadas nacionales motivaron al gobierno mexicano a responder también con argumentos entorno del levantamiento, considerándolo producto de la organización de profesionales de la violencia nacionales y extranjeros, que "atentan contra los mexicanos y sus instituciones", amenazando así con la posibilidad de implantar la ley marcial en el estado y suspender los derechos de la población chiapaneca.

[24] El Tratado de Libre Comercio de América del Norte fue firmado el 17 de diciembre de 1992 y entró en vigor el 1º de enero de 1994.

La disputa del derecho.indb 237 28/11/18 10:52

Intentaron manipular la opinión pública con la intención de legitimar el uso de la violencia contra los pueblos indígenas, en aras de salvaguardar el "prestigio del nombre de México".[25]

No es extraño que se haga uso de estas tácticas para deslegitimar un movimiento como el del EZLN, sobre todo en un modelo donde se recurre a la política del miedo para frenar toda organización social. Esto, más el paramilitarismo y las medidas clientelares, hizo que la problemática de la población indígena se disolviera en medio de otros problemas aparentemente más relevantes, como el impulso de la economía de mercado y la salida del atraso económico.

En 1994 el Obispo de San Cristóbal de las Casas, Samuel Ruiz, impulsó la creación de la Comisión Nacional de Intermediación (Conai) que logró reunir a intelectuales mexicanos, algunos con amplia trayectoria y conocimiento en luchas relacionadas con las demandas indígenas. A esta iniciativa de la sociedad civil, vendría un año después la respuesta por parte del legislativo al instaurar la Comisión de Concordia y Pacificación (Cocopa), originada por la Ley para el Diálogo, la Conciliación y la Paz Digna en Chiapas que buscaba facilitar la interlocución entre el EZLN y el gobierno federal.

La Cocopa y la Conai participaron en los diálogos que tendrían el Ejército Zapatista y el gobierno federal en San Andrés Larráinzar. La primera comisión fue la encargada de recoger todas las resoluciones pactadas y aceptadas por el movimiento indígena nacional con la intención de convertirlos en propuestas legislativas. Esta propuesta legislativa se tradujo en una iniciativa de reforma constitucional que fue enviada el 5 de diciembre del año 2000 por el presidente electo, Vicente Fox, al Congreso de la Unión que denominó "propuesta de la Cocopa", misma que fue modificada sustancialmente en el Senado de la República. Así, se aprobó el 25 de abril de 2001 una reforma constitucional en materia indígena que su relación con las propuestas originales era inexistente y que incumplía con los acuerdos llegados en el seno de la Cocopa. La reforma fue aprobada sin mayores

[25] Ver en "Versión estenográfica de las palabras del presidente de la República, Carlos Salinas de Gortari, en su mensaje al pueblo de México, emitido desde Palacio Nacional, el 6 de enero de 1994", *Bibliotecas Virtuales de México, 500 años de México en Documentos*, <http://www.bibliotecas.tv/>.

La disputa del derecho.indb 238 28/11/18 10:52

discusiones en la cámara de Diputados y en las legislaturas locales, lo que legitimaba el cambio constitucional.

El rechazo del EZLN no se hizo esperar y es que las modificaciones eran sustantivas en cuanto a lo discutido y pactado. Las reformas, más que incluir las demandas indígenas, trastocaron los acuerdos y reflejaron el proyecto político de los detentadores del poder. Con el incumplimiento de los Acuerdos de San Andrés, se determinó el cierre de las negociaciones para la paz en Chiapas.

Esta interrupción de las negociaciones tienen su explicación en la forma en la que se incorporaron las demandas en la CPEUM, por citar algunas inscripciones conflictivas diremos que, el primer párrafo del artículo 2, tras la reforma, plantea: "La nación mexicana es única e indivisible", entonces ¿los indígenas planteaban la ruptura de la nación?, al respecto Francisco López Bárcenas advierte que los indígenas no habían propuesto fraccionarla, al mismo tiempo que no lo hacen los derechos que se les reconocen. La inclusión de este párrafo en la parte de derechos de la constitución y no en los apartados donde se regula la forma en que se integra el Estado, dilucida también la ideología y los prejuicios a la que responde el cambio en el texto constitucional.

La lucha de los pueblos indígenas por sus derechos, a los que el gobierno respondió con una reforma constitucional, no versaba(a) en otorgar más derechos individuales a las personas que pertenecen a un pueblo indígena, significaba dar reconocimiento a estos sujetos de derechos colectivos, con derechos específicos en cuanto a bienes colectivos.[26] Lo que ocurrió es que los pueblos indígenas no fueron reconocidos como *sujetos* de derecho público, sino como *entidades* de interés público.[27]

[26] López Bárcenas, Francisco, "Reforma constitucional y derechos indígenas en México: entre el consenso y la ilegitimidad", en Espinoza Sauceda, Guadalupe *et al.*, *Los Derechos Indígenas y la reforma constitucional*, México, Centro de Orientación y Asesoría a Pueblos Indígenas, 2001, p. 8.

[27] Siguiendo nociones de derecho administrativo podemos mencionar las diferencias en el tratamiento de una u otra categoría. El interés público es el conjunto de pretensiones relacionadas con las necesidades colectivas de los miembros de una comunidad y protegidas mediante la intervención directa y permanente del Estado, mientras que, las características de las personas jurídicas colectivas de derecho público son la existencia de un grupo social con finalidades unitarias permanentes, voluntad común, que forman una personalidad jurídica

La disputa del derecho.indb 239 28/11/18 10:52

El núcleo de las reivindicaciones indígenas se dirigía a exigir el reconocimiento de su especificidad como pueblos y a exigir el reconocimiento de sus derechos colectivos tales como la aplicación de sus propios sistemas normativos, procedimientos y prácticas tradicionales, preservar y enriquecer sus lenguas, acceder a la jurisdicción del Estado, a su participación en la vida política nacional,[28] así como todos los conocimientos y elementos que constituyen su cultura e identidad. El derecho a la tierra y al territorio como elemento fundamental de su identidad cobra protagonismo, ya que la propiedad individualizada, con sus consecuentes de acumulación y concentración, por una parte, y de atomización- fragmentación de los bienes por otra, han representado un poderoso proceso destructivo para los grupos indígenas.[29]

Los derechos colectivos de los pueblos indígenas. México y la sincronía con el orden internacional

El tratamiento que dieron los gobiernos de la filiación partidista Revolucionaria Institucional[30] al Derecho Internacional de los Derechos Humanos

distinta a la de sus integrantes, poseen un nombre, domicilio y un ámbito geográfico de actuación: patrimonio propio y régimen jurídico especifico. *Cfr.* Acosta Romero, Miguel, *Teoría General del Derecho Administrativo*, 15a. ed., México, Porrúa, México, 2000, pp. 113-118; citado por López Bárcenas, Francisco, "Reforma constitucional y derechos indígenas"…, *op. cit.*, p. 29.

[28] Zúñiga Balderas, Abigail, "El proceso legislativo en México y la reforma constitucional sobre derechos y cultura indígena", en Espinoza Sauceda, Guadalupe *et al.*, *Los Derechos Indígenas y la reforma...*, *op. cit.*, p. 50.

[29] Stavenhagen, Rodolfo, *Derecho Indígena y Derechos Humanos...*, *op. cit.*, p. 346.

[30] La tendencia al señalar al Partido Revolucionario Institucional (PRI) se sustenta en lo dicho por autores tales como Natalia Stalomacchia y Ana Covarrubias en "La dimensión internacional de la reforma de Derechos Humanos: antecedentes históricos", en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2011, donde mencionan las posturas antagónicas de otros partidos, como ejemplo el Partido Acción Nacional que asumió posturas críticas ante la necesidad de *democratizar al estado* y sobre todo de promover la alternancia del poder. El PAN, asumió el poder ejecutivo desde el año 2000 hasta el 2012, proponiendo medidas institucionales que implicaron en la realidad deseos de democratización en materia de derechos humanos. Esto se reflejó, por ejemplo, en la creación del Instituto de Acceso a la

La disputa del derecho.indb 240 28/11/18 10:52

fue de un marcado uso de la soberanía nacional como argumento dominante y piedra angular de las posturas del Estado mexicano ante el orden internacional político jurídico. Desde el punto de vista interno, los derechos humanos se reflejaron en el derecho mexicano mediante la protección de lo que denominaron *garantías individuales* otorgadas por el Estado, con soluciones –tales como el juicio de amparo– para atender problemáticas de violaciones por acción y omisión contra los bienes protegidos por las mismas. Los sujetos y bienes allí protegidos tenían un marcado carácter individualista, propio de la más autóctona doctrina liberal del siglo XIX y su continuada expresión dogmática en el siglo XX.

Desde el devenir histórico de resistencias y luchas de los pueblos indígenas a nivel internacional y nacional referidos previamente en este texto, siempre acompañados por sectores de la sociedad civil como ONGs, activistas de derechos humanos y alguno que otro sector académico de tendencia muy progresista, –el cual en los últimos años se ha expandido también hacia un sector liberal progresista del ámbito universitario–, se han cuestionado el tratamiento conceptual y práctico de los derechos humanos en el país, logrando que poco a poco existiera una posición más abierta e incluyente que permitiera un diálogo entre los distintos actores de la sociedad civil y las entidades gubernamentales sobre estos temas.

Este diálogo abierto, traducido más bien en un enfrentamiento ideológico dialéctico entre las entidades estatales, ciudadanos, organizaciones, movimientos sociales y agentes internacionales, aderezada por las supuestas tendencias de *democratizar al Estado*, tuvo una respuesta favorable al ser aprobada la reforma constitucional en materia de derechos humanos en el pasado 2011.[31]

Información Pública (IFAI) y del Instituto Federal Electoral (IFE) y todos sus mecanismos de regulación y funcionamiento a nivel nacional. No obstante, también han tomado muchas otras medidas legislativas dirigidas a reformar los sistemas de seguridad social, laborales, penales y de seguridad pública que han implicado hasta la actualidad una flagrante y constante violación de los derechos humanos en México.

[31] Además de lo expuesto en la nota 35, quisiéramos aclarar que creemos fehacientemente que la reforma de derechos humanos del 2011 es también una expresión de esa dialéctica política jurídica donde por un lado, el estado mexicano vulnera constantemente los derechos humanos y por otro lado, realiza una reforma que podría hacerla funcional o no a su propio sistema, pues todavía no tenemos elementos para medir su eficacia jurídica. El ente estatal así, marca un cierto carácter progresista ante la comunidad nacional e internacional, aunque

La disputa del derecho.indb 241 28/11/18 10:52

La reforma tiene varias aristas muy interesantes, pero respecto a este artículo es relevante destacar algunos aspectos. Primero, se renuncia a la categoría de *garantías individuales* otorgadas por el Estado, y se sustituye por el expreso reconocimiento de los derechos humanos contemplados en la Constitución y en tratados internacionales interpretados bajo los principios *pro persona* e interpretación *conforme* a los tratados, lo cual significa que el principio tradicional de jerarquía normativa se diluye, generando un bloque de constitucionalidad donde se puede remitir el operador jurídico para la aplicación del derecho en función del DIDH.[32] Lo más relevante es que las normativas internacionales relacionadas con los pueblos indígenas que son referidas previamente en este artículo, son ahora explícitamente vinculantes para el derecho y el Estado mexicano.

Hay que advertir que al reformar la Constitución no solo se modifica el orden jurídico, si no que se transforman las bases políticas sobre las que descansa el pacto federal. Es decir, el tipo de organización que los habitantes de un Estado se dan para poder organizar su vida social.[33] Así, México se ha comprometido a respetar, promover y garantizar los derechos humanos que internacionalmente han sido reconocidos, no diferenciando ni priorizando unos de otros, derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, los que tienen el mismo reconocimiento dogmático por parte del estado bajo el reconocimiento del principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos.[34]

Otro aspecto que es relevante mencionar es que, sumado a la reforma en materia de derechos humanos a los artículos 1, 3, 11, 15, 18, 29, 33, 89,

---

no se puede dejar de mencionar que es un gran instrumento para la defensa de los derechos de los pueblos y las personas en nuestro México actual.

[32] El bloque de constitucionalidad comprende la constitución y los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por el estado mexicano. Ver Gutiérrez Rivas, Rodrigo y Salazar Ugarte, Pedro, "El derecho como palanca emancipadora: las reformas constitucionales y los derechos sociales", en *Análisis Político*, Fridrich Ebert Stiftung, México, abril de 2012, pp. 23.

[33] Espinoza Sauceda, Guadalupe *et al., Los Derechos Indígenas y la reforma …, op. cit.*

[34] Finalmente, las nuevas regulaciones constitucionales rompen con las posturas que priorizaban a los derechos civiles y políticos, por encima de los otros; ver, Ana Luisa Guerrero en *Hacia una hermenéutica cultural de los derechos humanos*, México, Centro de Investigaciones sobre América Latina y el Caribe - UNAM, 2011, p. 128.

La disputa del derecho.indb 242 28/11/18 10:52

97, 102 y 105,[35] a la de los artículos 94, 103, 104 y 107[36] constitucional en materia de amparo, un tercer mecanismo novedoso y que podría auxiliar en la búsqueda de justiciabilidad de los derechos colectivos indígenas, se haya en la modificación al artículo 17 constitucional. En este artículo, por vez primera, se faculta al Congreso de la Unión para expedir leyes que regulen las acciones colectivas, lo cual conllevó a la modificación legal del Código Federal de Procedimientos Civiles en el Libro Quinto en el que se legitima para ejercitar las acciones colectivas a:

> I) la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor, la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros y la Comisión Federal de Competencia. II) El representante común de la colectividad conformada por al menos treinta miembros. III) Las asociaciones civiles sin fines de lucro legalmente constituidas al menos un año previo al momento de presentar la acción, cuyo objeto social incluya la promoción o defensa de los derechos e intereses de la materia de que se trate y que cumplan con los requisitos establecidos en el Código. [y] IV) El Procurador General de la República.

Aunque no se reconozca propiamente a la colectividad indígena como actora, el segundo y tercer inciso hace posible la defensa de los derechos colectivos de una forma en la que antes no era posible.

Las acciones colectivas que se pueden promover están clasificadas en tres tipos, de acuerdo al artículo 581 del Código Federal de Procedimientos Civiles: acción difusa, acción colectiva en sentido estricto y acción individual homogénea.[37]

[35] Carmona Tinoco, Jorge Ulises, "La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales", en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2011, p. 39.

[36] *Ibidem*, p. 41.

[37] Código Federal de Procedimientos Civiles, Artículo Adicionado el 30-08-2011, *Diario Oficial de la Federación*, Articulo 581. Para los efectos de este Código, los derechos citados en el artículo anterior se ejercerán a través de las siguientes acciones colectivas, que se clasificarán en:

La disputa del derecho.indb 243 28/11/18 10:52

Derivado de esto, las acciones colectivas dan perspectivas a la impartición de justicia en el país, ya que el representante de la colectividad puede no solo demandar el respeto, sino la restitución de derechos en nombre de sus representados, así como la reparación de los daños. Se torna así en un instrumento útil para la defensa de los derechos colectivos de los pueblos indígenas que juntos y organizados han luchado históricamente contra la vulneración de sus derechos producto de la invisibilidad cubierta por la discriminación y el despojo sin tapujos del capital donde nunca ha sido eficaz la protección individualista de los derechos.

La problemática social, económica y cultural de los pueblos indígenas, aunque discriminados y despojados como muchos *otros invisibles*, se torna específica por sus características ancestrales. Por lo que, en materia de derecho, es vital defender y especificar sus derechos como colectivos en relación a los sujetos y a los bienes que se protegen. El negar estas formas jurídicas ha conducido desde siempre a las múltiples y masivas violaciones de sus derechos básicos.[38]

I. Acción difusa: Es aquélla de naturaleza indivisible que se ejerce para tutelar los derechos e intereses difusos, cuyo titular es una colectividad indeterminada, que tiene por objeto reclamar judicialmente del demandado la reparación del daño causado a la colectividad, consistente en la restitución de las cosas al estado que guardaren antes de la afectación, o en su caso al cumplimiento sustituto de acuerdo a la afectación de los derechos o intereses de la colectividad, sin que necesariamente exista vínculo jurídico alguno entre dicha colectividad y el demandado.

II. Acción colectiva en sentido estricto: Es aquélla de naturaleza indivisible que se ejerce para tutelar los derechos e intereses colectivos, cuyo titular es una colectividad determinada o determinable con base en circunstancias comunes, cuyo objeto es reclamar judicialmente del demandado, la reparación del daño causado consistente en la realización de una o más acciones o abstenerse de realizarlas, así como a cubrir los daños en forma individual a los miembros del grupo y que deriva de un vínculo jurídico común existente por mandato de ley entre la colectividad y el demandado.

III. Acción individual homogénea: Es aquélla de naturaleza divisible, que se ejerce para tutelar derechos e intereses individuales de incidencia colectiva, cuyos titulares son los individuos agrupados con base en circunstancias comunes, cuyo objeto es reclamar judicialmente de un tercero el cumplimiento forzoso de un contrato o su rescisión con sus consecuencias y efectos según la legislación aplicable.

[38] Stavenhagen, Rodolfo, *Derecho Indígena y Derechos Humanos…, op. cit.*, p. 352.

La disputa del derecho.indb 244 28/11/18 10:52

Reflexiones finales: más de 500 años de lucha(s)

Por ahora la participación de la sociedad organizada, informada y consciente de su papel como motor que impulsa los cambios democráticos necesarios para hacer de México un país con pasado, legado e historia, con presente y un ideal del futuro que se construya con base en el respeto, donde no exista la invisibilidad de las múltiples naciones –en el sentido más amplio y sociológico del concepto– que lo conforman, nos hace plantearnos retos para echar a andar la maquinaria jurídica que se ha construido a partir de las luchas y resistencias, teniendo en cuenta que la positivización de los derechos de los pueblos siempre es perfectible por ser un proceso histórico abierto.[39]

Las normas jurídicas, sobre todo aquellas que podrían servir para la defensa de estos grupos violentados por élites dominantes, muchas veces se han tornado letra muerta, en principio ante la inexperiencia de los propios pueblos indígenas que no hacían exigible sus derechos, sea por desconocimiento, sea por desconfianza. El desconocimiento se explica inicialmente por la falta de interés en hacer llegar el texto de la ley a manos de los pueblos que preservan una lengua distinta a la española, ejemplo de discriminación y exclusión social histórica que se ha hecho de ellos. Aunque más allá de las traducciones y las variables lingüísticas, el desconocimiento de la ley posibilita a los dueños de facto del poder político y económico decidir lo que a sus intereses convenga. La desconfianza es fruto de la imposición, recordemos como América Latina se funda bajo el principio de "se acata … pero no se cumple" desde la colonia española, fruto de que las normativas jurídicas siempre fueron impostadas por los colonizadores, fueran españoles, blancos, hombres, oligarcas, capitalistas, élites en el poder.

No obstante, no podemos desconocer la historia, y hoy tenemos muchos derechos expresados dogmáticamente fruto de las luchas de múltiples actores sociales, producto de aguerridas insurrecciones populares en diferentes momentos históricos, de luchas campesinas, feministas, indigenistas, de-

[39] Salamanca Serrano, Antonio y Rosillo Martínez, Alejandro, *Código de Derechos Humanos de los Pueblos*, T. I, México, Comisión Estatal de Derechos Humanos de San Luis Potosí / Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2007.

La disputa del derecho.indb 245 28/11/18 10:52

mocráticas, autonomistas, decoloniales, en resumen, ningún derecho hasta hoy se ha conquistado en la opacidad.

Navegando así entre la dialéctica de la desconfianza y las historias de luchas, podremos ver luces en la praxis política jurídica. El derecho puede ser pensado y planteado desde muchas ópticas, se habla de él como un producto de clase pero también desde su uso y reconstrucción a partir de las luchas y las resistencias, como un ejercicio de positivismo de combate.

En este sentido, hay que emplear de manera imprescindible los instrumentos jurídicos arrancados como derechos en beneficio de los pueblos indígenas, por ellos mismos y por el resto de actores sociales que defendemos derechos humanos hoy. Esto provocará llevar dichos debates a los tribunales, obligar a que los operadores jurídicos y de justicia respondan y contribuyan en la exigibilidad y justiciabilidad de los derechos de los pueblos indígenas, para que estos se materialicen. La academia también puede ser un actor importante, y es que, el fortalecimiento de la memoria histórica, los debates críticos y filosóficos en torno al derecho positivo, la enseñanza misma de los derechos colectivos positivizados, deben cubrir un amplio espectro que responda y vaya de la mano con la praxis.

El ámbito jurídico ha sido uno de los campos de luchas, pero la positivización de los derechos es sólo el comienzo de las contiendas, estas tienen que continuar como uno de los medios para seguir arrancándole al capital la vida que le pertenece a las personas y a los pueblos, y no a los pocos que detentan las riquezas de los muchos.

En este mundo de contradicciones, de ricos y pobres, poseedores y desposeídos, de lo homogéneo y lo heterogéneo, de la obstinación y la resistencia, la sumisión y la rebeldía, nos encontramos en una dicotomía, optar por la pasividad o la acción. Tal vez la primera resulta cómoda y engañosamente más sencilla; la segunda opción, es el camino elegido por los pueblos de *nuestramérica* que aleccionan con el ejemplo.

Bibliografía

Acosta Romero, Miguel. 2000. *Teoría General del Derecho Administrativo*, México, Porrúa.

La disputa del derecho.indb 246 28/11/18 10:52

Barre, Mariel Chantal. 1982. "Políticas Indigenistas y reivindicaciones indias en América latina 1940-1980", en Guillermo Bonifil *et al., América Latina: etnodesarrollo y etnocidio*, San José, Costa Rica, FLACSO.

Carmona Tinoco, Jorge Ulises. 2011. "La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales", en Miguel Carbonell y Pedro Salazar, *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.

Clavero, Bartolomé. 2008. *Delito de Genocidio y Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional.* <http://clavero,derechosindigenas,org/wp-content/uploads/2008/09/genocidio-iwgia-pdf>.

Código Federal de Procedimientos Civiles. 2011. *Diario Oficial de la Federación*, México, reformas del 30 de agosto.

Cruz Parcero, Juan A. 2008. *El lenguaje de los Derechos, Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Madrid, Trotta.

Courtis, Christian *et al.* 2009. *La protección judicial de los derechos sociales*, Ecuador, Ministerios de Justicia y Derechos Humanos.

Courtis, Christian y Víctor Abramovich. 2006. *Los derechos sociales en el debate democrático*, Madrid, Fundación Sindical de Estudios / Editorial Bomarzo.

Escalante Betancourt, Yuri. 2009. *Derechos de los Pueblos Indígenas y Discriminación Étnica y Racial*, México, Consejo Nacional para la Discriminación Étnica o Racial.

Espinoza Sauceda, Guadalupe, *et al.* 2001. *Los Derechos Indígenas y la reforma constitucional*, México, Centro de Orientación y Asesoría a Pueblos Indígenas. "Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas, 1981", Documento ONU E/CN,4/Sub,2/1986/7 de 1986.

González Galván, Jorge Alberto. 1994. "La reforma al artículo 4 constitucional: pluralidad cultural y derechos de los pueblos indígenas", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 79, enero-abril.

Guerrero, Ana Luisa. 2011. *Hacia una hermenéutica cultural de los derechos humanos*, México, UNAM, Centro de Investigaciones sobre América Latina y el Caribe.

La disputa del derecho.indb 247 28/11/18 10:52

López Bárcenas, Francisco. 2011. "Reforma constitucional y derechos indígenas en México: entre el consenso y la ilegitimidad", en Guadalupe Espinoza Sauceda, *et al., Los Derechos Indígenas y la reforma constitucional*, México, Centro de Orientación y Asesoría a Pueblos Indígenas.

Magallón Anaya, Mario. 2007. *Discurso filosófico y conflicto social en Latinoamérica*, México, Centro de Investigaciones sobre América Latina y el Caribe-UNAM.

Pisarello, Gerardo. 2007. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta.

Salamanca Serrano, Antonio y Alejando Rosillo Martínez. 2007. *Código de Derechos Humanos de los Pueblos*, T. I, México, Comisión Estatal de Derechos Humanos de San Luis Potosí / Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2007.

Stalomacchia, Natalia y Ana Covarrubias. 2011. "La dimensión internacional de la reforma de Derechos Humanos: antecedentes históricos", en Miguel Carbonell y Pedro Salazar, *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM.

Stavenhagen, Rodolfo. 1988. *Derecho Indígena y Derechos Humanos en América Latina*, México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos / El Colegio de México.

_____. 1997. "Los derechos indígenas en el sistema internacional: un sujeto en construcción", *Revista IIDH*, Costa Rica, núm., 26, julio-diciembre.

Torre Rangel, Jesús A. 2006. *El Derecho como arma de liberación en América Latina, Sociología jurídica y uso alternativo del derecho*, México, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Gutiérrez / Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí.

Zúñiga Balderas, Abigail. 2001. "El proceso legislativo en México y la reforma constitucional sobre derechos y cultura indígena", en Guadalupe Espinoza Sauceda *et al., Los Derechos Indígenas y la reforma constitucional*, México, Centro de Orientación y Asesoría a Pueblos Indígenas.

La disputa del derecho.indb 248 28/11/18 10:52

Las visiones de derechos humanos en la globalización económica

Alejandro Rosillo Martínez*

Introducción

En el contexto de la globalización económica hegemónica, los derechos humanos tienen diversas funciones, algunas de las cuales son contrarias y opuestas entre sí. No obstante, más allá de sustantivizar "derechos humanos", como si fueran "un algo", preferimos hablar de visiones que se relacionan a distintos usos. Tampoco nos quedamos tan sólo con la idea de "discursos" o "definiciones", pues tanto unos como las otras son parte de la "visión". Y esto porque no se trata de analizar grandes declaraciones, sino la imposición a través de hechos que se justifican y reciben legitimidad con "derechos humanos".

La anterior puede conllevar –por lo menos para una gran cantidad de iusfilósofos– la discusión sobre la validez universal o no de derechos humanos. Es decir, las diversas visiones de derechos humanos significarían un choque entre el universalismo y el relativismo; lo que significa plantear el problema dentro de la dicotomía universal-particular. En términos ge-

* Doctor en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid. Profesor de Tiempo Completo de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí.

La disputa del derecho.indb 249 28/11/18 10:52

nerales se afirma que asumir la validez de los derechos humanos significa reconocer una ética universal, válida para todo ser humano en cualquier tiempo y lugar; son los derechos que el ser humano tiene por su naturaleza o por racionalidad. No obstante, como veremos en las siguientes páginas, no es en este debate donde se mueve nuestra discusión.

No discutimos si hay valores universales o si los valores son relativos a cada cultura. Más allá, sin importar si asumimos una postura universalista o relativista –si consideramos derechos humanos como valores universales o como valores relativos a una producción cultural–, lo que deseamos reflexionar es sobre la necesidad de asumir una visión liberadora.

Sobre las visiones de derechos humanos

Como decíamos, en el contexto de la globalización hegemónica, podemos encontrar diversas visiones de derechos humanos. Por "visión" entendemos un entramado que incluye definiciones, teorías, intereses, pero sobre todo prácticas concretas con un sentido real. En efecto, derechos humanos no son vistos como meros valores a ser realizados, o como definiciones que se encuentran en documentos constitucionales o en tratados internacionales.

David Velazco sostiene que existe "una visión hegemónica de corte conservador, que no sólo se impone como un aspecto fundamental de la dominación simbólica neoliberal, sino que, en la práctica, sólo reconoce los derechos liberales a la libertad, la democracia y el libre mercado, como ese pensamiento los concibe".[1] Otra visión sería de aquellos que desarrollan el derecho internacional de los derechos humanos, que parten del supuesto de un Estado que protege y garantiza derechos, muy vinculados al modelo del Estado benefactor. Y, por último, una tercera visión, que significa la búsqueda de *otras* maneras de entender y proteger derechos humanos, representados por los movimientos sociales antisistémicos.

[1] Velasco, David, "La visión hegemónica de los derechos humanos y las crisis permanentes del derecho internacional de los derechos humanos", Guadalajara, ITESO, 2014, p. 2. <https://davidvelasco.files.wordpress.com/2014/08/la-visic3b3n-hegemc3b3nica-de-los-dh-y-las-crisis- permanentes-del-didh.pdf>. Consulta: 10 de octubre de 2015.

La disputa del derecho.indb 250 28/11/18 10:52

De las tres visiones que señala Velazco, creemos que en el ámbito político es bien conocida la primera: es la política exterior de Estados Unidos, y en algunas ocasiones de países europeos, que ven en los derechos humanos el discurso legitimador de la seguridad jurídica para el libre comercio y las inversiones. Por su parte, la segunda es la más conocida en el ámbito jurídico: normas e instituciones –nacionales o internacionales– que operan dentro o en estrecha relación con el Estado-nación para garantizar derechos humanos. No obstante, creemos que la menos conocida, y que requiere por parte de la academia una mayor reflexión es la tercera. A esta, la nombraremos como una visión liberadora de derechos humanos.

Diversos autores relacionados con los procesos liberadores de pueblos o sujetos oprimidos por las actuales estructuras de la globalización capitalista han destacado la importancia de trascender de las visiones más clásicas de derechos humanos a una compleja. Así, por ejemplo, inspirado en gran parte por la filosofía de Ignacio Ellacuría, Juan Antonio Senent afirma:

> [L]a perspectiva que [...] vamos a adoptar está marcada por la búsqueda de una 'visión compleja' del fenómeno de los derechos humanos que reconozca la dimensión 'procesual' de la dinámica de los derechos humanos. Ya adelantamos que no pretendemos quedarnos ni en una dimensión positiva e institucional, ni meramente axiológica, ni moral como explicación suficiente del fundamento de los derechos. Más bien *trataremos de dar cuenta de lo que está posibilitando en un sentido radical el complejo fenómeno histórico que representan los derechos humanos*.[2]

Por su parte, David Sánchez Rubio señala que ante los procesos sociopolíticos y socioeconómicos de transformación y de restructuración del capitalismo en un contexto de globalidad, el paradigma epistemológico y racional-científico de la simplicidad y técnico-formal estatalista fracasa, mostrándose insuficiente y carente. Por lo tanto, hace un llamado a ejercitar el pensamiento complejo en el siguiente sentido:

[2] Senet, Juan Antonio, *Problemas fundamentales de los derechos humanos desde el horizonte de la praxis*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 29.

La disputa del derecho.indb 251 28/11/18 10:52

> El imaginario positivista, formal y estatalista del Derecho se derrumba con este nuevo paradigma de la complejidad. Si la simplicidad fragmenta, divide e incomunica a los saberes […] ahora hay que apostar por la interacción y la interdisciplinariedad de las racionalidades. No sólo se trata de abrirse a otras disciplinas y luchar contra la resistencia gremial y los celos corporativos. Los horizontes de las disciplinas deben abrirse desde su interior. Se amplía la comunicabilidad de todas las partes de lo real. No es que únicamente el Derecho se relacione con la Economía, la Ética y/o la Política, sino que al interior de lo jurídico hay elementos económicos, políticos, culturales, éticos y de género. Lo mismo sucede con el resto de ámbitos en los que se desarrollan las relaciones humanas.[3]

Las praxis de liberación que han efectuado diversos sujetos en los últimos tiempos muestran que la manera jurídica-positivista de concebir los derechos humanos no da cuenta cabalmente de la realidad. Por eso es necesario abrirse a la complejidad, a recuperar su conexión con la realidad, y de ahí que Boaventura de Sousa Santos señale que actualmente "el derecho, que redujo la complejidad de la vida jurídica a la seguridad de la dogmática, redescubre el mundo filosófico y sociológico en busca de la prudencia perdida".[4]

Una visión liberadora de derechos humanos busca no mutilar lo humano; parte del sujeto vivo, corporal y necesitado, y lo mantiene como su punto crítico. No cae en el solipsismo normativo, ni en el formalismo, sino que aborda derechos humanos desde las diversas parcelas de la realidad histórica donde inciden. Esto porque son momentos de la praxis de liberación de los seres humanos que se constituyen como sujetos en el encuentro con otros sujetos y con el mundo, en busca de producir, reproducir y desarrollar sus vidas.

La comprensión liberadora de derechos humanos está en función de una teoría crítica de ellos. Si entendemos por teoría crítica, entre otras cosas,

[3] Sánchez Rubio, David, "Desafíos contemporáneos del derecho: diversidad, complejidad y derechos humanos", en *Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, núm. 17, San Luis Potosí, UASLP, 2010, p. 19.

[4] De Sousa Santos, Boaventura, *Una epistemología del sur*, México, Siglo XXI / Clacso, 2009, p. 48.

La disputa del derecho.indb 252 28/11/18 10:52

"toda teoría que no reduce la 'realidad' a lo que existe",[5] entonces las otras visiones de los derechos humanos no pueden tener este carácter. Su pretensión de delimitar *con precisión y con claridad* a derechos humanos conlleva pensar la realidad sólo a lo que existe. Es decir, una visión liberadora de derechos humanos está en función de abrir el pensamiento para valorar las alternativas a lo dado empíricamente. Derechos humanos debe ser motivo, más que de conformidad con un "sistema constitucional de derechos", de incomodidad, de inconformismo y de indignación ante las realidades que deben ser transformadas y superadas.

Implicaciones de una visión liberadora de derechos humanos

Optar por una comprensión liberadora de derechos humanos conlleva algunas implicaciones, si desea servir para un pensamiento crítico.[6] Si bien algunas de ellas están implícitamente consideradas en la fundamentación que hemos desarrollado en otros espacios[7] a continuación reflexionaremos explícitamente sobre ellas.

Construir la pluralidad cultural de derechos humanos

Una compresión liberadora de derechos humanos debe posibilitar superar el *monoculturalismo* y asumir el *pluralismo cultural*.[8] Desde los criterios de la praxis, la intersubjetividad y la vida, una visión liberadora puede construir

[5] De Sousa Santos, Boaventura, *Crítica de la razón indolente Contra el desperdicio de la experiencia*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2000, p. 23.

[6] Parte de estas implicaciones las tomamos de las consideraciones que sobre la teoría crítica realiza Boaventura de Sousa Santos en *Crítica de la razón indolente*, *op. cit.*, pp. 31 y ss.

[7] *Cfr.* Rosillo Martínez, Alejandro, *Fundamentación de derechos humanos desde América Latina*, México, Itaca, 2013.

[8] Boaventura habla de pasar del monoculturalismo al multiculturalismo, pero nosotros optamos por conceptos como "pluralismo cultural" o "pluriversalismo", para diferenciar la postura crítica a la "multiculturalista" hegemónica, que básicamente propone que el Estado sea quien administre las diferencias culturales con el fin de promover una "convivencia". No obstante, este tipo de multiculturalismo termina fortaleciendo a la larga las tramas de dominación, al ser la cultura dominante la que, desde su perspectiva, administra el espacio público.

La disputa del derecho.indb 253 28/11/18 10:52

esta pluriversalidad de derechos humanos; debe permitir el encuentro con el otro, y construir su concepto desde esa apertura. Por eso, debe ser una visión capaz de comprender los diversos procesos de cada cultura que van encaminados a potencializar la praxis humana con el fin de establecer las condiciones para la producción y reproducción de vida.

El problema de la pluriculturalidad y los derechos humanos ha sido analizado desde diversas corrientes del pensamiento crítico. Boaventura de Sousa Santos establece ciertas premisas necesarias para un diálogo intercultural sobre derechos humanos. Son premisas que debe asumir una concepción liberadora. Estas premisas son las siguientes:[9]

- Trascender el debate sobre universalismo y relativismo cultural: Es un debate falso que perjudica el uso liberador de los derechos humanos. El *universalismo* debe ser superado por diálogos transculturales sobre preocupaciones isomórficas, y el *relativismo* ha de ser superado desarrollando criterios procedimentales transculturales para distinguir la política progresista de la conservadora, el apoderamiento del desapoderamiento, la emancipación de la regulación.
- Todas las culturas poseen ideas sobre la dignidad humana pero no todas la conciben como equivalente a los derechos humanos.
- Todas las culturas son incompletas y problemáticas en sus concepciones de la dignidad humana.
- Ninguna cultura es monolítica y, por lo tanto, dentro de ellas mismas existen diversas versiones de la dignidad humana.

Una idea que debe ser explotada sobre la pluriculturalidad de derechos humanos es el criterio de *riqueza humana* propuesta por Joaquín Herrera. Este criterio se refiere a la posibilidad de reacción que toda persona posee frente al entorno de relaciones en que se encuentra, en búsqueda de tener acceso a los bienes propicios para una vida digna. Para que los derechos humanos sean instrumentos a través de los que se pueda llevar a cabo este criterio, no se debe unversalizar una concepción de ellos o mantener que todas las visiones y prácticas son igualmente válidas. Es decir, ni el universalismo ni el relativismo son propios de un pensamiento liberador; ambas

[9] *Cfr.* de Sousa Santos, Boaventura, *Sociología jurídica crítica*, *op. cit.*, pp. 517-518.

La disputa del derecho.indb 254 28/11/18 10:52

posturas simplifican la realidad histórica donde se desarrollan derechos humanos.

En primer lugar, se deben considerar a los derechos humanos como *productos culturales*, y no son por lo tanto algo previo a la praxis histórica. Ambos, tanto derechos humanos como praxis, van de la mano en la construcción de condiciones sociales, culturales, económicas y políticas que propician el desarrollo de las capacidades humanas y el acceso a los bienes adecuados para ello. Por eso, se debe rechazar cualquier universalismo que imponga a priori el contenido de los derechos, como si ellos pretendieran ser el patrón de medida para una humanidad perfecta. En cambio, derechos humanos deben ser vistos como productos de luchas culturales, sociales, económicas y políticas que buscan la transformación de las relaciones de poder para generar un acceso igualitario a los bienes para la producción de vida. Al considerarlos productos culturales, derechos humanos constituye, para Herrera, una realidad de tres caras:

> Son la consecuencia y la posibilidad de actuar individual y colectivamente por ver reconocidas y puestas en práctica las diferentes y plurales visiones que tengamos de nuestras capacidades y necesidades (esfera *política* de los derechos), con el objetivo de "ajustar" (esfera *axiológica* de los derechos) el mundo a lo que en cada momento y en cada lugar se entienda por dignidad humana (esfera *teleológica* de los derechos). La mayor violación hacia los derechos humanos consistirá en prohibir o impedir, del modo que sea, que individuos, grupos o culturas puedan expresar y luchar por su dignidad.[10]

Es necesario que la visión liberadora de derechos humanos esté abierta a la creatividad pluricultural; que posibilite que otros grupos humanos, otros colectivos y otras comunidades, sean capaces de crear sus propios procedimientos e instituciones sociojurídicos encaminados a la transformación social; que puedan recrear los derechos humanos para satisfacer sus necesidades de vida desde sus propias circunstancias y tramas sociales. Es decir, que puedan crear "otro conjunto de ficciones y supuestos, favo-

[10] Herrera Flores, Joaquín, "Hacia una visión compleja de los derechos humanos" en Joaquín Herrera Flores (Ed.), *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica a la razón liberal*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2000, pp. 264-265.

La disputa del derecho.indb 255 28/11/18 10:52

rables ahora, no sólo a una clase social, la que triunfa con las revoluciones burguesas, sino a los colectivos tradicionalmente marginados de la ficción hegemónica: indígenas, inmigrantes, mujeres…".[11]

Pero la visión liberadora de derechos humanos no significa fomentar el relativismo cultural o el culturalismo. Estas posturas corren los mismos riesgos que el universalismo, al absolutizar una perspectiva y simplificar la realidad a una sola visión. Olvidan que, dentro de la complejidad de la realidad histórica, las culturas son incompletas además de que todas están afectadas por condiciones materiales. Es decir, el culturalismo conduce a un nuevo idealismo simplificador cuando cree que *todo* es cultura, pasando por alto las relaciones que están estrechamente marcadas por la materialidad de la historia. La consecuencia básica de estas posturas en derechos humanos, Joaquín Herrera la describe de la siguiente forma:

> Cuando el culturalismo considera que todo es cultura, concibe a los productos culturales –por ejemplo, a los derechos humanos– como dato básico de lo real; es decir, como algo que no está contaminado por algún tipo de relaciones sociales, psicológicas o naturales. El producto cultural queda, pues, descontextualizado y separado de las condiciones de producción y reproducción de la vida y de la acción humanas. En otros términos, se le coloca en un pedestal que no le pertenece, ya que lo cultural no se da en el vacío, sino que aparece siempre como reacción frente a una determinada configuración de relaciones.[12]

Es decir, para que la visión liberadora de derechos humanos realmente asuma la pluralidad cultural del mundo, es necesario comprender que los procesos culturales no fundan la realidad, sino que se encuentran y son parte de ella. Lo que la cultura otorga al sujeto es un instrumental simbólico que permite a la riqueza humana reaccionar ante determinada configuración de relaciones y tramas sociales. En este sentido, un primer acercamiento a una compresión compleja de derechos humanos los vería como "procesos de apertura y consolidación de lucha por diversas formas de entender la digni-

[11] Herrera Flores, Joaquín, *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, Madrid, Catarata, 2005, p. 208.
[12] *Ibidem.*, p. 128.

La disputa del derecho.indb 256 28/11/18 10:52

dad humana".[13] Así, derechos humanos no se comprenderían como "datos básicos de lo real" ajenos a los procesos históricos, sino que se pondría énfasis en su carácter procesual. Se rechaza entonces un concepto universal de dignidad humana, pero no en función de defender un relativismo ético. Más bien se opta por la construcción de una "pluriversalidad", donde desde cada cultura o desde cada encuentro intercultural se generen procesos de lucha por instaurar condiciones materiales que hagan posible la producción y reproducción de la vida.

Si bien el criterio de riqueza humana nos posibilita comprender la capacidad del ser humano para constituirse en sujeto de la praxis, en lucha por crear las condiciones que permitan a todo ser humano vivir con dignidad, queda la duda de qué entender por dignidad humana en un contexto de pluralismo cultural. Al respecto Boaventura de Sousa Santos se hace la pregunta de por qué hay tantos principios diferentes en torno a la dignidad humana –todos con pretensión de ser únicos– y por qué a veces son contradictorios entre sí. Llega a la conclusión, como ya mencionamos, de que "las culturas poseen ideas sobre la dignidad humana pero no todas conciben la dignidad humana como equivalente a los derechos humanos. Es, por tanto, importante buscar preocupaciones isomórficas entre diferentes culturas".[14] Propone entonces una concepción *mestiza* de derechos humanos, que en vez de recurrir a falsos universalismo se organice a sí misma como una constelación de significados locales y mutuamente inteligibles.

Dicha concepción *mestiza* de derechos humanos –que es parte de una compresión compleja de ellos– se genera por el intercambio entre universos de significado diferentes. Los *topoi* son "lugares comunes retóricos ampliamente extendidos de una determinada cultura, autoevidentes, y que, por lo tanto, no son objeto de debate. Funcionan como premisas para la argumentación, posibilitando de esta manera la producción e intercambio de argumento".[15] Para comprender los *topoi* fuertes de una cultura a otra, Santos propone una *hermenéutica diatópica*, siguiendo las ideas de Raimon

[13] Sánchez Rubio, David, "Desafíos contemporáneos del derecho: diversidad, complejidad y derechos humanos", *op. cit.*, p. 20.

[14] De Sousa Santos, Boaventura, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid-Bogotá, Trotta-ILSA, 2009, p. 517.

[15] *Ibidem*, p. 518.

La disputa del derecho.indb 257 28/11/18 10:52

Panikkar.[16] Ésta se basa en la idea de que los *topoi* de una cultura son tan incompletos como la cultura misma, sin importar lo fuertes que sean. Dentro de la misma cultura no es visible la incompletud de los *topoi*, por lo que el objetivo de la hermenéutica diatópica es concientizar de la incompletud y entablar el diálogo con otras culturas.[17]

Santos muestra cómo se desarrolla la *hermenéutica diatópica* al relacionar el concepto occidental *derechos humanos* con el *dharma* de la cultura hindú, y la *umma* de la cultura islámica. Hace notar que los tres *topoi* son incompletos y el diálogo entre sí los enriquece. Los *derechos humanos* se muestran incompletos desde el *dharma* porque no logran establecer un vínculo entre la parte (el individuo) y el todo (la realidad); desde el *umma*, los derechos humanos están plagados de una simetría muy simplista y mecánica entre derechos y deberes, y por eso no es capaz de concebir derechos para las generaciones futuras, para la naturaleza o para los animales, pues ellos no tienen deberes. En cambio, desde los *derechos humanos*, el *dharma* es incompleto porque tiende a olvidar que el sufrimiento humano contiene una dimensión individual irreductible: las sociedades no sufren, pero los individuos sí.

Semejante a la idea de Panikkar, encontramos la *hermenéutica analógica* propuesta por Mauricio Beuchot. Esta hermenéutica es un intento de superar la distensión que se produce entre hermenéuticas de corte univocistas y equivocistas.[18] Las hermenéuticas univocistas son aquéllas que sostienen que hay sólo una interpretación válida de un texto.[19] Las hermenéuticas

[16] *Cfr.* Panikkar, Raimon, *Mito, fe y hermenéutica*, Barcelona, Herder, 2007.

[17] *Cfr.* De Sousa Santos, Boaventura, *Sociología jurídica crítica*, *op. cit.*, p. 518-525.

[18] *Cfr.* Beuchot, Mauricio, *Tratado de hermenéutica analógica. Hacia un nuevo modelo de la interpretación*, México, UNAM / Ítaca, 2009, pp. 35 ss.

[19] Considerando, por supuesto, el texto en su comprensión amplia. la noción de texto ha evolucionado dentro del campo de la hermenéutica. Primero se tomaba como texto el escrito, y esto es importante, porque lo más que interpretamos son documentos. Pero Gadamer amplía la noción de texto al hablado, a la conversación o diálogo, ya que, si la escritura da un texto cerrado, la conversación es un texto más abierto, que no sabemos bien a bien dónde va a parar. Ricoeur añade como texto la acción significativa, de modo que entre ahí lo que interpreta el antropólogo, el psicólogo, el sociólogo, los historiadores, los juristas, etcétera. Así, tenemos una amplia gama de textos, que son el objeto de la interpretación y, por lo mismo, de la hermenéutica. *Cfr.* Grondin, Jean, *Introducción a la hermenéutica*, Trad. Ángela Ackermann, Barcelona, Herder, 1999.

La disputa del derecho.indb 258 28/11/18 10:52

equivocistas, al contrario, sostienen que prácticamente todas las interpretaciones son válidas. A diferencia de ambas, una hermenéutica analógica acepta más de una interpretación como válida, pero no todas; hay un grupo de ellas, pero ordenadas según alguna jerarquía, de modo que haya unas interpretaciones mejores que otras, siguiendo una gradación en la que llega un punto en el que ya no son adecuadas al texto en cuestión.

Una hermenéutica analógica tiene como uno de sus efectos evitar los inconvenientes de una interpretación unívoca y de una equívoca, paro a la vez sacando provecho de sus ventajas. De la hermenéutica unívoca asume que no todas las interpretaciones pueden ser verdaderas; de la hermenéutica equívoca toma la lección de que no sólo una puede ser verdadera. Tienen que ser más de una, pero no todas.[20] Para colocar un límite a la interpretación se utilizan criterios son analógicos. Hay un límite analógico para frenar la extracción de significado de un texto, para que no se vuelva explotación descontrolada. Hay límites sintácticos, semánticos y pragmáticos: el conocimiento del idioma, su correlación con los significados y el estudio del contexto cultural del autor del texto. Es necesario usar el diálogo con los otros miembros de la comunidad de intérpretes que nos rodean. La analogía exige el diálogo, pues se *analoga* mejor de manera comunitaria. En todo caso, el contexto del texto pone límites para la interpretación y evitar así el equivocismo.

Si la hermenéutica analógica trata de evitar la cerrazón de la univocidad, para permitir y reconocer la pluralidad, también trata de superar la postura equivocista, que termina fácilmente en el relativismo. Señala Beuchot, que la polisemia o multivocidad puede ser equívoca o analógica. La equívoca no tiene reducción ni límites; la analógica es una pluralidad acotada y limitada. Es la que se desea para la hermenéutica analógica. En efecto, esta hermenéutica aplicada al tema que nos ocupa nos conduce al pluralismo cultural analógico, el cual privilegia la diferencia y trata de proteger lo más posible la identidad de las culturas. Pero esto no quiere decir que este pluralismo considere que las culturas son perfectas; al contrario, para evitar la equivocidad establece límites analógicos, y por lo tanto fomenta el diálogo y la convivencia de culturas: "De cada cultura habrá elementos que

[20] *Cfr.* Beuchot, Mauricio, *Compendio de hermenéutica analógica*, México, Torres Asociados, 2007, pp. 11-50.

La disputa del derecho.indb 259 28/11/18 10:52

alguna, algunas de las demás yo todas las otras aceptarán, otros elementos que tolerarán y otros que rechazarán".[21] De aquí que se pueda generar un tipo de "universalidad" desde abajo, que no sea *a priori* sino a *a posteriori*, como producto de un diálogo e intercambio entre las culturas, en búsqueda de superar sus "incompletud". Citamos en extenso a Beuchot, pues su descripción del uso de una racionalidad analógica en este tema no muestra su cercanía con la hermenéutica diatópica:

> Esta forma de universalizar se da a partir de los mismos valores parciales, con un cierto mecanismo o procedimiento de universalización, como un proceso abstractivo. Partiendo de los valores particulares propios, ya conocidos, se procede a la observación de los valores particulares ajenos, y se contrastan unos con otros, aprendiendo lo que la experiencia colectiva nos ha enseñado y nos va enseñando, lo que la tradición nos ha dado y lo que la investigación nos va dando. Ciertamente esto requiere autocrítica y tolerancia, ser comprensivos con los valores de la otra cultura, porque puede ocurrir que a primera vista nos parezcan condenables por lo distintos y extraños. Pero, a fin de respetar la diferencia, hemos de comenzar por conocer nuestra identidad, pues a partir de ella haremos la evaluación. No tenemos otra cosa de la cual partir. Poco a poco, y como por una función simbólica, la diafilosofía[22] nos ayudará a juzgar los valores de los otros a partir del juicio que tengamos de los nuestros (y también escuchando el juicio que les merecen a los otros). [...] Mediante esta observación de valores particulares, entre diversas culturas comparadas, se va buscando lo que éstos tienen en común, y a los que se consideran "universales". [...] La analogicidad es lo universal referido a lo particular, de modo que no puede prescindir de sus diferencias. Pero, por lo mismo, es también la relación de lo particular con el universal, de modo que lo particular cobre sentido por su referencia al universal en el que encuentra su sitio y su contexto. Por ello, la analogicidad, aplicada a las culturas, hace que una cultura encuentre su lugar entre los demás, y

[21] Beuchot, Mauricio, *Multiculturalidad y derechos humanos*, México, Siglo XXI / UNAM, 2005, p. 62.

[22] Beuchot prefiere usar el concepto *dia*filosofía en lugar de *meta*física, para hacer hincapié en que la universalización de derechos humanos no se construye *a priori* y abstractamente, sino *a posteriori* y desde el diálogo de lo concreto.

La disputa del derecho.indb 260 28/11/18 10:52

> ellas entre sí, con lo cual unas y otras cobrarán sentido. Encontrarán su puesto en el cosmos cultural que es el mundo. Así se salvaguarda el derecho de los pueblos a su cultura, a sus símbolos, que los constituyen.[23]

La visión liberadora de derechos humanos debe ser capaz de asumir una *teoría de la traducción*, sea como *hermenéutica diatópica* o como *hermenéutica analógica*, que parta del presupuesto de que una necesidad o una práctica en una cultura puede volverse comprensible e inteligible por otra cultura. Es decir, debe dar soporte epistemológico para que derechos humanos pueda enriquecerse con las praxis de liberación que se desarrollan en cada cultura. Praxis que son, por ser históricas, finitas e incompletas, pero que forman parte de la realidad histórica como totalidad.

Una visión liberadora asume que no existe cultura pura ni completa; toda cultura está constituida por muchas culturas y racionalidades. Lo que se busca sería entonces, no la imposición de un modelo monocultural de valores y de la compresión de la dignidad humana, sino la generación de procesos de lucha que transformen las relaciones y las instituciones sociales, culturales, políticas y económicas buscando que cada ser humano consiga los bienes necesarios para la producción y reproducción de su vida. Estos procesos de cambio se ven enriquecidos por el diálogo entre culturas.

Incluir la perspectiva de la víctima

Una visión liberadora de derechos humanos debe asumir la perspectiva de la víctima, como bien señala Herrera: "situarnos en la *periferia*. Centro sólo hay uno. Lo que no coincida con él es tildado peyorativamente de periferia. Periferias hay muchas. En realidad, todo es periferia si aceptamos que no hay nada puro y que todo está relacionado".[24]

Además, queremos destacar que esta perspectiva tiene que asumirse en el actual contexto de globalización. Ubicar a derechos humanos como elementos de derecho internacional que se van imponiendo a los diversos estados del mundo es una visión simplista, que no siempre corresponde

[23] Beuchot, Mauricio, *Multiculturalidad y derechos humanos*, *op. cit.*, pp. 65-66.

[24] Herrera Flores, Joaquín, "Hacia una visión compleja de los derechos humanos", *op. cit.*, p. 69.

La disputa del derecho.indb 261 28/11/18 10:52

a la visión de las víctimas. Es necesario pensar derechos humanos en la globalidad desde las luchas de los pueblos, desde la construcción de alternativas sociopolíticas y económicas *desde abajo.* Es decir, parte de la visión liberadora de derechos humanos es su ubicación como elementos interculturales en un contexto de globalización o mundialización.

Para Santos, lo que llamamos globalización consiste en series de relaciones sociales, y según cambian éstas lo hace también aquélla. Por eso, más que una globalización debe hablarse de globalizaciones. Define la globalización de la siguiente manera: "El proceso por el cual una condición o entidad local dada logra extender su alcance por todo el globo y, al hacerlo, desarrolla la capacidad de designar como local a alguna entidad o condición social rival".[25] Desde esta perspectiva, lo que se llama globalización en el actual sistema-mundo es la globalización exitosa de un localismo. Las globalizaciones pueden distinguirse en cuatro modos, según su producción: localismos globalizados, globalismos localizados, cosmopolitismo y herencia común de la humanidad.[26] Los dos primeros modos abarcan la globalización hegemónica, pues surgen de las fuerzas del capitalismo global, y llevan a cabo la integración global sea por exclusión o por inclusión. Las otras dos formas son las globalizaciones contrahegemónicas.

El *localismo globalizado* consiste en el proceso por el cual un fenómeno local es globalizado con éxito; puede ser la operación mundial de las empresas transnacionales, la imposición del inglés como *lingua franca*, la globalización de la comida rápida o de las leyes de propiedad industrial de los Estados Unidos. El *globalismo localizado* consiste en el impacto específico de las prácticas e imperativos transnacionales en las condiciones locales; éstas son desestructuradas y reestructuradas con el fin de responder a aquéllos. Como ejemplo podemos citar los enclaves de libre comercio; la deforestación y el deterioro de los recursos naturales de los países que están sometidos al pago de deuda externa; el uso turístico de los tesoros históricos y lugares religiosos, de las artes, las artesanías y la vida salvaje; la transformación de una agricultura para la subsistencia a una orientada a la exportación, etcétera. En este contexto, señala Boaventura,

[25] De Sousa Santos, Boaventura, *Una epistemología del sur*, *op. cit.*, p. 230.
[26] *Cfr. Ibidem*, pp. 231-232.

La disputa del derecho.indb 262 28/11/18 10:52

> la división internacional del globalismo asume el siguiente patrón: los países centrales se especializan en los localismos globalizados, mientras que a los países periféricos les es impuesta la alternativa de los globalismos localizados. El sistema mundial y, más específicamente, lo que en él es designado como globalización, es una red de globalismos localizados y localismos globalizados.[27]

Por otro lado, en el *cosmopolitismo* se comprenden las relaciones de poder y de interdependencia de forma compleja, y se considera que las formas de dominación prevalentes no excluyen la posibilidad de que los sujetos subordinados –sean estados, grupos sociales, etc.– se organicen transnacionalmente en defensa de intereses percibidos como comunes y usen en su provecho las posibilidades de interacción transnacional creadas por el sistema mundial. "El cosmopolitismo no es nada más que el establecimiento de una red de luchas locales progresistas, con el fin de maximizar su potencial emancipador *in locu* a través de conexiones translocales/locales".[28] Mientras que la *patrimonio común de la humanidad* –en un uso libre de la expresión tomada del derecho internacional– se refiere al surgimiento de problemas que, por su naturaleza, son tan globales como el globo mismo, tales como aquéllos relacionados con la posibilidad de la permanencia de la vida humana en la Tierra (cuestiones ambientales como la capa de ozono, el calentamiento global, etcétera).

Santos observa que derechos humanos pueden concebirse como una modalidad de localismo globalizado o como una modalidad de cosmopolitismo subalterno e insurgente. Aquella modalidad sería una globalización desde arriba, mientras que ésta sería desde abajo. Si se defiende los derechos humanos como "universales" –desde un paradigma de la simplicidad– tenderán a funcionar como localismo globalizados, como una forma de globalización desde arriba. En cambio, si se desea que funcionen como una forma de globalización cosmopolita, contrahegemónica, entonces deberán ser repensados desde la perspectiva de las víctimas y la pluralidad cultura.

[27] De Sousa Santos, Boaventura, *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia / ILSA, 2002, p. 57.
[28] *Ibidem*, p. 60.

La disputa del derecho.indb 263 28/11/18 10:52

Si la globalización de derechos humanos se estudia como la expansión de una única razón, desde las prácticas jurídicas hegemónicas, como lo son las instancias internacionales promovidas por los países del centro geopolítico, entonces se simplifica su visión. Estudiar el contenido de los instrumentos internacionales de derechos humanos y los procedimientos reglamentados para las instancias respectivas, sin dar cuenta de si su uso y su práctica responden a una globalización hegemónica o a una globalización contrahegemónica, es una visión limitante. En cambio, una visión liberadora debe atender al uso y a la práctica que la "comunidad de víctimas" –por usar un término de Dussel–[29] da de los instrumentos e instancias internacionales, y en general al discurso de "derechos humanos". Es decir, se debe evidenciar si la praxis histórica es de opresión o de libración, si funcionan como localismos globalizados o como globalización cosmopolita, si son herramientas para construir una globalización desde arriba o una globalización desde abajo. Por eso, una visión liberadora debe ser coherente con e incluir las prácticas jurídicas populares, que buscan ampliar – y por qué no también corregir– el canon hegemónico de derechos humanos a través de lo que hemos llamado "nuevos derechos". Es lo que Santos señala como *legalidad cosmopolita subalterna* que es "una forma de teoría y práctica sociojurídica adecuada para comprender y profundizar la acción y el pensamiento políticos encarnados por la globalización contrahegemónica".[30]

Contextualizar derechos humanos en los procesos históricos

Si tomamos en cuenta que "toda teoría crítica de la sociedad no es más que la dimensión intelectual del proceso histórico de emancipación",[31] entonces debemos contextualizar derechos humanos en esos procesos. En efecto, no se estarían comprendiendo políticamente como entidades na-

[29] *Cfr.* Dussel, Enrique, *Ética de la liberación. En la edad de la globalización y de la exclusión*, Madrid, Trotta, 1998, p. 553.

[30] De Sousa Santos, Boaventura y Rodríguez, Cesar A., "El derecho, la política y lo subalterno en la globalización contrahegemónica", en De Sousa Santos, Boaventura y Rodríguez, César A. (Ed.), *El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita*, Trad. Carlos F. Morales, Barcelona-México, Anthropos / Universidad Autónoma Metropolitana, 2007, p. 10.

[31] Herrera Flores, Joaquín, *Los derechos humanos como productos culturales*, *op. cit.*, p. 177.

La disputa del derecho.indb 264 28/11/18 10:52

turales o derechos infinitos, sino como reacciones antagonistas frente a un determinado conjunto de relaciones sociales nacidas en una precisa realidad histórica. En esto, de nuevo podemos hacer referencia al pensamiento de Joaquín Herrera y a su comprensión de productos cultural.[32]

Derechos humanos pueden ser elementos de praxis de liberación o praxis de opresión, es decir, como productos culturales surgen en contextos concretos, donde se dan relaciones no neutrales. En nuestra realidad histórica, los procesos de derechos humanos hay que entenderlos

> como procesos llevados a la práctica en el marco de las relaciones sociales impuestas por el capital –no los derechos humanos 'en sí mismo considerados' como despliegue humanista de una naturaleza humana eterna y abstraída de sus condiciones sociales de existencia–. Por ello, su historia no puede ser entendida si únicamente vemos los diferentes textos en los que se han intentado positivizar.[33]

Por tanto, pueden tender hacia la regulación o hacia la liberación; en el primer caso, mantienen el *statu quo* desde perspectivas de cierre al cambio y a la transformación social, mientras que, en el segundo caso, generan una interacción dinámica con el entorno y propician aperturas de cambio y de transformación.

Como *productos culturales reguladores*, derechos humanos tienden al cierre de los circuitos de "reacción cultural", es decir, se vuelven procesos ideologizantes que impiden a actores sociales la creación de producciones culturales, bloqueando la posibilidad de intervenir en los entornos de relaciones en que están situados. Se convierten también en procesos coloniales que impiden la interacción con otros procesos culturales en un plano de igualdad económica y niegan la igual capacidad para hacer valer sus propias convicciones. Y, además, se vuelven procesos totalitarios o procesos democráticos débiles (meramente formales) en los que los actores sociales no pueden construir alternativas de acción social a los dominantes ni modificar las estructuras políticas y económicas hegemónicas. Por otro lado, como *productos culturales emancipadores*, derechos humanos se constituyen

[32] *Cfr. Ibidem*, pp. 120 y ss.
[33] *Ibidem*, pp. 143-144.

La disputa del derecho.indb 265 28/11/18 10:52

en procesos en los que todos los actores sociales pueden reaccionar creando producciones culturales en función de las tramas sociales en que están situados. En lugar de procesos colonialistas, derechos humanos deben ser procesos abiertos a la interacción con otros procesos culturales, creando espacios de diálogo basados en la igualdad de acceso a bienes y en la igual capacidad de hacer valer sus convicciones. Por último, se generan como procesos de "democracia sustantiva y radical" en los que los actores sociales pueden construir alternativas de acción social y modificar las estructuras políticas y económicas. Pero para que derechos humanos sean procesos emancipadores debemos tener en cuenta el uso y la práctica que de ellos hacen las víctimas.

Derechos humanos no son categorías ideales, sino que se van creando y recreando según se va dando la construcción social. Al conocer derechos humanos, desde una visión liberadora, es importante tener presente los contextos, las tramas sociales y los procesos que les dan sustento; tener en cuenta los actos, los sujetos implicados y sus condiciones materiales de producción y reproducción de vida. Deben ser concebidos desde un pensamiento que desvele los conflictos de intereses que se encuentran detrás de las ideologizaciones, e se han de insertar en los contextos sociales, culturales y políticos en que se generan. Es necesario dialogar con una realidad que nos muestra que, frente a hechos nuevos, a nuevas formas de opresión, se han de generar nuevas formas de resistencia. Suponer que esas nuevas formas de resistencia son ajenas a derechos humanos por temor a una "ampliación indebida, vaga o con gran carga sentimental" del catálogo de derechos, significa favorecer una manera de clausurar el diálogo con la realidad, de favorecer procesos de cierre. Los procesos generadores de "nuevos derechos" quedan excluidos de derechos humanos si a estos los comprendemos como "identidades imaginarias y pasivas". Se deben superar las abstracciones que reducen al ser humano a entelequias, despojadas de cuerpo, de necesidades y de carencias. Tiene que estar enfocada en el sujeto vivo, el de carne y hueso.

Asumir la dimensión utópica de derechos humanos

Hemos dicho que un pensamiento crítico no puede reducir la realidad a lo que existe, sino que debe reflexionar sobre las alternativas que pueden

La disputa del derecho.indb 266 28/11/18 10:52

abrirse al futuro. Si derechos humanos asumen esta característica, entonces será más fácil que se constituyan en procesos de emancipación y no de regulación. En efecto, una visión liberadora de derechos humanos comprende una dimensión utópica: "Los derechos humanos figuran siempre como la utopía, como el horizonte utópico realizable, aunque cometido a obstáculos que impiden constantemente su plena satisfacción".[34]

Esta dimensión tiene un carácter dialéctico, pues la denuncia de las situaciones de violación de derechos humanos y la utopía se potencian mutuamente. Es necesario un horizonte utópico para que se dé la toma de conciencia de que algo puede ser superado; pero también se requiere una constatación del origen estructural de la negación de derechos humanos (de su privación y violación), para que dicha toma de conciencia adquiera la forma de un auténtico dinamismo de lucha y de exigencia real de bienes. Por eso, "la denuncia sin utopía es, hasta cierto punto, ciega, pero la utopía sin denuncia es prácticamente inoperante, más aún, eludidora del compromiso real".[35]

Lo anterior nos lleva a comprender que el *horizonte utópico* es parte de una visión liberadora de derechos humanos, si por utópico entendemos lo que puede ser pensado o imaginado, siempre deseado mas nunca realizado, que atraviesa transversalmente las realizaciones o concreciones históricas específicas. Se trata, como señala Hinkelammert, del principio de imposibilidad de la acción humana que le descubre sus posibilidades.[36] De ahí que Ellacuría hable de una *permanente humanización*, pues se trata de un horizonte que establece "el mejor de los posibles" pero como una relación transversal entre la utopía y la realidad histórica.

[34] Herrera Flores, Joaquín, "Hacia una visión compleja de los derechos humanos", *op. cit.*, p. 52.

[35] Ellacuría, Ignacio, "Historización de los derechos humanos desde los pueblos oprimidos y las mayorías populares", en *Escritos Filosóficos*, Tomo III, San Salvador, UCA Editores, 2001, pp. 438-439.

[36] *Cfr.* Hinkelammert, Franz, *Crítica de la razón utópica*, San José de Costa Rica, DEI, 1990, p. 236. Para la aplicación de este principio al horizonte utópico de los derechos humanos: *Cfr*. Solórzano, Norman José, *Crítica de la imaginación jurídica. Una mirada desde la epistemología y la historia al derecho moderno y su ciencia*, San Luis Potosí, Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2007.

La disputa del derecho.indb 267 28/11/18 10:52

Siendo así, entonces no debemos hablar de momentos cada vez más cercanos, de progresivos acercamientos, a la realización absoluta o perfecta de la utopía. Ésta siempre deberá ser el motor que impulse la permanente humanización, pues de lo contrario es fácil caer en una *ilusión* que oculte lo que en realidad se hace: establecer un orden que una vez instituido buscará su perpetuación, y es cuando derechos humanos se convierten en un discurso de legitimación y ya no de utopía. De ahí que las concepciones de los derechos humanos que dan prioridad al formalismo institucional y sistemático, por encima de la realidad histórica y las necesidades de los seres humanos, sean estáticas y cierren la puerta a cualquier dimensión utópica –y por lo tanto transformadora– que puedan tener.

Ubicar derechos humanos en un horizonte utópico, en el sentido mencionado, nos conduce a rechazar toda clase de *utopismo*. Tanto aquel utopismo que fácilmente conduce a totalitarismos, sean estatales o de mercado, cuyas posturas pueden reflejarse en la afirmación *estamos construyendo el único mundo posible*, o en posturas anti-utópicas (o *utopismo irreflexivos*) que acusan a las "utopías" o a los "grandes relatos" de *querer construir paraísos en la Tierra pero en realidad construyen infiernos*. De forma semejante, derechos humanos como ideales utópicos se constituyen en principios de la praxis que quiera combatir los discursos cínicos, los cuales no constituyen una ideologización sino que pretenden imponer sus principios como los únicos válidos; caso que se da, por ejemplo, en la simplificación de los derechos sociales cuando se afirma que éstos *son postulados del estado de derecho que no los puede realizar pues dependen de la economía, la cual es el auténtico campo de batalla y, como en cualquier batalla, hay perdederos, bien haría el estado en dejarlos fuera de sus obligaciones*. Reivindicar el principio de la vida o de la solidaridad por encima del principio de la eficiencia empresarial o del mercado capitalista, dentro de un horizonte utópico, es una manera en que los derechos humanos pueden mostrarse como momento intelectivo de la praxis de liberación.

Comprender los derechos humanos como *ideales utópicos* –como señala Ellacuría– posibilita, entonces, que no se conviertan en un discurso hegemónico que impida y anule procesos de liberación, sino al contrario: que sean momentos ideológicos que faciliten la construcción de prácticas sociales e históricas, de procesos culturales abiertos, que permitan al ser humano vivir con el máximo de dignidad.

La disputa del derecho.indb 268 28/11/18 10:52

Asumir el criterio de la vida

Una visión liberadora de derechos humanos debe asumir el criterio de vida. En este sentido, Herrera señala que "hablar, convencional y materialistamente, de los derechos humanos es hacerlo de actores en lucha por transformar las condiciones de acceso a los bienes necesarios para construir una vida digna".[37]

Por su parte, Ellacuría conceptuaba derechos humanos como aspiraciones naturales –es decir, aspiraciones con un fundamento biológico-ético–. Esta concepción la fundamenta en un "humanismo histórico, dinámico, pero a la vez estructural, materialmente metafísico, 'intramundano'",[38] donde el acento por la lucha por la justicia se vincula con las *necesidades* de vida del pueblo y no con las *reivindicaciones*. Esto porque el ser humano no es

> Una generalidad unívoca y abstracta, que se repite multiplicadamente en los hombres concretos, si no, especialmente en lo que toca a los problemas del derecho, es una realidad escindida entre el que lo disfruta y el que lo padece y [...] es una realidad dialéctica entre el fuerte y el débil, entre el señor y el esclavo, entre el opresor y el oprimido.[39]

Así se busca subrayar la materialidad de las prescripciones éticas (necesidades vitales) de la comunidad. Salamanca dice al respecto:

> Conviene tener claros los límites del ámbito de autonomía normativa que tiene el pueblo. La autonomía es para determinar qué necesidades materiales son relevantes para comunitariamente asegurar la producción y reproducción de vida del pueblo en un momento histórico. La autonomía es también para 'positivarlas' históricamente como derechos, y protegerlos mediante el uso coactivo de la fuerza. El ámbito de autonomía no se extiende hasta el punto de pensar que el pueblo 'crea' las necesidades materiales que le permiten la reproducción de vida. Respecto a la existencia de las necesidades vitales el

[37] Herrera Flores, Joaquín, *Los derechos humanos como productos culturales*, *op. cit.*, p. 250.

[38] Salamanca, Antonio, *El derecho a la revolución. Iusmaterialismo para una política crítica*, San Luis Potosí, UASLP / CEDH, 2006, p. 7.

[39] Ellacuría, Ignacio, "Historización de los derechos humanos desde los pueblos oprimidos y las mayorías populares", *op. cit.*, p. 435.

La disputa del derecho.indb 269 28/11/18 10:52

> pueblo no tiene decisión, sino que, si quiere vivir, ha de 'atenerse' a la imposición de la naturaleza. El sueño del pueblo de una autonomía normativa ilimitada es un delirio. Es decir, la soberanía de la vida no se discute, sino que se respeta. Esto es importante señalarlo frente a todo tipo de idealismo o voluntarismo jurídico arbitrario.[40]

Ubicar el criterio de la vida dentro de una visión liberadora nos posibilita abordar los derechos humanos desde distintas tradiciones culturales sin caer en un relativismo ético, pues a fin de cuentas los procesos de liberación van concretando las aspiraciones naturales que la realidad posibilita en un momento dado. Es decir, las necesidades no son equívocas (lo que sí serían las reivindicaciones, fundadas en un voluntarismo o idealismo jurídico arbitrario), pero tampoco se consideran las necesidades como una cuestión unívoca en el ser humano (lo que sería un materialismo vulgar o una metafísica no dinámica), sino que las necesidades del pueblo son fundamentadas bioéticamente, y la estructura dinámica del ser humano permite cierta pluralidad histórica de ellas y de sus medios de satisfacción. En sentido contrario, perder este criterio conduce a una visión simplificante que nos encadena a una sola tradición cultural (la liberal occidental): "Cuando se lucha únicamente por derechos –y no por el acceso a los bienes necesarios para una vida digna–, ya estamos luchando entrampados en la jaula de hierro del liberalismo individualista dominante en la concepción jurídica occidental".[41]

Conclusión

En el contexto de la globalización hegemónica se va imponiendo una visión conservadora de derechos humanos, cuyo uso está encaminada a otorgar seguridad jurídica al libre mercado, y además debilita la visión jurídica fundada en el derecho internacional y en el Estado benefactor, se hace necesario profundizar en una visión liberadora que parta desde las diversas subjetividades emergentes en movimientos sociales o en opciones comuni-

[40] *Ibidem*, p. 13.

[41] Herrera Flores, Joaquín, *Los derechos humanos como productos culturales*, *op. cit.*, p. 251.

La disputa del derecho.indb 270 28/11/18 10:52

tarias. Esta visión de derechos humanos busca no mutilar lo humano, pues parte del sujeto vivo como su punto crítico. Evita y se opone al solipsismo normativo y al formalismo, para abordar derechos humanos desde las diversas parcelas de la realidad histórica donde inciden. Esta compresión conlleva algunas implicaciones, tales como la construcción pluricultural de derechos humanos, la inclusión de la perspectiva de la víctima, la contextualización en los procesos históricos, asumir la dimensión utópica, y adoptar el criterio de la producción y reproducción de vida. Al dar la razón de la complejidad de derechos humanos, se les entiende como un conjunto de prácticas sociales, simbólicas, culturales, jurídicas, económicas e institucionales de la "comunidad de víctimas", que les permite constituirse en sujeto y reaccionar contra los excesos de cualquier tipo de poder, modificando las tramas sociales para lograr acceder a los bienes para las satisfacción de las necesidades de producción y reproducción de vida, es un punto de partida adecuado para una compresión compleja de derechos humanos.

Bibliografía

Beuchot, Mauricio. 2005. *Multiculturalidad y derechos humanos*, México, Siglo XXI / UNAM.

_____. 2007. *Compendio de hermenéutica analógica*, México, Torres Asociados.

_____. 2009. *Tratado de hermenéutica analógica. Hacia un nuevo modelo de la interpretación*, México, UNAM / Ítaca.

de Sousa Santos, Boaventura. 2000. *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*, Bilbao, Desclée de Brouwer.

de Sousa Santos, Boaventura y Rodríguez, César A. 2007. "El derecho, la política y lo subalterno en la globalización contrahegemónica", en Boaventura de Sousa Santos y César Rodríguez A. (Ed.), *El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita*, Trad. Carlos F. Morales, Barcelona-México, Anthropos / Universidad Autónoma Metropolitana.

Dussel, Enrique. 1998. *Ética de la liberación. En la edad de la globalización y de la exclusión*, Madrid, Trotta, 1998.

La disputa del derecho.indb 271 28/11/18 10:52

Ellacuría, Ignacio. 2001. "Historización de los derechos humanos desde los pueblos oprimidos y las mayorías populares", *Escritos Filosóficos*, Tomo III, San Salvador, UCA Editores.

Grondin, Jean. 1999. *Introducción a la hermenéutica*, Trad. Ángela Ackermann, Barcelona, Herder.

Herrera Flores, Joaquín. 2000. "Hacia una visión compleja de los derechos humanos", en Joaquín Herrera Flores (Ed.) *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica a la razón liberal*, Bilbao, Desclée de Brouwer.

_____. 2005. *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, Madrid, Catarata.

Hinkelmmert, Franz. 1990. *Crítica de la razón utópica*, San José de Costa Rica, DEI.

Panikkar, Raimon. 2007. *Mito, fe y hermenéutica*, Barcelona, Herder.

Rosillo Martínez, Alejandro. 2013. *Fundamentación de derechos humanos desde América Latina*, México, Itaca.

Salamanca, Antonio. 2006. *El derecho a la revolución. Iusmaterialismo para una política crítica*, San Luis Potosí, UASLP/CEDH.

Sánchez Rubio, David. 2010. "Desafíos contemporáneos del derecho: diversidad, complejidad y derechos humanos", *Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, San Luis Potosí, Núm. 17, UASLP.

2002. *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia/ILSA.

_____. 2009. *Una epistemología del sur*, México, Siglo XXI/Clacso.

Senet, Juan Antonio. 2007. *Problemas fundamentales de los derechos humanos desde el horizonte de la praxis*, Valencia, Tirant lo Blanch.

Solórzano, Norman José. 2007. *Crítica de la imaginación jurídica. Una mirada desde la epistemología y la historia al derecho moderno y su ciencia*, San Luis Potosí, Universidad Autónoma de San Luis Potosí.

La disputa del derecho.indb 272 28/11/18 10:52

Del deber ser jurídico al querer ser social: derechos y sujetos en tiempos neoliberales

Marco Aparicio Wilhelmi*

Hegemonía neoliberal y debilidad de los derechos

La ideología neoliberal disfruta hoy, pese a tener distintos frentes abiertos, de una clara posición de hegemonía. Su capacidad de ordenar dinámicas políticas y opciones económicas resulta vigorosa, como se demuestra en contextos como los de la Unión Europea donde, por medio del chantaje de la Deuda, la *Troika* (Fondo Monetario Internacional, Comisión Europea y Banco Central Europeo) ha sustituido presidentes y ha intervenido economías aplicando las ya viejas doctrinas del ajuste estructural. América Latina, donde tales doctrinas fueron implementadas hace décadas de modo decidido, ha vivido episodios de reacción, a partir de triunfos electorales de opciones pertenecientes a la llamada izquierda, pero en la actualidad algunas de tales respuestas se hayan en franco retroceso (Venezuela, Argentina, Brasil), mientras otras se enfrentan a importantes contradicciones fruto del reforzamiento de la matriz extractiva de sus economías y de su papel de países productores de materias primas para los mercados globales (Ecuador, Bolivia).

* Profesor de Derecho constitucional en la Universitat de Girona.

La disputa del derecho.indb 273 28/11/18 10:52

Para quien piensa que el neoliberalismo es una fase más del proyecto de la modernidad, la lucha por la igualdad (entre individuos y entre grupos) pasaría por cuestionar la modernidad en sí misma, poniendo en duda el patrón desarrollista y el énfasis en el individualismo posesivo. Hay en cambio quienes defienden que se trata de una forma de "contramodernidad", de desconocimiento de los avances en el grado de democratización política y social alcanzados en los sucesivos procesos de reforma del sistema liberal capitalista. Para éstos, valdría la pena desandar lo andado en la fase neoliberal, esto es, reconstruir y reforzar el pacto social que responsabilizó al Estado de la garantía mínima de la igualdad material, de la igualdad de oportunidades.

Para Tapia, el neoliberalismo consiste en "una estrategia que mira hacia atrás, acelerando los ritmos de acumulación de los capitales y por tanto los de apropiación del excedente de las sociedades".[1] Señala el mismo autor que lo que distingue al neoliberalismo económico y político del liberalismo clásico "no es el contenido normativo, el modelo social o la antropología implícita, que básicamente son los mismos, sino el hecho de que el neoliberalismo se redefine como un discurso y una política negadores de los desarrollos históricos en lo económico y lo político".[2]

Esta negación de los avances se traduce, en el ámbito de los derechos, en un franco debilitamiento no sólo de los derechos de contenido laboral y social, sino del conjunto de derechos. Se debilita el papel del Estado como garante de los derechos de los sujetos *vulnerabilizados*. Se debilita, aún más, la posición de tales sujetos. Lo vemos en numerosos casos. Valgan como muestra tres realidades: las incesantes medidas de recorte de derechos decididas por los gestores de la crisis en España desde 2008; el estado de emergencia decretado en Francia tras los atentados de París de 2015; el modo en que los países europeos están respondiendo a la llamada "crisis de los refugiados", fruto de conflictos participados por ellos mismos.

La evidencia del retroceso en la garantía de los derechos ha hecho que en algunos países se propongan medidas urgentes de contención, de freno. Es el caso de España, que junto con otros países del Sur europeo (Grecia,

[1] Tapia, L., *Política Salvaje*, La Paz, Muela del Diablo, 2008, p. 31.

[2] Tapia, L., *op. cit.*, p. 12.

La disputa del derecho.indb 274 28/11/18 10:52

Portugal, Italia, Irlanda) vienen experimentando la crudeza de los recortes sociales.[3]

Frente a dicha situación, se están articulando iniciativas que exigen el "blindaje" jurídico de los derechos. En síntesis, la idea, vigente en estos momentos en España, es que los partidos políticos se comprometan con un proceso de reforma constitucional, o en términos más ambiciosos, con un proceso constituyente, a través del cual se asegure la exigibilidad de los derechos sociales, en especial el derecho a la vivienda, a la sanidad y a los servicios sociales. Lo que se pretende es excluir de lo políticamente "decidible" un reconocimiento mínimo, igual para todas las personas, de tales derechos.

Más allá del debate sobre la correlación de fuerzas necesaria para abordar procesos de constitucionalización fuerte de los derechos sociales, lo que pretende el presente texto es problematizar el sentido mismo del reconocimiento de derechos. O en otras palabras: este escrito está motivado por la duda sobre la eficacia del "blindaje" de los derechos (sociales o cualquier otro) cuando dicho asiento jurídico, por garantizado que se halle, no se acompaña de una protección suficiente no tanto de los derechos en sí, sino de los sujetos, de los procesos sociales que están detrás de la lucha por los derechos.

Esta duda se alimenta, de nuevo, de múltiples ejemplos. Si atendemos al modo en que el llamado neoconstitucionalismo latinoamericano ha alumbrado el reconocimiento constitucional de los derechos veremos que, en la mayor parte de los casos, las garantías jurídicas son amplias y equivalentes para todo tipo de derechos, sin distinciones jerárquicas. Las últimas Constituciones del continente, las de Ecuador y Bolivia, son ejemplares en este aspecto. Pero tales avances normativos, sin negar que hayan acompañado mejoras en indicadores sociales, están lejos de cumplir con las expectativas creadas.

[3] Merece la pena recordar, a modo de ejemplo, el contenido y el modo en que se reformó la Constitución española en 2011: mediante un acuerdo de las dos principales fuerzas parlamentarias realizado durante el estival mes de agosto, y sin mediar apenas debate público y mucho menos un referéndum, se modificó el art. 135 constitucional para garantizar la "prioridad absoluta" que el pago de la deuda debe tener para todas las Administraciones públicas.

La disputa del derecho.indb 275 28/11/18 10:52

Decía W alter Benjamin que las auténticas revoluciones no pueden ser vividas como una detención del tiempo o como una interrupción de la cronología. No se trataría, por tanto, de esperar un "acontecimiento" político que nuevamente nos permitiera recuperar parte de lo engullido por el "tsunami privatizador" o por la ola de recortes. La opción no debería ser esperar, atados a un poste, la salvación ofrecida por fuerzas progresistas que puedan en un momento determinado lograr una mayoría electoral (a menudo enclenque). Debemos pensar no tanto en términos de frenar (procesos privatizadores) y recuperar (el Estado social perdido), sino más bien en cómo transitar hacia realidades, políticas, jurídicas, que impidan la desactivación de las mayorías sociales, compuestas por sujetos, individuales y colectivos.

Más allá de cambios políticos que permitan reconfigurar pactos sociales, el centro de atención debería ser puesto en la necesidad de garantizar que ningún pacto social, y ninguna norma que lo recoja, pueda desplazar la agencia política, constituyente, de los sujetos, cuyo empoderamiento no puede hacerse meramente a través del reconocimiento o blindaje de derechos, sino a través de la garantía de permanentes condiciones de participación y de negociación.

Por estas razones, resulta necesario el ejercicio de problematización del alcance y sentido de los derechos. A esta tarea quiere dedicarse el presente texto.

A modo de ejemplo: el alcance del (no) derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, libre e informada

Sin duda, son numerosos los casos que podríamos usar para ejemplificar el conjunto de implicaciones (límites, efectos, tensiones) que el reconocimiento de los derechos puede llegar a tener. Entre ellos optamos por el derecho a la consulta previa, libre e informada. La razón se halla en que se trata de un derecho en el que aparecen con especial nitidez los intereses o necesidades amenazadas, los sujetos intervinientes y las condiciones que deberían darse para que el derecho pueda desplegar efectos apreciables.

Como es sabido, el derecho a la consulta previa (así lo nombraremos en adelante, para abreviar) se ha convertido en una de las principales reivindicaciones de las comunidades indígenas afectadas por el impacto

La disputa del derecho.indb 276 28/11/18 10:52

de actividades extractivas (petroleras, mineras) y de infraestructuras en sus territorios. Se erige, pues, como derecho instrumental para la defensa del conjunto de derechos llamados a asegurar su supervivencia y desarrollo como pueblos (derecho al propio territorio, a los recursos naturales, lugares de culto, etcétera). En el plano internacional fue recogido por primera vez por el Convenio núm. 169 de la Organización Internacional del Trabajo, de 1989 en su artículo 6[4] y posteriormente por la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2007), en su art. 19.[5] Tras la ratificación del Convenio núm. 169 por parte de la mayor parte de países latinoamericanos, ordenamientos estatales han incorporado una regulación propia que desarrolla los pormenores de su aplicación.

Más allá del contenido concreto que el derecho incorpora (el conjunto de facultades que asigna a sus titulares, el conjunto de obligaciones que impone), el derecho de consulta previa resulta especialmente importante por su significación política (que tiene también implicaciones jurídicas).

¿Qué supone el derecho a la consulta previa? Conlleva el reconocimiento por parte del Estado de que los pueblos indígenas se hallan en una posición de sub-representación; que su relación con las instituciones y los cauces representativos de la democracia liberal los sitúan en inferioridad de condiciones (en ocasiones hasta la más llana exclusión) para hacer oír su voz en los mecanismos llamados a la conformación de la "voluntad general".

Como es sabido, históricamente las aportaciones llamadas a legitimar el Estado liberal han gravitado alrededor de la fundamentación del modo en que se formula la "voluntad general". Las aproximaciones contractualistas han buscado apuntalar la legitimidad del poder a partir de la traslación del

[4] Art. 6: 1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; […]. 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

[5] Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas y administrativas que los afecten, para obtener su consentimiento libre, previo e informado.

La disputa del derecho.indb 277 28/11/18 10:52

acuerdo entre individuos libres a la decisión política de sus representantes, que por ello estaría dotada de efectos generales e imperativos.

Pues bien, si la ficción de la igualdad entre individuos (a consecuencia de las profundas desigualdades materiales) ha puesto en cuestión dichos intentos legitimadores desde sus inicios, la desigualdad entre sujetos colectivos convierte en farsa la ficción de la igualdad. Es en este marco en el que deben leerse los derechos indígenas y muy especialmente el derecho a la consulta previa.

Tomemos como ejemplo el caso colombiano, en el que el derecho a la consulta previa se despliega a partir de una pormenorizada regulación estatal y de acuerdo con distintas decisiones jurisprudenciales. En la actualidad, además del Convenio núm. 169 y el marco constitucional, hay en Colombia al menos ocho textos normativos vigentes que regulan la consulta previa. Además, existe un proyecto de Ley Estatutaria al respecto. Lo primero que llama la atención es que el Ministerio encargado del garantizar el procedimiento es el Ministerio del Interior, concretamente la Dirección de Consulta Previa que, a su vez, está dividida en cuatro áreas: la de certificaciones (encargada de acreditar la presencia de pueblos con derecho a la consulta previa); de gestión (responsable del desarrollo del proceso); área jurídica y área de recursos (financieros y administrativos). De acuerdo con el conjunto de reglas vigentes, el proceso de consulta cuenta con diversas fases: 1) pre-consulta; 2) apertura; análisis y concertación de impactos y medidas; 3) protocolización de acuerdos; 4) sistematización y seguimiento; 5) cierre.

Lo que se quiere poner de manifiesto, sin entrar en el detalle casuístico de los procedimientos concretos que se han llevado a cabo, es que el alto grado de formalización jurídica de la consulta previa no ha logrado garantizar un elemento previo para que ésta pueda realmente ser expresión de un mecanismo de diálogo intercultural. Ese elemento previo no es otro que el de la relación de poder entre las partes interesadas en la consulta.

En efecto, más allá de las mediaciones procedimentales que el derecho de consulta implica, no existen garantías mínimas referidas a las condiciones materiales en que se produce. Por ello, aunque se puedan detectar avances en la implementación de los aspectos formales del proceso, gracias a la presión de las organizaciones indígenas y a distintos pronunciamientos jurisprudenciales, en realidad dichos aspectos formales vendrían a

La disputa del derecho.indb 278 28/11/18 10:52

camuflar la desigualdad material en las condiciones del diálogo o posible concertación de intereses.

Dicho de manera más nítida: mientras las carencias vitales de los pueblos indígenas no sean drásticamente reducidas, los procesos de consulta no pueden asegurar la protección de sus intereses o necesidades puesto que al no estar en condiciones materiales de negociar se ven abocados en la mayor parte de los casos a aceptar las compensaciones que la empresa esté dispuesta a conceder. Se trata, en definitiva, de una versión algo más elegante de algunos de los mecanismos empleados por el invasor colonial para la satisfacción de la voracidad sobre los recursos naturales.

Aunque la OIT, así como distintos pronunciamientos jurisprudenciales, han insistido en que la consulta debe ser realizada por el Estado, y no por las empresas, en muchas ocasiones han sido éstas directamente las que han realizado o conducido el proceso de la consulta, con una certificación final del Estado. Este protagonismo empresarial fue claro al inicio del despliegue de los procedimientos de consulta, aunque ha sido posteriormente matizado. De todas formas, debe señalarse que, aunque formalmente sea el Estado el responsable último del impulso y desarrollo de la consulta, materialmente la capacidad de las empresas inversoras para condicionar su efectiva puesta en práctica es muy grande.

De este modo, podría verse en el reconocimiento del derecho a la consulta previa una manifestación del sentido privatizador que las reformas neoliberales han tenido en el Derecho. Es decir, el Derecho aparecería cada vez más no como expresión de la decisión de entes públicos, sino como espacio de procedimentalización de acuerdos entre particulares, cuya relación no es precisamente igualitaria. Se trata de lo que algunos autores han denominado "procedimentalización privatizadora", que como recoge Estévez sería aquélla que "supone la transferencia en mayor o menor grado de la facultad de determinar el contenido de las normas jurídicas a los representantes de los grupos de intereses afectados. En esta modalidad, el Estado puede reservarse más o menos poderes de regulación del proceso de decisión y aplicación: puede estar en condiciones de dictar las reglas del proceso de negociación, o puede dejar que los grupos de interés se autoregulen y, luego, limitarse a poner el marchamo oficial a sus decisiones". Este tipo de procedimentalización sería distinta a la de carácter "democratizador", que supone un incremento del poder de participación en el

La disputa del derecho.indb 279 28/11/18 10:52

proceso de producción de las normas jurídicas de las personas en cuanto ciudadanos.[6]

Lo que se quiere señalar es que los derechos no deberían limitarse a establecer meros procedimientos, instrucciones de uso para la gestión de un espacio de pluriculturalidad domesticada donde todo es negociable en nombre de la "gobernanza". En efecto, los derechos colectivos, y entre ellos los de los pueblos indígenas, surgen como respuesta a la desigualdad entre grupos. El problema en el caso de los derechos indígenas es que dicha desigualdad llega en la mayor parte de los casos a extremos que desactivan radicalmente sus posibilidades de incidencia. El ejemplo de la consulta previa es paradigmático: su configuración y materialización práctica está llevando a desactivar incluso su mera dimensión simbólica.

Ante dicho proceso, es posible plantear dos perspectivas de análisis sobre el alcance de los cambios normativos en materia de derechos indígenas. Por un lado, se podría defender que los avances constitucionales, y en especial la puesta en práctica de los procesos de consulta previa, han servido de freno, aunque limitado, a la explotación indiscriminada de recursos. Según esta visión, el hecho de tener que pasar por la consulta previa con las comunidades implicadas por proyectos de inversión privados o públicos, habría llevado a evitar, ralentizar o matizar los impactos negativos de tales proyectos. Al mismo tiempo, habría servido como espacio de inserción de los pueblos indígenas en las decisiones administrativas y con ello una cierta reconfiguración del Estado más acorde con la pluralidad cultural que alberga.

Otra lectura subrayaría, más allá de puntuales casos en los que puede haber tenido un efecto movilizador de resistencias, la coincidencia del reconocimiento del derecho a la consulta previa, y del conjunto de reformas constitucionales en la materia, con el despliegue de políticas neoliberales. Esta constatación nos permitiría pensar que el objetivo de tales reformas fue ya desde un inicio la re-legitimación de un régimen político que pretendía profundizar el vaciamiento del Estado que exige el desarrollo del modelo económico que impone la globalización neoliberal.

[6] Estévez, J. A., "La ciudadanía europea en el mundo de la globalización", en Capella, J. R. *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, Madrid, CGPJ, 1999, p. 61.

La disputa del derecho.indb 280 28/11/18 10:52

En conclusión, si entendemos que tal y como está configurada, la consulta previa no sirve como mecanismo de protección de las necesidades de los pueblos indígenas, en realidad lo que hay que rechazar es que se trate de un derecho indígena, e incluso de que se trate de un derecho: No es un derecho indígena, e incluso más: es un no-derecho. Se trata más bien un trámite administrativo dirigido a asegurar una cierta participación de comunidades afectadas en la ejecución de prioridades de inversión previamente decididas por parte de un Estado escasamente reconfigurado por el predicado de la interculturalidad.

El sentido de los derechos: del "deber ser" jurídico al "querer ser" social

En el anterior apartado se ha querido ejemplificar, a partir de un derecho concreto, los límites del discurso jurídico cuando las relaciones de poder son abismalmente desiguales. Recogiendo la distinción entre normalidad y normatividad que en su día planteara Hermann Heller, diríamos que la norma difícilmente puede incidir en las relaciones de poder si la realidad alberga desigualdades insalvables.

Según podemos ver en distintos contextos, el problema con el que topamos es que incluso en los casos en que se amplía el abanico de derechos, individuales y colectivos, el avance de la lógica de despojo/acumulación sigue su curso e incide de manera cada vez más intensa e irreparable en las condiciones mismas de existencia, de supervivencia.

En este contexto, el terreno de análisis debe situarse en la función y alcance de los derechos en contextos de profundas desigualdades socioeconómicas y culturales.

Los derechos tienen una doble naturaleza: son objetivo y medio o mecanismo al mismo tiempo. En realidad, su objetivo es la desaparición de la necesidad misma de su existencia. Es decir, los derechos actúan en contextos en los que la desigualdad de poder aconseja que la parte más vulnerable de la relación se dote de significantes que escenifiquen el conflicto, la disputa. Dicha escenificación busca que sea posible forzar, llegado el caso, la activación de mecanismos de freno del poder (la garantía de los derechos contra la voluntad de los sujetos con más poder). Que realmente se puedan

La disputa del derecho.indb 281 28/11/18 10:52

activar o no los mecanismos de garantía, y hasta qué punto se haga, dependerá, de nuevo, de la relación de poder, de la capacidad de amenaza de los sujetos en situación de mayor vulnerabilidad. Pero la existencia misma del derecho implica el reconocimiento de la desigualdad, el reconocimiento de que un conjunto de sujetos, por su posición de menor poder, pueden ver amenazada la realización de necesidades legítimas.

Por mucho que se pueda hacer un uso contra-hegemónico de los derechos, no puede olvidarse que éstos tienden a garantizar la *seguridad jurídica* (y el *Estado de Derecho*) a través de la individualización de los sujetos, que pueden reivindicar su estatus jurídico en función de precisas circunstancias que el Derecho se encarga de recoger y categorizar. De hecho, ese efecto individualizador choca con, o quizás sea consecuencia de, una especie de tensión ontológica de los derechos en el Estado liberal, y que Bauman ha recogido de la siguiente forma: "está en la naturaleza de los 'derechos humanos' el hecho de que, aunque se hayan formulado para ser disfrutados de forma *individual* […] sea preciso luchar por ellos y conquistarlos de forma *colectiva*".[7]

¿Quiere decir lo anterior que la solución debe hallarse en los derechos colectivos? Sin duda, la irrupción de los derechos colectivos, de titularidad y ejercicio colectivos, supone un cuestionamiento radical de ese efecto (o función) por lo que a la dimensión individual se refiere, de ahí el airado rechazo que han generado en la doctrina jurídica convencional. Como sabemos, entre tales derechos ocupan un lugar destacado los derechos de los pueblos indígenas.

Ahora bien, incluso los derechos colectivos no dejan de suponer una segmentación de sujetos que puede provocar una tendencia hacia la separación, hacia la construcción de *trincheras identitarias*[8] que buscan reforzar

[7] Bauman, Z., *Comunidad. En busca de seguridad en un mundo hostil*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2003, p. 91.

[8] Bauman ha querido explicar la implicación entre la lucha por los derechos y el reforzamiento de la identidad grupal: para convertirse en un derecho, "es preciso que la diferencia sea compartida por un grupo o una categoría de individuos lo suficientemente numerosos y decididos como para que sea preciso contar con ellos […]. [Ello] tiene como resultado una intensa construcción de comunidades […] el cavar trinchera, el entrenar y armar unidades de asalto: impidiendo la entrada a los intrusos, pero también la salida a quienes están dentro […] Es por ello que el principio de derechos humanos actúa como un catalizador que des-

La disputa del derecho.indb 282 28/11/18 10:52

los elementos distintivos entre los grupos, antes que los compartidos. Esa separación, junto con la que generan los derechos individuales, en lugar de reforzar, puede llegar a debilitar la capacidad de impugnación global de las condiciones (económicas, sociales, culturales) que generan exclusión y desigualdad entre grupos e individuos. Pero que no se malinterprete esta afirmación: no son las identidades las que generan la exclusión; es la exclusión la que refuerza la tendencia a subrayar las diferencias antes que las semejanzas, de acuerdo con las reglas de juego que el Estado impone a través de su Derecho y de sus políticas públicas.

Los derechos, desde esta perspectiva, serían vistos como herramientas de distinción, de separación, que podrían acabar socavando las posibilidades de aunar fuerzas por parte de los colectivos en posición de menor poder frente a los sujetos con más poder.

Llegados a este punto, parecería que debiéramos rechazar los derechos como herramienta de confrontación y cambio. No se trata de eso: Más bien, habría que entenderlos como elementos que, si bien por sí solos no van a generar una transformación de las relaciones de dominación, sí pueden ser vistos como piezas útiles, en interrelación con otros mecanismos (organización y movilización social), para equilibrar las posiciones de negociación en que se hallan los distintos sujetos. Se trataría, en consecuencia, de remarcar por encima de otras consideraciones la dimensión política del conflicto, y ello implica no dejarnos deslumbrar por el alcance del "deber ser" jurídico, del "deber ser" de los derechos aisladamente considerados.

Los derechos sirven en buena medida para cubrir las vergüenzas de la desigualdad, para hacerla menos obscena; hablar de derechos es hablar de debilidad, de sub-representación. Su naturaleza parte de una contradicción insoslayable: su eficacia depende de la fuerza real que tengan sus destinatarios, y cuanto mayor sea dicha fuerza (o capacidad de amenaza) menos necesarios son.

Por esta razón, la proliferación de textos jurídicos, estatales e internacionales, que reconocen derechos no redunda necesariamente en una mayor trascendencia de los mismos (en general escasa), situación que empeora a medida que las desigualdades aumentan.

---

encadena la producción y autoperpetuación de la diferencia y los esfuerzos para construir una comunidad en torno a ella". Bauman, Z., *Comunidad*, *op. cit.*, p. 93.

La disputa del derecho.indb 283 28/11/18 10:52

Ahora bien, cuando la posición del sujeto titular de los derechos no es de exclusión o profunda desigualdad, esto es, cuando alcanzan cierta posición de fuerza, pueden abrirse ciertos resquicios que permitan a los derechos desarrollar un efecto catalizador, servir de palanca movilizadora. En efecto, los derechos pueden verse como ficciones performativas, capaces de generar imaginarios, reforzar sentidos compartidos, abrir espacios de interlocución entre distintos actores sociales. A partir de ahí pueden derivarse momentos de organización y acción colectiva, es entonces cuando el "deber ser" jurídico abandona su plano meramente discursivo para ser realizado por el "querer ser" social.

Esa es la dimensión política del conflicto en el que se insertan los derechos, de imprescindible identificación si se pretende entender su alcance y potencialidades. En función de la acumulación de fuerza de los sujetos, los derechos podrán desplegar efectos movilizadores o, por el contrario, conllevarán más bien consecuencias paralizantes, disgregadoras, e incluso legitimadoras de estructuras profundamente desiguales.

Lo importante, en consecuencia, no es tanto el "deber ser" jurídico, sino el "querer ser" social, que acompañado del "poder ser" podrá apoyarse en herramientas jurídicas para hacer viables las propias reivindicaciones.

Si se entiende que la disputa de poder, y de sentidos, va más allá de los textos jurídicos, será más factible defender un proceso que apunte a la transformación de las condiciones materiales de existencia, de la subjetividad política de los colectivos en presencia.

El uso del discurso jurídico, la articulación de demandas para la consecución de derechos debe entenderse como opciones derivadas de un cálculo estratégico que no sólo depende de lo que los textos normativos establezcan o puedan llegar a plasmar, sino de la fuerza acumulada para hacerlos efectivos y afectar verdaderamente las relaciones de poder. Se trata, en definitiva, de enfatizar la dimensión política de los derechos y su vinculación con los sujetos y sus prácticas.

La disputa del derecho.indb 284 28/11/18 10:52

A modo de cierre: los sujetos *centrifugados* y la conquista de lo común

De lo que ha sido expuesto hasta ahora debemos subrayar dos aspectos: 1) que el reconocimiento de derechos por sí solo no ofrece respuestas a la satisfacción de las demandas sociales y que, por tanto, no basta con propugnar su blindaje jurídico; 2) que el centro de atención debe situarse en el blindaje de los procesos sociales que permiten que lo sujetos, individuales y colectivos, puedan hacer valer sus reivindicaciones.

Nos falta ahora precisar dos cuestiones: en primer lugar, a qué sujetos nos referimos; en segundo término, qué entendemos por "blindar" procesos sociales. Respecto de la primera cuestión, la de los sujetos, nos referimos a aquellos con menos poder, los sujetos *vulnerabilizados*. Si nuestra pregunta es cómo lograr mejores condiciones para la satisfacción de las necesidades vitales colectivas, los sujetos que nos preocupan son los que se separan del patrón de referencia, aquel que define la posición de mayor de poder en nuestras sociedades, a grandes trazos, el hombre, blanco, heterosexual. La dinámica de nuestro sistema socioeconómico, el modelo liberal capitalista, es centrifugadora: quien no se sitúa en el patrón normativo, queda fuera del nivel de mayor protección, más o menos lejos en función de los factores de desigualdad que incorpore. Nuestro modelo, anclado en dispositivos culturales, crea *sujetos centrifugados*, que acumulan situaciones de exclusión y de desigualdad (entendida ésta como inclusión subordinada, que es la que tienen por ejemplo las mujeres en el mercado laboral o en el reparto y consideración de las tareas de cuidado).

Cualquier intento de impulsar o acompañar procesos de transformación social, cultural y política deberá pasar por potenciar los procesos sociales, la suma de resistencias, de los sujetos centrifugados (mujeres, trabajadores y trabajadoras precarias, migrantes, diversidades sexuales, etcétera).

Respecto de la concreción de las implicaciones del "blindaje" de los procesos sociales, éste debería significar impulsar dos procesos, profundamente interrelacionados (dos caras de una misma moneda): a) desprivatizar nuestras vidas; b) desestatalizar el Estado.

a) Desprivatizar nuestras vidas: Implica negar la centralidad a los espacios de competitividad y triunfo individual para pasar a reforzar las lógicas de dependencia, colaboración y satisfacción colectiva de

La disputa del derecho.indb 285 28/11/18 10:52

las necesidades. Marina Garcés señala que "la privatización de la existencia no nace de la derrota del Estado y de lo público frente a la fuerza privatizadora del mercado, como se argumenta habitualmente, sino que hunde sus raíces en la construcción misma del Estado moderno".[9]

Desprivatizarnos implica entender nuestra naturaleza interdependiente,[10] y nos obliga a superar la atomización para configurarnos colectivamente. Debe advertirse, no obstante, que los sujetos colectivos no son entidades petrificadas, estables y pacíficas; no son sujetos unívocos, contantes. Son complejos, cambiantes (varían en función de cómo cambian las necesidades subjetivas) y contradictorios (se configuran a partir de individuos que no necesariamente se hallan en posición de igualdad entre sí).

b) Desestatalizar el Estado: Resulta necesario desplazar al Estado como expresión central de la institucionalización de lo social.[11] La respuesta a las necesidades sociales no debería derivarse únicamente o bien del grado de éxito individual en el marco de la economía de mercado o bien de la respuesta protectora unilateral del Estado. Los sujetos, a partir de la identificación de necesidades compartidas insatisfechas deben poder contar con mecanismos para obtener respuestas colectivas, más allá y más acá del Estado (espacios cooperativos, formales e informales, de producción, distribución y consumo).

En el camino de la suma de estas dos dinámicas (desprivatizadora y desestatalizadora) uno de los factores esenciales es el debilitamiento del binomio público/privado que debe venir de la mano del reforzamiento de

[9] Garcés, Marina, *Un mundo común*, Barcelona, Bellaterra, 2013, p. 32.

[10] Sobre el carácter interdependiente de nuestras vidas, Nancy señala lo siguiente: "este nosotros desnudo en su interdependencia forzosa, sin más sentido que ésta, es el punto de partida para poder experimentar de nuevo, en el mundo occidental, la posibilidad de decir nosotros y de hacerlo, aunque parezca contradictorio, con una fuerza emancipadora capaz de retomar el ideal igualitario de la modernidad desde un nuevo concepto de libertad". Ver: Garcés, Marina., *Un mundo común*, *op. cit*., 2013, p. 47.

[11] Se pregunta Escobar: "¿es posible pensar y llegar más allá del capital como expresión dominante de la economía, de la euromodernidad como construcción cultural dominante de la vida socio-natural, y del Estado como expresión central de la institucionalización de lo social?". Escobar, 2010: 45.

La disputa del derecho.indb 286 28/11/18 10:52

lo común, de los bienes y servicios comunes, definidos y gestionados de manera colectiva. Se trata éste de un debate en plena efervescencia en el que están participando las más variadas disciplinas (económicas, historiográficas, antropológicas, jurídicas, etc.), cuya complejidad no puede recogerse en estos momentos.[12]

Nos anima de Cabo a "deconstruir las categorías jurídico-políticas básicas de lo privado y lo público, para delatar su contenido ideológico", y subraya igualmente la necesidad de sustituir lo público "por algo distinto que se designa como 'lo común'", producto a su vez de la de las "singularidades sociales" que deben desplazar lo privado.[13]

De todo lo anterior debemos concluir con una breve mención de las dos principales líneas que deberían estar presentes en cualquier cambio normativo que tenga por objeto reconocer derechos para reconstruir y reforzar sujetos:

a) El abandono de las ficciones invisibilizadoras, de las anestesias jurídicas que recogen la libertad y la igualdad (y el conjunto de derechos que deben darles forma) a partir de una pretendida universalidad abstracta, meramente formal, desustancializada.
b) La protección jurídica de la dimensión colectiva de los derechos y de los procesos sociales. Más allá de la protección individual de los derechos, debe reforzarse la transversalidad de la titularidad colectiva de los derechos, así como la centralidad de las formas de participación y negociación colectiva para la toma de decisiones. Debe desplazarse el protagonismo de la democracia representativa en favor de las formas de democracia participativa, directa, entendida no sólo como suma de voluntades individuales sino como procesos de participación y de negociación colectiva en el marco de conflictos concretos en los que se disputan intereses que pueden amenazar las necesidades de los sujetos con menos poder.

[12] El debate no es nuevo, pero sin duda se halla revitalizado en los últimos tiempos, con aportaciones como las de Linebaugh, P., *The Magna Carta Manifesto: Liberties and Commons for All*, University of California Press, 2008; Bollier, D., Helfrich, S., *The Wealth of the Commons: a World Beyond Market and State*, Levellers Press, Amherts MA, 2012; Garcés, M., *Un mundo común*, Barcelona, Bellaterra , 2013.

[13] De Cabo, C., *Dialéctica de sujeto, dialéctica de Constitución*, Madrid, Trotta, 2010, p. 136.

La disputa del derecho.indb 287 28/11/18 10:52

Se trata de una reconfiguración de la noción de democracia que podemos recoger de la siguiente forma: toda decisión que afecte de manera especialmente intensa a una determinada comunidad de intereses (por ejemplo, un proyecto de *fracking*) debe poder contar con la directa participación de los sujetos que conforman tal comunidad. Esta participación deberá poder incidencia decisoria, que será mayor cuanto menor sea la capacidad de influencia de la colectividad afectada en los órganos de toma de decisión.

La democracia liberal se ha venido articulando de acuerdo con una lógica representativa que se niega a sí misma al basarse en la ficción de la igualdad entre todos los sujetos, considerados de modo individual y abstracto. La desigualdad concreta, efectiva, que el modelo socioeconómico impone conlleva el falseamiento del principio representativo y, por ende, de la propia legitimidad de la noción de voluntad o interés general. La "voluntad general" sólo puede reivindicarse legítima si aparece como suma de voluntades de sujetos que se reconocen mutuamente en el marco de procesos colectivos de participación y negociación.

Por tanto, de lo que se trata es de "tomar a los sujetos en serio", superando la indiferencia recíproca[14] para construir un orden social distinto, el propio de una sociedad activa, movilizada a través de constantes procesos de conflicto y de búsqueda de consensos.

Bibliografía

Barcellona, Pietro. 1999. *Postmodernidad y comunidad. El regreso de la vinculación social*, Madrid, Trotta.

Bauman, Z. 2003. *Comunidad. En busca de seguridad en un mundo hostil*, Buenos Aires, Siglo XXI.

Bollier, D., Helfrich, S. 2012. *The Wealth of the Commons: a World Beyond Market and State*, Amherts, MA., Levellers Press.

De Cabo, C. 2010. *Dialéctica de sujeto, dialéctica de Constitución*, Madrid, Trotta.

[14] En el regreso de la vinculación social, como señala Barcellona, Pietro, *Postmodernidad y comunidad. El regreso de la vinculación social*, Madrid, Trotta, 1999.

La disputa del derecho.indb 288 28/11/18 10:52

Estévez, J. A. 1999. "La ciudadanía europea en el mundo de la globalización", en Capella, J. R. *Transformaciones del Derecho en la mundialización*, Madrid, CGPJ.

Garcés, M. 2013. *Un mundo común*, Barcelona, Bellaterra.

Linebaugh, Peter. 2008. *The Magna Carta Manifesto: Liberties and Commons for All*, Berkeley, University of California Press.

Tapia, L. 2008. *Política Salvaje*, La Paz, Muela del Diablo.

La disputa del derecho.indb 289 28/11/18 10:52

III

Reformas estructurales y la regresión en los derechos humanos en México

Reformas estructurales y neoliberalismo

Jaime Cárdenas Gracia*

Introducción

El gobierno de Peña Nieto ha promovido una gran cantidad de reformas constitucionales y legales que se denominan estructurales porque tienen por objetivo modificar la estructura económica nacional que había sido establecida en el marco jurídico de nuestro país. Son reformas que en el discurso oficial pretenden el libre mercado, la competencia económica, el combate a los monopolios y, la promoción de la inversión nacional y extranjera, pero que en los hechos persiguen otros objetivos que comprometen la autodeterminación nacional. Se trata de reformas que proponen un modelo económico de nación muy diferente al que fue consagrado en los principios sociales de la Constitución de 1917 y en sus reformas posteriores, mismas que llegaron hasta la primera mitad de la década de los ochenta del siglo XX. La mayor parte de esas modificaciones jurídicas son consecuencia de recomendaciones de los organismos financieros internacionales o son producto de los acuerdos comerciales o de seguridad de nuestro país con el exterior.

* Investigador titular en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

La disputa del derecho.indb 293 28/11/18 10:52

En el actual sexenio deliberadamente se ha impulsado una agenda de transformación compatible con las características jurídicas que el neoliberalismo ha tenido en nuestro país: desmantelamiento del Estado del Bienestar; reducción de los derechos económicos, sociales y culturales en contra de los derechos de los gobernados; saqueo de los recursos naturales en beneficio de las trasnacionales y de los poderes geopolíticos; homologación de nuestro sistema jurídico al derecho anglosajón; populismo penal que pretende resolver los problemas de seguridad con medidas puramente represivas; privatización del derecho público; subordinación del ordenamiento nacional al supranacional y a las redes jurídicas del neoliberalismo; democracia electoral de baja intensidad, sin democracia participativa y deliberativa; acuerdos internacionales como la Alianza para la Seguridad y la Prosperidad de América del Norte (ASPAN) o la Iniciativa Mérida que no son aprobados por el Senado y mucho menos por los ciudadanos; pérdida de soberanía; apuntalamiento jurídico del modelo económico neoliberal para beneficiar a los poderes fácticos nacionales y trasnacionales; integración económica de nuestro país a los Estados Unidos, entre otros notas destacadas.

Si revisamos cada una de las reformas del gobierno en curso, advertimos que poseen rasgos claramente neoliberales, lo que no significa que, desde años anteriores, desde la década de los ochenta, no se hayan introducido en nuestro sistema jurídico modificaciones de ese género. Lo que caracteriza las reformas del actual gobierno comparado con las de los otros gobiernos neoliberales de México es la magnitud de los cambios y la brevedad del plazo en el que fueron aprobados. Las explicaciones de por qué se han dado estas reformas en tan corto lapso de tiempo y de manera atropellada –con violación a las decisiones políticas fundamentales, los procedimientos legislativos y parlamentarios –[1] son diversas, una de ellas, desde mi punto de vista, muy importante, tiene que ver con el pretendido fundamento de legitimidad política del actual gobierno, que no es interno –no se debe totalmente a los ciudadanos– sino fundamentalmente externo –se debe a los intereses trasnacionales–.

[1] Cárdenas Gracia, Jaime, *Crítica a la reforma constitucional energética de 2013*, México, UNAM, 2014.

La disputa del derecho.indb 294 28/11/18 10:52

Cada una de las reformas explicita su carácter neoliberal. La reforma energética tiene por propósito entregar los recursos energéticos y la renta petrolera de la nación al poder trasnacional. Favorece el desmantelamiento del Estado y nos subordina a los intereses geopolíticos de los Estados Unidos. Desarticula el Estado del Bienestar mexicano y privatiza el derecho público mexicano. La trascendencia de la reforma energética reside en poner fin al paradigma constitucional y de desarrollo que se inició con la Constitución de 1917. La soberanía nacional se reduce sensiblemente con esta reforma por la futura presencia de las grandes corporaciones trasnacionales de la energía en el territorio nacional, pues éstas están vinculadas a los centros financieros, políticos y militares más importantes del planeta. De esta suerte, la autodeterminación de nuestro país se coloca, sin matiz alguno, en la órbita de los intereses geopolíticos estadounidenses.

En cuanto a la reforma en telecomunicaciones y radiodifusión, podemos decir que no garantiza el derecho a la información ni protege adecuadamente los derechos de las audiencias. Es una reforma para que las oligarquías nacionales y trasnacionales hagan negocios a costa de los recursos de la nación –el espectro radioeléctrico y el espacio aéreo–. Y no resuelve la concentración monopólica ya existente en México en telecomunicaciones y en radiodifusión.

La reforma educativa tuvo por finalidades: 1) promover la privatización de la educación pública del país; 2) modificar las relaciones laborales en el sector educativo mediante el Servicio Profesional Docente para restringir los derechos laborales de los maestros; y 3) crear un organismo constitucional autónomo, el INEE (Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación), que además de oneroso e innecesario, nos ha sido impuesto por la OCDE. Su objetivo fundamental ha sido subordinar a los intereses gubernamentales y de grupos pro-empresariales la independencia sindical del magisterio.

Sobre la reforma político-electoral podemos decir que es un cambio estructural neoliberal que propugna por una "democracia" electoral de bajo riesgo para esos intereses. Los temas fundamentales para la nación no se someten a la votación de los ciudadanos. Los ciudadanos no votamos las reformas constitucionales ni los tratados que afectan nuestros derechos y

La disputa del derecho.indb 295 28/11/18 10:52

soberanía y que exclusivamente convienen a los grandes intereses trasnacionales.[2]

La reforma fiscal no elimina los grandes privilegios fiscales –la consolidación fiscal– de los que gozan las grandes empresas, por lo que no se desincentivan las prácticas monopólicas que afectan a toda la población. Esta reforma afecta a la clase media, pues muchos de los gravámenes sólo aplicarán a las personas físicas y no a las grandes empresas. Además, la reforma se orienta en la lógica de la privatización del sector energético, lo que redunda en mayor endeudamiento y carga fiscal sobre los contribuyentes cautivos, los trabajadores y los estratos medios de la población.[3]

Respecto a la reforma bancaria o financiera podemos decir que no se orientó por criterios sociales –estableciendo obligaciones precisas para controlar las altas tasas de interés por el crédito– sino que se rige por el libre mercado, que en nuestro caso más bien se trata de un oligopolio bancario. Es una reforma que blinda a los banqueros frente a problemas de insolvencia propios o de los acreedores, pero no blinda a los ahorradores frente a situaciones semejantes. Se trató de una reforma diseñada con criterios neoliberales, a la medida de los bancos que dominan y controlan el crédito en nuestro país para garantizar sus dividendos y los créditos que otorgan, y no para proteger los derechos de las personas.[4]

La reforma en materia de competencia económica hace creer a la población que existe un compromiso por la competencia económica efectiva cuando el diseño normativo e institucional está construido para beneficiar a los grandes intereses trasnacionales en detrimento de los intereses económicos nacionales – los intereses trasnacionales no están en simetría con los nacionales– y de los derechos de los consumidores de nuestro país. Se empleó en esta reforma, y como estrategia, el dogma económico neoliberal de la competencia, pero las normas, las instituciones y principalmente los hechos, lo desmienten. Se busca que creamos que el mundo neoliberal es compatible con la competencia efectiva en los mercados cuando la

[2] La reforma electoral constitucional se publicó el 10 de febrero de 2014 y las secundarias el 23 de mayo de ese año en el *Diario Oficial de la Federación*.

[3] Se publicó el 11 de diciembre de 2013 en el *Diario Oficial de la Federación*.

[4] Se publicó el 10 de enero de 2014 en el *Diario Oficial de la Federación*.

La disputa del derecho.indb 296 28/11/18 10:52

competencia es imposible en él porque siempre se favorece a las grandes trasnacionales.[5]

Sobre la reforma laboral, podemos señalar que reconoció mecanismos que precarizan el derecho al trabajo tales como los contratos a prueba, el *outsourcing* y el abaratamiento del despido laboral. Es una reforma que se sitúa en la línea de desarticulación del Estado del Bienestar, tanto en sus lógicas de inspiración como en la regulación misma de los cambios jurídicos en contra de los trabajadores y de los sindicatos.[6]

La reforma en materia de transparencia no enfrenta a los poderes fácticos –de ellos sólo son sujetos obligados los partidos y sindicatos, pero no los poderes mediáticos y económicos–. Es una reforma centralista que concentra en el órgano garante nacional las principales competencias y, el diseño de este órgano, entrega a los partidos mayoritarios –por la facultad que tienen para designar a los titulares del INAI– el control de los asuntos de la transparencia y protección de datos personales del país.[7]

Los objetivos de la reforma en materia de amparo consistieron en: 1) impedir que las reformas estructurales de carácter constitucional se impugnaran mediante el juicio de amparo; 2) limitar el interés legítimo y el amparo colectivo para que las colectividades no tengan vía expedita para oponerse a la violencia estructural que ejercen las grandes corporaciones trasnacionales cuando tienen de su lado a las reformas estructurales; 3) dejar sin atención los privilegios en el poder judicial federal; 4) reducir las posibilidades para que los mexicanos contemos con un amparo de carácter social; y 5) rechazar cualquier intento para democratizar, a través de la participación social, la jurisprudencia obligatoria.[8]

El Código Nacional de Procedimientos Penales es producto de las recomendaciones internacionales para homologar o, al menos, aproximar el sistema jurídico de nuestro país al derecho anglosajón. Las modificaciones se inscriben en la visión neoliberal consistente en resolver los problemas sociales y económicos mediante medidas represivas contrarias a los derechos de las mayorías, por eso se "ponen a punto" los instrumentos del derecho

[5] Se publicó el 11 de junio de 2013 en el *Diario Oficial de la Federación*.

[6] Se publicó el 30 de noviembre de 2012 en el *Diario Oficial de la Federación*.

[7] Se publicó el 7 de febrero de 2014 en el *Diario Oficial de la Federación*.

[8] Se publicó el 2 de abril de 2013 en el *Diario Oficial de la Federación*.

La disputa del derecho.indb 297 28/11/18 10:52

penal sustantivo y procesal, los que sirven como instrumento de populismo y de propaganda y, como medio para criminalizar y hostigar a los opositores del modelo neoliberal. Además de los elementos de populismo penal que contiene, se trata de una reforma centralista que deroga las competencias de los Estados a favor de la Federación.[9]

La reforma constitucional en materia anticorrupción construye un andamiaje burocrático que no es independiente porque deriva de los tres partidos políticos mayoritarios y del Presidente de la República. Responderá a las visiones oligárquicas del neoliberalismo y, además, no vincula de manera clara a los ciudadanos en su combate. Los temas centrales anticorrupción no están contenidos: el control al poder formal y fáctico, la reducción de la impunidad y, la participación ciudadana directa y amplia en la vigilancia, fiscalización y propuesta.[10]

Sobre la reforma en materia de deuda de Estados y municipios debe señalarse que se trata de un cambio que centraliza el poder y el control de las autoridades hacendarias federales sobre las locales. Los fines de esa reforma son homogeneizar el tratamiento de la deuda local, y a través de la centralización, establecer a las autoridades federales como los interlocutores privilegiados ante la banca nacional e internacional. El proceso de centralización de las reformas estructurales es para facilitar al capital trasnacional la negociación e imposición de recomendaciones a los Estados-nación para no perder recursos en negociaciones o conflictos con entidades infra nacionales.[11]

Las reformas anteriores, y otras que pueden ser aprobadas en los próximos años, completarán la transformación jurídica neoliberal de nuestro país. Las luchas sociales y políticas de muchos sectores nacionales estarán del lado de la reversión de esos cambios, pero dependerá de su fuerza y del involucramiento social para que tengan éxito. El terreno para el descontento social está abonado porque se trata de reformas antipopulares que han recibido y seguirán recibiendo el rechazo social.

[9] Se publicó el 5 de marzo de 2014 en el *Diario Oficial de la Federación*.

[10] Se publicó el 27 de mayo de 2015 en el *Diario Oficial de la Federación* y modificó los artículos 79, 108, 109, 113, 114, 116, fracción V, el 122, base quinta de la Constitución.

[11] Se publicó el 26 de mayo de 2015 en el *Diario Oficial de la Federación* y transformó los artículos 25, 73, fracción VIII, 74, 79, 108, 116 y 117 de la Constitución.

La disputa del derecho.indb 298 28/11/18 10:52

En las páginas que siguen analizaremos con algún detalle tres de las reformas estructurales: la energética, la que se realizó en telecomunicaciones y radiodifusión y, la educativa. Sin embargo, todas las que aquí hemos citado merecerían también un estudio detenido para probar que sus contenidos sirven para apuntalar al modelo neoliberal en la estructura jurídica y estadual nacional.

La reforma energética

La reforma constitucional energética de 2013 –la más importante de las reformas estructurales–[12] fue diseñada desde el exterior, por razones económicas y geopolíticas para entregar los recursos energéticos de la nación a intereses foráneos.[13] Con esa reforma, que se aprobó en violación a los procedimientos legislativos y parlamentarios y modificó los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución, la nación pierde parte de sus riquezas naturales y, el Estado abdica de sus antiguas competencias para explotar en exclusiva los recursos energéticos de los mexicanos, tanto de esta generación como de las futuras. La reforma constitucional energética de 2013 trae consecuencias funestas a nuestro país. El orden jurídico nacional también recibe impactos, desde la concepción de la Constitución, de la democracia, de los derechos humanos y hasta en la privatización del derecho público nacional.

Esta reforma se logró a través del aparato propagandístico del duopolio televisivo que acalló o silenció a las voces opositoras. El pueblo fue engañado con espejitos y cuentas de vidrio. Se le dijo, por ejemplo, que una de las consecuencias de la reforma sería la reducción del precio del gas, de la electricidad, de la gasolina y, del combustóleo. Hasta la fecha no hay reducción de precios en estos insumos. Por otra parte, en el concierto mundial, cuando se realizan estos procesos de liberalización o privatización de los recursos naturales, la consecuencia es el aumento de las tarifas en electricidad, gas o gasolinas[14] y no su reducción, como se suele proponer

[12] Se publicó el 20 de diciembre de 2013 en el *Diario Oficial de la Federación*.

[13] Cárdenas Gracia, Jaime, *Crítica a la reforma constitucional energética de 2013*, México, UNAM, 2014.

[14] Noceda, Miguel Ángel, "Las eléctricas disuaden al consumidor. El coste de las ofertas fijas

La disputa del derecho.indb 299 28/11/18 10:52

por los gobiernos neoliberales para convencer a la población de las ventajas de las reformas estructurales.

Las principales dudas de la reforma constitucional energética de 2013 no fueron ni han sido esclarecidas a la sociedad. La sociedad mexicana no tiene respuestas sobre las consecuencias medioambientales y en la salud humana de la reforma. Desconfía en torno a si los nuevos órganos reguladores del sector tienen la capacidad para enfrentar el poder de las grandes empresas petroleras y eléctricas mundiales que son capaces de desestabilizar gobiernos en el mundo entero. Gran parte de la sociedad piensa que se incrementa la corrupción en el sector energético debido, no sólo al papel de los sindicatos, sino a los contratos millonarios que celebra el gobierno con las empresas energéticas mundiales. Fiscalmente, se tiene temor a que la reforma constitucional energética signifique más impuestos y más endeudamiento externo en contra de los intereses de los mexicanos. La sociedad tampoco tiene claridad en torno a si los supuestos beneficios de la reforma se destinarán al desarrollo nacional y no al gasto corriente de los tres niveles de gobierno. Y, en general, seguimos sin saber por qué teníamos que compartir la renta petrolera, de un recurso que es nuestro, con otros que no forman parte de la nación mexicana.[15]

En la reforma energética y en las exposiciones de motivos de las iniciativas que dieron lugar a ella existen muchas cuestiones preocupantes. Por ejemplo, en la propuesta de Enrique Peña Nieto se propone incrementar la producción petrolera de 2.5 millones de barriles que en este momento se producen diariamente a 3.5 millones de barriles por día. Más allá, de las consecuencias de esta propuesta para el medio ambiente y la salud humana, una pregunta que suscita es si México tiene las reservas petroleras necesarias para afrontar esa pretensión. Las reservas en la industria petrolera mundial se clasifican en probadas, probables, posibles y prospectivas.[16] Las reservas probadas de México son de aproximadamente 13 000 millones de barriles, cantidad que a los montos actuales de producción nacional

anuales presentadas por las grandes compañías a la CNMC supera hasta en 100 euros anuales a la media de los últimos cuatro trimestres", *El País*; Madrid, 26 de abril de 2014, p. 15.

[15] Cuarón, Alfonso, "10 preguntas del ciudadano Alfonso Cuarón al Presidente Enrique Peña Nieto", *La Jornada*, 28 de abril de 2014, p. 9.

[16] Ocampo Torrea, José Felipe, *PEMEX. Mitos, realidades, testimonios y propuestas*, México, Universidad Autónoma de la Ciudad de México, 2007, pp. 41-52.

La disputa del derecho.indb 300 28/11/18 10:52

alcanzaría para un poco más de diez años. ¿Cómo se va a incrementar la producción a 3.5 millones de barriles diarios? ¿Se saquearán los hidrocarburos nacionales para beneficio foráneo sin que los mexicanos hayamos desarrollado, por ejemplo, la industria petroquímica para que ésta sea la palanca de nuestro desarrollo industrial?

Tal vez, el principal problema conceptual de la reforma constitucional energética de 2013 es entender a los hidrocarburos y a la electricidad como *commodities*, es decir, insumos que son parte de una cadena productiva y, que su explotación, sirve para maximizar la riqueza, en este caso privada y foránea y, no entender que el acceso a estos recursos, junto al acceso a otros recursos naturales, constituye un auténtico derecho fundamental. En las visiones contra hegemónicas de los derechos fundamentales –no neoliberales– se asume que hay cosas –los recursos básicos y/o naturales– que no pueden estar en el comercio y no pueden ser parte de las leyes del mercado. Se concibe que esos recursos son susceptibles de estar disponibles para todos, que deben ser accesibles a las personas para que éstas logren su desarrollo y se les permita su dignificación.[17] Si entendiéramos el acceso a los recursos naturales y a la energía de esa manera seguramente sería impensable que reformas como la aprobada en 2013 tuvieran lugar.

La reforma constitucional energética de 2013 produce un cambio trascendental en las características de nuestro Estado-nación y, en ese sentido no es sólo una reforma energética. Se trata de un cambio constitucional que redefine las características del Estado mexicano en términos de soberanía e independencia frente a otros Estados porque las fuentes fundamentales de la energía en México y, por tanto, de la economía, no estarán totalmente controladas ni administradas por el gobierno sino por grandes empresas energéticas trasnacionales que con su poder económico y político son capaces de establecer y desestabilizar gobiernos en el mundo entero. La reforma constitucional energética entraña la transformación de lo que hemos sido como país y lo qué seremos.

El cambio constitucional contradice las decisiones políticas fundamentales de nuestro ordenamiento y, en ese sentido, las podemos calificar de inconstitucionales, es decir, inválidas. La reforma constitucional trae apa-

[17] De Sousa Santos, Boaventura, *Si Dios fuese un activista de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2014, pp. 13-24.

La disputa del derecho.indb 301 28/11/18 10:52

rejada el fortalecimiento de los poderes fácticos trasnacionales que hacen mucho más débiles a los poderes formales de nuestro país. Al liberalizarse los sectores eléctrico y de hidrocarburos y, en virtud de lo establecido en el Tratado de Libre Comercio con Norteamérica y otros acuerdos internacionales, los hidrocarburos y la electricidad son considerados *commodities* que estan regulados por el libre mercado y México pierde la rectoría económica que ha tenido en esos ámbitos. Los contratos que comparten la utilidad y la producción, en donde el pago a la empresa petrolera se vincula a la cantidad de petróleo extraído o al éxito en la producción son anticonstitucionales porque vulneran el principio de que la propiedad de las riquezas del subsuelo es de la nación y, esa riqueza no puede compartirse con particulares, sobre todo si son extranjeros. El derecho y los tribunales de nuestro país quedarán del lado al aprobarse la reforma, pues las grandes empresas petroleras demandarán la aplicación del derecho de los tratados por instancias arbitrales o jurisdiccionales foráneas. Con la reforma constitucional energética se infringen los derechos fundamentales de los pueblos originarios, se vulnera la seguridad nacional, perdemos totalmente el control sobre la plataforma de producción y exportación de hidrocarburos y, parte de la renta petrolera. La reforma tiene consecuencias fiscales negativas para los mexicanos porque aumentan los impuestos y el endeudamiento público. El ejecutivo federal incrementa sus competencias en la materia en detrimento de los otros poderes públicos, de Pemex y de CFE y de la sociedad.

La reforma secundaria en materia energética[18] comprendió las siguientes disposiciones: la Ley de Hidrocarburos, la Ley de la Industria Eléctrica, la Ley de Energía Geotérmica; la Ley de Petróleos Mexicanos, la Ley de la Comisión Federal de Electricidad, la Ley de la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos y la Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética. Igualmente, se reformaron y adicionaron los siguientes ordenamientos: la Ley de Inversión Extranjera, la Ley Minera, la Ley de Aguas Nacionales, la Ley de Asociaciones Público-Privadas, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, la Ley

[18] Cárdenas Gracia, Jaime, "La nueva legislación secundaria en materia energética de 2014", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 143, mayo-agosto de 2015, pp. 547-613.

La disputa del derecho.indb 302 28/11/18 10:52

de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, y la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

Además de lo anterior, se expidieron la Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos y la Ley del Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo. También se reformaron y adicionaron la Ley Federal de Derechos, la Ley de Coordinación Fiscal, la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria y la Ley General de Deuda Pública.[19]

Los principales contenidos de la reforma energética obedecen a un modelo que ha sido diseñado desde los centros de dominación mundial y que podemos caracterizar, entre otros, por los siguientes elementos:

Desmantelamiento del Estado. El Estado Mexicano es amputado por la reforma y reducido a mínimos para favorecer al mercado internacional. Para comprobarlo, podemos decir, que los principales instrumentos de financiación y operación del Estado son suprimidos o limitados: 1) Pemex y CFE modifican su naturaleza jurídica, de organismos públicos descentralizados a empresas productivas, dichas empresas responden a los criterios del gobierno corporativo determinadas por la OCDE y consisten principalmente en la administración de Pemex y de CFE como si se tratara de empresas privadas. 2) El régimen de excepción de Pemex y CFE en materia de presupuesto, deuda, responsabilidades, transparencia, fiscalización o, adquisiciones es para que los instrumentos de control parlamentario o gubernamental no operen como en el caso del resto de los poderes y de las dependencias y entidades gubernamentales, es decir, son la evidencia de la migración de Pemex y CFE a la condición de empresas cuasi privadas –están saliendo de la esfera pública–. 3) El hoyo fiscal que producirá la reforma, por el régimen fiscal especial del que gozarán los contratistas, priva a la hacienda pública de recursos para el gasto público y, obliga al Estado al endeudamiento, la reducción del gasto público o el incremento de impuestos para colmar el déficit fiscal que generará la reforma –pone al Estado de rodillas–. 4) La afectación al principio del dominio directo de la nación sobre los recursos naturales del

[19] La legislación secundaria se promulgó y publicó en el Diario Oficial de la Federación, en una edición vespertina, el día 11 de agosto de 2014.

La disputa del derecho.indb 303 28/11/18 10:52

subsuelo –al compartir la renta petrolera– implica pérdida de soberanía. 5) La ocupación temporal de la propiedad privada, pública y social a favor de las empresas trasnacionales implica el fin del derecho de propiedad de los mexicanos.

Privatización del derecho público. Esta privatización se manifiesta en: 1) el fin de la cláusula Calvo porque las controversias que se susciten con motivo de la reforma no serán resueltas por los tribunales nacionales sino por instancias de arbitraje internacional. 2) La protección de las inversiones extranjeras sobre las nacionales –artículo 1103, 1106 y 1110 del TLC– implica que el derecho público mexicano y la propiedad de los nacionales queda subordinado al derecho internacional de carácter comercial. 3) La aplicación del derecho privado de manera supletoria en la materia. 4) El régimen fiscal de los contratos que no es tratado como contribución fiscal sino como contraprestación regida por el derecho privado. 5) El Fondo Mexicano del Petróleo que no se rige por las reglas de los fideicomisos públicos sino como fideicomiso *sui generis* al margen de los controles estatales que operan en el resto de los fideicomisos. 6) Las expropiaciones simuladas bajo la figura de ocupaciones temporales o servidumbres que se realizan, no para garantizar una causa de utilidad pública, sino para satisfacer el interés privado de los contratistas. 7) El *booking* que permite que las reservas de hidrocarburos de la nación se otorguen como garantía para la obtención de créditos en la banca internacional. 8) La bursatilización de las reservas nacionales en las bolsas de valores del extranjero. 9) la subordinación de la propiedad ejidal e indígena a los fines de la reforma energética.

Desarticula el Estado del Bienestar. Esta característica se manifiesta en lo siguiente: 1) la consideración de los derechos de los trabajadores de Pemex y CFE como pasivo laboral y no como auténticos derechos humanos. 2) La negación del derecho al desarrollo de los pueblos previsto en el artículo 1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales de la ONU, al subordinar este derecho humano a los intereses de los inversionistas extranjeros. 3) La subordinación de los derechos de los pueblos originarios a las inversiones privadas porque los

La disputa del derecho.indb 304 28/11/18 10:52

resultados de los procedimientos de consulta no son vinculantes en caso de una negativa de las comunidades a las inversiones. 4) La violación de los derechos al abasto social de la electricidad y de los hidrocarburos porque los organismos públicos –Pemex y CFE– no son responsables de ese abasto y el Estado no lo podrá garantizar por la multiplicidad de agentes económicos. 5) La reducción de los contenidos de los derechos fundamentales a la propiedad social porque ésta se subordina al carácter preferente de las actividades energéticas.

Subordinación del Estado mexicano a los intereses geoestratégicos de los Estados Unidos. La reforma estructural energética entraña la sustitución definitiva del modelo de desarrollo que se había conformado en México después de la expropiación petrolera de 1938. Los hidrocarburos primero y la electricidad después, constituyeron durante décadas no sólo las principales fuentes de ingresos fiscales para el país, sino que también fueron los sectores alrededor de los que el resto de la industria y la economía nacionales giraban, se nutrían, se desarrollaban y robustecían. Tan importante era el sector energético como palanca de desarrollo nacional, que ese ámbito quedó excluido en beneficio de México del Tratado de Libre Comercio con América del Norte con la finalidad de que siguiera siendo considerado por el orden constitucional mexicano como un área estratégica, es decir un sector de exclusiva explotación por parte del Estado, tal como se preveía en el párrafo cuarto del anterior artículo 28 constitucional.

Reforma en telecomunicaciones y radiodifusión

La reforma en telecomunicaciones y radiodifusión modificó los artículos 6, 7, 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución[20] e implicó una legislación secundaria aún más favorable a los medios de comunicación electrónica[21]

[20] *Diario Oficial de la Federación* de 11 de junio de 2013.

[21] Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, publicada el 14 de julio de 2014 en el *Diario Oficial de la Federación*. Más de un año después de la obligación transitoria que exigía la reforma constitucional.

La disputa del derecho.indb 305 28/11/18 10:52

para limitar y reducir el papel de los medios públicos y comunitarios, todo ello en desdoro de la efectiva realización del derecho a la información. La reforma estableció, entre otras medidas: que ninguna empresa puede concentrar más del 50% del mercado respectivo, constituyó un organismo para regular los medios públicos, reconoció el derecho fundamental para acceder a la banda ancha de carácter oneroso, limitó la propaganda gubernamental aunque aún no existe legislación secundaria al respecto, indicó retóricamente que el servicio de radiodifusión es de carácter social, dotó de autonomía constitucional al organismo para las telecomunicaciones pero éste está en manos de los tres partidos dominantes, y concedió la autonomía constitucional de la Comisión Federal de Competencia que también está en manos de los partidos mayoritarios. Pareció tratarse de una gran reforma que resolvería la influencia de los poderes fácticos mediáticos en la vida institucional y democrática del país.

Sin embargo, la reforma constitucional y legal en materia de telecomunicaciones y radiodifusión que ha sido en general bien recibida por muchos sectores sociales, académicos y aún por los que se podrían considerar como afectados (entre otros, el duopolio televisivo y los responsables de Telmex), desde nuestro punto de vista no es la reforma que se requería para garantizar derechos humanos a la información y para proteger los intereses nacionales. Fue una reforma que tanto constitucional como legalmente favoreció descaradamente a los medios de comunicación electrónicos mexicanos de carácter privado, seguramente porque éstos apoyaron, al margen de la ley, la campaña presidencial de Peña Nieto y, por tanto, la modificación jurídica enfocó sus principales medidas en contra del monopolio en materia de telecomunicaciones (Telmex).

Oficialmente el diagnóstico previo a la reforma consideraba en materia de telecomunicaciones lo siguiente: 1) existe alta concentración, débil competencia y altos precios en telecomunicaciones. 2) En telecomunicaciones, una sola compañía concentra el 80% del mercado de telefonía fija y el 70% de telefonía móvil. 3) En México existe muy baja cobertura de redes de telecomunicaciones en poblaciones de menos de 5 000 habitantes; sólo el 26% de los hogares tiene internet y el 39.8% de la población es usuaria del servicio. 4) La densidad de la banda ancha en México figura entre las más bajas de los países de la OCDE y la velocidad sigue siendo lenta. La reforma se proponía como objetivos: asegurar la cobertura universal de

La disputa del derecho.indb 306 28/11/18 10:52

servicios de televisión, radio, telefonía y datos; mejorar los precios para que todos los niveles socioeconómicos tengan acceso a los servicios mediante la promoción de la competencia; y favorecer la calidad en el servicio y en el contenido.

Los fines anteriores suponen que la reforma amplíe el acceso de las tecnologías de la información y la comunicación y la banda ancha a más personas y sectores sociales. Para ello, como se señaló, se dota de autonomía al Instituto Federal de Telecomunicaciones, autoridad reguladora competente, y se abre la inversión extranjera en telecomunicaciones al 100% y en radiodifusión al 49%. Además, se pretende con la reforma el acceso a internet al 70% de los hogares y al 85% a las pequeñas y medianas empresas.

El órgano regulador de las telecomunicaciones y radiodifusión, al que se confiere autonomía constitucional, desde nuestro punto de vista carece de legitimidad democrática de origen. Es un órgano elitista, cuyos titulares responden a un esquema de reparto de cuotas entre los partidos y el ejecutivo federal. Sus comisionados, por el origen de sus nombramientos, no se deberán a los intereses de la sociedad sino a los intereses de los que los designen. El tema de la legitimidad democrática de los órganos constitucionales autónomos no es asunto menor, pues como órganos cúspide del Estado mexicano, sus titulares debieran provenir de la soberanía popular para que a ésta se deban.

La reforma constitucional en telecomunicaciones y radiodifusión omitió indebidamente asuntos fundamentales, entre ellos, los siguientes: 1) defender los derechos de las audiencias para garantizar la calidad y pluralidad en la programación de los medios. 2) Garantizar pormenorizadamente los derechos de los usuarios. 3) Establecer con suficiencia las asimetrías existentes entre los concesionarios de telecomunicaciones y radiodifusión para garantizar una competencia auténtica. 4) Determinar sanciones severas en caso de concentración indebida en los sectores de la reforma, incluyendo la revocación de las concesiones. 5) Contemplar el acceso gratuito a internet. 6) Asignar al menos un 30% de las concesiones a medios de uso social (medios comunitarios); 7) Promover los medios públicos de comunicación en al menos un 30% del espectro radioeléctrico. 8) Oponerse al porcentaje de 100% de inversión extranjera en telecomunicaciones y 49% en radiodifusión para defender la soberanía nacional sobre el espacio radioeléctrico. 9) Despartidocratizar la elección de los titulares

La disputa del derecho.indb 307 28/11/18 10:52

del Ifetel.10) Rechazar que una empresa concentre el 50% del mercado en telecomunicaciones y radiodifusión (fracción III del artículo octavo transitorio de la reforma constitucional). Ello es contrario a la libre competencia y no resuelve la concentración monopólica que genera el duopolio televisivo ni el excesivo poder de Telmex en las telecomunicaciones. La concentración hasta del 50% de una empresa en alguno de los sectores no resuelve el problema de los monopolios en México. Una empresa que posea el 50% del mercado –Televisa o Telmex– seguirá siendo preponderante y podrá imponer a la autoridad reguladora muchas decisiones en su ámbito de actuación. Por qué no se reduce ese porcentaje de concentración al 20% o al 30%. Nuestra respuesta es porque no se quiere efectivamente combatir la concentración empresarial. En los Estados Unidos, paradigma del modelo capitalista, ninguna empresa de televisión puede tener más del 30% del mercado.

De peor manera que la reforma constitucional, la reforma secundaria en telecomunicaciones estableció inconstitucionalmente –violenta el artículo 8 transitorio de la reforma constitucional en materia de telecomunicaciones y radiodifusión– que la preponderancia se determine por sector y no por servicios.[22]

Además, tanto en la reforma constitucional en materia de telecomunicaciones y radiodifusión como en la legislación secundaria, la Comisión Federal de Electricidad cede a Telecomunicaciones de México su concesión para instalar, operar y explotar una red pública de telecomunicaciones para favorecer a los inversionistas privados. La reforma priva a la Comisión Federal de Electricidad de su red con el propósito de compartirla con los inversionistas privados, nacionales y extranjeros, lo que constituye un despojo a la nación. Nuevamente los recursos públicos se emplearán para beneficiar a intereses privados o, en otras palabras, esa reforma favorece que inversionistas privados obtengan beneficios económicos y que para ello compartan la infraestructura pública de una red que debiera ser estratégica para el desarrollo de la nación y para el logro de los intereses generales.

[22] Si la declaración de preponderancia se hace por sector no se desagregarán todos los servicios ofrecidos, tales como internet, telefonía, televisión de paga, servicios de venta de publicidad, etcétera. Esta medida claramente favorece a las empresas nacionales y foráneas.

La disputa del derecho.indb 308 28/11/18 10:52

Es evidente que, en este punto, como en otros de la reforma, existe una privatización de lo público.

Se profundiza en la ley la ilegitimidad de origen del Instituto Federal de Telecomunicaciones. Es un órgano elitista resultado del desdoblamiento de la oligarquía nacional y trasnacional, cuyos titulares responden a un esquema de reparto de cuotas entre los partidos y el ejecutivo federal. Sus comisionados, por el origen de sus nombramientos, no se deben a los intereses de la sociedad sino a los intereses de los que los designan.

Los medios públicos y sociales de televisión y radio se encuentran en la legislación secundaria en estado de precariedad respecto a los medios privados que son favorecidos por la ley. Ello demuestra no solamente el esquema privatizador de la reforma, sino que prueba también cómo el Estado mexicano pierde rectoría económica en el sector de telecomunicaciones y radiodifusión. Se trata de una violación evidente al artículo 25 de la Constitución. Como se ha dicho por expertos y legisladores, el espacio radioeléctrico debiera dividirse a tercios, tal como ocurre en el derecho comparado (Argentina o Ecuador), un tercio para el sector público otro para el sector social y otro para el sector privado.

La ley secundaria descuida los derechos de las audiencias, pues no se garantiza el derecho a la información y sin la garantía plena de este derecho no hay democracia sino la dictadura mediática que hoy tenemos en México. Es decir, la legislación no protege los derechos al pluralismo de los medios y en los medios, el derecho a recibir información veraz, el derecho a participar en la discusión de los asuntos públicos, el derecho a que la información no constituya una forma de propaganda o publicidad, y, el derecho a que todos los puntos de vista relevantes se manifiesten en igualdad de circunstancias en ellos. Igualmente se legaliza el bloqueo de señales para impedir el libre flujo de información en internet Si se aducen causas de seguridad nacional, se permite a los operadores y prestadores de servicios de telecomunicaciones establecer zonas geográficas donde la señal pueda ser interrumpida, lo que tiene por propósito limitar las protestas de los movimientos sociales.

En la legislación secundaria de telecomunicaciones y radiodifusión, las autoridades de seguridad pública y las ministeriales, pueden inconstitucionalmente violentar el derecho a la privacidad de las personas y estén facultados para autorizar la geolocalización de los gobernados e intervenir en conversaciones privadas o en el intercambio de datos que los ciudada-

La disputa del derecho.indb 309 28/11/18 10:52

nos entre ellos realizan. Lo anterior es abiertamente anticonstitucional, pues toda afectación o intervención en los derechos de las personas debe contar con la autorización judicial en los términos del artículo 16 de la Constitución.

La Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión indica que el Ejecutivo Federal podrá hacer la requisa de las vías generales de comunicación, entre las que se encuentran el espacio aéreo y el espacio radioeléctrico, en los casos de desastre natural, guerra, grave alteración del orden público o cuando se prevea algún peligro inminente para la seguridad nacional, la paz interior o la economía. La requisa implica una suspensión de garantías sin cumplir con las formalidades previstas en el artículo 29 de la Constitución y, se trata de un mecanismo represivo contrario a los principios de un Estado de Derecho democrático obligado a cumplir con los principios del debido proceso y con el derecho a la información.

Por otra parte, en contra de la finalidad de la reforma constitucional que creó el Ifetel, la Secretaría de Gobernación administra los tiempos que le corresponden al Estado y aún tiene algunas competencias sobre los contenidos audiovisuales sobre los que aún puede hacer revisión previa –se trata de la censura previa prohibida por el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos–. La existencia del Instituto Federal de Telecomunicaciones hace innecesario que Gobernación tenga aún facultades en la materia y mucho menos atribuciones de censura contrarias a los derechos humanos. Ello violenta los principios del Estado Constitucional de Derecho y la neutralidad que se dice preservar la reforma legal.

La legislación secundaria de telecomunicaciones y radiodifusión no reguló el derecho de réplica de los ciudadanos, ni normó la publicidad del gobierno, lo que afecta los derechos humanos de las audiencias y transgrede el principio de imparcialidad que debe caracterizar al Estado. El arreglo a favor de los intereses de la oligarquía es claro: pocos derechos a los ciudadanos y en contrapartida muchos derechos para los empresarios nacionales y foráneos y pocas obligaciones para ellos. La reforma de telecomunicaciones es un esquema de negocios y no un ordenamiento para garantizar derechos.

Las sanciones en contra de los medios privados de comunicación que prevé la ley son ridículas. Existe en toda la ley un trato de privilegio, contrario al artículo 1 constitucional, a favor de los medios privados y en contra de los medios públicos y sociales. Las asignaciones de uso social y público

La disputa del derecho.indb 310 28/11/18 10:52

están sobrerreguladas, no existe un principio de equidad para las comunidades indígenas ni para los medios públicos. La ley secundaria se diseñó con el propósito exclusivo de proteger a los medios privados y menoscabar las posibilidades de los medios sociales y públicos.

En fin, la reforma secundaria no garantiza el derecho a la información ni protege adecuadamente los derechos de las audiencias. Es una reforma para que las oligarquías nacionales y trasnacionales hagan negocios a costa de los recursos de la nación –el espectro radioeléctrico y el espacio aéreo–. Y no resuelve la concentración monopólica ya existente en México en telecomunicaciones ni en radiodifusión.

La reforma educativa

La reforma implicó la modificación de los artículos 3 y 73 de la Constitución,[23] modificar la Ley General de Educación y expedir dos nuevas leyes: la del Servicio Profesional Docente y la del Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación.[24] Como todas las reformas estructurales del periodo presidencial de Enrique Peña Nieto, los cambios jurídicos se aprobaron apresuradamente en el Congreso de la Unión y atropellando disposiciones legislativas y parlamentarias.

Las transformaciones jurídicas en la materia se realizaron por indicación de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Las modificaciones tuvieron como objetivo gubernamental y propagandístico la llamada evaluación del sistema educativo nacional para que éste sea de "calidad". Para ello se creó el nuevo Instituto Nacional de Evaluación de la Educación (INEE), al que la reforma dotó de autonomía constitucional, además de crearse el Sistema Profesional Docente.

En cuanto a la creación del Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación, es importante señalar que los órganos constitucionales autónomos en México son organismos que carecen de independencia. Sus

[23] La reforma educativa a nivel constitucional se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de febrero de 2013.

[24] Estas leyes se publicaron el día 12 de septiembre de 2013 en el *Diario Oficial de la Federación*.

La disputa del derecho.indb 311 28/11/18 10:52

titulares son designados por las nomenclaturas de los partidos en el poder legislativo. En el caso del Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación, sus cinco titulares son propuestos por ternas del Ejecutivo Federal y aprobados por las dos terceras partes de los Senadores presentes en el Cámara Alta. El mecanismo de designación augura la lealtad de los titulares al Ejecutivo y a los partidos mayoritarios que los designan. Es decir, se trata de órganos sin legitimidad democrática de origen.

Una característica de los órganos constitucionales autónomos, según el Derecho Comparado,[25] es su apoliticidad. ¿Es o será apolítico el Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación? La respuesta es no: se trata de nombramientos que tienen su origen en la cúpula del ejecutivo y en la voluntad de las nomenclaturas de los partidos mayoritarios. Son nombramientos partidocráticos. La autonomía constitucional del INEE es ilusoria, como ya ocurre con muchos otros supuestos órganos constitucionales "autónomos" que existen en el país porque sus titulares serán correas de transmisión de quien los nombra: el Ejecutivo con la participación de los partidos mayoritarios del Senado.

En todo caso, si en la reforma educativa se quería que el Instituto para la Evaluación Educativa fuera constitucionalmente autónomo, ¿por qué no se definió otro método de elección para los titulares del mismo? Por ejemplo: 1) que las diez universidades más importantes del país propongan a cinco expertos cada una y, que los titulares del organismo sean sorteados entre ellos. 2) Que sean electos por los ciudadanos sin que los interesados realicen campañas ni reciban financiamiento, pero con acceso a los tiempos de radio y televisión para que los aspirantes expongan su plan de trabajo y posteriormente sean electos por los ciudadanos.

Además, el mecanismo de designación de los titulares del Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación favorece al Ejecutivo. Si el Senado no designa en 30 días naturales, quedan ratificados automáticamente los propuestos por el Ejecutivo; si no se reúne la mayoría de dos terceras partes en el Senado para la designación, el Ejecutivo somete una nueva designación y, si ésta no alcanza la mayoría requerida, el Ejecutivo designa directamente a otra persona. Es decir, se repite *mutatis mutandi* el

[25] García Pelayo, Manuel, "El status del Tribunal Constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, núm. 1, 1981, p. 12.

La disputa del derecho.indb 312 28/11/18 10:52

método de designación de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. ¿Para qué? Para repartirse en el Senado los cargos entre los partidos mayoritarios por cuotas.

Durante la aprobación de la reforma constitucional, la Cámara de Diputados suprimió de la propuesta del Ejecutivo lo referente a condicionar la permanencia en el servicio docente a los resultados de la evaluación. ¿Para qué entonces una reforma constitucional que establece el servicio profesional docente si en el derecho mexicano ya contamos con los principios de las fracciones VII y VIII del apartado B del artículo 123 de la Constitución? La argumentación de la reforma no fue precisa sobre este supuesto ni abundó en razones para sostener el cambio. La explicación y justificación sobre el origen de la reforma educativa no fue el "amplio consenso" o "la demanda social", sino las recomendaciones de la OCDE, la necesidad gubernamental de controlar al magisterio nacional y la promoción de la privatización de la educación pública.

La reforma al artículo tercero constitucional sostiene que la calidad de la educación depende sólo de la profesionalización de los docentes conseguida mediante la presentación de exámenes para el ingreso al servicio docente y la promoción a cargos de dirección o supervisión y no mediante métodos diversos. El cambio jurídico tampoco toma en cuenta las complejidades contextuales –económicas, sociales, regionales, etc.– que surgen en la evaluación del desempeño docente ni recoge la necesidad del llamado escalafón horizontal, ya previsto en los orígenes de la carrera magisterial.

En la reforma educativa se adiciona, en el artículo 3 de la Constitución, como función del Ejecutivo Federal la tarea de "llevar a cabo concursos de oposición que garanticen la idoneidad de los conocimientos y capacidades que correspondan [...] para el ingreso y promoción de los docentes"; tareas que ya realizaba la autoridad educativa nacional. ¿Para qué se necesitaba un Instituto de Evaluación constitucionalmente autónomo si estas funciones ahora asignadas al Ejecutivo correspondían a la Secretaria de Educación Pública? El único motivo de la transformación jurídica es atender las directrices de la OCDE plasmadas en el documento titulado: "Establecimiento de un marco para la evaluación e incentivos docentes:

La disputa del derecho.indb 313 28/11/18 10:52

Consideraciones para México",[26] publicado en septiembre de 2011, en el que proponía la creación de un organismo autónomo de evaluación.

El capítulo sexto del mismo documento de la OCDE se refiere concretamente a la evaluación de los maestros en servicio, y señala que: "Además de la creación de estándares, México debe llegar a un consenso sobre la importancia de diseñar e implementar un sistema completo, transparente y justo de evaluación de los maestros en servicio".[27] La OCDE ha hecho esta recomendación a todos los países que son parte de ella, por lo que la reforma educativa impulsada del Ejecutivo carece de novedad y de justificación.

Según la reforma, la evaluación se realiza mediante exámenes "estandarizados" que son simples mediciones fuera de contexto, cuyo objeto medible ni siquiera es claro. A pesar de su ineficacia, las pruebas, falsamente llamadas evaluación, se multiplican y se realizan en todos los campos, órdenes y niveles educativos. Estas prácticas denominadas de evaluación educativa, que pretenden objetividad, y que por ser estandarizadas dejan de lado la pluralidad y la diversidad cultural y, desde su concepción, despersonalizan y "cosifican" tanto al evaluador como al evaluado.

La reforma educativa, en vez de retomar la función rectora del Estado para garantizar la calidad de la educación, optó por crear, a instancias de la OCDE, el Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación, el que hará más de lo mismo –realizará y aplicará pruebas y, concursos de oposición– pero no promoverá la generación de mejores docentes, mejores estudiantes, mejor sistema educativo, ni a través del sistema educativo nacional, se incidirá en la transformación económica, social y cultural del pueblo.[28]

Los conceptos de calidad educativa y de evaluación son actualmente materia de debate teórico y práctico.[29] El significado de calidad educativa es

[26] Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), *Establecimiento de un marco para la evaluación e incentivos docentes. Consideraciones para México*, 2011, pp. 84 ss. *Cfr.* <http://www.oecd.org/edu/preschoolandschool/48599568.pdf>. Consultado 14/12/2012.

[27] *Ibidem*, p. 88.

[28] Ramírez Raymundo, Rodolfo (coordinador), *La reforma constitucional en materia educativa: alcances y desafíos*, México, Senado de la República / Instituto Belisario Domínguez, 2013.

[29] Aboites, Hugo, *La medida de una nación: los primeros años de la evaluación en México.*

La disputa del derecho.indb 314 28/11/18 10:52

un asunto complejo que no se resuelve dando autonomía constitucional al INEE para que siga aplicando pruebas que ya la autoridad educativa nacional realizaba. La evaluación no consiste en la mera medición, pues va más allá de aplicar una prueba para generar diagnósticos generalizables, difundirlos, y emitir directrices. La evaluación implica asumir que el proceso educativo comprende a los padres de familia, a los maestros, a las autoridades y, a las condiciones socioeconómicas imperantes en un medio determinado. Su finalidad fundamental es la de formar seres humanos conscientes y críticos con su entorno y, en todo caso, perfeccionar las deficiencias del proceso educativo. El objetivo de la evaluación no debe ser coactivo ni represivo con los maestros, que es a lo que sí propende esta reforma educativa.

En el mundo de la educación se sabe que las evaluaciones tales como la Evaluación Universal de Docentes y Directivos en Servicio de Educación Básica, las pruebas ENLACE, Excale y PISA no son totalmente pertinentes porque son ajenas al hecho educativo mismo. Pretenden volcar en ellas toda una serie de conocimientos que las aíslan de la realidad, convirtiéndolas en "situaciones de laboratorio". Su pretendida "objetividad", proporciona en sus resultados imágenes distorsionadas e incompletas de la realidad, de los educandos, de los maestros, de las escuelas y de los países mismos.

La pregunta de por qué la reforma educativa, tiene como respuesta razones políticas y económicas. Además de someter todo el proceso educativo nacional a un organismo supranacional como la OCDE, el gobierno mexicano quiere con la reforma controlar políticamente a los sindicatos magisteriales y disminuir sus derechos laborales. La reforma educativa es fundamentalmente una reforma laboral, que somete al magisterio nacional al Servicio Profesional Docente, para que, a través de concursos de oposición, de ingreso, de promoción y de permanencia del personal docente, los profesores sean disciplinados y cosificados.

También la reforma educativa promueve la privatización educativa. Al incluir a los padres y madres de familia como "sector involucrado en la educación", se buscará desplazar el costo de la educación y el mantenimiento de las escuelas públicas. La reforma educativa delega a la comunidad la resolución de los problemas de infraestructura educativa cuando esos asuntos son responsabilidad del Estado mismo.

Historia de poder y resistencia (1982-2012), México, UAM-X / CSH, 2012.

La disputa del derecho.indb 315 28/11/18 10:52

En síntesis, la reforma educativa tendrá tres consecuencias: 1) promover la privatización de la educación pública del país. 2) Modificar las relaciones laborales en el sector educativo mediante el Servicio Profesional Docente para restringir los derechos laborales de los docentes. 3) Crear un organismo constitucional autónomo, el INEE, que además de oneroso e innecesario, nos ha sido impuesto por la OCDE.

La reforma educativa no resuelve los problemas del país: ni los cuantitativos ni los cualitativos. El gasto para la educación primaria y secundaria sigue siendo uno de los más bajos de la OCDE. La UNAM semestre a semestre rechaza aproximadamente al 92% de los aspirantes a una licenciatura porque no hay plazas para todos los jóvenes. El número de "ninis" (jóvenes que no estudian ni trabajan) comprendidos entre los 18 y 23 años es superior a siete millones en el país. Las cifras de deserción escolar en todos los niveles educativos son abrumadoras. En México, el 75% de las escuelas primarias carece de salones de cómputo y el 9% de las escuelas primarias no cuenta con energía eléctrica. Las cifras de analfabetismo siguen siendo muy altas y son una expresión más de la pobreza y de la desigualdad social existente.

Conclusiones

Las características neoliberales de los cambios jurídicos es posible percibirlos en cada reforma constitucional y legal, así como en los tratados comerciales ratificados por nuestro país. Las consecuencias económicas, sociales, internacionales y políticas para nuestra nación han sido y seguirán siendo graves, principalmente las advertiremos en el creciente deterioro social. Económicamente, el modelo neoliberal y los acuerdos comerciales como el TLC han significado, con pocas excepciones, el fracaso de muchos sectores económicos nacionales, ocasionado el desmantelamiento casi integral de la planta productiva de México y, con ello, el incremento del desempleo, el aumento del empleo informal y la subordinación dependiente de nuestra economía a América del Norte. En términos reales, la economía de nuestro país no ha crecido en los últimos veinte años.

Socialmente el modelo neoliberal y los acuerdos comerciales internacionales han sido incapaces de resolver los problemas de desigualdad y de inadecuada distribución de la riqueza. Los índices de pobreza aumentan

La disputa del derecho.indb 316 28/11/18 10:52

y, la distancia entre los aventajados y los desaventajados de la sociedad se potencia.

Internacionalmente y, no sólo en el terreno económico, sino en otros ámbitos, como: la seguridad nacional, la política exterior, la política de defensa, la seguridad pública, la educación, la política laboral, la política penal, las telecomunicaciones, la energía, las reglas electorales, etcétera, quedamos subordinados –nos integramos– a las indicaciones de los organismos internacionales como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, la OCDE y, a otros organismos supranacionales.

En la vida política, las grandes decisiones políticas –las reformas estructurales– se adoptan desde el exterior por presión o por consigna. El margen de decisión nacional, de las grandes políticas, queda sensiblemente limitado y la política doméstica se encarga de las cuestiones secundarias o de aplicación de las decisiones fundamentales provenientes del exterior.

Jurídicamente, la hegemonía del modelo neoliberal en nuestro país, desde mediados de los años ochenta del siglo pasado y hasta ahora, ha producido también grandes catástrofes a los mexicanos porque ha reducido sus derechos sociales, y porque ha desarrollado una "democracia" electoral de baja intensidad que ha impedido la realización de una democracia auténtica, que a su vez obstaculiza la construcción de un Estado de Derecho para todos.

Podemos concluir afirmando que la globalización neoliberal ha alterado las bases del Estado y de Nación que conocimos hace algunas décadas. Y en el caso mexicano, como en el de muchos países del tercer mundo, esos procesos de transformación no han sido para el bien de las sociedades sino para el beneficio de unos cuantos privilegiados.

Bibliografía

Aboites, Hugo. 2012. *La medida de una nación: los primeros años de la evaluación en México. Historia de poder y resistencia (1982-2012)*. México, UAM-X / CSH.

Cárdenas, Jaime. 2014. *Crítica a la reforma constitucional energética de 2013*, México, UNAM.

La disputa del derecho.indb 317 28/11/18 10:52

_____. 2015. "La nueva legislación secundaria en materia energética de 2014".

Boletín Mexicano de Derecho Comparado. núm. 143, mayo-agosto, pp. 547-613.

Cuarón, Alfonso. 2014. "10 preguntas del ciudadano Alfonso Cuarón al presidente Enrique Peña Nieto". *La Jornada.* México. 28 de abril. p. 9.

De Sousa Santos, Boaventura. 2014. *Si Dios fuese un activista de los derechos humanos.* Madrid, Trotta.

García, Manuel. 1981. "El status del Tribunal Constitucional". *Revista Española de Derecho Constitucional.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. núm. 1, p. 12.

Noceda, Miguel. 2014. "Las eléctricas disuaden al consumidor. El coste de las ofertas fijas anuales presentadas por las grandes compañías a la CNMC supera hasta en 100 euros anuales a la media de los últimos cuatro trimestres". *El País.* Madrid. 26 de abril, p. 15.

Ocampo, José Felipe. 2007. *Pemex. Mitos, realidades, testimonios y propuestas*. México, Universidad Autónoma de la Ciudad de México. pp. 41-52.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). 2011. *Establecimiento de un marco para la evaluación e incentivos docentes. Consideraciones para México*. pp. 84ss. <http://www.oecd.org/edu/preschoolandschool/48599568.pdf>. Consultado 14/12/2012.

Ramírez, Raymundo (coord.). 2013. *La reforma constitucional en materia educativa: Alcances y desafíos.* México, Senado de la República / Instituto Belisario Domínguez.

La disputa del derecho.indb 318 28/11/18 10:52

La arquitectura jurídica del despojo neoliberal en México (1982-2015): un proyecto basado en reformas y decisiones judiciales

Dedico este artículo a Jesús Carrillo Nava, nuestro "Tío Chucho", que siempre está con nosotros en las buenas y en las malas.

Juan José Carrillo Nieto*

El neoliberalismo y su propuesta para México en el mercado global

Bajo el discurso de la *globalización* se esconde la idea de que no hay alternativa al capitalismo neoliberal: "*There is no alternative*" es la frase atribuida a Margaret Thatcher cuando fue Primer Ministro del Reino Unido (1979 – 1990) mientras impulsaba las políticas neoliberales en aquella nación. Pero el neoliberalismo no surgió en la década de los setenta para resolver la crisis de las economías keynesianas y pueden rastrearse sus primeros antecedentes desde la fundación de la sociedad *Mont Pelerín* en Suiza en 1947, cuando F. Hayek convocó a liberales de extrema derecha como Milton Friedman,

* Estudiante de Doctorado de la Universidad Paris I Pantheón-Sorbone. Profesor-investigador del Departamento de Política y Cultura, División de Ciencias Sociales y Humanidades, UAM-Xochimilco, México.

La disputa del derecho.indb 319 28/11/18 10:52

Karl Popper, Lionel Robbins, Ludwig Von Mises, Walter Eukpen, Walter Lippman, Michael Polanyi y Salvador Madariaga, entre otros.

Estos intelectuales y académicos estaban preocupados por el ascenso de los movimientos socialistas de principios del siglo xx, y siempre rechazaron el proyecto del Estado interventor y regulador de la economía, acusándolo de socialista. Al ser un grupo de extrema derecha, se encontraban marginados de los grandes debates políticos y económicos, sobre todo porque el debate central de mediados del siglo xx giraba en torno a las ideas socialistas y/o la posibilidad de que el capitalismo fuese más *social*. Pero a pesar de estar marginados, los fundadores de la sociedad *Mont Pelerín* recibían financiamiento de grandes corporaciones bancarias, a quienes agradaba la propuesta de una sociedad con mayores *libertades*, de las cuales, para ellos la más importante sería la libertad económica.

Desde el punto de vista de los neoliberales, el Estado debe reducirse a una intervención mínima o nula en la economía, debiendo dedicarse a vigilar el funcionamiento del libre mercado, y a otorgar la *seguridad jurídica* necesaria para que los contratos y las transacciones puedan realizarse libremente. La sociedad, para los neoliberales, no es más que la sumatoria de individuos egoístas, racionales y maximizadores, que siempre buscan obtener el mayor beneficio, y no hay clases sociales.

A finales de los años setenta, las crisis del socialismo real y de la economía benefactora fueron el mejor pretexto de los conductores de la economía mundial para reorganizar la economía global con base en el proyecto neoliberal, que ya tenía más de dos décadas proponiendo las políticas económicas que debían llevarse a cabo. Esto significa que fueron precisamente los organismos financieros internacionales, aquellos que apoyaron la reconstrucción de Europa después de la Segunda Guerra Mundial con base en políticas interventoras, los que a partir de los años setenta han conducido las economías del mundo hacia la organización de un solo mercado global basado en la idea de las "ventajas comparativas" del economista inglés David Ricardo (1772-1823).

El planteamiento de las *ventajas comparativas* argumenta que en el libre juego del mercado mundial, cada país –o región del mundo– posee ciertos recursos aptos para el intercambio comercial de los que carecen otros países y regiones, por lo que si cada uno de ellos proporciona al mercado mundial los recursos que tiene, y lo hace bajo la lógica del libre juego de la oferta

La disputa del derecho.indb 320 28/11/18 10:52

y la demanda, todos ellos podrían beneficiarse de mejor manera en un intercambio comercial global, porque cada país y región aprovecharía de las *ventajas comparativas* que su posición geográfica y económica le permite, ya que al tiempo que proporciona aquellos recursos que posee, adquiere aquellos de los que carece. Este planteamiento es fundamental para comprender la lógica del discurso neoliberal de la globalización, porque de esta manera se justifica el impulso a un gran mercado mundial que se autorregula a través de la mano invisible propuesta por Adam Smith (1723-1790). Aceptando esta premisa, América Latina carece de tecnología y posee una industria atrasada respecto a otras regiones pero tiene importantes recursos naturales de los que podría verse beneficiada, por lo que no era necesario seguir incentivando la industrialización, sino las *ventajas comparativas*, es decir, incentivar la extracción de los recursos naturales y dejar de invertir en la industria nacional, lo que algunos sociólogos y economistas han llamado la *reprimarización* de las economías latinoamericanas.[1] Un efecto importante de dicha reprimarización, es el aumento de la dependencia económica y tecnológica, y el reforzamiento de la división internacional del trabajo generada con el descubrimiento de América en el siglo xv.

En el caso mexicano, es importante reflexionar en torno a cuáles son las *ventajas comparativas* que el país puede ofrecer al mercado mundial a finales del siglo xx y principios del siglo xxi: es uno de los 15 países más poblados del mundo (posee fuerza de trabajo y consumidores de estratos medios), es uno de los 10 países con mayores reservas probadas de petróleo, uno de los 10 países considerados destino turístico en el mundo (playas, zonas arqueológicas, pueblos y culturas precolombinas, etcétera). Por tanto, estas son las *ventajas comparativas* que México debe ofrecer al mercado mundial a cambio de las que carece. Como el mercado global debe autorregularse, cuando hay más de dos ofertantes del mismo producto, la cuestión se resuelve a través de la competitividad, es decir, a través de la competencia entre quienes ofrecen el mismo producto: fuerza de trabajo, recursos naturales, petróleo, etcétera. De esta manera, el capital se invertirá donde encuentre

[1] Para revisar con más detalle la reprimarización de las economías se recomienda la lectura de los textos de Jaime Osorio: *Crítica de la economía vulgar* y *El Estado en el centro de la mundialización*.

La disputa del derecho.indb 321 28/11/18 10:52

mejores condiciones: seguridad jurídica, menores salarios, menores impuestos, mayores ganancias, etcétera.

Al permitir que domine la lógica del libre mercado sin las mediaciones del Estado, las consecuencias son previsibles, y en el caso mexicano después de más de tres décadas de neoliberalismo, demostrables: pobreza, desigualdad, concentración de la riqueza, violencia, etcétera. Es por ello que algunos economistas como Carlos Tello y Jorge Ibarra, le han denominado a este proceso la *Revolución de los ricos.*[2]

Finalmente, hay que señalar que, al tratarse de la entrega al mercado mundial de los recursos naturales para su explotación intensiva, arrebatándolos a pueblos y comunidades que por siglos los han utilizado bajo una lógica de coexistencia y los han conservado, los autores también han nombrado a este proceso *despojo* o *desposesión*, denominación por demás acertada, porque también implica la privatización de recursos que en otras épocas se han considerado colectivas, como el agua o el petróleo. La desposesión es un segundo efecto importante de la aplicación del proyecto neoliberal.

En México, el neoliberalismo ha cumplido más de tres décadas, pero no ha sido fácil impulsarlo en un país que tenía un Estado interventor producto de una revolución social. En realidad, la historia reciente de México muestra una férrea lucha política, económica, social y también jurídica. En ella es posible observar la defensa de miles de profesores que buscan que la educación básica siga siendo gratuita, y la lucha de trabajadores por defender sus derechos, entre otras tantas luchas sociales que se ven a diario en el México neoliberal. No obstante, la lucha es desigual, ya que la clase política neoliberal no sólo posee las instituciones públicas, sino que usa los medios de comunicación masiva y posee grandes cantidades de recursos económicos para avanzar en este proyecto de despojo.

Del Estado interventor al neoliberalismo: 3 décadas de lucha social y jurídica

México es uno de los países de América Latina en los que durante la época del Estado interventor se logró consolidar un mayor número de institucio-

[2] Tello, Carlos y Jorge Ibarra, *La revolución de los ricos*, UNAM, México, 2012.

La disputa del derecho.indb 322 28/11/18 10:52

nes sociales. Si bien dichas instituciones no fueron tan profundas como las que se instauraron en los centros de la económica capitalista mundial, lo cierto que fueron mucho más profundas que en muchos países de la región.

Los *artículos sociales* de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos fueron la base jurídico-constitucional que posibilitó un proyecto liberal y social, pues los artículos 3º, que señalaba el proyecto educativo; el 27, que entre otras cosas le otorgó al Estado la posibilidad de reorganizar la propiedad; y el artículo 123 que otorgó derechos a los trabajadores, sentaron las bases del Estado interventor mexicano, el cual llegó a crear cientos de empresas públicas, además de grandes instituciones sociales y de seguridad social.

A la configuración estatal que generó la Constitución de 1917, le siguieron decenas de legislaciones secundarias que creaban nuevas instituciones bajo ese proyecto político, hasta 600 empresas de participación estatal con su respectiva ley orgánica de los tres niveles de gobierno; y legislaciones laborales y de seguridad social para los trabajadores del Estado y trabajadores de empresas privadas, entre otras tantas.

Con base en dichas legislaciones, las sentencias judiciales y jurisprudencias que se publicaron también tuvieron un componente propio del Estado interventor, por lo que, al estudiar el entramado jurídico del Estado mexicano, podemos observar que se trataba de una amplia arquitectura institucional que se fue configurando por varias décadas y que no fue fácil desmontar y reestructurar cuando llegaron al poder los gobiernos neoliberales. Este es el motivo por el que el proyecto neoliberal comienza y se profundiza primero en otros países de la región, es decir, en aquellos donde el Estado interventor fue muy débil o en aquellos países donde se dio un golpe de Estado que permitió reconfigurar al proyecto estatal a través de la suspensión de la Constitución.[3] En el caso mexicano, la Constitución Política, la legislación secundaria y las sentencias judiciales configuraban

[3] Es el caso de Chile, donde el proyecto estatal vigente y mandatado en las urnas era el del socialismo de Salvador Allende, por lo que un grupo de militares de extrema derecha coordinados por la CIA, dieron un golpe de Estado en 1973, encabezado por Augusto Pinochet, suspendiendo la Constitución de 1925 y estableciendo una nueva Constitución de corte neoliberal en 1980.

La disputa del derecho.indb 323 28/11/18 10:52

un Estado interventor, autoritario y social, al que Octavio Paz llamó el *ogro filantrópico*.

A pesar de lo amplio de estas instituciones, la crisis de 1982 fue el mejor pretexto para que los ideólogos del neoliberalismo impulsaran la transformación del Estado mexicano. En la crisis de 1982, México se declaró incapaz de pagar sus deudas ante los acreedores internacionales, por lo que éstos aceptaron renegociar la deuda a cambio de la reestructuración de la economía mexicana, es decir, a cambio de que impulsar el neoliberalismo en México. La crisis de 1982 permitió observar que las instituciones del Estado interventor mexicanas no eran lo suficientemente sólidas, no habían cubierto a la mayoría de la población y estaban profundamente desvirtuadas a causa de la corrupción. Además, los grupos empresariales mexicanos, vinculados al partido político hegemónico (PRI) y al Partido Acción Nacional (PAN) que surgió como reacción al Cardenismo, coincidían ideológicamente con el proyecto neoliberal.

Esto significa que, tanto la situación interna del país como su posición de deudor en la economía mundial facilitaron el impulso del neoliberalismo en México. Sin embargo, desmontar el Estado interventor mexicano no ha sido una tarea sencilla para los neoliberales, en primer lugar, porque la Constitución Política de 1917 es emblemática de la historia constitucional en occidente, en segundo lugar, porque fueron decenas de instituciones creadas y legislaciones aprobadas que configuraban el Estado interventor, y en tercer lugar porque el neoliberalismo en México ha enfrentado grandes resistencias sociales, que en muchos casos también se han disputado en el ámbito jurídico. Incluso, es posible observar que hay reformas que se han aprobado, pero más de 20 años después de haber sido presentadas por primera vez en el Congreso de la Unión, como es el caso de la *reforma laboral*, la cual se presentó por primera vez en 1985 por el PAN, y que se aprobó finalmente en el año 2012; es decir, dicha reforma se aprobó después de 25 años de estar latente como una iniciativa empresarial para favorecer la *productividad* y en atención a las recomendaciones de los organismos financieros internacionales que impulsaban flexibilizar las relaciones laborales.

La disputa del derecho.indb 324 28/11/18 10:52

¿La Constitución de 1917 es vigente o hay una nueva Constitución?

En muchos países de la región, la llegada del neoliberalismo significó un golpe de Estado (es decir, la suspensión de la Constitución), y/o la publicación de una nueva Constitución Política. Por poner algunos ejemplos, en el caso argentino la Junta Militar suspendió la Constitución en 1976; en el caso chileno, los militares golpistas suspendieron la Constitución en 1973 y publicaron una nueva con reglas neoliberales, en 1980; en Honduras se publicó una nueva Constitución con artículos irreformables, precisamente aquellos que configuran una economía neoliberal. En el caso mexicano, con una Constitución emblemática, estudiada en toda América Latina como primer antecedente del *constitucionalismo social*, y valorada en la historia constitucional de occidente, no era fácil ni había argumentos para convocar a nueva Asamblea Constituyente, pero los neoliberales aprovecharon que se podía reformar sin convocar a Asamblea Constituyente, pues su procedimiento de reforma es más sencillo: basta con que el Congreso de la Unión y la mayoría de los congresos estatales estén de acuerdo con la reforma para que esta sea aprobada.[4]

La estrategia fue sencilla: no cambiar la vocación del artículo, pero sí su contenido, de tal manera que el artículo 3º sigue ocupándose de la educación, sólo que el proyecto educativo es muy distinto; el artículo 27 siguió ocupándose de la propiedad de la tierra, pero clausuró la posibilidad de continuar con la reforma agraria; y los artículos 25, 26 y 28 siguieron ocupándose de la economía, sólo que ahora configuran una economía neoliberal.

En estricto sentido, sigue vigente la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, pero con tantas reformas y tan profundas, que configuran un proyecto de país radicalmente distinto. Este es un tema pendiente que debemos analizar los juristas críticos: ¿Las reformas a la constitución mexicana que transformaron la configuración del Estado mexicano son legítimas? Al realizarse mediante el procedimiento previamente establecido, ¿se trata de la legitimación constitucional y constituyente de una economía neoliberal que debe respetarse aunque afecte negativamente la vida de la gran mayoría de la población? ¿Es válido impulsar por la vía

[4] Así lo establece el artículo 135 constitucional, desde su versión original de 1917.

La disputa del derecho.indb 325 28/11/18 10:52

de la reforma constitucional una economía neoliberal que despoja a la gran mayoría de la población de sus bienes y sus derechos? o ¿Al tratarse de reformas nocivas para la gran mayoría de la población, se trata de una ruptura constitucional? Este tema es fundamental, y debe ser analizado a la luz de las bases de lo que implica un Estado de derecho y el contractualismo que da origen a los proyectos constitucionales. A continuación, se realiza un breve repaso de las reformas para adaptar la Constitución a las exigencias neoliberales, no obstante que éstas continúan, es importante realizar un mapeo sobre lo que ha significado el paso del neoliberalismo en la Constitución mexicana vigente:[5]

> *La contrarreforma agraria de 1992.* Se trata de una de las reformas neoliberales más profundas. Se anunció bajo el argumento de que ya no había más tierras que repartir, además de que señalaba que haría verdaderos propietarios a los campesinos, ya que, a decir de los neoliberales, la imposibilidad que tenían los campesinos de vender sus tierras no los hacía verdaderos propietarios y les impedía hacer productivas sus tierras.

La versión original del artículo 27 prohibía a los campesinos vender sus tierras para que no les fuesen arrebatadas por el capital, pero la reforma de 1992 cerró la posibilidad de continuar con el reparto de tierras y a partir de ese año se permite a los campesinos realizar contratos con ellas, no sólo de contra-venta sino también de arrendamiento, entre otros. Además, es de señalarse que dicha reforma amplió el límite máximo de tierra que puede tener un propietario en el país, lo que facilita la creación de latifundios.[6]

[5] He publicado otros artículos que analizan con mayor detalle el neoliberalismo y la Constitución mexicana: Para analizar la contrarreforma indígena véase el artículo "Juntas de Buen Gobierno y constitucionalidad: autonomía de facto, autonomía de *iure*". Para analizar las reformas a la Constitución Política mexicana en el centenario de la Revolución, véase: "La transformación del proyecto constitucional mexicano en el neoliberalismo". Para conocer la forma en que las reformas constitucionales y a la legislación secundaria han llegado a impulsar el extractivismo neoliberal y sus consecuencias, véase: "Neoliberalismo, reestructuración jurídica y extractivismo en México". La bibliografía completa se encuentra al final de este artículo.

[6] Actualmente, hay una iniciativa en el Congreso de la Unión para permitir la venta de las playas a particulares extranjeros, lo que ha estado prohibido desde 1917 hasta el momento, no obstante, éstas son susceptibles de concesión.

La disputa del derecho.indb 326 28/11/18 10:52

> *La reestructuración económica.* Del artículo 25 al artículo 28 de la Constitución Política se encuentra el proyecto económico del Estado mexicano. Además, hay que considerar el artículo 16 que brinda *seguridad jurídica* a las personas, sus posesiones y sus propiedades. En esos artículos podemos observar que se trata de un proyecto, en principio liberal, pero además es posible observar sus particularidades y las particularidades del proyecto económico del Estado mexicano.

De esta manera, con la reforma Constitucional febrero de 1983 se privatizaron los ferrocarriles, se insertó el concepto de *concesión* en la Constitución, se le otorgó autonomía al Banco de México y se concesionaron las comunicaciones vía satelital.[7]

Han pasado más de tres décadas de dicha reforma y es posible observar sus consecuencias: la comunicación vía satelital es monopolizada por los hombres más ricos del país, lo que afecta severamente el contenido de lo que se publica en México (tanto en la radio como en la televisión y en la mayoría de los medios impresos), pero además, es precisamente ese proceso de *concesión* de los bienes públicos lo que los ha convertido en los hombres más ricos del país, es decir, se trata del uso privado de bienes públicos que deja mínimas ganancias económicas al Estado y a las finanzas públicas, pero que genera grandes fortunas en manos de particulares. Además, las concesiones no sólo se dan en materia de telecomunicaciones, en virtud de que con la inserción de la palabra *concesión* en la Constitución, todo bien público que no puede ser privatizado es susceptible de concesionarse, tal es el caso del territorio, los minerales, la vía pública y el agua. De tal manera que al 2010, Francisco López Bárcenas contabiliza más del 34% del territorio mexicano concesionado a mineras extranjeras (por 50 años renovables por 50 más), particularmente canadienses.[8] Respecto al agua, la página oficial de la Comisión Nacional del Agua ha señalado que existen

[7] Se trata del Decreto de Reforma Constitucional 103 publicada en el *Diario oficial dela Federación* el 3 de febrero de 1983 que reformó los artículos 16, 25, 26, 27, 28 y 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

[8] López Bárcenas Francisco y Eslava Mayra, *El mineral o la vida: la legislación minera en México*, México, Red / IINPIM, 2011.

La disputa del derecho.indb 327 28/11/18 10:52

más de 400 mil concesiones a particulares:[9] una verdadera entrega de los recursos naturales que existen en el territorio mexicano para beneficio de particulares y que compromete el futuro de varias generaciones.

El tema de la *autonomía* del banco central (en este caso el Banco de México), implica conocer de un amplio debate que existe entre los economistas keynesianos y los neoliberales, e incluso, hoy en día los llamados neo- keynesianos han aportado a él. En dicho debate, tanto los neoliberales como los keynesianos han señalado lo que consideran debe ser el papel del banco del Estado, de tal manera que los keynesianos han señalado que el banco central se debe de ocupar de coadyuvar al Estado en el mantenimiento de las finanzas y el financiamiento responsable de los proyectos públicos, mientras que los neoliberales señalan que un banco central debe ser autónomo, pues su única función es mantener el valor de la moneda a través del uso las reservas estatales en oro y dólar–, y el Estado no puede hacer uso de esos recursos para otras necesidades. Si bien la autonomía al banco central se otorgó en 1993,[10] una segunda reforma constitucional al artículo 28 sobre el mismo tema realizada en el año 2013 prohíbe a cualquier órgano y nivel de gobierno solicitarle financiamiento al Banco de México: "Art. 28 [...] Ninguna autoridad podrá ordenar al banco [central] conceder financiamiento".[11]

Es necesario hacer una anotación adicional en las reformas económicas de la Constitución Política Mexicana, porque existe una fuerte relación entre la constitucionalización de las concesiones, la autonomía del Banco de México, y la descentralización administrativa de los municipios, también organizada por los organismos financieros internacionales y expresada en la reforma del artículo 115 constitucional de 1983.[12] Porque la descentralización administrativa implica hacer que los servicios públicos sean responsabilidad del nivel de gobierno municipal, el cual debe orientar

[9] <http://www.conagua.gob.mx/CONAGUA07/Contenido/Documentos/nacional.pdf>. Consultado: 2 de noviembre de 2014.

[10] Se trata del Decreto de reforma constitucional 102, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de agosto de 1993.

[11] Se trata de la reforma que incluyó el proceso de apertura energética, en el Decreto de reforma constitucional.

[12] Se trata del conjunto de reformas públicas en los Decretos de reforma Constitucional 100, 101, 102, 103 y104 publicados en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de febrero de 1983.

La disputa del derecho.indb 328 28/11/18 10:52

el servicio hacia la *autosustentabilidad*, es decir, que el costo sea absorbido no por el Estado a través de subsidios, sino por los *consumidores* o *usuarios* del servicio, de tal manera que las finanzas públicas quedan sin dicha carga económica. Por su parte, los ahorros del banco central se dedican a respaldar el valor de la moneda, el cual se encuentra fluctuando con base en las inversiones nacionales y extranjeras, por lo que al salir capital golondrino, para evitar una depreciación, el Banco central *inyecta* los ahorros nacionales, los cuales en buena medida se encuentran respaldados en oro, que además se ha comprado a las empresas que han adquirido las concesiones mineras y que lo han procesado. Es decir, la empresa minera extrae el oro, lo procesa y posteriormente el Estado mexicano se los compra (con el valor agregado) para utilizarlo en los momentos en que sale el capital golondrino. Como el capital golondrino entra y sale dependiendo las condiciones que le ofrezca el mercado y de sus conveniencias e intereses, el Estado a través del banco central se ve obligado a entregar los ahorros nacionales que tiene prohibido invertir en otros sectores de la economía nacional o para el desarrollo social. Esto es un ciclo perfecto para el capital: se ahorra no para el desarrollo nacional sino para el capital golondrino, los servicios públicos se mantienen del valor del mercado que los hace autosustentables y el Estado se desatiende de su costo y de sus responsabilidades.

El proyecto educativo y los derechos sociales

Desde la Revolución Francesa, el proyecto educativo juega un papel central en los estados modernos. Conocer cómo la Constitución concibe a la educación permite comprender que piensa el Estado y la clase política dirigente sobre los derechos sociales, el progreso y la igualdad entre las personas. Por eso la Constitución Política en su versión original se ocupó de la educación en su artículo 3º, sin embargo, la versión que le dio el valor jurídico e histórico que tuvo, fue la que impulsó el presidente constitucional Lázaro Cárdenas del Río, en 1934, pues estableció que la educación en México sería socialista:

> Artículo 3. La educación será socialista. Y además de excluir toda doctrina religiosa combatirá el fanatismo y los prejuicios, para lo cual la escuela

La disputa del derecho.indb 329 28/11/18 10:52

> organizará sus enseñanzas y actividades en forma que permita crear en la juventud un concepto racional y exacto del universo y de la vida social.[13]

Más allá del debate que puede implicar una *educación socialista*, lo cierto es que los valores mediante los cuales se pretendió guiar la educación en México, son de una gran nobleza y de alto valor ético, porque se pensaba a la educación como el instrumento para resolver los grandes problemas nacionales (como lo es la pobreza y la desigualdad), no para atender los intereses de grupos o clases sociales particulares, como los proyectos que buscan mediante la educación formar la fuerza de trabajo calificada que requiere el capital en su proceso de acumulación.

En cuanto terminó el gobierno el General Lázaro Cárdenas, el artículo tercero fue modificado, eliminando la idea de la educación socialista. De hecho, el artículo ha sufrido 9 reformas hasta el año 2015, pero las reformas que orientaron la educación al neoliberalismo son las de 1993 que individualiza la educación nacional y la de 2013 que realiza una reforma laboral a las personas que imparten educación pública en México.

En el mismo tenor, es importante señalar que dentro de los debates más importantes que se dieron en la Asamblea Constituyente que creó la Constitución de 1917, se encuentra el que se generó en torno al artículo 123 que señala los derechos de los trabajadores. Antes, ninguna constitución en el mundo había aceptado que los trabajadores tenían derechos, porque las constituciones eran de corte tradicional liberal, y la aceptación de que los trabajadores tienen derechos significa, reconocer que existe un proceso de explotación, que existe extracción de plusvalor y que el contrato de trabajo no es un simple contrato de compra de fuerza de trabajo. En la idea liberal, los hombres son libres y se contratan libremente, por lo que no existe la explotación sino la libertad de contrato, pero en la realidad, ese contrato mantiene y profundiza la desigualdad, puesto que una de las partes sólo tiene su fuerza de trabajo y es lo que vende a otra persona, para recibir ingresos que le permitan subsistir.

Como se señaló en párrafos anteriores, a pesar de la resistencia social, la reforma que permite la flexibilización laboral se aprobó finalmente en

[13] Decreto de Reforma Constitucional número 20, *Diario Oficial de la Federación*, 13 de diciembre de 1934.

La disputa del derecho.indb 330 28/11/18 10:52

2012, sin embargo, ante la fuerte resistencia social y sindical de décadas, los dirigentes neoliberales tuvieron que diseñar una estrategia jurídica distinta: en primer lugar, crear la figura constitucional de *iniciativa preferente*, además, optaron por no reformar el artículo 123 Constitucional, sino reformar la legislación secundaria, es decir, flexibilizar la relación laboral en la Ley Federal del Trabajo sin tocar la Constitución Política.

Los recursos de la Nación, el petróleo y la electricidad

La base del proyecto estatal que permitió la reorganización nacional fue la idea de la propiedad originaria de la nación, contenida en el artículo 27 Constitucional. Esta idea, señala que toda la propiedad, antes de ser pública, privada o social, es propiedad de "la Nación", la cual tiene el derecho de re- organizarla. Si bien, la Constitución no aclara que debe entenderse por *Nación*, tampoco dice que toda la propiedad es pública o estatal. Además, dicho artículo señala que la Nación es quien constituye –otorga– la propiedad privada, pública y social, entorno a un proyecto estatal:

> Art. 27.- La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual, ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada. Esta no podrá ser expropiada sino por causa de utilidad pública y mediante indemnización.[14]

Esta idea jurídica y política de la propiedad originaria rompe con la idea liberal tradicional de que la propiedad privada es previa a la existencia del Estado y que, incluso, señala que la propiedad privada es sagrada, como si ésta no fuese una construcción social.[15] En ese sentido, cuando el Cons-

[14] Versión original del párrafo introductorio del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicada en 1917. La versión original de la Constitución Política se puede consultar en la página electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM: <http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/conshist/pdf/1917.pdf>. Consultado: diciembre de 2015.

[15] Esta idea de la propiedad como derecho natural es fundamental en los debates del liberalismo, y ha sido recurrente después de las revoluciones burguesas. Así, la Declaración de los

La disputa del derecho.indb 331 28/11/18 10:52

tituyente decide crear la *propiedad originaria de la nación*, en primer lugar cuestiona todos los planteamientos liberales de la propiedad, y en segundo lugar, cuestiona el acaparamiento de tierras y propiedades que la los latifundistas mexicanos del siglo XIX había acumulado a costa de pueblos y comunidades rurales, y que desencadenó la Revolución Mexicana.

La idea de la *propiedad originaria* plasmada en el artículo 27 constitucional fue la base jurídica que le permitió al General Lázaro Cárdenas expropiar a las empresas inglesas y norteamericanas el petróleo que extraían del territorio mexicano, y así crear la empresa Petróleos Mexicanos (Pemex). Dicha expropiación fue la que le permitió al Estado mexicano recibir los ingresos necesarios para crear decenas de instituciones dedicadas al desarrollo social durante gran parte del siglo XX. A partir de esa época, el Estado también comenzó a reorganizar la generación y distribución de la energía eléctrica en todo el país, proceso que finalizó con la creación de dos grandes empresas en la década de los sesentas: Luz y Fuerza del Centro (LyFC) y Comisión Federal del Electricidad (CFE).

Con la llegada del neoliberalismo, el Estado mexicano dejó de invertir en estas empresas centrales para la economía nacional. A pesar de que ellas siguieron aportando importantes ingresos públicos para el nuevo proyecto económico, dejaron de ser prioritarias y se les aplicaron estrictos programas fiscales, además de que se permitió que la corrupción avanzara en ellas, poniéndose en riesgo su viabilidad financiera. Al igual que la reforma laboral, la reforma energética tuvo grandes resistencias sociales desde la década de los años ochenta, no obstante, la insistencia neoliberal rindió frutos, y en diciembre de 2013 se aprobó la reforma energética. Tanto en materia de producción y generación de energía, como en extracción y distribución de petróleo se habían hecho reformas orientadas a la apertura del mercado, no obstante, es la reforma de diciembre de 2013 a los artículos 25, 27 y 28 Constitucionales, la que terminó por abrir al mercado nacional e internacional ambas áreas, antes prioritarias y estratégicas, de la economía nacional. Dicha reforma incluyó la elaboración de 21 nuevas

Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, estableció que la propiedad es un derecho sagrado: "Artículo 17. Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente, y a condición de una justa y previa indemnización".

La disputa del derecho.indb 332 28/11/18 10:52

leyes publicadas en agosto de 2014, que responden a la apertura petrolera y energética.

La no-reelección

Además de las reformas económicas que transformaron el proyecto de país que derivó de la Revolución Mexicana iniciada en 1910, en el año 2014 se realizó una reforma política muy profunda para permitir la reelección de diputados y senadores. Si bien el tema merece atención particular por todo lo que implica para el sistema político mexicano, no es posible dejar de recordar que cuando Francisco I. Madero llama a derrocar al gobierno de Porfirio Díaz, lo hace bajo el lema "Sufragio efectivo, no reelección". En este sentido, la máxima de la no reelección fue vigente desde que se publicó la Constitución en 1917 y hasta el año 2014, es decir, durante más de 90 años. Actualmente, la nueva redacción del artículo 59 constitucional señala:

> Los Senadores podrán ser electos hasta por dos periodos consecutivos y los Diputados al Congreso de la Unión hasta por cuatro periodos consecutivos. La postulación sólo podrá ser realizada por el mismo partido o por cualquiera de los partidos integrantes de la coalición que los hubieren postulado, salvo que hayan renunciado o perdido su militancia antes de la mitad de su mandato.[16]

Con esta reforma se posibilitó la reelección y se generó en los estados la posibilidad de la reelección de los diputados estatales:

> Las Constituciones estatales deberán establecer la elección consecutiva de los diputados a las legislaturas de los Estados, hasta por cuatro periodos consecutivos. La postulación sólo podrá ser realizada por el mismo partido o por cualquiera de los partidos integrantes de la coalición que los hubieren

[16] Artículo 59 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, versión vigente en 2015.

La disputa del derecho.indb 333 28/11/18 10:52

> postulado, salvo que hayan renunciado o perdido su militancia antes de la mitad de su mandato.[17]

Esto significa que una persona que aproveche todas las oportunidades para reelegirse, puede ser legislador más de 20 años a nivel federal y más de 10 a nivel estatal, lo que podría implicar tres décadas como legislador. No deja de ser paradójico que, al cumplirse 100 años de la publicación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los artículos emblemáticos hayan sido transformados profundamente y en un sentido contrario al de su versión original y no deja de ser emblemático tampoco que la frase "sufragio efectivo-no reelección", se encuentre tan lejos de ser una realidad luego de que se aprobó la reforma de 2014.

Después de este breve repaso de lo que ha ocurrido con la Constitución Política mexicana en las últimas tres décadas, es importante reflexionar sobre el proyecto político que contiene: ¿Es acaso la misma Constitución que se publicó en 1917?

En ese sentido, es importante subrayar que sus artículos emblemáticos ahora plantean proyectos políticos y económicos radicalmente distintos: se trata de un proyecto económico distinto, un proyecto educativo distinto, una distinta forma de plantear la propiedad y los bienes colectivos, un uso y destino distintos de los recursos naturales y un sistema político también distinto, lo que significa que el contenido emblemático de la Constitución de 1917 es otro gracias a las reformas neoliberales de los últimos 30 años.

La Constitución Mexicana publicada en 1917 fue producto de una revolución agraria y social: la Revolución Mexicana; con base en lo que señala Carlos Tello, la versión reformada de la Constitución política en la primera década del siglo XXI que promueve un proyecto neoliberal fue también producto de una revolución: la revolución de los ricos.

[17] Artículo 116, fracción II, segundo párrafo, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La disputa del derecho.indb 334 28/11/18 10:52

La legislación secundaria

En virtud de que con el neoliberalismo se transformó el proyecto constitucional, la legislación secundaria dejó de ser coherente con los mandatos constitucionales. La vieja legislación secundaria era coherente con el proyecto del Estado keynesiano, y al transitar a un proyecto neoliberal y reformarse la Constitución, ésta debió ser reformada también. Es por ello que, a lo largo de las últimas décadas, toda la legislación secundaria fue adaptándose al proyecto neoliberal. Por los objetivos de este artículo, no es posible extendernos en las reformas a la legislación, no obstante, es importante hacerlas notar para comprobar cómo el neoliberalismo ha ido permeando al derecho positivo, y cómo el derecho va proporcionando la arquitectura jurídica que requiere el neoliberalismo en México.

El siguiente cuadro resume las grandes reformas a la legislación secundaria que, junto con la Constitución Política, dan la base jurídica al neoliberalismo mexicano. Como se observa en él, son reformas que transforman el papel del Estado en la sociedad, orientan los servicios públicos al mercado y reducen los derechos de las personas y las comunidades para aumentar los derechos de las corporaciones y las grandes empresas nacionales y trasnacionales.

Cuadro 1. Legislación secundaria y neoliberalismo

Materia	Legislación del Estado interventor	Legislación neoliberal
Educación	Ley Federal de Educación (1973)	Ley General de Educación (1993)
Salud	Código Sanitario (1973)	Ley General de Salud (1984)
Agua	Ley Federal de Aguas (1972)	Ley de Aguas Nacionales (1992)
Minería	Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en materia Minera (1975)	Nueva Ley Minera (1992)

La disputa del derecho.indb 335 28/11/18 10:52

(continuación)

Materia	Legislación del Estado interventor	Legislación neoliberal
Campo	Ley Federal de Reforma Agraria (1971)	Nueva Ley Agraria (1992)
Banco de México	Ley Orgánica del Banco de México (1941)	Ley Orgánica del Banco de México de 21 de diciembre de 1984 Ley del Banco de México (1993)
Petróleo y electricidad	Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos (1971)	Se trata de 21 nuevas leyes que transforman la regulación en materia energética y que abrogan la Ley orgánica de Petróleos Mexicanos y organismos Subsidiados de 1992
Trabajo	Ley Federal del Trabajo (1970)	Reforma de noviembre de 2012 a la Ley Federal del Trabajo
Inversión	Ley para Promover la Inversión Mexicana y regular la Inversión Extranjera (1973)	Ley de Inversión Extranjera (1993)
Seguridad Social	Ley del Seguro Social (1973) Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (1959)	Nueva Ley del Seguro Social (1995) y Nueva Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (1983 y una nueva en 2007)

Fuente: Elaboración propia.

Como se puede observar en el cuadro anterior, la legislación secundaria vinculada con el proyecto neoliberal se reformó para adecuarse a la Cons-

La disputa del derecho.indb 336 28/11/18 10:52

titución Política y a las recomendaciones de los organismos financieros internacionales que conducen la reestructuración neoliberal en el mundo.

Sólo por poner un ejemplo de lo que significan dichas transformaciones, se señala a continuación la forma en que la ley de aguas define el proyecto hídrico y la forma en que se piensa un bien básico para cualquier sociedad: La ley en materia hídrica de 1972 contenía una forma de pensar la captación, administración y destino del agua mediante la cual se buscaba "una distribución equitativa de los recursos hidráulicos y cuidar de su conservación".[18] Para ello determinó en el artículo 27 un orden de prioridades en su utilización, bajo el cual el uso doméstico, los servicios públicos urbanos, el ganado, el riego y los ejidos y comunidades quedaban en los primeros lugares de dicho orden jerárquico, y más atrás quedaban el uso industrial, la generación de energía eléctrica, entre otros. Como se observa, las actividades prioritarias en la administración y uso del agua en la legislación de 1972 no son las industriales, sino el uso doméstico, los servicios públicos y su uso para ganado y agricultura.

Esta ley se encargó de regular el abastecimiento de agua potable, las obras de alcantarillado, los distritos y las unidades de riego para el desarrollo rural, los distritos de drenaje, la protección contra inundaciones, los distritos de acuacultura, las aguas del subsuelo y las aguas utilizadas para la generación de energía eléctrica. Cabe señalar que permitía otorgar permisos, concesiones y asignaciones para la explotación, uso y aprovechamiento de las aguas, pero bajo las prioridades del artículo 27. Por su parte, la ley de 1992 reorganizó el sistema de administración hídrico, y con ella ahora se regulan de manera más amplia las concesiones, asignaciones y permisos para la explotación del agua. En contraste con el orden de prelación de la ley hídrica de 1972, la Ley Nacional de Aguas vigente parte de nuevos principios sobre la forma en que se distribuye este recurso en el país y bajo los cuales funciona la política hídrica nacional:

> Artículo 14 bis 5. Los principios que sustenta la política hídrica nacional son: El agua es un bien de dominio público federal, vital, vulnerable y finito, con valor social, *económico* y ambiental, cuya preservación en cantidad y

[18] Artículo 1o de la Ley Federal de Aguas, de 1972.

La disputa del derecho.indb 337 28/11/18 10:52

> calidad y sustentabilidad es tarea fundamental del Estado y la Sociedad, así como prioridad y asunto de seguridad nacional.
>
> XV. *La gestión del agua debe generar recursos económicos y financieros necesarios para realizar sus tareas inherentes, bajo el principio de que "el agua paga el agua",* conforme a las Leyes en la materia; XVI. *Los usuarios del agua deben pagar por su explotación, uso o aprovechamiento bajo el principio de "usuario-pagador"* de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Federal de Derechos.[19]

Como se observa en los párrafos anteriores, el proyecto hídrico cambió radicalmente hacia la mercantilización. El principio de que *el agua paga el agua* genera la obligación de hacer el servicio autosustentable, y no es relevante el uso que se le dé, pues lo importante es el pago. En este sentido, es posible observar que lo mismo ocurrió en cada uno de los rubros donde fue avanzando la legislación neoliberal: salud, educación, tierra, trabajo, inversión, minerales, etcétera.

Jueces, juicios y pre-juicios: un ejemplo de la impartición de justicia en el neoliberalismo

Además de las reformas señaladas, es importante conocer cómo la impartición de justicia se ha visto trastocada con el proyecto neoliberal. Para ello es importante recordar que, al menos en teoría, los jueces actúan de manera imparcial, atendiendo a la Constitución y guiándose por los principios generales del derecho: justicia, seguridad y bien común. Además, después de la reforma constitucional del año 2011, también deben actuar con base en la más amplia protección a los derechos humanos.

A pesar de la importancia del tema y del *deber ser* en la impartición de justicia, ésta no deja de ser algo subjetivo (porque los jueces son sujetos), y es importante observar 4 situaciones que condicionan la forma en que imparten justicia:

[19] Las cursivas son mías.

La disputa del derecho.indb 338 28/11/18 10:52

1. La tendencia a la judicialización de las luchas sociales.
2. El Poder Judicial en México se ha reforzado económicamente y los jueces gozan, en términos generales, de buenas condiciones laborales y de estabilidad laboral.
3. Los jueces son sujetos, y como tales, toman decisiones con base en lo que creen justo y con base en la constitucionalidad y en la legalidad, lo que les da un amplio margen de subjetividad.
4. El proceso de interiorización del neoliberalismo que viven las sociedades.

La tendencia a la judicialización de las luchas sociales se debe a grupos sociales que defienden derechos que tenían o que habían conquistado y que ahora, bajo el proyecto neoliberal se están perdiendo, por ejemplo: el derecho a la estabilidad laboral, el derecho a un contrato laboral definitivo, el derecho a la educación, entre otros. En la defensa de esos derechos, grupos y organizaciones sociales promueven procesos judiciales y presionan socialmente, pero el grupo en el poder hace lo mismo y con otros recursos. Por tanto, los jueces pueden verse presionados políticamente para tomar decisiones.

Respecto a la fuerza que ha adquirido el Poder Judicial en México, es importante recordarlo porque al mejorar las condiciones de vida de los sujetos que imparten justicia, su realidad económica es radicalmente distinta a los de otros sectores sociales.

Finalmente, hay que adicionar a estos dos elementos el hecho de que el neoliberalismo, como proyecto político y social, va más allá de un conjunto de políticas económicas, porque logra penetrar el pensamiento de las personas fomentando bajo la falsa idea de que únicamente somos la sumatoria de individuos racionales, egoístas y maximizadores.[20]

Este es el contexto bajo el cual los juzgadores toman decisiones: intenso proceso de individualización que repercute en sus razonamientos, distancia económica entre ellos y las partes de un juicio (particularmente los que se

[20] Para profundizar en el tema de la internación del neoliberalismo en la sociedad, se recomienda la lectura del Roitman Rosenmann, Marcos, "El pensamiento sistémico: los orígenes del social- conformismo"; y Concheiro, Elvira, "El pensamiento único: fundamentos y política económica".

La disputa del derecho.indb 339 28/11/18 10:52

ven afectados en sus derechos sociales), Constitución y legislación secundaria reformadas hacia el neoliberalismo, y judicialización de las luchas sociales. Bajo este tenor, no es difícil suponer lo que ha ido sucediendo con muchas decisiones fundamentales del poder judicial.

Quizá observar desde este punto de vista a la impartición de justicia suene demasiado radical, sin embargo, es un punto de vista importante cuando se analiza la influencia del neoliberalismo en las relaciones jurídicas. Sólo por poner un ejemplo, a continuación, se presentan los argumentos que esgrimieron los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el año 2007, cuando analizaron y discutieron la constitucionalidad del Reglamento de la Ley General de Desarrollo Social, el cual fue publicado por el presidente de la República, Vicente Fox, en el año 2006. Como antecedente hay que señalar que en el año 2003, el Congreso de la Unión publicó una Ley General de Desarrollo Social, y con base en sus facultades reglamentarias, el presidente de la República debía elaborar y publicar el respectivo reglamento. El problema se generó cuando el reglamento contradecía el contenido de la ley, particularmente en el caso de los beneficiarios de esta legislación.

Tras la publicación del Reglamento de la Ley General de Desarrollo Social el 2 de marzo del 2006, y después de una discusión sobre su contenido en el pleno, la Cámara de Diputados interpuso una co n t ro ve rsia constitucional ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, demandando la invalidez de 31 artículos del reglamento, argumentando que violentaban los artículos 3o, 4o, 16, 49, 123 y 133 constitucionales. Los artículos 3o, 4o y 123 porque se violan los garantías y derechos en ellos consignados; el 16 por contradecir el principio de legalidad; el 49 por alterar el principio de la división de poderes y el 133 por transgredir la jerarquía de las normas. Solicitando también la suspensión del reglamento señalado en tanto no se dirimiera la controversia en virtud de que contravenían también preceptos de la propia Ley General de Desarrollo Social.

Siguiendo el procedimiento establecido para el desahogo de estas controversias, el 24 de agosto de 2007 se celebró la audiencia de ley, y el pleno de la Suprema Corte discutió el tema los días 28 de febrero y 3 de marzo de 2008, llegando a la siguiente resolución:

La disputa del derecho.indb 340 28/11/18 10:52

> Primero.- Es parcialmente procedente y parcialmente fundada la presente controversia constitucional promovida por la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión
> Segundo.-Se sobresee en la controversia constitucional respecto de los artículos 44 al 49 del reglamento de la Ley General de Desarrollo Social [...].
> Tercero.- Se desestima la controversia constitucional respecto del artículo 72 del Reglamento de la Ley General de Desarrollo Social en términos del último considerando de esta resolución..
> Cuarto.- Se reconoce la validez de los artículos 15, 16, 24, 37, 41, 51, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, k 61, 62, 63, 64, 65, 77, 78, 79, 80 y 81 del reglamento de la Ley General de Desarrollo Social en términos de los considerando noveno y décimo de la presente resolución.
> Quinto.- Publíquese esta sentencia en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.[21]

Como puede observarse, el recurso promovido por la Cámara de Diputados procedió, pero los artículos impugnados fueron señalados como constitucionales, lo que implicó el reconocimiento judicial de lo estipulado en el reglamento. Por la trascendencia del tema en lo que concierne al presente artículo, es necesario citar algunas opiniones con las que fundamentaron su decisión los ministros de la Corte. En estas opiniones se pude observar su postura sobre el derecho constitucional, el desarrollo social y del papel del Estado en el desarrollo social y la economía y las dificultades para hacer una justicia "imparcial" y fuera de ideologías políticas. En primer lugar, hay que observar cómo el Ministro Sergio Valls Hernández (2004-2014) señaló la imposibilidad de que los derechos constitucionales puedan ser ejercidos por la totalidad de la población:

> La materia de derechos sociales contenidos en la Constitución es un complejo entramado normativo que conjunta las obligaciones prestacionales del Estado con la concurrencia y coordinación de sus facultades en materia financiera y presupuestal, tal como lo señala el proyecto... que los derechos

[21] Suprema Corte de Justicia de la Nación, "Contenido de la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación", celebrada el 3 de marzo de 2008. <www.scjn.gob.mx>.

La disputa del derecho.indb 341 28/11/18 10:52

> sociales deban tener un alcance general, no significa necesariamente universalizar en la instrumentación todos y cada uno de los mismos; ya que, de prever el acceso a la totalidad de los derechos sociales, haría impracticable e insuficiente la política pública del Estado en relación con los grupos más marginados de la sociedad [...] su apoyo podría reducirse a prácticamente nada [...] *En ese orden de ideas, es claro que la intención constitucional no es garantizar tales derechos a todos y cada uno de los integrantes del Estado, sino permitir que éste lleve a cabo una estrategia de planeación para la atención a las necesidades y requerimientos de la población*.[22]

Para el Ministro Valls no es necesario que se garanticen los derechos constitucionales a todos y cada uno de los habitantes del país, a pesar de que el artículo primero de la Constitución Política señale que los derechos son para todos los habitantes del territorio nacional. Por su parte, el Ministro Presidente en funciones en aquella época, Guillermo Ortiz Mayagoitia opinó que al Estado mexicano no le alcanzan los recursos económicos para satisfacer las necesidades básicas de la población:

> cuando ya en el reglamento se trata de proveer en la esfera administrativa a la exacta aplicación de la ley, pues no se puede decir: y esto es para toda la población. Ojalá que tuviéramos para toda la población; al contrario, estas cantidades ya son aquéllas que se van a destinar de una manera prioritaria a quienes tengan estas características de no estar gozando de los beneficios de la población; por ello también se explica, que esté dando incluso participación a los sectores privados, que bien conocemos que afortunadamente existen personas altruistas, personas que forman asociaciones que tienden a apoyar esas situaciones de las personas necesitadas que son las que fundamentalmente necesitan de estos apoyos...[23]

[22] Valls Hernández, opinión en la controversia constitucional, en Suprema Corte de Justicia de la Nación "Contenido de la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación celebrada el 3 de marzo de dos mil ocho", p. 34. <www.scjn.gob.mx>. Las cursivas son mías.

[23] Ortíz Mayagoitia, Guillermo, "Opinión en la controversia constitucional", en Suprema Corte de Justicia de la Nación, "Contenido de la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación celebrada el 3 de marzo de dos mil ocho", p. 37 <www.scjn.gob.mx>.

La disputa del derecho.indb 342 28/11/18 10:52

Por su parte, el Ministro Mariano Azuela (1983- 2009) demostró que no se trató de una discusión de técnica jurídica sino de una postura ideológica:

> Incluso, yo quisiera añadir una idea que queda de algún modo en el campo académico, pero que a mí me hace apartarme de esto que se ha calificado como Estado-Bienestar, el Estado de Bienestar normalmente es un estado paternalista, y el estado paternalista, tiende mucho a la manipulación aprovechando la pobreza, para vincular y someter a los marginados; [...] el Estado de Bienestar estuvo muy en boga en otras épocas de estos paternalismos, que desafortunadamente después tenían como derivación la manipulación política, no, aquí ya estamos en otra forma de Estado, que es una etapa evolucionada de lo que ha sido el desarrollo de la organización política de los pueblos.[24]

Como puede observarse, el peso ideológico neoliberal fue mayor que el de la argumentación y la lógica jurídica. En ese sentido, la respuesta fue la falta de recursos del Estado y la filantropía como posible respuesta a las desigualdades sociales, lo que responde a la mirada neoliberal del desarrollo social. El resultado es un reglamento avalado por la Corte que contradice una norma de jerarquía superior en aras de satisfacer las exigencias del patrón de acumulación llamado neoliberalismo. Es de subrayar que el Ministro Mariano Azuela, se encargó de precisar que se trataba de dejar atrás el Estado Benefactor, aunque no se atrevió a decir, que eso implicaba continuar impulsado el neoliberalismo, lo que se puede entender de sus propias palabras. Además, muchos de estos argumentos rompen con lo aprendido en la primera materia del primer semestre de la licenciatura en Derecho, cuando se enseñan los conceptos básicos de introducción al estudio del derecho: jerarquía normativa, supremacía constitucional, igualdad jurídica, entre otros.

Es importante hacer una última aclaración respecto a la *subjetividad* de un juez y el proceso de acumulación neoliberal, porque de otra manera parecería que se argumenta en el sentido de señalar que todas las resolu-

[24] Azuela, Mariano, "Opinión en la controversia constitucional", en Suprema Corte de Justicia de la Nación "Contenido de la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación celebrada el 3 de marzo de dos mil ocho", p. 39 <www.scjn.gob.mx>.

La disputa del derecho.indb 343 28/11/18 10:52

ciones judiciales fundamentales tienden al neoliberalismo, y esto no es del todo cierto. De lo que se trata es de observar que el proyecto neoliberal ha permeado en la mentalidad de la sociedad mexicana y dentro de dicha sociedad se encuentran los impartidores de justicia.

Conclusiones: la arquitectura jurídica del despojo neoliberal y el papel del derecho en las sociedades modernas

En las páginas anteriores se ha realizado un breve repaso de cómo el proyecto neoliberal fue haciendo uso del derecho para formar su propia estructura institucional, valiéndose de las reformas jurídicas necesarias y en nombre de la justicia y el bien común: se trata de la creación de una amplia arquitectura jurídica que le da sustento constitucional, legislativo y por ende la seguridad jurídica que le permite continuar con su proceso de acumulación y despojo.

Generar esta solida arquitectura no fue fácil en un país con grandes instituciones propias del Estado interventor. Tanto el neoliberalismo, como el Estado benefactor, han requerido de una sólida arquitectura jurídica que les permita funcionar. Este es un primer elemento que debemos reflexionar desde las posturas críticas, porque significa que *otro* proyecto político y económico, requiere también su propia estructura jurídica. Más allá de su discurso de justicia, el derecho contiene un proyecto de sociedad y de país, neoliberal, creador de clases medias o incluso socialista.

Además, los derechos que las personas, las comunidades o los trabajadores poseen, no son derechos *per se*, en realidad son derechos porque se han ganado, y en muchos casos, en luchas sociales que han provocado la muerte de personas –como lo fue el derecho a una jornada laboral de ocho horas–; en otros casos, los derechos se pierden, lo que nos permite observar que los derechos son también un lugar en la batalla política por la mejora de las condiciones de vida de las personas.

El neoliberalismo en México logró que se reformara la Constitución Política y la legislación secundaria, y ha logrado permear la mentalidad de la sociedad mexicana; no obstante, cuando sea el momento reconstruir lo que el neoliberalismo ha derrumbado, el derecho será una herramienta fundamental. Para ello es importante comenzar a desmitificar la supuesta

La disputa del derecho.indb 344 28/11/18 10:52

justiciabilidad perenne del derecho y empezar a aceptar que otro derecho es posible.

Bibliografía

Borón, Atilio A. 2012. *América Latina en la geopolítica del imperialismo*. Buenos Aires, Luxemburg.

Carrillo Nieto, Juan José. 2006. "Juntas de Buen Gobierno y constitucionalidad: autonomía de facto, autonomía de iure". *Revista Argumentos*. núm. 51, año 19, México, UAM Xochimilco, mayo-agosto.

_____. 2010. "La transformación del proyecto constitucional mexicano en el neoliberalismo". *Revista Política y Cultura.* núm. 33, México, UAM Xochimilco, primavera.

_____. 2012. "Neo-extractivismo y reformas jurídicas en América Latina: los gobiernos latinoamericanos bajo el laberinto de la dependencia". En Carrillo, Guerra y Toscana (coordinadores), *Globalización, causas y perspectivas.* México, UAM.

_____. 2014. "Contrainsurgencia en México: neoliberalismo y guerra (2006- 2012)". En Escárzaga, Gutiérrez, Carrillo, Capece y Nehe (coordinadores), *Movimiento indígena en América Latina: resistencia y transformación social, (volumen III)*. México, UAM / BUAP / CIESAS.

Casey, Nicholas. 2012. "En México, las minas de oro vuelven a llamar la atención", *The Wall Street Journal.* 18 de julio. Traducción de Pepe Rachid Cesín.

Centro de Estudios de las Finanzas Públicas de la Cámara de Diputados. 2005. *Fuentes y usos de las reservas internacionales en México, 1996-2005 / May*, Documento en línea: <http://www.cefp.gob.mx/intr/edocumentos/pdf/cefp/cefp0172005.pdf>.Consultado: enero de 2014.

Concheiro, Elvira (coordinadora). 1999. *El pensamiento único: fundamentos y política económica*. México, UAMX-IIEc / UNAM / Porrúa.

Delgado-Ramos Gian Carlo y Romano, Silvina. 2011. "Plan Colombia e Iniciativa Mérida: negocio y seguridad interna". *El Cotidiano.* núm. 170. México, UAM Azcapotzalco.

La disputa del derecho.indb 345 28/11/18 10:52

Escárzaga, Fabiola, Raquel Gutiérrez, Juan José Carrillo, Eva Capece, Börries Nehe (coordinadores). 2014. *Movimiento indígena en América Latina: resistencia y transformación social, (volumen III)*. México, UAM / BUAP / CIESAS.

Harvey, David. 2007. *Breve historia del neoliberalismo*. México, Akal.

La Jornada. 2013.: Suplemento especial mensual "La jornada del campo", 16 de noviembre, (varios artículos).

Lassalle, Ferdinand. 2006. *¿Qué es una Constitución?* México, Editorial Gernika.

Marini, Ruy Mauro. 2008. *América Latina, dependencia y globalización*. Bogotá, Siglo del Hombre / CLACSO.

López Bárcenas, Francisco y Eslava Mayra. 2011. *El mineral o la vida: la legislación minera en México.* México, Red-IINPIM.

Osorio, Jaime. 2004. *Crítica de la economía vulgar. Reproducción del capital y dependencia.* México: Miguel Angel Porrúa / UAZ.

_____. 2004. *El Estado en el centro de la mundialización. La sociedad civil y el asunto del poder.* México, Fondo de Cultura Económica.

Quintana, Víctor. 2013. "Un tratado disparador de violencias". En W ise Timothy, "El TLCAN: El arte de entregar los valores", en *La Jornada*, Suplemento mensual "La Jornada del Campo", 16 de noviembre.

Rabasa, Emilio. 1990. *Historia de las constituciones mexicanas.* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.

Regueiro Bello, Lourdes María. 2008. *Los TLC en la perspectiva de la acumulación estadounidense.* Buenos Aires, CLACSO.

Roitman Rosenmann, Marco. 2003. *El pensamiento sistémico: los orígenes del social- conformismo*. México, UNAM / Siglo XXI.

Rubio, Blanca. 2013. "De TLCs, dominio agroalimentario y vías alternativas en América Latina", *La Jornada*, Suplemento mensual "La Jornada del Campo", 16 de noviembre.

Sader, Emir y Pablo Gentili. 2003. *La trama del Neoliberalismo: mercado, crisis y exclusión social*, La Habana, Editorial de Ciencias Sociales.

Saxe-Fernández, John. 2009. "América Latina: ¿Reserva estratégica de Estados Unidos?", *Revista OSAL*. núm. 25. Buenos Aires, CLACSO.

Schmidt, Gerold. 2005. "Cambios legales e institucionales hacia la privatización del Agua en México". Editado por Brot Fur die welt. <http://

La disputa del derecho.indb 346 28/11/18 10:52

www.brot-fuer-die-welt.de/downloads/Studie_Cambios_Legales_Mexico.pdf>. Consultado: enero de 2014.

Tello, Carlos. 2010. *La desigualdad en México.* México, Facultad de Economía-UNAM.

Tello, Carlos e Ibarra Jorge. 2012. *La revolución de los ricos.* México, Facultad de Economía-UNAM.

Toussaint, Eric. 2012. *Neoliberalismo. Breve historia del infierno*. Buenos Aires, Capital Intelectual.

Wise, Timothy. 2013. "El TLCAN: El arte de entregar los valores", *La Jornada*, Suplemento mensual "La Jornada del Campo", 16 de noviembre.

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicano (05/02/1917)

Organización Internacional del Trabajo, "Convención OIT número 169: Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes" 1989.

Código Penal Federal (DOF: 14/08/1931)

Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable (DOF:25/02/2003) Ley Federal de Aguas (DOF: 11/01/1972)

Ley de Aguas Nacionales (DOF:01/12/1992) Ley Agraria (DOF: 26/02/1992)

Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados (DOF: 18/03/2005)

Ley Minera (DOF:26/06/1992)

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (DOF: 29/12/1976)

Diario Oficial de la Federación

Cibergrafía

<http://www.dineroenimagen.com/2013-09-26/26491>. Consultado: 16 abril de 2017.

<http://www.conagua.gob.mx/CONAGUA07/Contenido/Documentos/nacional.pdf>. Consultado: 20 diciembre 2017.

La disputa del derecho.indb 347 28/11/18 10:52

<http://www.usaid.gov/es/mexico/our-work>. Consultado: 06 febrero de 2017.
<http://www.jornada.unam.mx/2012/03/08/opinion/032o1eco>.
<http://www.sre.gob.mx/eventos/aspan/faqs.htm>. Consultado: 10 febrero 2016.
<http://www.sgm.gob.mx/index.php?option=com_content&task=view&id=59&Itemid=67>. Consultado: 10 de diciembre de 2015.
<http://www.scjn.gob.mx>. Consultado: 10 enero de 2017.

La disputa del derecho.indb 348 28/11/18 10:52

A tres años de la reforma laboral

José Alfonso Bouzas Ortiz*

Realidad *vs* formalidad

Durante las tres últimas décadas, en diversos momentos, se vivió un intenso debate y en varias ocasiones pensamos que la reforma laboral flexibilizadora llegaría a consumarse. Tuvimos intercambios de opiniones con algunos de los principales abogados del sector empresarial, (Jorge de Regil, José Natividad Morales, con algunos de la familia Cabazos y otros más) compartimos debates también con académicos de diversas universidades y de diversas especialidades, aceptamos invitaciones para tratar el tema en diversos sindicatos e incluso, abrimos las puertas de la universidad a personajes como Carlos Abascal, siendo secretario del trabajo, con la finalidad de sensibilizar a unos y a otros de que la reforma laboral debía contemplar como columna vertebral el tema de la democracia y la libertad sindical. Paralelamente y de hecho, se dio la flexibilización en las relaciones laborales, pese a que el marco normativo no se modificó.

En el escenario del Tratado de Libre Comercio (1994) todas las empresas que a partir de entonces vinieron a establecerse en el país, no sólo de América del Norte, sino de diversos lugares, lo hicieron con el compromiso de las autoridades mexicanas, de que tendrían las condiciones laborales que

* Investigador Titular C del Instituto de Investigaciones Económicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

La disputa del derecho.indb 349 28/11/18 10:52

deseaban, no obstante que el marco normativo fuera rígido. La forma como el compromiso se cumplió implicó; servirse de los contratos colectivos de protección patronal, (CCPP) firmados antes de que se contrate al primer trabajador, con un sindicato corporativo y lo más grave, a sugerencia de las autoridades, implicó tolerar que, contrariando a la ley, se establecieran nuevas formas de contratación, se estableciera la jornada flexible y se terminara con la estabilidad en el empleo, institución que se fue desdibujando día con día hasta el momento en que las propias autoridades del trabajo en sus responsabilidades cotidianas negaban su existencia.

También en este escenario se dio paso a la tercerización, prohibida en la Ley Federal del trabajo (LFT) o cuando menos, implícitamente sin cabida en el marco regulatorio y poco a poco se generalizó incluso en las empresas establecidas con anterioridad al TLC, llegando a la sátira de que todas las empresas se quedaron sin trabajadores. Crecieron y se multiplicaron empresas de servicios de las que la propia administración del gobierno; con independencia de su filiación política, se sirve. Esta situación formalidad *versus* realidad se intentó legalizar con la reforma.

Por último, también fue necesario garantizar el trato con mano dura, con la finalidad de que el escenario fuera aceptado. Se vinieron a partir de entonces un sinnúmero de golpes a lo más auténtico del sindicalismo, se cerró el compás de las huelgas ante el peligro de que sirvieran para liquidar empresas y por supuesto, el control salarial se rigidizó en forma tal que ni necesidad había de servirse del tripartismo para imponerlo.

El gobierno, incluso en la alternancia que se presentó en el año 2000, no tocó a las principales expresiones corporativas del sindicalismo que se relacionan con la iniciativa privada y como líneas antes lo señalamos, se sirvió de ellas para garantizar a la inversión extranjera las condiciones laborales que esperaba. Si en el pasado el sindicalismo corporativo descansaba en que el líder obtenía el consenso de sus bases, en tanto que les obtenía (líder gestor) algún tipo de satisfactores que paliaran sus magras condiciones, en esta etapa es el mero vínculo de respeto entre el gobierno y los sindicatos corporativos lo que garantiza que el esquema sobreviva. En esas condiciones, antes y después de la reforma laboral se evidencia una cuestión: el tema de la libertad y democracia sindical no tiene cabida. La reforma laboral puede implicar cualquier flexibilización, menos la del control que los

La disputa del derecho.indb 350 28/11/18 10:52

sindicatos corporativos ejercen, y para ello el articulado de la LFT que lo garantiza no se debe tocar.

Finalmente, esta contienda entre relaciones laborales reales *versus* relaciones laborales legales causó un importante desgaste de la institución estatal y laboral, desgaste que hoy pervive no obstante las indicadas reformas de 2012.

Empleo

El difícil mercado de trabajo jugó un papel importante tanto para dar paso a las flexibilidades como para inhibir las búsquedas de libertad y democracia sindical. El sector informal creció paralelo a esta tendencia, se redujo proporcionalmente la tasa de beneficiarios de la seguridad social, se vivió un proceso de asalto a los fondos que los trabajadores habían ahorrado para su jubilación, todo ello como el escenario del neoliberalismo para los que viven de trabajar recrudecido en el caso de los países otrora llamados tercermundistas.

Para entender la trascendencia del desempleo tengamos en cuenta algunos datos:

- La crisis internacional afectó especialmente a los jóvenes en todo el mundo. De acuerdo con cifras de la OIT, los jóvenes de 15 a 24 años son casi tres veces más propensos a estar desempleados que los adultos.
- En los países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, (OCDE) los jóvenes registran tasas de desempleo del doble o hasta del triple que las de la población adulta. El promedio de desempleo juvenil es de 17%, frente a 8% de la población adulta.
- En México, desafortunadamente, la situación no es distinta. Una de cada tres personas en la Población Económicamente Activa tiene entre 14 y 29 años. Sin embargo, más de la mitad de los 2.4 millones de desocupados son jóvenes. Mientras que al primer trimestre de 2013, la Tasa de Desocupación Nacional en general fue de 4.9%, la de jóvenes era casi del doble: 8.4%.[1]

[1] Exposición de motivos publicada en la *Gaceta Parlamentaria* de fecha 4 de septiembre

La disputa del derecho.indb 351 28/11/18 10:52

En México más de la mitad de la población tiene 29 años o menos de edad, así lo indica el Censo de Población y Vivienda 2010.

Entre los 15 y 29 años de edad se encuentran más de 29.7 millones de habitantes, lo que representa el 26.44% respecto a la población total del país.

- El promedio de escolaridad de los jóvenes es de 10 años, lo que al traducirlo a nivel de estudios, equivale al primer año de educación superior.[2]
- De acuerdo con datos del Censo de Población y Vivienda 2010, el 58.7% de los jóvenes vive con alguno de sus padres o con ambos y sólo el 36.2% vive en un lugar distinto al paterno.
- Sobre las actividades a las cuales se dedican los jóvenes, podemos observar que el 47.1% trabaja y el 26.7% estudia, de ello se concluye que el restante 26% ni estudia ni trabaja.

Si a los números anteriores les sumamos la tendencia a incorporarse dos y hasta tres miembros de cada familia al trabajo, ante lo insuficiente que resulta un salario para mantener a una familia, nos percataremos de que la Población Económicamente Activa (PEA) vive un significativo desempleo y por ello la oferta de trabajo se puede permitir precarizar las condiciones de trabajo. Nada nuevo en el contexto neoliberal; más de lo mismo.[3]

Las reformas tampoco trajeron significativas inversiones en el país desde el extranjero, lo que podemos apreciar en el siguiente cuadro:

Inversión Extranjera directa en México

Periodo	2011	2012	2013	2014
US$	23.328.272.040	19,491,663,030.0	44,885,843,190.0	24,154,173,750.0

Fuente: elaboración propia con datos del Banco Mundial.

del 2012. <http://gaceta.diputados.gob.mx/>. Consultado: 7 de septiembre de 2013.

[2] Censo Nacional de Población y Vivienda, 2010.

[3] El procesamiento de toda la información estadística reportada con anterioridad lo realizó el Maestro Germán Reyes Gaytán.

La disputa del derecho.indb 352 28/11/18 10:52

Salario

La Comisión Nacional de los Salarios Mínimos (Conasami) tiene como misión establecer las bases y los elementos para que la fijación de los salarios mínimos generales y profesionales eleven el nivel de vida del trabajador y su familia, propiciando la equidad y la justicia entre los factores de la producción que reconozcan y validen el respeto a la dignidad del trabajador y de su familia. En realidad, podemos hablar ya de décadas en las que su existencia es innecesaria. Los salarios se han convertido en el aspecto más importante de las negociaciones colectivas, se trata de un costo para los empleadores y de la principal fuente de ingresos de los trabajadores y por ello son objeto de conflictos.

Más de 10 millones de personas tienen ingresos por debajo de dos salarios mínimos; ello es la causa por la que 30 millones de la PEA se ubican en la informalidad.

Sector informal

Es una válvula de escape para los menos calificados, de más baja educación e incluso aquellas personas que pretenden obtener ingresos con el mínimo de esfuerzos.

La consecuencia de que en un país no crezca la economía, no se den las inversiones e incluso se cierren empresas es la informalidad.

La informalidad disminuye, cuando mejora la economía del país, y mas puntualmente, cuando suben los salarios.

Según datos del INEGI más de 27 millones de personas están en la informalidad laboral y poco más de 16 millones de trabajadores están dados de alta en el IMSS. Si consideramos que la PEA es de alrededor de 50 millones, esto nos habla de una economía enferma hasta y en tanto es incapaz de servirse de su potencial laboral.

Peña Nieto, a un año de gobierno y un año de las reformas laborales con las que se decía se resolvería el problema que frenaba la inversión de capitales y con ello fomentaría el empleo, formula un "Programa para la Formalización del Empleo 2013", para facilitar la transición a la formalidad de 200 mil colaboradores para el cierre del año.

La disputa del derecho.indb 353 28/11/18 10:52

Veamos los números de empleo en los años posteriores a las reformas y apreciemos que, no existen cambios significativos.

Población Económicamente Activa (PEA)

Periodo	Población de 15 años y más		Composición de la PEA	
Promedio semestral	Pob. Económicamente activa	Pob. No económicamente activa	Pob. Ocupada	Pob. Desocupada
Primer sem. 2012	60.25	39.75	95.14	4.86
Segundo sem. 2012	60.61	39.39	95.01	4.98
Primer sem. 2013	59.95	40.04	95.08	4.91
Segundo sem. 2013	60.72	39.27	95.10	4.89
Primer sem. 2014	59.84	40.15	95.14	4.85
Segundo sem. 2014	59.76	40.23	95.19	4.80
Primer sem. 2015	59.44	40.55	95.68	4.31
Segundo sem. 2015	60.18	39.82	95.60	4.39

Fuente: elaboración propia con datos del INEGI.

Desde la visión empresarial, no se entiende el crecimiento de la informalidad, no se sabe cuáles son las circunstancias que la favorecen y se parte del supuesto de que la gente prefiere estar en esas condiciones.

Se hablaba de la falta de flexibilidad del mercado laboral, las reformas fueron fundamentalmente flexibilizadoras y el problema no se resolvió, es decir, no se vieron los empleos que se prometieron.

Se hablaba también de los altos costos que implica para una empresa generar empleos, la creencia de que la informalidad representa mejor alternativa y la cultura de la ilegalidad.

La disputa del derecho.indb 354 28/11/18 10:52

La reforma laboral, reconoció la legalidad de la subcontratación, dio paso a nuevas formas de contratación, incluyendo los periodos a prueba y en capacitación y, el crecimiento de la informalidad no evidenció cambios ni siquiera en empleos temporales y esto porque los salarios, reiteramos, no son incentivo alguno.

No hemos presenciado ni siquiera el surgimiento de trabajo temporal, a destajo, de baja o nula preparación y menos de aquellos que reclaman cierto grado de capacitación o profesionalidad. Pareciera que los más golpeados son los más calificados en estas condiciones.

Nuevamente el sector empresarial habla de reformas laborales y ahora va por retirar los candados que se puso a la tercerización.

Resumen de la realidad del desempleo

Vivimos un desempleo estructural de larga duración. Vivimos un alto nivel de desempleo universitario. Los sectores tradicionales de trabajo se encuentran estancados y sin perspectivas. Se demandan cambios en los perfiles profesionales buscados por las empresas/sectores emergentes. Las empresas tradicionales no crean empleo. Las nuevas empresas con importante presencia de cambios tecnológicos de diverso tipo, evidenciados desde la utilización de las elementales formas de comunicación electrónica, se resisten a crear empleo. Formulemos una pregunta ¿quién es el culpable del desempleo? O mejor así ¿la tecnología es la causa del desempleo?

Antecedentes jurídicos de la reforma laboral de 2012

En 1980 se dio la última reforma importante a la Ley Federal del Trabajo, reforma que consistió en incorporarle un capítulo procesal a la LFT de 1970.

Desde entonces y hasta 2012, en forma cíclica,[4] el tema de la necesidad de una reforma laboral se puso en la mesa de discusión. Los argumentos

[4] Obedeciendo los ciclos a la cercanía o distancia que pudiera existir de procesos electorales. Los partidos PRI y PAN no querían pagar los costos políticos de la reforma flexibilizadora y,

La disputa del derecho.indb 355 28/11/18 10:52

con los que se fundaba la necesidad de la referida reforma fueron varios y de distinta importancia, recordemos algunos:

- La LFT no responde a los requerimientos y los cambios en las relaciones de producción. Es necesaria la reforma para ser competitivos a nivel internacional. La reforma es parte del compromiso asumido con las instancias financieras internacionales para obtener los créditos y financiamientos que necesitamos.
- La LFT es causa del desempleo, de cierre de empresas y de falta de inversión de capitales extranjeros.
- La LFT establece un cúmulo de obligaciones a los patrones que son imposibles de cumplir.
- La LFT impide dar paso a nuevas formas de contratación y flexibilización laboral que incentiven el empleo. La flexibilización de las formas de contratación es necesaria.
- La LFT fomenta el coyotaje, el chantaje y la corrupción de líderes sindicales, y por ello se recurre a la simulación y a los CCPP. Los sindicatos son responsables de los principales vicios de las relaciones laborales, además, representan costos prescindibles que actualmente gravan el proceso productivo.
- Se requiere menos regulación e intervención del gobierno en las relaciones laborales. La reforma laboral es una de las reformas estructurales que harían posible salir de la crisis económica que vive el país.
- Las tutelas y las estabilidades de la ley deben ser revisadas y adecuarse a los requerimientos de las empresas que operan internacionalmente.

Como se apreciará, los argumentos son de diferente rango e importancia y tienen distinto contenido; los hay que nos hablan de una política exterior que implicó comprometer al país con los grandes monopolios internacionales, otros también que son visiones cortas de empresarios que pretenden mejores condiciones de explotación y también existen argumentos que responden a cambios reales en las relaciones laborales, consecuencia de la

por lo tanto, una vez pasadas las elecciones, se ponía el tema a debate y conforme se acercaban los nuevos tiempos electorales, que como sabemos son tres años, se iba abandonando.

La disputa del derecho.indb 356 28/11/18 10:52

tecnología y de la acelerada comunicación que, sin cambios en el sistema productivo, demanda modificaciones de las reglas de las relaciones laborales.

Para esto, los sindicatos corporativos, aquellos que durante años construyeron los CCPP hicieron silencio mientras el tema debatido eran las flexibilidades y se opusieron radicalmente cuando las propuestas tenían que ver con libertad y democracia sindical que, por obvias razones, ponían en peligro los intereses de los dirigentes.

Desde que se inició el debate sobre la reforma laboral a mediados de los años ochenta hubo propuestas interesantes. Al respecto, haremos referencia a las que consideramos importantes tener en cuenta y que serán medulares para la configuración de la reforma laboral en México.

El grupo parlamentario del Partido Acción Nacional (PAN) presentó el 12 de julio de 1995 un proyecto de reforma al ordenamiento jurídico laboral, en el que incluso planteaba reformar la Constitución. Es el caso dejar señalado que este documento lo elaboraron Néstor y Carlos de Buen, prestigiados conocedores de la materia, y fue la primera vez que, a nuestro juicio, se contó con un documento que valía la pena analizar.

Una de las propuestas fundamentales de esta iniciativa consistía en la sustitución de las Juntas de Conciliación y Arbitraje por jueces de lo social, como autoridades para resolver los conflictos laborales. Lo anterior partía de considerar inadecuado el funcionamiento de las Juntas, instancias tripartitas dependientes del poder ejecutivo.[5]

Además de la judicialización de los tribunales del trabajo, la iniciativa pretendía modificar el sistema actual de jornada máxima, que la LFT la establece de ocho horas por día; en la propuesta de reforma, se señala una duración máxima del tiempo semanal de trabajo de cuarenta horas, actualmente es de cuarenta y ocho horas. En esta iniciativa se argumenta que al reducir el tiempo total de trabajo se favorece la creación de nuevos empleos. Con el propósito de que esta modificación no afectara las finanzas de las empresas, se establecía que la implementación de la semana de cuarenta horas se realizara en un plazo de dos años.

Como consecuencia de la reducción de la jornada también se proponía modificar la disposición constitucional referente a los días de descanso, pa-

[5] Proyecto de reforma a la LFT presentado por el PAN el 12 de julio de1995.

La disputa del derecho.indb 357 28/11/18 10:52

sando de un día de descanso por cada seis de trabajo, a dos días de descanso por cada cinco de trabajo.

A nivel de reforma constitucional, dicha iniciativa pretendía sustituir el término patrón por el de empleador, que es el término utilizado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Por otra parte, se propuso reducir la limitante de los trabajadores extranjeros de 90% a 80%, con la obligación de que éstos dedicaran una quinta parte de su jornada laboral a la capacitación del personal mexicano.

También se establecían dos disposiciones novedosas: la primera respecto a las deudas que tuviera el patrón con sus trabajadores, la cual obligaba al patrón a pagar a las tasas más altas de intereses bancarios dichas deudas, con el objeto de que no se demoraran los patrones en pagar a los trabajadores y éstos recuperaran el valor real de sus créditos; y la segunda abría la posibilidad de la contratación por un periodo de prueba sin que éste excediera de tres meses.

Por último, se consideraban algunas reformas en materia de libertad y democracia sindical y, algunas limitantes, en materia de huelga. En la materia es el caso señalar que, desde los sectores conservadores, empresariales y el gobierno, esta fue la primera y única ocasión en el que el planteamiento fue regresar los sindicatos a manos de los trabajadores, terminar con el control corporativo.

El mencionado proyecto de reformas a la legislación laboral no corrió con suerte, a pesar de que generó importantes debates y tuvo el mérito, como ya lo dijimos, de ser el primero. Finalmente, no pasó de Comisiones del Congreso de la Unión.

Poco tiempo después se hizo público un nuevo proyecto de reformas laborales propuesto ahora por el Partido de la Revolución Democrática (PRD), esta iniciativa implicaba también reformas constitucionales y, en particular, planteaba suprimir el apartado B del artículo 123 constitucional.

Entre otras cosas, proponía la creación de un Instituto Nacional de Salarios Mínimos, Productividad y Reparto de Utilidades, así como la de un Registro Público de Organizaciones Sindicales y Contratos Colectivos. Trató también los temas de la flexibilidad, las nuevas contrataciones y la capacitación y el adiestramiento en el trabajo. Al igual que el proyecto elaborado por Néstor y Carlos De Buen corrió la suerte de no prosperar.

La disputa del derecho.indb 358 28/11/18 10:52

Sin importar su contenido, el PRD, por determinaciones internas, no lo presentó al Poder Legislativo.

Ya para el año de 1996, la representación empresarial de la Coparmex en la persona de Carlos Abascal y la representación del sindicalismo corporativo, siendo presidente de la República Ernesto Zedillo, llevaron a cabo un nuevo intento de reforma laboral, ahora con base en la concepción filosófica que denominaron "nueva cultura laboral" que, como menciona Néstor de Buen, se sustenta en el rechazo de la lucha de clases y en el mutuo amor entre trabajadores (explotados) y empresarios (explotadores).[6]

Los frutos subsecuentes fueron la elaboración de un código de procedimientos laborales, que hasta el año 2000 contó con seis versiones y que en lo particular pretendía limitar el derecho de huelga y establecer mayores condicionantes al derecho de asociación sindical. Este proyecto de código procesal sería el antecedente directo del proyecto de reforma identificado como "Proyecto Abascal".

El 7 de junio de 2000, en plena campaña presidencial en la que con "el voto útil" llegó a la presidencia Vicente Fox, se publicó un documento signado por personalidades y organizaciones con autoridad ganada en cuestiones del trabajo, documento identificado como el de los "20 compromisos por la libertad y democracia laboral", con el cual se comprometió Vicente Fox, como parte de su campaña, mediante comunicación rubricada de 27 de junio de 2000.

Para el año 2002, en el "gobierno del cambio" del presidente Vicente Fox, y siendo secretario del Trabajo el citado Carlos Abascal, se hablaba al inicio del sexenio que existían 160 iniciativas en materia laboral pendientes en Comisiones, y se inició una nueva versión del debate en torno a la reforma laboral, con base en una convocatoria al respecto de emite la Secretaría del Trabajo y Previsión Social. Se instala una mesa central de decisiones integrada por 22 representantes, (del sector empresarial y de los trabajadores) representantes que dicha secretaría determinó que lo eran: 11 representantes empresariales de Canacintra y 11 representantes, supuestamente, de los trabajadores. En estas condiciones se le dan dos lugares a la Unión Nacional

[6] Néstor de Buen Lozano, "Prólogo a cambio de una aportación no hecha", en *Democracia Sindical*, Instituto de Investigaciones Económicas-UNAM, México, 2001, p. 16.

La disputa del derecho.indb 359 28/11/18 10:52

de Trabajadores (UNT), que ocuparán los abogados, Héctor Barba y Arturo Alcalde Justiniani.

Los trabajos se iniciaron y desde la primera resolución hubo disentimiento entre la representación de la UNT y la del sindicalismo corporativo. La UNT pugnaba por una reforma integral, es decir, una reforma tanto del marco normativo constitucional como del reglamentario y pretendía que se tocara el tema de la democracia sindical, mientras que el sindicalismo corporativo planteaba sólo una reforma de la ley reglamentaria sin abordar las disposiciones sobre libertad y democracia sindical. Viéndose en esa situación, la UNT decidió retirarse para iniciar los trabajos de su propia iniciativa. Finalmente, con el sello de la Confederación Revolucionaria Obrera y Campesina (CROC) y por conducto de su dirigente, Roberto Ruiz Ángeles, el 12 de diciembre de 2002 fue presentada ante el pleno de la Cámara de Diputados la iniciativa de reforma a la Ley Federal del Trabajo, elaborada en el seno de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, a raíz de la mesa central que habían convocado medio año atrás dicha secretaría y la presidencia. Es identificada como "Proyecto Abascal".

La presentación de la iniciativa se hizo casi al final del periodo de sesiones que culminaba el 15 de diciembre de 2002, en un ambiente de contradicciones y desencuentros, toda vez que se tenía conocimiento anticipado del contenido de la misma y de su afectación a derechos laborales básicos, además de que el discurso para justificarla nada tenía que ver con su contenido real.

La exposición de motivos de la iniciativa no reflejaba en realidad lo que se pretendía, la esencia estaba en cinco artículos; tres de ellos (920, fracción IV, 387 y 923) orientados a no permitir la contratación colectiva y los otros dos (893-A y 893-C) tendían a impedir que los trabajadores a los que se les ha impuesto un contrato colectivo cambien de representación gremial mediante la reclamación de la titularidad de su contrato colectivo de trabajo.[7]

Por último, en materia de flexibilización, se falseaban medios legales para asegurar al patrón abaratamiento y mayor precarización de la mano de

[7] Al respecto consúltese: Alcalde Justiniani, Arturo, "Reforma Laboral. Una iniciativa para fortalecer el corporativismo", en *Reforma Laboral, Análisis crítico del proyecto Abascal de Reforma a la Ley Federal del Trabajo*, UNAM, México, 2003, pp. 28-29.

La disputa del derecho.indb 360 28/11/18 10:52

obra, con la propuesta de un banco de horas, eliminación del tiempo extra, contratación a prueba y eventual, además de facilidades para el despido sin indemnización.[8]

Como consecuencia del disentimiento entre los representantes de la Unión Nacional de Trabajadores y los otros sectores, en la mesa central de decisión convocada por la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, la UNT, una vez separándose de la mencionada mesa de concertación, decidió elaborar y presentar su iniciativa de reforma laboral. Tal iniciativa logró tomar lo mejor de los proyectos antecesores –el elaborado por Néstor y Carlos de Buen y el del PRD que no fue presentado–, y el indicado partido la hizo suya, con algunas modificaciones, consiguiendo colocarla incluso antes que la de los "sectores productivos" o "reforma Abascal".

La mencionada iniciativa conocida como "Proyecto PRD-UNT", planteó reformas a la Constitución y a la Ley Federal del Trabajo; la cuál pretendió otorgar facultades a la Cámara de Diputados para fijar los salarios mínimos, el incremento y la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas a propuesta de un Instituto Nacional de los Salarios Mínimos, la Productividad y el Reparto de Utilidades.

Pretendió otorgar facultades a la indicada Cámara para integrar la terna de candidatos a director general de un Registro Público Nacional de Organizaciones Sindicales y Contratos Colectivos de Trabajo, que presentaría al Ejecutivo Federal a afecto de que éste designara a alguno de los propuestos.

Establecía que, en los recesos de la Cámara de Diputados, la Comisión Permanente pudiera determinar los salarios mínimos y sus aumentos. Planteaba derogar la limitación impuesta a la Comisión Nacional de Derechos Humanos para intervenir en asuntos de carácter laboral, cuestión que se logró en 2010.

Se contemplaba la derogación de las facultades de las legislaturas locales para expedir las leyes reglamentarias de los trabajadores al servicio de los estados y municipios. Establecía el fortalecimiento de la libertad positiva de sindicalización y la no intervención del Estado y los patrones en la constitución y el funcionamiento de los sindicatos.

[8] Barba, Héctor, "Contenido y alcances de las iniciativas de reforma laboral de la UNT y de los sindicatos corporativos y empresarios" en *Reforma Laboral, Análisis crítico del proyecto Abascal de Reforma a la Ley Federal del Trabajo*, UNAM, México, 2003, p. 52.

La disputa del derecho.indb 361 28/11/18 10:52

Planteaba el reconocimiento constitucional de la contratación colectiva. La creación de un Registro Público Nacional de Organizaciones Sindicales y Contratos Colectivos de Trabajo y la sustitución de las juntas de conciliación y arbitraje por jueces de lo laboral. La derogación del apartado B del artículo 123 y la derogación de las facultades de las legislaturas locales para expedir las leyes reglamentarias de los trabajadores al servicio de los estados y municipios.

Señalaba la posibilidad de flexibilización de las condiciones generales del trabajo, por medio de contrato colectivo; el desarrollo de la productividad (negociada bilateralmente) y la capacitación. Planteaba el voto libre y secreto en la elección de directivas y recuentos; la penalización de los líderes sindicales corruptos y la derogación de las cláusulas de exclusión.

En los últimos tres años del gobierno del presidente Felipe Calderón se presentaron tres iniciativas de reforma laboral. Las iniciativas fueron presentadas por los tres partidos políticos más representativos de nuestro país, en el siguiente orden: PAN, PRD y PRI.

Tales iniciativas se dividieron realmente en dos propuestas: la del PRD y la reforma que la voz popular denominó "iniciativa PRI-AN", por el consenso que habría de alcanzarse entre estos dos partidos en cuanto a sus proyectos.

Luego de casi un año y medio de que se dieran a conocer los intentos de la Secretaría del Trabajo por realizar una reforma, diversos sectores estuvieron atentos al desarrollo de tal pretensión, así que una vez presentada formalmente la iniciativa del PAN, también conocida como "iniciativa Lozano" y como respuesta a ello, el PRD, por iniciativa del diputado federal y dirigente sindical Francisco Hernández Juárez, pidió a un grupo de conocedores de la materia que elaboraran una propuesta de reforma laboral. Finalmente, sería Héctor Barba quien redactaría el proyecto de reforma, que en gran parte era una segunda versión del "Proyecto UNT-PRD". El proyecto fue presentado el 15 de abril de 2010, por el grupo parlamentario del PRD.

La iniciativa del pan fue presentada el 31 de marzo de 2010, y más que una nueva iniciativa se trataba de una versión más agresiva de aquélla presentada por Carlos Abascal, era completamente empresarial, flexibilizadora de los derechos individuales y contraria a los derechos colectivos. Ésta tendría eco en el sindicalismo corporativo, entonces, por medio del PRI se presentó una nueva iniciativa resultado de un consenso entre estas dos

La disputa del derecho.indb 362 28/11/18 10:52

fuerzas políticas. Decimos que fue un consenso porque en esencia se trató de la iniciativa del PAN sin las propuestas de modificación de los derechos colectivos (modificaciones que afectaban a los sindicatos corporativos), que sería presentada un año después, el 31 de marzo de 2011.

Finalmente, el debate de la reforma laboral culminaría con el ejercicio de la nueva facultad presidencial, la iniciativa preferente,[9] en donde una de las dos iniciativas enviadas por el presidente de la República sería la laboral.

La iniciativa de Calderón fue votada y aprobada por mayoría del Congreso de la Unión y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de noviembre de 2012.

Los temas que la reforma laboral abordó fueron los siguientes: asociación sindical, autoridades laborales, capacitación, cierre de empresas, contingencia sanitaria, derecho a la información laboral, disposiciones procesales, flexibilidad, Fonacot, higiene y seguridad en el trabajo, hostigamiento, acoso, inspección del trabajo, licencia de maternidad, pensión alimenticia, principio de igualdad, tercerización y trabajo de los médicos trataremos de referirnos a los más relevantes que son los que presentamos a continuación.

Flexibilidad en el trabajo

Nuevas formas de contratación

- Por obra determinada. Existía ya con anterioridad y sólo se dio mayor amplitud para su utilización.
- Por tiempo determinado. Existía ya con anterioridad y sólo se dio mayor amplitud para su utilización.
- Por tiempo indeterminado. Es la institución que se encontraba establecida con anterioridad y que ahora, entre otras mecánicas, la de los salarios vencidos, se pretende liquidar, no obstante que se conservó en la LFT.

[9] La iniciativa preferente consiste en la facultad del presidente de la República de enviar al Congreso de la Unión dos iniciativas con el carácter de preferente, y la obligación del Congreso de la Unión de resolver respecto de éstas.

La disputa del derecho.indb 363 28/11/18 10:52

- A prueba.
- A capacitación inicial. Establece el contrato por temporada (semana, mes y año) y pretende garantizar los derechos de la relación laboral derivados de la estabilidad en el empleo (antigüedad, prima de antigüedad, vacaciones, otros).
- Establece el salario mínimo por unidad de tiempo garantizando que no sea inferior al mínimo. Es una disposición confusa que seguramente traerá consecuencias en su interpretación. "El ingreso que perciban los trabajadores por esta modalidad, en ningún caso será inferior al que corresponda a una jornada diaria".

De hecho, las nuevas formas de contratación de ninguna manera han incidido para incrementar el empleo. Algunas como el trabajo a prueba o unidad de tiempo ya se venían realizando y, con independencia de la confusión que pueda causar la redacción del texto, con un salario mínimo tan bajo como el que tenemos, cualquier almacén comercial de los que operan, contratando trabajadores por tres horas, no violenta la hipótesis del salario mínimo diario, los somete a condiciones de incertidumbre, entre otras razones porque los rota dentro de las veinticuatro horas y a veces entre almacenes lo que coloca a los trabajadores en condiciones de precariedad laboral.

Tercerización

A la tercerización se le impusieron ciertos candados que finalmente no fueron del agrado de los empleadores quienes pretendían tercerización plena, es decir, empresas sin responsabilidades laborales. Estos candados fueron: 1) No podrá abarcar la totalidad de las actividades, iguales o similares en su totalidad, que se desarrollen en el centro de trabajo. 2) Deberá justificarse por su carácter especializado. 3) No podrá comprender tareas iguales o similares a las que realizan el resto de los trabajadores al servicio del contratante. 4) No se permitirá el régimen de subcontratación cuando se transfieran de manera deliberada trabajadores de la contratante a la subcontratista con el fin de disminuir derechos laborales. La existencia en la Ley de estas limitaciones a la tercerización, no repercutieron en la contrata-

La disputa del derecho.indb 364 28/11/18 10:52

ción real que en el país se realiza, las empresas que con anterioridad habían establecido ya su "paraíso laboral" con un mínimo de empleados, siguieron trabajando así y ni autoridades ni sindicato alguno puso en evidencia, cuando menos, esta realidad.

Salarios vencidos

En congruencia con la disposición señalada que expresa un imperativo categórico, *No podrá ser despedido un trabajador sin causa justificada*, la Ley Federal del Trabajo de 1931[10] planteó la disposición en el sentido de que cuando el trabajador acredita en juicio haber sido despedido injustificadamente, como consecuencia de que su patrón no prueba una causa justificada para hacerlo, de manera automática genera el derecho a que se le paguen los salarios vencidos durante todo el tiempo que transcurrió, entre la fecha del despido y el momento en que se cumple con la resolución que le otorga la razón.

> Artículo 123. Si en el juicio correspondiente no comprueba el patrón la causa de la rescisión, el trabajador tendrá derecho a su elección, a que se le reinstale en el trabajo que desempeñaba o a que se le indemnice con el importe de tres meses de salario. Tendrá además derecho, cualquiera que sea la acción intentada, a que se le paguen los salarios vencidos desde la fecha del despido hasta que se cumplimente la resolución definitiva pronunciada por la Junta de Conciliación y Arbitraje.

La pregunta planteada es ¿de verdad el futuro se puede construir después de eliminar el interés social? Me convenzo cada vez más que no es posible, por las evidencias reiteradas en el mundo. En países en los que se aprobó una legislación laboral similar a la reciente de México, España, Portugal, Grecia y Francia, actualmente se reclama un mundo más justo, menos irracional y humanizado, un mundo global, pero con un compromiso más social. Las acciones de *los parados* que toman las plazas y hacen

[10] *Diario Oficial de la Federación*, 28 de agosto de 1931, Ley Federal del Trabajo.

La disputa del derecho.indb 365 28/11/18 10:52

en ellas campamentos de protesta, expresan claramente su imposibilidad de insertarse en un empleo y evidencian que el problema no está resuelto.

En nuestro caso, dentro de los aspectos más nefastos de la reciente reforma referida, se encuentran precisamente las modificaciones al artículo 48 de la Ley Federal del Trabajo que ahora establece:

> Artículo 48. El trabajador podrá solicitar ante la Junta de Conciliación y Arbitraje, a su elección, que se le reinstale en el trabajo que desempeñaba, o que se le indemnice con el importe de tres meses de salario, a razón del que corresponda a la fecha en que se realice el pago.

Si en el juicio correspondiente no comprueba el patrón la causa de la rescisión, el trabajador tendrá derecho, además, cualquiera que hubiese sido la acción intentada, a que se le paguen los salarios vencidos computados desde la fecha del despido *hasta por un período máximo de doce meses*, en términos de lo preceptuado en la última parte del párrafo anterior.

Si al término del plazo señalado en el párrafo anterior no ha concluido el procedimiento o no se ha dado cumplimiento al laudo, *se pagarán también al trabajador los intereses que se generen sobre el importe de quince meses de salario, a razón del 2% mensual, capitalizable al momento del pago.* Lo dispuesto en este párrafo no será aplicable para el pago de otro tipo de indemnizaciones o prestaciones.

En caso de muerte del trabajador, dejarán de computarse los salarios vencidos como parte del conflicto, a partir de la fecha del fallecimiento.

Del propio texto resultan evidentes una serie de interrogantes, entre ellas las siguientes: ¿cuál es la razón por la que se establecen doce meses? ¿Por qué no seis meses o diez años? No existe justificación alguna para cualquiera de las opciones planteadas. ¿De quién es la responsabilidad para que en doce meses concluya el procedimiento y cumpla el laudo? ¿De las autoridades? ¿De las partes en el proceso? Creemos que ninguno de los dos supuestos es válido. En todo caso, los procedimientos laborales son farragosos y se extienden en el tiempo porque ninguno de los indicadores del vínculo laboral (fecha de inicio, salario, jornada y todos los demás) se establece de tal manera que den certidumbre al respecto y, por lo tanto, todo se convierte en materia absurdamente litigiosa.

La disputa del derecho.indb 366 28/11/18 10:52

Si se retoma el tema principal de reflexión, ¿cuál es la razón por la que se establece el monto de intereses de quince meses de salario al 2%? De elementales operaciones aritméticas y ejercicios con diferentes montos salariales concluimos que los salarios vencidos se reducen a menos del 30%, después de la primera anualidad y con ello se garantiza que el trabajador se encuentre más interesado en concluir pronto su conflicto y por ello, venda sus derechos a precio más bajo.

Pero otra interrogante que motiva la reforma: ¿cuál es la razón por la que a la muerte del trabajador dejan de computarse los salarios vencidos? Simplemente responde a la lógica de un empresariado conservador, primitivo e irresponsable ha impuesto su voluntad. El trabajo es una variable prescindible, ignorando que la realidad se relaciona con los altos montos de acumulación de capital monopólico, y no con el exceso de mano de obra o existencia de altos salarios. Es posible asegurar que las anteriores interrogantes no tienen respuesta aritmética, lógica, racional o de sentido común, sólo expresan una argumentación elemental.

El tema al que se le negó cabida en la reforma laboral de 2012: democracia y libertad sindical.

Por último, sobre el tema de libertad y democracia sindical es el caso referir que en las aceleradas discuciones que se tubieron para dar paso a la reforma laboral, existieron dos temas que destacaron; una propuesta de votación universal directa y secreta para todos los eventos importantes de los sindicatos, (elección de su directiva, aprobación de la negociación colectiva) propuesta que no pasó por oposición del sindicalismo corporativo y una propuesta que, en escencia, planteaba que a todo emplazamiento a huelga por firma revisión o violaciones de contrato colectivo, siempre que se planteara disputa por la titularidad, antes de continuarse en las negociaciones, se procediera al recuento para determinar sobre cuál es el sindicato mayoritario y una vez establecido ello, continuar con la negociación, propuesta a la que también se opuso el sindicalismo corporativo, condicionando incluso el rechazar de la reforma flexibilizadora, de mantener el PAN estos dos temas en el debate.

En diversos momentos y en diversos foros hemos sostenido que el tema de la libertad y democracia en las organizaciones sindicales es el tema nodal para alcanzar una reforma laboral que verdaderamente sea motor de cambio de la economía. Mientras el corporativismo mantenga a los trabajadores

La disputa del derecho.indb 367 28/11/18 10:52

sometidos como hoy lo están y la contratación colectiva en su mayoría sea simulada, los pasos flexibilizadores serán de degradación del trabajo y los actores, trabajadores y empleadores continuarán distantes de un verdadero compromiso.

Algunos temas que a mi juicio deben considerarse para la reforma laboral que requiere México:

- Incorporar la federalización de la inspección del trabajo, como acción estatal privilegiada, con la finalidad de que se garanticen las relaciones laborales sanas y evite la conflictividad que a la fecha se evidencia en el litigio. No descartar la posibilidad de una cédula laboral semejante a la fiscal, que con independencia de los actores sociales registre la historia laboral.
- Incorporar la federalización de los Tribunales del Trabajo, forma que evitaría la influencia de poderes locales en el tratamiento de las relaciones laborales.
- Suprimir las legislaciones de excepción. Recordemos que existen además de los apartados A y B del 123, leyes particulares en materia de trabajo aplicables en vez de la LFT.
- Hacer propuestas para contrato a prueba, contrato de capacitación inicial, contrato de temporada que pretendan beneficiar el mercado de trabajo y garanticen la no simulación en materia de estabilidad en el empleo.
- Considerar la posibilidad de suprimir el escalafón ciego con candados que garanticen la bilateralidad en la determinación de las formas que lo sustituyan.
- Analizar alternativas que permitan la multihabilidad y movilidad interna con la participación de la organización sindical a su definición.

Subcontratación

- Hacer una propuesta que retome la responsabilidad solidaria.
- Considerar la posibilidad de limitar la obligación de reinstalar al trabajador con menos de tres años u otro período definido en tanto que la estabilidad absoluta que hoy tenemos, asusta e inhibe el

La disputa del derecho.indb 368 28/11/18 10:52

interés de contratar visto que no se tiene certeza respecto de que el candidato satisfaga las expectativas.

Tipología sindical

- Establecer que el radio de acción de los sindicatos sea determinado por los propios sindicatos.

Negociación Colectiva

- Posibilitar la negociación colectiva por rama o región, con temas básicos de negociación; salario y jornada.
- Establecer el principio de que el Contrato Colectivo por Institución, establecimiento o empresa debe ser votado por la asamblea de los trabajadores ya que es uno de los esquemas por los que se optan para imponer CCPP.

Concurrencia de sindicatos

- Como una de las expresiones de la libertad sindical, ratificar el ejercicio de la asociación sindical en sindicatos gremiales.
- Son necesarias propuestas en materia de procedimiento laboral ya que a la fecha se siguen viviendo las históricas deficiencias del procedimiento, existen un sinnúmero de trampas para trabarlo y es discutible su efectividad.
- Considerar la vigencia de la huelga por solidaridad, entre otras razones porque de tiempo atrás no se ejerce y la globalización nos habla de esquemas solidarios a nivel internacional más efectivos.
- Es necesario considerar el arbitraje obligatorio para terminar con la huelga que se prolonga, pero con árbitro convenido por las partes
- Es necesario hacer una propuesta sobre trabajadores contratados para laborar fuera del país ya que es una realidad que actualmente carece de regulación en beneficio de los polleros y libertad de los que contratan.

La disputa del derecho.indb 369 28/11/18 10:52

- Salud e higiene en el trabajo. Realizar una propuesta que, en lugar de pagar por el daño a la salud, como consecuencia de la relación laboral, se garantice la salud en el trabajo previniendo el accidente y evitando el daño a la salud.

Bibliografía

Alcalde Justiniani, Arturo. 2003. "Reforma Laboral. Una iniciativa para fortalecer el corporativismo". En *Reforma Laboral, Análisis crítico del proyecto Abascal de Reforma a la Ley Federal del Trabajo*. México, UNAM.

Barba, Héctor. 2003. "Contenido y alcances de las iniciativas de reforma laboral de la UNT y de los sindicatos corporativos y empresarios". En *Reforma Laboral, Análisis crítico del proyecto Abascal de Reforma a la Ley Federal del Trabajo*. México, UNAM.

De Buen Lozano, Néstor. 2001. "Prólogo a cambio de una aportación no hecha". En *Democracia Sindical*. México, Instituto de Investigaciones Económicas-UNAM.

Instituto Nacional de Estadística y Geografía. 2010. *Censo Nacional de Población y Vivienda*. México. *Diario Oficial de la Federación*.

Legislación

Ley Federal del Trabajo (DOF: 28/08/1931).

La disputa del derecho.indb 370 28/11/18 10:52

Acumulación por despojo *vs* nuevas oportunidades y repertorios para la acción colectiva. ¿Dos caras del derecho mexicano en la globalización neoliberal?

Jorge Peláez Padilla*

Introducción

México está hoy ante una importante contradicción de paradigmas jurídicos impulsados paralelamente por idénticos procesos de globalización del derecho. Por un lado, se encuentra inmerso en unas reformas estructurales –iniciadas en la década de los ochenta– que implican una relativa retirada del Estado a favor del capital trasnacional y de mayor inversión privada. Pero estas reformas que se han intensificado durante el actual sexenio no están teniendo en cuenta el nuevo paradigma de los derechos humanos, fortalecido formalmente a partir de las reformas constitucionales de 2011 y producto de la presión de movimientos sociales, de la sociedad civil organizada y de los sistemas internacionales (universales y regionales) de promoción y protección de los derechos humanos. Esta contradicción se expresa en un andamiaje constitucional garantista, que contrasta con una

* Profesor investigador adscrito a la Academia de Derecho de la Universidad Autónoma de la Ciudad de México.

La disputa del derecho.indb 371 28/11/18 10:52

legislación sectorial pro-minera la cual favorece en todo momento a los empresarios del ramo, pasando por encima de los derechos de las comunidades afectadas. Lo anterior, es una clara expresión de la lucha dentro del campo del derecho entre: 1) por un lado los pueblos y las organizaciones de la sociedad civil que han empujado la agenda de los derechos tanto desde la lucha local, como a partir del uso de las redes trasnacionales;[1] y 2) por el otro, los grandes capitales que han empujado los límites de la frontera extractivista permeando el derecho con una serie de regulaciones que permiten el libre flujo de capital y todas las facilidades para las inversiones.[2]

Esta tensión y lucha dentro del campo del derecho, se refleja también en el ámbito de la legislación y prácticas en materia de minería, agravado por el hecho de ser éste un campo donde los actores económicos poderosos tienen una gran capacidad para hacer valer sus intereses por sobre el resto de los actores sociales. Ello se ve reflejado en el hecho de que el impulso extractivista en el país (específicamente en lo referido a la minería y el petróleo), lejos de haber sufrido un freno o al menos un cuestionamiento a partir del nuevo paradigma de derechos humanos, no ha hecho sino fortalecerse a partir de la reforma energética de 2013. Ahora bien, al mismo tiempo, ha aumentado la movilización social y las oportunidades para que la misma utilice los canales legales para fortalecer los procesos de acción colectiva.

En el presente artículo ilustramos esta situación descrita y para ello nos proponemos dos objetivos: uno *analítico* y uno *político*. Con relación al primero, sostenemos como argumento que el proceso de globalización neoliberal no afecta sólo el espacio de expansión del capitalismo y de la acumulación por despojo con consecuencias inmediatas en los derechos nacionales y el funcionamiento de las instituciones del Estado. También, crea espacios para que se globalicen las resistencias y los mecanismos para impulsarlas a nivel local, abriéndose por lo tanto nuevas oportunidades para la acción colectiva y para la movilización socio-legal. Ambos fenó-

[1] Keck, Margaret E. y Sikkink, Kathryn. *Activistas sin fronteras. Redes de defensa en política internacional*, Madrid, Siglo XXI, 2000.

[2] Hernández Zubizarreta, Juan, *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa de la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales*, Bilbao, Vitoria-Gasteiz / Hegoa, 2009.

La disputa del derecho.indb 372 28/11/18 10:52

menos serán explicados a lo largo de estas páginas. Por otro lado, desde el punto de vista *político* lo que perseguimos es dar cuenta de que los movimientos sociales han aprovechado estas oportunidades para fortalecer sus procesos de acción colectiva, en particular en nuestro ámbito de estudio que es el de la movilización social contra la megaminería en México. Lo que esta expansión de las estructuras de oportunidad nos indica es que una de las formas de lucha contra esta expansión de la acumulación por despojo es precisamente el aprovechamiento de esos espacios abiertos por el proceso de globalización neoliberal.

Para cumplimentar estos objetivos, primero explicaremos a partir de Harvey[3] el mecanismo de acumulación por despojo, con las particularidades relativas al campo del extractivismo minero. Además, veremos el impacto de esta situación en la expansión de la megaminería en México. En un segundo momento, analizaremos cómo el derecho y las prácticas institucionales del estado mexicano han servido a la expansión del extractivismo minero. Posteriormente, y desde el otro ángulo, analizaremos cuáles son las nuevas oportunidades para la acción colectiva y la movilización sociolegal, creada a partir de la modificación del derecho interno mexicano al articularse con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) gracias a la reforma constitucional de 2011. También aquí ejemplificaremos lo afirmado a partir de algunos casos de movilización social contra la megaminería en México. Finalmente, expondremos nuestras conclusiones.

El nuevo extractivismo minero y su expansión en México

En los últimos años hemos presenciado un proceso brutal de despojo de recursos y de desposesión territorial para impulsar grandes proyectos de inversión. Lo anterior abarca desde un regreso a las formas más brutales y primarias de extractivismo hasta la incorporación de nuevos espacios a la dinámica capitalista y la puesta en circulación de nuevas mercancías que se encontraban fuera del mercado (viento, recursos genéticos, etcétera).[4]

[3] Harvey, David, *El nuevo imperialismo*. Tres Cantos, Madrid, Akal Ediciones, 2004.

[4] Peláez Padilla, Jorge, *Ni hegemónicos ni emancipatorios: los derechos humanos como repertorio para la acción colectiva frente al capitalismo extractivo minero*, Ciudad de México,

La disputa del derecho.indb 373 28/11/18 10:52

¿Qué modificaciones ha sufrido el capitalismo en los últimos años? ¿Cómo estas se traducen en un nuevo proceso de acumulación por desposesión? ¿Qué entendemos por extractivismo y por extractivismo minero y cómo los ajustes del capitalismo influyen en ambos? ¿Qué situaciones ha experimentado México en esta nueva etapa de extractivismo minero? Estas son las preguntas que guiarán el quehacer del presente apartado.

Neoliberalismo y acumulación por desposesión y "consenso de los *commodities*"

En los últimos quince años, la expansión de la megaminería metálica en el país ha sido un proceso incontenible. No se trata de un fenómeno aislado, sino que se inserta en un contexto estructural de transformación del capitalismo. El esquema de producción e intercambio capitalista heredado del fordismo, el keynesianiasmo y de la prevalencia de la acumulación mediante reproducción ampliada más que por acumulación por desposesión,[5] llegó a su fin de finales de la década del setenta.[6] En un contexto donde los derechos obtenidos fruto de la organización y lucha de la clase obrera durante la primera mitad del siglo XX –y donde el Estado ejercía un papel activo en las decisiones económicas quedando muchas esferas de la vida todavía fuera del mercado– los espacios para reinvertir todo lo acumulado a partir de la reproducción ampliada se constreñían.[7] La sobreacumulación[8]

Cisan-UNAM/ Flacso-México. En prensa.

[5] Categoría creada por David Harvey apara referir lo que el Marx llamó como acumulación primitiva u originaria. Según Harvey, no se trata de algo exterior al capitalismo o limitado a su génesis, sino intrínseco y permanente en la historia del mismo, e indisolublemente ligado a la reproducción ampliada. El capitalismo no se reproduce sólo a partir de la extracción de ganancias en la reproducción ampliada, sino que necesita permanentemente adueñarse de nuevos espacios o retomar espacios existentes para colocar ahí el capital sobreacumulado y garantizar de una manera más rentable que la reproducción ampliada pueda continuar. Harvey, David, *El nuevo imperialismo*, *op. cit*.

[6] Harvey, David, *op. cit.*, pp. 123-124.

[7] Composto, Claudia y Navarro, Mina Lorena, *Territorios en disputa: despojo capitalista, luchas en defensa de los bienes comunes naturales y alternativas emancipatorias para América Latina*, México, D.F., Bajo Tierra Ediciones, 2014, p. 46.

[8] Falta de oportunidades para una inversión rentable (*Ibidem*, p. 112).

La disputa del derecho.indb 374 28/11/18 10:52

de capital que, debido al modelo político y económico descrito no encontraba espacios a dónde fluir, estimuló un retorno al despojo como forma primaria de localizar espacios dónde llevar ese excedente de capital para continuar el proceso de acumulación. Los economistas neoliberales, marginados hasta ese momento[9] dieron las recetas a seguir. Como plantea Arendt "el pecado original del simple robo, que siglos atrás había hecho posible la acumulación original de capital [...] tenía que repetirse de nuevo para evitar que el motor de la acumulación se acabara parando".[10]

Esta intensificación de la acumulación por desposesión se expresó de diversas maneras: 1) en primer lugar, a través una nueva oleada extractivista a partir de nuevas técnicas que permitieron rentabilidad en la explotación de los recursos primarios (técnica de tajo a cielo abierto o tumbe y relleno en minería y fractura hidráulica en gas y petróleo). 2) Por otro lado la frontera extractiva se extendió a elementos de la naturaleza que estaban fuera del mercado (biodiversidad, material genético, semillas genéticamente modificadas,[11] etc.). 3) Los recursos de propiedad comunal (bienes comunes) comenzaron a ser privatizados y sometidos a la lógica de la acumulación capitalista (agua, bosques con los bonos de carbono, etcétera). 4) Los espacios de producción fueron relocalizados para permitir una mayor tasa de ganancia (economía de maquilas) y las industrias nacionalizadas fueron privatizadas. 5) Los servicios públicos, que en algunos países centrales (y de manera desigual en los periféricos) estaban fuera del mercado (salud, educación, electricidad, sistemas de pensiones, etc.), fueron abiertos al gran capital.[12] América Latina –una de las víctimas

[9] *Ibidem*, p. 124.

[10] Citado por Harvey, *op. cit.*, p. 140.

[11] Las semillas genéticamente modificadas controladas por grandes empresas trasnacionales como Monsanto, han sido unas de las principales responsables de la desaparición en muchos lugares de la pequeña y mediana propiedad campesina y por lo tanto de la extensión del monocultivo para el mercado mundial. Para sólo poner un ejemplo, la soja transgénica hoy ocupa un 70% de la superficie sembrada argentina. Alimonda, H. C. y Escobar, A., *La naturaleza colonizada: ecología política y minería en América Latina*, Buenos Aires, Clacso / Ediciones CICCUS , 2011, p. 34.

[12] Esta es la faceta de la acumulación por despojo que más acentúa Harvey. No obstante, estamos de acuerdo con Zibechi cuando afirma que "Las privatizaciones afectaron básicamente a las clases medias urbanas y a las franjas de trabajadores vinculadas al Estado del Bienestar, sobre todo en el caso argentino. En el caso de los sectores sociales para los que

La disputa del derecho.indb 375 28/11/18 10:52

principales del proceso de acumulación originaria que permitió la edificación del capitalismo y estrechamente ligado al mismo el advenimiento de la "modernidad", y que nunca ha dejado de ser blanco importante de los procesos de despojo y colonialidad– hoy vuelve a estar en el centro de este nuevo período de acumulación por desposesión.[13]

Las consecuencias de esta reconfiguración del capitalismo han sido brutales. Por un lado, está el desplazamiento de la población campesina y la consiguiente migración para las ciudades, volviéndose a generar un gran "ejército de reserva", que no encuentra dónde emplearse. Ello ha traído aparejado la desaparición de formas de producción y consumo alternativas.[14] Por otro lado, se ha frenado la movilidad social y ha aumentado la desigualdad, concentrándose la riqueza de una manera antes imposible de imaginar. Los derechos obtenidos (sobre todos en los países que gozaron de estados de bienestar social) se han visto mermados en cuanto a las garantías materiales para su cumplimiento.[15]

Este proceso descrito, si bien puede agruparse dentro de una misma etapa de transformación del capitalismo a partir de la década de los setentas, tiene en América Latina hasta ahora dos fases claramente diferenciables.

Una primera, conducida por el "Consenso de Washington", caracterizada por la privatización de servicios públicos, la valorización financiera, el libre comercio, el adelgazamiento del Estado, entre otras. Esta etapa, fue cuestionada desde diversos actores sociales (desde movimientos sociales, académicos, hasta partidos políticos) llevando esta lucha desde arriba y desde abajo a un relativo[16] triunfo de la oposición política antineoliberal

---

nunca operó la inclusión ni se beneficiaron con el "bienestar", las privatizaciones constituyen apenas la primera etapa del despojo". Zibechi, Raul, "El estado de excepción como paradigma político del extractivismo", en Composto, C. y Navarro, M. L., *Territorios en disputa...*, *op. cit.*, p. 78. Véase también: Harvey, *op. cit.*, p. 117; Composto, C. y Navarro, M. L., *Territorios en disputa...*, *op. cit.*, pp. 51-52.

[13] Alimonda, H. y A. Escobar, *op. cit.*, pp. 21, 48. También Svampa, M. A. M., *Minería transnacional, narrativas del desarrollo y resistencias sociales*, Buenos Aires, Editorial Biblos, 2009, pp. 1-2.

[14] Alimonda, H. y A. Escobar, *op. cit.*, p. 40.

[15] Harvey, *op. cit.*, p. 117.

[16] Digo relativo por dos razones: en primer lugar porque no se dio en todos los países del área. En segundo lugar porque si bien se mitigaron en gran medida las políticas neoliberales, estas no se revirtieron del todo.

La disputa del derecho.indb 376 28/11/18 10:52

a finales de los noventas e inicio de los 2000, ya fueran esta partidaria del llamado "Socialismo del siglo XXI" (Venezuela, Ecuador, Bolivia) o simplemente de una mayor presencia reguladora del Estado y de una mayor y mejor redistribución social de la riqueza generada (Brasil, Argentina, Uruguay).

La segunda etapa de reajustes es la relativa al "Consenso de los *commodities"*, sostenido por los altos precios internacionales de las materias primas y bienes de consumo (alimentos, metales, hidrocarburos), que puso en el centro la implementación masiva de grandes proyectos extractivos orientados a la exportación.[17] Este gran capital trasnacional extractivo ha podido convivir sin ningún problema con estados fuertes que generen mejores procesos de redistribución de la riqueza, ya que ha logrado garantizar la rentabilidad de sus inversiones e impulso público a las mismas, incluso a costa de modificar o destruir estructuras productivas preexistentes. Por esta razón, "consenso de los *commodities*" se ha impuesto frente al "socialismo del siglo XXI", a la izquierda moderada, el centro o la derecha.[18]

Debido a su especial incidencia en América Latina y por lo tanto en México, a los efectos del presente trabajo el acento será puesto en el extractivismo – y el minero en particular– como uno de los dispositivos de la acumulación por desposesión.

[17] Svampa, M., "Consenso de los commodities, giro ecoterritorial y pensamiento crítico en América Latina", *Revista del Observatorio Social de América Latina*, 2012, Año XIII, Núm. 32, pp. 16 y 19.

[18] Si bien los precios de los commodities detuvieron su tendencia a subir y comenzaron a fluctuar a partir de 2013, ya desde 2015 lo que se aprecia es una drástica caída, lo cual anuncia el fin de lo que Svampa ha denominado el "consenso de los commodities". Como las consecuencias apenas comienzan y la mayoría de ellas están por venir, preferimos en este texto no analizar esta nueva etapa en ciernes. Esta omisión no afecta ni los argumentos ni las conclusiones del presente artículo, ya que estas están en función del contexto y período analizado. Svampa, M., "Consenso de los…", *op. cit.* Véase también: Gudynas, Eduardo, "Diez tesis urgentes sobre el nuevo extractivismo. Contextos y demandas bajo el progresismo sudamericano actual", en Schuldt, Jürgen y Acosta, Alberto , *Extractivismo política y sociedad*, Quito, Centro Andino de Acción Popular / CLAES. "Extractivismo y neoextractivismo: dos caras de la misma maldición", *La Línea de Fuego (Pensamiento Crítico)*, 2011, diciembre 23

La disputa del derecho.indb 377 28/11/18 10:52

Extractivismo y nueva minería

A lo largo de la historia del capitalismo, este siempre ha encontrado espacios dispuestos a ofrecer los productos primarios a pesar de la tan criticada "maldición de los recursos naturales".[19] Lo extraño no es que haya ocurrido hace 520 años, o hace sólo cien años, sino que continúe hoy a pesar de las múltiples advertencias en torno a las limitadas posibilidades de bienestar, desarrollo sólido, sostenible y a largo plazo, que generan las economías basadas en el extractivismo.

Por extractivismo, se entienden "aquellas actividades que remueven grandes volúmenes de recursos naturales que no son procesados (o que lo son limitadamente), sobre todo para la exportación".[20] Es usual asociarlo con la extracción fundamentalmente de minerales y petróleo, pero el acento del concepto está en la extracción de recursos (tanto renovables como no renovables)[21] con un muy bajo nivel de modificación industrial y por lo tanto de valor agregado, con el objetivo de ser negociado en el mercado mundial. Por esta razón, hay también extractivismo forestal, agrario, pesquero, entre otros. El extractivismo, está también asociado con la expansión de la frontera extractiva hacia territorios antes considerados como improductivos, y se relaciona, por lo tanto, con una serie de megaproyectos secundarios de transporte (carreteras, puertos, canales interoceánicos) y energía (hidroeléctricas).[22]

En general el extractivismo ha sido asociado a una serie de males tanto económicos como sociales que se podrían resumir de la siguiente manera: 1) el boom exportador de recursos primarios lleva a que la inversión

[19] Para Alberto Acosta: "la pobreza en muchos países del mundo está relacionada con la existencia de una significativa riqueza en recursos naturales. Los países ricos en recursos naturales, cuya economía se sustenta prioritariamente en su extracción y exportación, encuentran mayores dificultades para desarrollarse". Acosta, Alberto, o*p. cit.*

[20] Acosta, Alberto, o*p. cit.*, p. 2.

[21] Es importante referir que si bien antes esta división era muy clara, y se aprendía en las clases de geografía como un catecismo, hoy hay que prestar mucha atención en ella, ya que el nivel exorbitante al cual se están extrayendo los recursos naturales, rompiendo los ciclos necesarios de recuperación, está tornando muchos recursos renovables en no renovables (agua, fertilidad del suelo, recursos forestales, etcétera). Acosta, Alberto, *op. cit.*, pp. 2-3.

[22] Svampa, M., "Consenso de los…", *op. cit.*, pp. 17-18.

La disputa del derecho.indb 378 28/11/18 10:52

fluya a bienes no transables (construcción) deteriorándose la producción de bienes transables al ser estos importados, contribuyendo por lo tanto a la reprimarización de las economías. 2) Heterogeneidad estructural de los aparatos productivos, con unos altamente desarrollados que funcionan con una lógica de enclave, y otros más retrasados al no generarse aparatos productivos encadenados. 3) Masiva ocupación de los territorios por parte de estos poderosos enclaves económicos, quienes terminaban por convertirse en verdaderos "dueños", provocando la desterritorialización del Estado y la subordinación del mismo a sus intereses, suplantándolo también en sus funciones públicas locales. 4) Específicamente el nuevo extractivismo minero y petrolero, genera poco trabajo directo e indirecto, generalmente de fuerza calificada ajena a las regiones donde se instalan, utilizando casi siempre insumos y tecnologías foráneas, contribuyendo relativamente poco a las economías nacionales y al empleo y bienestar de la población. 5) Ocasiona severos daños al medio ambiente (bosques, suelo, agua, biodiversidad) provocando un enorme pasivo ecológico que además nunca se cuantifica y que terminan por pagar las personas que viven en las inmediaciones de los proyectos. 6) Constituye un serio ataque a la agricultura familiar y a la soberanía alimentaria, llevando al empobrecimiento de las familias campesinas y por lo tanto a la violación de sus DESCA. 7) Por último, trae consigo la militarización de las regiones, ocasionando graves conflictos sociales, comunitarios e intercomunitarios, debilitando el tejido social.[23]

Ahora bien, en lo relativo a la minería, es importante decir que, desde la época colonial, ha sido un instrumento de despojo y ha constituido un elemento clave de la conformación de la modernidad, del capitalismo y del sistema de relaciones de poder creado por este último.[24] No obstante, hoy

[23] Acosta, Alberto, o*p. cit.*, pp. 5-12; Zibechi, Raúl, *op. cit.*, 81-83; Svampa, M., "Consenso de los…", *op. cit.*, p. 17. También en: Colectivo Voces de Alerta, *15 mitos y realidades de la minería transnacional en la Argentina. Guía para desmontar el imaginario prominero*, Buenos Aires, El colectivo y Ediciones Herramienta, 2011, pp. 25, 29, 30, 116; Cabrera Leal, Mauricio y Julio Fierro Morales, "Implicaciones ambientales y sociales del modelo extractivista en Colombia", en Garay Salamanca, L. J., *Minería en Colombia. Fundamentos para superar el modelo extractivista*, Bogotá, Contraloría General de la República, 2013.

[24] Machado Araoz, Horacio. 2011. "El auge de la minería transnacional en América Latina. De la ecología política del neoliberalismo a la anatomía política del colonialismo", en Ali-

La disputa del derecho.indb 379 28/11/18 10:52

asistimos a una reactualización de la misma que comparte en el fondo las mismas premisas pero que se expresa de otras maneras y que tiene consecuencias mucho más devastadoras.

El actual *boom* minero está estrechamente relacionado con las transformaciones experimentadas por el capitalismo, ya descritas en párrafos anteriores. Por un lado, las políticas neoliberales impuestas,[25] abrieron el sector minero a un nuevo ciclo de acumulación por desposesión, al cortar de tajo los intentos de gobiernos de izquierda o nacional-populistas de la región por hacerse del control de los recursos naturales.[26] Las estrategias seguidas ya desde los ochenta por las empresas mineras fueron la *relocalización* de la inversión hacia países con menores costos y controles ambientales y con normas jurídicas más laxas y la *concentración* a través de un proceso de fusiones y adquisiciones entre grandes empresas.[27] El camino para que este proceso fuera posible fue allanado desde el derecho, a través del ofrecimiento por parte de los gobiernos neoliberales de plena seguridad jurídica

monda, H. C. y A. Escobar. *La naturaleza colonizada: ecología política y minería en América Latina*, Buenos Aires, Clacso: Ediciones CICCUS, 2011, p. 141. Svampa, M. A. M., *Minería transnacional…*, *op. cit.*, p. 1.

[25] En la mayoría de los casos –América Latina es testigo a partir de los regímenes militares de los setentas y ochentas– el neoliberalismo no fue una elección de los estados latinoamericanos, sino una imposición, ya sea por la fuerza del mercado, o por la fuerza de las armas y el terror. El disciplinamiento social derivado de las dictaduras, contribuyó a abrir el camino al nuevo extractivismo. (Zibechi, Raúl, *op. cit.*, p. 77).

[26] Esto se ha ido construyendo de manera paulatina en América Latina, ya que la situación concreta de cada país ha ido moldeando la forma en que las políticas neoliberales han sido implementadas, debido también a las diversas resistencias sociales y políticas que han encontrado a su paso. Por sólo poner un ejemplo que ilustre esta diversidad, en el caso mexicano el sector minero fue rápidamente incorporado desde finales de los ochenta y principios de los noventa a la lógica neoliberal de apertura a los grandes capitales y de acumulación por despojo, al irse liquidando el sector estatal con presencia en el sector minero, siendo lentamente entregado a compañías trasnacionales, nacionales o extranjeras. En cambio, el sector petrolero, debido a su estrecha relación con la historia del país e incluso con la identidad nacional construida después de la revolución mexicana, resistió muchos años más a la entrada de los capitales trasnacionales, y el proceso de acumulación por despojo comenzó a partir de la reforma energética aprobada en 2013. (Machado Araoz, Horacio, *op. cit.*, pp. 153-154).

[27] Sánchez Albavera, Fernando, Jeannette Lardé, *Minería y competitividad internacional en América Latina*, Santiago, Naciones Unidas, CEPAL-División de Recursos Naturales e Infraestructura, pp. 27 y 59.

La disputa del derecho.indb 380 28/11/18 10:52

sobre las concesiones mineras; del otorgamiento de grandes beneficios fiscales y comerciales, y de una legislación con laxos controles ambientales y con procedimientos fáciles y expeditos para desarrollar los grandes emprendimientos mineros.[28]

Por otro lado, esta expansión también fue posible debido a los altos precios de los metales y al desarrollo de nuevas técnicas (tajo a cielo abierto y tumbe y relleno) que permitieron hacer rentables la explotación de espacios con baja concentración de mineral en la roca (baja ley) utilizando procesos de lixiviación con cianuro de sodio.[29] Como la extensiva explotación colonial y decimonónica fue acabando con las grandes vetas de mineral, sólo se puede entender este nuevo repunte de la minería si se ponen en perspectiva estos nuevos desarrollos tecnológicos. En caso contrario, las reformas neoliberales no hubieran encontrado mineral para ser extraído.

Esta nueva minería, resulta ser una industria altamente contaminante que destruye en pocos años cerros enteros, contamina el aire con los productos del lixiviado con cianuro y las fuentes de agua con metales pesados provenientes de los desechos (tepetate) una vez trasladadas las rocas que contienen el mineral.[30]

[28] Como explicamos en una nota anterior, los actuales bajos precios de las materias primas en el marcado mundial comienzan transformar este panorama. No obstante, es demasiado pronto para determinar si se trata de una nueva etapa con impactos definitivos en el boom extractivo, o si se trata sólo de ajustes temporales debido a la disputa de los mercados y a ajustes en la economía mundial, que no modifican de fondo lo aquí descrito. Machado Araoz, Horacio, *op. cit.*, p. 159.

[29] Bebbington, Antony, *Minería, movimientos sociales y respuestas campesinas: una ecología política de transformaciones territoriales*, Lima, Instituto de Estudios Peruanos / Centro Peruano de Estudios Sociales, 2007, p. 23.

[30] "Este tipo de tecnología extractiva implica que un solo emprendimiento abarque hasta mil hectáreas sólo para el área de mina –la que será completamente destruida–, llegando a remover hasta 300 000 toneladas de roca diarias, y empleando por día hasta 100 toneladas de explosivos, más de 100 000 litros de combustibles y decenas de toneladas de sustancias químicas de alta toxicidad (cianuro, ácido sulfúrico, xantatos, mercurio, etc.), amén del altísimo consumo hídrico y energético [...] el proceso genera enormes cantidades de efluentes y desechos (en la mayoría de los casos, más del 95% de la roca extraída se convierte en residuo; se generan hasta 4 toneladas de escombros por cada gramo de oro) que quedan perpetuamente en los lugares de explotación como pasivos ambientales". Colectivo Voces de Alerta, *op. cit.*, p. 17.

La disputa del derecho.indb 381 28/11/18 10:52

Además, constituyen un agente determinante en el agotamiento de las fuentes hídricas debido a que la minería es una actividad altamente consumidora del vital líquido.[31] A lo anterior hay que sumarle la desintegración productiva que provoca en los espacios locales, destruyendo la coherencia local de los territorios al transformarse las actividades productivas, contaminarse las aguas, destruirse los bosques y áreas protegidas, afectando el patrimonio arqueológico, erosionarse la tierra, entre otras consecuencias.[32]

Desde el punto de vista económico y ecológico, estos megaproyectos mineros, generan grandes tasas de rentabilidad que se convierten en enormes flujos financieros que alimentan las dinámicas consumistas de las élites de los países centrales,[33] y también de las elites asociadas o encarga-

[31] Svampa, M., "Modelos de desarrollo, cuestión ambiental y giro eco-territorial". En Alimonda, Héctor, *La naturaleza colonizada: Ecología política y minería en América Latina*, Buenos Aires, Clacso, 2011, p. 196; y Colectivo Voces de Alerta, *op. cit.*, p. 72. Para ilustrar el consumo de agua, según la Comisión Pastoral Paz y Ecología, en el 2008 la mina Marlín consumía 250 000 litros de agua por hora, lo cual era equivalente a la cantidad de agua que una familia de la región consumiría a lo largo de 22 años (OPAE-Comisión Pastoral Paz y Ecología, *Informe anual del monitoreo y análisis de la calidad de las aguas. San Marcos, Guatemala*, 2008, p. 6. <http://www.guatemala.at/navegation_links/archiv/082008%20COPAE%20Informe%20Anual%20del%20Monitoreo%20y%20Analisis%20de%20la%20Calidad%20del%20agua.pdf>.

[32] Machado Araoz, Horacio, *op. cit.*, p. 167; y Colectivo Voces de Alerta, *op. cit*. Debido a estas razones, son varios los países y regiones que han prohibido este tipo de minería: Turquía (1997), República Checa (2000), Nueva Gales del Sur, Australia (2000), Estado de Montana (1998) y los condados de Gunnison (2001), Costilla (2002) y Summit (2004) del Estado de Colorado, EEUU, y República de Alemania (2002). En América Latina, Costa Rica (2002) es el único país que la ha prohibido, pero existen muchas experiencias locales. Para comenzar, está el caso de las legislaciones de 7 provincias argentinas, las cuales han prohibido de una forma u otra este tipo de actividad; el caso de Cotacachi, en Ecuador, donde la lucha iniciada en 1997 hizo que éste se convirtiera en el primer "cantón ecológico", por ordenanza municipal; Tambo Grande, en Perú, (2002, el primer plebiscito por este tema en América Latina); Esquel, en Argentina (2003). A ello hay que sumarle las consultas populares que se han pronunciado contra este tipo de Minería: en Perú, Piura y Cajamarca (ambos en 2007) y tres en Guatemala, Sipacapa, (2005), Huehuetenango (2006); Ixtahuacan (2007) (Svampa y Antonelli, 2009: 7, 8). A estas últimas hay que sumarle la consulta en el y lucha social que llevó a la prohibición de la minería en el Plan de Ordenamiento Ecológico del Territorio del municipio de Cuetzalan, en la Sierra Norte del Estado de Puebla; y la declaración de Zacualpan (2014), en el Estado de Colima como Territorio Libre de Minería por parte de la asamblea agraria.

[33] Machado Araoz, Horacio, *op. cit.*, p. 167.

La disputa del derecho.indb 382 28/11/18 10:52

das directamente de los emprendimientos mineros en los propios países productores. Además, en la minería opera también un complejo proceso de expropiación ecológica, a partir del hecho de que en América Latina somos grandes productores de minerales, pero consumimos muy poco del mineral que producimos. Entonces, junto a todo el mineral exportado (con grandes tasas de ganancia para las empresas) se va también el agua utilizada en el proceso, la energía empleada en la producción, y los enormes pasivos ambientales resultado de la contaminación que genera esta actividad.[34]

Por último, a todo lo dicho hay que sumarle la ruptura del tejido social generada por la intervención de este nuevo aparato productivo en las dinámicas sociales locales, pasando por encima de los derechos territoriales y a la consulta previa de las poblaciones indígenas, transformando los medios y las estrategias de vida de las personas,[35] provocando graves conflictos políticos y sociales que llevan a la persecución explícita de pobladores y activistas, asesinatos selectivos de los mismos y en general a la criminalización de la protesta.[36] En México y fruto de los conflictos sociales generados por la entrada de empresas mineras, han muerto algunos líderes sociales y comunitarios como Baltasar Loredo en San Luis Potosí, Mariano Abarca en Chicomuselo, Chiapas; Bernardo Méndez y Bernardo Vázquez en San José del Progreso, Oaxaca; Ismael Solorio Urrutia y Manuela Martha Solís Contreras, en Chihuahua. Como plantean Svampa y Antonelli: "la mega-minería a cielo abierto termina configurándose como una figura extrema, una suerte de modelo descarnado, en el cual las más crudas lógicas del saqueo económico y la depredación ambiental se combinan con escenarios regionales caracterizados por una gran asimetría de poderes, que parecen evocar la lucha desigual entre David y Goliat".[37]

Esta situación descrita se agrava si tomamos en cuenta la vertiginosa expansión del extractivismo minero debido a todas las razones ya aquí discutidas. Los datos que ilustran esta situación son notables. Las inversiones en exploración minera pasaron pronto de los 200 millones de dólares en 1990 (en su mayoría localizado en Chile) a los 1 300 millones de dólares

[34] *Ibidem*, pp. 168-169.

[35] Bebbington, Anthony, *Minería, movimientos sociales…*, *op. cit.*, p. 35.

[36] Colectivo Voces de Alerta, *op. cit.*, pp. 115-116.

[37] Svampa, M. A. M., *Minería transnacional…*, *op. cit.*, p. 7.

La disputa del derecho.indb 383 28/11/18 10:52

anuales en 1998.[38] Además, entre 1990 y 1997 las inversiones en exploración minera crecieron en un 90% a nivel mundial, pero en América Latina lo hicieron en 400%, con una inversión acumulada por 17 300 millones de dólares. Por otro lado, entre 1990 y 2001, 12 de las 25 mayores inversiones en proyectos mineros se hicieron en América Latina, estando cuatro países de nuestra región (Chile, Perú, Argentina y México) entre los 10 países a nivel mundial que vieron más inversión en materia de minería.[39] La proporción mundial que representaba la producción latinoamericana de cobre, pasó del 22.9% entre 1980 y 1989 al 33.1% entre 1990 y 1999 y al 45.1% entre 2000 y 2004; con relación a la plata, y durante esos mismos períodos, el aumento fue del 35.0%, al 39.8% al 40.6%; el plomo de 13.8% al 14.8 y al 15.4; y el zinc de 15.9 al 19.6 y al 21.6. Por su parte, el oro pasó del 11.1% entre 1986 y 1989, al 11,8% entre 1990 y 1999 y al 15,2% entre el 2000 y el 2004.[40] En Argentina, entre 2003 y 2007, el total de inversiones acumuladas se multiplicó por más de ocho, pasando de 660 millones de dólares a 5 600 millones de dólares, aumentado el crecimiento acumulado de proyectos en un 740%.[41]

La expansión de la megaminería en México

Ahora bien, en México, ¿cuáles son los datos concretos de esta expansión? Para explicar este particular, comenzamos con un dato que, no por ya muy difundido deja de ser escalofriante: entre el año 2001 y el 2010, se extrajo el doble de oro y la mitad de la plata que se produjo durante los 300 años de explotación colonial.[42] Con relación a las hectáreas concesionadas existe desde hace años una guerra de cifras. Según el Informe del Resultado de la Fiscalización Superior de la Cuenta Pública 2012, de la Auditoría Superior

[38] Machado Araoz, Horacio, *op. cit.*, p. 160.

[39] Bebbington, Anthony, *Minería, movimientos sociales…*, *op. cit.*, p. 23.

[40] Sánchez Albavera, Fernando, Jeannette Lardé, *Minería y competitividad…*, *op. cit.*, p. 109, 124, 128, 133, 226.

[41] Svampa, M. A. M., *Minería transnacional…*, *op. cit.*, p. 5.

[42] Zúñiga, Juan Antonio y González, Susana, "Duplican magnates mineros el oro extraído en la Colonia", *La Jornada*, Suplemento especial, 14 noviembre 2011.

La disputa del derecho.indb 384 28/11/18 10:52

de la Federación (ASF) los resultados son contradictorios. En el apartado relativo a la Regulación y Supervisión de la Actividad Minera, se plantea la existencia de 26 551 títulos, que implican 36 820 200 hectáreas concesionadas (18.8%);[43] b) en cuanto al Otorgamiento de Concesiones e Ingresos por Derechos en Materia Minera, la Dirección General de Registro Minero (DGRM) informó que se trata de 26 558 títulos, con una cobertura total de 30 689 700.0 hectáreas (15.62%).[44] Por su parte, Fundar Centro de Análisis e Investigación AC, documenta que hasta agosto de 2012 estaba concesionado el 16% del territorio nacional. Por último, el INEGI, en su último estudio sobre la minería en México, da cuenta que son un total de 26 740 000 las hectáreas concesionadas, lo que equivale al 13.61 del territorio nacional.[45]

En 2012 se expidieron un total de 1 972 títulos, que implicaron la concesión de 4 847 695.00 hectáreas. De ellas, los estados con mayor cantidad de hectáreas por títulos concedidos fueron:[46] Sonora (1 331 711-366); Baja California Sur (327 893-15); Baja California (341 080-67); Guerrero (26 534-85); Zacatecas (260 467-99); Michoacán 202 25-89).[47] Llama la atención que algunos son estados tradicionalmente mineros, pero otros son estados que van creciendo en este rubro a partir de los últimos años (Guerrero, Baja California Sur).

En el rubro relativo a las empresas con participación de socios extranjeros que son titulares de una concesión, los datos indican que 252 empresas legalmente constituidas en México intervienen en el sector minero. Son

[43] Auditoría Superior de la Federación (ASF). *Regulación y Supervisión de la Actividad Minera, Auditoría de Desempeño: 12-0-10100-07-0389. Grupo Funcional de Desarrollo Económico*, Secretaría de Economía, 2012, p. 17.

[44] Auditoría Superior de la Federación (ASF). *Otorgamiento de Concesiones e Ingresos por Derechos en Materia Minera, Auditoría Financiera y de Cumplimiento: 12-0-10100-02-0030. Grupo Funcional de Desarrollo Económico*, Secretaría de Economía, 2012, p. 7.

[45] Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI), *La minería en México 2014*. Aguascalientes, 2014, p. 73. Resulta importante mencionar el hecho de que en 2015 se registra disminución en la inversión minera, en consonancia con una caída relativa de los precios de los metales, la desaceleración económica de China y la revalorización del dólar, tal y como ya hemos explicado en páginas anteriores.

[46] Se utiliza esta proporción, para dar cuenta de que posiblemente en esos estados se encuentren la mayor cantidad de proyectos de gran minería. Ello debido a que son emprendimientos que necesitan de muchas hectáreas por cada título para poderse llevar adelante.

[47] Auditoría Superior de la Federación (ASF), *Otorgamiento de Concesiones...*, *op. cit.*, p. 10.

La disputa del derecho.indb 385 28/11/18 10:52

titulares de 2 134 concesiones mineras, que representan un 8.0% del total de títulos de concesión expedidos, y su participación con respecto al territorio concesionado representa un 26.7% del mismo. De ellas sobresalen ampliamente Canadá, con 121 empresas, 1 275 títulos, 5 237 912 hectáreas concesionadas, representando el 17.1 % del total; y Estados Unidos, con 75 empresas, 603 títulos, 1 773 553 hectáreas concesionadas, representando el 5.8% del total.[48] Llama la atención que, pese a tener el 8% de los títulos, éstos representan el 26.7% del territorio concesionado. Ello habla de que la apuesta de las compañías mineras extranjeras está enfocada a la gran minería.

México tampoco es ajeno a las enormes tasas de ganancias que deja la actividad minera para los inversores. Entre 2008 y 2013, las cuotas por derechos sobre la actividad minera contrastaron significativamente con el valor de la producción minera, debido a que dichas cuotas registraron un monto de 7 100 512.9 miles de pesos, lo que representó el 0.6% del valor de la producción minera, calculada en 1 234 037 646.2 miles de pesos.[49] Si a esa cantidad le sumamos la inversión realizada, los gastos de operación incluido el pago de salarios, la tasa de ganancia es de alrededor del 60%.[50] Por su parte también entre los años 2008 y 2013, la participación del sector minero en el PIB fue del 1.4%,[51] contrastando la pequeña participación del PIB nacional con una gran industria que extrae enormes riquezas, con altas tasas de ganancia y que genera sobre todo un irreparable pasivo ambiental, ya descrito en páginas anteriores.

[48] *Ibidem*, pp. 8-9.

[49] Auditoría Superior de la Federación (ASF), *Promoción de la Actividad Minera, Auditoría de Desempeño:13-0-10100-07-0370. Grupo Funcional de Desarrollo Económico*, Secretaría de Economía, 2013, p. 23.

[50] Garibay, Claudio, "Paisaje de acumulación minera por desposesión campesina en el México actual". En Delgado Ramos, Gian Carlo (Coordinador), *Ecología política de la minería en América Latina*, México DF, CEICH-UNAM, 2010, p. 152. La propia Auditoria, explica en su informe que estos datos son muy poco confiables debido a que los reportes están normalmente desactualizados, lo cual es una evidencia de la falta de transparencia en torno a la recaudación del sector y abre espacios a pensar que el diferencial p uede ser aún mayor. Por otro lado, es importante mencionar que, en la revisión de la cuenta pública del 2014, esta situación puede comenzar a cambiar debido a la entrada en vigor de la reforma fiscal aprobada en 2013, que modifica el régimen impositivo en materia minera.

[51] Auditoría Superior de la Federación (ASF), *Promoción de la Actividad…*, *op. cit.*, p. 11.

La disputa del derecho.indb 386 28/11/18 10:52

Con relación a la proporción entre la inversión realizada con respecto a la generación de empleos, durante el periodo 2008-2013, el indicador de crecimiento de la inversión del sector minero registró un monto acumulado de 32 216.8 millones de dólares, comenzando por un monto de 2 156.0 millones en 2007 y terminando en 2012 con 6 75.8.0 millones, cantidad casi tres veces mayor, con un 161.1% de cumplimiento de la meta esperada.[52] En contraste, el crecimiento de la generación de empleos formales no vino de la mano con la explosión de la inversión, ya que la minería generaba, en 2007, 281 322 empleos formales, pasando en 2013 a generar únicamente 332 501 empleos, sólo 51 179 empleos más, evidenciando una tasa de crecimiento mucho más baja que la relativa a la inversión.[53] Esta falta de correspondencia nos muestra dos cosas: 1) nos confirma que la gran minería resulta una industria intensiva en capital pero poco demandante de mano de obra; y 2) que este tipo de minería genera pocos empleos formales y estables, en comparación con las anteriores formas de minería.[54]

Ahora bien, esta expansión no se puede entender sin hacer alusión a todo el andamiaje jurídico que, como consecuencia de las reformas estructurales impulsadas por las transformaciones económicas internacionales descritas en el presente apartado, ha colaborado en brindar un ambiente institucional propicio para la expansión de la industria minera. A continuación, nos referiremos a ello.

[52] *Ibidem*, p. 8.

[53] *Ibidem*, p. 13. Auditoría Superior de la Federación (ASF), *Regulación y Supervisión…* , p. 14.

[54] Este dato también coincide con el comportamiento de la gran industria minera en el continente. Según el Colectivo Voces de Alerta, que cita cálculos propios, por cada millón de dólares invertido, se crean apenas entre 0.5 y 2 empleos directos. Por otro lado, mientras minería metálica industrial emplea de modo directo en el mundo a 2.75 millones de personas, lo cual representa 0.09% de los puestos de trabajo a escala global, la minería de pequeña escala emplea unos 13 millones. Colectivo Voces de Alerta, *op. cit.*, p. 30. Un dato tan sencillo como este deja en entredicho una de las afirmacio nes que utilizan los gobiernos para mostrar las "bondades" de la inversión en minería: la falsa generación de empleos.

La disputa del derecho.indb 387 28/11/18 10:52

De la exigencia del capital trasnacional al servilismo jurídico-político del Estado-nacional

La norma al servicio del mercado: legislación minera en México

La transformación normativa en México para abrir espacios al nuevo proceso de acumulación por despojo, si bien comenzó tibiamente en los años ochenta, tuvo en la década de los noventa un gran impulso, y hasta el día de hoy no ha parado. La legislación minera vigente se sitúa en este contexto.

La reforma de 1992 al artículo 27 constitucional constituyó evidentemente un pasaporte hacia el despojo. Dicha reforma permitió que la propiedad ejidal y comunal pudiera traspasarse y enajenarse. Ello condujo a que aumentara la presión de las grandes empresas hacia comunidades y ejidos para que rentaran o vendieran la tierra con vista a poder instalar distintos tipos de megaproyectos (turísticos, de energía, mineros, carreteros, inmobiliarios, etc.); potenciándose por lo tanto la ocurrencia de conflictos intra e intercomunitarios. Todas las demás normas que aquí referiremos –incluyendo la reforma energética 2013 y 2014– fueron posibles gracias a que la adecuación del artículo 27 constitucional abrió las puertas a la inversión privada en espacios donde el absoluto carácter social y colectivo de la propiedad lo impedía.

No es por tanto casual, que ese mismo año de 1992 viera la luz la nueva Ley Minera, junto con otras de molde neoliberal. Esta norma, parte del enfoque de estimular la explotación minera y la inversión privada en el sector, la cual cuenta con amplias garantías. Todo ello, sin considerar la opinión y participación de las comunidades potencialmente afectadas, que son quienes reciben los efectos más nocivos de esta actividad. Lo anterior, genera un desequilibrio patente entre las grandes empresas del ramo y las poblaciones de los territorios donde éstas se asientan o pretenden asentarse. Las primeras cuentan con todas las garantías que les ofrece la Ley, las segundas sólo con la capacidad de resistir fuera de los marcos institucionales o utilizando estratégicamente los espacios creados en los últimos años y que analizaremos en el próximo apartado. Las diversas reformas que ha sufrido la Ley Minera de 1992, no han hecho sino acentuar su enfoque privatizador y su apertura irrestricta al mercado.

La disputa del derecho.indb 388 28/11/18 10:52

A continuación, hacemos un análisis de los temas más controvertidos en la actual Ley minera. A la par, haremos referencia a otros ordenamientos normativos relevantes a la hora de regularse la actividad extractiva minera en México.

Utilidad pública y acceso preferente[55]

El artículo sexto constituye el nudo principal de la actual Ley minera. En primer lugar, declara la actividad minera como de utilidad pública. Ello, con el claro objetivo de poder incluir la expropiación como una vía posible cuando fallen los mecanismos para lograr contratos de arrendamiento u ocupación temporal. Lo anterior se fortalece con la inclusión de los artículos 19 fracción IV y el 21 que prevén específicamente la posibilidad de expropiación. Esta declaración, constituye un elemento que cancela la posibilidad de participación de los afectados, termina por imponer los proyectos e incluso distorsiona la posibilidad de lograr acuerdos equilibrados para los contratos de ocupación porque, en última instancia, existe la posibilidad de la expropiación como un recurso ante cualquier negativa a entregar la superficie. A ello se le suma la incongruencia entre una actividad que es realizada por particulares y grandes trasnacionales, que aporta relativamente poco al PIB nacional, que apenas paga impuestos, y que sin embargo es declarara como de "utilidad pública".

Por otro lado, el mismo artículo sexto reconoce la actividad minera como "preferente". Este reconocimiento permite, tanto a los municipios como a la federación (en caso de terrenos forestales)[56] hacer de manera expedita los cambios de uso suelo, sin la necesidad de ponderar para cada caso qué actividad sería más adecuada: la propia Ley ya lo determina.

[55] El 11 de agosto de 2014, en virtud del paquete de cambios normativos dentro de la Reforma energética, el artículo sexto de la Ley Minera fue reformado. La esencia del mismo se mantuvo intacta y sólo con relación al carácter preferente, se estableció como único límite al mismo la explotación petrolera. Por lo tanto, si la actividad minera se disputa un mismo suelo frente a la actividad petrolera, esta última tendrá preferencia.

[56] La Constitución reconoce los cambios de usos de suelo como una atribución exclusiva del municipio, con la excepción de los tipos de suelo forestal, cuyos cambios de uso le corresponde autorizar a la Dirección General de Gestión Forestal y de Suelos, de la Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales (Semarnat).

La disputa del derecho.indb 389 28/11/18 10:52

Régimen de concesiones

El artículo 15 otorga las concesiones mineras por 50 años prorrogables por otros 50 más. Ello convierte a la concesión minera en un privilegio favoreciendo la especulación en las bolsas de valores,[57] teniendo en cuenta que la vida útil de una mina a partir de las nuevas técnicas de extracción casi nunca rebasa los 20 años. Además, permite al concesionario jugar con los precios del mercado internacional y poder detener la inversión en tiempos de bajos precios en espera de un contexto más favorable, tal y como está sucediendo hoy. Por otro lado, la Ley, a partir de una reforma en 2005, eliminó la diferencia entre exploración y explotación en el título de concesión, permitiendo que la etapa exploratoria se prolongue por un tiempo mayor del necesario, favoreciendo también la existencia de concesiones ociosas, lo cual privilegia los procesos de especulación.[58] Esta situación, les permite ganar tiempo también frente a los procesos de resistencia social u oposición a los proyectos.

Por otro lado, las concesiones son otorgadas siguiendo un proceso muy sencillo, donde los solicitantes tienen sólo que presentar la información exigida en virtud de los artículos 4 y 16 del Reglamento de la Ley Minera (RLM). Con esta información, la autoridad procede otorgar una concesión por 50 años. Para llevar adelante un emprendimiento minero, lo primero que hace la autoridad es otorgar la concesión. Con la concesión en la mano, resulta mucho más fácil entonces ejercer presión para que el resto de los permisos sean tramitados y conseguidos (evaluación de impacto ambien-

[57] Deneault, Alain, *Negro Canadá. Saqueo, corrupción y criminalidad en África*, Montreal, Ecosociété, 2008.

[58] Ello, no obstante que la Ley minera en su artículo 27.1 establece la obligatoriedad de realizar trabajos que justifiquen la titularidad de la concesión a partir de una serie de inversiones obligatorias (art. 28 Ley Minera y art. 59 Reglamento de la Ley Minera), que de no realizarse pueden implicar la pérdida de la concesión (art. 55.II Ley Minera). No obstante, estos requisitos son todavía insuficientes y permiten que siga rindiendo frutos especulativos el tener una concesión sin explotar. Para poner un ejemplo, un concesionario que tenga 1 000 hectáreas tendría que demostrar una inversión equivalente a 119 910 pesos MN por cada año entre el segundo y cuarto año, algo que para este tipo de empresas resulta muy fácil de justificar. En la compra de un carro pequeño, barato y usado para la empresa, ya pueden justificar la inversión necesaria para justificar que se están haciendo los trabajos a los cuales obliga la ley.

La disputa del derecho.indb 390 28/11/18 10:52

tal, cambios de usos de suelo, permisos de construcción, permisos para uso de explosivos, entre otros).

Regulación limitada del derecho al acceso preferente para pueblos indígenas

El artículo 13 párrafo tercero de la Ley minera plantea lo siguiente:

> Cuando el terreno se encuentre en un área habitada y ocupada por un pueblo o comunidad indígena, y dicho pueblo o comunidad indígena solicite dicho terreno simultáneamente con otra persona o personas, será preferida la solicitud del pueblo o comunidad indígena a efecto de que se le otorgue la concesión minera sobre dicho terreno, siempre y cuando cumpla con las condiciones y requisitos que establecen la presente Ley y su Reglamento.

La regulación del derecho al acceso preferente para pueblos indígenas, fruto del mandato del artículo segundo constitucional, resulta limitada al no contar con mecanismos que ayuden a igualar a estas comunidades con los grandes empresarios del ramo. Lo anterior se hace más patente, al no prever la Ley la posibilidad en el procedimiento de otorgamiento de la concesión que siempre que se presente una solicitud, esta tenga que ofrecérseles con anterioridad a los pueblos originarios. Esta fórmula constituiría un verdadero derecho de acceso preferente a los recursos naturales presentes en sus territorios. En resumen, la Ley Minera confunde el derecho al acceso preferente con el de participación en igualdad de condiciones.[59] Este primer derecho implica que expresamente se le pregunte a la comunidad si quiere ejercerlo, ya sea antes de que cualquier persona (natural o jurídica) solicite la concesión o en el momento en que lo haga.

Ahora bien, con relación al artículo 13 bis segundo párrafo, lo que ocurre ya es una clara simulación del derecho de acceso preferente, al exigirse a los pueblos originarios para gozar de este derecho, que cuando participen en concursos convocados por el Servicio Geológico Nacional (SGN), igualen la mejor oferta económica, redacción que es cuanto menos contraria al princi-

[59] López Bárcenas, Francisco y Eslava Galicia, Mayra M., *El mineral o la vida. Legislación y políticas mineras en México*, México DF, Itaca, 2013, p. 74.

La disputa del derecho.indb 391 28/11/18 10:52

pio de no discriminación. Por último, el RLM en su artículo cuarto fracción IV va incluso más lejos, al exigirle como requisito a los pueblos indígenas que quieran solicitar una concesión haciendo uso del "acceso preferente", acreditar mediante un documento oficial, su condición de pueblo originario, lo cual resulta contrario al principio de autoadscripción que reconocen tanto el DIDH como la sentencia del Amparo en Revisión 631/2012 resuelto por la primera sala de la SCJN (Caso Tribu Yaqui).

Aprovechamiento del agua

El artículo 19, fracciones V y VI, otorga a las compañías mineras el derecho a aprovechar las aguas provenientes del laboreo de las minas para los trabajos de explotación y el uso doméstico del personal que vive y trabaja en el lugar; junto con el derecho a obtener preferentemente la concesión sobre esas aguas para cualquier otro uso diferente. Con relación al agua que brote en el laboreo de las minas, los concesionarios no pagarán derechos para su uso.[60] Estas profundizan el proceso de despojo al facilitar la expropiación ecológica de los recursos naturales que son transferidos al concesionario y a los países de consumo junto con el mineral.

Falta de reglamentación y requisitos para transmitir una concesión

En virtud de la Ley Minera y su reglamento,[61] la transmisión de la titularidad de una concesión opera como un acto entre particulares, sin tomar en cuenta que lo que se está transmitiendo es un bien propiedad de la nación. Hoy, basta con que los particulares se pongan de acuerdo y lo inscriban en el registro público de minería. Para los detalles que no aparezcan en la Ley Minera y su reglamento, la misma remite a la legislación mercantil como el marco regulatorio.

[60] Artículo 224 III de la Ley Federal de Derechos.

[61] Artículo 23 LM y artículos 78 VII, VIII, 82 del RLM.

La disputa del derecho.indb 392 28/11/18 10:52

Obligaciones de los concesionarios

En el artículo 27 de la Ley Minera, relativo a las obligaciones de los concesionarios, hay aspectos muy relevantes que no se abordan, y que por lo tanto quedan desprotegidos por el derecho. El primero de ellos es el relativo a la etapa del cierre de mina. Si bien estos son aspectos a los cuales los concesionarios se comprometen en la manifestación de impacto ambiental, la Ley Minera no prevé como una obligación del concesionario llevar adelante esta etapa con los mejores estándares. Por otro lado, tampoco existen obligaciones de reparar en caso de accidentes producto de la explotación minera. Si bien la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LGEEPA) tiene disposiciones relativas a estos temas, el hecho de que se incluyeran en la Ley minera es de suma importancia porque permitiría poder sancionar con la pérdida de la concesión a empresas que contaminen o que provoquen accidentes. En general, el catálogo de obligaciones resulta bastante escueto, lo cual evidencia el enfoque de la actual Ley hacia la inversión sin límites y hacia el mercado. Insuficiente régimen de sanciones para las empresas mineras que violan la Ley.

Las limitaciones del régimen de sanciones y multas van de la mano con los aspectos no incluidos en lo relativo a las obligaciones, debido a que, si determinadas acciones y omisiones de empresas no van en contra de una obligación, no pueden por lo tanto ser sancionadas ni con multas ni con la pérdida de la concesión. Por ello, no se incluyen sanciones derivadas de la ocurrencia de accidentes de trabajo, derrames tóxicos, violación a los derechos humanos de trabajadores y de los pobladores de las comunidades aledañas.

El régimen fiscal en la legislación minera

Al día de hoy, resulta imposible conocer con claridad las cifras con las cuales los concesionarios mineros contribuyen al fisco. Varias razones están detrás de eso hecho. En primer lugar, el artículo 69 Código Fiscal de la Federación (CFF) impone una reserva sobre la información fiscal de contribuyentes aislados. En segundo lugar, en la información desagregada para el sector minero que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP) presenta trimestralmente, bajo el rubro de minería agrega los montos re-

La disputa del derecho.indb 393 28/11/18 10:52

caudados a partir de las actividades petroleras y mineras.[62] En tercer lugar, están los regímenes de consolidación fiscal que también disminuyen lo que se puede captar por parte del fisco y dificultan conocer los montos que efectivamente se pagan.

Ahora bien, de manera clara, y hasta la reforma fiscal de 2013, los derechos que pagaba la minería quedaban establecidos en el artículo 263 de la Ley Federal de Derechos. Dicho artículo fija un cobro por cada hectárea concesionada a actividades mineras a pagarse semestralmente. En los primeros 2 años de la concesión se paga un monto de 5.91 pesos M.N. por cada hectárea concesionada. Este monto, se va incrementando paulatinamente cada dos años, para llegar a la cantidad de 129.24 pesos M.N por hectárea de los diez años en adelante. La escasa contribución del sector minero al país, constatado años tras año por la Auditoría Superior de la Federación; las necesidades recaudatorias del nuevo gobierno en el poder –Partido Revolucionario Institucional (PRI)–; y la presión del sector social organizado, llevaron a que en el año 2013 se modificara el régimen fiscal para los contribuyentes mineros.[63]

[62] Cravioto, F. y Fundar. *Estado ausente. Problemas con la legislación minera mexicana. Documento de trabajo*, 2014, p. 14.

[63] En primer lugar, la reforma establece una regalía a ser recaudada de 7.5% de las utilidades reportadas por los concesionarios. Adicionalmente, establece un derecho extraordinario de 0.5% para la explotación de metales preciosos (oro, plata y platino), colocando la regalía en 8% para la producción de estos minerales. Esta fórmula para el cobro de impuestos tiene varias limitaciones. En primer lugar, exime del pago del impuesto a los concesionarios que reporten una ganancia por debajo de los montos de operación. En segundo lugar, las regalías no se establecen a partir del valor de la producción de la minera a boca de mina (como muchas legislaciones comparadas lo regulan), sino a partir de las utilidades "reportadas". Ello conlleva el riesgo de que la contribución al fisco siga siendo pequeña debido a que las empresas pueden aplicar, antes de reportar las utilidades, todas las deducciones de Ley. La experiencia de este año en curso arrojará claridad en torno a si la reforma elevó significativamente el monto recaudado al sector minero.

La reforma, además, cobra un derecho especial a concesionarios que no hayan realizado las obras a las cuales están obligados en virtud de la Ley minera. La fórmula utilizada, se basa en aumentar el cobro por hectárea concesionada en un 50% si el concesionario, por dos años continuos (y durante los primeros 12 años de vigencia), no realiza los trabajos y obras comprometidos. El pago obligado, se incremente al 100% si el incumplimiento se produce luego del doceavo año de vigencia de la concesión. Este derecho, si bien aparenta evitarla especulación con concesiones, provoca una enorme distorsión del propio sentido que tiene

La disputa del derecho.indb 394 28/11/18 10:52

Como consecuencia, desde el punto de vista fiscal (tomando incluso en cuenta las nuevas reformas fiscales) la Ley Minera es un claro ejemplo de la situación de transferencia de recursos y del despojo de los países productores hacia los grandes centros de poder y las grandes empresas trasnacionales y el sector financiero internacional.

Transparencia y acceso a la información pública minera

En particular, en el sector minero, los problemas de transparencia y acceso a la información pública provienen de la existencia de candados legales al acceso a la información, cobros exorbitantes o, simplemente, de la ausencia de obligaciones plasmadas en la norma que conminen a las dependencias a generar información pertinente. La información que presentan las mismas bajo la Coordinación General de Minería de la Secretaría de Economía (SE)[64] se encuentra publicada bajo un formato cuyo fin último obedece a la satisfacción de las necesidades económicas, prospectivas y de certidumbre jurídica de las empresas mineras; no a partir de un enfoque de satisfacción del derecho de los ciudadanos a recibir información sobre las actividades de gobierno.[65]

---

una concesión, que es la producción. No se entiende que, si la Ley minera prevé el no realizar los trabajos como una infracción que puede traer como consecuencias la cancelación de la concesión (Art. 55 II LM), ahora la LFD lo que haga sea aumentar el monto a contribuir: es decir, pagar por no realizar las obras para poder mantener la concesión vigente. Ello, apunta a burlar el cumplimiento de la Ley y continuar el proceso especulativo con bienes propiedad de la nación.

Por último, esta reforma establece una nueva base para la repartición de la renta minera: 50% para el Fondo General de Participaciones y 50% para los municipios que presenten actividad minera. Este último monto se reparte según el valor de la producción de cada ayuntamiento. Fija cinco posibles rubros en los cuales puede ser gastado este ingreso y establece un comité conformado por un funcionario de la Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano (Sedatu) el presidente municipal y un representante de la empresa. Sólo en caso de comunidades indígenas podrán éstas enviar a un representante a integrar este comité. Este mecanismo, anula efectivamente toda posibilidad de generar un mecanismo participativo para redistribuir ese porcentaje de la renta minera destinado a los municipios.

[64] Se trata del Sistema Integral de Administración Minera (SIAM). <www.siam.economia.gob.mx>.

[65] Cravioto, F. y FUNDAR, *Estado ausente…*, *op. cit.*, p. 16.

La disputa del derecho.indb 395 28/11/18 10:52

Esta benevolente regulación jurídica para los empresarios del ramo presente en la Ley Minera se repite en todo el entramado normativo que regula de alguna manera la operación de este sector económico y que por no ser el objetivo del presente trabajo no expondremos a detalle. Para ello baste referir algunas de estas normas como el ya mencionado Reglamento de la Ley Minera; la Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente y muchas de las Normas Oficiales Mexicanas (NOM) que tienen que ver con la minería; la Ley de Aguas Nacionales; la Ley Federal de Derechos; la Ley Agraria, entre otras.

Mala norma, peor práctica: los resultados de la auditoría superior de la Federación 2012 en materia de minería

Ahora bien, si ya la legislación minera esboza una situación de sometimiento de la Ley a los dictados de los dictados del capital trasnacional, la forma en que ésta se incumple sistemáticamente no hace sino reforzar tal condición.

Los datos que revelan año tras año los informes de la Auditoría Superior de la Federación (ASF) muestran en la práctica a un gobierno negligente y displicente, que autoriza concesiones sin que estén dados todos los requisitos, que no cumple con las visitas de inspección y que no tiene sistematizada de manera fidedigna la información. En resumen, existe un panorama de descontrol en el sector que favorece los intereses de los capitales privados en detrimento del de todos los mexicanos, que son en última instancia los titulares de los recursos naturales presentes en el territorio nacional. A continuación, ofrecemos algunos datos.

Actualización de la cartografía minera

Con relación al registro de las concesiones otorgadas, con vistas a la transparencia y claridad en la información para que el Estado pueda cumplir además su función de regulador y fiscalizador, el análisis de la cuenta pública para el año de 2012 detectó que el registro de la cartografía minera no incluyó: 298 concesiones mineras otorgadas en terreno libre; 19 solicitudes de concesión en trámite; 3 concesiones mineras otorgadas mediante concursos, y 2 lotes mineros que amparan terrenos por ser materia de con-

La disputa del derecho.indb 396 28/11/18 10:52

cursos desiertos. Lo anterior, plantea la ASF, obedeció a que el sistema de control y seguimiento no fue suficiente para registrar información útil, confiable y oportuna a fin de mantener actualizado el registro de la cartografía minera en 2012.[66] Aunque la Secretaría de Economía (SE) corrigió la mayoría de las omisiones, el sólo hecho de que existieran es muestra de la falta de control.

Visitas de inspección

Es este un aspecto que presenta numerosas deficiencias. Lo primero que hay que destacar es que la ASF determinó que la SE ni siquiera estableció los criterios para determinar el número de visitas de inspección ni los criterios para seleccionar cuáles concesionarios serían inspeccionados. En total, en 2012 se realizaron 780 visitas generándose igual número de informes. Ello representó un cumplimiento del 132% con respecto a las 590 visitas programadas. No obstante, las visitas realizadas sólo cubren el 2.9% con relación al total de 26 495 concesiones mineras registradas,[67] lo cual constituye una muestra insuficiente si tenemos en cuenta que no existieron criterios claros para determinarla. En ello influye el hecho de que estas visitas sólo pueden hacerse por funcionarios con régimen de nómina, siendo que la mayoría de los trabajadores de la SE y sus dependencias están por régimen de honorarios.[68] Ello lleva a que el personal que dictamina en las subdirecciones (subdirector, jefes de departamento, etcétera) sea el que realice las visitas de inspección y las notificaciones lo cual además se traduce en menos tiempo disponible para la revisión de solicitudes y el trabajo pericial de oficina.[69]

[66] Auditoría Superior de la Federación (ASF), *Otorgamiento de Concesiones…*, *op. cit.*, pp. 17-18.

[67] *Ibidem*, pp. 25-26.

[68] La propia ASF menciona otros problemas derivados de la contratación de la mayoría del personal a través del sistema de honorarios, al comentar que ello implica un alto porcentaje de rotación del personal contratado, lo cual, además de no garantizarle a los trabajadores la seguridad en el empleo, las prestaciones laborales y la antigüedad, implica además una pérdida de tiempo para la SE al tener que estar formando cada cierto tiempo a las trabajadores en el tipo de labor que desempeñarán.

[69] *Ibidem*, p. 40.

La disputa del derecho.indb 397 28/11/18 10:52

Incumplimientos y sanciones derivadas de las visitas de inspección

A partir de las pocas visitas de inspección referidas en 2012 la SE determinó 4 780 incumplimientos de las obligaciones de los concesionarios mineros, sancionando 2 148 títulos de concesión –el 44.9%–, dejando de aplicar 2 632 sanciones –el 55.1% respecto del total–. Las sanciones aplicadas consistieron en el inicio del procedimiento de cancelación y la revocación de los títulos de concesión por la falta de presentación del informe de ejecución de obras en los lotes mineros y el pago de derechos.[70] Aunque la SE explicó a la ASF las razones por las cuales no se habían aplicado las sanciones y estableció mecanismos para cumplir la obligación de sancionar, estos datos demuestran el descontrol que existe por parte de la autoridad y la impunidad con que actúan los concesionarios.

Incluso a pesar de que, en 2012, la SE estableció dos sistemas informáticos para la verificación de obligaciones de los títulos de concesión mineros (el Sistema Integral de Información de la Dirección General de Minas (Sidigem) para la presentación del informe de ejecución de obras en los lotes mineros, y el Sistema Integral de Administración Minera (SIAM), para el cumplimiento del pago de derechos sobre minería; la ASF verificó que esos sistemas de control de la entidad fiscalizada no permiten mostrar el proceso de aplicación de sanciones a los concesionarios mineros, desde la identificación de los incumplimientos hasta la cancelación de títulos de concesión o la imposición de multas.[71]

Otorgamiento de títulos de concesión

Año tras año, este es un aspecto donde la ASF señala numerosos errores y omisiones por parte de la autoridad. En 2012, se revisaron 284 expedientes (incluyéndose 52 títulos de concesión minera solicitados por 31 sociedades mexicanas con capital extranjero) lo cual representó un 14.4% de los 1972 totales. En 248 de ellos, se detectaron las siguientes irregularidades:[72]

- Carencia del documento con el que se acreditara el objeto social: 57.

[70] *Ibidem*, pp. 28-29.
[71] *Ibidem*, p. 27.
[72] Auditoría Superior de la Federación (ASF), *Regulación y Supervisión …*, *op. cit.*, p. 10-11.

La disputa del derecho.indb 398 28/11/18 10:52

- Falta del comprobante de pago de derechos de la solicitud de concesión: 1.
- Carencia de fotografías: 30
- Falta de planos del INEGI (en los de superficies mayores a 50 hectáreas): 39.
- Carencia de carta poder o constancia de acreditamiento de personalidad jurídica: 209.
- Falta de estudios periciales: 20.
- Diferencias entre el padrón y la información proporcionada por un municipio: 1.
- Carencia del documento que acreditara el permiso de la SER: 36.

Luego de la reunión de presentación de resultados finales y observaciones preliminares, la SE informó (hecho constatado por la ASF) que, en los casos procedentes, había procedido a incorporar los documentos faltantes en los expedientes. No obstante esta rectificación, las propias irregularidades demuestran que las concesiones se entregan con muy poco rigor por parte de la autoridad, incumpliendo así con una ley por lo demás laxa y favorable a los empresarios mineros.

Prórrogas a títulos de concesión

La ASF informó que, de 95 expedientes de prórroga, se seleccionaron 30 expedientes a fin de verificar que éstas se hubiesen aprobado de conformidad con la normativa. De ellos, en al menos 23 se violaban algunos de los requisitos. Las irregularidades detectadas fueron las siguientes:[73]

- Adeudos por derechos de concesión minera: 7.
- Solicitud de prórroga extemporánea: 2.
- Carencia del informe de comprobación de obras y trabajos de exploración o explotación: 23.
- Falta de carta poder o constancia de acreditamiento de personalidad: 11.

[73] *Ibidem*, p. 12.

La disputa del derecho.indb 399 28/11/18 10:52

Como se puede apreciar, muchas de estas irregularidades detectadas se encuentran en alguna de las causales de cancelación de título de concesión, establecidas en el artículo 55 de la Ley Minera. No obstante, las concesiones fueron prorrogadas.

Procesos de reducción, división e identificación

Con relación a estos trámites, que constituyen derechos de los concesionarios en virtud de lo dispuesto en el artículo 19, fracción VIII, de la Ley Minera, se revisaron 46 expedientes de 121 autorizados en 2012, y se encontraron las irregularidades siguientes:[74]

- Carencia de informes de comprobación parcial de las obras y trabajos de exploración o de explotación: 14.
- Falta de fotografías: 26.
- Carencia de trabajos periciales: 20.
- No contar con poder para actos de dominio, o bien sin constancia de acreditamiento de personalidad: 33.

Como se puede apreciar, resultó que 42 de los 46 expedientes revisados no contaron con al menos uno de los requisitos establecidos en el artículo 48 del Reglamento de la Ley Minera.

Pago de derechos por concesiones mineras

Con relación al pago de derechos por concesiones mineras, también se registraron algunas irregularidades, como pagos inferiores al monto requerido y omisiones en el pago de los derechos, así como inacción de la autoridad al respecto. Ello, como resultado de comparar los títulos vigentes al 31 de diciembre de 2012 con lo que arrojó la base de datos e5cinco.[75]

[74] Auditoría Superior de la Federación (ASF), *Regulación y Supervisión …*, *op. cit.*, p. 13.

[75] *Ibidem*, pp. 14-16. Se trata de un programa creado por el Servicio de Administración Tributaria (SAT), en su carácter de autoridad fiscal responsable de la recaudación de los ingresos federales, y la Secretaría de la Función Pública (SFP), encargada de coordinar el establecimiento de políticas y programas en materia de gobierno digital; para que las dependencias, entidades, órganos y organismos puedan ofrecer trámites y servicios por medios electrónicos.

La disputa del derecho.indb 400 28/11/18 10:52

Al respecto, resulta importante especificar que tanto en el corte que realizó la ASF al 31 de diciembre de 2012, como en el del 30 de junio de 2013, se encontraron diversos casos en los que un solo título se encontraba en dos o tres estatus (como emplazado, con adeudo e, incluso, cancelado). Ello, lo que refleja una falta de control en la información y en el seguimiento de los adeudos, problemática recurrente desde años anteriores y que la dependencia no ha logrado superar, a pesar de las cuantiosas inversiones en el SIAM.[76]

Todos estos datos apuntan al descontrol que reina hoy en las dependencias de la Secretaría de Economía que coordinan lo relativo a la exploración y explotación minera. Sin importar si la razón es la negligencia de las autoridades, el diseño deficiente de las instancias administrativas que realizan esta tarea, el exceso de funcionarios por régimen de honorarios o una política pública de descontrol consciente; lo cierto es que los grandes beneficiados son las empresas del ramo, que tienen un gran margen para resultar beneficiadas con concesiones, prórrogas y otros trámites, sin la necesidad cumplir los requisitos; o con escasas visitas de inspección sin criterios claros; o con sanciones impuestas que nunca se cumplen.

Ahora bien, no se puede dejar de mencionar que la SE, una vez hechos públicos los señalamientos en reuniones entre las dos dependencias, se dio a la tarea de subsanarlos. De ello, da fe la propia ASF para la mayoría de los casos señalados. Esto significa que se completaron documentos faltantes en los expedientes, se terminaron de cubrir algunas cuotas debidas en razón al pago de derechos, se impusieron sanciones pospuestas, entre otras. No obstante, esta es una situación que continúa aconteciendo todos los años.

En resumen, podemos afirmar que el contexto de la industria minera en México se caracteriza por una laxitud normativa, donde son muy pocos los requisitos para hacerse de una concesión, y luego mantenerla por 50 años prorrogables por otros 50 sin la necesidad de hacer muchos trabajos u obras en ella; siendo además pocas las infracciones que ameritarían la pérdida de la concesión y limitadas las obligaciones como concesionarios. Además, y en el campo práctico, estamos ante un escenario de falta de diligencia institucional, donde la autoridad no cumple cabalmente sus funciones de control, permitiendo la autorización de concesiones sin do-

[76] *Ibidem*, p. 17.

La disputa del derecho.indb 401 28/11/18 10:52

cumentos importantes, y con muchas deficiencias a la hora hacer visitas de inspección y de controlar que las sanciones se cumplan a cabalidad. Todo ello explica el poder que tienen hoy las empresas mineras y la impunidad con la que actúan frente a las comunidades aledañas a los proyectos. La norma, y la práctica política de control ejercida por el estado mexicano, se encuentran subordinadas y postradas ante los intereses de las empresas extractivas.

De lo global también a lo local: derechos humanos, oportunidades y movilización social

Paralelamente al proceso de acumulación por despojo y de la nueva expansión del extractivismo, México ha vivido un prolongado proceso de cambios políticos e institucionales que, sin lugar a dudas, ha abierto la puerta a la defensa de demandas sociales por la vía institucional. Entre ellos podemos mencionar la débil y limitada "transición a la democracia"; el estallido zapatista en Chiapas y lo que ha significado su accionar político de más de veinte años para los movimientos sociales en México y la legitimidad social de sus demandas; las también limitadas reformas constitucionales en materia de pueblos indígenas y finalmente las reformas constitucionales de derechos humanos de 2011; por sólo mencionar algunos. Todos estos sucesos ensancharon las oportunidades para la acción colectiva en México, y especialmente para que esta también utilice los recursos institucionales (campo de la política estatal y del derecho). En otras palabras, la movilización social que se desenvolvía tradicionalmente por vía de la acción política o la presión social ha comenzado a trasladarse lentamente también al campo del derecho.[77]

Ahora bien, esta expansión de la agenda de los derechos no puede explicarse sólo a partir de una reconstrucción hegemónica del capitalismo para servir de cobertura a la extensión del mercado. También ha venido de la mano de la presión de muchos sectores sociales que han luchado por maximizar lo que ofrecía el campo de los derechos humanos y también por lograr que el ordenamiento mexicano asumiera al DIDH como parte del

[77] Peláez Padilla, Jorge, *Ni hegemónicos ni emancipatorios..., op. cit.*

La disputa del derecho.indb 402 28/11/18 10:52

mismo. Diversos actores sociales han utilizado y utilizan hoy el derecho y las herramientas que proporcionan los derechos humanos, tratando de ampliar y radicalizar los marcos de interpretación, mientras la agenda de la gobernanza neoliberal intenta limitar el alcance de los mismos y hacerlos funcional a la expansión de las inversiones y del mercado. En la expansión de las estructuras de oportunidad para la MSL en México, por lo tanto, confluyen estas dos fuerzas (gobernanza neoliberal y movilización social) lo cual lo hace un proceso contradictorio.

Por otro lado, la violencia que se ha expandido en el país en los últimos 10 años constituye un elemento que no se puede dejar de lado. La misma, es fruto de las disputas y enfrentamientos dentro del crimen organizado por el control de las rutas del narcotráfico, las plazas y los mercados, con una clara complicidad de importantes sectores dentro del Estado. A ello se le suma una política de estado fallida, que en lugar de generar seguridad ha ahondado el problema debido a las formas de enfocar la lucha contra el narcotráfico. La situación de violencia generalizada se ha convertido en un foco de muerte, desplazamiento y miedo, que se traducen en violaciones masivas a los derechos humanos, tanto de las mujeres en Ciudad Juárez, de los migrantes en tránsito por el país, de los comunicadores, de los 43 estudiante desaparecidos en Iguala y de muchos desaparecidos más; de los ciudadanos en general. La situación de la expansión de la violencia por la combinación compleja Estado-crimen organizado, la multiplicación en el país de megaproyectos de inversión, unido a los tradicionales conflictos caciquiles locales que se mezclan con las bandas del narcotráfico en regiones localizadas, ha llevado a configurar conflictos que se desenvuelven en lo que Cesar Rodríguez ha denominado –para el caso colombiano– como "campos sociales minados".[78]

Todo este contexto se constituye en el telón de fondo donde la expansión de las estructuras de oportunidad para el ejercicio de los derechos tiene lugar. No obstante, y en medio de esta complejidad de factores y de actores, estas oportunidades están siendo aprovechadas por comunidades, movimientos y sectores de la sociedad civil organizada como una herramienta de resistencia. En resumen, la situación no puede ser más compleja

[78] Rodríguez Garavito, César, *Etnicidad.gov. Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*, Bogotá, Dejusticia, 2012, pp. 13-14.

La disputa del derecho.indb 403 28/11/18 10:52

y contradictoria, y sólo desde esta complejidad y contradicción puede ser estudiada por las ciencias sociales.

Estructuras de oportunidad para la acción colectiva y la movilización socio-legal

El primer elemento que consideramos importante destacar es la *reforma política* que se ha venido implementando en los últimos 20 años. Este proceso, ha llevado a una ampliación de la competencia entre partidos políticos (que no necesariamente implica más democracia). La competencia político electoral ha generado espacios de negociación y cabildeo para que los sectores sociales puedan aprovechar las coyunturas electorales y colocar demandas ante la opinión pública que uno u otro partido enarbola sólo con fines electorales (generalmente los partidos de izquierda). Ahora bien, claro que somos conscientes de que la política electoral se constituye también en espacios de cooptación y control para la movilización social, y que la competencia política no ha evitado que se sigan dando actos de represión a los movimientos sociales como pasó en Atenco (2005) y Oaxaca (2006). No obstante, no cabe dudas en torno a que la competencia política en lugar de la hegemonía de un partido de Estado abre espacios para que los conflictos puedan ser ventilados a través del derecho y para que la movilización social encuentre en las instituciones y en los derechos un espacio para ser dirimida,[79] lo cual no implica que los problemas y las demandas encuentren solución favorable.

Ahora bien, la competencia político electoral, ha llevado a que el campo de lo político tenga que ser negociado entre las fuerzas políticas, el mercado y las demandas de la sociedad civil, aunque claro que en situaciones siempre de desigualdad entre todas estas fuerzas. No obstante, de ese proceso de negociación emergieron *nuevas instituciones* que contribuyeron a crear estructuras de oportunidad para la MSL. Entre ellas podemos mencionar la creación del Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección

[79] Tarrow, Sidney, *El Poder en movimiento. Los movimientos sociales, la acción colectiva y la política*, Madrid, Alianza Editorial, 2004, pp. 110-111.

La disputa del derecho.indb 404 28/11/18 10:52

de Datos (IFAI),[80] y de las Comisiones de Derechos Humanos tanto a nivel federal como en instancias locales. Sólo en este contexto de mayor pluralidad político electoral podemos comprender también la manera en que, paulatinamente y durante los últimos años, ha ganado en independencia la Suprema Corte de Justicia de la Nación[81] –aunque falte mucho por avanzar en este terreno, y en que ello se vea reflejado en los tribunales inferiores–. Éstos últimos, siguen en una buena parte anclados a las inercias formalistas y tradicionalistas, y sujetos a las presiones de los factores reales de poder.

Por otro lado, debido a este clima descrito, a las presiones de la sociedad civil organizada y de académicos, del movimiento internacional de los derechos humanos, a las obligaciones derivadas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y también (hay que reconocerlo) a los compromisos adquiridos con los organismos financieros internacionales que empujan la gobernanza neoliberal; se han *constitucionalizado nuevos derechos* y el discurso de los derechos humanos ha tenido que entrar de lleno tanto a la forma de entender el derecho, de organizarse la administración de justicia como al diseño de las políticas públicas; cuando menos de manera retórica. En este contexto, el derecho a la información ya descrito, el derecho humano al agua y a la alimentación, los derechos de los pueblos indígenas (aunque de forma limitada en la reforma de 2001) han sido regulados constitucionalmente.

Particular importancia reviste el hecho de que en el año de 1998 se *reconoce la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Corte IDH), elemento de crucial importancia cuyos frutos se han visto sólo hasta hace apenas cinco años atrás. Precisamente durante estos últimos años, se ha podido apreciar el alcance de este hecho a partir de la emisión de las primeras sentencias que han señalado las violaciones a los derechos humanos por parte del estado mexicano. Pero además de traer justicia para las víctimas de violaciones concretas a los derechos humanos,

[80] En el 2015 pasó a ser el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI).

[81] Pilar Domingo hace un análisis muy completo e interesante en torno a la modificación de las estructuras legales con la reforma judicial mexicana a partir de la década de los 90. Domingo, Pilar, "Judicialización de la política: el cambio del papel político del Poder Judicial en México", 2011, pp. 50-54.

La disputa del derecho.indb 405 28/11/18 10:52

el contenido de estas sentencias se ha sumado a todo el nuevo marco en materia de derechos humanos, sin duda, y ha constituido un elemento más en este contexto de expansión de derechos y aparición de estructuras de oportunidad para la MSL. Son casos emblemáticos al respecto los casos Campo Algodonero; Rosendo Radilla; Inés Fernández y Valentina Rosendo Cantú, Castañeda Gutman. Como efectos directos de estas primeras sentencias se pueden mencionar la aparición dentro del sistema jurídico mexicano del "feminicidio" como un tipo penal que permite proteger derechos humanos, la acotación del fuero militar cuando los miembros del ejército comentan delitos donde estén involucrados civiles como presuntas víctimas, o la reforma política de 2014 que permite las candidaturas independientes; por sólo citar algunos ejemplos. Estos casos constituyen un claro ejemplo de cómo la movilización local, articulándose con redes internacionales de expertos en derechos humanos y apelando a instancias regionales, pueden lograr transformaciones en los sistemas jurídicos locales permitiendo obtener algo de justicia en casos concretos y generar nuevos repertorios que puedan ser utilizados por los movimientos sociales en sus procesos de acción colectiva.

Ahora bien, un acontecimiento que viene a reforzar la entrada del paradigma de los derechos humanos al ordenamiento jurídico mexicano y que por lo tanto abre numerosas ventanas de oportunidad para la acción colectiva, lo constituye sin dudas la *reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos*. Antes de analizar el contenido de la reforma y cómo afecta al campo de la minería en el país, creo que resulta importante hacer una reflexión. Sostengo que el DIDH y la reforma de 2011 en esta materia, son un logro de los ciudadanos, organizaciones sociales y los pueblos que lucharon durante años para su plena vigencia. Está claro que son también formas de negociación y vías a través de las cuáles los estados y el actual orden mundial recomponen su hegemonía, pero precisamente por eso son conquistas y no dádivas o mecanismos de cooptación y control.[82] Gran parte de los derechos y conquistas históricas arrebatadas por el neoliberalismo fueron fruto de la lucha obrera de fines del siglo XIX y de comienzos del XX; de las demandas sociales que por diversos medios los pueblos y partidos de izquierda organizados lograron colocar y que en el período de entre guerras

[82] Aunque en algunos casos puedan funcionar como tal.

La disputa del derecho.indb 406 28/11/18 10:52

y luego de la segunda guerra mundial se convirtieron en logros sociales indiscutidos. Claro que estos logros no escaparon a la reconfiguración hegemónica del capitalismo, pero también constituyeron un triunfo de los sectores progresistas y permitieron la dignificación y la elevación del nivel de vida y del disfrute de derechos de muchas personas. La lucha por los derechos es una clara muestra de que los procesos sociales son dialécticos, contradictorios, inacabados; que las victorias nunca son totales y que por lo tanto no queda más remedio que siempre seguir empujando. La reforma constitucional en materia de derechos humanos, lograda en México en 2011, es parte de ese proceso.[83]

La misma, provocó en el ámbito de los derechos humanos los siguientes cambios:[84]

- Sustitución del concepto de garantías individuales por el de derechos humanos lo cual lleva a la equiparación constitucional de los derechos civiles y políticos con los económicos sociales culturales y ambientales (DESCA), con la respectiva consecuencia de que éstos últimos puedan ahora ser judicializados sin duda alguna.
- Incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos al ordenamiento jurídico conformando un "bloque de constitucionalidad". Con ello, todos los tratados internacionales de la materia suscritos por México adquirieron rango constitucional, multiplicándose considerablemente la protección normativa a los derechos humanos. A partir de esta reforma, cuando hablamos de las normas constitucionales, no hablamos sólo de las *normas escritas en el texto constitucional*[85] sino también de todos los *tratados internacionales en materia de derechos humanos y en general de todo el* DIDH. Lo anterior fue confirmado por la Jurisprudencia en Contradicción de Tesis 293/2011. De esta suerte, la única excepción al rango constitucio-

[83] *Ni hegemónicos ni emancipatorios: los derechos humanos como repertorio para la acción colectiva frente al capitalismo extractivo minero*, Ciudad de México, Cisan-UNAM/ Flacso-México. 2016a.

[84] Gutiérrez Rivas, Rodrigo y Salazar Ugarte, Pedro, "El derecho como palanca emancipadora: las reformas constitucionales y los derechos sociales", en *Análisis Político*, Fridrich Ebert Stiftung, México, abril de 2012.

[85] Las cursivas son mías. El objetivo de usarlas en este párrafo es indicar cuáles son los componentes normativos del bloque de constitucionalidad en México.

La disputa del derecho.indb 407 28/11/18 10:52

> nal de los derechos reconocidos por estos tratados resultaría de una prohibición expresa incluida en la Constitución. Adicionalmente, y en virtud de la misma jurisprudencia, los *"criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Corte IDH), son vinculantes con independencia de que el estado mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, pues constituyen una extensión de los tratados internacionales que interpreta" (CT 293/2011, abril de 2014). Por otro lado, se reconoce el principio de interpretación conforme, a partir del cual la constitución será interpretada también desde los tratados de derechos humanos, lo cual permite que muchos de los principios de interpretación que están en las observaciones generales de los pactos del sistema de Naciones Unidas, así como los dictámenes y recomendaciones de comités de expertos puedan ser utilizados y alegados ante los tribunales mexicanos. Además, para resolver las posibles colisiones y discordancias entre derechos la constitución reconoce el principio *pro persona*. Por último, la reforma abre la puerta a la defensa vía derechos humanos de los derechos laborales, a través del recurso a los tratados de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) firmados por México y a las resoluciones de los comités de expertos.

En virtud de esta misma reforma quedó asentada la obligación para las autoridades del Estado (administración pública, legislaturas y jueces) de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos (párrafo tercero), siendo esta obligación equivalente tanto para los derechos civiles y políticos como para los económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), junto a las de prevenir investigar sancionar y reparar y al reconocimiento de los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad como cristales a través de los cuales mirar los derechos a la hora de interpretarlos.

A la reforma constitucional en materia de derechos humanos, se suman los *cambios tanto a la constitución y a la Ley reglamentaria en materia de Juicio de Amparo* (ocurridos en 2011 y 2013 respectivamente), como el establecimiento de las acciones colectivas. En lo relativo al juicio de amparo, el nuevo marco normativo incluye la posibilidad de recurrir a esta figura cuando se viole cualquier derecho humano (ya no "garantías individuales")

La disputa del derecho.indb 408 28/11/18 10:52

tanto por normas generales, como por un acto u omisión por parte de la autoridad. Por otra parte, ahora la parte agraviada no será únicamente la que pueda demostrar un agravio personal y directo sino también aquella que demuestre interés legítimo. Son muchos más los aspectos que se pueden sacar de la reforma al Juicio de amparo, pero consideramos éstos suficientes a los efectos de la presente investigación.

Por último, con relación a las *acciones colectivas*, el hecho que se incluyeran en el artículo 17 constitucional, implicó un cambio sin precedentes. Posteriormente, la regulación reglamentaria de este derecho en el libro quinto del Código Federal de Procedimientos Civiles resultó muy por debajo de las expectativas y potencialidades, al quedar limitados los sujetos que pueden presentar dichas acciones sólo en caso de afectaciones a los usuarios de servicios bancarios, consumidores y por violaciones a derechos que afecten el medio ambiente.

Todos estos elementos configuran un cambio cualitativo y cuantitativo en lo relativo a las "estructuras de oportunidad". Ahora tenemos una amplia carta de derechos en el nuevo bloque de constitucionalidad resultante de la reforma de 2011. Además, con la creación de las comisiones de derechos humanos, la posibilidad de acudir a las instancias del sistema interamericano y a los comités de los pactos, la creación de las acciones colectivas y el nuevo marco que regula el juicio de amparo, los procedimientos para hacer exigibles los derechos también se han multiplicado; sólo que todavía subsisten numerosas trabas burocráticas y materiales que obstaculizan el pleno acceso a la justicia por parte de ciudadanos y grupos sociales. Por otro lado, el poder judicial ha ido ganando lentamente en independencia, aunque no con la rapidez y consistencia necesarias. Ello debido, entre otras cosas, a la ausencia de jueces activistas que pongan en el primer plano la defensa de los derechos, tal y como sí sucedió con la Corte Constitucional colombiana. Todos estos cambios no se podrían entender sin el proceso de globalización que ha permeado la soberanía de los estados y ha permitido que junto a la "lex mercatoria" también se puedan articular las resistencias y estas tengan nuevas oportunidades para articular la movilización y a la mano al DIDH como parte del repertorio para la acción colectiva.

La disputa del derecho.indb 409 28/11/18 10:52

Acción colectiva y nuevos repertorios para la lucha social contra la minería

Todos estos cambios aquí explicados configuran un escenario donde los movimientos, y específicamente los que se enfrentan a la gran minería, acuden cada vez más a los repertorios institucionales dentro de sus procesos de acción colectiva. En México se encuentran hoy activos aproximadamente 113 conflictos ambientales.[86] Muchos de ellos son conflictos que se centran contra la imposición de megaproyectos mineros. De ellos, son quince los que considero más emblemáticos y que hemos analizado más a profundidad en otros trabajos.[87] En concreto se trata de los siguientes conflictos:

- Pueblo de Cerro de San Pedro y Frente Amplio Opositor (FAO) Vs New Gold Minera San Xavier, San Luis Potosí. (1996).
- Pueblo y organizaciones sociales de Chicomuselo Vs. Blackfire, Chiapas (2003).
- *Capulálpam* de Méndez Vs Minera Natividad (Continuum Resources y Sundance Minerals LTD), Oaxaca (2006).
- Coordinación de Pueblos Unidos del Valle de Ocotlán (CPUVO),
- San José del Progreso Vs. Minera Cuzcatlán, de Fortuna Silver Mines Inc., Oaxaca (2008).
- La Vida Vs Caballo Blanco y GoldGruop, Veracruz, (2010).
- Baja California Sur Vs. Proyectos Mineros Paredones Amarillos / Concordia / Los Cardones y La Pitaya, (2009).
- Costa Chica y Montaña de Guerrero Vs Hochschild y Camsim / Vendome Resources (2010).
- Pueblo Wixarika Vs. Concesiones mineras en su territorio sagrado (2010).
- Tetela de Ocampo (Sierra norte de Puebla) Vs Grupo Frisco (2011).

[86] Paz Salinas, María Fernanda, "Conflictos socioambientales en México: ¿qué está en disputa?", en Paz, M. F. y N. Risdell, *Conflictos, conflictividades y movilizaciones socioambientales en México: problemas comunes, lecturas diversas*, Cuernavaca, México, CRIM-UNAM / Miguel Ángel Porrúa, 2014, p. 15.

[87] Peláez Padilla, Jorge, *¿Minando la movilización?: acción colectiva, reforma legal, y resistencia antimegaminera en México 2012-2013*, CDMX, UNAM, 2017.

La disputa del derecho.indb 410 28/11/18 10:52

- Zautla (Sierra norte de Puebla) Vs JDC Minerales, S. A. de C. V. (2011).
- Ixtacamaxtilán (Sierra Norte de Puebla) Vs. Almaden Minerals (2011).
- Ejido Benito Juárez, (Chihuahua) Vs Mag Silver Gorp (Canadá) 2012.
- Movimiento morelense contra las concesiones mineras de metales preciosos Vs Esperanza Silver y Alamos Gold (Cánada) 2012.
- Pueblo nahua de Zacualpan (Colima) Vs Gabfer S.A de C.V, 2013.

Se trata de procesos que se pueden clasificar como *movimientos socio ambientales territoriales* (MSAT).[88] A partir de esta forma de enmarcar la acción colectiva, han puesto en juego numerosos repertorios, donde el derecho en muchos casos ha jugado un papel fundamental. Como resultado, en doce de estos procesos se ha podido frenar los proyectos extractivos.[89] Estos distintos movimientos han contado con espacios de articulación nacional, como la Asamblea Nacional de Afectados Ambiental (ANAA), la Red Mexicana de Afectados por la Minería (REMA), o el proceso de movilización por una nueva Ley Minera. Sin que constituya nuestro objetivo hacer una evaluación del peso de los distintos repertorios para la movilización como un todo, a continuación analizaremos la importancia de los repertorios jurídicos y cómo estos se han visto fortalecidos en los últimos años.

En total, he identificado[90] siete tipos de repertorios jurídicos que han sido utilizados: 1) *Planes de Ordenamiento Ecológico del Territorio* (POET), utilizados en los casos de Cerro de San Pedro y de Baja California Sur; 2) las

[88] Svampa, "Consenso de los commodities…", *op. cit.*; Paz Salinas, María Fernanda, "Conflictos socioambientales en México, *op. cit.*; Pérez-Rincón, Mario Alejandro, "Conflictos ambientales en Colombia: inventario, caracterización y análisis", Garay Salamanca, L. J. *Minería en Colombia. Control público, memoria y justicia socio-ecológica, movimientos sociales y posconflicto*, Bogotá, Contraloría General de la Nación, 2014. Peláez Padilla, Jorge. "Tesis doctoral", México, FCPS-UNAM, 2016.

[89] Solo en los casos de Cerro de San Pedro y de San José del Progreso, la minera ha seguido trabajando. Una explicación más completa en torno a los factores involucrados en los éxitos o fracasos de estos procesos puede encontrarse en el capítulo tercero de mi tesis doctoral "… … "

[90] Peláez Padilla, Jorge. 2016. *Tesis doctoral…*

La disputa del derecho.indb 411 28/11/18 10:52

Consultas Públicas y la Reunión Pública de Información que prevé la LGEEPA, utilizados en los casos de La Vida, Baja California Sur, Tetela de Ocampo y Movimiento Morelense; El *derecho agrario*, en los casos de Capulálpam, Montaña deGuerrero, Zautla, Ejido Benito Juárez y Zacualpan; 4) la *judicialización vía el derecho administrativo*, utilizado en el caso de Cerro de San Pedro; 5) la *judicialización vía derechos humanos*, en los casos de Wirikuta, Montaña de Guerrero, Ixtacamaxtitlán y Zacualpan; 6) la *declaración de "Territorios Libres de Minería"*, utilizada en los casos de Zacualpan y del Movimiento Morelense; 7) y finalmente *uso de las herramientas legislativas*, que tuvo como elemento a destacar el proceso de movilización por una nueva ley minera, en el que participaron varios movimientos locales durante los años de 2012 a 2014. Son precisamente en estos últimos tres repertorios donde vemos de manera más clara la influencia del DIDH y en general del proceso de globalización de los derechos y las resistencias.

Judicialización vía derechos humanos: Como ya hemos explicado, la reforma del 2011 permitió la entrada del DIDH en el ordenamiento mexicano, debido a la presión tanto local como internacional. Ello permitió la utilización del juicio de amparo para defender derechos colectivos y la mejor construcción de argumentos jurídicos para sostener los criterios de violación a derechos colectivos de los pueblos indígenas (territorio, libre determinación, consulta previa). Además, este repertorio se pudo asociar virtuosamente con el relativo al *derecho agrario* creando una estrategia más potente que vincula los derechos a la tierra con aquellos presentes en el DIDH para pueblos indígenas. Esta vinculación ha sido fundamental para los casos de San José del Progreso, Ixtacamaxtitlán y Zacualpan.

Declaratoria de territorios libres de minería: Si bien se trata de un repertorio político, su configuración en México pasa por utilizar herramientas jurídicas (repertorios agrarios en los casos de Zacualpan 2015 y comunidades de Ejutla, Ocotlán y Tlacolula, Oaxaca, en 2015; y mecanismos municipales de participación en el caso de Xochitepec y Miacatlán, Morelos, también en 2015).[91] Ahora bien, en el diseño e implementación de esta estrategia ha sido fundamental la globalización de las resistencias ya que se trata de una estrategia implementada en el país por la Red Mexicana de Afectados por la Minería (REMA), pero pensada en el seno el Movimiento Meso-

[91] *Ibidem*.

La disputa del derecho.indb 412 28/11/18 10:52

americano contra el Modelo extractivo Minero (M4),[92] a partir a partir de experiencias de participación y consultas comunitarias como la de los pueblos indígenas de San Marcos, Guatemala, en contra de la Mina Marlín, propiedad de GoldCorp.

Uso de las herramientas legislativas

Finalmente, los casi dos años durante los cuales un grupo de movimientos sociales locales opuestos a la gran minería decidieron construir un proyecto de Nueva Ley Minera y cabildearla en el Congreso de la Unión, permitió un espacio de articulación y aprendizaje para numerosos movimientos a nivel nacional, más allá de la aprobación o no del proyecto. Durante este tiempo, los movimientos pudieron intercambiar estrategias y aprender de las distintas experiencias de resistencia. Además, la fundamentación de la necesidad de modificar la Ley Minera por parte de los movimientos sociales involucrados en el proceso se basó en la necesidad de armonizar el marco normativo con el DIDH, que entró a la constitución a partir de la reforma constitucional de 2011. Nuevamente los estímulos derivados del derecho internacional, fruto de la presión de instituciones internacionales y de las organizaciones y movimientos sociales mexicanos, sirvieron para permitir una ampliación en las oportunidades para la acción colectiva y la emergencia de nuevos repertorios.

Conclusiones

Como hemos explicado a lo largo del presente artículo, las consecuencias en el derecho derivadas de la globalización neoliberal no abarcan sólo el ámbito de la modificación de la normatividad nacional para ponerla en función del mercado y en el caso particular que estudiamos, del extractivismo minero. También impacta a los actores que resisten este embate abriendo oportunidades para la acción colectiva, lo cual se traduce en nuevos reper-

[92] En el mismo participan organizaciones y pueblos de Guatemala, El Salvador, Honduras, México, Panamá y Costa Rica). Ver <http://movimientom4.org/>.

La disputa del derecho.indb 413 28/11/18 10:52

torios que los movimientos están sabiendo utilizar, tal y como explicamos en el cuarto apartado.

Ahora bien, que ambas caras de un mismo fenómeno coincidan no implica que concurran en igualdad de condiciones. Como es habitual, los poderes políticos y económicos hegemónicos tienen las principales riendas en sus manos, porque controlan gran parte de los dispositivos económicos e ideológicos y culturales para perpetuar su condición de jugador principal. No obstante, resulta importante comprender analíticamente que estos procesos se dan también en lado de los oprimidos, así como dar cuenta de cómo esto sucede empíricamente, tal y como explicamos de manera resumida en estas páginas.

Ahora bien, también resulta relevante para el ámbito de la acción política. Saber aprovechar estos espacios ha sido fundamental en la historia de las resistencias contra los diversos tipos de opresiones. Hoy sigue siendo fundamental para encontrar las formas articular mejor la acción colectiva frente al brutal proceso de acumulación por despojo y de colonización del capitalismo de todos los espacios de la vida humana, para no paralizarnos ante la envergadura del enemigo. Los dominados siempre encontrarán las formas de luchar contra quienes quieren mantenerlos en esa condición. En este camino, no queda más remedio que seguir empujando. Comprender analíticamente la complejidad de estos procesos, es una forma también de luchar.

Bibliografía

Acosta, Alberto. 2011. "Extractivismo y neoextractivismo: dos caras de la misma maldición", *La Línea de Fuego* (Pensamiento Crítico), diciembre 23.

Alimonda, Héctor y Arturo Escobar. 2011. *La naturaleza colonizada: ecología política y minería en América Latina.* Buenos Aires, Clacso / Ediciones CICCUS.

Bebbington, Anthony. 2007. *Minería, movimientos sociales y respuestas campesinas: una ecología política de transformaciones territoriales.* Lima, Instituto de Estudios Peruanos / Centro Peruano de Estudios Sociales.

La disputa del derecho.indb 414 28/11/18 10:52

_____. 2013. "Industrias extractivas, conflictos socioambientales y transformaciones político-económicas en la América Latina", en Anthony Bebbington, *Industrias extractivas: conflictos sociales y dinámicas institucionales en la Región Andina*, Lima, Instituto de Estudios Peruanos / Centro Peruano de Estudios Sociales / Grupo Propuesta Ciudadana.

Bebbington, Anthony, *et al.* 2013 "Anatomías del conflicto: la negociación de las geografías de la industria extractiva en los países andinos". En Anthony Bebbington, *Industrias extractivas: conflictos sociales y dinámicas institucionales en la Región Andina*, Lima, Instituto de Estudios Peruanos / Centro Peruano de Estudios Sociales / Grupo Propuesta Ciudadana.

Cabrera Leal, Mauricio y Julio Fierro Morales. 2013. "Implicaciones ambientales y sociales del modelo extractivista en Colombia". En Garay Salamanca, L. J., *Minería en Colombia. Fundamentos para superar el modelo extractivista*, Bogotá, Contraloría General de la República.

Colectivo Voces de Alerta. 2011. *15 mitos y realidades de la minería transnacional en la Argentina. Guía para desmontar el imaginario prominero*, Buenos Aires, El colectivo / Ediciones Herramienta.

Composto, Claudia y Mina Lorena Navarro (comps.) 2014. *Territorios en disputa: despojo capitalista, luchas en defensa de los bienes comunes naturales y alternativas emancipatorias para América Latina*, México, Bajo Tierra Ediciones.

Cravioto, Francisco y Fundar. 2014. *Estado ausente. Problemas con la legislación minera mexicana*, Documento de trabajo.

Deneault, Alain. 2008. *Negro Canadá. Saqueo, corrupción y criminalidad en África*, Montreal, Ecosociété, 2008.

Domingo, Pilar, "Judicialización de la política: el cambio del papel político del Poder Judicial en México", 2011.

Garay Salamanca, L. J. 2013. *Minería en Colombia. Fundamentos para superar el modelo extractivista*, Bogotá, Contraloría General de la República.

Garibay, Claudio. 2010. "Paisaje de acumulación minera por desposesión campesina en el México actual". En Delgado Ramos, Gian Carlo (coord.), *Ecología política de la minería en América Latina*, México, CEICH-UNAM.

La disputa del derecho.indb 415 28/11/18 10:52

Gudynas, Eduardo. 2009. "Diez tesis urgentes sobre el nuevo extractivismo. Contextos y demandas bajo el progresismo sudamericano actual", en Schuldt, Jürgen, Alerto Acosta y Centro Latino Americano de Ecología Social, *Extractivismo política y sociedad*, Quito, Centro Andino de Acción Popular / CLAES.

_____. 2011. "Debates sobre el desarrollo y sus alternativas en América Latina: Una breve guía heterodoxa", en Margarita Aguinaga, Miriam **Lang** y Dunia Mokrani, *Más allá del desarrollo*, Quito, Abya Yala / Fundación Rosa Luxemburg.

Harvey, David. 2004. *El nuevo imperialismo*. Tres Cantos, Madrid, Akal Ediciones. Hernández Zubizarreta, J. 2009. *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa de la responsabilidad social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales*, Bilbao, Vitoria-Gasteiz / Hegoa.

Keck, Margaret E. y Sikkink, Kathryne. 2000. *Activistas sin fronteras. Redes de defensa en política internacional*, Madrid, Siglo XXI.

Kirsch, Stuart. 2013. "Los conflictos sobre las industrias extractivas: una visión comparativa desde afuera", en Anthony Bebbington, *Industrias extractivas: conflictos sociales y dinámicas institucionales en la Región Andina*, Lima, Instituto de Estudios Peruanos / Centro Peruano de Estudios Sociales / Grupo Propuesta Ciudadana.

López Bárcenas, Francisco, Eslava Galicia, Mayra M. 2013. *El mineral o la vida. Legislación y políticas mineras en México*, México DF, Itaca.

Machado Araoz, Horacio. 2011. "El auge de la minería transnacional en América Latina. De la ecología política del neoliberalismo a la anatomía política del colonialismo", en Alimonda, Héctor y Arturo Escobar. *La naturaleza colonizada: ecología política y minería en América Latina*, Buenos Aires, Clacso / Ediciones CICCUS.

McAdam, D., McCarthy, J. D. y Zald, M. N. 1999. *Comparative Perspective in Social Movements. Political Opportunities, Mobilizing Structures, and Cultural Framings,* Cambridge University Press, Cambridge.

opae-Comisión Pastoral Paz y Ecología. 2008. *Informe anual del monitoreo y análisis de la calidad de las aguas. San Marcos, Guatemala.* <http://www.guatemala.at/navegation_links/archiv/082008%20COPAE%20Informe%20Anual%20del%20Monitoreo%20y%20Analisis%20de%20la%20Calid ad%20del%20agua.pdf>.

La disputa del derecho.indb 416 28/11/18 10:52

Ortiz, José de Jesús. 2009. *La batalla por Cerro de San Pedro*, S/E, San Luis Potosí, México, 2009.

Paz Salinas, María Fernanda. 2014. "Conflictos socioambientales en México: ¿qué está en disputa?". En Paz, M.F. y N. Risdell, *Conflictos, conflictividades y movilizaciones socioambientales en México: problemas comunes, lecturas diversas*, Cuernavaca, México, CRIM-UNAM / Miguel Ángel Porrúa.

Peláez Padilla, Jorge. 2016. *Tesis doctoral*, México, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales-UNAM.

_____. 2016a. *Ni hegemónicos ni emancipatorios: los derechos humanos como repertorio para la acción colectiva frente al capitalismo extractivo minero*, Ciudad de México, Cisan-UNAM/ Flacso-México.

Pérez-Rincón, Mario Alejandro. 2014. "Conflictos ambientales en Colombia: inventario, caracterización y análisis", Garay Salamanca, L. J. (2014). *Minería en Colombia. Control público, memoria y justicia socio-ecológica, movimientos sociales y posconflicto*, Bogotá, Contraloría General de la Nación.

Rodríguez Garavito, César. 2012. *Etnicidad.gov. Los rccursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*, Bogotá, Dejusticia.

Sánchez Albavera, Fernando, Jeannette Lardé. 2006. *Minería y competitividad internacional en América Latina*, Santiago, Naciones Unidas, CEPAL, División de Recursos Naturales e Infraestructura.

de Sousa Santos, Boaventura y César Rodríguez Garavito. 2007. "El derecho la política y lo subalterno en la globalización contrahegemónica", en de Sousa Santos, Boaventura (coord.). *El derecho y la globalización desde abajo*, México, Anthropos.

Scott, J. C. 2000. *Los dominados y el arte de la resistencia*. México, ERA.

Sieder, Rachel Schjolden, Line y Angell, Allan. 2011. "Introducción", en Sieder, Rachel Schjolden, Line y Angell, Allan, *La judicialización de la política en América Latina*, México, CIESAS / Universidad Externado.

Svampa, M. A. M. 2009. *Minería transnacional, narrativas del desarrollo y resistencias sociales*, Buenos Aires, Editorial Biblos.

_____. 2011. "Modelos de desarrollo, cuestión ambiental y giro ecoterritorial", Alimonda, Héctor, *La naturaleza colonizada: Ecología política y minería en América Latina*, Buenos Aires, Clacso.

La disputa del derecho.indb 417 28/11/18 10:52

_____. 2012. "Consenso de los commodities, giro ecoterritorial y pensamiento crítico en América Latina", *Revista del Observatorio Social de América Latina*, año XIII, núm. 32.

Tarrow, Sidney. 2004. *El Poder en movimiento. Los movimientos sociales, la acción colectiva y la política*, Madrid, Alianza Editorial.

Zibechi, Raul. 2014. "El estado de excepción como paradigma político del extractivismo", en Composto, Claudia y Mina Lorena Navarro (comp.), *Territorios en disputa: despojo capitalista, luchas en defensa de los bienes comunes naturales y alternativas emancipatorias para América Latina.* México, D.F., Bajo Tierra Ediciones.

Leyes y Jurisprudencias

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (oit). "Pueblos Indígenas y Tribales". <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang-es/index.htm>. Consultado: 18 de noviembre de 2015.

"Jurisprudencia por Contradicción de Tesis" (ct) 293/2011. abril de 2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Décima época, tomo 1, p. 202.

Ley Minera. 1992. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/151.pdf>. Consultado: 23 de abril de 2014.

Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (lgeepa) (1988). <http://www.conacyt.gob.mx/cibiogem/images/cibiogem/protocolo/LGEEPA.pdf>. Consultado: 18 de noviembre de 2015.

Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC). "Propuesta de nueva Ley Minera desde los movimientos sociales", <http://consultaprevia.org.mx/?page_id=202363> Consultado 23 de abril de 2014.

"Reglamento de la Ley Minera", <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LMin.pdf>. Consultado: 23 de abril de 2014.

La disputa del derecho.indb 418 28/11/18 10:52

Informes

Auditoría Superior de la Federación (asf). Regulación y Supervisión de la Actividad Minera, Auditoría de Desempeño: 12-0-10100-07-0389. Grupo Funcional de Desarrollo Económico. Secretaría de Economía, 2012a.

_____. Otorgamiento de Concesiones e Ingresos por Derechos en Materia Minera, Auditoría Financiera y de Cumplimiento: 12-0-10100-02-0030. Grupo Funcional de Desarrollo Económico. Secretaría de Economía. 2012b.

_____. Promoción de la Actividad Minera, Auditoría de Desempeño: 13-0-10100-07-0370. Grupo Funcional de Desarrollo Económico, Secretaría de Economía. 2013.

Colectivo Oaxaqueño en Defensa de los Territorios, *et al.*, "Justicia para San José del Progreso. Informe de la misión civil de observación Oaxaca-México 2012" Oaxaca, 2013.

Fundar Centro de Análisis e Investigación. "Minería y Petróleo en México", <http://mineriaypetroleo.org>. Consultado: 22 de abril 2014.

Gobierno Federal, *Reforma Energética, Resumen Ejecutivo*, <http://cdn.reformaenergetica.gob.mx/resumen-de-la-explicacion.pdf>. Consultado: 20 de abril de 2014.

Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (inegi). "La minería en México 2014". Aguascalientes, 2014.

Secretaría de Economía, *Sistema de Administración Minera* (siam). <http://www.siam.economia.gob.mx/es/siam/p>._2012.

Artículos de prensa

Miranda, Juan Carlos, "Desplome chino complica la industria minera en México: Peñoles", *La Jornada*, México. <http://www.jornada.unam.mx/ultimas/2015/08/28/desplome-chino- complica-la-industria-minera-en-mexico-7182.html>. Consultado: 17 de noviembre 2015.

Posada García, Miriam y Zúñiga, Juan Antonio, "Busca Hacienda que más empresas cumplan con obligaciones fiscales", *La Jornada*, 16 de

La disputa del derecho.indb 419 28/11/18 10:52

octubre de 2009, <http://www.jornada.unam.mx/2009/10/16/economia/032n1eco>. Consultado: 16 de septiembre 2013.

Zúñiga, Juan Antonio y González, Susana. "Duplican magnates mineros el oro extraído en la Colonia", *La Jornada*, Suplemento especial, 14 de noviembre de 2011, <http://www.jornada.unam.mx/2011/11/14/min-oro.html>. Consultado: 22 de abril 2014.

La disputa del derecho.indb 420 28/11/18 10:52

IV

La disputa por el derecho: análisis de casos en América Latina

Protección del medio ambiente y derechos de los pescadores cucapá. Un análisis dicotómico o un despojo anunciado en el Estado neoliberal

Yacotzin Bravo Espinosa*

Introducción

En México el abordaje sobre el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en su relación con la protección y conservación de los recursos naturales en Áreas Naturales Protegidas se ha abordado de modo dicotómico y algunas veces irreconciliable, no obstante, tendrían que ser dos temas que estén en constante diálogo e interconexión debido a que México es el segundo país en el planeta bioculturalmente rico, es decir, donde los espacios se caracterizan por poseer biodiversidad, etnodiversidad y agrodiversidad. De modo que, no es de sorprenderse que en la mayoría de los

* Doctoranda en Ciencias Antropológicas en la UAM-Iztapalapa. Ha trabajado en diversos proyectos de investigación en México en la UNAM, UABC, CIESAS-DF y en el Centre on Law and Social Transformation, University of Bergen. Miembra del Grupo de trabajo "Pensamiento jurídico crítico", Clacso. levantiscoez@gmail.com.

La disputa del derecho.indb 423 28/11/18 10:52

territorios con mayor biodiversidad sean aquellos donde están asentados los pueblos indígenas.[1]

En lugar de ello, existen voces en el sector ambiental institucional cuyo discurso y agenda se ha enfocado en la protección y preservación ambiental vinculada a una perspectiva desarrollista y modernizadora de las localidades o comunidades que habitan los espacios de las Reservas; donde la organización comunitaria o su sentido colectivo desaparece para convertir a pueblos y comunidades indígenas en usuarios de las Reservas; y donde las medidas de protección y preservación de las especies se crean e implementan unilateralmente y de arriba hacia abajo pues en la ley ambiental no existen normas ni mecanismos que reconozcan los derechos territoriales, la disposición y usos colectivos de los recursos naturales, y el derecho a la consulta y consentimiento previo, libre e informado. Se contempla la participación y la consulta pública de los usuarios pero son mecanismos que no se relacionan con la forma de organización y decisión colectiva de los pueblos indígenas.

También existen posturas que colocan a estos pueblos como depredadores de la naturaleza o como atrasados que no desarrollan las potencialidades de los territorios y sus recursos. Ello bajo una lógica que considera a los recursos naturales y culturales como bienes por comercializar o explotar en un razonamiento estrictamente productivista y mercantil, es decir, donde lo importante es elevar la productividad que produzca beneficios económicos para la comunidad, bajo un discurso de desarrollo sustentable que no respeta el significado y los usos colectivos y culturales sobre esos recursos naturales que pueden tener los pueblos indígenas.

El caso que se aborda en este documento expone cómo se han interseccionado estos discursos para negar y vulnerar los derechos de los cucapá, un pueblo indígena en el norte del país, que actualmente se dedica a la pesca comercial de la curvina golfina y cuyo espacio de pesca se incorporó

[1] México está en segundo lugar después de Indonesia y por delante de India, Australia, Brasil y China. Además, el autor realiza un mapa sobre la coincidencia entre las zonas ecológicas, las regiones indígenas y las resistencias y organización contra el despojo. Toledo, M. Víctor, *Ecocidio en México. La batalla final es por la vida*, Parte III, México: las resistencias socioambientales, México, Penguin Random House, 2015.

La disputa del derecho.indb 424 28/11/18 10:52

en 1993 a la Zona Núcleo de la Reserva de la Biosfera del Alto Golfo de California y Delta del Río Colorado (en adelante: Reserva).

Sin embargo, se realiza un análisis que artícula los diversos procesos históricos que conllevaron al despojo sobre el territorio y la forma de vida de este pueblo estrechamente vinculada a conflictos ambientales derivados de las políticas de administración del agua internacionales y nacionales sobre el Río Colorado y las políticas productivas de México y Estados Unidos que disputan el agua como recurso para la producción y la urbanización. Esto con la intención de dimensionar los conflictos y temas ambientales que históricamente se relacionan con el territorio cucapá y su actividad pesquera así como la forma en que el Estado los atiende dentro de la creación de una estrategia regional de conservación como es la Reserva. Este recorrido se aborda en el primer apartado de este texto.

Además, es necesario exponer la transición histórica que los pescadores cucapá han tenido en su ocupación del Río Colorado y su desembocadura, los desplazamientos de sus espacios de pesca y su inserción a la pesca comercial de la curvina golfina con el objetivo de analizar la dinamicidad de este pueblo y sus formas de adaptación a los cambios y despojos sobre su territorio y forma de vida. Sobre todo, interesa explicar la forma en que estos se insertan a un espacio y régimen pesquero y ambiental que está en crisis debido a la sobre explotación de las especies en el Alto Golfo de California producto de la política y normatividad pesquera y que, además, está transitando a la privatización y el desmantelamiento producto de las políticas neoliberales en el sector pesquero, al mismo tiempo que el tema ambiental está cambiando en México. Así pues, en la segunda parte de este trabajo, se analizará la transición al Estado neoliberal en el que se crea la Reserva de la Biosfera con el objeto de observar los factores que se interseccionan entre la preservación de los recursos naturales y el reconocimiento de los derechos en un momento de cambio del paradigma ambiental y donde se configura una agenda multicultural para responder a las demandas de los pueblos indígenas.

Por último, es fundamental conocer la forma en que los cucapá a través de la Sociedad Cooperativa Pueblo Indígena Cucapa Chapay Seis Jhiurrar Cucapa Pueblo Cucapá (en adelante: Cooperativa Pueblo Indígena Cucapá) disputan los discursos ambientales y demandan el respeto y reconocimiento de su derecho al acceso a la desembocadura del Río Colorado, a

La disputa del derecho.indb 425 28/11/18 10:52

su actividad pesquera sobre la curvina golfina como una actividad ancestral y sus derechos a la consulta y consentimiento previo, libre e informado. Así como las respuestas gubernamentales frente a estas estrategias nacionales e internacionales de lucha que han impulsado desde hace 25 años que se creó la Reserva. Se pone énfasis en los efectos que han tenido las medidas medioambientales regionales en la reconfiguración del espacio de pesca cucapá y en las posibilidades que se han existido para la armonizar el tema ambiental y los derechos es este pueblo indígena.

Enmarcamiento del despojo del territorio cucapá y los conflictos ambientales: el Río Colorado, un asunto pendiente

El pueblo cucapá es un pueblo binacional con un patrón de asentamiento disperso. En una geografía desértica, como lo es el actual Valle de Mexicali en Baja California, su forma de vida, subsistencia y cosmovisión se ha relacionado ancestralmente con el Río Colorado. Hasta las primeras décadas del siglo XX, tenían un patrón de asentamiento cíclico y estacional vinculado estrechamente con el comportamiento de sus afluentes: la pesca se realizaba a lo largo del río; la recolección y la caza dependían de la flora y la fauna existente gracias a la disponibilidad de agua; y debido a las inundaciones estacionales podían permanecer mayor tiempo en determinados sitios y realizar diferentes cultivos.[2]

No obstante, durante los siglos XIX y XX se articularon procesos políticos, económicos y legales que los fueron despojando paulatinamente de su territorio y forma de vida. Procesos situados históricamente en medio de conflictos internacionales entre México y Estados Unidos. Para efectos de

[2] Un análisis puntual sobre la forma de vida de este pueblo se puede ver Ortega Esquinca, Agustín, *La comunidad Cucapá. Un proceso de formación social en la cuenca baja del Colorado-Gila*, Tesis Doctoral, Programa de Doctorado "Tendencias y aplicaciones en la investigación arqueológica", Sevilla, Departamento de Prehistoria y Arqueología-Facultad de Geografía e Historia, Universidad de Sevilla, 2004, pp. 115-123; Samaniego López, Marco Antonio (coord.), *Breve historia de Baja California*, UABC / Miguel Ángel Porrúa, México, 2006, pp.17-20 y Gómez Estrada, José Alfredo, *La gente del delta del Río Colorado. Indígenas, colonizadores y ejidatarios*, México, Universidad Autónoma de Baja California, 2000, pp. 69, 164-166.

La disputa del derecho.indb 426 28/11/18 10:52

este trabajo cabe resaltar, por una parte, el conflicto transfronterizo derivado del avance del capitalismo estadunidense sobre la Alta California que hasta 1848 fue territorio mexicano y con la firma el Tratado de Guadalupe-Hidalgo, Estados Unidos adquiere los actuales territorios de Arizona, Nevada, Utah, y porciones de Nuevo México, Colorado y Wyoming.[3]

Este conflicto transfronterizo se derivó en que la mayoría del Río Colorado quedó en jurisdicción de Estados Unidos y su agua después de 1935 fue contenida en grandes presas. La canalización del agua del lado estadounidense produjo conflictos entre los dos países por los derechos de administración del agua; derechos que eran disputados y codiciados debido a su importancia para el desarrollo de la industria agrícola, turística y urbana de los dos lados de la frontera.

Y, por otra parte, frente a la amenaza de invasiones el gobierno mexicano tenía que consolidar las fronteras territoriales en el norte así que impulsó una política de colonización, reparto agrario y desarrollo económico en Baja California.[4]

Así pues, lo que definió el despojo del territorio cucapá fue la superposición entre el avance del capitalismo estadounidense y la lucha del Estado mexicano por consolidar sus fronteras mediante la expansión de la propiedad privada, en un primer momento, y, después de 1930, a través de la reforma agraria. Los resultados fueron que el pueblo quedó dividido entre Estados Unidos y México. La contención del agua provocó graves impactos ambientales sobre los ecosistemas que dependían de sus afluentes. La alteración de los hábitats afectó directamente al pueblo cucapá cuyo modo de vida se desarrollaba a lo largo del Río Colorado y su subsistencia que dependía de esos ecosistemas. Sumado a esto el reparto agrario y la propiedad privada había fragmentado completamente el territorio en el que se desplazaban estacionalmente y con la migración impulsada para la colonización, las características demográficas de Mexicali también cambiaron:

[3] Gómez Estrada, José Alfredo, *op. cit.*, pp. 39 y 40.

[4] Un análisis puntual sobre las políticas y leyes de colonización y agrarias así como de la disputa internacional y formas de administrar los derechos del agua del Río Colorado se puede ver en: Bravo Espinosa, Yacotzin, "Los territorios indígenas y la colonialidad del derecho: la lucha por la defensa del territorio indígena cucapá (Baja California, México)", *Tefros*, Taller de Etnohistoria de la Frontera Sur, vol. 16, núm. 1, enero-junio, 2018, Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina, pp. 34-68.

La disputa del derecho.indb 427 28/11/18 10:52

> en los primeros años de la década de los cincuenta, tanto asiáticos como los indígenas fueron desplazados en términos numéricos por inmigrantes mexicanos, procedentes del interior del país. Estos pobladores, establecidos de modo permanente, ampliaron la explotación de los recursos e impusieron nuevas formas de propiedad sobre la tierra y el agua.[5]

Todo esto fue provocando que los cucapá paulatinamente fueran perdiendo su forma de habitar su territorio, tanto en sus tierras como a lo largo del río así que empezaron a migrar en busca de trabajo y se fueron dispersando entre Estados Unidos, Baja California y Sonora.

Los cucapá de Baja California en 1973 vieron en el reparto agrario una oportunidad y se organizaron para solicitar la restitución de sus tierras como resultado el Estado les restituyó bienes comunales de terrenos pedregosos, arenosos y desérticos en la Sierra Cucapá.[6] Las tierras que se dotaron no tenían posibilidad de uso agrario o habitacional. Las familias cucapá estaban dispersas en los ejidos mexicanos y una parte importante vivía a lo largo de las orillas del Río Hardy (tributario del Río Colorado) frente a la Sierra Cucapá.

A pesar de los tratados internacionales firmados entre Estados Unidos y México, la distribución del agua del Colorado dependía de la voluntad del gobierno estadunidense y las entregas a México estaban sujetas a la disponibilidad de sus excedentes. Además, el uso intensivo del agua para las actividades productivas y desarrollo urbano del otro lado de la frontera se tradujo en que la cantidad de agua otorgada era insuficiente, los niveles de salinidad muy altos y estaba contaminada.[7]

[5] Gómez Estrada, José Alfredo, *op. cit.*, pp. 10.

[6] El 30 de agosto de 1973 por medio de la "Resolución presidencial de reconocimiento y dotación de bienes comunales" se les otorga a 42 comuneros 143,053-50-00 hectáreas de terrenos pedregosos, arenosos y desérticos en la Sierra Cucapá. "Resolución sobre reconocimiento y titulación de bienes comunales del poblado Comunidad Mayor Indígena Cucapah, Municipio de Mexicali, B. Cfa". Esta resolución fue otorgada el 20 de agosto de 1973 pero fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el viernes 23 de noviembre de 1973.

[7] Cortez Lara, Alfonso Andrés, "Gestión local y binacional del agua del Río Colorado: el reto de la región fronteriza California-Baja California". En Cortez Lara, Alfonso Andrés, Whiteford, Scott y Manuel Chávez Márquez (coord.), *Seguridad, agua y desarrollo. El futuro de la frontera México-Estados Unidos*, Tijuana, El Colegio de la Frontera Norte, 2005, pp. 341-349.

La disputa del derecho.indb 428 28/11/18 10:52

En 1978 hubo un excedente de agua que se liberó hacia el lado mexicano, provocando la inundación en los afluentes naturales del Río Colorado, sus tributarios y la Laguna Salada. En este suceso, las familias cucapá que vivían a lo largo del del Río Hardy se inundaron y fueron reacomodados en la actual comunidad El Mayor Indígena Cucapá (o El Mayor).[8] Por primera vez, los cucapá quedaron concentrados en un poblado. Aunque la presencia del agua también posibilitó que las familias tanto las de El Mayor como las que vivían en los ejidos mexicanos pescaran a lo largo del Río Colorado, el Río Hardy y la Laguna Salada.

La laguna Salada fue punto de encuentro para la pesca y espacio de convivencia de las familias cucapá hasta que 1989 que se secó (sobre esto se volverá en el siguiente apartado).[9]

A esta política internacional se suma que en México su administración se hace por sistemas de irrigación que ha priorizado el suministro para el desarrollo urbano, agrícola e industrial de Mexicali, Tecate y Tijuana en Baja California y San Luis Río Colorado en Sonora. Entonces, a la escasez de agua se suma la mala calidad y contaminación derivada de los agroquímicos y aguas residuales urbanas e industriales.

Estos dos fenómenos se ven reflejados en la composición actual del agua del Río Hardy donde aún siguen pescando los cucapá de El Mayor Indígena Cucapá. Este tributario ante la falta de agua del Río Colorado se nutre principalmente de aguas de drenaje agrícola que pasan por un proceso de tratamiento de aguas residuales,[10] cuya cantidad en el año es

[8] Navarro Smith, Alejandra y Sergio Cruz Hernández, "Territorio y prácticas culturales amenazadas en pueblos yumanos en Baja California", *EntreDiversidades. Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, núm. 5, Universidad Autónoma de Chiapas, 2015, pp. 85- 87; y Sánchez Ogás, Yolanda, *A la orilla del Río Colorado*, Mexicali, Editorial Salcar, 2001, pp. 116, 117 y 125-136.

[9] Historia de Vida. Presidenta de la Cooperativa Pueblo Indígena Cucapá, 20 de febrero 2016, Ejido Oviedo Mota, El Indiviso.

[10] La planta de tratamiento de aguas residuales Las Arenitas se creó en 2007 sus afluentes se descargan al dren agrícola que se convierte en el Río Hardy el cual confluye en el Río Colorado y, posteriormente, en zona de influencia del mar. Las aguas que produce tienen que cumplir con la Norma Oficial Mexicana NOM-001- SEMARNAT-96 sobre los estándares de calidad del agua para embalses artificiales o naturales y uso del agua en riego agrícola y NOM-003-SEMARNAT-97 que establece los límites máximos permisibles de contaminantes para las aguas residuales tratadas que se re usen en servicios al público.

La disputa del derecho.indb 429 28/11/18 10:52

variable porque depende de los ciclos de riego. No obstante que es la única fuente de agua para el Río Hardy y para el uso ambiental, las afectaciones sobre la salud humana aún no han sido documentadas.[11] Sin embargo, en septiembre del 2017 se presentó una mortandad masiva de peces en varios lugares del Valle de Mexicali, entre ellos el Río Hardy; los cucapá de El Mayor y dueños de los campos turísticos asentados en las orillas del río denunciaron altas cantidades "amonio, cloro residual y otros sólidos de material biodegradable orgánico en el cuerpo de agua lo que desde su punto de vista provocaron la muerte de miles de peces".[12] Este suceso se atribuía a un deficiente tratamiento de agua residual y se responsabilizaba a la planta Las Arenitas.

Dentro de las medidas tomadas fue una denuncia penal por delitos ambientales ante la Procuraduría General de Justicia del Estado (PGJE).[13] Por su parte, los cucapá expresaban que se ponía en riesgo su subsistencia, porque las familias de El Mayor no sólo comercializan el pescado sino también lo consumen.[14]

Así pues, la relación con el Río Colorado, incluido su tributario el Río Hardy, y el pueblo cucapá ha estado interseccionado históricamente por políticas y normas internacionales y naciones sobre el agua que han priorizado el crecimiento económico de los dos lados de la frontera; políticas y normas que los han despojado de su territorio y forma de habitarlo; este despojo ha estado intrínsecamente relacionado con las afectaciones ambientales sobre el río y los ecosistemas de los cuales depende su subsistencia

---

No obstante, cuando empezó a operar se hicieron descargas que no cumplían con las normas de calidad del agua provocando la mortandad de peces debido a ello se realizaron diversos proyectos para mejorar la calidad del agua. <http://server.cocef.org/Final_Reports_B2012/20152/20152_Final_Report_ES.pdf>. Consultado: 31 de octubre 2017.

11 "El Río Hardy cuenta con un suministro anual más localizado de entre 7.4 y 13.6 millones de m^3 de agua de drenaje agrícola, con una salinidad aproximada de 3 partes por mil. Sin embargo, dicho suministro de agua no está garantizado y la viabilidad de las áreas prioritarias para la conservación en el Río Hardy depende de estos flujos. *Idem.*

12 <http://bcreporteros.com/informa/contaminacion-del-rio-hardy-en-mexicali-afecta-a-cucapas-murieron-miles-de-peces/>. Consultado: 31 de octubre 2017.

13 *Idem.*

14 <http://bcreporteros.com/informa/contaminacion-del-rio-hardy-en-mexicali-afecta-a-cucapas-murieron-miles-de-peces/> y <http://www.enlaceinformativo.net/nota.php?id_not=67455>. Consultado: 31 de octubre 2017.

La disputa del derecho.indb 430 28/11/18 10:52

hasta la fecha. Esto ejemplifica la forma en que un territorio indígena tiene vínculo estrecho con los ecosistemas, ambos histórica y estructuralmente vulnerados por la explotación y degradación ejercida por dos naciones con proyectos políticos, sociales y económicos basados en el crecimiento económico y la productividad que sólo ven en el Río Colorado un recurso necesario para llevarlos a cabo, ignorando completamente la importancia ambiental y cultural que el agua tiene para esa geografía desértica y para la vida del pueblo. De modo que, las afectaciones ambientales han sido también pieza histórica del despojo territorial de los cucapá.

En la actualidad, también es preciso remarcar que la relación tan estrecha con el Río Colorado y el Hardy también se debe a la falta de empleos o empleos temporales con bajos salarios en la región. En el municipio de Mexicali de la década de los sesentas hasta los noventa se impulsó la diversificación económica mediante la industria maquiladora y ensambladora con grandes facilidades para la inversión extranjera y la subcontratación de empresas mexicanas, así como la agroindustria con aprovechamiento intensivo de las tierras agrícolas,[15] a la par de que los derechos de agua a pequeños agricultores se iban reduciendo. Este modelo económico tuvo impactos graves sobre el medio ambiente, el agua escaseó y la que había se contaminó. Aunado a ello, también la vida laboral de los habitantes del municipio, incluidos, los cucapá se precarizó por el tipo de oferta y las condiciones de empleo. Frente a esto, la pesca se ha vuelto prioritaria en términos económicos para las familias cucapá. En el 2016, un año antes de la mortandad de peces en el Río Hardy, realizaba trabajo de campo y en entrevista una habitante de El Mayor decía:

> Si no fuera por el agua del río la gente de El Mayor se hubiera muerto de hambre porque de ahí saca para comer, ¡no!, ¡imagínate si no hubiera agua en el Río!, ¡no! [...] ¡Imagínate! ¡no hay trabajo! ¡está bien 'canijo'! porque si la gente no tiene para comer, va y tira un 'chichorrito'. [red de pesca], va, y saca pescado y come. La gente no se muere de hambre porque va al río y saca pescado [...].

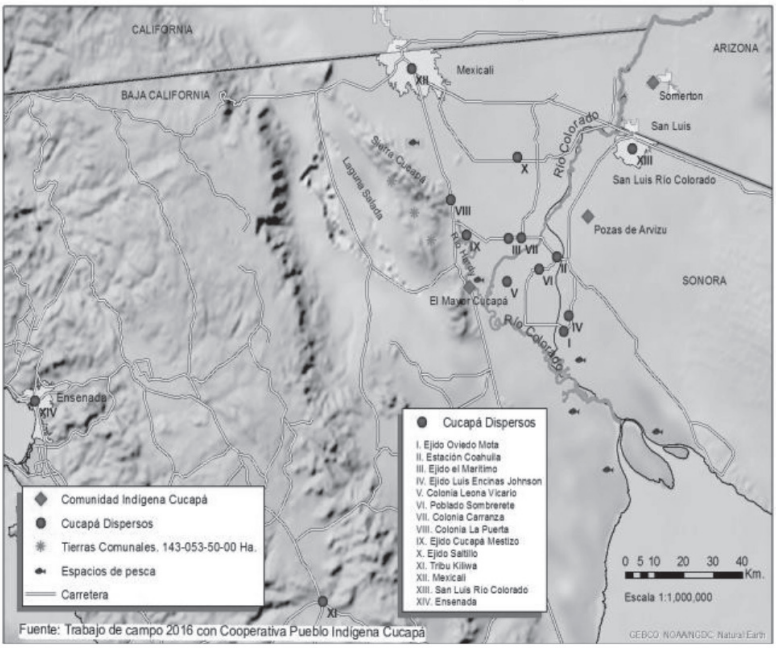
[15] Mungaray Lagarda, Alejandro y Marco Antonio Samaniego López, "De 1945 a nuestros días. Internacionalización económica y democrática en Baja California", en Samaniego López, Antonio (coord.), *op. cit.*, pp. 184-204.

La disputa del derecho.indb 431 28/11/18 10:52

Por decir nosotros, ves otros lugares donde los niños están bien bien 'flaquititos', como allá en otros países que se están muriéndose de hambre. En El Mayor la gente no se muere de hambre. Nosotros [su familia] hace como 3 o 4 años, se puso bien duro, no había nada, puro pescado comimos, puro pescado durante una semana. No había nada, se escaseó todo el trabajo por todos lados, cuando el terremoto, los campos [turísticos donde se emplean para limpieza, albañiles o cuidadores] quedaron todos partidos, no había nada que hacer. Sólo la fabrica pero en la fabrica hasta Mexicali [a tres horas de distancia] y casi no pagan nada, y aparte no hay camiones para allá, ocuparías irte hasta el crucero a San Felipe pero está bien lejos. Todo escaseo y todos los días comíamos pescado, pescado acá, pescado allá. La misma clase de pescado pero con diferentes formas de hacerlo.[16]

Figura 1

Presencia actual del pueblo cucapá



[16] Entrevista a Rocío Macías Hurtado. 18 de febrero 2016, Ejido Oviedo Mota, El Indiviso, Baja California.

La disputa del derecho.indb 432 28/11/18 10:52

El Mayor Indígena Cucapá, es una comunidad ubicada en el kilómetro 57 de la carretera Mexicali-San Felipe; en el tramo cercano a la comunidad se observa, por un lado, las tierras desérticas de la Sierra Cucapá y, por el otro lado, comunidades, ejidos y campos turísticos, distantes unos de otros, que se conformaron a las orillas del Río Hardy. El paisaje amarillo y café refleja el desierto pedregoso y las altas temperaturas de la región. Cuando una transita en automóvil la carretera San Felipe-Mexicali, una hora después de El Mayor dirección hacia San Felipe, se observan dos estructuras enclavadas en plena Sierra, son dos minas a cielo abierto de la empresa minera "Compañía San Felipe, s.a. de c.v." donde los cucapá también se emplean por salarios bajos. En Baja California, es, en El Mayor donde se concentran varias familias cucapá pero también hay familias en diversos ejidos y colonias agrarias mexicanas en el Valle de Mexicali, y en la Ciudad de Mexicali y Ensenada. Además de los que habitan en Sonora y Somerton, Arizona en Estados Unidos.

Actualmente no todos los cucapá son pescadores, aunque la pesca ha sido una actividad ancestral que los une con su territorio, su modo de vida a lo largo el Río Colorado y es una fuente importante para la subsistencia. En Baja California, la pesca se realiza en el Río Hardy y en la desembocadura del Río Colorado por familias de El Mayor y familias que viven en ejidos mexicanos. Su pesca se ha transformado en principio porque la variabilidad y escasez de los afluentes conllevó al desplazamiento de los espacios de pesca dentro del Río Colorado quedando el Río Hardy enfrente de El Mayor y la desembocadura del Río Colorado. Sumado a ello, la pesca cucapá empezó a transitar gradualmente hacia la pesca comercial: desde la venta de pocos kilos de diversas especies en un mercado local hasta la comercialización en mayores cantidades destinado al mercado nacional. Este transito insertó a la pesca cucapá dentro sistema pesquero nacional, su lógica productiva, y sus leyes y políticas pesqueras en un momento que el Estado Mexicano se reconfiguraba por las políticas neoliberales; la configuración del Estado neoliberal desde finales de los ochentas tuvieron impacto en el desmantelamiento del sector pesquero cooperativista y, paralelamente, se impulsaba una política ambiental en la región del Alto Golfo de California donde se inserta el Baja California y, en específico, la desembocadura del Río Colorado donde pescan actualmente los cucapá, como se explora en el siguiente apartado.

La disputa del derecho.indb 433 28/11/18 10:52

La pesca como actividad productiva, la Reserva de la Biosfera Alto Golfo de California y Delta del Río Colorado y los derechos del pueblo cucapá: una transición al estado neoliberal

La inundación de 1978 permitió que los afluentes naturales del Río Colorado de lado mexicano se volvieran a llenar; el agua llegó hasta la Laguna Salada ubicada en la Sierra Cucapá. Con ella, el río se repobló de diversas especies de peces. Como recuerda Leticia, desde chiquita, entre los 6 o 7 años, pescaba en la orilla del Río Hardy; capturaban bagres, lisas, mojarras, curvinas "lo que hubiera de temporada".[17] La pesca se realizaba con trampas de varas de cachanilla o varas de pino, "eran como jaulas de palo que se amarraban con un mecate a la orilla del río", en ellas se mantenían vivos los peces hasta que se los comían o vendían porque no había luz ni refrigerador. Vendían poco, "hasta 10 o 15 kilos, a las personas que iban a pedir pescado". Cuando sucedió la inundación, ella tenía 12 o 13 años y explica que fue un cambio "fuerte" para los cucapá que vivían dispersos a la orilla del Río Hardy porque tuvieron que desplazarse y concentrarse en lo que ahora es El Mayor Indígena Cucapá. Aunque también cuenta con alegría que fue una buena época para pescar porque había mucho pescado y camarón en la Laguna Salada, en las orillas del Río Hardy y en el Río Colorado hasta su desembocadura. Sin embargo, la abundancia de agua y de peces también atrajo a la pesca a un gran número de mexicanos de los ejidos y colonias mexicanas de El Valle de Mexicali:

> En la Laguna Salada andábamos buceando el bagre y la lisa. Mi mamá se nos andaba ahogando ahí. También me tocó pescar por este lado del río [Hardy], aquí cuando subía el río sacábamos mucho bocón, puro a la orilla de la carretera. Nos íbamos caminando, tirábamos los chinchorros, y había "muchisísimo" pescado cuando subía el agua, pescado de más. En un rato, tirábamos el 'chinchorro' [red para pescar] y al rato llenábamos la cajuela de un pick up de puro bocón, puro "boconsote" de la malla cuatro. Y ya después de ahí nos fuimos al 85, a lo que es el camarón. Cuando subió más el agua a la Laguna Salada. Se empezó a meter mucha agua para la Laguna Salada y agarramos el camarón allá abajo del 85. Y ahí poníamos los changos, las redes esas. Pero

[17] Entrevista a Leticia Saiz Galaviz. 1 de junio de 2016, El mayor Cucapáh, Mexicali, Baja California.

La disputa del derecho.indb 434 28/11/18 10:52

> ya no solo éramos nosotros. ¡Vas a creer! ¡era un 'genterío' por toda la orilla de la carretera! Pero eran bien, 'muchisísimo' camarón el que había, cosa que nunca más volví a mirar. Era demasiado pescado, demasiada agua y también demasiada gente pescando, también. Ahora sí todo mundo era pescador ya.[18]

Así pues, la pesca en el Río Colorado y la Laguna Salada se desarrolló como actividad productiva debido a la inundación. Los cucapá pudieron pescar en varios espacios y en mayores cantidades, al mismo tiempo, que la pesca se convirtió en una actividad comercial local a la que se volcaron las personas mexicanas que empezaron a conformarse en cooperativas pesqueras que después se denominaron de "Cooperativas de Bajo Río". No obstante, en otros espacios de Baja California la pesca desde finales de los setentas inicios de los ochenta ya estaba desarrollada en Ensenada en el Pacífico y en San Felipe en el Golfo de California. De hecho, la región del noreste era una de las más importantes a nivel nacional por la pesca del camarón y la sardina.[19]

A nivel nacional, la pesca como actividad productiva estaba organizada principalmente a través del cooperativismo que de acuerdo a las leyes de pesca tenía reservada la explotación de las especies de mayor importancia comercial.[20]

[18] *Idem.*

[19] Desde los años setenta, la población mexicana empezó a crecer; se impulsó como política alimentaria el consumo de proteína animal y se detonó la producción industrial de carnes. La importación de harina de pescado empezó a resultar de alto costo así que el gobierno impulsó la captura de sardina y anchoveta en Baja California y más tarde en Sonora. El gobierno federal facilitó créditos suficientes a los empresarios norteños para incrementar la flota sardinera y anchovetera y para construir y poner en marcha "reductoras". Posteriormente la harina de pescado también se empezó a exportar. Alcalá Graciela, *Políticas Pesqueras en México (1946-2000). Contradicciones y aciertos en la planificación de la pesca nacional*, México, El Colegio de México / Centro de Investigación Científica y de Educación Superior de Ensenada, 2003, pp. 47-48. En la pesca de exportación, esta era el tercer producto más importante y el Golfo de California "*was producing more than 50 per cent of Mexico's total exports and was exporting the highest quality shrimp (Penaeus stylirostris or blue shrimp) to the United States*". Vásquez-León, Marcela, "Neoliberalism, Environmentalism, and scientific knowledge: redefining use rights in the Gulf of California Fisheries", en Heyman, Josiah (ed.), *States and Ilegal practices*, Oxford-Nueva York, 1999, p. 237.

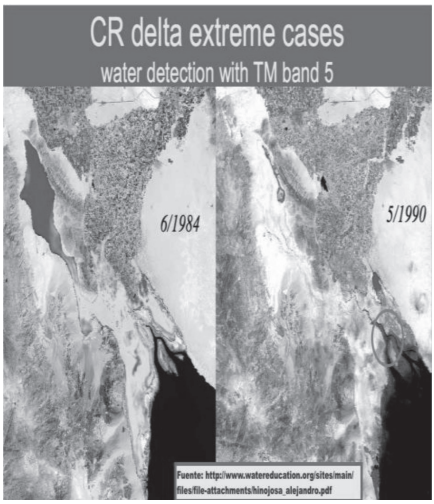
[20] María Gatti, Luis, *Los pescadores de México: la vida en un lance*, México, CIESAS / Museo

La disputa del derecho.indb 435 28/11/18 10:52

En los años setenta, las cooperativas tomaron relevancia particular porque, como menciona Graciela Alcalá, fueron cooptadas y "a partir del sexenio echeverrista la creación de cooperativas fue enorme gracias al impulso presidencial, y simultáneamente su organización interna se volvió corporativista; sus principales dirigentes sucumbieron a la corrupción".[21]

De la ola del cooperativismo los cucapá no estuvieron exentos por lo menos en su incorporación formal. En 1981 algunos conformaron la Unidad Comunal llamada "Ja huimak", la Presidenta de la actual Cooperativa Pueblo Indígena Cucapá menciona que se tuvieron que conformar porque todos los pescadores mexicanos tenían sus cooperativas, aunque ellos seguían pescando en familias y libremente. En 1990 por iniciativa del Instituto Nacional Indigenista (INI) se crea la Unidad Comunal Cucapá de Producción Pesquera que terminó de formalizar su incorporación al ordenamiento nacional pesquero y su sistema productivo, pero la pesca seguía organizándose en familias, a pequeña escala, entre 60 y 150 kilos, y para consumo local en el valle de Mexicali y la ciudad de San Luis Río Colorado en Sonora.[22]

Figura 2



Nacional de Culturas Populares, 1986, pp. 26-27.

[21] Graciela Alcalá, *op. cit.*, p. 52.

[22] Historia de Vida. Presidenta de la Cooperativa Pueblo Indígena Cucapá, 20 de febrero 2016, Ejido Oviedo Mota, El Indiviso.

La disputa del derecho.indb 436 28/11/18 10:52

Durante estas décadas, los espacios de pesca en los afluentes del Río Colorado seguían sujetos a la voluntad del país vecino de otorgar excedentes. Para 1989 la actividad pesquera a lo largo del Río Colorado había disminuido considerablemente por la falta de agua y la pesca en la Laguna Salada se agotó con su sequía. Los cucapá empezaron a desplazarse hacia la desembocadura del Río Colorado, según varias entrevistas a pescadores cucapá realizadas en el 2016, ahí siguieron pescando lisa, bocón, camarón y curvina chica. Aunque esta dinámica de pesca volvió a cambiar en 1993 que el gobierno estadunidense otorgó nuevamente excedentes, no en las cantidades de los años ochenta, pero permitieron brevemente la pesca en diferentes lados del Río y en la Salada. A pesar de esto, desde 1993, la desembocadura se fue constituyendo como uno de los resquicios de pesca de los cucapá pero seguían aprovechando varias especies. En esta fecha también, después muchos años (1936), entró a desovar a la desembocadura la curvina golfina. Su llegada detonó la pesca comercial a mayor escala ya no en el mercado local sino en el mercado nacional. Los cucapá no pescaron curvina golfina hasta 1995 pero este hecho no fue menor porque su pesca se volcó a la captura de esta única especie para la comercialización así como los insertó a un espacio regional pesquero[23] donde no solo se relacionaban con las cooperativas de "Bajo Río" con las que habían convivido años atrás, sino se empezaron a relacionar con comunidades pesqueras que tenían una actividad productiva pesquera importante en el Alto Golfo de California: San Felipe en Baja California y el Golfo de Santa Clara en Sonora que ya se dedicaban a la comercialización de curvina golfina.

Así pues, esta transición del espacio y la dinámica de pesca de los cucapá los insertó en el sistema productivo pesquero y el ordenamiento normativo nacional, y su pesca como actividad productiva los relacionó con una dinámica de pesca a nivel regional dentro del Alto Golfo de California. Esto sucedió en un momento en que el estado mexicano cambiaba sus leyes y

[23] Se habla de este espacio regional por su proceso de integración a partir del ecosistema marino y la importancia que ha tenido la pesca como actividad productiva a nivel nacional. La región del Golfo de California se integra por los estados de Baja California, Baja California Sur, Sonora, Sinaloa y Nayarit. Y el Alto Golfo de California se integra por Baja California y Sonora. Luque Diana, Martínez-Yrizar, *et al.*, "Política ambiental y territorios indígenas en Sonora", *Estudios Sociales*, núm. 2, marzo, 2012, Hermosillo, Coordinación de Desarrollo Regional, pp. 257-280.

La disputa del derecho.indb 437 28/11/18 10:52

políticas nacionales para dar entrada a las reformas estructurales neoliberales, lo que tuvo graves impactos sobre el espacio regional pesquero donde se introdujeron los cucapá.

Como explica Graciela Alcalá:

> La política hacia el desarrollo de la pesca nacional que instrumentó el presidente De la Madrid [sexenio 1982-1988] inició el cambio estructural de aquélla, preparando el escenario a la apertura comercial, al 'adelgazamiento' del Estado y a la modernización del discurso político sobre la pesca y los pescadores nacionales.[24]

A la entrada de Carlos Salinas de Gortari

> las banderas de su gobierno fueron el crecimiento económico y el desarrollo respetuoso del medio ambiente.[25]

Esto se tradujo en la desarticulación del sector pesquero mediante diversas aristas: 1) el cooperativismo se desmantela mediante la Ley de Pesca de 1992 que les quita la reserva de los derechos exclusivos sobre las especies que se consideran de importancia comercial, como el camarón. Con esto se desmantela el uso colectivo de los recursos y se permite la entrada a la iniciativa privada a través de la transferencia de los derechos sobre recolección. 2) En sexenios anteriores el Estado tuvo fuerte presencia en el impulso de las pesquería sobre todo la de exportación con las reformas se transfiere gradualmente el control de todas las facetas de la producción y la distribución a los inversionistas privados. 3) Se privatizan empresas paraestatales como la Ocean Garden, Inc., exportadora de camarón y langosta no importando que funcionaba con altas ganancias. 4) Se liquida en Banco Nacional Pesquero y Portuario que había otorgado importantes créditos a las cooperativas. 5) Se impulsa una fuerte austeridad y los recursos disponibles se canalizan a la pesca de altura y pesca de camarón para la exportación pero sin derechos exclusivos para las cooperativas.[26]

[24] Alcalá Graciela, *op. cit.*, p. 88.

[25] *Ibidem*, p. 73.

[26] Valdéz-Gardea, Gloria Ciria, "Pesquerías globalizadas: revisando a la comunidad marítima

La disputa del derecho.indb 438 28/11/18 10:52

A nivel nacional el impacto fue desastroso. Para 1990 el 70% de las plantas industriales del país ya se habían desincorporado del sector pesquero y la pesca artesanal que se practicaba por el 90% de los pescadores nacionales fue relegada a último término de inversión federal.[27] Y en la región del Alto Golfo de California también tuvo serias consecuencias sobre todo en las pesquerías camaroneras de Sonora donde se desmanteló a las cooperativas, se cerraron congeladoras, procesadoras y empacadoras y miles de personas quedaron sin empleo.[28]

Pero ¿qué implicaciones tuvo esto en la pesca cucapá de finales de los ochenta e inicios de los noventa? En apariencia podría pensarse que nada pues aunque estaban asociados en la Unidad de Producción seguían pescando en familia y su inserción en la pesca comercial de curvina golfina fue gradual, sin embargo, mientras esto sucedía, los pescadores de la región estaban en una profunda crisis por los cambios legales e institucionales resultado de las reformas neoliberales que "buscaba 'eficientar' la actividad y volver a 'capitalizarla' con inversión privada".[29] De modo que, los cucapá se incorporan a un sector pesquero ribereño en crisis social, económica y ambiental.

El Golfo de California se caracteriza por sus grandes ecosistemas costeros- marinos con alta productividad, diversidad biológica y endemismos.[30] La política pesquera enfocada a la productividad cobró factura porque varias pesquerías empezaron a mostrar señales de sobreexplotación.[31]

---

en el Alto Golfo de California", *Estudios Sociales*, vol. 18, núm. 35, enero-junio, 2010, pp. 136-163, Coordinación de Desarrollo Regional, Hermosillo, pp. 144-148; y Alcalá, Graciela, *op. cit.*, pp. 70-76.

[27] Alcalá, Graciela, *op. cit.*, pp. 90-91.

[28] Alcalá, Graciela, *op. cit.*, p. 75; y Gloria Ciria Valdéz-Gardea en el texto citado arriba hace un excelente recuento del impacto de las reformas neoliberales en la pesca de camarón en Puerto Peñasco.

[29] Alcalá, Graciela, *op. cit.*, p. 74.

[30] Como se mencionó, el Alto Golfo de California es parte de la región Golfo de California. En esta última, muchas de las especies están sin describir, la región cuenta con "al menos 18 especies de mamíferos marinos, 315 especies de aves y 149 especies de peces costero-marinos. A esto se suma la riqueza de plantas vasculares, con al menos 358 especies". Conanp, *Programa de Conservación y Manejo de la Reserva de la Biosfera Alto Golfo de California y Delta del Río Colorado*, Semarnat/Conanp, 2007, p. 18.

[31] Navarro Smith, Alejandra, Bravo Espinosa, Yacotzin y Catalina López Sagástegui, "Dere-

La disputa del derecho.indb 439 28/11/18 10:52

Es de especial relevancia poner atención en la totoaba que había sido la mayor actividad productiva de la región porque su vejiga se importaba a China y Estados Unidos. Este mercado junto a la pesca deportiva llevó a la especie a su colapso en 1942 y a la consecuente prohibición de la pesca comercial en 1975. A partir de este momento se desataron un cúmulo de medidas que la catalogaron como una especie en peligro de extinción tanto en México, en Estados Unidos y en el ámbito internacional.[32] Aunque su pesca ilegal nunca cesó y a ello se sumó la pesca incidental de juveniles por barcos camaroneros y la pérdida de su hábitat para su desove, reproducción y crianza por la degradación y los cambios del Delta o desembocadura del Río Colorado. Aunado a esto, la historia de la totoaba se vinculó con la vaquita marina, único mamífero marino endémico del Golfo de California y en peligro de extinción. La vaquita marina fue descubierta accidentalmente en 1950 y en los noventa empezaron los estudios sobre su especie donde se atribuía como principal causa de su mortandad a la captura incidental en las redes agalleras (chinchorros) de pesca de escama y camarón. Y en 1990 la Comisión Ballenera Internacional recomendaba al gobierno mexicano el cumplimiento de la veda total de la totoaba.[33]

---

chos colectivos y consulta previa: territorio cucapá y recursos pesqueros en Baja California, México" en *Revista Colombiana de Sociología. Territorios en disputa: tierra, discurso y construcción social del espacio*, Vol. 37, Núm. 2, Universidad Nacional de Colombia, julio-diciembre 2014, pp. 48-49.

[32] En 1977 fue incluida en el Apéndice I de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES) que prohíbe el comercio internacional; en 1979 se incorpora a la lista de especies en peligro de extinción de EE.UU; en 1994 México la incluyó en la lista de Especies en Peligro de Extinción; en 1996 fue clasificada como en peligro de extinción por la International Union for Conservation of Nature (IUCN) y en el 2001 se incorporó a la NOM-059-SEMARNAT-2001, Protección ambiental -especies nativas de México de flora y fauna silvestres- categorías de riesgo y especificaciones para su inclusión, exclusión o cambio -Lista de especies en riesgo, bajo la categoría de En peligro de extinción. Environmental Investigation Agency, *Daño colateral: cómo el comercio ilegal de vejigas natatorias de la totoaba está llevando a la vaquita a la extinción,* Londres, 2016, p. 42.

[33] Environmental Investigation Agency, *op cit.*, p. 3; y Comisión Nacional de Áreas Naturales Protegidas, "Programa de Conservación y Manejo Reserva de la Biosfera Alto Golfo de California y Delta del Río Colorado", *op. cit*, pp. 41 y 42.

La disputa del derecho.indb 440 28/11/18 10:52

La relación entre la totoaba y la vaquita marina produjeron una agenda que priorizaba su conservación,[34] la cual era impulsada por grupos conservacionistas y por académicos nacionales e internacionales donde se pedía establecer un Área Natural Protegida.[35]

Esto se daba en un momento en que en el ámbito internacional ambientalista de la ONU y la UNESCO fomentaba una agenda basada en el desarrollo sustentable,[36] en México, la academia ambientalista y los grupos conservacionistas nacionales e internacionales ejercía presión sobre el gobierno para cambiar del paradigma productivista hacia una "política ambiental moderna" vinculada al desarrollo sustentable y la participación social.[37]

En el ámbito nacional, Salinas de Gortari no estaba alejado de esta agenda, al menos en el discurso, pero su prioridad fue la reforma neoliberal y "los pescadores fueron considerados un estorbo para la política económica neoliberal del sexenio".[38] Pero, como dice Graciela Alcalá: ninguna de sus reformas implementadas para inducir la inversión de capital en la

[34] En 1990 se estimaba que había menos de 500 individuos, y en el 2018 se estiman menos de 30.

[35] Navarro Smith, Alejandra, Bravo Espinosa, Yacotzin, y López Sagástegui, Catalina, *op. cit.*, p. 49.

[36] La agenda internacional fue fundamental en el cambio de paradigma ambiental en México, en 1972, por primera vez se reunieron jefes de Estado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiental Humano, en Estocolmo, donde la preocupación central de los países desarrollados era la contaminación ambiental sobre la salud humana. A finales de los setenta se creó el programa El Hombre y la Biosfera (MAB) de la UNESCO y se formó la Red Mundial de Reservas de la Biosfera que con el apoyo del MAB, México fue de los primeros países en unirse al programa y se crearon varias zonas de protección al interior del país. A finales de los ochenta y en los noventa se impulsa la Comisión Mundial del Medio Ambiente y del Desarrollo, grupo de trabajo para revisar temas de desarrollo económico, social y ambiental, el resultado se dio a conocer en 1987 con el informe "Nuestro Futuro Común", que dejó establecido el concepto de desarrollo sustentable. En los noventa, de nuevo las respuestas administrativas mexicanas reaccionaron a las tendencias externas, en 1992 se realizó de la Conferencia de Medio Ambiente y Desarrollo, conocida como Cumbre de Río, el tema orientador era la relación entre desarrollo y medio ambiente vinculado a la pobreza. Carabias, J., J. de la Maza y E. Provencio, "Evolución de enfoques y tendencias en torno a la conservación y el uso de la biodiversidad", en *Capital natural de México*, vol. III: Políticas públicas y perspectivas de sustentabilidad, Conabio, México, pp. 31-37.

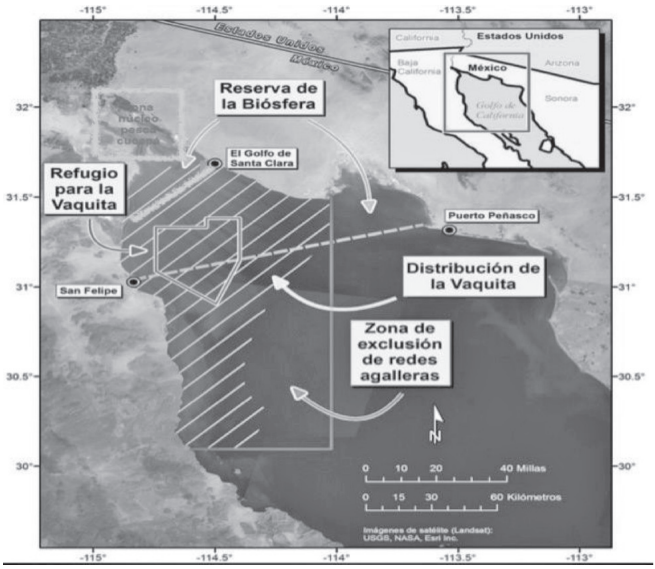
[37] *Idem.*

[38] Alcalá, Graciela, *op. cit.*, p. 73.

La disputa del derecho.indb 441 28/11/18 10:52

pesca tuvo éxito y sus negociaciones para acabar con el embargo atunero fracasaron, lo que logró fue dejar en la pobreza a miles de familias en las comunidades pesqueras en el país que pertenecían a las cooperativas o a la cadena productiva en todas sus fases.[39]

Figura 3



Pero había algo prioritario para Salinas de Gortari, la firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y, como menciona Marcela Vásquez-León, en las negociaciones para su firma necesitaba mostrarse como una nación preocupada con la protección medio ambiental así que crearon una serie de reservas de la biosfera alrededor del país. Al mismo tiempo que el Golfo de California se convertía en espacio objetivo para los grupos y academia conservacionista.[40] Así que, como símbolo de la buena voluntad, el 10 de junio de 1993, se crea la Reserva de la Biosfera Alto Golfo y Delta del Río integrada por aguas de jurisdicción federal del Golfo de California y terrenos de los municipios de Mexicali en Baja Cali-

[39] *Ibidem*, p. 75.

[40] Vásquez-León, Marcela, *op. cit.*, p. 243.

La disputa del derecho.indb 442 28/11/18 10:52

fornia y San Luis Río Colorado y Puerto Peñasco, en Sonora (en adelante Reserva).[41] Dentro de esta Reserva se incorpora al Delta del Río Colorado como la Zona Núcleo. La incorporación del espacio de pesca a la Reserva implicó sujetarse a un nuevo espacio regional regido por un marco legal de carácter prohibitivo: la materia ambiental. Adicionalmente la imposición de Zona Núcleo en el lugar donde hasta la actualidad pescan los cucapá incrementó la prohibición ya que dentro de la Reserva es la zona de mayor protección donde se limitan o prohíben cualquier tipo de actividades de aprovechamiento que alteren los ecosistemas.[42]

De modo que la pesca y el espacio cucapá quedaron regulados por la legislación ambiental y pesquera nacional, al igual que los pescadores de Bajo Río y San Felipe en Baja California y Golfo de Santa Clara en Sonora con quién comparten el espacio de la Reserva; es decir, quedaron regulados en su carácter de permisionarios individuales organizados en una Unidad de Producción y desde 1993 se convirtieron en usuarios de la Reserva, ignorando por completo sus derechos como pueblo indígena que poseen legalmente desde 1990 con la ratificación del Convenio 169 de la de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales, y las reformas constitucionales en materia indígena de 1992 y 2001.[43] Y la posterior reforma constitucional sobre derechos humanos de 2011 que, al menos legalmente cambió la jerarquización de los derechos reconocidos a nivel internacional y abrió algunos marcos de oportunidad para la exigibilidad de los pueblos indígenas.[44]

[41] Valdéz- Gardea, Gloria Ciria, *op. cit.*, pp. 148 y 149.

[42] Artículo 47 bis Fr. I de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente.

[43] En 1992, en el artículo cuarto de la Constitución federal se menciona la naturaleza pluricultural del país basada en los pueblos indígenas aunque no se les reconocen derechos colectivos. En el 2001 se realiza otra reforma constitucional que reconoce por primera vez derechos colectivos, no obstante fue rechazada por el movimiento indígena nacional. A nivel local se realizó reforma constitucional en esta materia, pero es hasta el 2007 que se crea la Ley de Derechos y Cultura Indígena del Estado de Baja California.

[44] En 2011 se realiza una reforma al artículo primero de la Constitucional federal, donde se otorga el mismo nivel de validez jurídica a la Constitución y a los Tratados Internacionales, se reconoce el principio *pro persona*, así como la universalidad, interdependencia, la indivisibilidad y la progresividad de los derechos. Esta reforma creó un marco de esperanza y oportunidad en los movimientos sociales y Organizaciones No Gubernamentales de Derechos Humanos.

La disputa del derecho.indb 443 28/11/18 10:52

La protección de las especies y la defensa de los derechos indígenas del pueblo cucapá: ¿un enfoque dicotómico o falta de voluntad política?

En el actual Programa de Conservación y Manejo de la Reserva se menciona la ocupación histórica de los cucapás en el Río Colorado y su delta, así como su identidad pesquera pero en el presente sólo refiere a la Comunidad El Mayor Cucapá ubicada en los límites de la Reserva. En el primer apartado de este trabajo se analizaba la forma en que el territorio cucapá se conformaba a partir de los desplazamientos a lo largo del Río Colorado y su forma de habitar los ecosistemas que él proporcionaba. La colonización y despojo sobre este pueblo y su territorio, aunque fue tardío (a comparación de otros pueblos en México) fue descomunal. No obstante, los cucapá se fueron adaptando a las condiciones que impusó la fragmentación de su territorio, su dispersión, el saqueo del agua del río y los problemas ambientales que conllevó. Además, su pesca y su relación con el río se han ido reconfigurándo como parte de fundamental de su identidad y su subsistencia no obstante las decisiones unilaterales sobre la administración del agua e, incluso, dentro de la pesca comercial.[45]

El nulo entendimiento de las autoridades ambientales[46] y pesqueras[47] sobre la transformación y reconfiguración de este pueblo y su territorio los ha relegado a ser mencionados como un poblado en los límites de la Reserva sin que se reconozca a la desembocadura como parte de su territorio; les ha ilegalizado y criminalizado su acceso al delta donde se reúnen todos los años para pescar la curvina golfina entre la última semana de fe-

[45] Un artículo en el que problematizo el tema de la identidad como pueblo indígena relacionada a la transformación de la pesca y su inserción a la economía productiva de la pesca es: Bravo Espinosa, Yacotzin, "Disputando derechos e identidades. Despojo territorial del pueblo cucapá y conflictos ambientales en la Reserva de la Biosfera Alto Golfo de California y Delta del Río Colorado". En Del Pozo Edmundo y Juan Carlos Martínez, *Los caminos desde abajo. Organización social y usos del derecho en la defensa del territorio en México*, México, Fundar Gedisa, en prensa.

[46] Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (Semarnat) a través de la Comisión Nacional de Áreas Naturales Protegidas (Conanp).

[47] Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación (Sagarpa) a través de la Comisión Nacional de Acuacultura y Pesca (Conapesca).

La disputa del derecho.indb 444 28/11/18 10:52

brero y la primera de mayo,[48] no obstante, es uno de los momentos donde las familias confluyen no sólo para pescar sino para recrear su identidad pesquera y fortalecer sus lazos familiares; y, bajo discursos que priorizan la conservación de las especies marinas y el desarrollo sustentable se han implementado diversas normas sobre la curvina golfina como una veda que afecta la última temporada de pesca cucapá y una cuota que les ha negado y vulnerado sistemáticamente los derechos que tienen como pueblo indígena (en el caso de la cuota de captura se les aplicó hasta 2015) como el derecho a la consulta y el consentimiento previo, libre e informado y sus derechos culturales y territoriales.[49]

La creación de la Reserva ha reconfigurado una vez más el espacio regional donde se insertan los cucapá. Este espacio estaba dibujado por los problemas de sobre explotación pesquera derivadas de las políticas productivas de sexenios anteriores, a él, se sumó un discurso sofisticado sobre la protección ambiental como derecho humano, donde las especies marinas adquieren alto valor para la conservación pero donde el reconocimiento de los derechos territoriales y los derechos indígenas en general está completamente ausente a pesar de la lucha jurídica y política que la Cooperativa Pueblo Indígena Cucapá ha emprendido a nivel nacional e internacional desde hace 25 años.[50]

[48] El inicio de la primera marea depende del momento en que la especie entra a desovar a la desembocadura del Río Colorado. En la estancia de campo que realice en el 2016, la temporada inició la primera semana de marzo.

[49] El objetivo de este apartado no es hacer un recuento de las medidas implementadas, las afectaciones y las diferentes formas de criminalización sobre los cucapá desde hace 25 años que se creó la Reserva, sobre ello hemos escrito en otros artículos: Navarro Alejandra, Bravo Espinosa, Yacotzin y Catalina López Sagástegui, "Legislación de pesca y obstáculos para el reconocimiento de derechos de uso preferencial de recursos naturales del pueblo cucapá", *Revista de estudios y pesquisas sobre las Américas*, vol. 7, núm. 2, CEPPAC, Instituto de Ciencias Sociais, UNB, 2013; Navarro Smith, Alejandra, Bravo Espinosa, Yacotzin y Catalina López Sagástegui, "Derechos colectivos y consulta previa: territorio cucapá y recursos pesqueros en Baja California, México", *Revista Colombiana de Sociología. Territorios en disputa: tierra, discurso y construcción social del espacio*, vol. 37, núm. 2, Universidad Nacional de Colombia, julio-diciembre, 2014; Bravo Espinosa, Yacotzin, Navarro Smith, Alejandra y Catalina López Sagástegui, "Pueblo indígena Cucapá: cartografía de la lucha jurídica en defensa de su territorio y recursos pesqueros". En Anglés Hernández, Marisol (coord.), *Derechos Humanos, pueblos indígenas y globalización*, México, CNDH, 2017.

[50] Sobre el recorrido de esta lucha también se pueden consultar los artículos mencionados anteriormente.

La disputa del derecho.indb 445 28/11/18 10:52

Un momento clave del reconocimiento de estos derechos fue en el 2002 que obtuvieron una Recomendación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos 008/2002 que reconoce que la Zona Núcleo fue creada en parte del territorio cucapá y se recomienda:

> Se actualice el Programa de Manejo de la Reserva de la Biosfera del Alto Golfo de California y Delta del Río Colorado, con el objeto de que se modifiquen los lineamientos y políticas contenidos en dicho programa para que se atiendan las necesidades económicas y culturales de la comunidad indígena cucapá y, por ende, su derecho a realizar actividades de pesca en la reserva, y de ser posible, de acuerdo con los estudios que se efectúen, fijar una nueva delimitación de la zona núcleo de la misma y sus subzonas, estableciendo los criterios necesarios para la preservar el equilibrio del ecosistema de conformidad con lo dispuesto por la Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente y su Reglamento.[51]

Esta Recomendación abrió la puerta a las autoridades para lograr una nueva medida que armonizará los derechos de este pueblo con la conservación de los ecosistemas marinos. De hecho, la Cooperativa Pueblo Indígena Cucapá empezó a demandar se creará una zona exclusiva de pesca cucapá dentro de la Zona Núcleo, es decir, no contemplaban que se quitara o se moviera su zonificación sino que su territorio y su actividad pesquera se incluyeran dentro de esta medida de protección.

No obstante, hasta la fecha esta demanda no ha sido atendida, un ejemplo, de ello fue la Audiencia Publica en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) realizada a petición de la Cooperativa, el 22 de octubre de 2008. En ella el director de la Reserva mencionaba:

> México es un país plenamente comprometido con los derechos de los pueblos indígenas, al mismo tiempo, es uno de los países del mundo con mayor diversidad cultural y biológica, las relaciones entre culturas y diversi-

[51] Resumen de la "Recomendación sobre el caso de los habitantes de la Comunidad Indígena cucapá", dirigida al licenciado Víctor Lichtinguer Waisman, Secretario de Medio Ambiente y Recursos Naturales, y al señor Javier Usabiaga Arroyo, Secretario de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación.

La disputa del derecho.indb 446 28/11/18 10:52

> dad colocan a nuestro país en una posición única que representa al mismo tiempo grandes oportunidades para el desarrollo, complejidad en el manejo de recursos naturales y una seria responsabilidad ante el mundo. Desde el año 1999 el derecho de toda persona a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar se elevó a rango constitucional. El Plan Nacional de Desarrollo de la Nación en el período 2007-2012, otorga prioridad al derecho humano a un ambiente sano y reconoce que la sustentabilidad de los ecosistemas es básica para una estrategia integral del desarrollo humano. Señores comisionados, el derecho del hombre a disfrutar un medio ambiente sano de acuerdo al art. 11 del Protocolo de San Salvador, constituye en sí, una obligación para el Estado de proteger y conservar los recursos naturales con dos objetivos fundamentales: la preservación del equilibrio ecológico y el medio ambiente, y la conservación de aquellos elementos que siendo susceptibles de apropiación para satisfacer las necesidades del individuo requieran también para su desarrollo la existencia de hábitats sanos. En ese tenor, el establecimiento de la Reserva y las modalidades necesarias para cumplir con su objetivo de protección es objetivo legítimo que busca el Estado mexicano […] Es importante destacar a la Honorable Comisión, que el Estado mexicano ha reconocido a esta región como una zona de protección ambiental desde hace más de 50 años, es decir, incluso, previo al desarrollo moderno del derecho internacional de los pueblos indígenas que México ha impulsado activamente.

En el video de la audiencia otro funcionario le pide que explique el mapa de la Reserva, y el director prosigue:

> La poligonal de la Reserva, en línea azul, la zona núcleo, y en la línea verde los bienes comunales dotados a la comunidad Cucapá con la ubicación del mayor están fuera de la Reserva. […] Es importante recordar de nuevo que las normativas de protección pesquera y ambiental de la zona se iniciaron primero en el 1955, continuaron el 74, posteriormente en la creación de la Reserva ecológica en 1993 y a la que se refieren los peticionarios […] sin embargo, esto no es lo más importante, lo importante, es que la declaratoria de la Reserva no incluye en forma alguna el territorio de los bienes comunales asignados por Decreto Presidencial a la comunidad Cucapá. […] Sin

La disputa del derecho.indb 447 28/11/18 10:52

embargo, los cucapás no se ubican en los predios comprendidos en zona de la Reserva y tampoco realizan actividades pesqueras.

De ello habría que enfatizar, por un lado, la tendencia gubernamental del uso discursivo de reconocimiento de los pueblos indígenas en términos históricos y culturales el cual dista de ser un fundamento para el reconocimiento de los derechos territoriales cucapá y su pesca como la actividad ancestral. Además de que son sumamente cuestionables los argumentos sobre la jerarquía y el uso de los instrumentos jurídicos citados para no reconocer los derechos cucapá y preponderar el derecho al medio ambiente y la conservación de las especies, así como el falso argumento legal sobre la preexistencia de la regulación ambiental en la zona antes de "desarrollo moderno del derecho internacional de los pueblos indígenas", para efectos de este trabajo es necesario llamar la atención sobre la forma cómo se construye un espacio estrictamente ambiental bajo el argumento que los bienes comunales están fuera de las líneas divisorias de la Reserva.

Esto demuestra la falta de conocimiento de las autoridades sobre las diferencias de los derechos a la tierra y los derechos al territorio de los pueblos indígenas y ha construido un mapa donde la exclusión de los cucapá se ha traducido en la exclusión de una agenda que conjugue la importancia de la preservación de las especies marinas y el respeto al acceso y uso del espacio de pesca cucapá, y se abra un diálogo para crear medidas de conservación colectivas sobre la curvina golfina que realmente atiendan las necesidades de este pueblo. Un espacio donde el mapa regional de la Reserva no se sume al despojo histórico sobre este pueblo. Y es que la mesa directiva de la Cooperativa en múltiples foros públicos ha expresado que no está en contra de las medidas de conservación y son ellos los primeros interesados pues de ello depende la subsistencia de sus familias, pero no están de acuerdo en que las medidas se realicen sin consultarles, ni informarles y donde su imposición ha llevado al hostigamiento de su pesca y su cultura.

Esta falta de apertura llevó a que del 2011 al 2015 se emitirán Acuerdos de Cuota de Captura anuales[52] para limitar el esfuerzo pesquero mediante

[52] Acuerdos por los que se establece la cuota de captura para el aprovechamiento de curvina golfina (*Cynoscion othonopterus*), en aguas de jurisdicción federal del Alto Golfo de California y Delta del Río Colorado para la temporada 2011-2012". La temporada a la que se dirigen

La disputa del derecho.indb 448 28/11/18 10:52

el establecimiento de una cuota total por temporada dividida entre las Cooperativas dentro de la Reserva. Estos Acuerdos decretados cada año se hicieron sin previa consulta a los pescadores cucapá. Y según entrevistas realizadas a los permisionarios de la Cooperativa Pueblo Indígena Cucapá en la práctica llevaron a mayor explotación ilegal de la curvina. La pesca ilegal emergió junto con un nuevo mercado paralelo al de la curvina golfina, la venta de su vejiga natatoria o buche. Este nuevo producto se empezó a comercializar para el mercado chino y su precio por kilo es muy superior al kilo de pescado entero de curvina. Por una tonelada de curvina en promedio salen entre 21 y 23 kilos de buche, cada kilo de buche está más o menos entre 300 y 550 pesos mientras que el kilo de pescado entero fluctúa entre los 6 y 12 pesos –en el mercado del Golfo se puede vender hasta en 20 pesos–. Así pues, la pesca furtiva de curvina rebasó la intención de los propios Acuerdos debido a que el alto precio del buche disparó la pesca furtiva de curvina.

El desastre provocado con la pesca furtiva y la falta de vigilancia y control institucional se reflejó en la regulación tardía sobre el mercado del buche de curvina golfina, la cual se contempló hasta el Acuerdos de Cuota del 2015 donde se empezó a desglosar el número de los kilos de buche que correspondían a las toneladas permitidas dentro de la cuota.

A lo anterior, los pescadores cucapá han denunciado año con año la invasión de embarcaciones de pescadores furtivos en la desembocadura del Río Colorado y la factura sobre su espacio de pesca ha sido muy alto. En un comunicado de prensa emitido en el 2016 se expresaba:

---

cambia de acuerdo al año en el que se emiten. La cuota de captura es una medida que se sigue implementando a las cooperativas pesqueras dentro de la Reserva excepto a los cucapá. Esto se debe a diversos amparos por violación al derecho a la consulta indígena interpuestos por la Cooperativa contra estos Acuerdos, ello conllevó a un intento fallido de las autoridades de CONAPESCA para realizar la consulta sobre este Acuerdo así que en 2015 se excluyó oficialmente de la norma a las cooperativas cucapá. Sobre este tema se puede ver Navarro Alejandra, Bravo Espinosa, Yacotzin y Catalina López Sagástegui, "Legislación de pesca y obstáculos para el reconocimiento de derechos de uso preferencial de recursos naturales del pueblo cucapá", *op. cit.*, pp. 152-168; y Bravo Espinosa, Yacotzin, "Disputando derechos e identidades. Despojo territorial del pueblo cucapá y conflictos ambientales en la Reserva de la Biosfera Alto Golfo de California y Delta del Río Colorado", *op. cit.*

La disputa del derecho.indb 449 28/11/18 10:52

> La falta de presencia de autoridades en el Zanjón [espacio de pesca] ha desatado una serie de problemas que afectan la seguridad de nuestros pescadores y familias, además de generar daños económicos a la cadena productiva pesquera. En esta temporada de pesca 2016 nos enfrentamos a serios problemas que socaban y ponen en riesgo nuestras formas tradicionales de pesca, nuestras ceremonias y convivencia familiar, que son fundamentales para conservar nuestra identidad como pueblo indígena.
>
> Entre los problemas que enfrentamos está la invasión de pescadores furtivos en el Zajón, donde instalamos nuestros campos de pesca, y en la desembocadura del río donde ancestralmente hemos pescado. Han llegado pescadores furtivos con embarcaciones clonadas impidiéndonos pescar, robándonos nuestras redes cuando ya están tendidas con pescado, incluso agrediéndonos físicamente. Así mismo, estos pescadores invaden el Zajón haciendo inseguros los campos de pesca para nuestras familias y sobre todo para nuestros hijos, que tradicionalmente aprenden estas artes.[53]

Así pues, el caso cucapá abre la discusión en, primer término, sobre la falta de apertura y voluntad política de las autoridades ambientales y pesqueras para reconocer derechos de los pueblos indígenas dentro del Programa de Manejo de la Reserva, así como en la lógica que hasta ahora se ha adoptado para crear e implementar normas sobre la curvina golfina. Aunque no es de perder de vista que la Reserva se creó en el momento en que se impulsa una agenda neoliberal donde el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas se constitucionaliza parcialmente, pues derechos tan importantes como el derecho al territorio y la disposición y uso colectivo sobre los recursos naturales quedan excluidos. Así pues, a nivel legal, ello ha implicado que la legislación ambiental, empezando por la LGEEPA no se haya reformado para armonizar los derechos territoriales de los pueblos indígenas con derechos medio ambientales, incluso, después de la obligación que impone la reforma constitucional sobre derechos humanos del 2011. Y a nivel institucional, este marco legal ha dado oportunidad a las autoridades dentro de la Reserva para reproducir argumentos

[53] Cooperativa Pueblo Indígena Cucapa Chapay Seis Jihurrat Cucapa, Ejido Oviedo Mota, "Comunicado de prensa", Indiviso, municipio de Mexicali, 22 de mayo del 2016.

La disputa del derecho.indb 450 28/11/18 10:52

y medidas ambientales vulnerando sistemáticamente los derechos colectivos de los pescadores cucapá.

En segundo término y usando la imaginación, supongamos que la preocupación gubernamental de las autoridades fuera la conservación de las especies en el Alto Golfo de California cuya riqueza biológica es invaluable, donde las políticas pesqueras han llevado a la sobre explotación pero también donde existe un espacio de pesca vinculado históricamente a un pueblo indígena que derivado de la propia lógica pesquera nacional y las condiciones laborales de la región han transitado a la pesca comercial. Frente a ello, en lugar de negar categóricamente la existencia de este pueblo, se aceptará su existencia y presencia lo que conllevaría a reconocer el despojo también histórico sobre su territorio y, sobre todo, las consecuencias que ha tenido la falta del agua del Río Colorado para su vida, su forma de habitar su territorio y su subsistencia. Mirar esto implicaría atender los problemas ambientales que se derivan de la falta del agua del Colorado como la contaminación en el Río Hardy donde pescan los cucapá de El Mayor. Además observar el despojo y las consecuencias sobre este pueblo obligaría a priorizar medidas legales y políticas que atiendan sus derechos y necesidades culturales, sociales y culturales, sin las cuales es difícil pensar en medidas de protección de la curvina golfina que sean realmente efectivas y donde los pescadores cucapá también se sientan obligados a atender. Y, digo, supongamos porque como se ha expresado en este apartado el camino que se ha tomado al interior de la Reserva ha sido el contrario y en lugar de lograr la conservación de la curvina golfina han logrado que el espacio de pesca cucapá donde se reúnen las familias para recrear su identidad y sus lazos familiares se esté perdiendo y se convierta en un espacio conflictivo, inseguro y disputado por pescadores furtivos donde lo único que importa es la explotación de la curvina.

Bibliografía

Alcalá, Graciela. *Políticas Pesqueras en México (1946-2000). Contradicciones y aciertos en la planificación de la pesca nacional*, México, El Colegio de México / Centro de Investigación Científica y de Educación Superior de Ensenada, 2003.

La disputa del derecho.indb 451 28/11/18 10:52

Bravo Espinosa, Yacotzin. "Los territorios indígenas y la colonialidad del derecho: la lucha por la defensa del territorio indígena cucapá (Baja California, México)". *Revista Tefros*, Taller de Etnohistoria de la Frontera Sur, Vol. 16, Núm. 1, enero-junio, 2018, Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina.

_____. "Disputando derechos e identidades. Despojo territorial del pueblo cucapá y conflictos ambientales en la Reserva de la Biosfera Alto Golfo de California y Delta del Río Colorado". En Del Pozo Edmundo y Juan Carlos Martínez, *Los caminos desde abajo. Organización social y usos del derecho en la defensa del territorio en México*, México, Fundar / Gedisa, en prensa.

Carabias, J., J. de la Maza y E. Provencio, "Evolución de enfoques y tendencias en torno a la conservación y el uso de la biodiversidad", en *Capital natural de México*, vol. III: Políticas públicas y perspectivas de sustentabilidad, México, Conabio, 2008.

Cooperativa Pueblo Indígena Cucapa Chapay Seis Jihurrat Cucapa, Ejido Oviedo Mota, "Comunicado de prensa", Indiviso, municipio de Mexicali, 22 de mayo del 2016.

Conanp. *Programa de Conservación y Manejo de la Reserva de la Biosfera Alto Golfo de California y Delta del Río Colorado*, Semarnat / Conanp, 2007.

cndh, "Resumen de la Recomendación sobre el caso de los habitantes de la Comunidad Indígena cucapá, dirigida al licenciado Víctor Lichtinguer Waisman, Secretario de Medio Ambiente y Recursos Naturales, y al señor Javier Usabiaga Arroyo, Secretario de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación", 2002.

Cortez Lara, Alfonso Andrés, Whiteford, Scott y Manuel Chávez Márquez (coords.), *Seguridad, agua y desarrollo. El futuro de la frontera México-Estados Unidos*, Tijuana, El Colegio de la Frontera Norte, 2005.

Environmental Investigation Agency. *Daño colateral: cómo el comercio ilegal de vejigas natatorias de la totoaba está llevando a la vaquita a la extinción*, Londres, 2016.

Gatti, Luis María. *Los pescadores de México: la vida en un lance*, México, CIESAS / Museo Nacional de Culturas Populares, 1986.

Gómez Estrada, José Alfredo. 2000. *La gente del delta del Río Colorado.*

La disputa del derecho.indb 452 28/11/18 10:52

Indígenas, colonizadores y ejidatarios, México, Universidad Autónoma de Baja California.

Heyman, Josiah (ed.). *States and Ilegal practices*, Berg, Oxford-Nueva York, 1999.

Luque Agraz, Diana y Eduwiges Gómez. "La construcción de la región del golfo de california desde lo ambiental y lo indígena", *Ra Ximhai*, Núm. 001, Vol. 3, Sinaloa, Universidad Autonóma Indígena de México, enero-abril, 2007.

Navarro Smith, Alejandra y Sergio Cruz Hernández. 2001. "Territorio y prácticas culturales amenazadas en pueblos yumanos en Baja California", *EntreDiversidades. Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, Núm. 5, Universidad Autónoma de Chiapas , 2015, pp. 85-87.

Sánchez Ogás, Yolanda y Trujiloo, Gabriel, *A la orilla del Río Colorado. Los cucapá*, Mexicali, Editorial Salcar, 2001.

Navarro, Alejandra, Bravo Espinosa, Yacotzin y López Sagástegui, Catalina. "Legislación de pesca y obstáculos para el reconocimiento de derechos de uso preferencial de recursos naturales del pueblo cucapá", *Revista de estudos y pesquisas sobre as Américas*, vol. 7, núm. 2, Brasil, CEPPAC, Instituto de Ciencias Sociais, UNB, 2013.

Navarro Smith, Alejandra, Bravo Espinosa, Yacotzin, y Catalina López Sagástegui. "Derechos colectivos y consulta previa: territorio cucapá y recursos pesqueros en Baja California, México" en *Revista Colombiana de Sociología. Territorios en disputa: tierra, discurso y construcción social del espacio*, vol. 37, núm. 2, Universidad Nacional de Colombia, julio-diciembre. 2014.

Ortega Esquinca, Agustín. 2004. *La comunidad Cucapá. Un proceso de formación social en la cuenca baja del Colorado-Gila*, Tesis Doctoral, Programa de Doctorado "Tendencias y aplicaciones en la investigación arqueológica", Departamento de Prehistoria y Arqueología, Facultad de Geografía e Historia, Universidad de Sevilla.

Rodríguez Garavito, César. *Etnicidad.gov. Los recursos naturales, los pueblos indígenas y el derecho a la consulta previa en los campos sociales minados*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2012.

Samaniego López, Marco Antonio (coord.), 2006. *Breve historia de Baja California*, México, UABC / Miguel Ángel Porrúa.

La disputa del derecho.indb 453 28/11/18 10:52

Toledo, M. Víctor. *Ecocidio en México. La batalla final es por la vida*, Parte III, México: las resistencias socioambientales, México, Penguin Random House, 2015.

Valdéz-Gardea, Gloria Ciria. 2010. "Pesquerías globalizadas: revisando a la comunidad marítima en el Alto Golfo de California", *Estudios Sociales*, Vol. 18, Núm. 35, México, Coordinación de Desarrollo Regional México, enero- junio, pp. 136-163.

Entrevistas

Historia de vida. Presidenta de la Cooperativa Pueblo Indígena Cucapá, 20 de febrero 2016, Ejido Oviedo Mota, El Indiviso.

Entrevista a Rocío Macías Hurtado, 18 de febrero 2016, Ejido Oviedo Mota, El Indiviso, Baja California.

Entrevista Leticia Saiz Galaviz, 1 de junio de 2016, El mayor Cucapáh, Mexicali, Baja California.

Legislación

Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente <http://server.cocef.org/Final_Reports_B2012/20152/20152_Final_Report_ES.pdf>. Consultado: 31 de octubre del 2017.

<http://bcreporteros.com/informa/contaminacion-del-rio-hardy-en-mexicali-afecta-a- cucapas-murieron-miles-de-peces/> (consultado el 31 de octubre del 2017).

<http://bcreporteros.com/informa/contaminacion-del-rio-hardy-en-mexicali-afecta-a- cucapas-murieron-miles-de-peces/> (consultado el 31 de octubre del 2017).

<http://www.enlaceinformativo.net/nota.php?id_not=67455> (consultado el 31 de octubre del 2017).

La disputa del derecho.indb 454 28/11/18 10:52

El caso de la extinción de la compañía Luz y Fuerza del Centro; pasos previos a la privatización del sector eléctrico en México

Arístides Gutiérrez Garza*

Introducción

Los efectos de la globalización económica, y el establecimiento de medidas neoliberales han transformado las relaciones entre el Estado y la sociedad. Hoy en día los elementos que dieron origen y fundamento al Estado están siendo reconfigurados. Es decir, en este momento histórico, el poder privado representado por empresas y organismos financieros nacionales y trasnacionales, han logrado modificar y desplazar la línea divisoria que caracterizó a la relación entre lo público y lo privado.

Las consecuencias son importantes. En primer lugar, el poder público representado por el Estado y sus instituciones han adquirido características de debilidad y se muestra poco eficaz en el ejercicio de sus funciones. Por tanto, la visión tradicional del Estado como "soberano" y "nacional", se ha

* Candidato a Doctor en Derecho de la Facultad de Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México.

La disputa del derecho.indb 455 28/11/18 10:52

modificado en un Estado deficiente y endeble o de baja capacidad.[1] En segundo lugar, la concepción de un poder público interventor y regulador de las relaciones de desigualdad ha quedado en el olvido. Hoy en día, el Estado y su función social se encuentran entrelazados con organismos e instituciones que representan intereses privados.[2]

Por último, el derecho fundado sobre esta concepción de soberanía estatal está siendo confrontado por otras fuentes normativas producidas desde ámbitos internacionales y a partir de acuerdos entre los mismos organismos privados. Es decir, en la actualidad están coexistiendo formas jurídicas que suprimen de un momento a otro el carácter protector del derecho.

En este sentido, el análisis del presente trabajo se centra en examinar en primer lugar de qué forma se ha transformado al Estado y el derecho, y a su vez, cómo se ha modificado la relación de los espacios tradicionales de lo público y lo privado. En segundo lugar, se toma como referencia el caso de la extinción de la compañía Luz y Fuerza del Centro, con el objetivo de analizar la forma de la intervención gubernamental en la extinción de la compañía de electricidad, y que, fue un paso importante para poder

[1] Para Guillermo O' Donnell la democracia y el Estado actual en América Latina conlleva a los siguientes planteamientos. Para el autor, existe un alto déficit de eficacia en las instituciones estatales producto de su falta de credibilidad. Estos "Estados de baja capacidad" para atender los problemas sociales, ahora tienen un problema mayor toda vez que existe una influencia predominante de los intereses privados, como él lo llama, existe un proceso de colonización de los intereses privados contrarios al interés general o nacional. Todo ello conlleva evidentemente a la ilegalidad, producto de su ineficacia burocrática y de los intereses privados que han colonizado la función estatal. Ver: "Notas sobre el Estado de la democracia en américa Latina". En O´Donell Guillermo, *La democracia en América Latina, hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*, Buenos Aires, PNUD/Alfaguara, 2004, pp. 66-67.

[2] En México se han establecido modelos que tienden a realizar funciones de asistencia social pero a través del sector privado. Lo relevante no es el hecho de que este sector realice este tipo funciones, sino que no existe un marco regulatorio adecuado por el que se utiliza dinero del erario público hacia el sector privado. Chávez, Mariana, (2013, noviembre 21) "Al teletón $86,8 millones anuales del erario estatal durante al menos una década". <http://www.jornada.unam.mx/2013/11/21/estados/033n2est>. Como ejemplo, el denominado Teletón que realiza cada año la empresa Televisa. En este acto diversos gobiernos de los Estados de la república aportan dinero del erario público para dicho fin. Por ejemplo, en el Estado de Quintana Roo el gobierno presumiblemente aportó $86.8 millones para la construcción de un Hospital de Oncología que depende de la Fundación Teletón. De esta manera la mayoría de los gobiernos apoyan esta causa con la participación del sector público.

La disputa del derecho.indb 456 28/11/18 10:52

llevar a cabo las reformas privatizadoras en el sector eléctrico y energético presentadas en el año de 2013.

Desarrollo de la interrelación de lo público y lo privado en el Estado y el derecho en el contexto de la globalización económica

Para establecer el significado de lo público y lo privado es necesario que se configure una división de un universo en dos esferas, es decir, que estén incluidas, pero al mismo tiempo se excluyan a la vez. Esta división tiene que estar dentro de un universo que permita establecer un marco de actuación a los sujetos sometidos a ella y que al mismo tiempo deriven en la división principal otras disciplinas secundarias.[3]

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

En este sentido, la formación de estos espacios y su funcionamiento se da a partir de dos momentos generales. Un primer momento es aquél en el que se concentra lo político en el Estado mediante la separación propiedad-poder, "creando un sistema de relaciones al margen de la propiedad y del control directo sobre la explotación del territorio".[4] Esta separación permite

[3] Como afirma Norberto Bobbio al referirse sobre la formación de los espacios público y privado: "a) dividir un universo en dos esferas, conjuntamente exhaustivas, en el sentido de que todos los entes de ese universo quedan incluidos en ellas sin excluir a ninguno, y recíprocamente exclusivas, en el sentido de que un ente comprendido en la primera no puede ser al mismo tiempo comprendido en la segunda; b) establecer una división que al mismo tiempo es total, en cuanto todos los entes a los que actual o potencialmente se refiere la disciplina deben entrar en ella, y principal, en cuanto tiende hacer coincidir en ella otras dicotomías que se vuelven secundarias con respecto a ella". Bobbio, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad,:* por una teoría general de la política, México, FCE, 1989, p. 12.

[4] De Cabo de la Vega, Antonio, *Lo público como supuesto constitucional*, México, IIJ-UNAM, 1997, p. 67.

La disputa del derecho.indb 457 28/11/18 10:52

al Estado acaparar el espacio de lo público. En otros términos, el Estado se asume como representante de lo público.

Sin embargo, esta aparición de la concentración del poder político en el Estado sólo se puede concebir mediante la posibilidad de un sistema interrelacionado de ambas dimensiones (de lo público y de lo privado), a través de una estructura jurídica determinada en la que existe una complementación.[5] Y a su vez, es esencial para la interrelación de las esferas, la aportación y el desarrollo del modelo político liberal, el cual reconfigura y delimita las funciones del poder estatal. Por tanto, el espacio de lo público se ve identificado a partir de la configuración del Estado moderno[6] y el desarrollo de sus atributos. Es decir, el espacio público es representado por el Estado con las características consustanciales a él.

En un segundo momento, se presenta la separación Estado-sociedad, es decir, aparece la separación público-privado mediante el desenvolvimiento del mercado y el establecimiento de las ideas del liberalismo político,[7] que

[5] *Ibidem*, p. 68.

[6] Antonio de Cabo señala como elementos del Estado los siguientes: "1) el establecimiento de un sistema de representación ante el poder, 2) la actuación del Estado mediante un aparato especializado, 3) la generalización de la técnica tributaria como mecanismo simultáneo de dominación, y financiación del Estado, 4) la fijación de las formas de actuación estatal en normas con vocación de permanencia: el derecho, 5) la reorganización del ejército y su pretensión de monopolio de la violencia, 6) la creación (con mayor o menor éxito) de un espíritu nacional, 7) la fijación de unos objetivos de política económica para el conjunto del Estado". *Ibidem*, p. 76.

[7] El fundamento del liberalismo es el individuo en contraposición a la comunidad. De esta forma, la libertad del individuo y de la propiedad fue configurada teóricamente por John Locke, precursor teórico del desarrollo del liberalismo político y que resultara fundamental para forjar los Estados liberales. En su libro *Ensayo sobre el gobierno civil* publicado por vez primera en el año de 1690, sostiene que el individuo nace libre e igual por naturaleza. De esta manera el hombre anterior a la sociedad nace en un estado de libertad para poseer y disponer de sus bienes y propiedades. Veáse *Ensayo sobre el gobierno civil*, México, D.F, Porrúa, 1997, p. 3. Por tanto, el hombre por naturaleza tiene como fin principal la propiedad, definida como el derecho de cada hombre en su misma persona. Sin embargo, señala que el fruto de su trabajo es de su propiedad, *Ibidem* p. 18. Por tanto, la propiedad es un derecho natural que corresponde a todos los hombres por el simple hecho de serlo. Esta justificación encuadra perfectamente con el derecho de propiedad abstracto que los romanos habían acuñado. No es cuestión de extrañar que los pequeños comerciantes que iniciaron acumulando riquezas hicieran necesariamente alusión a esta conceptualización. No obstante lo anterior, la concreción de las ideas liberales se presentan mucho tiempo después de los planteamientos

La disputa del derecho.indb 458 28/11/18 10:52

se estructuran fundamentalmente en torno al libre intercambio del mercado y a la garantía a la propiedad privada. Como consecuencia, lo que hace el liberalismo es establecer a través del poder del Estado los marcos de actuación para su desarrollo, es decir, sujetará todo el aparato estatal público para hacerlo depender del funcionamiento de las relaciones de propiedad privada.[8]

Y es con la separación entre el Estado y la sociedad, pero a la vez mediante su contraposición que se genera una articulación entre el espacio de lo público y el espacio de lo privado. A través de esta contraposición se produce un orden y un interés general que se articula dentro del espacio de lo público. Es decir, el orden público y el interés general se caracterizaron fundamentalmente en establecer principios de generalidad y de igualdad sobre sujetos abstractos, pero como resultado de la inversión que el liberalismo hace del orden público. El Estado ahora tendrá que responder a la lógica del individuo. Toma preponderancia el interés privado como orden público. Su caracterización resulta entonces, lo público como interés de la sociedad, sociedad que está representada en esta etapa por los ideales de los derechos naturales.[9]

Por lo tanto, existe una transmutación del interés general determinada por los intereses de la sociedad o los particulares.[10] Así, la contraposición

---

realizados por John Locke. De esta manera, lo público estatal en la teoría liberal se encuentra sujeto a ciertas limitaciones, que se pueden presentar a través de tres aspectos centrales o núcleos que le dan su forma respectiva. En el ámbito de lo moral se presenta a un individuo que actúa bajo premisas de utilidad personal buscando maximizar su satisfacción personal. En lo económico es dejar el libre intercambio de mercancías, sin barreras y sin límites de ningún tipo, y en el ámbito político, la ley adquiere una fuerza central encaminado a poner límites estatales pero, a su vez, estableciendo amplias libertades al individuo. Ver: Vallespín, Fernando, "El Estado Liberal". En Rafael del Águila, *Manual de Ciencia Política*, Madrid, Trotta, 1997, pp. 53-80.

[8] De Cabo de la Vega, *op. cit*. p. 77.

[9] Grimm, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2006, p. 58.

[10] En la etapa del Estado liberal de derecho los intereses de la sociedad burguesa eran representados de forma general y homogénea, no existía una clara diferenciación entre las clases en condiciones de desigualdad y la clases que representaban los intereses de la burguesía, tal y como lo expresa Antonio de Cabo: "la existencia de una burguesía relativamente homogénea que dominaba los Parlamentos permitía llegar con cierta facilidad a confluencias que se expresaban como interés general según la habitual transmutación ideológica burguesa del interés propio en general; y finalmente de la escasa intensidad de las relaciones Estado-sociedad". En De Cabo Martín, Carlos, *Sobre el concepto de Ley*, Madrid, Trotta, 2000, p. 53.

La disputa del derecho.indb 459 28/11/18 10:52

que se ve reflejada en el Estado y en la sociedad,[11] se articula de forma tal que permite y desarrolla dos espacios que en cierta medida adquieren autonomía, pero que al final se encuentran unidos.

Esta interrelación de lo público y lo privado adquiere importancia con el advenimiento del Estado liberal de derecho,[12] en el que el poder del Estado se ve limitado por el sometimiento del Estado a la ley. La ley permite crear la articulación entre Estado y sociedad, pero a su vez permite que el Estado sea regulado por ésta, generando por consecuencia mediación y unificación entre los intereses del poder del Estado y los de la sociedad.[13] Por lo tanto, se puede considerar a esta etapa como la fase de un capitalismo concurrencial o liberal,[14] en el que cada una de las partes, es decir, el Estado y la sociedad, son representantes de los espacios de lo público y lo privado.

[11] Zippelius establece que la conformación histórica de Estado y sociedad tiene sus orígenes en la época del absolutismo: "históricamente la distinción entre Estado y sociedad hizo su aparición en la época del absolutismo. De la centralización del poder en manos del monarca y su burocracia era natural derivar la noción de que el Estado se contrapone a la sociedad en la persona del monarca y de sus funcionarios. Sobre todo, adquirieron relevancia los conceptos de la fisiocracia y del liberalismo, el modelo de una economía privada libre de la tutela estatal. Esta economía era considerada la suma de relaciones económicas entre los individuos quienes, se unen en sociedad a través de estas relaciones". Veáse, del autor: *Teoría General del Estado*, México, Porrúa / UNAM, 2013, pp. 238-239.

[12] El Estado de derecho tiene sus notas características; imperio de la ley: ley como expresión de la voluntad, división de poderes, legalidad de la administración: actuación según la ley y suficiente control judicial, y por último, derechos y libertades fundamentales: garantía jurídico formal y efectiva realización material. Veáse: Diaz, Elías, *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, Madrid, Taurus, 2010, p. 46.

[13] De Cabo Martín, Carlos, *Sobre el concepto de ley*, Madrid, Trotta, 2000, p. 18.

[14] Para Boaventura de Sousa existen tres etapas o periodos: "el primero, el del capitalismo liberal, cubre todo el siglo XIX, aunque las tres últimas décadas tengan un carácter de transición; el segundo, el periodo del capitalismo organizado, comienza a finales del XIX y alcanza su máximo desarrollo en el periodo de entreguerras y en las dos primeras décadas de la post-guerra; finalmente, el tercer periodo, el del capitalismo desorganizado, que comienza a finales de los años 60 y aún continua". De Sousa Santos, Boaventura, *Crítica de la Razón Indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*, Bilbao, Desclée, 2003, p. 157.

La disputa del derecho.indb 460 28/11/18 10:52

La crisis del Estado de derecho y el Estado social

Lo público y lo privado adquieren una dimensión distinta en el actual periodo histórico. Existe una profunda transmutación de las relaciones entre el Estado y la sociedad, en otros términos, esta relación se está articulando de forma que la caracterización que se concretó en el Estado liberal de derecho ya no representa la fiel separación de los espacios. En este sentido, la articulación comienza a transformarse mediante la intervención del Estado en la regulación económica y el establecimiento de políticas sociales. A su vez, dicha articulación se modifica como resultado de la crisis del Estado social, y por ende, a través de la implementación de políticas neoliberales en conjunto con el desarrollo de la globalización económica.

De esta manera, el Estado social[15] se caracterizó por desempeñar una función garante de la acumulación capitalista mediando entre capital y el trabajo. Cumplió un papel legitimador en el sentido que pudo resolver los conflictos suscitados por el propio desarrollo del sistema y sus contradicciones (crisis y desempleo). En la dimensión jurídica creó derechos para los trabajadores regularizando las relaciones de trabajo. A nivel político, pudo regularizar los conflictos suscitados entre la clase trabajadora y el funcionamiento del capitalismo a través de la implementación de medidas educativas, de salud, de vivienda, de seguridad, con lo cual llevó a que los empresarios pudieran desarrollar y generar mayor productividad. Y a nivel institucional, produjo intervención discrecional del poder ejecutivo desequilibrando la división de poderes del modelo liberal, pero llevó a un

[15] Para Elías Díaz éste se caracteriza con los siguientes elementos: "El estado social de Derecho, se caracteriza por ser un Estado administrador (prevalencia en él del poder ejecutivo y administrativo que, de hecho, llega incluso a legislar) y, a la vez y desde otra perspectiva, un *Welfare State*, un Estado del bienestar, en cuanto que éste constituye el objetivo fundamental de aquél. El objetivo de bienestar conexionado al objetivo de desarrollo económico aparecen así como resortes que movilizan la acción de la técnica y de la burocracia en el marco de las modernas sociedades industriales". Díaz, Elías, *op. cit.*, p. 113. Por otro lado, el economista John Maynard Keynes planteó la necesidad de la intervención del Estado con el objetivo de recuperar la economía de los Estados Unidos de América después de la crisis de 1929. Esta política concibe al Estado como un estabilizador interno de la economía y de la política, regeneradora del crecimiento económico. Offe, C., *Contradicciones en el Estado de Bienestar*, Argentina, Alianza Editorial, 1990, p. 136.

La disputa del derecho.indb 461 28/11/18 10:52

mayor grado la instrumentalización del derecho positivo en las relaciones estatales.[16]

Al mismo tiempo de esta intervención Estatal y de la universalización de derechos sociales, se desarrollaron nuevas formas de organización del trabajo dentro de la industria, el modelo de organización de la producción fordista, el cual trajo como consecuencia directa el aumento masivo de productos. Este modelo de organización de la industria tiene como característica central la producción en serie a partir de una línea en cadena o línea de montaje, el cuál desencadenó la posibilidad de obtener productos a precios bajos, de igual manera, con el crecimiento de derechos sociales amparados por el Estado, generó que los trabajadores mantuvieran un consumo constante y en masa, lo que les permitió inhibir la posibilidad de ahorro y enfocarse al consumo.[17]

Es decir, el beneficio de los trabajadores de las nuevas relaciones capitalistas fue proporcional al incremento del desarrollo del capitalismo. Esto trajo como consecuencia que se formaran nuevos y mayores espacios para reproducir el sistema capitalista. A su vez, se desarrollaron nuevas formas de relaciones jurídico-políticas, dándole al Estado un papel fundamental y de una proporción mayor. Éste adquiere una forma en la que se plantea que "lo que se propugna en el Estado social de derecho es un Estado decididamente intervencionista, un Estado activo, un Estado dotado, se repite, de un ejecutivo fuerte".[18]

Pese a lo anterior, comienza a haber una crisis del antiguo modelo debido a las funciones que adquiere en el Estado social.[19] Es decir, en este momento el modelo de separación de las esferas reproducía los mecanismos económicos y políticos sin contradicción alguna. Cada una de las partes involucradas en este proceso les correspondía un funcionamiento acorde a los principios liberales.[20] No obstante a ello, debido al desarrollo del capi-

[16] Faria, José Eduardo, *El derecho en la economía globalizada*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 98-99.

[17] Paramio, Ludolfo, *La socialdemocracia*, Buenos Aires, FCE, 2010, pp. 39-49.

[18] Elías Díaz, *op. cit.*, p. 113.

[19] Ferrajoli, Luigi, "Estado Social y Estado de Derecho". En Victor Abramovich, María José Añón y Christian Courtis, *Derechos Sociales, Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2006, p. 12.

[20] Como lo refiere De Sousa Santos: "Esta intervención del Estado liberal, aparentemente excepcional y discreta, llevaba consigo el potencial del absolutismo jurídico; potencial que al manifestarse, sin embargo, de un modo muy incompleto, desembocaba en un desarrollo

La disputa del derecho.indb 462 28/11/18 10:52

talismo y la necesidad por parte del Estado de intervenir en áreas sociales se creó un desequilibrio en las relaciones clásicas del modelo liberal de derecho.

El derecho deja de ser la condición de legitimación política principal. Incluso el Estado comienza a actuar de forma paralela al derecho o afuera de este, sobre marcos no establecidos y discrecionales. A su vez, en el modelo de Estado liberal la legitimación se presenta bajo el establecimiento de la legalidad formal, mientras que en el Estado social la legitimación es producto de la intervención económica estatal y, por lo tanto, "el derecho fue desplazado de la categoría de principio de legitimador del Estado para la de instrumento de legitimación del Estado. Así se planteaba las simientes de la banalización del derecho".[21]

De esta forma, se genera una quiebra del principio de legalidad y de legitimidad. En el Estado social no es posible encontrar estas características debido a la nueva dinámica generada por funcionamiento del sistema capitalista. Es decir, para mantener en funcionamiento este sistema se exigía por parte del Estado la intervención en regulaciones especiales con aspectos particulares.[22] Esta nueva realidad obligaba a establecer pautas en la que el Estado actuara de manera flexible atendiendo a la rapidez de las modificaciones económicas.

---

desigual de campo jurídico. Se consideraba que el derecho privado, el foco privilegiado del cientifismo y del positivismo jurídico, estaba desvinculado de cualquier contenido político o social y era capaz de liberar las relaciones sociales de los vínculos y jerarquías del antiguo régimen. Tenía como objetivo asegurar la reproducción de un mercado competitivo capaz de auto- equilibrarse, a través de libertades negativas, marcos jurídicos apropiados, aunque supletorios, y mecanismos que garantizasen el cumplimiento de los contratos. El derecho administrativo organizaba el distanciamiento cotidiano de los aparatos del Estado en relación a los ciudadanos y se concentraba en los mecanismos que reproducían este distanciamiento, sobre todo a través de una nítida demarcación de los límites de intervención del Estado. Por último, el derecho constitucional se basaba en el presupuesto de que las libertades individuales tenían un origen pre jurídico y de que el Estado apenas podía garantizarlas por medios políticos y administrativos, rigurosamente definidos, seguros y previsibles, que competía al derecho constitucional establecer". De Sousa Santos, Boaventura, *op. cit.*, p. 135.

[21] *Ibidem*, p. 171.

[22] De Cabo Martín, Carlos, *Contra el Consenso, Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado Social*, México, UNAM, 1997, p. 208.

La disputa del derecho.indb 463 28/11/18 10:52

Esta situación conlleva a la crisis del Estado social, pero a la vez a la crisis plena del Estado de derecho. Ésta última se caracteriza primordialmente en la pérdida de la centralidad de la ley, tendencias desreguladoras y a la vez reguladoras de grupos de intereses particulares y no generales, y cuando se refieren aspectos de políticas públicas o relativas a contenido del trabajo, no hay una precisión en el alcance de su regulación, es decir, existen contenidos normativos indeterminados. Por lo que se deja la regulación abierta al poder Ejecutivo de manera que no existen procesos de controles públicos adecuados, se presenta un vaciamiento o (de) sustanciación jurídica.[23]

Asimismo, el desarrollo del intervencionismo estatal establece una inefectividad sistémica, debido a la necesidad de abarcar áreas en donde no existía regulación alguna, lo que provocó una multiplicación de leyes, y con ello, grados de pérdidas de coherencia lógica y unidad jurídica que caracterizó al menos en su ideal al modelo liberal de derecho. Por lo tanto, se produjo una crisis de gobernabilidad estatal.[24]

El Estado y el derecho en la globalización económica

El Estado social de derecho vino a establecer transformaciones importantes en la relación de los espacios de lo público y lo privado. Estas modificaciones generaron la ruptura de la legitimidad otorgada por la ley, y al mismo tiempo, la intervención estatal en sectores económicos con procedimientos paralelos a los formales legales tradicionales produjo a una crisis de legalidad. Existe un claro desplazamiento de la línea divisoria, producto de la intervención de nuevos actores a los que en un inicio fundamentaron la división clásica público y privado. Este desplazamiento por parte del poder estatal en la regulación de sectores específicos parece, en la forma, borrar

[23] *Ibidem*, p. 232.

[24] Para Faria, la gobernabilidad "ha estado asociada a la incapacidad de un gobierno o de una estructura de poder para formular ytomar decisiones en el momento oportuno, en forma de programas económicos, políticas públicas y planes administrativos, así como de ejecutarlas de modo efectivo. Faria, José Eduardo. *El derecho en la economía globalizada.* Madrid, Trotta, 2001, pp. 100-101.

La disputa del derecho.indb 464 28/11/18 10:52

el ámbito de lo privado. Como consecuencia de lo anterior se ha llegado a considerar a esta etapa como "la primacía de lo público sobre lo privado".[25]

Esta coyuntura de transformaciones tuvo que ser modificada a su vez por la crisis del modelo del Estado social que permitió una nueva forma de relaciones entre el Estado y sociedad. La crisis del Estado social dio pauta al advenimiento de postulados políticos denominados como neoliberales, y al mismo tiempo, se intensificó el crecimiento de la interdependencia política y económica a nivel global. Estos dos aspectos han sido centrales para comprender la modificación de los espacios tradicionales en las relaciones entre el Estado y la sociedad y por consecuencia, de lo público y lo privado.

Con el neoliberalismo los gobiernos neoconservadores a partir de las posturas fundamentalistas desarrolladas por José Shumpeter, Milton Friedman y Friderick Von Hayek[26] y llevadas a cabo por el Gobierno de Estados Unidos de América con Ronald Reagan como presidente y Margaret Thatcher en Gran Bretaña, generaron un cambio radical en la relaciones políticas y económicas de los Estados. Los neoliberales llevaron un plan denominado Consenso de Washington,[27] éste tenía como fundamento la

[25] Bobbio, Norberto. *Estado, Gobierno y Sociedad... op. cit.*, p. 27.

[26] Tres autores son referencia para entender el neoliberalismo; lo que Ramonet ha llamado los tres oráculos: "en nombre de la revolución conservadora, estos líderes van a mostrar un neoliberalismo agresivo, avivado por un anti keynesianismo militante, para acabar con la larga tradición de intervención económica y social del Estado. Su primer objetivo es quebrar los sindicatos. Será más fácil luego desregular la economía y desencadenar una cascada de privatizaciones. Así comienza la era del neoliberalismo, una plaga que va expandirse por toda la tierra. Esta corriente se inspira en las tesis de tres economistas los oráculos del neoliberalismo: José Shumpeter (1883-1950), Friedrich von Hayek (1899-1992) y Milton Friedman (1912- 2006). Sus tesis dominaron el campo de la teoría del capitalismo real durante 30 años. Ramonet, Ignacio. *La catástrofe perfecta: crisis del siglo y refundación del provenir*, Barcelona, *Diario Público*, 2009, pp. 31-32.

[27] Este plan económico fue sintetizado por el economista John Williamson para encontrar la manera solventar las crisis de deudas de los países en América latina, pero además, fue la manera en que Washington interpretó dicha situación. Por lo que se desarrollaron una serie de medidas las cuales establecían una relación distinta entre los bancos y los Estados, los cuales señalaban: "disciplina presupuestaria, cambios en las prioridades del gasto público (disminuyendo los gastos en áreas del sector público), reforma fiscal con una base impositiva más amplia, tipos de interés basados en el mercado, tipo de cambio basados en la fuerza del mercado, liberalización comercial (no intervencionismos nacionales), política de apertura respecto a la inversión extranjera directa, política de privatizaciones como medida

La disputa del derecho.indb 465 28/11/18 10:52

concepción del libre mercado, ya no solo en áreas concernientes a la producción y el intercambio de productos, sino ahora era necesario que ciertos sectores regulados por el sector público como la salud, la educación o el transporte fueran sometidos a las relaciones entre los particulares.[28]

Por otro lado, la conceptualización de la globalización[29] ha sido analizada a través de distintas perspectivas. Sin embargo, la globalización es un concepto que se configura mediante diversos elementos. Es decir, la globalización, también es un fenómeno que tiene que ver con lo político y lo cultural e ideológico. Ante las diferentes variantes de interpretación y

---

a ayudar a la reducción de la presión en el presupuesto del gobierno con el fundamento de que las empresas privadas son más eficientes que las empresas estatales. A pesar de ello la privatización se enfatizó tras el plan Baker con el impulso oficial estadounidense con el apoyo del Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial para fomentar la venta de empresas estatales en el mundo, política desreguladora como una forma de impulsar la competencia en específico en América Latina donde se hallaban las economías más reguladas en el mundo y por último certeza sobre los derechos de propiedad". Casilda Béjar, Ramón. "El Consenso de Washigton", *Política Exterior* (Estudios de Política Exterior) 16, núm. 86, marzo-abril, 2002, pp. 112-113.

[28] Con el neoliberalismo la mayoría de los sectores que eran gestionados por el Estado pasaron a someterse a las relaciones del libre mercado. Como lo afirma Paramio, "el punto de partida era que la planificación económica y la propiedad social habían fracasado y que solo el mercado podía ofrecer a la vez libertad, eficiencia y crecimiento. Los servicios públicos –sanidad, educación, transporte, podían gestionarse de forma eficiente si se introducían en ellos mecanismos de mercado o se gestionaban privadamente, incluso si seguían siendo financiados públicamente". Paramio, Ludolfo, *op. cit.*, p. 60.

[29] En torno a la discusión sobre el concepto de globalización Held y Mc Grew señalan que existen dos amplios argumentos al respecto. El argumento relativo a "el mito de la globalización" en la cual la interdependencia no se presenta de forma global, sino mediante una internacionalización o regionalización, en donde solamente los Estados considerados como imperios generan este tipo de relaciones, pero aquellos que no lo son, quedan excluidos de este tipo de relaciones económicas. Señalan los autores que en este argumento de característica escéptica, constituye un discurso ideológico que con lleva a la imposición del neoliberalismo, es decir, un mercado libre global como dominación del capitalismo imperialista angloamericano El argumento de los globalistas señala que no solo se establece a partir de una conceptualización referente a la dominación de imperialismo capitalista de occidente, sino a través de cambios profundos que modifican las estructuras de la sociedad. Esta mirada argumentativa señala la transformación de las formas de organización socioeconómicas, del territorio y por último de la manera en que se ejerce el poder. En Held, David y Anthony McGrew. *Globalización-Antiglobalización. Sobre la reconstrucción del orden mundial*. Barcelona, Paidos, 2003, pp. 16, 19.

La disputa del derecho.indb 466 28/11/18 10:52

causas que permiten analizar este fenómeno, "la globalización, la definición más simple de globalización, es interdependencia".[30]

De esta forma, esta relación de interdependencia, se ve reflejada primordialmente en cuatro aspectos; en lo técnico, en cuanto a la implementación de nuevas tecnologías que tienen la capacidad inmediata de transferir información; en lo político, en cuanto que tiene que ver con el fin de la guerra fría y el surgimiento de una sola potencia dominante; en lo ideológico-cultural, en cuanto a la posibilidad de establecer un solo valor como modelo universal; y en lo económico, en que el modelo de producción en el capitalismo se ha expandido en todo el mundo.[31]

Por tanto, es conveniente centrar la cuestión en el desarrollo de los procesos económicos como factor primordial para entender de qué manera se reconfigura el Estado en la globalización. Es decir, "la globalización se refiere en esencia a un proceso económico".[32] Ahora bien, en esta nueva fase, ¿cuáles son los efectos que producen la globalización en el Estado y el derecho?

Como lo describe William I. Robinson, lo que hace distinta esta época es que ahora hay una economía global y ya no una mundial. Pero la economía global que actualmente conocemos se diferencia de la economía mundial porque en las economías nacionales se desarrolló un mercado entre países, es decir, un mercado internacional vinculado. Todos estos países se articularon y formaron un sistema más amplio que los relacionó de forma tal que configuraron un sistema mundial.[33]

[30] Giddens, Anthony. "El gran debate sobre la globalización", *Pasajes*, Núm. 7, septiembre-diciembre 2001, Publicaciones Universitat de Valencia, p. 67.

[31] Hirch, Joaquin. *Globalización, capital y Estado.* México, UAM-X, 1996, p. 85.

[32] *Ibidem*, p. 86.

[33] Para el autor la primera época se presenta bajo los origines del capitalismo en el que las viejas estructuras feudales dejan de existir y se genera una expansión del mismo a través del descubrimiento y la conquista de América. La segunda es el denominado capitalismo competitivo o clásico que es representado por la revolución industrial, el surgi miento y desarrollo de la clase burguesa, así como el de los Estados-nación. La tercera se refiere al surgimiento del capitalismo que el autor denomina corporativo o monopolista que representa un mercado mundial y el sistema de Estados por el que se organiza el capitalismo mundial. Es en esta época en la que surgen las corporaciones financieras y las guerras de los poderes imperiales. Por último, la cuarta fase está caracterizada por la tecnología en torno al desarrollo del microchip y las computadoras. Ver: Robinson, I. William. *Una teoría sobre el capitalismo global. México*, Siglo XXI, 2013, p. 30.

La disputa del derecho.indb 467 28/11/18 10:52

Además de la articulación de una economía global, otra característica importante a señalar es la globalización de los procesos de producción. Pero no procesos económicos de producción referente solo a la posibilidad de generar un intercambio mundial de productos, es decir, un comercio mundial, ahora lo que caracteriza a esta época es "la globalización creciente del proceso de producción".[34] Es decir, existe una organización distinta del proceso de producción.[35]

El capitalismo global va encaminado a romper las barreras nacionales y crear nuevos espacios transnacionales. A su vez, genera cambios en la organización de la producción que permite que las empresas transnacionales descentralicen la producción a partir de lo que se denomina cadenas de valor[36] que aportan en cada parte del proceso de producción un valor al producto respectivo y que ahora está deslocalizado y fragmentado alrededor del mundo.

Por tanto, la globalización esta instaurada en el marco de un proceso distinto de organización de la producción, también, dentro de un sistema de economía o sistema-mundo,[37] que genera nuevas formas de organiza-

[34] *Ibidem*, p. 31.

[35] "La globalización de la producción implica la fragmentación y descentralización de complejas cadenas de producción y la dispersión e integración funcional de los diferentes segmentos de estas cadenas en el mundo. Sin embargo, esta descentralización y fragmentación del proceso de producción ha tenido lugar junto a la centralización del mando y control de la economía global en el capital transnacional. Así la globalización unifica al mundo en un solo modo de producción y un solo sistema global, provocando la integración de los diferentes países y regiones en una nueva economía global". *Ibidem*, p. 34.

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

[37] Como señala Wallerstein: "El análisis del sistema mundo arguye que las unidades de realidad social dentro de las que operamos, y cuyas reglas nos constriñen, sin, en su mayoría,

La disputa del derecho.indb 468 28/11/18 10:52

ción capitalista, lo que conlleva necesariamente a replantear el papel del Estado y el derecho. Bajo esta perspectiva los Estados son importantes en cuanto forman una estructura para el desarrollo del sistema, pero, adquieren ciertas características atendiendo a la posición que se encuentren en el sistema mundo económico.[38] Más aún, las nuevas formas de organización de la producción están haciendo que los Estados pierdan el papel central de la regulación económica y se conviertan en simples receptores de medidas impuestas desde fuera para cooptar inversiones y adaptarse a las condiciones que imponen el capital internacional.

Por otro lado, el desarrollo de la globalización financiera se presenta con el objetivo de integrar a los mercados mundiales, para ello se establecieron una serie de medidas que produjeran un sistema monetario internacional y que tuviera su centro de funcionamiento en el mercado. Esta situación llevó a establecer políticas de liberalización económicas con relación al

---

tales sistemas mundos (distintos que los ahora extintos y pequeños mini-sistemas que alguna vez existieron sobre la Tierra). El análisis de sistema- mundo arguye que siempre han existido solo dos variedades de sistema mundo: economías-mundo e imperios-mundo. Un imperio mundo (como lo fuera el Imperio romano o la China de Han) es una enorme estructura burocrática con un centro político y un eje de división del trabajo, pero culturas múltiples". Wallerstein, Immanuel. *Análisis de Sistemas-Mundo*, México, Siglo XXI, 2005, p. 126.

[38] Hay que señalar que el sistema mundo moderno tiene elementos importantes que centran su análisis en como el capital se desarrolla a partir de un sistema en el que confluyen los Estados y la división del trabajo como actores fundamentales para la reproducción del capital, que no es más que la búsqueda incesante de acumulación de capital para acumular más capital. Claro está, que no solo es el Estado y la división del trabajo, sino toda la instrumentalización que requiere los capitalistas para su desarrollo como lo son los mercados y los monopolios. la división del trabajo es importante porque que permite generar Estados más fuertes que otros, es decir, Estados que se encuentran en una posición de ventaja por su capacidad de obtener un grado de ganancia mayor en el proceso de producción. Quien controla y monopoliza el proceso de producción se encuentra en una posición central respecto a quien no lo controla o monopoliza. Esta situación genera una relación entre el centro y la periferia, es decir, aquellos que monopolizan el proceso de la producción y los que no. En la periferia no se presenta la monopolización del proceso señalado, sino todo lo contrario, es decir, hay lo que se denomina competencia. De esta manera, ocurre una relación desigual entre el centro y la periferia, es decir, el primero como tiene el monopolio o cuasi monopolio está protegido y lo ubica en una posición más fuerte respecto del segundo que se enfrenta a una libre competencia sin restricciones y por lo tanto es más débil. De este modo, existe transferencia de plusvalor constante de la periferia hacia el centro. Es lo que se denomina intercambio desigual. *Ibidem*, pp. 45-46.

La disputa del derecho.indb 469 28/11/18 10:52

movimiento de capitales.[39] Así, se abrieron los mercados de los países, a través de un marco regulatorio financiero internacional lo que provocó que los Estados tuvieran que competir con otros, y a la vez, permitir la desregulación estatal a nivel local de sus economías internas y con todo ello generar la privatización de mercados dominados por el sector público.[40] Aunado a lo anterior, las nuevas tecnologías son el instrumento que permitió la interconexión en la economía global, sin estas resultaría imposible realizar transacciones de país a país, o intercomunicación entre una empresa en México y en China.[41]

Esta expansión del capital en mercados interconectados globalmente produce una presión directa a los Estados cuando se trata de poner en juego la reproducción de los intereses económicos capitalistas. Por lo tanto, el Estado juega un papel relevante adquiriendo dos funciones esenciales. La primera que es la funcional en la que el papel del Estado es crear las condiciones óptimas y necesarias para la expansión y reproducción del

[39] Hernández Cervantes, Aleida. *La producción jurídica de la glovbalizacion económica. Notas de una pluralidad jurídica transnacional*. México, UNAM / UASLP/ CEJS MISPAT, 2014, p. 89.

[40] Como lo refiere Hernández Cervantes: "Por ejemplo, para estimular la liberalización en sentido interno, hace falta implementar políticas de desregulación del mercado doméstico, por mencionar una materia, la de seguros a aseguradoras extranjeras; así mismo, para la liberalización del movimiento de capitales, en dirección externa, se requiere tanto de una desregulación de la compraventa de seguros y de monedas extranjeras por residentes domésticos, como de una desregulación de las prohibiciones de inversión en cartera o directa en el exterior, todo ello para tener un cuadro completo de la liberalización". *Ibidem*, p. 90.

[41] De esta forma la revolución tecnológica de la información permitió en primer lugar generar tecnologías que desarrollaron una influencia directa sobre la información, en segundo lugar se amplía el uso de la información en distintos ámbitos de la vida tanto económica como a nivel interpersonal, accede a distintas actividades de la vida humana. Tercero, existe una interconexión de manera que se desarrollan relaciones en red. Esta nueva tecnología ocasiona le penetración en distintas relaciones de manera que la organización se hace ya no de manera jerárquica sino de tipo horizontal. En cuarto lugar, permiten la flexibilidad de los procesos de organización, haciendo que en cualquier momento se puedan reestructurar las instituciones y organizaciones. Y, por último, esta tecnología permite ir desarrollándose sobre las bases de otras áreas tecnológicas e integrar un sistema unificado. Castells, Manuel. *La era de la información. La sociedad en red*, México, Siglo XXI, 1999, p. 20.

La disputa del derecho.indb 470 28/11/18 10:52

capital internacional, para ello es conveniente que el Estado desregule su economía interna.[42]

La segunda función tiene que ver con la des-democratización, la cual consiste en que las decisiones políticas internas de los Estados ya no son vertidas dentro de los escenarios democráticos institucionales que tomaban en cuenta los intereses nacionales y en su caso intereses de la población. Bajo esta lógica, la toma decisiones políticas es justificada por los intereses económicos globales. Las decisiones estatales son realizadas a través de negociaciones entre empresas transnacionales y los gobiernos. Esto genera una pérdida de representación política interna ya que el centro de la discusión se ha trasladado hacia la dinámica de acumulación transnacional y no a una nacional.[43]

Asimismo, los Estados adquieren dos características importantes: una transnacionalización y la adaptabilidad a la dinámica de los intereses económicos transnacionales. Los Estados se transnacionalizan, ya que son los mismos gobiernos que llevan a relacionarse con los grandes intereses internacionales a su vez, se adaptan necesariamente a los intereses del capital para reproducirlo de forma tal que crean todas las condiciones para que los organismos transnacionales reproduzcan sus intereses. La relación entre los Estados y los organismos internacionales se estrecha, creando una relación de subordinación estatal sobre los intereses privados.[44]

Esta situación genera que los intereses estatales reproduzcan a nivel interno los intereses del capital internacional. De esta forma tanto el papel de las organizaciones internacionales como el de los Estados[45] adquieren

[42] Hirch, Joachim, *Globalización, Capital y Estado … op. cit.*, p. 100.

[43] *Idem.*

[44] Etxarreta, Miren. "Globalización e intervención pública", *Mientras Tanto*, Núm. 70, otoño, 1997, p. 113.

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

La disputa del derecho.indb 471 28/11/18 10:52

una relación de funciones entrecruzado: por un lado los organismos transnacionales[46] ejercen sus directrices en la toma de decisiones estatales, y por el otro, los Estados se subordinan a estas decisiones.[47]

Es conveniente señalar la importancia de la posición de los Estados en el sistema económico mundial ya que se generan un debilitamiento en las soberanías estatales, producto de la influencia de los organismos empresariales y financieros transnacionales. Por tanto, se tienen que implementar medidas de ajuste estructural llevadas a cabo por los propios Estados, es decir, se interviene para desregularizar o se interviene para no intervenir. Es decir, implica una desregulación para una re-regulación.[48]

Así mismo, en el ámbito jurídico, se crean normas sectoriales y específicas atendiendo a los intereses económicos globales, pero a la vez creando y regulando normativas fuera del ámbito tradicional estatal, lo que con lleva a tener una sobre producción normativa pero con condiciones específicas, es lo que se denomina la heterogeneización de la regulación estatal.[49] De esta forma existe una serie de normas que regulan ámbitos específicos y se crea una producción normativa diferente a la generada por el monopolio estatal. Es lo que se denomina "pluralidad jurídica transnacional".[50] Está caracteri-

---

decir, las empresas y corporaciones usan y disponen de la riqueza de los países subordinados plenamente a las decisiones empresariales. "Empresas transnacionales, desarrollo y soberanía: Modificaciones normativas", *Sortuz Oñati Journal of emergent Socio- Legal Studies 1*, núm. 2, 2007, pp. 82-83.

[46] Cabe señalar que el crecimiento de las empresas transnacionales ha llegado a influir de tal manera en los Estados, que se han llegado a constituir como un poder "soberano privado supraestatal difuso". Es decir, las tendencias que favorecen al capitalismo tales como el monetarismo, la desregulación o la privatización, han cedido y traspasado las decisiones del ámbito de lo público al ámbito de lo privado. Ver: Capella, Juan Ramón. *Fruta Prohibida, Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado*. Madrid, Trotta, 1997, p. 260.

[47] Etxezarreta, Miren, *op. cit*, p. 114.

[48] De Sousa Santos, Boaventura. *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales-Universidad Nacional de Colombia / ILSA, 1998, p. 82.

[49] *Ibidem*, p. 90.

[50] "Precisamente este enorme policentrismo de las decisiones económicas y políticas a nivel mundial y, que caracterizan precisamente por ello, a la economía globalizada, hacen cada vez más difícil que los Estados Nación en su individualidad tomen sus propias decisiones hacia el interior, destacándose entre ellas, el contenido de su derecho. Las tradicionales normas

La disputa del derecho.indb 472 28/11/18 10:52

zada por inmensa cantidad de normas establecidas entre los Estados y las empresas transnacionales.

Pero además, estas normas cuya fuente deviene no del propio Estado sino del ámbito transnacional adquieren una estructura en forma de red.[51] Por otro lado, y al margen de la pluralidad de normas creadas por la transnacionalización, en el ámbito de lo estatal se produce una normatividad distinta. Es decir, una normatividad que adquiere el carácter procedimental. Su elemento principal es que tiene un bajo grado de coercitividad, a diferencia de la tradicional norma de producción estatal. Este elemento de debilidad es debido a la perdida de la soberanía y de la centralidad características de los estados nacionales.[52]

Pese a lo anterior, es en este punto al que se tiene que poner mayor atención. Las transformaciones que existen actualmente son contrastantes. El derecho en forma red y su pluralismo normativo se libera de toda forma de control y regulación estatal. Es un derecho transnacional. Y este derecho transnacional se configura a partir de la influencia directa de los organismos transnacionales. Ello bajo la lógica del mercado, han generado la posibilidad de establecer una "neo feudalización del derecho".[53]

Es decir, estas nuevas dinámicas ahora están destinadas a responder a los intereses de las empresas nacionales e internacionales bajo la lógica de la reproducción capitalista, lo que trae como consecuencia medidas

---

abstractas, impersonales y estandarizadas del ordenamiento, con las cuales se ha construido el derecho positivo, pierden continuamente su capacidad para organizar de forma eficaz sociedades cada vez más complejas". Hernandez Cervantes, *op. cit.*, p. 112.

[51] "comprende desde normas jurídicas, principios, directrices, políticas públicas y privadas de organización, guías de resolución de conflictos hasta modelos de leyes homologantes, entre otras [...] El fin determinado para que están articulados en red estos elementos, es para construir un marco jurídico flexible que relativamente le de orden y estructura a las múltiples operaciones y procesos". *Ibidem*, p. 165.

[52] Faria, Jose Eduardo, *op. cit.*, pp. 150-151.

[53] "Este ordenamiento feudal quiebra y reinterpreta los principios clásicos del Estado de Derecho y se articula por medio de la privatización del poder legislativo y judicial. Los espacios públicos de regulación se subordinan a los espacios privados que vulneran los derechos de las mayorías sociales. Además, responde a los intereses del capital, de las clases dominantes y de los gobiernos cómplices" en Hernández Zubizarreta, Juan, "Un nuevo feudalismo global", *Alainet* 04 de noviembre de 2015. <http://www.alainetorg/es>. Último acceso: 16 de noviembre 2015.

La disputa del derecho.indb 473 28/11/18 10:52

tendientes a mercantilizar cualquier tipo de espacios públicos. De esta forma, el espacio público estatal se difumina entre la influencia de intereses particulares y la necesidad del Estado de gobernar pero a partir de la lógica capitalista a través del marco de la propiedad privada y no por medio de lo público que es común a todos. Ello trae aparejada una serie de problemas relativos a la falta procesos democráticos en la toma de decisiones estatales, la falta de controles estatales de las empresas privadas, así como, la falta de responsabilidades y sanciones derivadas del incumplimiento de su actuación.[54]

El caso de la compañía Luz y fuerza del Centro

La creación de las compañías de electricidad

La Comisión Federal de Electricidad fue creada mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de agosto de 1937, a través de la Ley que crea la Comisión Federal de Electricidad y el 11 de febrero de 1939 se expidió la Ley de la Industria Eléctrica, tendiente a regular a las empresas particulares dedicadas a esta actividad.[55]

En 1960 el gobierno federal ordenó la nacionalización de la industria eléctrica, mediante la adquisición de las acciones de las empresas concesionarias, y decretó la exclusividad de la nación para generación, conducción, transformación, distribución y abastecimiento de energía eléctrica que tuviera por objeto la prestación del servicio público, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 29 de diciembre de 1960, señalando que en esta

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

[55] "Decreto de Extinción de Luz y Fuerza del Centro", <http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5114004&fecha=11/10/2009>.

La disputa del derecho.indb 474 28/11/18 10:52

materia no se otorgarán concesiones a los particulares y la Nación aprovechará los bienes naturales que se requieran para dichos fines. De esta forma se nacionaliza la industria eléctrica en dónde las compañías de *The Mexican Light and Power*, y *la American and Foreing Power, Co*., y pasan a formar parte de la Compañía Mexicana de Luz y Fuerza Motriz, atendiendo la zona del Distrito Federal, el Estado de Puebla, Estado de México, Hidalgo, Michoacán y Guerrero.[56]

Para diciembre de 1974, se publicó el acuerdo presidencial que autorizó la disolución y liquidación de Compañía de Luz y Fuerza del Centro S. A., Compañía de Luz y Fuerza Eléctrica de Toluca S.A., Compañía de Luz y Fuerza de Pachuca S. A., y Compañía Mexicana Meridional de Fuerza, S. A., y a la Comisión Federal de Electricidad, a adquirir de aquéllas la titularidad de sus bienes y derechos.

Por su parte, la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, reglamentaria de la adición constitucional señalada, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 22 de diciembre de 1975, reiteró la fórmula constitucional y estableció expresamente que la prestación del servicio público de energía eléctrica que corresponde a la Nación estaría a cargo de la Comisión Federal de Electricidad dejando sin efectos las concesiones ya existentes. Por lo que, mediante decreto presidencial del 9 de febrero de 1994, se creó el organismo descentralizado Luz y Fuerza del Centro.

La industria eléctrica y la privatización encubierta

Para el año de 1993 la industria eléctrica comenzó a desempeñarse con reglas que viraron hacia el sector privado, sin que existiera una adecuada regulación al respecto. Lo anterior se acentúo, a partir de la firma del Tratado de Libre Comercio con relación a la producción para el autoconsumo, cogeneración, producción independiente de energía eléctrica. Ello, con relación a las modificaciones que en el año de 1992 se realizaron a la Ley de Servicio Público de Energía Eléctrica.[57]

[56] "Cronología, La historia de Luz y Fuerza del Centro", *El Universal*, México, 11 de octubre de 2009, <http://archivo.eluniversal.com.mx/notas/632514.html>.

[57] Melgoza Valdivia, Javier, "La industria Eléctrica". En Enrique De la Garza Toledo, *Las*

La disputa del derecho.indb 475 28/11/18 10:52

Desde ese entonces el sector privado intervino sin que se hubiera definido de manera adecuada el concepto de servicio público. Es en el año de 1993 cuando se crea la Comisión Reguladora de Energía[58] con el objetivo de regular la participación de empresas privadas del sector.[59]59 La forma en que el gobierno operó el sistema eléctrico permitió que no se afectara el derecho de la población para recibir el servicio público a la energía eléctrica. Es decir, la manera en que el Estado actuó no fue a partir de la venta de las paraestatales a las empresas particulares, sino con la compra de la energía y por medio de la intervención de los particulares con el financiamiento de infraestructura bajo los denominados fondos de inversión.

Así, jurídicamente hablando se tiene que el artículo 27 constitucional[60] establecía expresamente que corresponde exclusivamente a la Nación la generación, conducción, transformación, distribución y abastecimiento de energía eléctrica sin que se pudieran otorgar concesiones a los particulares. Por otra parte y en concordancia con el ordenamiento constitucional la Ley que regulaba el sector eléctrico señalaba expresamente la prohibición para que particulares intervinieran en él.[61] Sin embargo, y a pesar de estar plenamente regulada la prohibición, fue con el gobierno de Carlos Salinas

Privatizaciones en México: consecuencias sociales y laborales, México, Instituto de Estudios de la Revolución Democrática, 1994, p. 187.

[58] "Evolución Histórica de la Comisión Reguladora de Energía", Comisión Reguladora d Energía, México, 23 de mayo de 2014, <http://www.cre.gob.mx/articulo.aspx?id=10>.

[59] "Tablas de permisos de generación e importación de energía eléctrica administrados al 31 de marzo de 2014", México, Comisión Reguladora de Energía, 23 de mayo de 2014. <http://www.cre.gob.mx/documento/1565.pdf>.

[60] Como lo señalaba expresamente el artículo 27 constitucional: "generar, conducir, transformar, distribuir y abastecer energía eléctrica que tenga por objeto la prestación de servicio público. En esta materia no se otorgarán concesiones a los particulares y la Nación aprovechará los bienes y recursos naturales que se requieran para dichos fines".

[61] La Ley de Servicio Público de Energía Eléctrica publicada en el año de 1975 durante el gobierno del ex presidente Luis Echeverría Álvarez señalaba esta prohibición en su artículo 3º: "No se considera servicio público el autoabastecimiento de energía eléctrica para satisfacer intereses particulares, individualmente considerados". A su vez el artículo 4º señalaba: "Para los efectos de esta Ley, la prestación del servicio público de energía eléctrica comprende: I.- La planeación del sistema eléctrico nacional; II.- La generación, conducción, transformación, distribución y venta de energía eléctrica, y; III.- La realización de todas las obras, instalaciones y trabajos que requieran la planeación, ejecución, operación y mantenimiento del sistema eléctrico nacional".

La disputa del derecho.indb 476 28/11/18 10:52

de Gortari que se modificó y se permitió a los particulares intervenir en el sector eléctrico.[62]

En esta reforma se modificó la prohibición expresa que señalaba el artículo 27 constitucional y se operó con los particulares en especial con la compra de energía. Por lo que desde el año de 1992 el Estado ha permitido a empresas particulares intervenir en este sector. Por lo tanto, se puede hablar de una privatización encubierta.[63]

Por consiguiente, el punto clave de esta "privatización encubierta"[64] no fue el de realizar una plena liberalización al mercado del sector, sino a partir de la compra de la materia prima necesaria para generación de electricidad a particulares. Por otro lado, el gobierno federal permitió la creación de infraestructura a partir de los denominados fondos de inversión o Proyecto de Inversión del Pacto Diferido en el Registro del Gasto (Pidiregas), mediante la cual la inversión privada realiza cerca del 80% de infraestructura, la

[62] De esta forma, la Ley de Servicio Público de Energía Eléctrica con decreto publicado el 23 de diciembre de 1992 cambió el contenido de lo que era considerado como servicio público. Señala en su artículo 3º lo siguiente: "No se considera servicio público: ..- La generación de energía eléctrica para autoabastecimiento, cogeneración o pequeña producción; II.- La generación de energía eléctrica que realicen los productores independientes para su venta a la Comisión Federal de Electricidad; III.- La generación de energía eléctrica para su exportación, derivada de cogeneración, producción independiente y pequeña producción; IV.- La importación de energía eléctrica por parte de personas físicas o morales, destinada exclusivamente al abastecimiento para usos propios; y V.- La generación de energía eléctrica destinada a uso en emergencias derivadas de interrupciones en el servicio público de energía eléctrica".

[63] La privatización en México se ha presentado en la mayoría de los sectores de bienes y servicios en el que el Estado tenía participación. El Estado llegó a tener 1 155 empresas que representaba 4.4% de la fuerza laboral y 30% de la formación de capital fijo y recibían subsidios equivalentes a casi el 13% del Producto Interno Bruto. Fue con el ex presidente Carlos Salinas de Gortari en la cual se vendieron la mayor cantidad de empresas del sector estatal, se realizaron varias reformas constitucionales lo que provocó que 300 empresas estatales fueran liquidadas y 157 privatizadas. Es decir, durante ese periodo las ventas representaron el 96% de todos los activos privatizados. Chong, Alberto y Florencio López de Silanes, "La Privatización en México". En Alberto Chong y Florencio López de Silanes *La Privatización en América Latina: mitos y realidades*. Bogotá, Alfaomega / BID, 2005, pp. 398-399.

[64] Trejo Raúl, *Despojo capitalista y privatización en México, 1982-2010*, México D.F., Siglo XXI, 2013, p. 64.

La disputa del derecho.indb 477 28/11/18 10:52

cual las entidades paraestatales se comprometen a pagar con posterioridad dicha inversión.[65]

La extinción de Luz y Fuerza del Centro

El sábado 10 de octubre de 2009 se inició la toma de las instalaciones de la compañía de Luz y Fuerza del Centro. Ese día la selección mexicana de futbol se jugaba su pase al mundial de Sudáfrica 2010,[66] por lo que los principales medios de comunicación del país se concentraron en este partido y lograron distraer a la audiencia respecto a este acontecimiento. El ejército mexicano tomó ese mismo día las instalaciones y para el domingo, el decreto por parte del gobierno federal había sido publicado en el *Diario Oficial de la Federación*. La compañía creada en 1994 desapareció de un día para otro.

De esta forma, el 11 de octubre de 2009, el ex presidente Felipe Calderón decretó la extinción de la Compañía Luz y Fuerza del Centro, con la justificación de que la empresa no era eficiente con relación al servicio que estaba otorgando y la misma estaba trabajando con pérdidas. Dicho documento señala "que los costos de Luz y Fuerza del Centro casi duplican a sus ingresos por ventas; de 2003 a 2008 registró ingresos por ventas de 235 738 millones de pesos, mientras que sus costos fueron de 433 290 millones de pesos (incluyendo energía comprada a la Comisión Federal de Electricidad); que el organismo registra un pasivo laboral de 240 000 millones de pesos, de los cuales solamente 80 000 millones corresponden a trabajadores en activo y 160 000 millones al personal jubilado".[67] Así, el argumento central fue el de falta de eficiencia de la empresa y los pasivos

[65] González, Susana, "Los Pidiregas servirán para financiar el sector eléctrico por 10 años: CFE", *La Jornada Online*, México, 28 mayo, 2007, <http://www.jornada.unam.mx/2007/05/28/index.php?section=economia&article=027n1eco>.

[66] Santos Alejo, Marlene "El Tri supera tres años de traspiés y califica al Mundial de Sudáfrica", *La Jornada*, 11 octubre, 2009. <http://www.jornada.unam.mx/2009/10/11/deportes/a13n1dep>.

[67] "Decreto de Extinción de Luz y Fuerza del Centro", Secretaría de Gobierno, México, 23 mayo, 2014. <http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5114004&fecha=11/10/2009>.

La disputa del derecho.indb 478 28/11/18 10:52

de la misma, en ella incluido a los trabajadores del Sindicato Mexicano de Electricistas.

Pero para el gobierno la extinción iba ser el inicio de un largo proceso. Varios frentes jurídicos y políticos tenían que acotarse para calmar a los aproximadamente 40 mil trabajadores de la paraestatal. Sin embargo, el gobierno federal ya tenía un plan y es que el 5 de octubre de ese mismo año la Secretaría del Trabajo y Previsión Social había negado la toma de nota al Sindicato Mexicano de Electricistas;[68] situación que dio al gobierno la posibilidad de tomar las instalaciones de la compañía sin ninguna resistencia.

Por otro lado, el decreto ordenaba que la compañía pasara a formar parte del patrimonio del Servicio de Administración y Enajenación de Bienes de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Sin haber realizado inventario alguno, se entregaron los bienes de la compañía mediante contrato de comodato a la Comisión Federal de Electricidad. De esta manera, el proceso administrativo para liquidar a la compañía estuvo lleno de irregularidades, ya que no se siguió con el procedimiento estipulado en el decreto correspondiente.[69]

Martín Esparza señaló que la compañía de Luz y Fuerza del Centro fue dada en comodato de manera ilegal. Que los convenios que firmaron las compañías contratistas con la Comisión Federal de Electricidad para cubrir el área de servicio de Luz y Fuerza del Centro realizaron cambios a la red de distribución para instalar un conductor de aluminio en vez del conductor de cobre, sin saber qué es lo que había pasado con todo el material respectivo. Además, señaló que Luz y Fuerza del Centro ya había conseguido los permisos necesarios para echar andar lo que se denomina "*Triple Play*" (servicio de transmisión de voz, datos e imagen) y que la red tenía mil cien kilómetros de fibra óptica que pertenecía a la compañía. Señaló que varios de los beneficiados con los convenios fueron otorgados a los ex secretarios de energía en el sexenio de Vicente Fox, Ernesto Martens y Fernando Canales.[70] Incluso, que se otorgó la concesión mediante una contraprestación

[68] Sánchez, Julián, "STPS niega toma de nota al SME", *El Universal*, México, 27 septiembre, 2010. <http://www.eluniversal.com.mx/notas/711823.html>.

[69] Rodríguez, García Arturo, "Aflora la suciedad del golpe a Luz y Fuerza", *Proceso*, número 1841, 2012, pp. 34-37.

[70] Esparza, Martín, "La entrega de la fibra óptica de Luz y fuerza del centro y de la CFE", *Con-*

La disputa del derecho.indb 479 28/11/18 10:52

de 800 millones de pesos cuando su manejo es de aproximadamente 100 millones de pesos.[71]

Los trabajadores y el decreto de extinción

El 5 de julio de 2010 el pleno de la Corte resolvió y decretó la constitucionalidad del decreto de extinción de la compañía. El planteamiento del amparo interpuesto por los quejosos alegaba la inconstitucionalidad del decreto toda vez que este último debió haberse sometido al congreso en términos por lo dispuesto en el artículo 72 inciso H) constitucional, así como los artículos 15 de la ley Federal de Entidades Paraestatales, ya que, la creación del organismo fue realizada por Congreso de la Unión y por lo tanto dicho decreto invadía funciones legislativas.

En sus argumentos centrales, la Suprema Corte señaló que el artículo 89 fracción I de la constitución política de la nación faculta al presidente para poder extinguir la compañía, ya que la razones a las que aducía tienen que ver además con el artículo 90 constitucional, 48, 49 y 50 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, en relación con los artículos 15 y 16 de la Ley Federal de Entidades Paraestatales, por lo cual se actúa en apego a la ley correspondiente.[72] El argumento central vertido en dichos artículos son que el Presidente tiene plenas facultades para emitir decretos,[73] y que cuando un organismo creado por el ejecutivo deje de cumplir sus propios fines para lo cual fue creado o no resulte conveniente para la economía

tralínea, 7 abril de 2013, <http://contralinea.info/archivo-revista/index.php/2013/04/07/la-entrega-de-la-fibra-optica-de-luz-fuerza-del-centro-de-la-cfe/>.

[71] Arvizu, Juan y Morales Alberto, "Hubo negocio ilegal de panistas con LyFC", *El Universal*, México D.F., 4 julio, 2014, <http://www.eluniversal.com.mx/nacion-mexico/2014/impreso/sme-hubo-negocio-ilegal-de- panistas-con-lyfc-216802.html>.

[72] *Ibid*, p. 11.

[73] La Ley Federal de Entidades Para Estatales señala en su artículo 15.- En las leyes o decretos relativos que se expidan por el Congreso de la Unión o por el Ejecutivo Federal para la creación de un organismo descentralizado se establecerán, entre otros elementos: En la extinción de los organismos deberán observarse las mismas formalidades establecidas para su creación, debiendo la Ley o Decreto respectivo fijar la forma y términos de su extinción y liquidación.

La disputa del derecho.indb 480 28/11/18 10:52

nacional o interés público por medio de la Secretaría de Hacienda se puede proponer la procedencia de la extinción.[74]

De ante mano, las leyes relativas al respecto señalan que para la extinción de los organismos descentralizados es conveniente acudir al decreto que lo creó, allí se establecerán los criterios y mecanismos para realizar la extinción del mismo. En este caso en particular en el decreto de creación de la compañía de Luz y Fuerza del Centro, no se señaló la forma en que en su caso procedía la extinción. Por tanto, ante esta ausencia de mecanismos, la corte avaló la constitucionalidad del decreto en los términos de que el presidente tiene la facultad reglamentaria correspondiente. Además, el gobierno federal justificó legalmente dicho decreto por qué acreditó lo inviable que era económicamente seguir con el funcionamiento de la empresa.[75]

El decreto de extinción de la compañía de Luz y Fuerza del Centro fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de octubre de 2009. El sindicato de trabajadores interpuso amparo en contra del mismo ante el Juez Primero de Distrito del Centro Auxiliar de la Primera Región. Dicho amparo fue negado en esta instancia y se interpuso el recurso de revisión ese mismo año. Este recurso fue admitido por el cuarto tribunal colegiado en materia del trabajo del primer circuito. No obstante lo anterior el Procurador General de la República solicitó a la Suprema Corte de Justicia atrajera el caso para conocer del mismo. De esta forma la Suprema Corte de Justicia atrajo el mismo en uso de sus facultades y turnó los autos del asunto al Magistrado Juan N. Silva Meza.

Pese a la decisión tomada por el ejecutivo federal y al aval que terminó dando la Suprema Corte, existen y persisten espacios abiertos que no son

[74] La Ley Federal de Entidades Paraestatales señala en su artículo 16 de La Ley Federal de Entidades Para Estatales.- Cuando algún organismo descentralizado creado por el Ejecutivo deje de cumplir sus fines u objeto o su funcionamiento no resulte ya conveniente desde el punto de vista de la economía nacional o del interés público, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, atendiendo la opinión de la Dependencia Coordinadora del Sector que corresponda, propondrá al Ejecutivo Federal la disolución, liquidación o extinción de aquél. Asimismo, podrá proponer su fusión, cuando su actividad combinada redunde en un incremento de eficiencia y productividad.

[75] "Constitucional el decreto de extinción de Luz y Fuerza del Centro, afirma el dictamen de Silva Meza" La Jornada, México, 5 de julio de 2010:, http://www.jornada.unam.mx/2010/07/05/politica/020n1pol

La disputa del derecho.indb 481 28/11/18 10:52

justificados de manera adecuada al caso en particular. De antemano la manera como el gobierno federal realizó la extinción y llevo a los trabajadores a los tribunales, refleja el desinterés por buscar alternativas que buscaran una solución distinta al conflicto. Ahora, el Poder Ejecutivo puede justificar la desaparición de compañías en manos del Estado con el simple hecho de alegar la insolvencia económica del organismo estatal, sin que exista un mecanismo que frene los impulsos con tintes autoritarios de los gobernantes.

Una vez declarado constitucional por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el acto administrativo del poder Ejecutivo, resultaba procedente resolver la cuestión de los trabajadores y del sindicato del organismo estatal. Los trabajadores que no aceptaron la indemnización ejercieron su derecho a demandar al gobierno federal para que se declarara la existencia de un patrón sustituto figura que prevé la Ley Federal del Trabajo. Por lo que la Junta Local de Conciliación y Arbitraje negó la posibilidad en una primera instancia de establecer como patrón a la Comisión Federal de Electricidad.

Sin embargo, el amparo interpuesto en contra del laudo respectivo llevo al tribunal colegiado a establecer lo contrario, es decir, para este tribunal no hubo causa alguna ni fuerza mayor para que se diera la terminación laboral.[76] Por consecuencia, bajo este criterio era necesario que se les devolviera la fuente de trabajo a los 16 mil trabajadores, así como el pago de salarios vencidos. Pese a lo anterior, la segunda sala de la Suprema Corte de Justicia negó convalidar el amparo emitido por el tribunal colegiado respectivo. Los argumentos al respecto fueron que los organismos descentralizados tienen una relación indirecta con el presidente de la República y no forman parte de la subordinación laboral respectiva. Además, señaló que el patrón no era el presidente sino la propia compañía extinguida sin que existiera la relación como si se tratase de la figura de patrón sustituto que señala la ley.[77]

De esta manera la forma en que se extingue a la compañía y la manera en que la Corte avaló la decisión presidencial nos lleva a establecer que

[76] "Injustificada la extinción de Luz y Fuerza; la CFE es patrón sustituto de los trabajadores", *La Jornada*, México, 9 de octubre de 2012. <http://www.jornada.unam.mx/2012/10/09/politica/019n1pol>.

[77] "Niega la Corte amparo del SME; CFE no será patrón sustituto", *La Jornada*, México, 31 de enero de 2013, <http://www.jornada.unam.mx/2013/01/31/politica/005n1pol>.

La disputa del derecho.indb 482 28/11/18 10:52

en ningún caso se tomó en cuenta a los trabajadores de la compañía con relación a dicha extinción ni se buscó en primera instancia proteger a los trabajadores ante la situación creada por el propio gobierno. La actuación de las autoridades reflejó siempre un cerco jurídico administrativo confirmando que bajo este régimen de gobierno lo que se buscó fue el interés corporativo con el apoyo gubernamental. Esta regresión autoritaria queda como un antecedente del cambio y la reconfiguración del poder público bajo una visión neoliberal.

Conclusión

El Estado actual prepondera los principios de mercado sobre principios democráticos y de derecho, así como también, de los derechos laborales. En este sentido, la transformación de los espacios de lo público y lo privado se han modificado a grado tal que las líneas divisorias se han difuminado.

Por lo tanto, hoy en día no existen los espacios tradicionales que en su fase histórica representaron regulaciones sociales que identificaron al Estado y la sociedad. Por ende, la fuerza estatal y empresarial se concentra en la reproducción capitalista. Ante esta situación, los procesos de control público se ven rebasados, por un conjunto de procesos y de medidas unilaterales alterando sustancialmente el principio de legalidad. Por otro lado, la globalización ha generado dinámicas en las que predominan los intereses de las corporaciones nacionales e internacionales, y por consecuencia, las decisiones ya no son tomadas dentro de los marcos de discusión democráticos, ni por y para el interés de la población.

De esta forma, el caso del sector eléctrico en México, así como la extinción de la compañía Luz y Fuerza del Centro, dejan ver que en esta fase histórica el Estado actuó de manera paralela al derecho o afuera de este. En un primer momento el gobierno realizó modificaciones a la legislación secundaria contraviniendo la norma constitucional, es decir, reguló para en cierta medida desregular el sector eléctrico.

En un segundo momento, el gobierno en turno utilizó todos los mecanismos posibles para poder extinguir la compañía de electricidad, y como ejemplo de ello, se tiene la forma en que se llevó a cabo y materializó dicha extinción. En un tercer momento, se tiene la discusión en torno a la

La disputa del derecho.indb 483 28/11/18 10:52

constitucionalidad del decreto extinción. Ésta última otorgó al presidente en turno la posibilidad de poder extinguir cualquier organismo descentralizado sin que existiese la discusión y aprobación por el Congreso, aunque éste se haya creado por decreto a la compañía.

Por último, la forma en que se terminó la relación laboral con los trabajadores de la compañía, es decir, utilizando una figura como la denominada toma de nota para poder tomar las instalaciones sin la presencia sindical. Además, la manera en que se dio la discusión con relación a la figura del patrón sustituto, sin tomar en cuenta otros criterios ya vertidos por el propio poder judicial, que tendían a proteger derechos de los trabajadores sindicalizados.

Por tanto, en estos momentos es pertinente reflexionar sobre el modelo público y privado que está coexistiendo hoy en día, ya que su transformación está alejada cada vez más a la representación y protección de los intereses de la comunidad, la población o a los propios trabajadores.

Bibliografía

Bobbio, Norberto. *Estado, gobierno y sociedad:* por una teoría general de la política, México, FCE, 1989.

Capella, Juan Ramón. *Fruta Prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado.* Madrid, Trotta, 1997.

Casilda Béjar, Ramón. "El Consenso de Washigton" *Política Exterior* (Estudios de Política Exterior) 16, Núm. 86, marzo-abril 2002, pp. 109-128.

Castells, Manuel. *La era de la información. La sociedad en red*, México D.F., Siglo XXI, 1999.

Chong, Alberto, y Florencio López de Silanes. "La Privatización en México". En *La Privatización en América Latina: mitos y realidades*, de Alberto Chong y Florencio López de Silanes, Bogotá, Alfaomega-BID, 2005.

De Cabo de la Vega, Antonio. *Lo público como supuesto constitucional*, México, IIJ-UNAM, 1997.

La disputa del derecho.indb 484 28/11/18 10:52

De Cabo Martín, Carlos. *Contra el Consenso, Estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social*, México, UNAM, 1997.

_____. *Sobre el concepto de ley.* Madrid, Trotta, 2000.

De Sousa Santos, Boaventura. *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia.* Bilbao, Desclée, 2003.

_____. *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación.* Bogotá, Universidad Nacional de Colombia / ILSA, 1998.

Díaz, Elías. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática.* Madrid, Taurus, 2010.

Etxezarreta, Miren. "Globalización e intervención pública", *Mientras Tanto*, Núm. 70, otoño 1997, pp. 105-130.

Faria, José Eduardo. *El derecho en la economía globalizada.* Madrid, Trotta, 2001.

Ferrajoli, Luigi. "Estado Social y Estado de Derecho". En Victor Abramovich, María José Añón y Christian Courtis, *Derechos Sociales. Instrucciones de uso*, México, Fontamara, 2006.

Giddens, Anthony. "El gran debate sobre la globalización", *Pasajes*, Núm. 7, septiembre-diciembre 2001, Valencia, Universitat de Valencia, pp. 62-73.

Grimm, Dieter. *Constitucionalismo y derechos fundamentales.* Madrid, Trotta, 2006.

Held, David, y Anthony McGrew. *Globalización-Antiglobalización. Sobre la reconstrucción del orden mundial*, Barcelona, Paidós, 2003.

Hernández Cervantes, Aleida. *La producción jurídica de la globalización económica. Notas de una pluralidad transnacional.* San Luis Potosi, UNAM / UASLP / MISPAT, 2014.

Hernández Zubizarreta, Juan. "Empresas transnacionales, desarrollo y soberanía: Modificaciones normativas", *Sortuz. Oñati Journal of emergent Socio-Legal Studies* 1, Núm. 2, 2007, pp. 76-102.

_____. "Un nuevo feudalismo global", *Alainet* , 4 noviembre 2015. <http://www.alainetorg/es>. Último acceso: 16 noviembre 2015.

Hirsch, Joachim. *Globalización, capital y Estado*, México, UAM-X, 1996.

Melgoza Valdivia, Javier, Ortega Otero, Carmen. "La industria Eletrica". En Enrique De la Garza Toledo, *Las Privatizaciones en México:*

La disputa del derecho.indb 485 28/11/18 10:52

consecuencias sociales y laborales, México, Instituto de Estudios de la Revolución Democrática, 1994.

O´Donell, Guillermo. "Notas sobre el Estado de la democracia en américa Latina". En O´Donell Guillermo, *La democracia en América Latina, hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*, Buenos Aires, PNUD / Alfaguara, 2004.

Offe, C. *Contradicciones en el Estado de Bienestar.* Buenos Aires, Alianza Editorial , 1990.

Paramio, Ludolfo. *La socialdemocracia*, Buenos Aires, FCE, 2009.

Ramonet, Ignacio. *La catastrofe perfecta: crisis del siglo y refundación del porvenir*, Barcelona, Diario Público, 2009.

Robinson, William I. *Una teoría sobre el capitalismo global*, México, Siglo XXI, 2013.

Sandoval Cabrera, Seyka Verónica. *La ceda global de hortalizas, las estrategias de ascenso de los productores sinaloenses*, México, IEE-UNAM, 2013.

Trejo, Rubén. *Despojo capitalista y privatización en México, 1982-2010*, México, Ítaca, 2012.

Vallespín, Fernando. "El Estado Liberal", En Rafael Del Águlia, *Manual de Ciencia Política*, Madrid, Trotta, 1997.

Wallerstein, Immanuel. *Análisis de Sistemas-Mundo*, México, Siglo XXI, 2005.

Zippelius, Reinhold. *Teoría General del Estado*, México, Porrúa / UNAM, 2013.

Prensa y fuentes electrónicas

Arvizu, Juan y Morales Alberto. julio 4, 2014, "Hubo negocio ilegal de panistas con LyFC", *El Universal*. <http://www.eluniversal.com.mx/nacion- mexico/2014/impreso/sme-hubo-negocio-ilegal-de-panistas-con-lyfc-216802.html>.

Chávez, Mariana. noviembre 21, 2013, "Al teletón $86,8 millones anuales del erario estatal durante al menos una década", *La Jornada*. <http://www.jornada.unam.mx/2013/11/21/estados/033n2est>.

La disputa del derecho.indb 486 28/11/18 10:52

"Constitucional el decreto de extinción de Luz y Fuerza del Centro, afirma el dictamen de Silva Meza", *La Jornada*, 5 de julio de 2010. <http://www.jornada.unam.mx/2010/07/05/politica/020n1pol>.

Cruz Serrano, Noé, 18 enero 2014, "CFE paga 38 millones de pesos a empresas de electricidad", *El Universal*. <http://www.eluniversal.com.mx/finanzas-cartera/2014/impreso/cfe-paga-38-mmdp-a-empresas-de-electricidad-107528.html>.

"Cronología. La historia de Luz y Fuerza del Centro", 11 de octubre de 2009, *El Universal*. <http://archivo.eluniversal.com.mx/notas/632514.html>.

"Decreto de Extinción de Luz y Fuerza del Centro". <http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5114004&fecha=11/10/2009>.

"Evolución Histórica de la Comisión Reguladora de Energía". 23 mayo, 2014. <http://www.cre.gob.mx/articulo.aspx?id=10>.

Esparza, Martín, abril 7, 2013, "La entrega de la fibra óptica de Luz y fuerza del centro y de la CFE". <http://contralinea.info/archivo- revista/index.php/2013/04/07/la-entrega-de-la-fibra-optica-de-luz-fuerza-del-centro- de-la-cfe/>.

González, Susana, 28 mayo, 2007, "Los Pidiregas servirán para financiar el sector eléctrico por 10 años: CFE". <http://www.jornada.unam.mx/2007/05/28/index.php?section=economia&article=027n1eco>.

La Jornada, 9 octubre, 2012, "Injustificada la extinción de Luz y Fuerza; la CFE es patrón sustituto de los trabajadores. <http://www.jornada.unam.mx/2012/10/09/politica/019n1pol>.

_____. 31 enero, 2013: "Niega la Corte amparo del SME; CFE no será patrón sustituto". <http://www.jornada.unam.mx/2013/01/31/politica/005n1pol>.

Reseñas Argumentativas, SCJN. "Constitucionalidad del decreto que extingue el organismo descentralizado Luz y Fuerza del Centro", reseña del amparo en revisión 346/2010". <https://www.scjn.gob.mx/Cronicas/Resenas%20Argumentativas/res-JNSM-346-10.pdf>.

Sánchez, Julián, septiembre 27, 2010, "STPS niega toma de nota al SME", <http://www.eluniversal.com.mx/notas/711823.html>.

La disputa del derecho.indb 487 28/11/18 10:52

Santos Alejo, Marlene, octubre 11, 2009, "El Tri supera tres años de traspiés y califica al Mundial de Sudáfrica". <http://www.jornada.unam.mx/2009/10/11/deportes/a13n1dep>.

"Tablas de permisos de generación e importación de energía eléctrica administrados al 31 de marzo de 2014". <http://www.cre.gob.mx/documento/1565.pdf>.

La disputa del derecho.indb 488 28/11/18 10:52

El acueducto Independencia: entre los derechos y la política

Francisco López Bárcenas*

Cuando los yaquis escucharon el mensaje del gobernador de Sonora supieron que la tormenta se avecinaba. Era el día 3 de febrero de 2010 y Guillermo Padrés Elías, de extracción panista, hablaba en la Ciudad Obregón –emblemática porque después de la revolución mexicana ahí se construyó un emporio agrícola afectando el territorio yaqui–, frente a un público de alrededor de trescientas personas seleccionadas e invitadas *ex profeso* a ese acto, ninguna de ellas de la Tribu yaqui. El mandatario estatal escogió ese lugar para anunciar que como parte de su programa de gobierno se construiría el acueducto El Novillo-Hermosillo para trasvasar aguas de la Cuenca del Río Yaqui a la ciudad de Hermosillo, proyecto al que se destinarían 12 000 millones de pesos con los cuales se realizarían obras de abastecimiento del agua potable, presas de almacenamiento, acueductos, plantas de tratamiento y rehabilitación en los distritos de riego.[1]

La sospecha de los pueblos yaquis de que la tormenta que se avecinaba los afectaría directamente y de manera profunda vino de la aclaración formulada por el mismo gobernador, cuando nadie se la había pedido. Frente a su selecto auditorio aclaró que el programa no pretendía quitarle agua

* Profesor investigador del Programa Agua y Sociedad, del Colegio de San Luis.

[1] *Expreso*, 4 de febrero de 2010.

La disputa del derecho.indb 489 28/11/18 10:52

a las regiones del Estado, sino distribuirla de forma equitativa;[2] lo mismo que les dijeron en 1858, cuando el gobierno creó la Prefectura del Yaqui y la Junta de Colonización de los Ríos Yaqui y Mayo, con el objeto de repartir sus tierras entre in migrantes hispanoamericanos de California; lo mismo que les aseguró el Presidente Lázaro Cárdenas en 1940, cuando les tituló parte de sus tierras y el 50% del agua del río Yaqui para su uso exclusivo, dejando a los *yoris*[3] la que por años ocupaban de manera ilegal; lo mismo que les dijeron en el año de 1942, cuando construyeron la presa Oviachic, que terminó anulando su derecho sobre el agua que el gobierno federal les había titulado.[4] Lo mismo que les habían venido diciendo por siglos.

Los yaquis más ilustrados no pudieron evitar que a su memoria llegaran las palabras de Edward H. Spicer, el antropólogo norteamericano que desde la década de los sesenta, después de estudiar por años a los pueblos indígenas del norte de México y las políticas de los gobiernos diseñadas con el argumento de atender sus necesidades, especialmente a los yaquis, concluyó que estos habían sufrido tres ciclos de conquista, protagonizados respectivamente por los españoles, los colonizadores mexicanos, y los norteamericanos.[5] Siguiendo esta afirmación, que muchos yaquis tienen bastante presente, varios de ellos imaginaron que las palabras del gobernador anunciaban el inicio de una cuarta etapa de esta colonización, marcada por el despojo a los pueblos indígenas de sus recursos naturales por el capital privado, favorecido por las instituciones estatales y sus políticas.[6]

[2] *El Imparcial*, 4 de febrero de 2010.

[3] En lengua Yaqui: "hombre blanco o enemigo".

[4] Velasco Toro, José, *Los yaquis: Historia de una activa resistencia*, Universidad Veracruzana, México, 1988, pp. 22-24.

[5] Spicer H., Edward, *The cicles of conquest*, University of Arizona, Press, Tucson, 1962, p. 609. También: Garduño, Everardo, "Cuatro ciclos de resistencia indígena en la frontera México-Estados Unidos", *Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe* 77, octubre de 2004, p. 44.

[6] La afirmación es cierta. En noviembre de 2015, en un taller sobre derechos indígenas, realizado en el Instituto Tecnológico de Sonora, en la ciudad de Hermosillo, pregunté a los yaquis presentes si conocían la obra de Edward H. Spicer y su teoría de los tres ciclos de la conquista y, para mi sorpresa, muchos dijeron que sí y algunos más expresaron que la construcción del acueducto Independencia era parte de la cuarta conquista.

La disputa del derecho.indb 490 28/11/18 10:52

Como en los ciclos anteriores, en este también los afectados reaccionaron y organizaron una respuesta para defenderse. Para hacerlo echaron mano de todos los recursos a su alcance: la movilización social, la denuncia pública, el cabildeo, los juicios ante tribunales estatales y la alianza con diversos sectores sociales, entre estos los agricultores del río Yaqui, sus antiguos enemigos, porque a ellos se les entregó la tierra y el agua de la que fueron despojados. Uno de los campos de confrontación fue el jurídico, mismo que fue usado tanto por los promotores del acueducto como los opositores a él, primero ante los órganos del poder ejecutivo encargados de autorizar la obra y después ante los tribunales federales, cuando la actuación de los primeros no les fue favorable.

En el presente ensayo se presenta un análisis de los problemas que generó el anunció y la construcción del acueducto Independencia entre la Tribu Yaqui resaltando el uso del derecho que las partes hicieron para apuntalar sus posiciones. Para poner el problema en perspectiva comenzamos con la localización de la Tribu Yaqui en el territorio mexicano y la importancia que en su vida y devenir histórico tiene el río de donde se tomaría el agua que el acueducto transportaría a la ciudad de Hermosillo. Enseguida de esto se analizan los derechos de los pueblos indígenas que debieron observarse al planificar y ejecutar la obra y alno hacerse causaron agravios a la Tribu yaqui; en una tercera parte se analizan los problemas jurídicos que generó el acueducto Independencia, el uso que cada una de las partes hizo del discurso jurídico, la forma que lo hicieron, los fines que perseguían y los logros que finalmente obtuvieron. Con los resultados del análisis podremos formular algunas conclusiones sobre el papel que juega el derecho y sobre todo el de los derechos humanos, en tiempos de neoliberalismo.

La Tribu Yaqui

Los yaquis conforman una sociedad indígena que habita la región centro-sur del norteño Estado de Sonora, en la república mexicana. Sus habitantes son indígenas hablantes de la lengua *hiak-nooki*, perteneciente a la familia yuto-azteca y ellos se nombran a sí mismos *yo'eme*, que significa la gente. El nombre de yaquis les viene del río que atraviesa su territorio, en cuyas riveras habitaban cuando los españoles llegaron a vivir con ellos. "La gente

La disputa del derecho.indb 491 28/11/18 10:52

vivía en pequeños agrupamientos de casas en forma de cúpulas, cubiertas de estera de caña o palma, desperdigados a lo largo del curso inferior del río, al que según los españoles llamaban Hiaqui",[7] de donde después derivaría el nombre de yaquis, con que actualmente se conoce a la tribu. Como puede verse, el río le dio el nombre a la tribu, no está al río, hecho que estableció una relación simbiótica histórica y cultural entre ambos.

Actualmente la tribu se agrupa en ocho pueblos –cada con su propia estructura política, militar, religiosa y ritual– que son Loma de Guamúchil, Loma de Bácum, Tórim, Vicam, Pótam, Ráhum, Huirivis y Belem. Como en la época prehispánica, los ocho pueblos siguen ubicados a las orillas del Río Yaqui, aunque administrativamente se distribuyen entre los municipios de Guaymas, Bácum, Cajeme y Empalme, lo que les impide contar un gobierno central propio, no obstante, el pueblo de Vícam se ha constituido en el centro político de la Tribu y lugar de encuentro de las autoridades tradicionales de los ocho pueblos. El *Censo de Población y Vivienda* del año 2000 calculó su número en 15 000 habitantes,[8] aunque hay quien los estima en cerca de 40 000, tomando en cuenta a los que viven en Hermosillo y en Arizona (EEUU). A pesar de su dispersión histórica, a los yaquis se les relaciona con el espacio territorial que han defendido secularmente.[9]

Los asentamientos de los ocho pueblos yaquis se constituyen fundamentalmente por parientes que construyen sus casas, de uno o dos cuartos, unos cerca de otros, hasta constituir lo que sería una unidad residencial básica en un espacio delimitado. En ellos predomina la vivienda tradicional construida a base de mezquite y carrizo; con el primero construyen la estructura que la sostenga y con el segundo las paredes, que después *enjarran* con barro, para tapar los agujeros que dejan y evitar la entrada del aire, salvo aquellas destinadas a la cocina, que a propósito dejan sin tapiar para que permita la entrada del aire y se lleve el humo. La mayoría de las casas cuenta con un amplio patio que usan para diversas actividades.

[7] Spicer H., Edward, *Los yaquis. Historia de una Cultura*, México, UNAM, 1994, p. 5.

[8] *Censo de Población y Vivienda 2000*, INEGI, en: <http://cuentame.inegi.org.mx/poblacion/lindigena.aspx?tema=P#uno>. Consultado: 28 abril 2009.

[9] Padilla Ramos, Raquel, "El río en la vida de los yaquis", *Diario de Campo*, México, Instituto Nacional de Antropología e Historia, Coordinación Nacional de Antropología, 2015.

La disputa del derecho.indb 492 28/11/18 10:52

La economía de la tribu Yaqui descansa en diversas actividades que van desde la agricultura, la ganadería, la pesca, la artesanía y la migración. Históricamente, la agricultura ha fluctuado entre tradicional y moderna, pero siempre subordinada a las necesidades del capital y las políticas gubernamentales en la materia. La agricultura empresarial prefiere la siembra del trigo, cártamo, soya, alfalfa, hortalizas y forraje para las vacas, mientras los yaquis siembran maíz y frijol para el autoconsumo y crían algunos animales domésticos de traspatio.[10]

En ello el agua del río Yaqui ha jugado un papel central y se ha controlado a través de la construcción o limpia de canales, edificación de tres presas sobre el río Yaqui –La Angostura, El Oviachic y El Novillo–; la constitución de dos distritos de riego –el 18 para los yaquis, el 40 para los agricultores– y tres acueductos –uno que va de la presa La Angostura a la mina de cobre Nacozari, otro de la presa El Oviachic a la conurbación Guaymas-Empalme-San Carlos y el otro de la presa El Novillo a la ciudad de Hermosillo–.

La actividad pesquera siempre fue tradicional pero en 1958 el gobierno promovió la formación de una cooperativa pesquera, la cual estuvo integrada por 150 socios de Pótam y Belem que se trasladaron al nuevo pueblo de Guásimas para desarrollar sus actividades en las nuevas condiciones. La crisis pesquera y el retiro del apoyo del gobierno a la cooperativa terminaron transformándola y de socios pasaron a ser trabajadores de ella, ahora los pescadores yaquis están organizados en grupos de trabajo de 15 hombres que dependen del consejo de la administración cooperativa. La ganadería también tiene un papel importante en la economía de la tribu. Actualmente, el ganado dispone de un área de pastizal de por lo menos 15 000 hectáreas y hay una docena de sociedades ganaderas en la sierra.

La principal actividad artesanal es la confección de indumentaria relacionada con sus danzas rituales, como el pascola y el venado. Los danzantes hacen máscaras talladas en madera, collares de conchas y piedras marinas y cinturones con pezuñas de venado. Los músicos fabrican sus tambores y flautas. Algunas familias manufacturan petates, canastas y coronas de carrizo; platos y tazas de barro que utilizan para las fiestas y después destruyen.

[10] Ramírez, Erika, "Yaquis, jornaleros en su propia tierra", *Contralinea*, núm. 235, 29 de mayo de 2011.

La disputa del derecho.indb 493 28/11/18 10:52

También confeccionan faldillas, blusas, manteles, servilletas y mantos. El único producto artesanal que se comercializa son las muñecas de trapo, que hacen las mujeres. Se trata de una actividad que no les deja mucho dinero pero tampoco les quita mucho tiempo, la realizan en sus tiempos libres y a través de ella reproducen su cultura y algunas veces obtienen algunos recursos económicos para solventar algunos gastos menores.

La migración es otra forma de enfrentar la escasez de trabajo remunerado en la región. Se trata de un fenómeno que se presenta de dos formas: una migración interna que sucede entre los meses de agosto y octubre, que es la temporada de captura del camarón. En este periodo del año los yaquis migran hacia la Bahía de Lobos y Guásimas, a emplearse como pescadores y jornaleros, de esa manera obtienen recursos para satisfacer sus necesidades económicas y las de sus familias; la otra los lleva fundamentalmente hacia los Estados Unidos, durante las épocas de cosecha o siembra, con los mismos objetivos que la anterior, pero por más tiempo pues la expectativa de emplearse y obtener mejores salarios es más amplia, aunque no siempre se cumple. En general, la migración es temporal y terminan regresando a sus pueblos.

Los yaquis atienden sus problemas de salud recurriendo tanto a la medicina tradicional como al a medicina institucionalizada. A la primera acceden a través de curanderos que realizan su actividad a partir de prácticas mágico-religiosas. Por lo regular el oficio de curandero se hereda de uno de los padres o antepasados, quienes transmiten los conocimientos sobre las creencias, el manejo de la herbolaria, los tipos de enfermedad y los ritos curativos, aunque no faltan quienes aseguran haber obtenido sus poderes a través de sueños. La medicina institucional se ofrece a través de instituciones oficiales del sector salud, entre ellas el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE), y las clínicas rurales de la Secretaría de Salud. Pero la gente acude a estos servicios sólo cuando ya no tiene otra alternativa, pues les quita tiempo, resulta cara y, sobre todo, les resulta ajena a sus prácticas culturales.

En el territorio Yaqui existen varios servicios que les permiten comunicarse con el resto del país. Por tierra el principal es la carretera internacional Guaymas-Ciudad Obregón y el ferrocarril del Pacífico que tiene una estación en Vícam. Otros medios de comunicación son el teléfono, que existe

La disputa del derecho.indb 494 28/11/18 10:52

en Vícam y Pótam, aunque este último sólo lo posee la población mestiza. En Vícam también existen oficinas de correo y telégrafo. Para ir de un pueblo a otro los ocho pueblos yaquis cuentan caminos de terracería en los que transportan en trocas, camionetas que han sustituido otras formas de transporte antiguas. Otros servicios con los que cuentan son la energía eléctrica y escuelas de nivel preescolar hasta bachillerato, así como de capacitación técnica agropecuaria. A nivel primaria cuentan con las escuelas albergue de Vícam, Pótam, Loma de Bácum, Aguacaliente y Cárdenas. La mayoría de las escuelas utilizan el sistema bilingüe, a excepción de Vícam y Pótam donde también se aplica el sistema federal.

Una situación que sorprende, por lo que el agua significa en sus prácticas culturales, que no cuenten con agua potable, lo que repercute en todas las actividades su vida, sobre todo en su alimentación y su salud. La que toman es conducida por medio de canales desde la presa del Oviachic, o bien la obtienen mediante el bombeo de pozos profundos, lo cual les resulta muy oneroso. También asombra que, para obtener su consentimiento para la realización de las distintas obras sobre el río Yaqui, una de las promesas que siempre les hicieron los gobiernos fue entubar el agua potable para llevarla hasta sus domicilios. La mejor prueba de que todo han sido promesas es que carecen del vital líquido. Esa es otra de las razones de su oposición al acueducto Independencia.

El territorio y el río Yaqui

Históricamente la Tribu Yaqui ocupaba una larga franja costera y de valle, al sureste del actual Estado de Sonora, misma que iba desde la ribera sur del río Yaqui, hasta el cerro Tetakawi, al norte de la actual ciudad de Guaymas. Al paso del tiempo, como resultado de la presión de la población mestiza vecina, pero sobre todo a los intereses de los grupos económicos, su territorio se fue reduciendo hasta que, en el 30 de septiembre de 1940, el gobierno del presidente Lázaro Cárdenas les tituló como propiedad una extensión de 489 000 hectáreas de tierras,[11] dejando una porción importante de su territorio como parte de los *yoris*, incluyendo el que ocupaban

[11] *Diario Oficial de la Federación*, 22 de octubre de 1940.

La disputa del derecho.indb 495 28/11/18 10:52

los pueblos de Cócorit y Bácum. En este espacio territorial se distinguen claramente tres zonas geográficas: la sierra de Bacatete; famosa porque en ella se han hecho fuertes los yaquis cuando han tenido que defenderse militarmente; la costera, que abarca los poblados vecinos de Guásimas y Bahía de Lobos y los conecta al mar; y el valle, que es cruzado por el río yaqui, cuyas aguas son utilizadas para irrigarlo y donde más se da la disputa por el territorio en la actualidad.

El río Yaqui nace en el Estado de Chihuahua, específicamente en la cañada sur de Ciudad Guerrero, donde se le conoce con el nombre de Papigóchic, en la modesta cuna de un grueso manantial y varios ojos de agua; lo enriquecen algunos riachuelos que encuentran la débil línea troncal en diversos recovecos de la Sierra. Al introducirse al Estado de Sonora el río cambia su nombre por el de Yaqui y en su curso por los distritos de Moctezuma y Sahuaripa recibe los afluentes de los ríos Mulatos, Sátachic, Nácori, Bavispe y Sahuaripa; el Yaqui bordea por su extremo sureste el distrito de Ures y baja por La Dura hacia el de Guaymas, tocando Cumuripa, donde lo engrosa el río Tecoripa, hasta llegar a Buenavista; ahí da inicio la región feraz y disputada que lleva su nombre.[12]

En su curso por el territorio sonorense, el río Yaqui alcanza los 680 kilómetros. En un territorio donde el desierto es una constante, la existencia de un río de estas dimensiones a sus habitantes debe parecerles una bendición. Tan singular era que Andrés Pérez de Rivas, uno de los misioneros de la Compañía de Jesús que primero entró en contacto con el valle se maravilló al tenerlo enfrente:

> Desde que sale de las serranías, corre por llanadas y entre algunas lomas por espacio de treinta leguas, hasta desembocar en el brazo de Californias. En las doce últimas a la mar, está poblada la famosa nación de Yaquis, que goza de muchos valles, alamedas y tierras de sementeras, las cuales cuando el río trae sus avenidas y crecientes, que son ordinarias casi cada año, las deja regadas y humedecidas para poderse sembrar de verano, sin que tengan necesidad de lluvias para sazonarse y gozarse sus abundantes frutos.[13]

[12] Aguilar Camín, Héctor, *La frontera nómada. Sonora y la Revolución Mexicana*, México, Secretaría de Educación Pública / Siglo XXI, Col. "Cien de México", 1985, p. 46.
[13] Padilla Ramos, Raquel, "El río en la vida de los yaquis", *op. cit.*

La disputa del derecho.indb 496 28/11/18 10:52

Su asombro lo llevó a compararlo con el río Guadalquivir, de España, el cual conocían bien, pues de allá venían, y más recientemente algunos lo consideran "el Nilo de Sonora", comparándolo con el que riega tierras egipcias y dio origen a grandes culturas.

Para los yaquis, además de los beneficios que les trae el ser el río más importante y caudaloso del noroeste de México y la principal fuente de abastecimiento de agua para riego y consumo, representa un elemento central en la configuración de su identidad y su territorio. Una primera muestra de ello es que los ocho pueblos que integran la Tribu Yaqui siguen viviendo al margen del río, como en la época prehispánica y, al menos desde el siglo XIX, "el topónimo 'Río Yaqui' parece ser el apellido o la jurisdicción de los Ocho Pueblos. Así, los yaquis dicen Tórim-Río Yaqui, Pótam-Río Yaqui, Vícam-Río Yaqui... etcétera".[14] A esto hay que agregar lo que ya se dijo al principio, los yaquis se autodenominan *yo'eme* y si se les conoce como yaquis es por el río, que les da identidad frente a los *yoris*.

Además de lo anterior, en su cosmovisión los yaquis distinguen varias dimensiones del universo, y en ellas el río juega un papel importante, incluyendo el *juya ania* 'universo del monte o de la naturaleza' y el *bawe ania* 'universo del mar', mismos que "les proveen de los recursos naturales y simbólicos para su supervivencia como grupo étnico". De acuerdo con Raquel Padilla Ramos y José Luis Moctezuma Zamarrón:

> el territorio Yaqui va más allá de un espacio físico y se convierte en forma sustancial del ser yaqui. La tierra, el mar, el río, los arroyos y manantiales y todo lo que contienen forman parte de esos universos y están íntimamente ligados a su concepción del mundo. Todos ellos tienen una serie de mitos que le dan sustento a la identidad yaqui, como el mito de la serpiente gigante que creó el río Yaqui, como parte del *juya ania*. Seres míticos acabaron con esta serpiente para que los yaquis pudieran vivir en su territorio y gozar de los beneficios de la vertiente de este río, tan importante para la Tribu y para la región.[15]

[14] Ruiz, Ramón Eduardo, *The people of Sonora and Yankee Capitalism*, University of Arizona Press, Tucson, EEUU, 1988, p. 146.
[15] *Idem.*

La disputa del derecho.indb 497 28/11/18 10:52

De acuerdo con estos dos investigadores de la historia y la cultura Yaqui la relación que guarda el *juya ania* y los yaquis es tan importante que existe una permanente simbiosis entre los *yoeme* 'la gente' y ese universo y, por supuesto, lo que en él se encuentra. De ahí vienen los pascolas y el venado, así como sus ramadas representando ese universo sagrado, y de él emanan los chapayecas (fariseos) y otros seres malignos que norman la vida interna del grupo. De igual forma, en el *juya ania* habitan los surem; los antepasados de los yaquis que no quisieron ser evangelizados y se quedaron a vivir en él, como los animalitos del monte, representados en varios rituales y en las máscaras de los pascolas. En todos estos casos, el agua de lluvia, que hace crecer el río y florecer al *juya ania*, está presente en sus rituales, mitos, y por supuesto, en su vida cotidiana.[16]

Entre los yaquis existen mitos que recrean las dimensiones de su universo en su vida cotidiana y la relacionan con el río. Uno de ellos es el de la serpiente gigante que recrea "la epopeya en la que se creó el río Yaqui". Se dice que seres míticos procedentes del *juya ania* –universo del monte– que se dice lucharon en contra de aquélla para que la *yoémia* pudiera vivir en paz y gozar de los beneficios de la vertiente del río. Este mito justifica y explica el por qué la Tribu tiene el derecho divino de usufructuar el bien natural hídrico como fuente de vida e identidad.[17]

Algunas prácticas culturales persistentes entre los yaquis también hablan de la importancia del río en su vida. Es el caso de la *bato'owa* –echada de agua– donde "los recién nacidos son mojados en las cabezas por el *maistro* quien convoca a los poderes de la naturaleza: truenos, vientos y agua, para que reconozcan a los recién nacidos y éstos no le teman a la naturaleza. Este ritual trata de la adscripción que se hace del infante como integrante de la *yoémia*, en términos del sistema normativo central o de Estado diremos que con este ritual se adquiere por parte del infante la personalidad jurídica comunitaria". Un ritual muy parecido que se realiza en *Vícam* en honor de

[16] Dictamen Histórico-antropológico sobre la Tribu Yaqui, elaborado por el Dr. José Luis Moctezuma Zamarrón y la Dra. Raquel Padilla Ramos, a petición del Centro Mexicano de Derecho Ambiental, Sonora, México, 18 de octubre de 2013.

[17] "*Jiak Batwe*. El río que suena, el río Yaqui, Peritaje antropológico. Impacto social y cultural por la operación del acueducto independencia", *Rutas de Campo*, núm. 8, mayo-junio de 2015, México, D.F., Coordinación Nacional de Antropología, Instituto Nacional de Antropología e Historia, pp. 26-27.

La disputa del derecho.indb 498 28/11/18 10:52

San Juan Bautista, "los *pascolas* llevan a cabo un bautizo colectivo en el río, ritual que representa de alguna manera la unidad de los Ocho Pueblos Yaqui".

Otro ritual ligado al río Yaqui, que ya se ha perdido por agotamiento del agua que llevaba es el *Bataconcica*, la fiesta de la Virgen del Carmen, que consistía en un recorrido en panga con dirección a Guaymas, llevando la Santa a cuestas en agradecimiento por la protección que les brindaba. También por el agotamiento de su afluente está desapareciendo *baaka* –carrizo– que usan para la construcción de enramadas para sus reuniones y fiestas, *ábaso* –álamo– para algunos rituales, *sewam* –flores– durante las ceremonias más importantes, como pueden ser durante la cuaresma y día de muertos, así como diversos tipos de plantas que son utilizadas en las fiestas religiosas. En el río también habitan los llamados animalitos del monte, antecesores de los yaquis y que son el símbolo de la relación de la naturaleza con el *yo'eme*, como la tortuga y la chachora –lagartija– además de otros animales semi-acúaticos y acuáticos que tienen su morada en el río y vinculación simbólica.[18]

Ignorando la importancia cultural de río para la Tribu Yaqui el gobierno y los empresarios agrícolas primero y los industriales después se preocuparon por aprovechar sus aguas, privando a los yaquis no solo de su uso ritual sino también el material, necesario para su subsistencia. Después que el gobierno federal les titulara parte de sus tierras como propiedad "hasta de la mitad del caudal que se almacenará en la presa La Angostura para fines de riego de sus propias tierras", sobre el río Yaqui se construyeron tres grandes presas: La Angostura, en 1942; El Oviachic, 1952 y El Novillo, en 1964; la primera para riego y uso doméstico, y las otras dos para la generación de energía eléctrica, el riego y el uso doméstico.[19]

Como ya se dijo, la construcción de estas obras no trajo beneficio a los yaquis que ni siquiera cuentan con agua potable, a pesar de que eran el objetivo de ellas.

[18] "*Jiak Batwe*. El río que suena, el río yaqui, Peritaje antropológico. Impacto social y cultural por la operación del acueducto independencia", pp. 26-27.

[19] Evans, Sterling, "Las angustias de la angostura: consecuencias socioambientales por la construcción de presas en Sonora", *Signos históricos*, núm. 16, julio-diciembre de 2006, pp. 46-78.

La disputa del derecho.indb 499 28/11/18 10:52

Además, hay otras 14 presas de menor tamaño, y numerosas represas para uso ganadero, sobre las cuales no hay cifras oficiales. Todo ha traído como consecuencia que el parecido que los jesuitas encontraron entre el río Yaqui en el siglo XVI o el que otros encontraron siglos después con el río Nilo haya desaparecido completamente y ahora solo se vea un pequeño arroyito del río que dio nombre a la tribu y la región.

También se construyeron dos acueductos. Uno, de 40 km de longitud, que va de la presa La Angostura a la mina de cobre Nacozari, para aumentar la capacidad de producción de la mina La Caridad, propiedad de Mexicana de Cobre, se edificó a finales de la década de 1970. El otro, de 120 km de longitud, que va del valle aluvial situado aguas debajo de la presa El Oviachic a la conurbación Guaymas-Empalme-San Carlos y atraviesa el territorio de la Tribu Yaqui, se construyó a principios de los años noventa. Para esta obra, la Tribu otorgó su permiso mediante acuerdos de compensación firmados en 1992 con el gobierno del Estado, acuerdos que incluían la introducción del agua potable en los pueblos yaquis, mismos que nunca se cumplieron. Este acueducto representa un primer trasvase de agua, ya que va de la cuenca del río Yaqui a la cuenca del río Mátape.[20]

Sobre el río Yaqui también se construyeron dos distritos de riego: el 041 para irrigar las tierras del valle que se entregaron a las familias que colonizaron el valle y que terminaron formando parte importante del emporio agrícola del noroeste de México. El distrito se divide en 42 módulos de riego y oficialmente es utilizado por 21 800 usuarios de los municipios de Bácum, San Ignacio Río Muerto, Benito Juárez, Etchojoa, Navojoa y Cajeme. En 2010, 74% de la superficie sembrada se dedicó al cultivo de trigo. Se estima que las pérdidas por deficiencias en la conducción de la red hidroagrícola comprenden 38% del agua de riego, lo que significa 1 038 mm^3 de agua. Por su parte, el distrito de riego Colonias Yaquis (018) tiene una asignación de agua de 250 mm^3 al año y 2 300 usuarios registrados. En 2011, en 79% de la superficie se sembró trigo.

Se estima que la mayoría de las tierras estaban rentadas por inversionistas particulares y organismos empresariales,[21] debido a que las aguas

[20] Moreno Vásquez, José Luis, *Despojo de agua en la cuenca del río Yaqui*, Hermosillo, El Colegio de Sonora, 2014, p. 38.

[21] Moreno Vásquez, José Luis, *Despojo de agua en la cuenca del río Yaqui*, *op. cit.*, pp. 40-41.

La disputa del derecho.indb 500 28/11/18 10:52

que teóricamente les corresponden no podían usarse por falta de canales adecuados.

A pesar de la carga que soportaban las aguas de río Yaqui, en el 2010 se proyectó otra: el acueducto Independencia.

Antecedentes del acueducto Independencia

Cuando el gobierno del Estado de Sonora presentó públicamente el proyecto del acueducto presa El Novillo-Hermosillo ya llevaba una década de haberse concebido. La primera ocasión que se planteó fue a mediados de la década de 1990, en la administración del gobernador priista Manlio Fabio Beltrones. No se concretó debido a la crisis económica nacional de 1994-1995 que impidió su financiamiento; se intentó nuevamente al inicio de la administración de Armando López Nogales entre 1997 y 1998 sin ningún resultado, y el proyecto se archivó durante diez años. Lo retomó el gobernador panista Guillermo Padrés, tan solo seis meses después del inicio de su mandato. Sin duda, un elemento central en esta decisión fue la confluencia, a partir de septiembre de 2009, de una administración estatal con una federal proveniente del mismo partido político: el Partido Acción Nacional (PAN). Además, en los municipios de Ciudad Obregón y Hermosillo también triunfaron los candidatos a alcaldes de ese partido. Estas condiciones políticas garantizaban los apoyos y las alianzas que se requerían para su construcción. Cabe señalar que, en su campaña a la gubernatura, Guillermo Padrés Elías desechó la idea del acueducto El Novillo como una opción, e incluso en el documento de la plataforma electoral del Partido se propuso la construcción de una planta desaladora.

Otro elemento que influyó fue el respaldo del sector empresarial de Hermosillo, que tenía varios años demandando a las autoridades una "solución definitiva" al problema de abasto de agua. A principios de la década de 2000, la Comisión Nacional del Agua (Conagua) planteó como alternativas de abastecimiento de agua a Hermosillo siete fuentes: tres acuíferos cercanos a la ciudad, las presas El Molinito y El Novillo, aguas residuales tratadas y la desalación de agua en la zona costera. De estas, se llevaron a cabo dos: la compra de derechos de agua del acuífero de la Costa de Hermosillo por 20 mm^3 que se transportan a través del acueducto Los Bagotes desde 2006 y

La disputa del derecho.indb 501 28/11/18 10:52

un acueducto de 15 km que transporta agua de la presa El Molinito desde 2007.[22]

La presentación pública del proyecto desde el principio generó muchas dudas que al paso de los días se convirtió en oposición sobre todo entre los agricultores y la Tribu yaqui. Buscando controlar el descontento entre ésta, el 16 de febrero funcionarios del Gobierno de Sonora se reunieron con las autoridades tradicionales de la Tribu yaqui. En el encuentro plantearon la construcción del acueducto, ofreciendo como compensación la construcción de un hospital regional y la creación de una universidad indígena entre ellos. Por su parte las autoridades yaquis presentaron sus propias demandas, entre ellas la ampliación del distrito de riego 018 en 15 000 hectáreas, el cumplimiento de la vieja demanda de 50% de las aguas de la presa La Angostura y la separación del distrito de riego 041.[23] Los funcionarios estatales no mostraron interés en la contrapropuesta, parecía que solo buscaban envolver a las autoridades yaquis para que aceptaran la obra y no hubo ningún acuerdo.

El 5 de marzo la oposición a la construcción del acueducto Independencia tomó una dimensión mayor a la que hasta entonces había mantenido. Ese día apareció públicamente el Movimiento Ciudadano por el Agua. Ahí cinco pueblos de los ocho que forman la Tribu yaquis aparecieron por primera vez, con sus propias autoridades, sus voceros y sus propias demandas. A principios de mayo de ese mismo año se firmó un pacto entre el Movimiento Ciudadano por el Agua. Entre quienes suscribieron el Pacto se encontraban algunas autoridades de la Tribu Yaqui, entre ellas Bruno Ríos, gobernador de Vícam y Elías Buitimea Sol, secretario de Lomas de Bácum. Esta situación no pasó desapercibida para muchos observadores, pues la mayoría de los sectores agrícolas y ganaderos que ahora se manifestaban se formaron a costa del patrimonio del cual se despojó a la Tribu Yaqui décadas atrás. Así, los sectores y clases sociales que durante décadas se enfrentaron defendiendo sus propios intereses, ahora se unían para defender el agua, un bien natural del cual todos se beneficiaban. El acuerdo incluía el compromiso de los pueblos yaquis de realizar una guardia permanente

[22] *Ibidem*, pp. 35-37.

[23] *Vícam Switch*, 34, marzo de 2010. También: Moreno Vásquez, José Luis, *Despojo de agua en la cuenca del río Yaqui*, *op. cit.*, p. 53.

La disputa del derecho.indb 502 28/11/18 10:52

para asegurar que las aguas del río Yaqui sirvieran a su propósito original: producir alimentos.[24] Tomás Rojo, vocero de la Tribu Yaqui, llamó a la ciudadanía a conformar guardias cívicas y acampar en El Novillo para evitar que la obra se construyera.[25]

El protagonismo de la Tribu Yaqui en la oposición al acueducto comenzó a preocupar al gobierno, que buscó la forma de desactivarlo. El 26 de mayo Guillermo Padrés Elías, gobernador de Sonora en ese momento, se reunió en Lomas de Guamúchil con representantes de los ochos pueblos de la Tribu. Ahí en territorio yaqui, el mandatario estatal expresó que la reunión era "símbolo de reconciliación y la unidad de Sonora, y qué mejor que sea aquí en el corazón del orgullo de Sonora: de los Yaquis". Su mensaje no convenció y así lo hizo patente Crisóforo Valenzuela, quien a nombre de las autoridades yaquis dijo: "Consideramos que es el momento, y de una vez por todas, se defina y se interprete el decreto de Lázaro Cárdenas respecto a la dotación de agua, que por decreto y no por concesión nos corresponde".[26]

Junto con esa demanda, los pueblos yaquis presentaron al mandatario otras 20. El gobernador no se comprometió a aceptarlas y no hubo ningún acuerdo. No podía haberlo porque los pueblos yaquis estaban conscientes que tenían derechos que debían respetarse y el gobierno pensaba que debían aceptar lo que les ofrecía. Las partes siguieron midiendo fuerzas y mostrando el músculo, para lo cual tejían alianzas y buscaban aliados. El 17 de junio, el ingeniero Cuauhtémoc Cárdenas respaldó a los opositores a la obra y visitó a la Tribu Yaqui y a los miembros del Movimiento Ciudadano por el Agua, ahí afirmó que la autoridad estatal estaba procediendo contra la ley.[27] Un mes después, el 20 de julio, el presidente Felipe Calderón acudió a Hermosillo para respaldar la realización de la obra pues –según su

[24] *Expreso*, 6 de mayo de 2010. También: Moreno Vásquez, José Luis, *Despojo de agua en la cuenca del río Yaqui*, *op. cit.*, pp. 57-58.

[25] *Tribuna del Yaqui*, 8 de mayo de 2010.

[26] *El Imparcial*, 27 de mayo de 2010.

[27] *El Imparcial*, 3 de junio de 2010. También: Moreno Vásquez, José Luis, *Despojo de agua en la cuenca del río Yaqui*, *op. cit.*, pp. 64.

La disputa del derecho.indb 503 28/11/18 10:52

opinión– era importantísima para resolver el problema de escasez de agua en la ciudad de Hermosillo.[28]

En agosto el gobierno dio un paso más al abrir la licitación para la construcción del acueducto. El 9 de agosto, Guillermo Padrés Elías informó que había 40 empresas registradas para concursar por la licitación.[29] Una semana después, el gobernador anunció la creación de un Comité Ciudadano de Testigos Sociales del Plan Sonora sí, integrado por académicos, empresarios y miembros de la sociedad civil, cuya función sería vigilar, supervisar, y dar seguimiento a las obras, pero sobre todo al uso de los recursos financieros. Al hacerlo, se dijo que sus miembros tendrían libertad absoluta para el acceso a informaciones técnica, financiera y de asesoría.[30] Pero no todo marchaba bien. Al día siguiente, Antonio Fornés Gastélum, presidente de la Unión de Crédito Agrícola del Yaqui, y miembro del Comité, presentó su renuncia porque "se malinterpretó" su pertenencia a ese Comité como un apoyo a la construcción del acueducto El Novillo.[31] La política avanzaba a costa de conculcar los derechos que decía defender. Dos años después, el 4 de abril de 2013, el gobierno anunciaba que la obra se había concluido satisfactoriamente y ese día comenzaba a funcionar.[32]

Ninguna autoridad atendió los reclamos de la Tribu Yaqui por sus derechos violados, no obstante existir medias cautelares del tribunal agrario y una sentencia de amparo de un juez federal, que en esos días la Suprema Corte de Justicia de la Nación revisaba.

Los derechos conculcados

La obra adolecía de un problema central, que a la postre sería el eje de la oposición a ella: no atendía los derechos de los pueblos indígenas. Había al menos dos tipos de derechos de la Tribu Yaqui sobre el agua que se pre-

[28] *El Imparcial*, 3 de junio de 2010.

[29] *El Imparcial*, 10 de agosto de 2010.

[30] *El Imparcial*, 21 de agosto de 2010.

[31] *El Imparcial*, 22 de agosto de 2010. También: También: Moreno Vásquez, José Luis, *Despojo de agua en la cuenca del río Yaqui*, *op. cit.*, pp. 66-67.

[32] "Inicia operaciones acueducto 'Independencia' en Sonora", *Sin embargo*, abril 4 de 2013.

La disputa del derecho.indb 504 28/11/18 10:52

tendía trasvasar por medio del acueducto Independencia que debieron observarse: los que derivaban de la titulación de tierras y aguas que el 30 de septiembre de 1940 hiciera el gobierno federal a su favor y los derivados de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas. Para el primer caso, la resolución presidencial establecía en su segundo resolutivo lo siguiente:

> SEGUNDO: la Tribu Yaqui podrá disponer durante cada año agrícola, hasta de la mitad del caudal que se almacenará en la presa La Angostura para fines de riego de sus propias tierras.
>
> Las extracciones deberán corresponder a las necesidades agrícolas de su zona irrigable en la margen derecha de del citado río, independientemente del aprovechamiento de las aguas no controladas en la presa La Angostura.
>
> El derecho que se otorga a la Tribu Yaqui de dichas aguas autoriza a los núcleos de población de la misma, a disponer de las aguas que le corresponden a medida que las tierras de su propiedad que vayan abriendo al cultivo lo requieran.[33]

Como ya se dijo anteriormente, la presa La Angostura se construyó dos años después de que se dictara esta disposición pero los yaquis no pudieron disponer del agua a que se refiere porque nunca se construyeron los canales para que esto fuera posible y siguieron aprovechando solo aquella que los canales rústicos le permitían; lo que si se hizo fue construir canales adecuados por el margen izquierdo del río, es decir, sobre las tierras agrícolas de los nuevos agricultores. Además, las aguas que no se controlaban por esta presa lo hicieron las otras dos que se construyeron después, anulando el derecho del decreto presidencial. Con la construcción del acueducto el problema se profundizada porque la poca agua que captaban a través de sus viejos canales, al disminuir su volumen, no podría subir a ellos y por tanto el agua que podrían aprovechar disminuiría drásticamente.

El otro tipo de derechos violados fue el que emanaba directamente de la legislación. Durante muchas décadas el gobierno mexicano se mostró reacio al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas pero la persistente movilización de estos con el apoyo social para que se les reconociera como sujetos colectivos de derecho, había configurado un sistema

[33] *Diario Oficial de la Federación*, 22 de octubre de 1940.

La disputa del derecho.indb 505 28/11/18 10:52

de derechos que no podían ignorarse llanamente. Además del derecho nacional, algunos de estos derechos provenían de los tratados internacionales, que son plenamente validos en nuestro país cuando han sido firmados por el presidente de la República y ratificados por el Senado; así como de la interpretación de ellos realizada por organismos facultados para hacerlo, marcadamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Entre los derechos ignorados por el gobierno de Sonora al planear y ejecutar las obras del acueducto Independencia se encontraba el derecho a ser pueblos, establecido en el artículo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el primero del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, el primero de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano del Estado de Sonora y el segundo de la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas de Sonora. De acuerdo con estas disposiciones, los pueblos indígenas son aquellos que existían antes de formarse el Estado mexicano –el Estado de Sonora en el caso de la legislación estatal– y persisten en la actualidad, manteniendo de manera completa o parcial sus propias instituciones, es decir, sus formas de organización.

La existencia de los pueblos indígenas trae como consecuencia que puedan ejercer una serie de derechos entre ellos el de la libre determinación que, de acuerdo con la teoría jurídica comprende a su vez los de autoafirmación, que otorga a los pueblos la capacidad exclusiva de proclamarse existentes; autodefinición, que les permite determinar por sí mismo quiénes son las personas que lo constituyen; autodelimitación, que les posibilita determinar por sí mismo los límites de su territorio y autodisposición, organizarse de la manera que más les convenga.[34] Para este caso particular y con base en lo anotado, la Tribu Yaqui tenía y tiene el derecho de proclamarse pueblo indígena, decidir que personas la integran, los límites y usos de su territorio y organizarse de la forma que ellos decidan.

Pareciera que nada de esto se trastocaba con la planeación y construcción del acueducto Independencia, pero no era así porque la existencia del pueblo implicaba también que contara con los elementos necesarios para poder existir, un ambiente cultural acorde a la persistencia de su diferencia

[34] Obieta Chalbaud, José A., *El derecho humano de autodeterminación de los pueblos*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 63-101.

La disputa del derecho.indb 506 28/11/18 10:52

cultural, el mantenimiento de sus tradiciones y obtener sus alimentos, entre otros; el control de su territorio, del cual ya habían perdido parte con la construcción de diversas obras como el paso del ferrocarril por su territorio, la construcción de varias presas y dos acueductos distintos al que se proyectaba, lo que ya hablaba de la poca importancia que se les había dado a la hora de construir dichas obras. Además de esto, la propia Constitución federal establece la pluriculturalidad de la nación mexicana con sustento en la presencia de los pueblos indígenas y al ignorar este principio constitucional se trastoca todo el orden jurídico construido a partir el mismo.

Había otros derechos que no se observaban. Uno de ellos era el del territorio, que de acuerdo con el artículo 13 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, "deberá incluir la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera" y el gobierno tiene la obligación de "respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera y en particular los aspectos colectivos de esa relación". En este sentido, desde que el gobierno comenzó a planear la obra debió haber entrado en dialogo con la Tribu Yaqui para conocer su idea de territorio, la relación cultural que con él guardaban y la manera de protegerlos para que la obra no los afectara.

Existían otros derechos particulares, entre ellos el acceso preferente a los recursos naturales existentes en su territorio, contemplado en el artículo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el derecho a la consulta previa, libre e informada, contenido en el mismo numeral ya señalado y desarrollado con amplitud en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; el derecho al desarrollo propio y a la identidad cultural, contenido también en los documentos jurídicos ya citados. Además de las normas ya citadas, existe el Convenio sobre Diversidad Biológica, que en su artículo 8-j establece la obligación del Estado de preservar y mantener "los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica".

La disputa del derecho.indb 507 28/11/18 10:52

Por si lo anterior fuera poco, en junio del 2011, justo cuando el problema comenzaba a alcanzar su punto más álgido, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* una reforma al artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos mediante la cual se establecía que los derechos humanos no solo se encontraban en dicha Constitución sino también en los tratados sobre esa materia que hubieran sido firmados por el presidente de la República y ratificados por el Senado; que las disposiciones sobre derechos humanos del orden jurídico deberían interpretarse conforme a esas disposiciones y si la norma admitiera dos o más interpretaciones debería preferirse la que más protegiera a las personas; finalmente, se establecía la obligación de todas las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, atendiendo a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad y como una forma de hacerlo el Estado debería prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos. Si este mandato constitucional se hubiera atendido se hubieran evitado muchos problemas. Pero no se hizo, por el contrario, se actuó en contra de ellos.

Resistencia social y argumentos jurídicos

El aumento de la oposición al acueducto no hizo desistir al gobierno de sus planes, ni de modificarlos. El 3 de junio de 1911 se publicó en el *Boletín Oficial del Gobierno* la creación del Fondo de Operación de Obras Sonora sí (Foossi) como organismo público descentralizado para operar e l proyecto "Sonora sí, Sistema Integral", que incluía el acueducto Independencia. Un día antes, el gobierno anunció la segunda fase del proyecto, en la cual resaltaba que el agua no se tomaría de la cuenca baja, donde originalmente se había proyectado, sino de la cuenca media, donde los productores de Huásabas y Granados, decidieron vender sus derechos de agua.[35] El 11 de junio presentó su Manifestación de Impacto Ambiental (MIA) a la Dirección General de Impacto y Riesgo Ambiental (DGIRA) de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (Semarnat). Tan mal estaba el

[35] *El Imparcial*, 3 de junio de 2010. También: Moreno Vásquez, José Luis, *Despojo... op. cit.*, p. 62.

La disputa del derecho.indb 508 28/11/18 10:52

documento que el 6 de agosto fue rechazado por "insuficiencia de información ambiental que permita realizar una evaluación objetiva del estudio presentado". Entre las inconsistencias del documento se encontraba el hecho de que solo contemplaba los efectos de la construcción de la *obra de la toma*, dejando fuera los impactos de la construcción de la obra; otro tanto sucedió con el estudio de factibilidad ambiental y Manifestación de Impacto Ambiental para la construcción del acueducto que se presentó después, donde solo se contemplaba el trazo del acueducto y 20 metros de derechos de vía. Es decir, solo consideraron los impactos de la *construcción* pero no los de la *operación* del acueducto.

El 1 de febrero del 2011 la Semarnat convocó a la reunión pública que la ley prevé para que los ciudadanos interesados opinaran sobre la Manifestación de Impacto Ambiental. De las múltiples participaciones sobresalieron dos, una donde se señalaron los impactos ambientales que la extracción del agua ocasionaría río abajo y la falta de consideración de las poblaciones existentes en las márgenes del río Yaqui. Además de estas, fue notorio que se expresara la afectación de los pueblos de la Tribu Yaqui. Después de la reunión pública algunos organismos públicos ofrecieron sus opiniones. El 8 de febrero la Comisión de Ecología y Desarrollo Sustentable del Estado de Sonora (Cedes) expresó "que no se encuentra impedimento legal o técnico para el desarrollo del proyecto". El 22 de febrero la Coordinación de Tratamiento y Calidad del Agua, del Instituto Mexicano de Tecnología del Agua (IMTA), manifestó que por la operación del proyecto "no se alterarán significativamente los volúmenes de riego debido a que la Conagua concesionará el volumen no empleado en la presa El Novillo". Por su parte, la Dirección Técnica del Organismo de Cuenca Noroeste de la Conagua señaló, el 15 de febrero, la que el proyecto "no aporta elementos técnicos suficientes para conocer los probables impactos ambientales en las aguas superficiales en la cuenca del río Yaqui por el trasvase de agua de la cuenca de este río a la cuenca del río Sonora".

El 23 de febrero del 2011 la DGIRA resolvió extender una autorización *condicionada* al proyecto. Dentro de las condiciones impuestas se encontraba que la Comisión Estatal del Agua "manifestara y comprobara que por la construcción y operación del proyecto no se afectará el caudal ecológico de la cuenca del río Yaqui aguas debajo de la presa El Novillo". Nunca se supo si recibió la información requerida. Otras condiciones fueron: com-

La disputa del derecho.indb 509 28/11/18 10:52

plementar el programa para el rescate y resguardo de flora y fauna y diseñar y ejecutar un programa para tratar y reutilizar hasta 90% del volumen equivalente a la cantidad de agua proveniente del proyecto. Aun cuando la MIA presentada –como ya se dijo– se refería exclusivamente a los impactos de la construcción de acueducto, la autorización se emitió en relación con la construcción y con la operación: para la primera otorgó una vigencia de 18 meses y para la segunda, una vigencia de 25 años. Los "aspectos ambientales" se limitaron a la remoción de vegetación forestal en una superficie de 73 has. Sobre los yaquis, las poblaciones y los municipios de la cuenca baja no hubo una sola palabra. Con la autorización de la DGIRA, el 28 de febrero de 2011 el gobierno estatal inició formalmente la construcción del acueducto.[36]

Con los hechos consumados los agricultores y los pueblos de la Tribu Yaqui recurrieron a los tribunales demandando que las autoridades ajustaran sus actos a lo que disponen las leyes. El día 19 de agosto de 2010 tres módulos del distrito de riego 041 del río Yaqui –el distrito de riego de los agricultores– promovieron cuatro juicios de amparo, tres contra la licitación del Proyecto Integral para el Diseño y Construcción del Acueducto Independencia, y uno contra la asignación de derechos por la Conagua al gobierno del Estado, para el acueducto Independencia, los cuales se extraerían de la presa El Novillo. En dos de los amparos el juez de distrito que conoció de ellos concedió a los quejosos la suspensión provisional para que "las cosas se mantengan en el estado que actualmente se encuentran" y otro para que "no se dicte el fallo y no se lleve a cabo la adjudicación del contrato".[37] Pero el gobierno hizo caso omiso de dichas suspensiones y siguió adelante con el proceso de licitación de la obra.

Por su parte la Tribu Yaqui a través de los gobernadores, pueblo mayor, capitán, comandante y secretario interino, de los pueblos de Vícam y Pótam, presentaron el 2 de agosto de 2010 ante el Tribunal Unitario Agrario Núm. 35 de la Ciudad de Obregón, una demanda contra el presidente de la República, la Comisión Nacional del Agua y el gobernador constitucional del Estado de Sonora, demandando la restitución del 50% del agua que les titulara el presidente Lázaro Cárdenas en 1940 y se emitieran medidas cau-

[36] Moreno Vásquez, José Luis, *Despojo...*, *op. cit.*, pp. 48-50.
[37] *El Imparcial*, 13 de septiembre de 2010.

La disputa del derecho.indb 510 28/11/18 10:52

telares para que las autoridades gubernamentales se abstuvieran de emitir cualquier acto que afectara el volumen de agua a que tenían derecho. El 18 de agosto la demanda fue admitida y el día 24 del mismo mes el tribunal otorgó la medida solicitada para que las cosas se mantuvieran en el estado que guardaban y no se afectaran los volúmenes de agua reclamados.[38]

Como en el caso de los amparos concedidos al Distrito de Riego 041 de los Agricultores, las medidas dictadas por el tribunal agrario tampoco respetaron la medida dictada por el juez pues, según justificó Florencio Díaz Armenta, delegado de la Conagua, el amparo solo afectaba los trámites para los derechos del agua y el acueducto El Novillo difícilmente podría paralizarse porque ya se habían hecho trámites ante el gobierno federal sobre el agua que transportaría el acueducto. Pesaban más los intereses económicos de los sectores políticos que los derechos indígenas y su interpretación por los tribunales.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) y los derechos de la Tribu Yaqui

Antes que todos los anteriores juicios las autoridades tradicionales yaquis del pueblo de Vícam ya habían solicitado el amparo de la justicia federal, pero la analizamos hasta el final porque al fue la que dictó el derrotero de los hechos y derechos en el caso del acueducto Independencia. La demanda se presentó el 19 de abril de 2011, en la Oficina de Correspondencia Común de los Juzgados de Distrito en el Estado de Sonora, con residencia en Hermosillo; se turnó al Juzgado Séptimo de Distrito en el Estado de Sonora, en donde se radicó el veinticinco de abril, aunque también se declaró que dicho órgano carecía de competencia legal para el conocimiento del asunto en razón del territorio. El 2 de mayo el Juez Décimo de Distrito en el Estado de Sonora, aceptó la competencia y admitió a trámite la demanda; en virtud de que los promoventes señalaron que se pretendía privarlos

[38] Comisión Nacional de Derechos Humanos, "Recomendación Núm. 37/2012 sobre el caso del Proyecto "Acueducto Independencia", en el Estado de Sonora", México D.F., 9 de agosto de 2012. También: *Expreso*, 26 de agosto de 2010.

La disputa del derecho.indb 511 28/11/18 10:52

de sus derechos agrarios, el Juzgador de Amparo decretó la suspensión de plano.

En su demanda los quejosos señalaron como autoridades responsables al director general de Impacto y Riesgo Ambiental, de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales y al delegado en Sonora de la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente; al primero por haber emitido la autorización para la construcción del proyecto denominado "Acueducto Independencia", lo cual lesionaba sus derechos porque tomaría aguas del Río Yaqui, de cuyo caudal les pertenece el 50% de acuerdo con el decreto presidencial del 30 de septiembre de 1940, además de que no fueron consultados como era su derecho, y a la segunda por la vigilancia respecto de los actos materiales de ejecución de la construcción y operación de las obras realizadas por la autoridad ordenadora. Llama la atención que la demanda de amparo fuera por los vicios legales un acto administrativo y no por los derechos sustantivos como la autonomía o el territorio, o el acceso preferente a los recursos naturales, todos derechos reconocidos en la Constitución Federal y en los tratados internacionales, según anotamos anteriormente.

El 17 de febrero de 2012 se celebró la audiencia constitucional, y en apoyo a las labores del órgano jurisdiccional, la resolución fue emitida por el Juez Cuarto de Distrito del Centro Auxiliar de la Quinta Región, con residencia en Culiacán, Sinaloa, el 4 de mayo de 2012, en el sentido siguiente:

> PRIMERO. LA JUSTICIA DE LA UNIÓN AMPARA Y PROTEGE A [...] miembros integrantes de la Tribu Yaqui, específicamente del Pueblo de Vícam, Sonora, Primera Cabecera de los Ocho Pueblos, en contra de las autoridades responsables y por los actos reclamados señalados en el considerando primero de este fallo federal, para los efectos precisados en la parte final del considerando sexto.[39]

El 23 de mayo el agente del Ministerio Público adscrito al Juzgado que dictó la resolución interpuso un recurso de revisión contra la resolución. Los pueblos de la Tribu Yaqui que se oponían a la obra vieron en ello una

[39] Juicio de Amparo 461/2011, radicado en el Juez Cuarto de Distrito del Centro Auxiliar de la Quinta Región, con residencia en Sinaloa.

La disputa del derecho.indb 512 28/11/18 10:52

maniobra para cambiar la sentencia y el 28 de mayo iniciaron un bloqueo a la circulación de automóviles en la carretera federal México Nogales, a la altura del pueblo de Vícam;[40] mismo que, con algunas intermitencias, duraría dos años; el 26 de julio también el director general de Impacto y Riesgo Ambiental de la Semarnat también presentó un recurso de revisión contra la sentencia de la SCJN. El 21 de septiembre el juez ordenó el envío del expediente a la SCJN, porque en sesión privada del 6 de agosto, el Pleno de la misma determinó atraer el asunto, según lo informó al juez el secretario general de Acuerdos de la Suprema Corte de Justicia. En la SCJN correspondió conocer del recurso de revisión a la Primera Sala de ella, quien dictó sentencia el 25 de junio del 2013.

En el considerando cuarto de la sentencia, bajo el rubro "estudio de fondo", la Primera Sala de la SCJN coincidió con el juez que dictó la sentencia afirmando que "los conceptos de violación eran fundados y suficientes para conceder el amparo y la protección de la justicia federal". Uno de los argumentos centrales que esgrimió para justificar esta determinación fue que

> la construcción del proyecto "Acueducto Independencia" sí afectaba los derechos de disposición del agua que tiene la "Tribu Yaqui" en relación al caudal que se encuentra almacenado en la presa "La Angostura", y por ende, constituía para efectos del juicio de amparo, un acto de autoridad que tendía a privar de manera definitiva los derechos que le fueron reconocidos a la mencionada Tribu, mediante el decreto presidencial ya citado, por lo que la autoridad responsable ordenadora, previo a la emisión de la resolución que se le reclama, tení a la obligación por imperativo constitucional e internacional, de otorgar la garantía de audiencia previa a las comunidades indígenas que se verían afectadas con tal determinación.

De acuerdo con la explicación que hizo la Primera Sala de la SCJN se violaban los derechos de la Tribu Yaqui "debido a lo dispuesto en el artículo 6 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, el gobierno tiene la obligación de consultar a los pueblos interesados, mediante procedimien-

[40] Gutiérrez Ruelas, Ulises, "Yaquis cumplen dos semanas de bloqueos carreteros en Sonora", *La Jornada*, 13 de junio de 2013.

La disputa del derecho.indb 513 28/11/18 10:52

tos apropiados y a través de sus instituciones representativas, cuando se prevean medidas administrativas susceptibles de afectarles directamente". Además de esto, dijo, los artículos 14 y 15 del ordenamiento internacional citado, establece que

> cuando un Estado tiene derechos en relación con los recursos naturales que se encuentran en determinadas tierras, deben establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de dichos pueblos serían perjudicados y en qué medida, lo anterior, previo a emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras.

En consecuencia –expresó–, al haber estimado fundados los conceptos de violación, se concedió el amparo y protección de la justicia federal, para el efecto de que el Director General de Impacto y Riesgo Ambiental de la Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales, con residencia en México, Distrito Federal, dejara insubsistente la resolución en materia de Impacto Ambiental emitida el 23 de febrero de dos mil once, dentro del procedimiento identificado bajo el número S.G.P.A.-DGIRA.-DG1633/11, en la que se contiene la autorización para la construcción del proyecto denominado "Acueducto Independencia", a desarrollarse en los Municipios de Hermosillo, Mazatlán, Villa Pesqueira, Ures y Soyapa, en el Estado de Sonora, y en cumplimiento de las normas constitucionales e internacionales destacadas en esta sentencia federal, otorgara a la Tribu Yaqui, la garantía de Audiencia previa consagrada en el artículo 14 de la Carta Magna.[41]

En su considerando octavo, denominado "estudio relacionado con la garantía de audiencia" la Primera Sala de la SCJN expresó que el deber por parte del Estado a la consulta para los pueblos y comunidades indígenas no depende de la demostración de una afectación real a sus derechos, sino de la susceptibilidad de que se puedan llegar a dañarse, pues precisamente uno de los objetos del procedimiento es determinar si los intereses de los pueblos indígenas serían perjudicados". Además de lo anterior, expresó que el propio Convenio 169 establece los contenidos mínimos que deben contener las consultas a los pueblos y comunidades indígenas, entre ellos,

[41] *Idem.*

La disputa del derecho.indb 514 28/11/18 10:52

que debe ser previa, culturalmente adecuada, informada, y de buena fe, con la finalidad de llegar a un acuerdo. En lo anterior, la SCJN reconoció que recogía los criterios establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al resolver el caso del *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador.*[42]

Hasta ahí la SCJN hizo un razonamiento sistemático de la legislación nacional e internacional; sin embargo, líneas adelante introdujo una modificación sustancial que dio puerta para que la autoridad responsable mantuviera el acto y el amparo concedido no tuviera efectos positivos entre los quejosos. La modificación al razonamiento anterior decía:

> En este punto, es pertinente establecer que la susceptibilidad de afectación a los derechos de la Tribu Yaqui, más que derivar de la autorización de la construcción y de las demás obras que integrarán el "Acueducto Independencia", podría generarse en la operación del mismo, pues el derecho que pudiera afectarse es la disposición del recurso natural vital con el que cuenta la Tribu.[43]

Materialmente el argumento era correcto pero no lo era jurídicamente. Era cierto que la autorización de la construcción del acueducto Independencia en sí mismo no constituía una violación de garantías que alegaban los quejo sos pero se trataba de un acto de inminente ejecución, pues la autorización implicaba que la obra se iba a llevar a cabo y eso si violaba el derecho reclamado, por eso la concesión del amparo era correcta; pues como ella misma había razonado líneas atrás, el derecho de consulta a los pueblos y comunidades indígenas no depende de la demostración de una afectación real a sus derechos, sino de la susceptibilidad de que se puedan llegar a dañarse. Además, si la autorización de la realización de la obra no implicaba violación de las garantías alegadas, lo que debió hacerse era no conceder el amparo. Este razonamiento al final sirvió para que la construc-

[42] Véase: Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku *Vs*. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C Núm. 245.

[43] Amparo en Revisión 631/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Sentencia dictada el 8 de mayo de 2013.

La disputa del derecho.indb 515 28/11/18 10:52

ción de la obra siguiera adelante, sin dejar de reconocer que su autorización violaba los derechos de la tribu Yaqui.

Además de diferenciar entre autorización y construcción de la obra, la SCJN introdujo una diferencia entre y consentimiento en los siguientes términos:

> esta Primera Sala estima conveniente resaltar la diferencia entre consulta y consentimiento, pues sin perjuicio del hecho de que todo proceso de consulta debe perseguir el objetivo del consentimiento, en algunos casos, puede que su ausencia no impida a las autoridades decretar las acciones correspondientes, lo cual dependerá del nivel de impacto que tendrá el funcionamiento u operatividad del Acueducto Independencia sobre la comunidad o grupo indígena, debiéndose ponderar los intereses sociales en juego, esto es, tanto de los afectados como de los beneficiados por la obra, quedando en aptitud las autoridades correspondientes a decretar, en la medida de sus facultades, las acciones necesarias para resarcir o aminorar las eventuales afectaciones que deriven de la operatividad del proyecto sobre la cuenca a manera de garantizar la subsistencia de la Tribu a la que se concede el amparo a fin de que sea escuchada para efectos de la operación (no construcción) del Acueducto.[44]

Aquí la SCJN se pronunció sobre los efectos de una consulta que aún no se realizaba, adelantándose a los efectos que podría tener cuando se realizara. Con ello apuntaló la idea no solo de que la autorización de la obra no violaba derechos sino s entraba en operación, sino también de que una vez realizada la consulta si no se llegada a un acuerdo con los inconformes, eso no sería óbice para que la obra entrara en funcionamiento. Con ello siguió abriendo la puerta para que los actos que la Tribu Yaqui consideraba violaban sus derechos, siguieran sin corregirse.

El asunto no terminó ahí. El dos de julio de ese año el delegado de la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente en Sonora solicitó una aclaración de la sentencia, argumentando que el día siete de mayo de ese año, en el incidente de suspensión de la controversia constitucional 66/2013, la misma SCJN concedió la suspensión de los actos impugnados,

[44] *Idem.*

La disputa del derecho.indb 516 28/11/18 10:52

que resultaba ser el mismo sobre el cual se había concedido el amparo. Dos días después de la impugnación del delegado de la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente hizo lo mismo el Director General de Impacto y Riesgo Ambiental de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales. Contra la práctica de no aclarar resoluciones que ponen fin a juicios, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, admitió las solicitudes y el día siete de agosto emitió su resolución sobre ellas, en los siguientes términos:

> En primer término, el Director General de Impacto Ambiental de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, debe dejar insubsistente la resolución en materia de Impacto Ambiental emitida el veintitrés de febrero de dos mil once, dentro del procedimiento identificado bajo el número S.G.P.A.-DGIPA.DG1633/11, sin que ello implique la suspensión de la operación del "Acueducto Independencia", en tanto se desahoga la consulta a la Comunidad Yaqui o en cualquier momento durante dicho procedimiento, en los términos de los párrafos siguientes, y se dicte una nueva resolución.
>
> A la mayor brevedad posible, deberá desahogar la consulta a la comunidad Yaqui en los términos fijados por esta Primera Sala: a). debe ser previa, b). La consulta debe ser culturalmente adecuada. c). La consulta informada. d). La consulta debe ser de buena fe, con la finalidad de llegar a un acuerdo.

Con respecto a este punto, es pertinente aclarar que si bien resulta conveniente que la consulta sea previa, esto es, que se realice "en las primeras etapas del plan o proyecto de desarrollo o inversión", en el caso, toda vez que ya ha iniciado operaciones el "Acueducto Independencia", ello no exime a la autoridad de cumplir con el fallo dictado en el juicio de amparo, pues está obligada a realizar la consulta independientemente de la etapa en que se encuentre la obra, tomando en cuenta los demás lineamientos del fallo protector, en los términos que se precisan en esta resolución.

En dicha consulta, deben recabarse los elementos necesarios para determinar si existe una afectación a los derechos de la comunidad indígena, lo que implica el derecho de ésta a intervenir y ofrecer elementos que demuestren el perjuicio que les cause la operación del "Acueducto Independencia":

Una vez concluida la consulta, y en caso de que se demuestre una afectación a los derechos de la comunidad indígena, la autoridad deberá

La disputa del derecho.indb 517 28/11/18 10:52

tomar acciones que resulten adecuadas, conforme a su competencia, para ponderar los intereses en juego, esto es, la operación del "Acueducto Independencia" con respecto al grado de afectación a la Comunidad Yaqui, quedando en aptitud de tomar las medidas necesarias, en el ámbito de sus atribuciones, para resarcir o aminorar las afectaciones que incidan en la subsistencia de la comunidad indígena por la operación del "Acueducto Independencia", pudiendo llegar, en caso necesario, a determinar la suspensión de la operación del mismo:

Llevado a cabo lo anterior, la autoridad debe emitir la resolución de Impacto Ambiental, en la que se pronuncie sobre la existencia o no de una afectación a los derechos de disposición de agua de la comunidad Yaqui.

Aunque el efecto del juicio de amparo no es que de inmediato se suspenda la operación del "Acueducto Independencia", deberá hacerlo en cualquier momento, aun cuando no esté concluido el procedimiento de consulta, en caso de que advierta que la operación llegue a causar un daño irreparable a la comunidad Yaqui.[45]

La aclaración terminó por no aclarar nada. Dejar insubsistente la autorización de la construcción del acueducto Independencia permitiendo que siguiera funcionando era ponerlo en la ilegalidad pues la autorización de la Manifestación de Impacto Ambiental era requisito indispensable para su construcción; pero tampoco se resolvía el asunto de la violación de los derechos de los quejosos, pues en nada les protegía el hecho de que se reconociera la violación de sus derechos si el acto que los realizaba se anulaba pero la obra continuaba adelante. Lo que la SCJN debió determinar fue que junto con la anulación de la autorización se suspendiera la obra que derivaba de ella y si la autoridad responsable quería continuar adelante con sus planes, solicitar otra autorización previa la consulta con los miembros de la Tribu Yaqui.

Además, realizar la consulta una vez que la obra estaba en curso violaba el principio de que fuera previa, como establece la legislación internacional, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y lo reconocía la propia Primera Sala de la SCJN. Finalmente, dejar que la autoridad responsable determinara el momento en que la obra debía suspenderse

[45] Aclaración de sentencia en el amparo en revisión 631/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Resolución dictada el siete de agosto de dos mil trece.

La disputa del derecho.indb 518 28/11/18 10:52

era tanto como no conceder ninguna protección a los quejosos. Bajo la idea de que se amparaba a la

Tribu yaqui, la SCJN permitió que sus derechos se siguieran violando. Al parecer, pesaron más los intereses económicos del gobierno y los empresarios para que el acueducto Independencia se realizara, que los derechos reconocidos a la Tribu Yaqui que con esa obra se violaban.

La aclaración mereció el voto particular del ministro José Ramón Cossío Díaz, quien sostuvo

> que el alcance de la sentencia de amparo debía contener el efecto de que dejara de operar el acueducto hasta que se emitiera una nueva resolución de manifestación de impacto ambiental en los términos establecidos en la sentencia, es decir, hasta que se realizara la consulta a la comunidad indígena siguiendo los lineamientos que la misma sentencia estableció. Por tanto, en la aclaración de sentencia debió precisarse que la sentencia de amparo dictada implicaba que el acueducto suspendiera su operación y no dejar en manos de la autoridad administrativa y de sus facultades de verificación y vigilancia la determinación de los efectos conforme a sus facultades legales. Lo anterior, además, no sólo es el efecto de esta sentencia de amparo, sino el efecto natural de cualquier sentencia que anule la autorización administrativa para la operación de una obra pública.[46]

La sentencia y aclaración de la SCJN sentaron la interpretación sobre la que finalmente caminó, en términos jurídicos, el acueducto Independencia. La DGIRA anuló la autorización para la construcción y funcionamiento del acueducto Independencia pero no suspendió su funcionamiento; paralelamente entró en contacto con los representantes de la Tribu Yaqui para iniciar una consulta que ni era previa ni buscaba el consentimiento de los consultados, pues ya la obra se había realizado y hasta funcionaba; finalmente esta tampoco se ha realizado porque la Semarnat, como autoridad responsable no ha proporcionado la información requerida por la

[46] Cossío Díaz, José Ramón, Mejía Garza, Raúl M., Rojas Zamudio, Laura Patricia, Vergara López, Carmen y Orozco y Villa, Luz Helena, "Derecho al agua y el conflicto Yaqui", *Derecho Ambiental y Ecología*, núm. 57, Centro de Estudios Jurídicos y Ambientales, octubre-noviembre 2013, pp. 9-11.

La disputa del derecho.indb 519 28/11/18 10:52

Tribu yaqui. El 11 de septiembre de 2014 la Procuraduría de Justicia del Estado de Sonora detuvo a Mario Luna Romero[47] y el 23 de septiembre a Fernando Jiménez Gutiérrez,[48] voceros de la Tribu Yaqui en el conflicto; otra orden de aprehensión contra Tomás Rojo Valencia, también vocero de la Tribu quedó pendiente de ejecutar. Con la criminalización de los voceros la exigencia de consulta pasó a un plano secundario pues los esfuerzos se enfocaron a poner en libertad a los detenidos y proteger a quien todavía estaba en libertad. El 27 de agosto del siguiente año fue liberado Fernando Jiménez Gutiérrez[49] y el 23 de septiembre también Mario Luna Romero alcanzó su libertad,[50] con el argumento de que no existían elementos para sostener la acusación que la Procuraduría de Justicia del Estado les imputaba. Con ello también se anuló la orden de aprehensión que pesaba sobre Tomás Rojo Valencia.

A partir de ahí la lucha de los pueblos yaquis opositores al acueducto Independencia aminoró hasta el grado que el siete de diciembre de 2015 Tomás Rojo Valencia, a nombre de los pueblos que por dos años habían mantenido el bloqueo a la carretera federal en protesta por la construcción del acueducto Independencia, anunció que había decidido levantarlo para que la circulación de automóviles volviera a realizarse con normalidad. De acuerdo con los informes de prensa, junto con el levantamiento de la protesta "agradeció a la gobernadora Claudia Pavlovich Arellano el cumplimento de sus compromisos con la etnia". "–Tenemos grandes esperanzas y queremos superar el rezago, dijeron que dijo".[51]

En los primeros días del mes siguiente, citando fuentes judiciales, la prensa informaba que el ministro de la SCJN Jorge Pardo Rebolledo,

[47] López Bárcenas, Francisco, "El secuestro de Mario Luna Romero", *La Jornada"*, 24 de septiembre de 2015.

[48] Larios Gaxiola, Felipe, "Arrestan en Sonora a otro líder de la Tribu Yaqui", *Milenio*, 23 de septiembre de 2014.

[49] Gutiérrez Ruelas, Ulises, "Liberan a Fernando Jiménez, líder Yaqui opositor al Acueducto Independencia", *La Jornada*, 29 de agosto de 2015.

[50] Gutiérrez, Ulises, "Liberan al líder Yaqui Mario Luna", *La Jornada*, 23 de septiembre de 2015.

[51] "Yaquis levantan bloqueo carretero en Sonora", *Excélsior*, 8 de diciembre de 2015. También: Larios Gaxiola, Felipe, "Levantan Yaquis en Sonora bloqueo carretero", *Milenio*, 8 de diciembre de 2015.

La disputa del derecho.indb 520 28/11/18 10:52

preparaba un proyecto de resolución de uno de los varios amparos que se interpusieron contra el acueducto Independencia y llegaron hasta esa instancia judicial, reconociendo la viabilidad jurídica de la obra, con base en una disposición de la Ley de Aguas

Nacionales, donde se prescribe que en caso en que haya diferendos entre usuarios de la cuencas agrícolas y organizaciones de la sociedad, tendrán prioridad el uso doméstico y el público urbano.[52] De ser cierta este argumento, se estaría modificando la *litis*, porque no es ese el diferendo de fondo sino de derecho de los pueblos indígenas a acceder de manera preferente los recursos naturales existentes en sus territorios y a ser consultados antes de realizar una obra que puede perjudicar sus derechos, hecho que ha fue reconocido por el mismo órgano judicial.

La nota afirmaba que la propuesta de sentencia validaba las facultades de la Conagua para llevar a cabo la obra, al mismo tiempo que proponía amparar a los quejosos, pero únicamente para el efecto de que la autoridad responsable les otorgara la garantía de audiencia, es decir, el derecho a la consulta, salvaguardando el derecho de los demandantes de iniciar otro procedimiento legal en caso de que de la consulta resultara que la obra hidráulica los afecta. Como en la primera sentencia que aquí se ha analizado –siempre de acuerdo con la nota informativa citada–:

> en caso de que se demuestre la afectación, la autoridad deberá ponderar los intereses en juego –de acuerdo con la Ley de Aguas Nacionales y su reglamento (cuya validez destaca el proyecto)–, además de los efectos que producen para la conservación y renovación de las fuente y ecosistemas, así como los derechos de acceso al agua para uso público urbano y para fines agrícolas.[53]

[52] Aranda, Jesús, "Preparan ministros aval al acueducto Independencia que impugnan los yaquis", *La Jornada*, 6 de enero de 2016.
[53] *Ibidem.*

La disputa del derecho.indb 521 28/11/18 10:52

Conclusiones

El conflicto no está decidido de manera definitiva pero ya se pueden sacar algunas conclusiones es sobre él. Una de ellas es que el principio constitucional de pluriculturalidad de la nación mexicana cuya base es la presencia de los pueblos indígenas, contenido en el artículo segundo de nuestra Carta Magna, y que como principio debía permear todas las demás disposiciones, no es observado por los funcionarios estatales al momento de diseñar sus políticas, como tampoco lo es el principio de consultar a los pueblos indígenas al momento de diseñar los planes y proyectos de desarrollo. Se trata de una omisión grave que trae como consecuencia la discriminación de este sector social por su origen étnico, también prohibido por la propia Constitución Federal y sancionado en la Ley federal para prevenir y eliminar la discriminación y las estatales sobre la materia. No obstante, los organismos estatales encargados de combatir estas prácticas no han hecho nada por remediar la situación, no obstante que los problemas generados por la construcción y operación del acueducto Independencia y la oposición de la Tribu Yaqui a él fueron eventos públicos y aquellos que se pronunciaron, como la Comisión Nacional de Derechos Humanos, no dieron seguimiento a sus recomendaciones.[54]

Como consecuencia de lo anterior tampoco se respetaron los derechos que como pueblo indígena son consustanciales a la Tribu Yaqui, entre ellos, como ya se dijo, el de seguir siendo pueblos, lo cual implica que no se les quite ni restrinja la posibilidad de obtener sus alimentos y acceder al agua como tradicionalmente lo hace, lo mismo que a seguir manteniendo y desarrollando sus prácticas culturales.[55] Junto con este derecho, al no observarse el principio constitucional y el derecho de ser y seguir siendo pueblos, se violó su derecho a la autonomía, con todo lo que ello implica; su derecho a mantener la integridad de su territorio; el acceso preferente a los recursos naturales en ellos existentes, el derecho a la consulta, con

[54] La Comisión Nacional de Derechos Humanos, emitió dos recomendaciones.

[55] "Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56/09, Original: Español, 30 diciembre 2009.

La disputa del derecho.indb 522 28/11/18 10:52

las características expresadas en las leyes y la jurisprudencia internacional; el derecho a decidir por ellos mismos el tipo de desarrollo a que aspiran y a mantener si identidad cultural, entre otros. Además, como comunidad agraria, tienen derecho a disponer del 50% del agua de la presa La Angostura, independientemente del aprovechamiento de las aguas no controladas del río Yaqui.

De lo anotado en los dos párrafos anteriores deriva que con la globalización de la economía el derecho también se ha globalizado y con ello se han trasformado sus funciones sociales. Un aspecto de esas transformaciones es que ya no cumple las funciones que en décadas pasadas cumplía, dando certeza a los ciudadanos sobre los actos de las autoridades. Las funciones del poder judicial federal como garante de los derechos reconocidos en la ley, además de interpretador válido de ella también se han transformado, ajustándose a lo que los intereses económicos dictan, más que a lo que la técnica judicial indica. En ese sentido, cuando los pueblos acuden a los tribunales para que hagan valer sus derechos, no pueden confiar en obtener una resolución favorable solo porque el contenido de la ley les dé la razón, junto con ello tienen que movilizarse políticamente, de tal manera que a los tribunales les cueste mas no darles la razón que dárselas.[56] En otras palabras: el derecho se convierte en un instrumento más para la defensa de los derechos, que deberá combinarse con otros instrumentos para poder obtener los fines que con él se buscan.

Bibliografía

Aguilar Camín, Héctor, *La frontera nómada. Sonora y la Revolución Mexicana*, México D.F., Secretaría de Educación Pública / Siglo XXI, Col. "Cien de México", 1985.

inegi. *Censo de Población y Vivienda 2000*. <http://cuentame.inegi.org.mx/poblacion/lindigena.aspx?tema=P#uno>. Consultado: 28 de abril de 2009.

[56] Sobre este tema, se puede consultar: Vergès, Jacques, *Estrategia judicial en los procesos políticos*, Anagrama, Colección Argumentos, Primera edición, Barcelona, 2009.

La disputa del derecho.indb 523 28/11/18 10:52

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. "Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos" OEA/Ser.L/V/II, Doc. 56/09, Original: Español, 30 de diciembre de 2009.

Comisión Nacional de Derechos Humanos, "Recomendación No. 37/2012 sobre el caso del Proyecto "Acueducto Independencia", en el Estado de Sonora", México D.F., 9 de agosto de 2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245.

Cossío Díaz, José Ramón, Mejía Garza, Raúl M., Rojas Zamudio, Laura Patricia, Vergara López, Carmen y Orozco y Villa, Luz Helena, "Derecho al agua y el conflicto Yaqui", *Derecho Ambiental y Ecología*, Núm. 57, Centro de Estudios Jurídicos y Ambientales, octubre-noviembre 2013.

Dictamen, "*Jiak Batwe*. El río que suena, el río Yaqui, Peritaje antropológico. Impacto social y cultural por la operación del acueducto independencia", *Rutas de Campo*, Núm. 8, Coordinación Nacional de Antropología, Instituto Nacional de Antropología e Historia, México D.F., mayo-junio de 2015, pp. 26-27.

Diario Oficial de la Federación, 22 de octubre de 1940.

Evans, Sterling, "Las angustias de la angostura: consecuencias socioambientales por la construcción de presas en Sonora", *Signos históricos*, Núm. 16, julio-diciembre de 2006, pp. 46-78.

Garduño, Everardo, "Cuatro ciclos de resistencia indígena en la frontera México- Estados Unidos", *Revista Europea de Estudios Latinoamericanos y del Caribe* 77, octubre de 2004.

Moctezuma Zamarrón, José Luis y Padilla Ramos, Raquel, "Dictamen Histórico- antropológico sobre la Tribu Yaqui", Sonora", a petición del Centro Mexicano de Derecho Ambiental, 18 de octubre de 2013.

Moreno Vásquez, José Luis, *Despojo de agua en la cuenca del río Yaqui*, Hermosillo, El Colegio de Sonora, 2014.

Obieta Chalbaud, José A., *El derecho humano de autodeterminación de los pueblos*, Madrid, Tecnos, 1993.

La disputa del derecho.indb 524 28/11/18 10:52

Padilla Ramos, Raquel, "El río en la vida de los yaquis", *Diario de Campo*, Coordinación Nacional de Antropología, Instituto Nacional de Antropología e Historia ,México D.F., 2015.

Ramírez, Erika, "Yaquis, jornaleros en su propia tierra", *Contralinea*, Núm. 235, 29 de mayo de 2011.

Ruiz, Ramón Eduardo, *The people of Sonora and Yankee Capitalism*, University of Arizona Press, Tucson, AZ, 1988.

Spicer H., Edward, *The cicles of conquest*, University of Arizona, Press, Tucson, AZ, 1962.

_____. *Los yaquis. Historia de una Cultura*, México, UNAM,1994.

Velasco Toro, José, *Los yaquis: Historia de una activa resistencia*, Universidad Veracruzana, Jalapa, 1988.

Vergès, Jacques, *Estrategia judicial en los procesos políticos*, Barcelona, Anagrama, Colección Argumentos, 2009.

Vícam Switch, núm.. 34, marzo de 2010.

Hemerografía

Aranda, Jesús, "Preparan ministros aval al acueducto Independencia que impugnan los yaquis", *La Jornada*, 6 de enero de 2016.

Excélsior, "Yaquis levantan bloqueo carretero en Sonora", 8 de diciembre de 2015.

El Imparcial Periodico, 27 de mayo de 2010.

_____. 3 de junio de 2010.

_____. 10 de agosto de 2010.

_____. 21 de agosto de 2010.

_____. 22 de agosto de 2010.

_____. 13 de septiembre de 2010.

Expreso, 4 de febrero de 2010.

_____. 6 de mayo de 2010.

_____. 26 de agosto de 2010.

Gutiérrez Ruelas, Ulises, "Yaquis cumplen dos semanas de bloqueos carreteros en Sonora", *La Jornada*, 13 de junio de 2013.

_____. "Liberan a Fernando Jiménez, líder Yaqui opositor al Acueducto Independencia", *La Jornada*, 29 de agosto de 2015.

La disputa del derecho.indb 525 28/11/18 10:52

Larios Gaxiola, Felipe, "Arrestan en Sonora a otro líder de la Tribu yaqui", *Milenio*, 23 de septiembre de 2014.
López Bárcenas, Francisco, "El secuestro de Mario Luna Romero", *La Jornada"*, 24 de septiembre de 2015.
Sin embargo, "Inicia operaciones acueducto 'Independencia' en Sonora", abril 4 de 2013.
Tribuna del Yaqui, 8 de mayo de 2010.

Sentencias

Aclaración de sentencia en el amparo en revisión 631/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Resolución dictada el 7 de agosto de 2013.
Amparo en Revisión 631/2012, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Sentencia dictada el 8 de mayo de 2013.
Juicio de Amparo 461/2011, radicado en el Juez Cuarto de Distrito del Centro Auxiliar de la Quinta Región, con residencia en Sinaloa.

La disputa del derecho.indb 526 28/11/18 10:52

Dos tesis sobre la encriptación del derecho a la ciudad en Brasil[1]

Marinella Machado Araujo*

El centro nervioso de las discusiones que envuelven el poder en un mundo globalizado, específicamente si se está pensando y actuando desde lugares típicamente subalternos y periféricos, que desde el fin de la postguerra fría algunos denominan "Sur global", es acerca de las formas de resistencia al ejercicio del poder, la emancipación política, la definición del sujeto político y las formas de agencia de dicho sujeto.
Gabriel Méndez y Ricardo Sanín

[1] Ese texto es resultado de las ideas presentadas en el Seminario Internacional el Derecho de la Globalización Hegemónica frente a la Defensa de Derechos de los Pueblos y Grupos Sociales realizado en agosto de 2015 en la Universidad Nacional Autónoma de México. Resulta también de las investigaciones promovidas en el ámbito del Proyecto Constitucionalismo Latinoamericano, Pluralismo y Nuevos Sistemas de Justicia desarrollado por el Núcleo Jurídico de Políticas Públicas en el ámbito del Proyecto de Internacionalización del Programa de Posgrado en Derecho de la PUC Minas, aprobado por la Fundación de Amparo a Pesquisa del Estado de Minas Gerais y financiado con recursos de la fundación pública Coordenação de Aperfeicionamento de Pessoal de Nivel Superior.
* Coordinadora Núcleo Jurídico de Políticas Públicas-NUJUP, Profesora Adjunta IV Programa de Posgrado en Derecho-PPGD, Pontificia Universidad Católica de Minas Gerais.

La disputa del derecho.indb 527 28/11/18 10:52

Introducción

Resulta curioso pensar que desde que el filósofo francés Henri Lefebvre utilizó en 1968 por la primera vez la expresión "derecho a la ciudad" en su libro *Le Droit de la Ville*, (en un tiempo en que la mayoría de las personas vivían en el campo y vivir en la ciudad apenas empezaba a configurarse como una cuestión de derecho), muchos años pasaran sin que dicho derecho se tornase efectivo para la gran mayoría de sus habitantes. En otras palabras, el derecho a la ciudad ha subsistido como un *derecho con fuerza normativa simbólica*, o bien como un simple apéndice de derechos considerados efectivos. ¿Pero, por qué? ¿A quién favorece la fuerza
normativa simbólica del derecho a la ciudad?

Quizás sea la ciudad la cartografía más efectiva para entender las profundas transformaciones que acarrean los procesos de globalización. Durante todos estos años las relaciones sociales, políticas, jurídicas y económicas en los espacios urbanos se tornaron mucho más complejas y cada vez menos dependientes del poder político soberano de los estados de derecho en su sentido liberal. Exactamente por eso, más recientemente el geógrafo David Harvey propone la actualización del significado del derecho a la ciudad para atribuirle un acervo netamente global, una vez que es el capital financiero trasnacional, y no el Estado, el que controla y guía los procesos de urbanización (Harvey 2008).

Parece ser evidente que los ámbitos de soberanías nacionales, que antes dictaminaban desde un centro duro de planificación jerárquica la suerte de las ciudades, han cedido su lugar al mercado como un planificador caótico de organización política. En ese sentido, la cualificación clásica de la ciudad como el núcleo mismo de la organización política pierde todo sentido original, pero en el mismo acto adquiere una nueva e inusitada relevancia. En este contexto de complejidades políticas y culturales, Andy Merrifield (2011) elabora un campo de preguntas pertinentes para la comprensión de lo que resulta necesario aclarar.

¿Derecho a cuál ciudad? ¿Si el poder se ha globalizado, sigue teniendo sentido hablar del derecho a la ciudad, como si se tratara de algo monocéntrico y perfectamente delimitado? ¿Se obtiene alguna ganancia política definiendo a la ciudadanía con ayuda de lo "urbano" cuando es la territorialidad de lo urbano la que ha devenido amorfa y global? Merrifield,

La disputa del derecho.indb 528 28/11/18 10:52

apoyándose en Lefebvre, pregunta en qué medida "el derecho a la ciudad implica en un nuevo y revolucionario significado de la ciudadanía, a merced de la cual el habitante de la ciudad y el ciudadano pudieran reencontrarse" (Merrifield 2011, 96).

Recordemos que en su acepción clásica la pertenencia a la ciudad era sinónimo del primer y fundamental derecho, el de participar en toda decisión política. Sin embargo, desde sus enunciaciones clásicas, la ciudadanía como requisito para el ejercicio del derecho estaba comprimido y reservado a una delgada franja de la élite social. En ese sentido, la ciudad siempre ha sido el lugar primordial de segregación social y de exclusión política, de estratificaciones y divisiones. Por consiguiente, como lo prueba Étienne Balibar, la universalización de los derechos nunca ha sido coextensiva con la universalización de los derechos a la ciudad (Balibar 2014). Es decir, que las declaraciones de derechos universales permanecen en una esfera netamente teórica y abstracta que no ha logrado penetrar su más primigenia construcción geopolítica: la ciudad. El ciudadano como núcleo esencial de la composición de lo político sigue siendo un término reservado para unos pocos cuantos.

En esa medida, no importa si los procesos de urbanización son jerárquica y rigurosamente planificados o si el crecimiento urbano obedece a leyes invisibles del mercado que le otorgan un viso anárquico y patrocinador de injusticias sociales. La realidad de la ciudadanía como derecho político permanece imperturbable, la ciudad continúa siendo el lugar ideal de exclusión jurídica. En este sentido, el derecho a la ciudad excede con creces la cuestión de la simple pertenencia y el derecho a habitar un determinado espacio. Por eso, definir el derecho a la ciudad como el derecho a tener derechos puede representar un inicio promisorio, mas no representa el fin del proceso de superación de esa ciudad identificada con el umbral mismo de lo político.

Por otro lado, la planificación urbana participativa como el instrumento básico de ordenación del suelo, que torna posible el cumplimiento de las funciones sociales de la ciudad y de la propiedad, siegue siendo la única alternativa urbanística y jurídica real para la superación de las distorsiones que la propia legislación impone. Paradójicamente, ahí reside la encriptación del derecho a la ciudad. Pues, pese a ser necesaria para ordenar el uso del suelo urbano, es esa misma legislación la que es utilizada para desplazar

La disputa del derecho.indb 529 28/11/18 10:52

personas, familias, vidas. Por eso, neutralizar los efectos colaterales de la legislación que constituye el derecho a la ciudad, –en nombre de sus propias funciones sociales que se convierte en el blindaje para garantizar la violación de los propios derechos humanos que fundamenta–, se convierte, en mi parecer, en un medio estratégico para la promoción de la revolución urbana preconizada por Lefebvre.

Para el jurista brasileño Edésio Fernandes, en su interpretación del significado de derecho a la ciudad acuñado por Lefebvre, dicho derecho consistiría básicamente en dos derechos: el derecho a la vivienda y el derecho a la participación. El primero se traduciría en el derecho de todos los habitantes de la ciudad a usufructuar plenamente de la vida urbana con todos sus servicios y ventajas. El segundo es el derecho de hacer parte directamente de la administración de las ciudades. Para Fernandes, la importancia de Lefebvre radica en que construye teóricamente el derecho a la ciudad como una densa fuerza moderadora de la masiva fuerza del mercado (Fernandes 2007, 9).

En este sentido, el pleno reconocimiento del derecho a la ciudad significa el reconocimiento pleno del *valor de uso* de todas las expresiones de la ciudad en oposición directa al exagerado énfasis del mercado al *valor de intercambio* típicas de la producción capitalista del espacio urbano. Mientras el valor de uso enfatiza que toda producción de bienes, significados y afectos culturales solo son posibles a partir de una generación en común, el valor de intercambio supone la inflexibilidad de la ganancia y la renta de particulares y por lo tanto presupone que la ciudad, como núcleo de producción de significados, está de hecho inmersa en el mercado como cualquier tipo de mercancía. Lo que resulta evidente de estas consideraciones es que la ciudad se convierte en el lugar específico de la encriptación del acceso a lo político en términos desarrollados por Ricardo Sanín- Restrepo en su más reciente obra (Sanín-Restrepo 2016).

No se puede olvidar que la ciudad, de acuerdo con la descripción poética del sociólogo urbano Robert Park, es la más bien sucedida tentativa humana de reconstrucción afectiva del mundo en que vivimos y en la cual, exactamente por ello, estamos condenados a vivir. Así, al construir la ciudad, el hombre se reconstruye a sí mismo (Park 1967, 3). Como nos recuerda Harvey, "la cuestión de qué tipo de ciudad queremos no puede estar divorciada de la que plantea qué tipo de lazos sociales, de relaciones

La disputa del derecho.indb 530 28/11/18 10:52

con la naturaleza, de estilos de vida, de tecnologías y de valores estéticos deseamos" (Harvey 2008, 23). Para Harvey el derecho a la ciudad es mucho más que la libertad individual de acceder a los recursos urbanos. Se trata más de un derecho común, puesto que para remodelar los procesos de urbanización es necesario una manifestación de poder colectivo.

Es uno de nuestros derechos humanos más preciosos, el derecho de cambiarnos a nosotros mismos a partir de la ciudad (Harvey 2008, 23).

En ese sentido, la ciudad es el lugar arquetípico de lo político, donde todas las energías sociales y culturales disidentes deben convivir. Por eso, las relaciones entre ciudadanía y política y entre derecho y ciudad son fundamentales, pues ellas no solo denotan un vínculo instrumental, sino el vínculo del principio de lo comunicable como estrato político. En la medida en que la ciudad es el nicho básico de lo político, es la ley la que debe aportar los elementos de comunicación entre ciudadanía y política. En términos platónicos, las ciudades son lo que son porque los ciudadanos son lo que son. Las ciudades son la combinación entre conflicto e institucionalidad, y la ley su vínculo regulador. Precisamente cuando la ley es incapaz de hacer ese aporte, cesa plenamente la función del derecho como instrumento de organización de la vida en común y gana vida su dimensión simbólica. Prolifera la encriptación del poder político.

En *La Constitución Encriptada: nuevas formas de emancipación del poder global*, Méndez y Sanín afirman que en los estados de derecho contemporáneos hay una permanente despolitización de los conflictos sociales como forma de encriptación del poder político. Lo anterior resulta en un nuevo tipo de soberanía, que denominan porosa. Explican que las transformaciones radicales progresivamente sufridas por el poder político típico de soberanías *westfalianas*, en general, producen la elaboración de nuevas políticas de seguridad para garantizar la defensa de intereses de corporaciones multinacionales que favorecen la dependencia de cualquier forma de vida al mercado global. Como ejemplo de prototipos de esas políticas, citan la aprobación de leyes por órganos legislativos considerados formalmente "democráticos", pero que permiten la extracción de riquezas biológicas de un país por parte de farmacéuticos o empresas multinacionales que controlan el mercado global de alimentos o de medicamentos (Méndez-Hincapié y Sanín-Restrepo 2012, 98-100).

La disputa del derecho.indb 531 28/11/18 10:52

Pienso que la respuesta a todas estas cuestiones solo es posible a partir de una reflexión dialéctica. Dialéctica en el sentido propuesto por Harvey en Espacios de Esperanza, o sea:

> capaz de abordar de modo directo y abierto la dinámica espacio-temporal, siendo capaz de representar los múltiples procesos materiales en intersección que nos aprisionan tan firmemente en un elaborado tejido de la vida socio-ecológica contemporánea. Implica, por consiguiente, en la disposición, mismo que sea en el mundo del pensamiento, de transcender o reverter las formas socio-ecológicas impuestas por la acumulación descontrolada del capital, por los privilegios de clase e por las amplias desigualdades de poder político- económico (Harvey 2004, 262).

Este texto es una tentativa por contribuir a ese proceso de reflexión dialéctica y paulatinamente *desencriptar* los reales "intereses públicos" que se esconden por detrás del discurso jurídico-legal y político-administrativo de la garantía del derecho a la ciudad y a la vivienda como la manifestación más expresiva de la actual política de desarrollo urbano brasileña. En esa medida presenta dos tesis preliminares que parten de las siguientes cuestiones: ¿en qué medida se puede hablar de una fuerza simbólica del derecho a la ciudad cuando las políticas urbanas o de viviendas son reguladas por leyes que obligan a la gestión urbana democrática? ¿Cuáles intereses públicos primarios, –como clasificó el jurista italiano Renato Alessi–, comprendidos como el conjunto de intereses individuales preponderantes en una determinada organización jurídica de la colectividad, que no se confunden con los intereses patrimoniales del Estado, a los cuales denomina secundarios, están *encriptados*, en el sentido utilizado por Méndez y Sanín, bajo el discurso de la democratización de la gestión urbana? ¿En qué medida el derecho a la ciudad se encuentra encriptado por interpretaciones y discursos legales progresistas que condicionan políticas públicas a intereses económicos globales, subyugando colectividades, desplazando poblaciones, restructurando ciudades, pretensamente en nombre de un desarrollo sostenible que solo reconoce su dimensión social bajo la óptica liberal de ampliación del acceso al mercado?

La disputa del derecho.indb 532 28/11/18 10:52

Sobre la Primera Tesis: la fuerza normativa simbólica de la gestión urbana democrática y la planificación participativa como forma de encriptación del interés económico global

La Primera Tesis: para que el derecho a la ciudad sea un derecho efectivo se requiere que la gestión urbana sea democrática. La anterior afirmación es una consecuencia lógica del hecho que la ciudad es el espacio territorial común de ejercicio legítimo del político, donde todos los intereses se encuentran. Sin embargo, la gestión urbana democrática y la planificación participativa en las ciudades brasileñas se han transformado en instrumentos de política urbana con fuerza normativa netamente simbólica y de legitimación del simulacro de las garantías de las funciones-claves de la ciudad.

Es decir que la planificación urbana no es democrática porque existe una exclusión constitutiva de quienes pueden participar en su construcción como contenido netamente político. En este sentido, la planificación no es propuesta por el municipio y ejecutada por la Administración Pública para producir transformaciones cualitativas en la vida urbana. Todo lo contrario, la planificación urbana está diseñada para simplemente aplacar el clamor social de movimientos en defensa de la reforma urbana por una distribución más justa del suelo y postergar así la solución de conflictos sobre el acceso a la tierra urbanizada. Todo ello sin las más elementales condiciones institucionales, administrativo-financieras para su implementación por parte de los órganos y personas que componen la estructura administrativa de los municipios brasileños.

El jurista brasileño Marcelo Neves afirma en *A Constitucionalização Simbólica* que una ley es simbólica cuando es normativamente ineficaz. Es decir, cuando no concretiza regularmente la relación hipotético-abstracta entre la norma primaria y la norma secundaria. Advierte, que la naturaleza simbólica de la ley no proviene de su ausencia de efectividad, o sea, de la no realización del vínculo instrumental medio-fin que resulta abstractamente del texto legal (programa finalístico). Según el autor, si la norma es eficaz, quiere decir, que se concretiza el texto legal en el plano normativo (en otras palabras, es regularmente observada, aplicada, ejecutada o usada), si bien no se realizan sus fines (*inefectiva*). En este preciso sentido no cabe hablar de legislación simbólica. Además, esclarece que la eficacia es, según los sociólogos del derecho, un concepto gradual, que se dosifica, no por una

La disputa del derecho.indb 533 28/11/18 10:52

cuota de eficacia mensurable (cuota de observancia y ejecución), sino por la ausencia de vigencia social de la norma.

Según Neves, no hay un contenido mínimo de efectos (cuota de eficacia) para medir la eficacia jurídica de una ley. Ello porque la regulación de la conducta y la aseguración de sus expectativas son consideradas funciones sistémicas del derecho. La eficacia jurídica se refiere a la regulación de la conducta en sí, mientras que la vigencia social se refiere a la producción de las expectativas sociales. Dado lo anterior, la vigencia del derecho es un problema que se ubica en el plano de la vivencia, mientras que la cuestión de la eficacia emerge en el plano de la acción. Así, a pesar de que la eficacia pueda ser mensurable, la vigencia no puede ser dosificada a partir de un cálculo de *vinculatoriedad* basado en la cuota de eficacia. Así, un grado alto de ineficacia puede significar falta de vigencia social. La legislación asume una *fuerza simbólica* cuando carece de normatividad debido a su incapacidad para orientar o asegurar genéricamente las expectativas normativas, es decir, cuando su vigencia social se ve limitada o distorsionada.

Para Marcelo Neves (2007, 33-42) existen tres tipos de legislación simbólica. Aquellas elaboradas bien sea para: 1) confirmar valores sociales en conflicto; 2) reforzar la confianza en el Estado o en los gobiernos (legislación-*álibi*) o 3) postergar la solución de conflictos sociales (legislación como forma de compromiso dilatorio). Cabe recordar que tradicionalmente se distingue entre dos formas de eficacia. Primero, cuando hablamos de eficacia en su sentido jurídico-dogmático nos referimos a la aplicabilidad, exigibilidad, y "ejecutoriedad" de la norma (es decir, nos proponemos establecer si la norma ha obtenido las condiciones *intrasistémicas* para producir sus efectos jurídicos). Segundo, hablamos de la eficacia en sentido sociológico, empírico, real, tal como es acogida por la Teoría Pura del Derecho, *kelseniana.* En esta corriente la eficacia responde a la pregunta acerca de si la norma primaria realmente fue observada, y consecuentemente aplicada, ejecutada, o usada (norma secundaria). En últimas, lo que se trata de determinar es si la conducta de los destinatarios está en conformidad con la norma (Neves 2007, 43).

Neves (2007, 46-47) asocia la *inefectividad* de la ley a la ausencia de eficacia social. Como hemos establecido, la eficacia de la ley, comprendida como su observancia, ejecución, aplicación y uso, puede ser entendida como concretización del texto legal. Por lo tanto, en este sentido el signi-

La disputa del derecho.indb 534 28/11/18 10:52

ficado de eficacia es más amplio que el sentido propuesto por Friedrich Müller, quien lo restringe a la solución de un caso concreto. Es en este punto donde me distancio de Neves. Sostengo que, en un Estado Democrático de Derecho, plural y participativo, como el instituido en Brasil por la Constitución federal de 1988, la ausencia de efectividad, entendida como concretización de los fines de la norma jurídica, también es una causa que permite atribuirle fuerza simbólica a una legislación. Por ello sostengo que la simple producción de efectos jurídicos, sin el reconocimiento de la importancia de su debida vinculación a la concretización de los fines que justifican la existencia de la propia ley, no es suficiente para confirmar su fuerza normativa. Lo dicho es incluso más evidente si las instituciones y el sistema jurídico de ese Estado de Derecho, que se autodefine plural y participativo, están en verdad comprometidos con la solución del problema del *déficit* de efectividad de la ley.

Cuando Müller explica la concepción pos-positivista de la teoría del derecho defendida a mediados de los años sesenta –en oposición a la visión silogística de aplicación de la ley–, establece que la norma jurídica no estaría contenida en el código legal que contendría apenas el texto de la norma, es decir, su forma preliminar. Así, Müller desarrolla su argumento esclareciendo que la "actividad *concretizante*" no significa tornar más concreta una norma jurídica genérica que ya estaría contenida en el código legal. Significa construir una norma jurídica en cada caso individual a ser decidido. A partir de una óptica y reflexión realistas, donde los elementos del trabajo textual se tornan crecientemente "más concretos" de una fase a la otra (Müller 2005, 129).

Es en este aspecto que me distancio de Neves para afirmar que la ausencia de cumplimento del fin de la norma, sin importar que esta última haya producido efectos, es suficiente para remover su fuerza normativa y tornarla simbólica. La norma se torna simbólica si la finalidad de la norma jurídica no se concretiza después de años de su vigencia. Me explico. Entiendo que la fuerza normativa vinculante de la ley solo se torna efectiva cuando los fines que justifican su propia elaboración son concretizados por el operador del derecho. En ese sentido, solo se puede hablar de concretización de los fines cuando el *status* político, social o económico de los sujetos de derechos destinatarios de la ley es alterado en una forma en que se construye una nueva situación jurídica. Esta nueva situación jurídica

La disputa del derecho.indb 535 28/11/18 10:52

supone bien una nueva subjetividad o el reconocimiento de un *status* de ciudadanía que no existía anteriormente. Para ejemplificar, analicemos como la aplicación de los artículos 39, y 43 al 45 de la Ley n. 10.257, del 10 de julio de 2001, denominada Estatuto de la Ciudad, los cuales regulan la gestión democrática de ciudades, es una legislación inefectiva pues es meramente simbólica. Para que dicha legislación fuese efectiva sería preciso reconocer la participación de todos los segmentos sociales y no apenas la de determinados grupos económicos representativos del mercado como fuerzas capaces de interferir concretamente en la gestión del interés público tutelado por la Administración al ordenar el uso del suelo urbano. No obstante, en el escenario urbano actual, el interés público está cada vez más identificado con intereses económicos bajo el manto indeleble del desarrollo sostenible. De acuerdo con este último, la función social de la propiedad solo se sustenta bajo la condición de no comprometer el *emprendedurismo* y de permitir la ampliación del acceso al consumo.

Aún sobre la Primera Tesis: como el estado de derecho brasileño blinda el derecho a la ciudad para todos y produce un simulacro de planificación y gestión urbana democrática

Una de las características más relevantes del modelo de gestión democrática es la participación popular. No obstante, en las palabras de Méndez y Sanín aun cuando el pueblo es el fundamento ontológico de legitimidad de la modernidad occidental, el Estado y el derecho solo pueden funcionar bajo la condición de reducir al pueblo a la impotencia absoluta y ocultarlo. Ello hace del pueblo un lugar paradójico, pues está excluido de la modernidad, pero a la vez es la condición esencial de su existencia. Comprender esto es el primer requisito para romper el ciclo de la negación democrática y el lugar donde inicia su emancipación.

En Brasil la democratización de las políticas públicas ocurre con la publicación de la Constitución de 1988, ampliamente reconocida por su pluralismo político, siendo este uno de los fundamentos democráticos del Estado de derecho brasileño positivados en el artículo 1º, inciso V, del texto constitucional. Específicamente en materia de gestión de ciudades, el tema es tratado por la primera vez en el ámbito nacional con el Estatuto de la

La disputa del derecho.indb 536 28/11/18 10:52

Ciudad. Al destinar un capítulo específico a la gestión democrática de la ciudad (artículos 43 al 45) y considerarla una de las directrices generales de la política urbana, cuyo objetivo sería ordenar el pleno desarrollo de las funciones sociales de la ciudad y de la propiedad urbana (artículo 2o), el Estatuto inaugura un nuevo capítulo en la historia de la política urbana en Brasil. Al hacerlo, introduce un nuevo modelo de planificación urbana en el ámbito nacional: participativo instrumentalizado y *territorializado*.[2]

En términos generales, según el Estatuto de la Ciudad, inciso II, artículo 2º, la gestión democrática es realizada por medio de la "participación de la población y de asociaciones representativas de los varios segmentos de la comunidad en la formulación, ejecución y acompañamiento de planes, programas y proyectos de desarrollo urbano". De manera más específica, la participación es concretada mediante la utilización de los siguientes instrumentos: órganos colegiados de política urbana, en los niveles nacional, estatal y municipal; debates, audiencias y consultas públicas; conferencias sobre asuntos de interés urbano, en los niveles nacional, estatal y municipal; iniciativa popular sobre proyectos de ley y de planes, programas y proyectos de desarrollo urbano (artículo 43).

El Estatuto de la Ciudad, al regular los artículos 182 y 183 del capítulo sobre la política urbana de la Constitución de 1988, introduce la gestión democrática de la ciudad en la agenda política de la Administración Pública brasileña, tornándola en el presupuesto de validad para la elaboración de todas las políticas derivadas del ejercicio de *funciones-claves* de la ciudad (vivienda, recreación, trabajo y circulación). Cabe recordar que la expresión funciones-claves de la ciudad se refiere a las funciones consideradas estratégicas para la planificación urbana según la teoría funcionalista de Le Corbusier. Dicha teoría fue acogida en la denominada Carta de Atenas, resultado del Cuarto Congreso Internacional de Arquitectura Moderna -CIAM, realizado en 1933 sobre el tema de La Ciudad Funcional (IPHAN 1933).

[2] Sobre las dimensiones territorial, instrumental y participativa de la política urbana introducidas por el Estatuto de la Ciudad, véase: *Política de Desenvolvimento Urbano no Estatuto da Cidade: em que realmente avançamos com o modelo de planejamento regulado pela Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001* (ARAUJO 2008).

La disputa del derecho.indb 537 28/11/18 10:52

La Carta vincula efectivamente el CIAM a la planificación de ciudades funcionales rígidas, en las cuales los ciudadanos habitarían amplios bloques de apartamentos separados por cinturones verdes que delimitarían las zonas de la ciudad. Se trata de una teoría obsoleta, precisamente porque su concepto de planificación urbana no reconoce el habitante de la ciudad como el elemento dinámico de la ordenación del espacio urbano. Sin embargo, las funciones-claves de la ciudad descritas en la Carta de Atenas representan una referencia teórica para la identificación del significado jurídico de las funciones sociales de la ciudad a las que se refiere el *encabezado* del artículo 182 de la Constitución de 1988.

No obstante, después de más de diez años de su vigencia y tomando como punto de partida la realidad jurídico-administrativa y financiera en la cual la planificación y la gestión de ciudades son elaboradas y ejecutadas, se observa que los planes directores de los municipios brasileños carecen de participación efectiva y de fuerza normativa vinculante. Ejemplos de la ausencia de participación efectiva son descritos en los resultados presentados en la investigación sobre la efectividad de los planes elaborados después la publicación del Estatuto de la Ciudad que fue realizada por la Red Nacional de Evaluación y Capacitación para Implementación de los Planes Directores Participativos.[3] Uno de los principales problemas identificados en el relatorio de investigación se refiere al incumplimiento de la Resolución n. 34, del 01 de julio de 2005, del Consejo Nacional de las Ciudades – ConCidades. Dicha Resolución versa sobre la elaboración participativa de planes directores y se refiere a la necesidad de demarcación en el territorio del municipio de las áreas y sus destinaciones sobre las cuales inciden las reglas

[3] La Red Nacional de Evaluación y Capacitación para Implementación de Planes Directores Participativos es un proyecto del Ministerio de las Ciudades brasileño creado en 2007 y desarrollado en el ámbito de actuación de la Secretaria Nacional de Programas Urbanos. En 2010 la Red realizó la evaluación cualitativa de planes directores en todo Brasil, en conjunto con la Universidad Federal del Río de Janeiro, por intermedio del Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano e Regional, que movilizó la sociedad e investigadores de todo o país. Ello posibilitó la construcción de un cuadro de la planificación urbana en Brasil. Ejecutada de forma descentralizada, en ámbito estatal y municipal, el equipo de investigadores contó con la participación de consejeros del ConCidades, consejeros estatales, miembros de organizaciones sociales actuantes y académicos (Santos Júnior y Montandon 2011, 19-21).

La disputa del derecho.indb 538 28/11/18 10:52

de uso y ocupación del suelo sobre aplicación de las funciones sociales de la ciudad y de la propiedad urbana.

Santos Júnior y Montandon hablan al respecto de la aplicación del inciso V del artículo 3º de la Resolución n. 34 de 2005 en los planes investigados. Observan que a pesar de que la legislación determina que los planes directores establezcan la configuración espacial de las directrices y de los instrumentos de regulación del uso y ocupación del suelo y de las inversiones públicas, pocos fueron los planes investigados que lo lograron. Observan que, en diversos casos, se evidencia el abismo entre los propósitos del plan frente a la realidad del territorio municipal, así como la fragilidad de las estrategias de desarrollo urbano pretendidas por los planes directores investigados (Santos Júnior y Montandon 2011, 36).

La investigación constata una generalizada inadecuación de la reglamentación de los instrumentos de política urbana en los planes directores investigados en cuanto a su auto-aplicación o efectividad. Específicamente, en lo que se refiere a los instrumentos de estimulación programada del desarrollo urbano. Ejemplos de ello son las Zonas Especiales de Interés Social - ZEIS, reguladas por la Ley n. 11.977, del 07 de julio de 2009 y sus modificaciones, que crea el Programa Mi Casa Mi Vida - MCMV y establece reglas para la regularización fundiaria de asentamientos ubicados en áreas urbanas.

A pesar de que dichos instrumentos están presentes en el 81% de los planes directores avaluados en la investigación, la mayoría no respetan los requisitos establecidos por el artículo 5º, incisos III a VI da Resolución n. 34/2005 para su concreción. Por ejemplo, dichos instrumentos no demarcan las áreas sujetas a inundaciones y deslizamientos de tierra o las áreas que presentan riesgo a la vida y a la salud. Tampoco definen los asentamientos irregulares ocupados por poblaciones de baja renta para la implementación de políticas de regularización fundiaria. Además, no definen normas especiales de uso, ocupación y edificación adecuadas a la regularización fundiaria, a la titulación de asentamientos informales de baja renta y a la producción de vivienda de interés social. De igual manera, tampoco define los instrumentos de regularización fundiaria, de producción de viviendas de interés social y de participación de las comunidades en la gestión de las áreas descritas (Santos Júnior y Montandon 2011, 34-35).

La disputa del derecho.indb 539 28/11/18 10:52

Dicho escenario es agravado por la ausencia de reconocimiento por parte de la doctrina jurídica, de que la planificación es la actividad, al lado de las actividades de organización y control, que legítimamente condiciona la efectividad de la función administrativa. Con ello la doctrina produce el blindaje necesario para la manifestación de la fuerza simbólica de los derechos a la ciudad y a la vivienda y el encubrimiento del real interés público tutelado por la Administración Pública, el económico. Lo anterior, en la medida que reduce el control de la eficiencia de la Administración Pública a la simple dosificación de la aplicación de manera puntual y atomizada del trinomio tiempo-costo-beneficio. Por lo tanto, la planificación debe ser objeto del derecho, en particular del derecho administrativo. En este contexto, la planificación no es presupuesto de eficiencia administrativa.[4] Una vez que esta última resulta de decisiones discrecionales del agente público, gestor o agente administrativo, que en teoría se destinan a producir resultados prácticos de productividad y economicidad en nombre del pueblo y para el bien común, careciendo de cualquier vinculación concreta con la planificación, sea esta última participativa o no.

Según la jurisprudencia brasileña dominante, no hay dudas de que la ausencia de participación popular es causa de invalidación, por vicio formal, del plan director, que es una ley municipal considerada el instrumento básico de la política urbana, tal como fue definido por el artículo 182, parágrafo 1º, de la Constitución de 1988 y por el artículo 40 del Estatuto de la Ciudad. Esta interpretación quedó registrada en 2012 en el juzgamiento del Recurso Extraordinario-RE 718.326/SP. En este recurso, el Supremo Tribunal Federal (STF) decidió que para modificar un plan director es necesario la realización de audiencias públicas para la discusión de su contenido con la población local, la cual no puede ser suplida por la aprobación del consejo municipal de política urbana.

Vale recordar que, según la investigación denominada "Perfil dos Municipios Brasileiros" de 2012, en Brasil, los consejos municipales, entre los cuales se incluyen los consejos municipales de políticas urbanas, surgen en

[4] Sobre la posición de la doctrina administrativista brasileña sobre los posibles significados de principio de la eficiencia y la naturaleza discrecional de la decisión que lo aplica, véanse los Cursos de Derecho Administrativo de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Marçal Justen Filho, José dos Santos Carvalho Filho, Juarez de Freitas y Fernanda Marinela, entre otros.

La disputa del derecho.indb 540 28/11/18 10:52

los años ochenta, básicamente en virtud de presiones de la Administración Pública estatal y municipal por obtener una mayor participación política, así como mayor descentralización administrativa. Sin embargo, es solo con el advenimiento de la Constitución de 1988, que el ambiente institucional está abonado para su desarrollo institucional. Es durante este período que cuestiones como la participación política y la democratización de la gestión pública emerge en el escenario nacional y confieren el impulso necesario para la elaboración de políticas públicas. En ese contexto, los consejos son considerados como canales de interlocución entre la sociedad civil organizada y el poder público nacional (IBGE 2013).

Otro ejemplo de gestión democrática de la ciudad está previsto en el propio Estatuto de la Ciudad y se refiere a la gestión presupuestaria participativa. Incluida en el literal (alinea f) del inciso III del artículo 4º entre los instrumentos de política urbana en general a los que se refiere la planificación municipal. Al lado del plan director (alinea a), la gestión presupuestaria participativa constituye otro instrumento estratégico de gestión de la ciudad. Por eso, establece el artículo 44 que la realización de debates, audiencias y consultas públicas sobre las propuestas del plan plurianual, de la ley de directrices presupuestarias y del presupuesto anual, se constituye en una condición obligatoria para su aprobación por parte del legislativo municipal.

No obstante, ¿en qué medida pueden ser consideradas simbólicas las decisiones discutidas en audiencias públicas, en conferencias de las ciudades, en consejos de desarrollo urbano o metropolitano para la elaboración de planes directores o de leyes presupuestarias? Es de conocimiento público que en promedio solo 5% del presupuesto público de los municipios brasileños es deliberado de forma participativa. El propio presupuesto público presenta el carácter de mera autorización, de acuerdo con la Ley n. 4.320 del 17 de marzo de 1964.

Ahora bien, los planes directores, según decisión reciente del STF en el RE 607.940/DF[5] (a la cual se le atribuye una repercusión general), a pesar

[5] El RE n. 607.940/DF fue interpuesto contra decisión del Tribunal de Justicia del Distrito Federal y de los Territorios-TJDFT que, en Acción Directa de Inconstitucionalidad, había juzgado constitucional la Ley Complementaria distrital n. 710, del 06 de septiembre de 2005, que incorporaba las directrices establecidas en el Plan Director del Ordenamiento

La disputa del derecho.indb 541 28/11/18 10:52

de vincular la política de desarrollo urbano, no impiden la producción de leyes especiales sobre loteamientos que alteren los parámetros urbanísticos previstos en ellos mismos. Consecuentemente, los municipios obligados a elaborar planes directores pueden legislar sobre nuevos parámetros urbanísticos en programas y proyectos específicos de ordenamiento del espacio urbano, desde que sean compatibles con las directrices fijadas en el plan. Así, lo que parece ser una decisión lógica, según el principio de flexibilización de la planificación urbana que determina su necesidad de acompañar la dinámica de las ciudades, en realidad, lo que hace es encriptar quién tiene realmente el poder de decidir sobre la planeación y la ordenación del suelo urbano en Brasil. Me explico. Según el debido proceso legal brasileño, el STF no analiza cuestiones de comprobación fáctica, según las Súmulas (*stare decisis*) n. 7 e 279. Así, en esta instancia superior no es posible la evaluación de la adecuación a la que se refiere el RE 607.940 / DF, siendo transferida la competencia para los tribunales de justicia. Ocurre que el Tribunal de Justicia del Distrito Federal y Territorios tampoco la analizó debido al tipo de acción propuesta por el MPDFT (una acción directa de inconstitucionalidad), que tampoco permite un análisis fáctico de la materia.

La verdad es que en más de diez años de vigencia del Estatuto de la Ciudad las demandas de los movimientos sociales fueron absorbidos paulatinamente por procesos burocráticos de gestión urbana institucionalmente desarticulados y territorialmente fragmentados. La mayor parte de los planes directores elaborados después de la vigencia del Estatuto se limitaron a transcribir instrumentos de política urbana sin la debida reglamentación o instrumentalización como muestra la investigación realizada por el Ministerio de las Ciudades en ámbito de la Red Nacional de Evaluación y Capacitación para Implementación de Planes Directores Participativos. En ese escenario, los instrumentos de política urbana previstos en el Estatuto que presentan algún nivel de concretización son aquellos apropiados por el

Territorial del Distrito Federal instituido por la Ley Complementaria distrital núm. 17, del 28 de enero de 1997. Aquella establecía condiciones para Proyectos Urbanísticos con Directrices Especiales para Unidades Autónomas. Para el Ministerio Público del Distrito Federal y Territorio - MPDFT, todavía, la Ley distrital n. 710/2005 violaría el artículo 182, parágrafos 1º e 2º, que definen el plan director participativo, obligatorio para ciudades con más de 20 000 habitantes, como instrumento básico de política de desarrollo y de expansión urbana.

La disputa del derecho.indb 542 28/11/18 10:52

mercado. Es el caso de la operación urbana consorciada y de la transferencia del derecho a construir.

La baja capacidad administrativa siegue siendo la realidad para la mayoría de los municipios brasileños. Este fenómeno se refleja en la gestión democrática de las ciudades. Entre las dificultades resaltadas por Santos Júnior, Silva y Sant'Ana para la implantación de los planes directores se destacan: una estructura administrativa inadecuada para el ejercicio de la planificación urbana en lo que se refiere a los recursos técnicos, humanos, tecnológicos y materiales; la baja difusión de los consejos de participación y el control social direccionado hacía la construcción e implantación de la política de desarrollo urbano (Santos Júnior y Montandon 2011,15).

De esta forma, a pesar de haber sido elaborados, los planes directores aún permanecen *inefectivos*, así como la mayoría de sus instrumentos. Esto es lo que concluye el relatorio de la investigación del Ministerio de la Justicia (2015) brasileño en el ámbito del Proyecto Pensando el Derecho sobre la regulación y aplicación de los instrumentos de política urbana, parcelación, edificación o utilización compulsoria e impuesto predial y territorial urbano progresivo en el tiempo, previstos en la Constitución de 1988 y en el Estatuto de la Ciudad.

Por ejemplo, el relatorio reconoce que una nueva generación de planes directores fue producida para atender a las exigencias establecidas por el Estatuto de la Ciudad. En la medida en que esos planes incorporan los instrumentos inductores del cumplimento de la función social da la propiedad urbana, un nuevo orden jurídico-urbanístico surge y con él una oportunidad de cambio de la trayectoria urbana marcada por el patrimonialismo, la segregación socio espacial y la degradación ambiental. No obstante, la aplicación de los principios e instrumentos previstos en el Estatuto no depende solo de su incorporación en planes directores, sino también de las correlaciones de fuerzas en el ámbito municipal. Así, lo que ocurre es básicamente la transferencia para el nivel municipal de la disputa política en torno de la reglamentación de los instrumentos, pudiendo dicha aplicación ser o no efectiva dependiendo de los rumbos que ella misma tome. En síntesis, a pesar del aumento significativo del número de planes en el país, en la gran mayoría de los casos, los instrumentos previstos no consiguen hacer efectiva la función social de la propiedad urbana (Ministério da Justiça 2015, 102).

La disputa del derecho.indb 543 28/11/18 10:52

Es necesario enfatizar que no se trata de negar los avances formales sobre la gestión democrática de las ciudades brasileñas que fueran introducidos por el Estatuto de la Ciudad. Más bien se trata de reflexionar sobre la necesidad de entender por qué los instrumentos de gestión democrática introducidos por el Estatuto no cumplen su función de democratizar materialmente las decisiones políticas que significan el derecho a la ciudad o el derecho a la vivienda a los que se refieren los artículos 182 y 6º de la Constitución de 1988.[6] En otras palabras, se trata de comprender la dinámica que forman los diversos obstáculos que impiden que la garantía constitucional del derecho a la ciudad se concretice para todos, para poder así, superarlos.

Entre los obstáculos a la participación en la planificación y gestión, inclusive de las ciudades, está el acceso a la información, pues incluso después de la publicación de la Ley n. 12.527, del 18 de noviembre de 2011, éste aún permanece un desafío primordial. En la medida en que es dependiente de la manifestación discrecional de la Administración Pública, el acceso a la información es muchas veces dificultado bajo el argumento de la indisponibilidad de la información, aun cuando dicho derecho está amparado en el artículo 11: "el órgano o entidad público deberá autorizar o conceder el acceso inmediato a la información disponible" (Brasil 2011). Ello confiere a la transparencia de la Administración Pública un cierto carácter simbólico en el preciso sentido que yo sustento. La información es uno de los principales presupuestos para la efectividad del control efectivo de actos de la Administración Pública o de políticas públicas y una de las expresiones fundamentales del derecho a la ciudad.

Queda claro que no se trata de negar, como he sostenido anteriormente, la existencia de instrumentos de control social o de participación en la gestión de las ciudades, inclusive bajo el punto de vista de la gestión fiscal. Eso no sería posible, una vez que la legislación sobre políticas públicas en Brasil se basa actualmente en el modelo del Sistema Único de Salud para la formulación o ejecución da política de salud. Quiero decir, casi toda política pública en Brasil, proveniente de competencias comunes de las unidades federativas, se estructura a partir de un sistema de planificación y gestión, integrado y participativo, cuyas directrices, por ejemplo, como

[6] El derecho a la vivienda fue incluido en el artículo 6º por la Enmienda Constitucional n. 26, del 14 febrero de 2000.

La disputa del derecho.indb 544 28/11/18 10:52

en el caso del Estatuto de la Ciudad (y más recientemente del Estatuto de la Metrópoli, Ley n. 13.089, del 12 de enero de 2015), son establecidas nacionalmente por leyes federales. Es este el caso en asuntos concernientes a la salud, la educación, el medio ambiente, la cultura y la movilidad urbana, entre otros.

Sobre la Segunda Tesis: como la legislación simbólica sobre el derecho a la ciudad y derecho a la vivienda encripta el real interés público primario tutelado por el Estado de derecho brasileño: el interés económico global

La Segunda Tesis: la Carta Mundial del Derecho a la Ciudad, considerada un modo de situar el derecho a la ciudad en el sistema internacional de los derechos humanos, crea el ambiente necesario para la encriptación del interés económico del capital transnacional en la medida en que incluye el compromiso social del sector privado entre los principios del derecho a la vivienda. Así, establece el Principio 7 sobre el compromiso social del sector privado, que "las ciudades deben promover que los agentes económicos del sector privado participen en programas sociales y emprendimientos económicos con la finalidad de desarrollar la solidaridad y la plena igualdad entre los habitantes" (ONU-Habitat 2004).

La Carta Mundial del Derecho a la Vivienda (2004), resultado del Foro Social de las Américas - Quito 2004 y del Foro Mundial Urbano - Barcelona - Quito 2004, toma como base empírica los datos de ONU-Habitat (2004). Según estos datos en 2050, 65% de la población vivirá en las ciudades y estas son, potencialmente, territorios con gran riqueza y diversidad económica, ambiental, política y cultural. Así mismo, afirma que el modo de vida urbano influye sobre el modo en que establecemos vínculos con nuestros semejantes y con el territorio. Uno de los principios destacados que guían el derecho a la ciudad es la justicia social tendiente a conseguir que todos los habitantes de las urbes accedan a unas condiciones de vida dignas. No obstante, entre los compromisos que los Gobiernos nacionales y locales asumen estratégicamente al ratificar la Carta Mundial del Derecho a la Ciudad (2004), está el de elaborar y promover marcos institucionales que consagren el derecho a la ciudad y el de formular, con carácter de urgencia,

La disputa del derecho.indb 545 28/11/18 10:52

planes de acción para un modelo de desarrollo sustentable aplicado a las ciudades.

El significado del derecho a la ciudad ha sido debatido en muchos encuentros internacionales vinculados a las Naciones Unidas desde la divulgación de la Carta Mundial del Derecho a la Ciudad de 2004. En general, todos ellos basados en las ideas de Lefebvre, para quién el derecho a la ciudad también se traduce en el derecho de que todos sus habitantes participen del uso y producción del espacio urbano. En ese sentido, ha sido considerado un vehículo de transformación urbana con potencial para el empoderamiento e inclusión social, en la medida en que crea espacios para que dichos habitantes definan sus necesidades como sujetos constituyentes de sus propios derechos fundamentales. Un derecho fundado en los valores intrínsecos de los derechos humanos que se concreta por medio de la gestión urbana participativa, que para ser efectiva depende, entre otros, del acceso a la información, uno de los derechos que presuponen la transparencia administrativa.

No obstante, pese a que dichos debates son importantes y actuales, los acuerdos políticos y documentos jurídicos (resoluciones, cartas internacionales) que de ellos se originan y que direccionan las políticas públicas nacionales no han sido actualizados como ha sido propuesto por Harvey (2008). En el mundo contemporáneo, los procesos de producción del espacio urbano son determinados por el capital global que solo reconoce como interés público su propio interés económico.

Un claro ejemplo de ello es lo que está pasando en Brasil con el derecho a la ciudad y el derecho a la vivienda con ocasión de los mega eventos de la Copa del Mundo de 2014 y las Olimpiadas de 2016. Para denunciar las violaciones recurrentes de las funciones de derechos ocurridas en las ciudades en los cuales dichos eventos se realizan, en 2014, la Articulación Nacional de los Comités Populares de la Copa (Ancop) publicó un dossier sobre el lado obscuro de los mega eventos de la Copa y de las Olimpiadas en Brasil. En síntesis, el dossier denuncia la violación o amenaza de violación del derecho a la vivienda de cerca de 170 000 personas, según los estimativos más conservadores. El cercenamiento del derecho a la información y a la participación en sus procesos decisorios por parte de las autoridades constituidas, así como por entidades privadas, tales como el Comité Olímpico Internacional, Comité Olímpico Brasileiro, comités organizadores locales

La disputa del derecho.indb 546 28/11/18 10:52

de los eventos y por grandes corporaciones, a las cuales los gobiernos delegaran responsabilidades públicas. A todo lo anterior se puede sumar además el irrespeto sistemático de la legislación y de los derechos ambientales y al trabajo (Ancop 2014, 6).

El crecimiento de las ciudades brasileñas y la debilidad de las políticas de vivienda en todo el siglo XX resultaron en un *déficit* de 5 millones de viviendas y más de 15 millones de viviendas inadecuadas.[7] Lo anterior contrasta con la euforia provocada por la legislación brasileña garantizadora del derecho a la ciudad y a la vivienda, especialmente aquella publicada a inicios de los años 2000, y que es utilizada por organismos internacionales como el Banco Mundial, *Cities Alliance*, Naciones Unidas, Banco Internacional de Desarrollo Económico para inspirar las políticas urbanas de vivienda en toda la América Latina. La plena ordenación de las funciones de la ciudad y la garantía del bienestar de sus habitantes como el objetivo de la política de desarrollo urbano son reconocidas en el artículo 182 de la Constitución desde 1988. La vivienda está incluida entre los derechos sociales previstos en el artículo 6º de la Constitución de 1988. El Estatuto de la Ciudad acaricia el sueño del derecho a la ciudad justa y parece señalar una nueva fase en la lucha por la garantía del derecho a la vivienda en la América Latina, donde el acceso a la tierra urbanizada es presentado como la principal directriz de la planificación urbana.

Así, por ejemplo, en la integración de las políticas públicas por medio de sistemas de gestión participativa de acciones articuladas entre el Estado y la sociedad civil, aun cuando hacen parte de la legislación brasileña, en particular en lo atinente a política urbana y de viviendas, en ellas no se reflexiona efectivamente sobre la garantía del derecho a la vivienda. El financiamiento de la vivienda por parte del Estado y el estímulo a la producción de vivienda para la construcción de viviendas de interés social ubicadas en áreas urbanas o rurales y la regularización predial de áreas urbanas propuesta por

[7] La inadecuación de las viviendas se debe a la falta de infraestructura, a la insuficiencia de la tierra, a la densificación excesiva y a los domicilios sin baños o con cobertura insuficiente, según las estimaciones oficiales desde el año 2008. Dossiê da Articulação Nacional dos Comitês Populares da COPA: Megaeventos e Violações de Direitos Humanos no Brasil 2014, 13.

La disputa del derecho.indb 547 28/11/18 10:52

la Ley 11.977, de 2009 y modificaciones, constituye un ejemplo relevante de lo que venimos argumentando.

En un estudio realizado en 2013 por el Instituto de Pesquisa Económica Aplicada (IPEA) sobre el Programa Mi Casa Mi Vida (MCMV), se constata que él no respeta las directrices de la política habitacional establecidas por el Plan Nacional de Habitación sobre la necesidad del suficiente conocimiento de las realidades particulares en un país de proporciones continentales con profundas desigualdades regionales, sociales y económicas y una enorme diversidad cultural. Por el contrario, el MCMV se compara a una empresa fordista en la producción en gran escala que racionaliza todo el sistema de producción habitacional basado en la contratación de empresas de construcción civil por parte de bancos públicos (Krause, Baldim y Lima Neto 2013, 46-47).

Conclusión

Después de más de diez años de vigencia del Estatuto de la Ciudad, y pasado el período de euforia en cuanto a las verdaderas posibilidades de transformación de la realidad urbanística de las ciudades brasileñas, sobre todo en lo que se refiere al acceso a la tierra y al derecho a la vivienda podemos sacar algunas conclusiones. Lo que se observa es una paulatina despolitización de los movimientos sociales y la incapacidad resultante de los municipios de gestionar sus agendas urbanas. Como afirma Santos Júnior (2015) la cuestión democrática aún es objeto de discusión y permanece siendo central a toda agenda pública. Los gobiernos municipales, a pesar de ser entes significativos para la gestión del territorio de las ciudades, aún tienen poca capacidad de conferir efectividad a una planificación pactada con la sociedad.

Para la construcción de una agenda de implementación del Estatuto de la Ciudad y de establecimiento de nuevos paradigmas para la planificación participativa, Santos Júnior y Montandon señalan algunos desafíos. Entre ellos, la necesidad de estructurar un sistema nacional de gestión democrática de las ciudades, logrando que la liberación de recursos para el desarrollo urbano sea sometida a procesos de planificación urbana y al control social. Sustentan que la superación de dichos desafíos es necesaria para que esa agenda sea capaz de legitimar un proceso de planificación que dialogue con

La disputa del derecho.indb 548 28/11/18 10:52

los problemas urbanos, que envuelva todos los segmentos sociales y que sea resultado de un pacto social por el desarrollo urbano apto para suplir las carencias urbanas (Santos Júnior y Montandon 2011, 54-55).

Por fin y en términos generales, para que la gestión democrática de las ciudades tenga fuerza normativa vinculante hay que *desencriptar* los intereses públicos que de facto determinan las decisiones del gestor o administrador público. Hay que reforzar la capacidad institucional de las unidades federativas brasileñas, sobre todo, las municipales. Es menester integrar concretamente los órganos de la Administración que ejecutan políticas públicas. En esa medida, hay que atribuirle fuerza normativa a la planificación. Así mismo, se requiere reconocer la planificación como presupuesto para la eficiencia administrativa, sea bien como modo de actuación del agente público, o bien como modo de organizar, estructurar y/o disciplinar la Administración Pública.

Para comprender el poder que el capital global tiene de modular a su favor las ganancias políticas y sociales derivadas de la gestión urbana participativa, y como los espacios no urbanos, por ejemplo, los considerados rurales se conectan con la planificación urbana, es necesario considerar algunas premisas. La primera de ellas es que la planificación urbana debe considerar todo el territorio del municipio y no solo el suelo urbano, conectando desarrollo rural al desarrollo urbano en un concepto universal de sostenibilidad que no solo reconozca la dimensión social del desarrollo a partir de la ampliación del acceso al consumo.

La segunda es que la globalización modificó la geo-política mundial por medido de paradigmas universales de desarrollo urbano soportados en las condiciones indignas de vida y de pobreza del denominado "Sur Global". En general, la urbanización es considerada una fuerza positiva de transformación, mientras que la segregación urbana es una disfunción sistémica.

Es aquí donde resulta fundamental comenzar a hablar de insurgencias creativas y espacios de *ilegalismos.* Las insurgencias creativas tienen como objetivo neutralizar la fuerza política de las instituciones por medio de la resignificación y utilización del derecho y del conocimiento jurídico a favor de la concretización de derechos garantizados por la ley, pero negados por la administración pública.

Con la creación de espacios de *ilegalismos* (en sentido *foucaultiano* amplio) se puede lograr, por ejemplo, movimientos sociales capaces de

La disputa del derecho.indb 549 28/11/18 10:52

ocupaciones de tierras y espacios públicos de forma verdaderamente común. Así mismo, se puede obtener la transposición de espacios públicos privatizados cuando su preservación significa la apropiación de benes públicos de hecho.

En últimas, para alcanzar una auténtica sinergia del derecho a la ciudad, se debe arrancar por el reconocimiento de la fuerza normativa vinculante de la planeación administrativa y las formas de su manifestación en la ejecución de políticas públicas.

Bibliografía

Alessi, Renato. 1970. *Instituciones de Derecho Administrativo*, tomo I. Barcelona: Bosch.

Ancop Articulação Nacional dos Comitês Populares da Copa. 2014. "Dossiê da Articulação Nacional dos Comitês Populares da Copa - Megaeventos e Violações de Direitos Humanos no Brasil". <http://www.apublica.org/wp- content/uploads/2012/01/DossieViolacoesCopa.pdf>.

Araújo Machado, Marinella. 2008. "Política de Desenvolvimento Urbano no Estatuto da Cidade: em que realmente avançamos com o modelo de planejamento regulado pela Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001?". En Costa, Geraldo Magela y Mendonça, Jupira Gomes de (eds.), *Planejamento Urbano no Brasil: trajetória, avanços e perspectivas*, Parte 2 - Avanços e limites, Belo Horizonte: C/Arte, pp.169-181.

Balibar, Etienne. 2014. *Equaliberty: political essays.* Durham: Duke University Press.

Brasil. *Constitución de la República Federativa del Brasil* (1988). *Diário Oficial de la Unión*, Brasilia, 05 octubre 1988.

_____. Ley n. 10.257, de 10 de julio de 2001. *Diario Oficial da União*, Brasilia, 11 julio 2001 rectificado en 17 julio 2001.

_____. Ley n. 12.527, de 18 de noviembre de 2011. *Diário Oficial da União*, Brasilia, 18 noviembre 2011.

_____. Ley n. 13.089, 12 de janeiro de 2015. *Diário Oficial da União*, Brasilia, 13 enero 2015.

La disputa del derecho.indb 550 28/11/18 10:52

Conselho Nacional das Cidades. *Resolución Recomendada n. 34 de 01 de julio de 2005 alterada pela Resolución Recomendada n. 164 de 26 de marzo de 2014*. <http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosCidades/ArquivosPDF/Resoluc oes/resolucao-34-2005_alterada.pdf>.

Fernandes, Edésio. 2007. "Constructing 'The Right to the City' in Brazil". *Social Legal Studies*, junio, vol. 16, n. 2, 201-219.

Harvey, David. 2008. "El Derecho a la Ciudad". *New Left Review*, núm. 53, septiembre-octubre, 23-39.

ibge Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. 2012. *Perfil dos Municípios Brasileiros 2012*. <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv64638.pdf >.

iphan Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. 1933. *Carta de Atenas.* <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Carta%20de%20Atenas%201933.pdf>.

Krause, Cleandro, Balbim Renato y Lima Neto, Vicente Correia. 2013. "Minha Casa Minha Vida, Nosso Crescimento: onde fica a política habitacional?". *Texto para discussão / Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)*. Brasília: Río de Janeiro: IPEA, v. 1853, agosto.

Lefebvre, Henri. 1968. *Le Droit à la Ville.* París: Éd. Anthropos, Collection Société et Urbanisme.

Méndez-Hincapié, Gabriel y Sanín-Restrepo, Ricardo. 2012. "La Constitución Encriptada: nuevas formas de emancipación del poder global". *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales,* San Luis Potosí (México), año 4, núm. 8, julio-diciembre, 97-120.

Merrifield, Andy. 2011. "Política de Multitudes: O «ahí llega todo el mundo»" *New Left Review*, núm. 71, sept.-oct., 103-114.

Ministério da Justiça. Secretaría de Asuntos Legislativos. 2015. *Parcelamento, edificação ou utilização compulsórios e IPTU progressivo no tempo: regulação e aplicação.* Série Pensando o Direito. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaría de Asuntos Legislativos (SAL): IPEA, vol. 56. <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/11/PoD_56_web1.pdf>. Müller, Friedrich. 2005. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional.* 3ª ed. revisada y ampliada. Río de Janeiro: Renovar.

La disputa del derecho.indb 551 28/11/18 10:52

Neves, Marcelo. 2007. *A Constitucionalização Simbólica.* São Paulo: WMF Martins Fontes, Coleção Justiça e Direito.

onu-Habitat. 2004. *Carta por el Derecho a la Ciudad.* <http://www.onuhabitat.org/index.php?option=com_docman&task=doc_details&gid=50&Itemid=3>.

Park, Robert E. 1967. *On Social Control and Collective Behavior:* Selected Papers. Chicago: The Heritage of Sociology.

Sanín-Restrepo, Ricardo. 2013. "Las cinco tesis desde el pueblo oculto". En Alterio, Ana Micaela y Ortega, Roberto Niembro (eds.). *Constitucionalismo Popular en Latinoamerica*, Primera Parte, 95-125. México DF: Editorial Porrúa / Escuela Libre de Derecho.

_____. 2016. *Decolonizing Democracy: Power in a Solid State*. Londres. Rowman and Littlefield.

Santos Júnior, Orlando Alves dos. 2014. "Urban common space, heterotopia and the right to the city: Reflections on the ideas of Henri Lefebvre and David Harvey". *Urbe Revista Brasileira de Gestão Urbana (Brazilian Journal of Urban Management)*, v. 6, n. 2, may/ago, 146-157.

_____. 2015. *Democracia e governo local: dilemas da reforma municipal no Brasil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Letra Capital.

Santos Júnior, Orlando Alves dos y Montandon, Daniel Todtmann (eds.). 2011. *Os planos diretores municipais pós-estatuto da cidade: balanço crítico e perspectivas*. Río de Janeiro: Letra Capital, Observatório das Cidades, IPPUR/UFRJ.

La disputa del derecho.indb 552 28/11/18 10:52

Pluralidad jurídica y potencialidades emancipatorias. Apuntes metodológicos para su examen a partir del caso de la Policía Comunitaria de Guerrero

E. Liliana López López*

Nota introductoria

Las lecturas críticas sobre el derecho han mostrado muchos aspectos que las visiones predominantes del mismo habían ignorado. Contribuyeron a desacralizarlo, a sofisticar su estudio, a mostrar que estaba influido en su elaboración y en su tránsito judicial, por los prejuicios e intereses de los operadores jurídicos, legisladores, jueces, mucho más de lo que ellos estaban dispuestos a
reconocer. Denunciaron la incerteza que priva en el mismo, con todo y la existencia del arsenal de reglas escritas, y mucha tinta mediante, han mostrado cómo ha sido un instrumento fundamental para apuntalar y justificar

* Doctora en Ciencias Políticas y Sociales, orientación sociología, por la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM y maestra en derecho por la Facultad de Derecho de la misma universidad. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, Nivel 1. Actualmente es Jefa del Departamento de Apoyo a la Docencia, Educación Continua y Diplomados del CEIICH-UNAM. Coordinadora del Grupo de Trabajo "Anticapitalismos y Sociabilidades Emergentes" de CLACSO. matrioska.liliana@gmail.com.

La disputa del derecho.indb 553 28/11/18 10:52

los intereses de los grupos dominantes, para perpetuar privilegios (Kennedy, 1999; Grossi 2003; Cárcova 2008).

Frente a esa marea crítica, que ha mostrado las muchas aristas en las que derecho y opresión se reforzaban perversamente, se han construido abordajes que ponen el foco en cómo ha sido usado el derecho y las estrategias jurídicas, para apuntalar las demandas populares, las reivindicaciones sociales, o para apoyar la construcción de alternativas y de transformación social. La perspectiva del pluralismo jurídico (Wolkmer 2001) ha sido muy útil para desarrollar ambas lecturas, pero los abordajes que buscan dar cuenta del segundo aspecto –ese que Wolkmer denominaría pluralismo jurídico emancipatorio (2006)–, son todavía minoritarios y demandan elaboraciones conceptuales más refinadas, sobre todo cuando se trata de aproximaciones investigativas empíricas. Es aquí donde se localiza la contribución de mi trabajo. He conformado este capítulo con el doble propósito de: 1) refutar tanto la perspectiva que extirpa del estudio del derecho los contenidos políticos, como la que reproduce una concepción chata y restrictiva del mismo, que ha conducido a la desestimación teórica del derecho como un factor o instrumento potente para los procesos emancipatorios de cualquier índole. 2) Presentar una vía de cómo esto podría registrarse y darle seguimiento desde las ciencias sociales, a través de las categorías de participación popular y de maximización de derechos. Construí las mediaciones conceptuales propuestas, justamente para aproximarme al estudio de un caso de pluralidad jurídica, en el sur de México; me refiero al Sistema Comunitario de Seguridad Justicia y Reeducación de la Costa Chica y Montaña de Guerrero (SCSJR), conocido como la Policía Comunitaria, una organización comunitaria surgida hace veintitrés años, en octubre de 1995, que aglutina a comunidades indígenas y mestizas de más de trece municipios en la región de la costa montaña de dicho estado, y que constituye un sistema jurídico no estatal, es decir, un caso de pluralidad jurídica, pues no sólo se encarga de realizar labores de seguridad comunitaria sino que también administra justicia.

Para lograr los objetivos mencionados, la trayectoria de mi exposición es la siguiente: en la primera parte trazo en líneas generales el significado que podría tener actualmente la noción de emancipación. Enseguida, presento el concepto de *potencialidad emancipatoria* a través del cual busco comprender la emancipación como proceso que mantiene gradaciones y

La disputa del derecho.indb 554 28/11/18 10:52

contradicciones y que se expresa en las prácticas sociales, concretamente las jurídicas. Concluyo introduciendo y defendiendo los ejes de la participación popular y del respeto a la dignidad y la diferencia como ejes que permiten dimensionarse y observables que ayudan a identificar oportunamente una potencialidad emancipatoria como algo-que-está-siendo.

Emancipación y derecho: ¿como el agua y el aceite?

Tras la caída del muro de Berlín, y la contracción creciente del remanente del bloque socialista, los horizontes de transformación social quedaron bastante desprestigiados. Luego de la emergencia de los movimientos en América Latina, el ezelenita en 1994 en México, la constituyente del 91 en Colombia, y la posterior oleada de gobiernos progresistas en la región en Venezuela (1999), Bolivia (2008), Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay, negaron el cacareado "fin de la historia". En estos procesos, fue muy interesante que, junto a la fuerte movilización social y popular –exceptuando el caso colombiano en este aspecto–, los procesos tuvieron como común denominador que buscaron tener una consolidación legal, además de la que habían ganado en el terreno social y político. Las constituciones, en lo general, y los derechos humanos en lo particular, parecen haber sustituido el locus que otrora tenían las revoluciones y la emancipación social; con el añadido de que resulta políticamente incorrecto, estar en contra de ellos: su invocación tiene un efecto legitimador en sí. Por eso, entre otras cosas, su titularidad, su significación y sus límites, son hoy objeto de disputa.

Si la emancipación como concepto político, y también analítico, se devaluó, y la noción de derechos –en plural– se revaloró, incluso hasta el punto del fetiche, la teoría (social y jurídica y en general, los estudios sobre lo legal) quedó en deuda respecto de herramientas necesarias para estudiar, y para comprender, si va ocurriendo esa transformación en clave jurídica, y cómo va teniendo lugar. Este vacío fue justamente con el que me encontré al iniciar la pesquisa empírica sobre un sistema jurídico expresión de la pluralidad jurídico, esto es, con un derecho que no era derecho estatal, como era el caso del SCSJR.

Mi interrogante era sobre la medida en que las prácticas jurídicas contribuyen a la emancipación. Lo primero que tuve que hacer fue flexibilizar

La disputa del derecho.indb 555 28/11/18 10:52

el concepto mismo de emancipación, pues vista así, bajo formas abstractas o totales, inviabilizaba su observación tangible, pues ella permanecía en el terreno de lo no dado, en el futuro y siempre como aspiración. Esa visión, es una visión que proporciona una imagen plana de la realidad que descuida la presencia de las contradicciones que la constituyen y por eso mismo, aporta poco a la comprensión de lo que ocurre actualmente en rincones sociales que construyen alternativas, que con su práctica desafían las opresiones que ellos experimentan.

El derecho por lo regular fue desechado como un instrumento que podía tributar a la emancipación humana, tanto por la tradición liberal como por el grueso de la tradición crítica (en cualquiera de sus variantes). Incluso, en algunos casos, ésta lo presentó más bien como su contrario. ¿Acaso el derecho y la emancipación deben mantener la distancia que hasta ahora la teoría social y también la jurídica le han impuesto? ¿Será cierto que el derecho puede hacer poco o nada para contribuir a la emancipación humana? Y si lo hace ¿cómo lo hace? Más aún, si existe ¿cómo descubrimos esa contribución? Veamos.

Las teorías de ascendencia liberal estaban impedidas para reconocer tanto la carga opresiva del derecho, como para vincular a él la emancipación, principalmente porque en su estudio hicieron de la neutralidad axiológica y política, ejes aspiracionales centrales. Dentro de la corriente liberal, tan pronto como el liberalismo se convirtió en la narrativa social y científica exitosa, la expansión de sus promesas (de inclusión, de justicia, de igualdad) se detuvo y muy pronto, comenzó a contraerse. El contenido emancipador que tuvo el derecho en los inicios del liberalismo quedó neutralizado cuando las amplias perspectivas emancipatorias extendidas en otros órdenes cedieron el paso a los conceptos sobre los cuales se asentaría el posterior estado de cosas, circunscribiéndose a los tópicos y significados determinados por el *nuevo orden*.

Sus otrora principales virtudes, fueron paulatinamente resignificadas en una restrictiva clave liberal dentro del estudio del derecho: consideración del individuo en su forma abstracta, desconectado de sus condicionamientos sociales; privilegio del individuo y omisión de la subjetividad colectiva; universalidad, pero construida desde el norte-occidental-europeo; igualdad, pero entendida al margen de las asimetrías materiales (Barcellona 1992, 48); reconocimiento de derechos en paridad formal, pero jerarquizados en la práctica.

La disputa del derecho.indb 556 28/11/18 10:52

A medida que la versión liberal se hizo sentido común dentro de la "ciencia del derecho", se expropió a su estudio el sentido práctico que tuviera en otro tiempo, así como su carga política. Esto fue así, pese a que las más caras demandas que había cristalizado en forma de derechos habían sido en el origen precisamente demandas políticas, pues entonces no estaban asentadas como tales en documento jurídico alguno. La ciencia del derecho basó sus credenciales de cientificidad estudiando al derecho como un quehacer descriptivo (no práctico), aséptico y neutral (no político), y al mismo tiempo, contribuyó a consolidar la identificación del derecho con el derecho estatal. Estos gestos en conjunto representaron la oportunidad de controlar las luchas y la oposición sociales, por partida doble: primero, dirigiéndolas por los cauces de una normatividad jurídica, y luego haciendo que la única normatividad válida apelable fuera exclusivamente la expedida por el Estado.

Así, en el campo del derecho se eliminaron paulatinamente las opciones de emancipación, pues a éste se le desproveyó casi totalmente de recursos útiles para proyectar siquiera la lucha frente a un orden institucional que se tornara opresivo o que contraviniera las opciones de emancipación conquistadas. En esos términos, la asepsia científica se convirtió en una exigencia a la medida porque expropiaba al análisis del derecho la carga política que le era (antes como hoy) inherente, pero que en la ruta de consolidación del nuevo régimen ya no era deseable. El estudio del derecho, una vez "neutral" y despolitizado, pudo convertirse en "ciencia del derecho" y los análisis por ella producidos pudieron encuadrar en su versión normativista formalista (aún criterio dominante en la aproximación jurídica de teóricos y operadores jurídicos), positivista, neopositivista, garantista. En cualquiera de estas opciones teóricas, la despolitización del estudio del derecho fue una constante. Sólo así es entendible que el derecho fuera visto –en su producción y en el proceso de adjudicación (administración de justicia)– como un ejercicio "autónomo" cuyas decisiones eran dictadas al margen de sus implicaciones políticas.

Ahora bien, el derecho como toda realidad social, presenta contradicciones (Wolkmer 2001; Sierra y Chenaut 2002). Pero los análisis sobre el derecho formulados por la teoría crítica en las ciencias sociales se decantaron por la expresión "obscura" (la que lo enfatizaba como componente reproductor de la opresión). En ella, el pensamiento marxiano, al igual que la línea marxista ortodoxa y la mayor parte de la heterodoxa, profundizaron

La disputa del derecho.indb 557 28/11/18 10:52

escasamente en el estudio del derecho.[1] Y cuando se refirieron a él, fue para denunciar su actuación como garante de los intereses de los estratos dominantes, como mecanismo estatal monopolizador del control y la violencia y como obstáculo al cambio social.

Para la tradición marxista mayoritaria, las posibilidades liberadoras no fueron siquiera buscadas en el orden jurídico, porque el derecho implicaba la institucionalización de la dominación, de ese orden que había terminado por imperar, por erradicar casi totalmente del imaginario social y del imaginario de los estudios científicos, el cuestionamiento abierto a la modalidad que había adquirido el proyecto moderno: el capitalismo. Precisamente, uno de los resultados más desfavorables en que derivó la visión marxista ortodoxa, fue la expresión del determinismo económico que consideró al resto de los fenómenos –políticos, culturales, jurídicos, artísticos– como epifenómenos que seguían la suerte del principal: el económico. Se les expropió, por tanto, de vida y dinámica propias con la consecuente incapacidad de pensarlos de forma autónoma. Así, una expresión cultural o política nacida en el seno capitalista mantenía de forma homogénea y totalizadora el carácter opresor del capitalismo, de modo que resultaba estéril buscar en ella opciones que permitieran superar dicha cualidad. Así comprendido, se anuló cualquier contribución del derecho como parte del proceso emancipador.

Los estudios jurídicos críticos por su lado llegaron a conclusiones no muy distintas, pero con la ventaja analítica de que apuntalaron las reflexiones de otras matrices disciplinares con elementos de la dogmática jurídica y de la teoría del derecho. Desde muy variadas perspectivas han contribuido a sofisticar la propia concepción del mismo, así como su estudio. Integrantes del arco multicolor ius-crítico destacan el realismo norteamericano[2] junto a

[1] Dentro del estudio de estos rubros constituyen excepciones a la ortodoxia manualista marxista, el caso de Nicos Poulantzas (1969), Umberto Cerroni, Ljubomir Tadić (1969), Pëtr Ivanovic Stučka, Evgeny Pashukanis y Oscar Correas, quienes sí formularon análisis sobre el derecho.

[2] Oliver Wendel Holmes, Karl Llewelyn y Jerome Frank son figuras destacadas en esta corriente. El realismo en general acepta que los conflictos sociales y políticos de intereses opuestos entre grupos y personas se extienden al escenario jurídico en cuyo asunto decide el juez; el derecho lejos de ser ajeno o independiente a la dinámica social reproduce en su interior las tensiones de ésta.

La disputa del derecho.indb 558 28/11/18 10:52

los *Critical Legal Studies* (CLS).[3] Una de sus más importantes contribuciones consistió en remarcar el contenido político existente tanto en los textos jurídicos como en la actuación de los jueces.

Los CLS, centrando su atención en el modo de operar de los jueces en el proceso de la adjudicación y en cómo construían sus decisiones, demostraron que sus fallos estaban intervenidos por su ideología e intereses,[4] así como por sus improntas políticas y culturales; en ese sentido mostraron que los intereses políticos integran en importante medida a la judicialización. Los estudios jurídicos críticos formulados desde América Latina hicieron aportes principalmente en esta misma línea (Wolkmer s/f).

Estas perspectivas cumplieron su papel al desnudar los artificios del paradigma jurídico moderno y al refutar la pretendida neutralidad de la ciencia jurídica, exhibiendo la indeterminación del derecho y de la doctrina jurídica,[5] así como la evidente falta de neutralidad del juez en muchos casos. Así, probaron que el funcionamiento de muchos de los mecanismos empleados al interior del derecho tenía efectos dominantes y opresivos. Pero una vez cumplido su cometido, tales interpretaciones reparaban poco en las contradicciones existentes incluso dentro del derecho estatal,

[3] Un antecedente importante de los CLS fue el movimiento conocido como *Law and Society*, heredero a su vez, del realismo jurídico. Este movimiento vinculó los métodos de investigación de las ciencias sociales, concretamente los de la sociología, al estudio del derecho (precisamente B. de Sousa Santos, formó parte de esta corriente durante su formación de posgrado en la Universidad de Yale). Duncan Kennedy ha sido quizás el más conocido de los exponentes de los *Critical Legal Studies*; su *Libertad y Restricción en la decisión judicial* (Kennedy 1999) se ha vuelto una lectura clásica en el tema. Los aportes de los CLS, si bien contribuyeron contundentemente a impugnar la pretendida neutralidad del derecho y de su estudio, en esa medida, no proveyeron de un andamiaje conceptual que permitiera elaborar una lectura posibilista sobre el derecho y su práctica.

[4] "Los argumentos no deductivos, utilizados a diario en la práctica del derecho, son para Kenned y, el "caballo de Troya" mediante el cual la ideología se introduce en la médula del discurso jurídico [...] A través de los argumentos no deductivos, se invierte el modelo silogístico de la adjudicación: el juez primero avizora el resultado que desea, y luego busca las normas jurídicas que le sirven para justificarlo" (Rodríguez 1999, 76-77).

[5] Dentro de los estudios críticos del derecho se habló del término inglés de *trashing* (traducido como "demolición", aunque también puede referirse a "tirar a la basura") que buscaba destruir las categorías la tradición liberal (empleada por jueces, abogados y estudiosos del derecho) exhibiendo primero su indeterminación y su incoherencia, y después, las opciones políticas a las que favorecía.

La disputa del derecho.indb 559 28/11/18 10:52

y no servían (por supuesto, porque su objetivo no era ése) para desvelar la otra cara del derecho; ésta, aunque más débil, también lo constituía y era aquélla que podía contribuir a la emancipación. Algunas versiones de la crítica jurídica sí se interesaron por ese costado del derecho, aunque por eso mismo han sido marginales incluso dentro de la marginalidad teórica, me refiero al positivismo de combate, a la teoría del uso alternativo del derecho y al pluralismo jurídico.[6]

Es cierto que las evidencias en torno al papel que el derecho (estatal) había jugado como depositario de los intereses dominantes y como reproductor del sistema social que se sostenía en ellos, lo hacían (y lo siguen haciendo) justificadamente acreedor de dicha exclusión. Pero no es menos cierto que esa exclusión fue posible también gracias a que el grueso de los estudios sobre el derecho –desde la perspectiva de la "ciencia jurídica", como desde las perspectivas de otros dominios disciplinares, críticos y no críticos, incluida la sociología– se configuraron en torno a la identificación del derecho con el derecho estatal. La caracterización del derecho únicamente como derecho estatal, justificó el monopolio de la producción jurídica por parte del Estado. De modo que, al reservar el nombre de derecho como un fenómeno de atribución exclusivamente estatal, se expropió a otros sistemas normativos la posibilidad de ser calificados y reconocidos como jurídicos.[7]

Desde luego, uno de los efectos de esa contracción del fenómeno jurídico (Santos 2001) fue la desatención de muchos sistemas normativos que

[6] Por su parte, Boaventura de Sousa Santos, Antonio Carlos Wolkmer, David Sánchez Rubio, Balakrishnan Ragajopal, Antonio Salamanca, Alejandro Rosillo Martínez, Alejandro Medici y Jesús Antonio de la Torre Rangel son algunos de los exponentes que han abonado en la dirección de reflexionar sobre el lado no opresivo del derecho (tanto el estatal, como el no estatal), aunque casi siempre –en algunos casos, salvo Santos y Rajagopal– sin referentes que faciliten la investigación empírica sobre el punto.

[7] Es difícil saber si fue un efecto de influencia entre las ciencias, concretamente entre la sociología y la ciencia del derecho, o si además de esto, las condiciones sociomateriales propiciaron que ambas consolidaran la idea de que el derecho era sólo derecho del Estado. No resulta extraño que esto haya ocurrido en la ciencia jurídica, pues era parte de las delimitaciones de objeto (inocentes o no) que ésta hubo de hacer para estabilizar su estatuto científico. Pero si sorprende que la sociología continúe aún sin cuestionar demasiado el binomio derecho-Estado convertido en sentido común desde la concepción que Weber diera del derecho a principios del siglo pasado.

La disputa del derecho.indb 560 28/11/18 10:52

eran efectivamente jurídicos y que eventualmente podían albergar figuras o prácticas que se distanciaban virtuosamente del derecho estatal. Y que, en esa medida, podían ejemplificar formas no opresivas o contra-opresivas desarrolladas por otros derechos no estatales. En esta línea el pluralismo jurídico es la vertiente teórica que sí ha proporcionado algunas claves esclarecedoras.

Mi posición al analizar el SCSJR se contrapone a ambas visiones, tanto a la visión jurídica liberal que intencionalmente expulsó el contenido político en el derecho, como a aquellas corrientes críticas dentro y fuera del derecho que en su estudio lo hicieron sinónimo de opresión, y tributa en favor de la posición marginal que pretende atender las contradicciones dentro del fenómeno jurídico que albergan posibilidades socialmente transformadoras. Las dos visiones antes mencionadas han contribuido a perpetuar la concepción *opresiva* del derecho, propiciando que ésta sea todavía la más extendida, incluso en aquellos sectores que buscan la transformación social.[8]

Indagar sobre los posibles aportes del derecho a los procesos de emancipación, precisa entonces de una triple ruptura: respecto de las perspectivas mencionadas, tanto la visión liberal despolitizadora, como respecto de la visión crítica pero estrecha. Y la tercera ruptura es respecto de una deficiencia que ambas comparten –una deliberadamente y la otra por omisión o ceguera– y que forma parte de la concepción jurídica moderna que hoy muestra cada vez más su agotamiento: la reducción del derecho al derecho estatal.

Un aparato conceptual que opere teóricamente esas rupturas requeriría: 1) contribuir a una concepción del derecho más amplia, que no lo reduzca a mero derecho estatal; 2) enfatizar en la relación derecho y política; y 3) facilitar la formulación de un *juicio posibilista* además del *juicio crítico*

[8] Esta escena ejemplifica bien la postura que considera estéril o de poca importancia estudiar al derecho, incluso si ello implica indagar sobre la relación emancipación y derecho. En un recorrido dentro del territorio comunitario, durante el trabajo de campo, cierto estudioso comprometido y que desde hace años desarrolla investigación sobre Guerrero y sobre la Comunitaria, comentó tras conocer el tema de mi investigación: "¿para qué estudias lo jurídico en la Comunitaria?, hay muchas *cosas más interesantes* que estudiar en este proceso" (Diario de campo, octubre de 2009).

La disputa del derecho.indb 561 28/11/18 10:52

respecto del flanco opresivo del derecho. Por supuesto, la operación de las tres rupturas requiere sendas elaboraciones conceptuales.

Respecto del primer requerimiento, el *pluralismo jurídico*[9] provee de una concepción más abarcadora del espectro sociojurídico. Este ensanchamiento resulta fructífero porque permite estudiar otros derechos no estatales cuya desacreditación como tales –pues la teoría reservó el concepto derecho exclusivamente a aquel producido por el Estado– produjo que se desechara la oportunidad de detectar en ellos figuras o prácticas que podían ejemplificar formas no opresivas o contra opresivas. No obstante, adoptar una perspectiva iuspluralista no supone adoptar a priori una posición en torno a las características de los sistemas jurídicos estudiados.[10] No toda expresión de pluralidad jurídica es preferible sólo por ser no-estatal, reconocer esto es aceptar la posible raigambre antidemocrática o generadora de nuevas exclusiones que ella puede envolver.[11]

[9] Algunos autores aquí referidos sobre la línea teórica del pluralismo jurídico son Griffiths (1986), Merry (1998), Tamanaha (1993), Bonilla *et al.* (2007), Fitzpatrick (2007); resaltan de forma destacada las posiciones: Wolkmer (2001), Santos y García (2001), Santos y Rodríguez (2007), (Palacio, 2000), Irigoyen (1997, 2000, 2008), Nina (2007) y López (2011).

[10] Empleo aquí de forma indiferenciada derecho o sistema jurídico, sin profundizar en la diferencia de significado que reconozco que existe entre ambos términos.

[11] En un tenor congruente, cuya pertinencia no quita lo totalizador del juicio que el autor hace en torno a la pluralidad jurídica como fenómeno, Palacio ha señalado que el pluralismo jurídico es la forma que, en los hechos, está adoptando el derecho en la época de la acumulación flexible, caracterizado ése por la confección de reglas jurídicas *ad hoc*, por la descentralización y la dispersión (Palacio, 2000). Casos ilustrativos de un pluralismo jurídico de talante reaccionario pueden considerarse los territorios jurídica, política y económicamente controlados por las fuerzas paramilitares en contextos como el colombiano o los mecanismos de regulación jurídica desplegados por algunas empresas transnacionales en tanto obstruyen, y hasta impiden, la organización sindical de sus trabajadores recurriendo a los denominados contratos de protección. Sobre el particular de cómo operan los agentes económicos transnacionales en la configuración de los derechos estatales, puede consultarse el trabajo de Aleida Hernández Cervantes, (2014), *La producción jurídica de la globalización económica. Notas de una pluralidad jurídica transnacional*, Sobre los contratos de protección y la descripción de cómo generan una participación fantasma, con lo cual impiden la real participación de los trabajadores mediante los contratos de protección (Bouzas 2007). Daniel Nina, sin referirlo como pluralismo jurídico conservador, describe la dinámica contradictoria en que operaban los sistemas jurídicos no-estatales en Sudáfrica. Nacidos en las postrimerías del apartheid y al cual le sobrevivieron, poseían una vertiente generadora de libertad (en palabras del autor) al tiempo que reproducían algunos tratos crueles del mismo,

La disputa del derecho.indb 562 28/11/18 10:52

Sobre el segundo (énfasis en la relación derecho y política), la *política de la legalidad* es una propuesta teórica útil en la devolución del contenido político en el análisis del derecho (Santos 2007, 18).

Respecto del tercer requerimiento es donde hay más carencia. Los estudios críticos sobre el derecho reconocen que el derecho no es monolítico, sino que, como he enfatizado, contiene dentro de sí las contradicciones propias de toda realidad social (Wolkmer 2001). Pero debido a que esa ha sido la visión sobre el derecho menos explorada, la construcción de categorías útiles para captar sus contradicciones y las posibilidades que implican, ha sido incipiente.

Los sistemas jurídicos, en tanto construcciones sociales, mantienen las contradicciones ocurridas al interior de sus sociedades en las que se desarrollan. Por eso, aunque el sistema jurídico estatal presenta la tendencia a rescatar y proteger sustancialmente los intereses de los sectores sociales aventajados, también alberga en su seno las huellas (conquistas) que en él han dejado las dinámicas en las que las luchas de los sectores sociales desaventajados han sido decisivas. Los conflictos que se despejan en su interior exceden con mucha frecuencia los motivos meramente jurídicos. El campo jurídico es entonces, un escenario válido para la disputa de las luchas que se gestan en una sociedad en un momento determinado.

Aunque los insumos teóricos y conceptuales que ayuden a identificar potencial emancipatorio en el derecho son escasos, se dispone de algunas pistas. En esta línea aporta la distinción que Antonio C. Wolkmer hace entre el *pluralismo jurídico como proyecto conservador* y el *pluralismo jurídico como proyecto emancipador*. Al primero, lo identifica como aquel que "inviabiliza la organización de masas y enmascara la verdadera participación". Por oposición, el *pluralismo jurídico como proyecto progresista* se reconoce como la "estrategia democrática de integración, que procura promover y estimular la participación múltiple de los segmentos populares y de los nuevos sujetos colectivos de base" (Wolkmer, 2008, 9-15). En un sentido semejante, Santos habla del carácter *microrrevolucionario* (Santos 1994, 175) del derecho que depende de que su contenido devenga efectivamente

así como –en menor medida, pero aún usada– la pena de muerte (Nina 2007, 289). Aquí Nina, aunque enuncia la vertiente de libertad que estas expresiones jurídicas implican, a mi juicio se orienta más hacia una posición pesimista respecto de éstas.

La disputa del derecho.indb 563 28/11/18 10:52

emancipador. Esto lo conseguirá si logra maximizar progresivamente su impacto, si establece garantías expresas más que implícitas y profundiza el contenido de los derechos (con minúscula), y si intensifica "la capacidad de las subjetividades autónomas para liberarse a sí mismas de los prejuicios del fetichismo legal" (Santos 1994, 178).

Las posiciones señaladas tanto por Wolkmer como por Santos conducen a concentrar el análisis en los efectos que la práctica legal tiene en el entorno social en el cual opera, donde habrá que identificar si ésta *posibilita u obstruye la acción de los sujetos*. Entonces ¿qué cualidades dotan de potencialidad emancipatoria a un derecho, sea éste o no estatal? ¿En qué prácticas pueden ellas descubrirse? Las claves parecen estar en aspectos como:

1. El estímulo de la participación de los segmentos populares y los *nuevos* sujetos colectivos de base.
2. La maximización progresiva de la protección de los derechos, en términos de la expansión cuantitativa de los sujetos que protege.
3. La profundización del contenido de los derechos, en términos del alcance de los mismos y los mecanismos para hacerlos justiciables.
4. El combate del fetichismo legal.[12]

Como se aprecia, lo que concierne a conceptos facilitadores del juicio posibilista del derecho que exploren, por ejemplo, su contribución a la emancipación son todavía muy generales y en esa medida resultan insuficientes para hacer investigación empírica al respecto.

Ahora bien, es necesario enfatizar que ningún reconocimiento de derechos de forma aislada, ni ningún sistema jurídico por sí mismo garantizan o conducen a *la* emancipación. De hecho, pensar que la vía del derecho (y los derechos) es *la vía* emancipadora, corre el riesgo de ser, cuando menos, ingenuo y engañoso; cuando más, peligroso. Mi posición y este trabajo no afirman de ningún modo que el derecho sea el único, ni el principal instrumento en la construcción emancipadora. Como se ha visto, el proceso de emancipación afecta toda la convivencia social, las organizaciones y

[12] En otro lugar he abundado sobre la fetichización del derecho, misma que denomino "iuslatría" (que es el fetichismo del derecho) y que vinculo a la "estatolatría" (el fetichismo del Estado), categorías ambas que trazo preliminarmente. Véase capítulo 3, (López, 2011).

La disputa del derecho.indb 564 28/11/18 10:52

estructuras sociales lo mismo que las identidades y agencias, el proceso del trabajo, etcétera, de modo que:

> Ningún reconocimiento de derechos puede sustituir la falta de estructuras de acogida adecuadas […] no basta transformar las expectativas en derechos si no se modifican las condiciones práctico-materiales que determinan las necesidades y al mismo tiempo definen los ámbitos y los tipos de acción (Barcellona 1992, 107).

Hecha esta salvedad, la contradicción no sólo es condición de posibilidad para buscar potencial emancipatorio dentro del derecho, sino que es un elemento que también tiene que incorporarse en el análisis, pues está presente en los derechos estatales y también en los no estatales. Como las múltiples manifestaciones de esas contradicciones dentro de los derechos estales, han surgido formaciones sociales que, ante las deficiencias y omisiones del Estado, han generado alternativas. Éstas se han manifestado en una variedad de formas: a través del ejercicio de la autonomía y la autodefensa o de la articulación de movimientos sociales –viejos y nuevos–. Algunas de ellas, se encuentran insertas o constituyen por sí mismas, sistemas jurídicos no-estatales.

El caso de la Policía Comunitaria,[13] al que aquí me he referido, constituye un sugestivo ejemplo de derecho no estatal pues tiene rasgos que aportan pistas sobre sus potencialidades emancipatorias. En primer lugar, nace como respuesta a un sistema de justicia estatal ineficaz, corrupto, monocultural y colonial que afectaba y ponía en desventaja a sectores social, cultural y materialmente desaventajados.[14] En segundo lugar, aunque

[13] Que luego devendría en Sistema Comunitario de Seguridad Justicia y Reeducación de la Costa Chica y Montaña de Guerrero. Como ya señalé, los pobladores de la región continúan refiriéndose al sistema comunitario como Policía Comunitaria, o simplemente, la Comunitaria.

[14] El colonialismo interno en el que se mantienen los pueblos indígenas en nuestro país, acentúa el racismo, y con ello la desigualdad. El colonialismo interno se expresa en todos los órdenes de la vida, "frena la movilidad social, política y administrativa de los indígenas y disminuye", además inhibe "la acción política indígena, debido a los altos índices de analfabetismo, falta de acceso a la información, falta de oportunidades políticas…" (Gutiérrez 2013ª, 31; Gutiérrez 2013c). Por supuesto, todas esas circunstancias desventajosas tiene su respectiva manifestación en la administración de justicia.

La disputa del derecho.indb 565 28/11/18 10:52

centrado inicialmente en el ejercicio de la seguridad y la administración de justicia, permitió paralelamente la articulación, el apuntalamiento de la organización y la autonomía de otros procesos de diversa índole (comunicación comunitaria, salud, servicios públicos, educación).

No obstante, la alternativa y la crítica al Estado implícita en su existencia resulta insuficiente para categorizar dicha experiencia bajo la formulación: si surge como alternativa al Estado, entonces eso la hace preferible por definición. Tal afirmación resulta insuficiente porque, como se ha repetido, también los derechos no estatales tienen sus contradicciones. Todos estos espacios emergentes (sean nuevos derechos, institucionalidades, subjetividades, autonomías o movimientos sociales) no tienen lugar en el vacío. Nacen y se desarrollan influidos por los espacios y por las prácticas a los que se oponen, lo cual hace parte de las contradicciones que les constituyen. Muestra de ello es que los derechos no estatales se hallan copiosamente permeados por los derechos estatales con los cuales conviven. Algunas veces, esas influencias se traducen precisamente en la reproducción de las prácticas que padecían y en oposición a las cuales nacieron (Nina y Alberdi 2002).[15] En ese sentido, no basta declarar preferentes los derechos no-estatales. Es importante observarlos y analizarlos sin abandonar el examen crítico que permitirá identificar en qué aspectos contribuye a la emancipación humana y con qué limitaciones.

¿Para qué el concepto de potencialidad emancipatoria?

La realidad social interpela las conclusiones de la teoría validando las preocupaciones por profundizar estudios sobre cómo operan espacios sociales como el que examino, espacios que generan opciones contra las opresiones o injusticias, o contra la vulneración de derechos reconocidos en los ordenamientos estatales mediante acciones y prácticas concretas que se conjugan en presente. No están por construirse, tienen lugar aquí y ahora. Es el caso del Sistema Comunitario de Justicia que aquí se estudia.

[15] Nina y Alberdi han documentado que los tribunales populares surgidos al fin del *apartheid* en Sudáfrica reproducían algunas prácticas violentas de este régimen, incluida la pena de muerte.

La disputa del derecho.indb 566 28/11/18 10:52

Ambas perspectivas, tanto la que pone el énfasis en las opresiones y los nocivos ejercicios del poder, como las pocas que exploran en torno a las posibilidades de la emancipación, proporcionan un marco interpretativo global muy rico, pero con utilidad sólo mediata o parcial, que no alcanza para analizar lo que ocurre en espacios como el regional-comunitario, y para indagar sobre prácticas presentes que no están considerando contrarrestar la opresión en el futuro. Indagar sobre la emancipación en contextos como el de la *Comunitaria*, precisa la articulación de mediaciones conceptuales idóneas para analizar dichos sitios.

Averiguar qué significados tiene la emancipación supone emplear instrumentos teóricos que amplíen la crítica, no sólo para complejizar el tema de la ubicación de la opresión, sino también para la identificación de la propia emancipación. El reto aquí es hacerlo fuera de los límites tanto de las perspectivas totalizantes en torno a la conceptualización y a la localización de la opresión, como de aquellas que hacen de la emancipación una meta siempre futura por homogénea y por abstracta.

La propuesta de Boaventura de Sousa Santos aporta ciertas herramientas conceptuales en este análisis. Santos se posiciona en un punto intermedio entre los que él localiza como los dos extremos: la teoría política liberal (que considera al poder homogéneo y localizado), por un lado, y la posición foucaultiana (que lo considera radicalmente policéntrico y difuso), por el otro. Santos afirma que en las sociedades capitalistas circulan seis espacios estructurales. Los espacios estructurales son conjuntos de relaciones sociales paradigmáticas. Según él, los seis espacios estructurales están compuestos por el *espacio-tiempo doméstico*, el *espacio-tiempo de la comunidad*, el *espacio-tiempo de la ciudadanía*, el *espacio- tiempo del mercado*, el *espacio-tiempo de la producción* y el *espacio tiempo- mundial* (Santos 1998, 144); éstos no son los únicos, pero todos los demás son resultantes de una combinación entre ellos.

A cada espacio tiempo le corresponde su propia unidad de práctica social, forma institucional, dinámica de desarrollo, forma de poder, forma de derecho y forma epistemológica. En este momento no me detendré en estas relaciones, lo que me interesa es mencionar los mecanismos de poder que le corresponden a cada espacio tiempo: el patriarcado, para el espacio doméstico; la diferenciación desigual, para el espacio de la comunidad; la dominación para el espacio de la ciudadanía; la explotación, para el espacio

La disputa del derecho.indb 567 28/11/18 10:52

de la producción; el fetichismo de la mercancía para el espacio del mercado y los intercambios desiguales para el espacio mundial.

La vinculación que Santos hace de determinadas formas de poder correspondientes a cada uno de los espacios-tiempos, no implica que sea exclusiva de éste y que se reproduzca sólo en su interior. Significa que es la matriz socialmente productora de esa forma de poder determinada, aceptando que las distintas formas de poder trascienden el espacio-tiempo donde se producen y se articulan complejamente con las otras alojadas en las demás matrices. Así, por ejemplo, el patriarcado tiene como centro productor privilegiado la familia, pero no se presenta sólo en ella, sino que se extiende al espacio de la producción y de la ciudadanía mezclándose con las otras formas de poder como la explotación y la dominación. En palabras del propio autor este esquema conceptual

> flexibiliza la rigidez estructural, pluralizando las estructuras sociales sin caer en el interaccionismo amorfo, permite crear varias interfaces entre las condiciones estructurales y las acciones sociales autónomas; hace posible regresar al individuo sin que lo haga de forma individualista; repone el espacio doméstico [...]; permite colocar a la sociedad nacional en un espacio mundial, pero de tal modo que éste es concebido como una estructura interna de la propia sociedad nacional [...] *por encima de todo, esta concepción permite mostrar que la naturaleza política del poder no es un atributo exclusivo de una determinada forma de poder* (Santos 1998, 151; cursivas mías).

La identificación, o más propiamente dicho, la reducción del poder político al poder estatal hizo suponer que el poder político tenía un centro privilegiado y por lo tanto un lugar de ubicación: el Estado. Esto eclipsó el contenido político que sí estaba presente en otros espacios no estatales como el de la producción, el doméstico, el escolar, etcétera. El hecho de considerarlos como espacios que carecían de contenido político, hizo que las opresiones que de facto operaban en ellos, no fueran reconocidas ni tematizadas. Ese eclipse contribuyó a naturalizar dichas opresiones y al mismo tiempo permitió su profundización y crecimiento; y en ese oscurecimiento la teoría social y la teoría política fueron cómplices.[16]

[16] La separación del campo de lo político respecto de los demás campos –de lo jurídico, lo

La disputa del derecho.indb 568 28/11/18 10:52

La propuesta analítica de Santos ofrece varias ventajas para analizar a la Comunitaria: si bien complejiza el tema de la opresión, lo hace estableciendo parámetros para jerarquizarla y para identificar sus espacios privilegiados de reproducción; así el tema de la opresión deja de ser tan caótico, tan abstracto o tan general como para impedir su análisis. Ampliado pues el sentido y el sitio donde se halla el poder, podremos restituir a múltiples espacios sociales su componente político. Como marco más o menos global, no supone *a priori* la virulencia mayor de una forma de poder,[17] su jerarquización está indicada por el contexto social que se observa en un momento determinado, cuyos detalles sólo son proporcionados por el acercamiento a la situación concreta. Pero mantiene la perspectiva dialéctica y contradictoria, en la medida que también permite identificar los horizontes de posibilidades y la creatividad de la acción.

Antes de continuar con mi argumentación y considerando lo hasta aquí dicho, conviene subrayar a modo de síntesis algunas características sobre la noción de emancipación: 1) es una definición incluyente que se concentra más en los procesos que en los resultados del cambio social. 2) Los procesos de emancipación no se hallan confinados a un actor o clase determinado, sino que hay una pluralidad de agentes emancipatorios (Santos 2003, 28). 3) En tanto se presentan una pluralidad de focos sociales (re)productores de la opresión, hay entonces, una pluralidad de fines socialmente transformadores que la contrarrestan. 4) Aquellos sujetos y grupos que forman parte del amplio sector, material y socioculturalmente desfavorecido, compuesto por un arco heterogéneo de características (Santos 2007, 44) albergan respuestas, aún sean éstas parciales, sobre los significados y las opciones de emancipación, pues en múltiples casos han levantado propuestas frente a las diversas clases de opresión que padecen.

económico y lo social– se corresponde con la separación de esfera pública y esfera privada. A la luz de esta tajante separación se confina el espacio de discusión y decisión de los asuntos comunes (la *res publica*) al espacio público, es decir al espacio gestionado por el Estado y sus instituciones. En esta concepción, el derecho también es un asunto público monopolio del Estado, aunque contradictoriamente no se reconozca en él un contenido político.

[17] "El poder es siempre ejercido en constelaciones de poderes, los lugares privilegiados de producción de desigualdad y de opresión, tomados aisladamente, son inestables e incompletos, ya que ninguno de ellos dispensa el concurso de los demás para ser eficaz" (Santos 2003, 312-313).

La disputa del derecho.indb 569 28/11/18 10:52

5) El poder y la configuración de su concentración / distribución es un componente determinante en la emancipación humana; todo indica que dondequiera que el poder está distribuido desigualmente en las relaciones sociales impide el despliegue de la creatividad, la afirmación de los sujetos y el despliegue de sus capacidades en plenitud.[18] 6) involucra un horizonte político, por lo tanto, es procesual, inacabada y eventualmente reversible. 7) su contenido se actualiza en las condiciones histórico concretas y por ello mantiene una cualidad relacional sin jerarquías de opresión ni transformación preestablecidas.

Si aquí me interrogo sobre la medida en que las prácticas jurídicas contribuyen a la emancipación, queda claro que responder a tal interrogante entendiendo a ésta última bajo formas abstractas o totales, es inviable. Con esas características ella permanecerá en el terreno de lo no dado, en el futuro y siempre como aspiración. Esa visión, es una visión que proporciona una imagen plana de la realidad que descuida la presencia de las contradicciones que la constituyen y por eso mismo, aporta poco a la comprensión de lo que ocurre actualmente en rincones sociales que construyen alternativas, que con su práctica desafían las opresiones que ellos experimentan.

Considerando lo anterior, propongo el concepto de *potencialidades emancipatorias* para referirme a todas aquellas prácticas que contrarrestan las opresiones en cualquiera de sus formas (patriarcado, diferenciación desigual, dominación, explotación, colonialismo, intercambio desigual, etc.); es decir, que abonan, en intensidades variables al equilibrio del poder dentro de las relaciones sociales que actúan en los diversos espacios-tiempos. Su carácter, por lo tanto, es parcial y procesual, de modo que ninguna de ellas por separado puede otorgar la cualidad de *emancipada* a ninguna institución, actor o espacio social. Con ello, de ninguna manera asumo que todas las opresiones sean equivalentes en su intensidad, alcance y virulencia. Equiparar la capacidad destructiva entre ellas es tan ingenuo como desacertado, pues impide establecer jerarquías y con ellas, órdenes de prioridad en su combate. La importancia que cada una tiene estará dada por la resultante de la suma de las fuerzas opresivas de cierto contexto, en un determinado momento, unida a la importancia que esa afectación

[18] La emancipación social es la "aspiración a una sociedad en la cual las diferentes relaciones de poder se reemplacen por relaciones de autoridad compartida" (Santos 2007, 50).

La disputa del derecho.indb 570 28/11/18 10:52

implica para los sujetos.[19] Eso significa que el potencial emancipatorio de una práctica ha de ser valorado dentro del contexto donde actúa, donde se verá, por ejemplo, que

logra encarar y adelgazar ciertas opresiones, al tiempo que es impotente frente a otras. Esta noción permite incorporar el cambio en la configuración de las constelaciones de poder, constantemente presentes en los espacios sociales.

El concepto de *potencialidad emancipatoria*,[20] permite captar lo que podría ser descartado o desacreditado de acuerdo a la teoría –social y jurídica– dominante,[21] pues en esta operación toma en cuenta no sólo lo que ya es, sino destaca en él lo que está siendo[22] o lo que todavía no es,[23] posibilita una gradación que escapa al todo o nada, donde el todo estaría

[19] Por ejemplo, no siempre los efectos del capital están tan presentes en la percepción de las personas, en algunas circunstancias el derrocamiento de un virulento régimen autoritario o la seguridad depauperada al extremo, pueden ser opresiones detonantes de mayor peso frente a otras.

[20] Gutiérrez habla en un sentido muy cercano al aquí expuesto de "potencias emancipativas" como aquellas que se encuentran "anidadas en tales momentos políticos constitutivos, registrar sus límites y analizar las dificultades que han confrontado [...] El espíritu que anima mi trabajo es el auspicio de la cooperación para dotar de contenido al término 'emancipación social' y no la competencia en la precisión descriptiva a partir de lo meticuloso que sea el registro del evento estudiado" (Gutiérrez 2008, iii).

[21] "La sociología de las emergencias es una investigación de las alternativas que caben en el horizonte de las posibilidades concretas. Mientras la sociología de las ausencias amplía el presente, uniendo lo real existente a lo que de él fue sustraído por la razón metonímica, la sociología de las emergencias amplía el presente uniendo lo real amplio como posibilidades y expectativas futuras que él implica [...] Cuidar el futuro es imperativo porque es imposible blindar la esperanza contra la frustración [...] porque es imposible la esperanza sin la eventualidad de la tumba [...] La sociología de las emergencias consiste en proceder a *una ampliación simbólica de los saberes, prácticas y agentes para identificar en ellos las tendencias del futuro (o todavía-no) sobre las cuales es posible actuar* para maximizar la probabilidad de esperanza en relación con la probabilidad de frustración" (Santos 2002, 256; la traducción y las cursivas son mías). En otro sitio el autor señala que desde la perspectiva de la sociología de lo emergente: "un análisis realista, es aquel que ofrece, junto con una exploración de lo que es real y de lo que es necesario, una explicación futura de aquello que es posible" (Santos 2007, 21-22).

[22] "Los hechos son lo que son sólo como momentos de un proceso que conduce más allá de ellos hacia lo que no se ha realizado aún como hecho" (Marcuse en Fromm 1962, 39).

[23] En ese sentido, el *todavía no* implica "por un lado, capacidad (potencia) y, por el otro, posibilidad (potencialidad)" (Santos 2002, 256; la traducción de la cita es mía).

La disputa del derecho.indb 571 28/11/18 10:52

representado por la emancipación integral, y el nada, por la opresión total. No se trata de hacer ciencia ficción, sino de acompañar el análisis de lo dado con una interpretación proyectiva según las tendencias que muestran las prácticas sociales.

El escape de los polos todo-nada permite al concepto de potencialidad emancipatoria rescatar la procesualidad y el cambio. El cambio en el que siempre está inserta la realidad social implica una posibilidad, que no está forzosamente orientada en un sentido, pero sobre el cual pueden hacerse predicciones de acuerdo a las tendencias que presenta; en el entendido de que la orientación de dicho sentido no está garantizada por completo. Aquí no niego la posible existencia o reproducción de opresiones, únicamente no profundizo en ellas; en todo caso las refiero, ahí donde sean susceptibles de señalarse, como parte de las contradicciones inherentes a todo espacio social.

Observando la potencialidad emancipatoria. Los ejes de participación popular y maximización de derechos

En el tema anterior señalé algunas claves que Wolkmer y Santos proporcionan para explorar analíticamente los momentos en los que el derecho puede tributar a la emancipación. El primero al que hice referencia fue el estímulo de la participación de los segmentos populares y los nuevos sujetos colectivos de base. También apunté que esas claves eran todavía muy generales, pues estructurar una investigación empírica a partir de ellas, pues todavía requeriría de categorías mediadoras que facilitaran su detección. Para estos efectos he planteado los ejes de la *participación popular y de maximización de derechos*, como categorías mediadoras que permitan rastrear las potencialidades emancipatorias de las prácticas dentro del derecho en la Comunitaria.

De la diversidad de momentos que integran al derecho, propongo analizar el de la construcción/modificación de normas jurídicas y el de la administración de justicia. Respecto del primer eje, valoro particularmente cómo se desarrolla la participación en la construcción de las normas integrantes del sistema jurídico en cuestión, así como en la administración de justicia de las mismas (adjudicación), por parte de quienes están regulados

La disputa del derecho.indb 572 28/11/18 10:52

por ellas (usuarios del sistema). Dejo de lado el aspecto de la seguridad, aunque este recorte analítico reconoce la interdependencia entre estos aspectos (el de la seguridad y el de la justicia). Dado que la existencia del Sistema Comunitario de Justicia es por sí misma un avance en la participación de los sujetos excluidos del sistema jurídico estatal,[24] propongo interesarnos enfáticamente en la incursión de las personas de a pie, esto es, en quienes no forman parte necesariamente de la estructura de la *burocracia comunitaria*.

El eje correspondiente a la maximización de derechos hace referencia al examen de la tendencia (*expansiva* en contraposición a la tendencia *reductora*) de los derechos dentro del SCSJR. Debido a que es inviable analizar la totalidad de derechos humanos, propongo concentrarse en dos de relevancia evidente: el derecho a la integridad personal y al debido proceso, por un lado; y por el otro, el trato igualitario de la diferencia (no discriminación). El concepto de *diferencia* se refiere a cualquier característica que implique desventaja para sí o para los otros, durante la administración concreta de justicia (condición de género, posición política, pertenencia étnica o parentesco, entre otras).

En lo que al derecho a la *integridad personal* y el derecho al *debido proceso* se refiere, en el primer caso planteo examinar concretamente el buen trato y el respeto a la integridad física de quien ha cometido una falta durante la investigación de la misma y/o en la imposición de sanciones. En la segunda, pongo atención en el respeto a reglas previamente establecidas para la administración de justicia; ambos casos precisan reconstruir críticamente las nociones de integridad y debido proceso tal y como ellas son referidas por la normatividad estatal vigente.

Este análisis propuesto, sobre el Sistema Comunitario de Justicia o bien sobre cualquier otro que sea su par, está enfocado en lo que ocurre en el

[24] Un criterio relacionado con este punto, sin referencia particular al derecho, aunque formulado desde un planteamiento mucho más global y que habla del opuesto (formas de opresión), lo sostiene Pablo Mamani cuando define la dominación étnica como aquella que experimentan "los pueblos indígenas, sus instituciones, sus estructuras de participación, sus sistemas de autoridad e historia [en tanto éstos]no tienen cabida en el espacio donde se toman las decisiones del poder público. Y lo fundamental, los sistemas de representación-participación política y social indígena son ignorados o reducidos a la nada, y si se los toma en cuenta se los subordina para finalmente destruirlos" (Mamani, 2004: 9-175).

La disputa del derecho.indb 573 28/11/18 10:52

espacio- tiempo de la comunidad con atención a las dinámicas al interior del mismo y las relaciones con su exterior inmediato, esto es, las relaciones con el Estado, representado por el estado de Guerrero. Aquí el espacio tiempo de la comunidad estará constituido por lo acontecido en la región donde opera el Sistema Comunitario y no sólo en las comunidades que lo integran.

El uso articulado de los conceptos de potencialidad emancipatoria, de participación popular y de maximización de derechos, analizados en el espacio tiempo comunitario, resulta conveniente en tanto rescatan el carácter procesual y contradictorio de posibles rasgos emancipatorios contenidos en las prácticas jurídicas observadas. Rescata en el análisis el carácter contradictorio de la realidad social y su procesualidad, en la medida en que posibilita dar cuenta que el efecto de las prácticas desarrolladas en la administración de justicia dentro del Sistema Comunitario, puede ser considerado como potencialmente emancipatorio o como reproductor de opresiones según se analice desde la dinámica estatal- regional, o desde el interior de la dinámica intracomunitaria. A su vez, el carácter procesual de la emancipación, como algo que está-siendo, al no etiquetarlas *a priori* como contrahegemónicas o emancipadoras –lo cual obscurece inconvenientemente las contradicciones– y entendiendo que las valoraciones de las prácticas jurídicas del SCSJR son válidas en un momento determinado, en una composición determinada que combina lo *externo-interno*, y a lo más, como una proyección de las tendencias que el sistema comunitario presenta, a partir de lo cual es imposible saber el curso que la propia institución tome en el tiempo.

Es importante subrayar que una valoración más acertada y amplia de las potencialidades emancipatorias del derecho en cuestión se lograría si los ejes aquí mencionados, se combinaran con otros. La construcción y observación de estos ejes, que puede y sería deseable unir a otros, tiene sólo fines analíticos, bajo el entendido de que sólo el efecto conjunto permitirá valorar de manera más aproximada el potencial emancipador de un sistema jurídico determinado, al tiempo que permitirá identificar los momentos en que, por el contrario, está siendo una versión isomorfa del derecho opresivo frente al cual se erige.

La disputa del derecho.indb 574 28/11/18 10:52

Reflexión final

Ante el aparente agotamiento del ciclo progresista en la región latinoamericana, las variadas violencias que adquieren formas cada vez más abigarradas en la realidad mexicana y los múltiples despojos que se precipitan sobre los diversos espacios sociales, y que buscan armonizar a la lógica del capital todos los órdenes de la vida, resulta de total importancia seguirnos preguntando por las posibilidades de que disponemos para contrarrestar las opresiones para avanzar en la construcción de alternativas. Lograrlo requiere oponerse sistemática y consistentemente al modo predominante en que se nos presentan los fenómenos, como es el caso del derecho. A lo largo de estas páginas he querido mostrar una breve y preliminar ruta para el examen de casos de pluralidad jurídica en clave emancipatoria para avanzar en esa dirección, para abonar en la construcción de alternativas, para afianzar esos espacios donde se construye derecho y se hace justicia desde abajo; reconocer y no escatimarles su significado, las posibilidades que albergan, es urgente porque son ellos los que desde sus prácticas están enfrentando las opresiones, afirmando la autonomía y poniendo diques contra los despojos.

Bibliografía

Bonilla, Daniel y Ariza, Libardo. 2007. "El pluralismo jurídico. Contribuciones, debilidades y retos de un concepto polémico". En Daniel Bonilla *et al. Pluralismo Jurídico*, Bogotá, Universidad de los Andes / Pontificia Universidad Javeriana / Siglo del Hombre Editores.

De la Torre Rangel, Jesús Antonio. 2005. "Justicia comunitaria: resistencia y contribución. Una visión desde El Sistema Comunitario de la Montaña y Costa Chica de Guerrero". En Ardila Amaya, Edgar *et al. Memorias II Conferencia Internacional Justicia Comunitaria "Construir democracia hoy"*, Bogotá, Red de Justicia Comunitaria y Tratamiento del Conflicto.

De Sousa Santos, Boaventura. 2007. "Más allá de la gobernanza neoliberal: el Foro Social Mundial como legalidad y política cosmopolitas subalternas". En Santos, Boaventura de Sousa y Rodríguez Garavito,

La disputa del derecho.indb 575 28/11/18 10:52

César (coords.), *El derecho y la globalización desde abajo*, México, Anthropos.

_____. 2006. *Renovar la teoría crítica y reinventar la emancipación social (encuentros en Buenos Aires)*, Buenos Aires, CLACSO. <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/edicion/santos/Capitulo%20III.p df>. Consultado: diciembre de 2010.

_____. 2003. *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia. Para un nuevo sentido común, la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*, Bilbao, Desclée de Brouwer.

_____. s/f. "Can law be emancipatory?". <http://www.geocities.com/relaju/souzasantos.htm>. Consultado: 5 octubre, 2009.

_____. 1998. *De la mano de Alicia. Lo social y lo político en la posmodernidad*, Bernal, Consuelo y García Villegas, Mauricio (trads.), Bogotá, Uniandes-Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes / Siglo del Hombre Editores.

De Sousa Santos, Boaventura y García Villegas, Mauricio. 2001. *Caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores / ILSA.

De Sousa Santos, Boaventura y Rodríguez Garavito, César. 2007. "El derecho la política y lo subalterno en la globalización contrahegemónica". En Santos, Boaventura de Sousa (coord.), *El derecho y la globalización desde abajo*, México, Anthropos.

Ferro Medina, Juan Guillermo. 2007. "Caminando la palabra: el proceso emancipatorio de del Movimiento Nasa del norte del Cauca, Colombia". Tesis de doctorado en Estudios Latinoamericanos, Posgrado en Estudios Latinoamericanos-UNAM.

Fitzpatrick, Peter. 2007. ""No cabe duda": Mabo y el fracaso de la base legal". En Correas, Oscar (coord.). *Pluralismo Jurídico. Otros horizontes*, México, CIICH- UNAM / Conacyt / Ediciones Coyoacán.

Fraser, Nancy. 1997. *IustitiaInterrupta.* Isabel Cristina Jaramillo (trad.), Bogotá, ILSA / Uniandes.

Griffiths, John. 2007 [1986]. "¿Qué es el pluralismo jurídico?". En Daniel Bonilla *et al. Pluralismo Jurídico*, Bogotá, Universidad de los Andes / Pontificia Universidad Javeriana / Siglo del Hombre Editores.

Gutiérrez, Raquel. 2008. "Levantamiento y movilización indígena y popular en Bolivia desde la perspectiva de la emancipación (2000-

La disputa del derecho.indb 576 28/11/18 10:52

2005)". Tesis de doctorado en Estudios Latinoamericanos, Facultad de Filosofía y Letras- UNAM.

Hernández Cervantes, Aleida. 2014. *La producción jurídica de la globalización económica. Notas de una pluralidad jurídica transnacional.* México, CEICH-UNAM / UASLP / CENEJUS.

Irigoyen, Raquel. 1997. "Una fractura original en América Llatina: La necesidad de una juridicidad democrático pluralista". En Birk, Fridolin, *Guatemala: Pobre, Opimida, Princesa Encantada*, Guatemala, Fundación Friedrich Eberto.

Kennedy, Duncan. 1999 [1986]. *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Bogotá, Universidad de los Andes / Pontificia Universidad Javeriana/ Siglo del Hombre Editores).

López López, E. Liliana. 2013. "El pluralismo jurídico. Una propuesta paradigmática para repensar el derecho". En Colectivo Radar, *Imaginando otro derecho*, Aguascalientes-San Luis Potosí-San Cristóbal de las Casas, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat / Universidad Autónoma de San Luis Potosí / Maestría en Derechos Humanos / Educación para las Ciencias en Chiapas.

_____. 2011. *La demanda indígena de autonomía desde los Acuerdos de San Andrés. Los retos para el derecho y la pertinencia del pluralismo jurídico*, San Luis Potosí, Universidad Autónoma de San Luis Potosí.

Merry, Sally Engle. 2007 [1998]. "Pluralismo jurídico". En Daniel Bonilla *et al. Pluralismo Jurídico*, Bogotá, Universidad de los Andes / Pontificia Universidad Javeriana / Siglo del Hombre Editores.

Nina, Daniel. 2007. "El derecho como memoria colectiva. Reflexiones en torno del imaginario jurídico en la justicia popular". En Correas, Oscar (coord.), *Pluralismo Jurídico. Otros horizontes*, México: CIICH-UNAM/CONACYT/Ediciones Coyoacán).

Nina, Daniel y Alberdi, Jokin. 2002. "Governability and formas of popular justice in the New South Africa and Mozambique. Cortes comunitarias y vigilancia", *Journal of Lefal Pluralism*, Londres, Núm. 47.

Poulantzas, Nicos. 1969. "El examen marxista del Estado y del derecho actuales y la cuestión de la "alternativa"". En Cerroni, Umberto *et al. Marx, El Derecho y el Estado*, introducción, traducción y adaptación de Juan Ramón Capella, Barcelona, Oikos / Tau.

La disputa del derecho.indb 577 28/11/18 10:52

Rajagopal, Balakrishnan. 2007. "Los límites del derecho en la globalización contrahegemónica: La Corte Suprema de la India y la lucha en el valle de Narmada". En de Sousa Santos, Boaventura (coord.), *El derecho y la globalización desde abajo*, México, Anthropos-UAM.

Rodríguez Garavito, César. 1999. "Una crítica contra los dogmas de la coherencia del derecho y la neutralidad de los jueces. Los estudios críticos del derecho y la teoría de la decisión judicial. Estudio preliminar". En Kennedy, Duncan, *Libertad y Restricción en la decisión Judicial*, Bogotá, Universidad de los Andes / Pontificia Universidad Javeriana / Siglo del Hombre Editores.

Sarmiento, Sergio y Mejía Piñeros, María Consuelo. 2003. *La lucha indígena: un reto a la ortodoxia*, México, Siglo XXI / Instituto de Investigaciones Sociales- UNAM.

Sierra, María Teresa y Chenaut, Victoria. 2002. "Los debates recientes y actuales en la antropología jurídica: las corrientes anglosajonas". En Krotz, Esteban, *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*, México, Anthropos / Universidad Autónoma Metropolitana.

Tadić, Ljubomir, 1969, "Kelsen y Marx. Contribución al problema de la ideología en la "Teoría Pura del Derecho" y en el marxismo". En Cerroni, Umberto *et al. Marx, El Derecho y el Estado*, introducción, traducción y adaptación de, Juan Ramón Capella, Barcelona, Oikos / Tau.

Tamanaha, Brian Z. 2007 [1993]. "La insensatez del concepto "científico social" del Pluralismo Jurídico". En Daniel Bonilla *et al. Pluralismo Jurídico*, Bogotá, Universidad de los Andes / Pontificia Universidad Javeriana / Siglo del Hombre Editores.

Wolkmer, Antonio Carlos. 2001. *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito*, Sao Paulo, Editora Alfa Omega.

_____. s/f. "Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina". <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/derecho/wolk.rtf>. Consultado: octubre 2008.

La disputa del derecho.indb 578 28/11/18 10:52

Las Zidres desde la perspectiva del derecho útil al capital: caso Colombia

Daniel Alzate Mora*

Introducción

A finales del año 2015 el Congreso de la República de Colombia aprobó el proyecto de ley que presentó el Gobierno Nacional para la creación de las denominadas "Zidres" (Zonas de Desarrollo Rural, Económico y Social), instrumento legal para el ordenamiento territorial, y "resucitar" el campo, como lo presentan los medios de comunicación hegemónicos,[1] para el desarrollo de procesos agroindustriales a gran escala.

Tomando como estudio de caso las Zidres, pendiente de sanción presidencial y próxima ley de la República, queremos avanzar en el análisis de lo que denominamos el "derecho útil al capital", explorando algunos de sus rasgos característicos: su construcción ambigua, indeterminada, vaga, imprecisa y polisémica que permite articular el orden (pos)neoliberal imperante en Colombia, en especial, ajustando el modelo al marco constitucional vigente.

* Profesor Asociado de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Rosario, Bogotá Colombia.

[1] "Así operará el plan estrella para resucitar el campo del país", *El Tiempo*, Bogotá, 2016.

La disputa del derecho.indb 579 28/11/18 10:52

Para este análisis partimos de un breve contexto del caso colombiano, el conflicto armado y las políticas agropecuarias, que han retrasado por décadas una reforma agraria profunda; situación más compleja aún, cuando están de por medio las negociaciones de paz, en donde hasta el momento se logró un acuerdo sobre el punto agrario con la insurgencia de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, Ejército del Pueblo (FARC-EP) y el Gobierno del presidente Juan Manuel Santos (2014-2018). Sin embargo, todo parece indicar que el Gobierno adelantó esta reforma legislativa de forma expedita, para evitar cualquier transformación en la estructura agraria y de propiedad de la tierra, dejando un gran interrogante sobre los resultados y la implementación de las negociaciones de paz.

Desde este contexto, analizaremos en detalle el texto de la próxima ley de Zidres, haciendo especial énfasis en el uso estratégico y calculado de las normas para imponer formas jurídicas que estimulen y permitan la acumulación de capital hacia la garantía de la seguridad jurídica de las inversiones, el acaparamiento de la tierra, la extranjerización y el despojo para quienes aspiran a lograr su uso a perpetuidad, a través del modelo del derecho real de superficie.

Sin embargo, como lo presentaremos en detalle en este apartado, el derecho útil al capital no se presenta como tal, sino que se encubre bajo el lenguaje eufemístico y maleable de la "productividad"; "la seguridad jurídica como principio neutro y aplicable por igual a todos" o de forma general, cuando los agentes del gobierno y los legisladores argumentaron que las Zidres fueron creadas para permitir el "desarrollo rural". Concluimos con algunas consideraciones que permitan aportar elementos a la discusión sobre la globalización hegemónica y la construcción de contra-hegemonías para la defensa de los pueblos y comunidades.

El caso colombiano y el sector agropecuario

El desarrollo del sector agropecuario en Colombia ha tenido una extensa conflictividad, y como lo ha reconocido la Comisión Histórica del Conflicto Armado y sus Víctimas (CHCAV)[2] el acceso a la tierra ha sido una de las

[2] Estrada, J., *et al. Conflicto social y rebelión armada en Colombia*. Ensayos críticos. Bogotá

La disputa del derecho.indb 580 28/11/18 10:52

causas y elementos de la persistencia del conflicto social y armado que se ha extendido por más de 5 décadas en Colombia.[3] El desarrollo de las políticas agropecuarias está profundamente imbricado con el conflicto social y armado, que involucra especialmente las políticas que se definen desde el Estado, algunas de carácter progresivo, tendiente a redistribuir el acceso a la propiedad rural como la ley 200 de 1936 y la ley 135 de 1961,[4] pero como es frecuente para el campo jurídico, la separación entre el derecho letrado, consagrado en el texto de la ley y el derecho practicado, siendo este último incluso contradictorio de su propia letra, influenciado por los factores de poder de la sociedad, han sido, entre otras razones, las causas que no permitieron profundizar las reformas que se proponían.

También intervienen en este complejo proceso, los distintos bloques de poder en la "acumulación originaria" que articularon los escuadrones paramilitares, con apoyo del Estado, para desplazar y despojar de sus tierras a los pueblos indígenas, comunidades campesinas y afrodescedientes, que luego son apropiadas por empresarios para el desarrollo de agro-negocios. Múltiples casos de despojo y extensos litigios en reconocidas cusas como Las Pavas, Bella Cruz, San Onofre, entre otros ilustran el complejo proceso de violencia y despojo por el control territorial para allanar el camino a multinacionales como Cargill, Mónica Semillas, Poligrow y otras.

Los bienes baldíos de la Nación, como propiedad pública del Estado, destinados constitucionalmente para garantizar el acceso a la tierra para los campesinos, han sido objeto de una compleja disputa y violenta apropiación, generando despojo y desplazamiento forzados sobre las comunidades ocupantes. La ley 160 de 1994 intentó establecer una distribución equitativa de la tierra, a través de la configuración de los mecanismos de mercado de tierras, y un régimen especial para el acceso y adjudicación de los bienes

D.C., Gentes del Común, 2015.

[3] Fajardo, D. (2002). *Para sembrar la paz hay que aflojar la tierra*. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, IDEA; Fajardo, M. D. (2015). "Estudio sobre los orígenes del conflicto social y armado, razones de su persistencia y sus efectos más profundos en la sociedad colombiana". En Estrada, J., *et al. Conflicto social y rebelión armada en Colombia... op. cit*. pp. 95-149; Molano, B. A. "Fragmentos de la historia del conflicto armado (1920-2010)". En Estrada J. *op.cit*.

[4] Fajardo, M. D. "Estudio sobre los orígenes del conflicto social y armado, razones de su persistencia y sus efectos más profundos en la sociedad colombiana", *op. cit*. 95-149.

La disputa del derecho.indb 581 28/11/18 10:52

baldíos. Para ello dispuso de un instrumento de planificación territorial y también de límite sobre la propiedad de la tierra, denominado Unidad Agrícola Familiar (UAF). A través de la UAF no solamente se ordenaba el territorio de acuerdo con las características geográficas de cada suelo, sino que se imponía un límite real y cierto sobre cuánta tierra se puede poseer, para que de esta forma se evitara su acaparamiento, y la concentración en unas pocas manos, favoreciendo su redistribución equitativa, teniendo como límite la UAF.

Sin embargo, como explica Harvey retomando los análisis de Marx en los Grundrisse,[5] el capitalismo crea límites y barreras para superarlas en aras de mantener siempre la acumulación de capital. Es por ello que la UAF, como límite a la propiedad rural imponía una barrera al capital para el acceso a la tierra. Esta limitación ha sido atacada por todos los frentes, argumentando que se trata de un marco normativo desactualizado, que no permite el progreso y el desarrollo de extensos proyectos agroindustriales que es necesario superar el límite que impone la UAF, además de modificar el marco normativo de la ley 160 de 1994 donde se encuentra estipulada la limitación legal al acaparamiento.

Es aquí donde interviene el derecho útil al capital, bajo una modalidad que podemos denominar la corrupción legal, o cómo los mecanismos jurídicos, desde interpretaciones particulares y con una alta tecnología legal, se explotan al máximo para superar el límite que impone la ley 160 de 1994, argumentando estar dentro del marco legal vigente, para superar las barreras y limitaciones que la propia ley imponía. Es la superación de la barrera legal desde los mismos mecanismos legales, a través de sofisticadas teorías y maniobras jurídicas que permitieran finalmente alcanzar su objetivo, superar la limitación que impone en las UAF, en la región de los llanos orientales, ahora denominada, altillanura.[6]

Sin embargo, organismos de control, en especial la Contraloría General de la República, han advertido sobre el detrimento patrimonial del Estado con las estrategias de imponer las formas útiles al capital de reconocidas firmas de abogados, como el caso de Brigard y Urrutia, hecho que involu-

[5] Harvey, D. *El enigma del capital y las crisis del capitalismo*. Madrid, Akal, 2012.

[6] Vega, C. R. "La piñata de los baldíos y los abogados robatierras", 2013. <http://www.rebelion.org/noticia.php?id=173036>.

La disputa del derecho.indb 582 28/11/18 10:52

cró al embajador de Colombia en Estados Unidos en su momento, Carlos Urrutia, quien tuvo que renunciar ante las denuncias de los Congresistas de izquierda, Jorge Enrique Robledo y Wilson Arias, quienes a través de debates de control político expusieron ante la opinión pública esta especie de malabarismo jurídico para despojar de las tierras que están destinadas para los campesinos.[7]

Finalmente, y como se mencionó en la introducción, desde hace cuatro años el gobierno nacional del presidente Juan Manuel Santos viene adelantando en La Habana, Cuba, un proceso de negociación de paz con el grupo guerrillero FARC-EP, en donde el primer punto de la agenda es una Reforma Rural Integral. Para ello se propuso la conformación de un Fondo de Tierras para la Paz que, a través de diversas fuentes, permita garantizar el acceso a la propiedad de la tierra a los campesinos sin tierra o con tierra insuficiente para el desarrollo de la economía familiar. Resulta llamativo que este acuerdo entre las partes se enmarque en los esquemas constitucionales y la legislación agraria vigente, la ley 160 de 1994, es decir, que la insurgencia de las FARC-EP pactó con el gobierno el cumplimiento del derecho letrado, y el marco regulativo para el acceso a la tierra consignado en los instrumentos normativos que lo regulan.

No obstante, el mismo gobierno que está sentado negociando un acuerdo para la finalización del conflicto armado con la insurgencia, en donde se ha dado un reconocimiento del problema agrario como parte de la misma guerra, logró aprobar en el Congreso de la República un nuevo marco regulativo para el acceso a la tierra, que modifica de forma profunda el marco de la ley 160 de 1994, sin mencionar que sea así; pero que a su vez permite, desde su perspectiva, armonizar los acuerdos con la guerrilla, que de forma casi tardía reaccionó frente a esta ley, al expresar en un comunicado que rechazaba las Zidres.[8] A continuación analizamos en detalle en qué consisten las Zidres y cómo constituyen un modelo de contra-reforma agraria, que convierte en ley la "acumulación por desposesión", y articula el "derecho útil al capital" desde la ambigüedad y vaguedad, para legitimarse

[7] *Ibidem.*

[8] Fe, R. S. "Farc califican "puñalada artera" creación de Zonas de Interés de Desarrollo Rural y Económico, ZIDRES", 2015 <http://www.radiosantafe.com/2015/12/22/farc-califican-punalada-artera- creacion-de-zonas-de-interés-de-desarrollo-rural-y-economico-zidres/>.

La disputa del derecho.indb 583 28/11/18 10:52

desde la estrategia posneoliberal que se ha venido articulando para el caso colombiano.

Las Zidres: algunos antecedentes y comentarios a su trámite en el Congreso de la República, en la legislatura 2014-2015

El proyecto de las Zidres que finalmente logró su aprobación al filo de la media noche del 17 de diciembre de 2015 no surgió de un momento a otro, sino que han sido varios los intentos tanto en el actual gobierno de Santos, como en el del expresidente Álvaro Uribe por avanzar en una reforma bajo los mismos postulados que permitieran la legalización del despojo, superar los límites legales de la UAF, y en últimas, dar vía libre a los agro-negocios condenando a su desaparición a los campesinos y su economía.

Un primer antecedente se encuentra en la misma ley 160 de 1994 (artículo 83) que introdujo la figura de las Zonas de Desarrollo Empresarial (ZDE) para el desarrollo de agricultura industrial bajo un conjunto de parámetros estrictos y limitados, que permitieran la coexistencia con la agricultura campesina y familiar. Al establecer un conjunto de parámetros restringidos, ni los gobiernos de turno ni los empresarios se interesaron por aplicar esta figura para el desarrollo de sus proyectos industriales en el campo.

Bajo la presidencia de Álvaro Uribe Vélez se aprobó el Estatuto de Desarrollo Rural, (Ley 1152/07) que en sus artículos 90 y 91 ya levantaba las restricciones que se disponían para las ZDE, permitiendo la acumulación de los baldíos y superar el límite de las UAF. Esta norma fue declarada inexequible por la Corte Constitucional ante la falta de consulta previa (C-175/09). Posteriormente, a través de una regulación del Incoder, institución del Estado que hace parte del Ministerio de Agricultura, se intentó modificar el marco legal de limita la UAF, no obstante, las formas jurídicas procedimentales impidieron la modificación de la ley. Finalmente, se intentó consultar sobre este punto al Consejo de Estado, sin lograr obtener una respuesta favorable en su interpretación de superar los límites precisos que fija la ley.

Bajo el gobierno de Santos se ha seguido intentando superar las limitaciones legales, primero en su Plan Nacional de Desarrollo (2010-2014), pero esto fue fallido, al ser nuevamente declarado como contrario a la constitución por parte de la Corte Constitucional (Sentencia C-644/12).

La disputa del derecho.indb 584 28/11/18 10:52

También se intentó la vía de la Consulta al Consejo de Estado sin éxito. Luego se probó la vía legislativa, primero a través del proyecto de ley 133 de 2014, el cual fue retirado ante su lento trámite, y la férrea defensa de las organizaciones sociales a través de recusaciones e impedimentos de congresistas con intereses directos sobre dicha reforma.

Finalmente, el proyecto de ley 174 de 2015 Senado y 223 Cámara que se convirtió en la ley de las Zidres logró su trámite en el Congreso de la República, a pesar de las múltiples advertencias que las organizaciones sociales manifestaron en su trámite, la necesidad de adelantar el proceso de consulta previa por parte de la Procuraduría General de la Nación y el mismo Ministerio del Interior; y con diversas irregularidades procedimentales en su trámite. A continuación, un análisis desde las entrañas de las Zidres.

Las Zidres en detalle como estructura jurídica dispuesta a favorecer el capital

Las Zidres constituye en la punta de lanza de un proyecto de clase más amplio, a través del cual se ha intentado allanar el camino para la entrega del campo, sin condiciones, a los agronegocios, en detrimento de los derechos y aspiraciones de las comunidades campesinas, grupos indígenas y comunidades negras, que verían reducidas sus aspiraciones de lograr una reforma agraria en Colombia y obtener el acceso real y efectivo a la tierra.

La ley de las Zidres fue construida desde la ambigüedad y vaguedad calculadas, en tanto se incluyen en su texto redacciones, elementos y figuras lo más abstractas y amplias posible, que permitan interpretaciones que, en caso de conflicto, favorezcan de forma inequívoca al capital, y a los capitalistas del campo, en detrimento de los campesinos y las clases subalternas que son los grandes perdedores con este proyecto de ley, así el gobierno y sus defensores se empeñen en argumentar lo contrario. Con este marco normativo podrán desarrollarse ampliamente procesos industriales que anteriormente no habían podido llevar a cabo, por cuanto les implicaba un obstáculo para imponer sus formas de acumulación.

Las leyes y su construcción ya no responden al paradigma liberal de un carácter general y abstracto en el sentido de ser pautas para el comportamiento, sino a intereses particulares y concretos, incluso tienen nombres

La disputa del derecho.indb 585 28/11/18 10:52

y apellidos, que para el caso de las Zidres los movimientos sociales denominaron Urrutia-Lizarralde, con el ánimo de denunciar quiénes son los beneficiaros directos con este tipo de normas, y retomar los antecedentes del carácter regresivo que trae para el campo este proyecto. A diferencia de marcos regulativos como los códigos o estatutos, en este caso la norma es trazada como un plan de negocios, que incorpora todo el lenguaje del neoliberalismo y lo convierte en ley.

De acuerdo con este nuevo marco normativo se definen las Zidres como las zonas de Interés de Desarrollo Rural, Económico y Social, un instrumento legal que establece un modelo rural y de ordenamiento territorial que pretende encubrir el acaparamiento de tierra, la extranjerización y el despojo, bajo las consignas del desarrollo rural, productividad y seguridad jurídica como lo ha reiterado el gobierno nacional en su defensa de esta iniciativa.

Las denominadas Zidres podrán localizarse en cualquier parte del territorio nacional, el artículo 1 fija unas condiciones mínimas que se pueden encontrar en cualquier parte del país, a partir de criterios lo suficientemente amplios y flexibles. Según la ley son características de las Zidres a aquellos territorios que: "se encuentren aisladas de los centros urbanos más significativos; demanden elevados costos de adaptación productiva por sus características agrológicas y climáticas; tengan baja densidad poblacional; presenten altos índices de pobreza; o carezcan de infraestructura mínima para el transporte y comercialización de los productos" (Artículo 1 inciso segundo). El gobierno nacional no tendrá restricciones para definir donde se ubicarán las zonas Zidres.

Una de las herramientas que brinda la ley para el despojo, por vía legal, se encuentra en la consideración de las Zidres como de utilidad pública e interés social (Artículo 1 parágrafo 2). Al tener esta categoría, la constitución de las Zidres puede requerir la expropiación de quienes se opongan o no quieran formar parte, como lo establece el artículo 58 de la Constitución Política, al disponer la posibilidad de expropiación cuando se considere cierta actividad como de utilidad pública e interés social. Si bien el inciso tercero del artículo 1 exceptúa esta calidad para efectos expropiatorios, se trataría de una nueva categoría jurídica que contraría los mandatos constitucionales y, en consecuencia, un juez de la República podrá permitir la

La disputa del derecho.indb 586 28/11/18 10:52

expropiación al tener las Zidres la categoría de utilidad pública e interés social.

El artículo 2 dispone que las Zidres: "deberán constituir un nuevo modelo de desarrollo económico regional", a partir de 15 objetivos, que de nuevo, el legislador recurre a la estrategia de consignar lo políticamente correcto, que resista un examen de constitucionalidad por parte del juez que examinará si está ajustada a la Constitución, pero como sucede con los marcos normativos, existe un abismo entre las formas jurídicas letradas y las practicadas, que va a ser una de las características de las Zidres, en donde su aplicación para el capital contará con un amplio respaldo institucional y financiero, mientras que las supuestas garantías para el campesinado y los trabajadores agrarios sin tierra, o insuficiente, quedarán encapsuladas en la letra de la ley.

Se destaca que las Zidres tendrán amplios objetivos pero que, desde el punto de vista del derecho útil al capital, serán algunos objetivos prioritarios y de estricta aplicación, como los que favorecen la acumulación, en contra de las garantías y supuestos marcos de protección de los derechos de los campesinos. Por ejemplo, según los objetivos se implementarán en las Zidres un tipo de "Zonas Francas Agroindustriales", para crear empleo, atraer "inversión de capital", así como "el desarrollo de procesos industriales", objetivo que contrasta con aquellos sobre el acceso y formalización de la propiedad para los campesinos, la inclusión social, que supera un análisis de constitucionalidad, pero que no tendrán una aplicación concreta, a diferencia del modelo de Zonas Francas, para reducir impuestos, entrega de infraestructura, bancos de maquinaria y equipos que transfiere el Estado para el negocio privado.

La Unidad Agrícola Familiar, que en el marco de la ley 160 de 1994 opera como elemento central para la reforma agraria y la distribución equitativa de la tierra queda transformada en las "Unidades Agrícolas Integrales", que modifica el centro de la ley 160, en tanto que las UAF establecían un límite al número de hectáreas por propietario, en aras de evitar el acaparamiento de tierras y lograr que con la extensión asignada, según ubicación geográfica y vocación del suelo, fuera sustentable el desarrollo de una economía familiar. No obstante, las Zidres plantean una transformación hacia la Unidad Agrícola Integral que en la letra de la ley se consigna, pero que se diferenciará

La disputa del derecho.indb 587 28/11/18 10:52

entre la producción para la familia; para la comunidad, y para "plantaciones para procesos industriales", para la generación de capital.

El capítulo III de la ley Zidres crea el Sistema Nacional e Instancias de Coordinación, que conforman el marco institucional que brinda el Estado para la constitución y desarrollo de las Zidres. La Unidad de Planificación Agropecuaria (UPRA) adquiere un gran protagonismo, al ser la instancia central de la estrategia de las Zidres, encargada no sólo de identificar las Zidres, su extensión, usos del suelo, y establecer los lineamientos que deben ser incluidos en los planes de ordenamiento territorial, avanzando en la centralización de las políticas rurales. El artículo 4 repite el carácter centralista y de imposición que desde la UPRA se dará sobre los entes territoriales para fijar la política agropecuaria, en tanto que será esta entidad la que: "definirá los lineamientos, criterios y parámetros necesarios que deben ser considerados para la elaboración de los Planes, Planes Básicos y Esquemas de Ordenamiento Territorial en las zonas rurales de los municipios". De esta forma, el Gobierno Nacional logra centralizar las decisiones e imponer desde la ciudad de Bogotá, las políticas agrarias y de ordenamiento territorial para el país.

Se fijan como instancias de participación el Consejo Seccional de Desarrollo Agropecuario (Consea) y los Consejos Municipales de Desarrollo Rural, como instancias de coordinación y concertación con las autoridades locales, sin embargo, como lo advierte Jhenifer Mujica, han sido instancias que desde su creación no han logrado tener ninguna incidencia en el desarrollo de la política agropecuaria, por lo cual deja en entredicho el carácter democrático y participativo que tienen las Zidres.[9]

El capítulo IV define la política de incentivos, garantías y cofinanciación, en donde las Zidres gozarán de un amplio apoyo estatal para los "empresarios" con lineas de crédito especiales, estímulos, incentivos, respaldos y todo tipo de gabelas que permitan acaparar los recursos estatales y establecer un canal de transferencia directa de lo público hacia lo privado. Pero además de ello, se brindan plenas garantías al inversionista, ya que gana con la aprobación de las Zidres, pero también queda blindado ante cualquier modificación de la legislación agraria, incluso si no pasa un análisis ante la Corte Constitucional, lo cual es poco probable, ya que podrá con base

[9] Mujica, J. "Lo peor del proyecto zidres", *La Silla Rural*, Bogotá, La Silla Vacía, 2015.

La disputa del derecho.indb 588 28/11/18 10:52

en el artículo 8 demandar al Estado, argumentando derechos adquiridos al momento de suscribir el contrato que no será modificado, garantizando la seguridad jurídica de sus inversiones.

Adicionalmente, las Zidres tendrán un carácter "feudal" en tanto que el artículo 11 que dispone la garantía de la plantación, dispone que cuando sea con recursos propios, su destinación será la que a bien tenga el inversionista, aunque se enuncie que se debe respetar la función social y ecológica de la propiedad, su desarrollo dará primacía a la voluntad privada, a pesar de su enunciación del postulado constitucional que limita la propiedad privada a su carácter ecológico y social.[10]

Las Zidres se plantean desde un modelo de arrendamiento de la tierra, evitando una posible declaratoria de inconstitucionalidad, en tanto que la entrega de la tierra se hace a través de títulos no traslaticios de dominio, para el desarrollo de proyectos productivos a largo plazo, que podrán ser prorrogados, postergando en el tiempo el acceso a la propiedad de la tierra para los campesinos, y aquellos que accedan, deberán someterse al modelo Zidres, e incluso, adoptar un plan de transición para la reconversión productiva hacia las Zidres definido por la UPRA (Parágrafo 3 artículo 20).

Para la constitución de las Zidres no habrá ningún tipo de restricción, pues se incluyen todos los bienes inmuebles del Estado (Artículo 13), en donde están los baldíos, bienes fiscales patrimoniales, baldíos reservados y bienes del Fondo Nacional Agrario; paradójicamente, las fuentes que van a nutrir el Fondo de Tierras para la Paz, acordado con la guerrilla de las Farc en el marco de las negociaciones de paz. El supuesto Fondo para la Paz, será un Fondo para las Zidres, en donde se evidencia cómo el Gobierno Nacional se adelanta a la implementación de los acuerdos con el modelo Zidres, para que se mantenga inalterada la estructura agraria del país.

La constitución de las Zidres contará con mínimas restricciones y podrá sobreponerse sobre los derechos de las víctimas de acceso a la tierra (Artículos 25 y 26), las zonas de desplazamiento forzado (Artículos 27 y 28), sin que puedan alterarse los resguardos indígenas, las zonas de reserva campesina, y territorios colectivos de comunidades negras, o en proceso de constitución. Sin embargo, la disputa por la tierra ha sido una lucha de largo aliento, por lo que en el momento existen un sinnúmero de solicitudes

[10] Mujica, J. "Las ZIDRES feudales", *La Silla Rural*, Bogotá D.C., La Silla Vacía, 2015.

La disputa del derecho.indb 589 28/11/18 10:52

de nuevos resguardos, ampliación, saneamiento, así como la figura de las zonas de reserva campesina, que con las Zidres ven frustrados sus objetivos de ampliación o constitución de nuevos territorios bajo dicho marco, en contravía de los postulados del Estado Social de Derecho y los marcos normativos de la ley 160 de 1994.

En las zonas Zidres, identificadas y delimitadas por el entramado institucional y el procedimiento que allí se dispuso, se llevarán a cabo los llamados proyectos para la "productividad". Estos proyectos deben corresponder a dos dinámicas no siempre concordantes, pero que la ley expone como sin contradicciones: por una parte, desarrollar una producción acorde a la internacionalización de la economía, pero también a la conveniencia nacional. Sin embargo, se pretende eliminar, por mandato legal, las contracciones entre los procesos de globalización que no coinciden con los intereses nacionales, como por ejemplo los tratados de libre comercio con la defensa de la producción de alimentos para el mercado interno y la soberanía alimentaria.

Los llamados "proyectos productivos" serán propuestos por personas naturales, jurídicas, o de forma asociativa entre empresarios y campesinos. Aquí, los "proyectos productivos" dan cabida a la extranjerización, evidente e implícita en el parágrafo 5 del artículo 3, cuando establece que los proyectos productivos que sean aprobados por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural en donde tenga lugar "inversión nacional o extranjera" se debe brindar la garantía de no afectar "la seguridad, autonomía y soberanía alimentaria", sin embargo, queda la pregunta por qué tipo de soberanía y seguridad alimentaria se protegerá, ante la falta de política seria para Colombia.

Existen dos modalidades para el desarrollo de los "proyectos productivos": de forma individual por personas naturales o jurídicas, o de forma asociativa. Para el primer caso se consignan un conjunto de requisitos que deberá cumplir el proyecto para su aprobación, según los parámetros que para ello fijen el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, con el apoyo técnico del Departamento Nacional de Planeación.

Entre estos requisitos se destaca que los proyectos productivos tengan que armonizar los distintos instrumentos de planeación territorial, que define cada ente territorial como desarrollo de la política de descentralización, cada proyecto deberá lograr que el POT, PBOT y EOT se adecue a

La disputa del derecho.indb 590 28/11/18 10:52

los mandatos de la Unidad de Planificación Rural Agropecuaria, UPRA, y el proyecto productivo que se pretende llevar a cabo al interior de la Zidres.

Este requisito quedó inconexo, ya que en el trámite del proyecto se eliminó que las Zidres modificarían de forma automática todos los instrumentos de planeación territorial, como se propuso en el texto de tercer debate en la Comisión Quinta del Senado de la República. Sin embargo, de nuevo la ambigüedad calculada permitió que se eliminara dicha previsión normativa tan explícita, sin que se hiciera en el resto del texto de la ley, por lo tanto, dicha modificación de los instrumentos de planeación de los territorios quedó incluida. Así que de forma implícita, el gobierno nacional logra centralizar la toma de decisiones sobre asuntos agrarios, carente de participación de los mandatarios locales y sus planes de desarrollo para el campo desde lo local y sus propias necesidades.

El parágrafo 3 del artículo 3 abona en la ambigüedad y vaguedad que son los elementos característicos de la ley de Zidres, ya que excluye de adelantar proyectos productivos a las personas naturales o jurídicas a las que se les adjudicaran baldíos con posterioridad a la expedición de la ley 160 de 1994, sin cumplir a cabalidad con los requisitos que exige el artículo 72 de la mencionada ley, referidos a la no acumulación de las UAF y la inscripción de la limitación en el número de matrícula inmobiliaria.

Sin embargo, teniendo en cuenta la falta de información que existen sobre los baldíos en Colombia, los altos índices de informalidad y las constantes irregularidades presentes en el proceso de administración de estos bienes públicos, por el imperio de la ley, se sanean las irregularidades y nulidades que pueden tener las compraventas sobre bienes inmuebles con antecedentes de baldíos, permitiéndoles adelantar "proyectos productivos" en las Zidres, en tanto que los requisitos son tan exigentes que serán muy pocos los que acrediten estas condiciones de exclusión, por lo tanto, las restricciones que disponía la ley 160 de1994 con este simple parágrafo quedan completamente excluidas, tanto para adjudicaciones anteriores, bajo los marcos normativos de la ley 135 de 1961 y 30 de 1988, permitiendo la acumulación de tierra por parte de narcotraficantes y multinacionales.

El supuesto modelo virtuoso de alianzas, por una parte de las conocidas público-privadas para el desarrollo de infraestructura, de la cual carecen las zonas que supuestamente van a desarrollarse con las Zidres, y que ha sido parte de las denuncias por los partidos de izquierda y oposición al

La disputa del derecho.indb 591 28/11/18 10:52

Gobierno Nacional de manifestar su temor porque las Zidres sean parte de una estrategia especulativa del capital, ante la imposibilidad de contar con medios de producción e infraestructura que permita la producción de mercancías y su transporte hacia los mercados en los centros poblados y los puertos para su exportación.

Pero también las supuestas alianzas entre campesinos y empresarios están viciadas por el derecho útil al capital, que brinda importantes ventajas para los capitalistas del campo, y si bien la letra de la ley consagra garantías para los campesinos, incluso explicitando la indemnidad para el trabajador agrario (Artículo 16), la práctica de las Zidres develará como en los conflictos entre el capital y el trabajo la balanza se inclinará a favor del primero, que además cuenta con todas las garantías legales con un marco favorable a sus intereses y necesidades.

En conclusión, la ley de las Zidres representa un ejemplo detallado del que denominados "derecho útil al capital" en el que, a partir de una construcción sofisticada y calculada, se establecen un conjunto de reglas que favorecen y estimulan la acumulación de capital, le garantizan seguridad jurídica para su desposesión, y legitiman la contra reforma agraria que a sangre y fuego impusieron los escuadrones paramilitares, narcotraficantes y empresas multinacionales.

Algunas reflexiones finales: globalización hegemónica y resistencias al derecho útil al capital

La experiencia del neoliberalismo en América Latina no ha sido de forma ordenada, y ante el ascenso de gobiernos de carácter progresista, la estrategia ha ido mutando en cada contexto, intentado desmarcarse de esta etiqueta, al presentarse como una superación del neoliberalismo, de un avance para ir más allá, manteniendo siempre la centralidad del capital, como lo ha estudiado en detalle Beatriz Stolowicz. La estrategia (pos)neoliberal en Colombia es a través de los mecanismos jurídicos, el amparo por el imperio de la ley, y actuar bajo la legalidad del Estado.

Por lo tanto, para el contexto colombiano la batalla en el campo jurídico adquiere una connotación diferente y tiene una importante centralidad, aunque se desarrolle en contextos de absoluta ilegalidad, sin Estado, y

La disputa del derecho.indb 592 28/11/18 10:52

violación de su letra por parte del mismo Estado, como el caso del Incoder y sus alianzas con el paramilitarismo, de las facciones de poder legales e ilegales, e incluso, del campesinado que en su rebusque y mejora de condiciones de vida apela a todo, incluso, a la ilegalidad, sin que su opción sea del todo libre, sino también orientada por la necesidad.

La globalización hegemónica, especialmente la que se identifica con el campo económico no sólo ha impuesto una homogenización que está alcanzando niveles mundiales, sino que dicha avanzada del capital se ha dado, también incluso con las formas jurídicas, sobre todo aquellas útiles al capital. Por eso nuestra labor como intelectuales comprometidos con las causas de los desposeídos y los subalternos parte por identificar en detalle las construcciones jurídicas que sólo le son útiles al capital, y cómo lograr imponer barreras y limitaciones a estas formas jurídicas que despojan, expropian y produce en lucro para el capital, pero destrucción para la vida.

Ante la ambigüedad y las cargas eufemísticas que se imponen desde la estrategia (pos)neoliberal, que incluso ha llegado a expropiar a los movimientos sociales de su lenguaje al utilizar conceptos como "reforma estructural", que en lugar de indicar un mejoramiento en las condiciones de vida, los (pos)neoliberales lo transformaron en la eliminación de lo que para ellos son barreras a la acumulación, pero que para las clases subalternas eran derechos conquistados. Por lo tanto, resulta necesario que el pensamiento crítico avance en identificar con exactitud y sin eufemismos, la construcción de un tipo de derecho que es útil al capital, y exponer en detalle cómo se pretende encubrir y presentar como interés general, lo que es una relación social de dominación y explotación que reviste una forma jurídica que nos permita dar paso a la construcción de otro tipo de relaciones, lo que requiere necesariamente un cambio profundo en la correlación de fuerzas.

Bibliografía

Estrada Álvarez, Jairo, Darío Fajardo Montaña, Javier Giraldo Moreno, Alfredo Molano Bravo, Víctor Manuel Moncayo Cruz, Renán Vega Cantor, Sergio de Zubiría Samper, *Conflicto social y rebelión armada en Colombia. Ensayos críticos*, Bogotá D.C., Gentes del Común, 2015.

La disputa del derecho.indb 593 28/11/18 10:52

Fajardo, D. *Para sembrar la paz hay que aflojar la tierra*. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, IDEA, 2002.

Fajardo, M. D. Estudio sobre los orígenes del conflicto social y armado, razones de su persistencia y sus efectos más profundos en la sociedad colombiana. *Conflicto social y rebelión armada en Colombia: ensayos críticos.* A. J. Estrada. Bogotá D.C., Gentes del Común, 2015, 95-149.

Fe, R. S. (2015). "FARC califica "puñalada artera" creación de Zonas de Interés de Desarrollo Rural y Económico, ZIDRES". <http://www.radiosantafe.com/2015/12/22/farc-califican-punalada-artera-creacion-de-zonas-de-interes-de-desarrollo-rural-y-economico-zidres/>.

Harvey, D. 2012. *El enigma del capital y las crisis del capitalismo*, Madrid, Akal. Molano, B. A. 2015. "Fragmentos de la historia del conflicto armado (1920-2010)". En Jairo Estrada Álvarez, *et al.*, *Conflicto social y rebelión armada en Colombia. Ensayos críticos*, Bogotá D.C., Gentes del Común.

Mujica, J. 2015. "Las ZIDRES feudales". *La Silla Rural*, Bogotá D.C., La Silla Vacía.

Mujica, J. (2015). "Lo peor del proyecto zidres". *La Silla Rural*, Bogotá, La Silla Vacía.

El Tiempo. "Así operará el plan estrella para resucitar el campo del país". *El Tiempo*. Bogotá, 2006.

Vega, C. R. (2013). "La piñata de los baldíos y los abogados robatierras". <http://www.rebelion.org/noticia.php?id=173036>.

La disputa del derecho.indb 594 28/11/18 10:52

La disputa por el derecho:
la globalización hegemónica vs *la defensa*
de los pueblos y grupos sociales
editado por Bonilla Artigas Editores
se terminó de imprimir en octubre de 2018.

En su composición se utilizó el tipo Arno Pro.
Para los interiores se utilizó papel bond ahuesado de 90 gramos
y para la portada papel couché de 300 gramos.

La edición consta de 500 ejemplares.