

## PODER PRIVADO, GOBERNANZA Y CONSTITUCIÓN: UNA OPORTUNIDAD PARA LA JUSTICIA SOCIAL

Isaac DE PAZ GONZÁLEZ\*

María del Refugio MACÍAS SANDOVAL\*\*

SUMARIO: I. *Estado constitucional y poder privado: origen de las tensiones, breves apuntes teóricos.* II. *El poder corporativo nacional y transnacional: bajo la mirada constitucional.* III. *El poder privado en México, la gobernanza y la corrupción.* IV. *El papel de la Constitución: ¿límites a los poderes privados?*

### I. ESTADO CONSTITUCIONAL Y PODER PRIVADO: ORIGEN DE LAS TENSIONES, BREVES APUNTES TEÓRICOS

El contrato social contemporáneo atraviesa por una grave crisis de gobernanza articulada desde las estructuras públicas y privadas del poder en el que se ha privilegiado la toma de decisiones a favor de las minorías políticas y económicas. La ausencia del Estado como fuente de seguridad social, humana,<sup>1</sup> y

---

\* Profesor-investigador de tiempo completo de la Universidad Autónoma Baja California, Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, SNI. Miembro de The Society of Legal Scholars. Doctor en derechos fundamentales y libertades públicas, Cum Laude, UCLM, España. Contacto: isaac.depaz@uabc.edu.mx Miembro del Cuerpo Académico Justicia Alternativa y Social.

\*\* Profesora-investigadora de tiempo completo de la Universidad Autónoma Baja California, líder del Cuerpo Académico Justicia Alternativa y Social. Doctora en Ciencias Jurídicas.

<sup>1</sup> La seguridad humana es un concepto creado desde el informe de desarrollo humano de las Naciones Unidas en 1994, mediante la conceptualización de “Nuevas Dimensiones de la Seguridad Humana”. La seguridad humana promueve la adopción de medidas centradas en las personas, exhaustivas, apropiadas a cada contexto y orientadas a la prevención, que intentan reducir la posibilidad de que se produzcan conflictos, ayudan a superar los obstáculos que entorpecen el desarrollo y promueven los derechos humanos de todos. Véase, “La seguridad humana en las Naciones Unidas, 2012”, disponible en: <http://www.unocha.org/sites/>

de solidez económica es notoria en diversas regiones del mundo. Cada vez, y según convenga,<sup>2</sup> el Estado se ha vuelto una categoría marginal. México no es la excepción. En los últimos treinta años hemos experimentado constantes altibajos sociales, disminución de la calidad de vida y un empoderamiento inusitado de las corporaciones que han aparecido en el espacio público dominando muchos ejes de la vida comuna de las personas. Piénsese por ejemplo en todas las áreas dominadas por la banca, las compañías de seguros, las empresas constructoras de vivienda, los concesionarios de automóviles, la prestación de servicios de telecomunicaciones y comunicaciones terrestres ya aéreas. Todos espacios, otrora parte del sector público, ahora forman parte del patrimonio privado.

De acuerdo con el análisis expuesto por De Sousa Santos, el contrato social contemporáneo, que funcione como paradigma sociopolítico, exige la creación de cuatro bienes públicos: legitimidad del gobierno, seguridad. Identidad colectiva, y bienestar socioeconómico.<sup>3</sup> En este sentido, de acuerdo con De Paz González,

“el acuerdo Estado sociedad es el generador de toda la estabilidad de una sociedad, por ello se justifica la necesidad de reconfigurar todas las relaciones de poder en torno a los bienes públicos. Desde esta perspectiva, el robustecimiento del Estado vas más allá de reorientar las políticas neoliberales que limitaron la obligación estatal e impusieron a la sociedad las leyes del libre mercado. [En consecuencia] se requieren medidas de mayor alcance tanto normativo como político porque desde la sociedad surgen reclamos de igualdad e inclusión para acceder a la toma de decisiones del poder, y las voces de los actores sociales exigen ser escuchadas en las esferas gubernamentales.”<sup>4</sup>

Las medidas de mayor alcance desde luego son multidimensionales y no necesariamente implican reformar leyes o la propia constitución sino aplicar la ya existentes bajo todos los parámetros normativos y jurisprudencia-

---

*dms/HSU/Outreach/1241684\_Spanish%20HUMAN%20SECURITY%20Brochure\_web\_December%2010.pdf.*

<sup>2</sup> Pues cuando se trata de rescatar a un sector privado como la Banca, empresas de automóviles u otros sectores de la producción, siempre se acude al estatismo. Recordemos los casos del Fobaproa en México, GM y Daimler Chrysler (2009) en Estados Unidos, en los que tuvo que intervenir el departamento del Tesoro.

<sup>3</sup> De Sousa Santos, Boaventura, *Reinventar la democracia*, 2ª ed., trad. de Diego Palacios Cereales, Quito, Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales, 2004, p. 6.

<sup>4</sup> De Paz González, Isaac, *Constitucionalismo y justiciaabilidad de los derechos sociales: estudio comparado internacional y leading cases a través del juicio de amparo en México*, México, Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 2016, p. 9.

les que se han creado desde 2011 en México y que también, desde la Corte Interamericana, proclaman una nueva dimensión de las obligaciones de todos los sujetos hacia los derechos humanos. Aunado a ello, desde la ONU también se ha impulsado la vinculación de las empresas hacia los derechos humanos y no solo bajo el rotulo de la “responsabilidad social” que en realidad no ha funcionado para que las empresas asuman sus compromisos de derechos humanos.

No obstante, en medio de la vorágine de fuerzas que empujan al Estado a convertirse en una categoría marginal, vemos como las democracias occidentales están entrando en procesos de cierre político y económico que generan turbulencias (económicas, bélicas e ideológicas) continentales.<sup>5</sup> Abundan los ejemplos: el *Brexit*, y los procesos de cierre en el gobierno de Donald Trump<sup>6</sup> que lo mismo trastocan valores e identidades políticas de una región y polarizan la opinión pública.<sup>7</sup>

En el centro de estas tensiones y en la periferia también, se halla la gobernanza tanto en su dimensión local como global, cuyos ingredientes de éxito son los derechos humanos, el respeto al imperio de la ley, la rendición de cuentas de las instituciones y la paz. Estos factores componen la ecuación constitucional, cuyo resultado es la igualdad de expresiones normativas con la realidad.<sup>8</sup>

Si nos trasladamos al contexto mexicano, en plena época electoral, resolver la ecuación mexicana de gobernanza se visualiza sumamente difícil en el corto plazo. Recordemos que en diciembre de 2013 el Pacto por México vislumbraba un acuerdo aparentemente útil y necesario ante el disenso de las fuerzas políticas. Es deseable que los actores políticos decidan crear

---

<sup>5</sup> Esto ha sido ampliamente descrito por Jeremy Waldron, Upendra Baxi, Brubacker, y otros.

<sup>6</sup> En su política antiinmigrantes mexicanos y musulmanes; su postura económica internacional, e.g. su retiro del Acuerdo de París, del Acuerdo Transpacífico y su amenaza de acabar con el TLC. Hechos notorios que han sido ampliamente descritos en la prensa internacional.

<sup>7</sup> Este discurso ha venido en ascenso, según De Paz González, “aunado a la visión trivial y restringida de los derechos humanos que les resta su valor vinculante, y contrario a todo el *ethos* que representa la democracia sustancial, en Estados Unidos surgen posicionamientos públicos en contra del discurso político xenofóbico. El hilo conductor de la oposición al discurso de Donald J. Trump revaloriza el papel de los inmigrantes; su importancia cultural, aportación al enriquecimiento de la vida comunitaria y al desarrollo económico de Estados Unidos”. De Paz González Isaac, “La dimensión Universal de los derechos humanos frente al discurso del odio de Donald J. Trump” *Dignitas*, México, año X, núm. 30, enero-abril de 2016, p. 22.

<sup>8</sup> United Nations and The Rule of Law, “Governance”, disponible en: <https://www.un.org/ruleoflaw/thematic-areas/governance/>.

alianzas que empujen la gobernanza hacia canales más amplios de comunicación con la sociedad.

Sin embargo, el Pacto por México fue un acuerdo en el que la sociedad no participo y no tuvo influencia deliberativa. Fue diseñado en forma vertical sin contar siquiera con el apoyo de todas las fuerzas políticas mexicanas. Desde 2016, el Pacto se disolvió, un pacto efímero y discrecional, cuyos cinco puntos sobre educación y derecho sociales, comparadas con las cifras de crecimiento económico que han sido reveladas por el INEGI, la OCDE e incluso el Banco Mundial, han sido un fracaso absoluto.<sup>9</sup>

En consecuencia, el próximo pacto que —en su caso se pretenda llevar a cabo— deberá tener medianamente un consenso social amplio, influyente y deliberativo, no puede haber puntos de partida contractuales entre sectores gubernamentales sin que la sociedad participe, analice y delibere en un ambiente dialógico para alcanzar los mejores acuerdos. En esta etapa de la gobernanza política los ejes del poder deben estar abiertos a la participación social.

Sin embargo, debemos tener en cuenta que un enfoque democrático que reconstruya la relación entre poder privado y el Estado, trasciende en las estructuras clásicas del poder. Dentro de esta ecuación de la gobernanza surgen dos elementos imprevistos como lo son las corporaciones y los jueces constitucionales, que han adquirido un valor protagónico. Pues buena parte de las nociones decimonónicas se limitan el estudio de las estructuras y los procesos democráticos desde el punto de vista electoral y del ejercicio político.

En México el poder privado medianamente comienza a ser limitado. El adelgazamiento del Estado (léase, la venta de las empresas públicas y la cesión de actividades estratégicas como la educación y las telecomunicaciones; producción energética, etc.) iniciado desde los ochenta, y que parece no tener fin;<sup>10</sup> ha creado corporaciones mexicanas que figuran en la lista de multimillonarios del mundo.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> Los ejes fueron: 1) Sociedad de Derechos y Libertades; 2) crecimiento económico, el empleo y la competitividad; 3) Seguridad y Justicia; 4) Transparencia, Rendición de Cuentas y Combate a la Corrupción; y 5) Gobernabilidad Democrática, disponible en: [https://emba.mex.sre.gob.mx/bolivia/images/pdf/REFORMAS/pacto\\_por\\_mexico.pdf](https://emba.mex.sre.gob.mx/bolivia/images/pdf/REFORMAS/pacto_por_mexico.pdf).

<sup>10</sup> Los otros activos de la producción nacional, son ahora privados; empresas de minería, ferrocarriles, autopistas, aerolíneas, televisión, bancos y su respectiva infraestructura, pertenecen a la industria nacional e internacional.

<sup>11</sup> Casi todos se han hecho de cuantiosas ganancias por la venta de empresas públicas de telefonía, bancos, mineras, metalurgia y televisoras. V. gr. Carlos Slim, Germán Larrea, Alberto Baillères González y Eva Gonda Rivera, son algunos de los mexicanos que forman parte de la lista global de billonarios que Forbes lanza, disponible en: <https://www.forbes.com.mx/estos-son-los-16-mexicanos-mas-ricos-de-la-lista-forbes-2018/>.

Ahora bien, el desmantelamiento del estado no es algo nuevo. Comenzó en los años setentas en diversas regiones del planeta, desde Inglaterra<sup>12</sup> hasta México. Doctrinalmente, esta presión global sobre el estado ha sido estudiada por Serna de la Garza; quien se ha ocupado de este tema a partir del caso de la guardería ABC en Sonora (2009), y algunas de sus propuestas se han plasmado en distintas legislaciones.<sup>13</sup>

Por una parte, debemos señalar que el único dique frente al oleaje privado ha sido la justicia constitucional. El único poder que ha metido en cintura a las corporaciones es el judicial, en especial, la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Los temas han sido variables, telecomunicaciones,<sup>14</sup> siembra de alimentos transgénicos, productos de consumo doméstico, etc. La discusión de los casos sobre el incremento de la justicia constitucional para someter al poder privado ya ha sido denotada desde la óptica de los derechos sociales y en especial de los derecho colectivos de los pueblos indígenas. No importa discutir ahora casos, que han tenido un efecto constitucional poco destacado por la doctrina y la practica nacional.<sup>15</sup>

Por ello, un primer enfoque empírico nos conduce a terrenos teóricos que nos muestran un panorama nuevo: la relación entre poder privado y Derecho con la consecuente erosión de la línea que divide al derecho público del privado en temas de derechos humanos.

Y los alcances del derecho público (en especial del derecho constitucional y convencional) en las relaciones privadas se han expandido debido a dos factores: a) la fuerza de la Constitución y la fuerza de los derechos humanos. Desde nuestra óptica, el viejo paradigma paleopositivista (de que el Estado solo debe limitarse a hacer, y no a limitar el poder privado) ya no tiene ningún anclaje empírico en las sociedades modernas, pues ya desde mediados inicios de siglo XX el poder corporativo irrumpió frente al poder del Estado y los estudiosos del derecho constitucional se dieron a la tarea de fijar

---

<sup>12</sup> Véase por ejemplo: Pierson, Paul, *Dismantling the Welfare State? Reagan, Thatcher and the Politics of Retrenchment*, UK, Cambridge University Press, 2010.

<sup>13</sup> Véase Serna de la Garza, José María, *Globalización y Gobernanza: las transformaciones del Estado y sus implicaciones para el derecho público. Contribución para una interpretación del caso de la Guardería ABC*, México, UNAM-Jurídicas, 2010.

<sup>14</sup> En este sentido, Cantú Rivera, Humberto, "The Mexican Judiciary's Understanding of the Corporate Responsibility to Respect Human Rights", *Business and Human Rights Journal*, Cambridge, vol. 1, January 2016, pp.133-138.

<sup>15</sup> Estos problemas nacen por la explotación de tierras de pueblos originarios que no logran contener al poder privado o estatal pues se les permite a operadores particulares legalizar medidas de desplazamiento y exclusión en proyectos extractivos. Diverso Casos de los Yaquis en Sonora, comunidades mayas en Campeche y otros, son analizados en De Paz González, *Constitucionalismo y justiciabilidad...*, cit., pp. 460-470.

límites al emergente poder privado. Uno de los ejemplos más recientes de esta sujeción al poder proviene del papel que han jugado las empresas de telecomunicaciones en el manejo de los datos de sus usuarios en épocas electorales y que les ha valido ser llamadas a comparecer en el Parlamento Británico<sup>16</sup> y el Congreso de Estados Unidos.<sup>17</sup>

El origen de las tensiones entre poder privado y las reglas constitucionales no es nuevo. El Tribunal Federal Alemán construyó su perspectiva de la eficacia de las normas constitucionales (irradiación) desde el caso Luth a mitad del siglo pasado. El juez alemán Ernst Wolfgang Böckenförde ya advertía el papel fuerte que los derechos deberían tener frente a los particulares.<sup>18</sup> Y es que, desde el origen y diseño puritano de las tradiciones políticas modernas, el *Rule of Law*, el *Rechtsstaat*, y el *Etat de droit* Francés (Grote 2012) no se visualizaba en control del poder de los particulares sino únicamente del Estado. Las obligaciones que vertebraron las constituciones del siglo veinte estaban encaminadas a entes públicos; no así a la actividad de los particulares.

Lo anteriormente referido nos permite establecer que las tres grandes tradiciones político-jurídicas que forman parte del ADN del Estado constitucional, y de nuestra constitución mexicana, han sido insuficientes para entender y enmarcar el papel del poder privado. Por la otra, es cierto también que la regulación de los entes privados y el control del poder ha rebasado la frontera estatal y ha llegado a las esferas internacionales y regionales que han impulsado, desde la perspectiva de los derechos humanos, la rendición de cuentas de individuos y empresas.

## II. EL PODER CORPORATIVO NACIONAL Y TRANSNACIONAL: BAJO LA MIRADA CONSTITUCIONAL

Las directrices reconocidas desde la visión del derecho internacional, y del particular objetivo de los derechos humanos<sup>19</sup> han suscitado un interés para

---

<sup>16</sup> Se trata de las empresas Cambridge Analytica y Facebook. Las comisiones parlamentarias interrogaron a sus directivos en sesiones de comités. Véase en: <https://www.parliament.uk/business/committees/committees-a-z/commons-select/digital-culture-media-and-sport-committee/news/fake-news-evidence-uyllie-correspondence-17-19/>.

<sup>17</sup> En Estados Unidos compareció el director de Facebook, véase en: <https://www.judiciary.senate.gov/meetings/facebook-social-media-privacy-and-the-use-and-abuse-of-data>.

<sup>18</sup> Véase por ejemplo Böckenförde, Ernst-Wolfgang, *State, Society and Liberty: studies in political theory and constitutional law*, Great Britain, Berg Publishers, 1991 y Böckenförde, E.W., *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, trad. de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Nomos, Baden-Baden, 1993.

<sup>19</sup> Por diversos medios: a través de la Corte Penal Internacional y de las medidas im-

la creación de un marco jurídico robusto. Y es que en la actualidad, las corporaciones han rebasado los límites geográficos y legales de los Estados. Ello obliga a repensar en marcos de política y normatividad más asertivos a fin de evitar las arbitrariedades del poder privado. Recordemos el escándalo global de la alteración de los sensores de contaminación de los vehículos de Volkswagen en 2015. El asunto fue un ejemplo clarísimo de la necesidad de articular respuestas para: la sanción de conductas fraudulentas de empresas; la protección de los derechos colectivos de consumidores y del bienestar de la población (calidad del aire). Institucionalmente, en diversos contextos se implementaron investigaciones judiciales y parlamentarias para analizar el problema y determinar la responsabilidad de la empresa.

En Estados Unidos,<sup>20</sup> el Parlamento Británico<sup>21</sup> y la Comisión Europea se llevan a cabo acciones precisas para llamar a cuentas a la empresa y determinar su responsabilidad comercial, ambiental y criminal.<sup>22</sup> Actualmente, la empresa Cambridge Analytica ha sido acusada de obtener ilegalmente información personal de las redes sociales para crear tendencias artificiales de opinión y empatía política en la campaña presidencial de Estados Unidos en 2016 y en el proceso (de abandono de la Unión Europea) del referéndum en Inglaterra en el mismo año. La respuesta del Congreso de los Estados Unidos no se hizo esperar, pues la empresa Facebook Inc. Fue citada a de-

---

pulsadas por el consejo de seguridad de la ONU para congelar fondos de empresas que financian grupos terroristas.

<sup>20</sup> De acuerdo al comunicado del 18 de septiembre de 2015, la Agencia de Protección Ambiental (EPA) y la Junta de Recursos del Aire de California (CARB) tienen investigaciones iniciadas sobre la base de supuestas violaciones de Volkswagen a la ley de aire limpio (Clean Air Act). US Environmental Protection Agency (EPA), “California Notify Volkswagen of Additional Clean Air Act Violations”, disponible en: <http://yosemite.epa.gov/opa/admpress.nsf/bd4379a92ceceac8525735900400c27/4a45a5661216e66c85257ef10061867b!OpenDocument>; asimismo según The New York Times: «Attorneys general from at least 30 states and the District of Columbia are organizing a bipartisan coalition to undertake an investigation into the possibilities of consumer fraud and environmental violations by the German automaker Volkswagen». “U.S. States Jumping into Investigation of VW Emissions Deception”, disponible en: <http://www.nytimes.com/2015/10/03/business/us-states-jumping-into-investigation-of-vw-emissions-deception.html>

<sup>21</sup> Inmediatamente llamó a cuentas a los directivos de la empresa en el Reino Unido y determinó las violaciones legales en que incurrieron al vender autos con mecanismos engañosos de emisión de contaminación. *Vid*, UK Parliament, Transport Committee, House of Commons, Monday 12 October 2015 Meeting, versión estenográfica disponible en: <http://parliamentlive.tv/Event/Index/205c2a9a-37c5-404f-9d32-0ecd8d31ed6>

<sup>22</sup> Hace un llamado a los Estados para investigar con total apertura y cero tolerancia las emisiones de gases tóxicos *Vid*, *European Commission statement on air pollutant car emissions*, 15/5713, Bruselas, 24 de septiembre de 2015, disponible en: [europa.eu/rapid/press-release\\_STA-TEMENT-15-5713\\_en.pdf](http://europa.eu/rapid/press-release_STA-TEMENT-15-5713_en.pdf)



clarar a través de su dueño. Este tipo de control parlamentario o legislativo tiene sus raíces en la sujeción de todo tipo de poder al poder de la Constitución. Y ya ha rendido sus primeros frutos para permitir que aquellas personas cuyos datos fueron usados por la empresa Cambridge Analytica, obtengan esa información. En mayo de 2018, la “Oficina del Comisionado de Información del Reino Unido (ICO) entregó el aviso de cumplimiento a la compañía el viernes, en una decisión legal histórica que abre el camino para que hasta 240 millones de votantes estadounidenses soliciten datos de la firma bajo las leyes británicas de protección de datos”.<sup>23</sup>

Ante la invasión de la esfera privada en asuntos de orden público, surgen las siguientes dos tipos de interrogantes. Unas enfocadas en la participación de las empresas desde ámbitos superiores del poder mediante su influencia en el diseño del gasto público en los congresos y en el ejercicio de dicho gasto.

En este sentido hay tres interrogantes: i) ¿cuáles son los mecanismos de revisión del gasto público? ii) ¿Qué está haciendo el Estado y sus instituciones para que las empresas no violen los derechos económicos, ambientales, políticos y sociales? Por ejemplo, en los temas del trabajo forzado, calentamiento global, contaminación, el Acuerdo de París y otros temas que forman parte de una agenda pública global; y iii) ¿Hasta dónde llega el papel de la justicia constitucional y sus jueces para someter a control a los poderes privados? En el siguiente apartado responderé a estas interrogantes no sin antes mencionar que

Si la legislación económica no está bajo revisión constitucional, el público no obtiene suficiente información sobre la motivación de interés público o privado debido a la deferencia judicial y la indiferencia de la legislatura con referencia a este último. Pero mientras el público está en contra de la legislación privada que promueve el interés especial, todavía hay algo de presión al menos para cubrirlo retóricamente. En principio, la ignorancia racional y la acción colectiva problema de los ciudadanos podrían ser mitigadas cuando la corte verifica el interés público que hay detrás de la ley. Cuando la ley sirve a los intereses privados, la representación de la mayoría democrática en el Parlamento es anulada por un grupo de interés.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> Aristegui Noticias, “Ordena Londres a Cambridge Analytica dar datos a 240 millones de votantes de EU”, disponible en: [https://aristeguinoticias.com/0505/mundo/ordena-londres-a-cambridge-analytica-dar-datos-a-240-millones-de-votantes-de-eu/?utm\\_source=OneSignal&utm\\_medium=PushNotification&utm\\_campaign=Notificaciones](https://aristeguinoticias.com/0505/mundo/ordena-londres-a-cambridge-analytica-dar-datos-a-240-millones-de-votantes-de-eu/?utm_source=OneSignal&utm_medium=PushNotification&utm_campaign=Notificaciones)

<sup>24</sup> Cserne, Peter, *Constitutional Courts and the Limits of Economic Policy: Reflexions on the Hungarian Experience*, conference on “Constitutions and Markets” European University Institute, Florence, June 2007, disponible en: <https://www.eui.eu/Documents/MWP/Conferences/>



En virtud de la altísima influencia económica de la legislación en todos los ámbitos nacionales (pensemos por ejemplo en la Ley de Hidrocarburos, La ley de Inversión extranjera, La Ley de Minería, las normas de telecomunicaciones, transporte aéreo, etc.) y las decisiones gubernamentales sobre cuestiones económicas, resultaría ingenuo pensar que las leyes no tienen componentes del poder privado ni efectos económicos palpables. Por ello, los tribunales constitucionales comienzan a ceñir el poder privado bajo las directrices constitucionales. En este aspecto, la Corte constitucional de Colombia es la más avanzada al regular créditos con intervención del Estado, pues ha fallado a favor de los deudores de un crédito de vivienda a largo plazo para que puedan hacer prepagos de su deuda.<sup>25</sup> Más adelante nos ocuparemos de la intervención de las cortes en asuntos económicos y el sector privado.

### III. EL PODER PRIVADO EN MÉXICO, LA GOBERNANZA Y LA CORRUPCIÓN

La gobernanza requiere nuevos enfoques que tocan dos puntos álgidos de las relaciones entre Estado y economía. Por una parte tenemos a las empresas y su función necesaria y generadora de ingresos, impuestos y también de problemas de consumo. Por el otro, advertimos que las verdaderas metas e intenciones de un gobierno para reconocer, proteger, respetar y garantizar los derechos humanos parten del gasto público. No se concibe un sistema de gobierno que respete los derechos humanos cuando no se le dedican las partidas necesarias de dinero en las leyes de ingresos y egresos.

Sobre el problema latente y creciente entre el Estado, las corporaciones y los derechos humanos, Collí Ek señala que “es imposible seguir pensando la función de los derechos humanos como se concibió originalmente con el surgimiento del Estado moderno en el siglo XVIII y XIX, para servir de freno, exclusivamente, a posibles ataque por actores sociales estatales”.<sup>26</sup>

En el caso de México comenzó un adelgazamiento de las funciones estatales desde los años ochenta y declinó gradualmente su actividad en todas las áreas: producción industrial, banca, servicios públicos, carreteras,

---

ConstitutionsMarkets/CserneConstitutionsMarkets.pdf.

<sup>25</sup> Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-252-98 del 26 de mayo de 1998.

<sup>26</sup> Collí Ek, Víctor Manuel, “La defensa de los derechos humanos frente a las corporaciones transnacionales. Realidad Actuante”, en Bagni, Silvia et al. (coords.), *La ciencia del derecho constitucional comparado. Estudios en Homenaje a Lucio Pegoraro*, México, Tirant lo Blanch, 2017, t. III, p. 336.

servicios financieros, educativos, de transporte, telecomunicaciones, de producción energética. Este adelgazamiento ha tenido influencia fundamental para generar erosión sistemática de la economía nacional y del magro crecimiento humano y económico. Si a esto añadimos a lo anterior el problema del narcotráfico en la sociedad, con su influencia negativa y multidimensional en la democracia,<sup>27</sup> tenemos una gobernanza en caída libre; en donde lo único que aumenta es la corrupción y el incremento del poder corporativo privado que parece no tener límites y se escapa al control de las instituciones de administración y procuración de justicia.

En 2017 fuimos testigos de grandes fraudes, desvíos y operaciones con recursos de procedencia ilícita que hasta la fecha no han sido aclarados. Una investigación periodística que utilizo todo el rigor metodológico en la información estadística, contable, de campo, entrevistas, documentos oficiales de la Auditoría Superior de la Federación, y de instituciones financieras. La mecánica fraudulenta usada por el gobierno, las empresas y los servidores públicos que facilitaron el desvío de recursos, fue mediante la utilización de datos personales mediante engaños para que la gente accediera a firmar documentos constitutivos de las empresas. El reportaje menciona parte del *iter criminis* y establece la conexión de la administración pública federal en el que se mezclan sobornos, información privilegiada, fraude en adquisiciones, fraudes contables, y lavado de dinero:

Francisco no está en casa, sino barriendo un salón de clases. El hombre moreno que apenas rebasa los 40 años confirma que es el dueño de una empresa millonaria, o al menos en el papel, porque en realidad sólo tiene el empleo que acaba de conseguir como conserje en una escuela pública de la comunidad.

Dice que nunca recibió los 500 millones de pesos que “su empresa” ganó en contratos firmados en poco más de dos años. “Si hubiera tenido todo eso no estaría aquí”. Pero acepta que firmó unos papeles. “Unos contadores solicitaron mi apoyo, pero (la empresa) era de ellos, y lo de nosotros era prestación de servicio”.

La empresa que Francisco ayudó a crear es una de las 186 compañías que recibieron 7 mil 670 millones de pesos del gobierno federal, gracias a contratos que violan la Ley General de Adquisiciones, y que se reportaron en las Cuentas Públicas de 2013 y 2014.

Pero el fraude no quedó solo en esa violación a la ley. Más de 3 mil 433 millones de pesos simplemente desaparecieron, porque terminaron en empresas fantasma.

---

<sup>27</sup> Bailey, John, *Crimen e impunidad. Las trampas de la seguridad en México*, México, Debate, 2014, pp. 182-185.

El desvío de recursos lo hicieron once dependencias, tan variadas como la Secretaría de Desarrollo Social (Sedesol) o Petróleos Mexicanos, y contó con ocho cómplices: universidades públicas que cumplieron el papel de intermediarias y se quedaron con una comisión de mil millones de pesos por jugar este rol.

Las dependencias involucradas son: Sedesol, durante la gestión de Rosario Robles Berlanga; Banobras, que tenía a Alfredo del Mazo Maza —gobernador electo del Estado de México— al frente; la SEP en la época de Emilio Chuayffet; FOVISSSTE, con José Reyes Baeza Terrazas.

También la Secretaría de Agricultura, cuyo titular era Enrique Martínez y Martínez; el Instituto Nacional para la Educación de los Adultos, con Alfredo Llorente Martínez; el Registro Agrario Nacional, con Manuel Ignacio Acosta Gutiérrez; la Secretaría de Comunicaciones y Transportes con Gerardo Ruiz Esparza como secretario, y la Secretaría de Economía, con Ildefonso Guajardo.

En Pemex los convenios empezaron a firmarse desde 2011, cuando era director Juan José Suárez y Felipe Calderón era Presidente de la República, y continuaron en la gestión de Emilio Lozoya.

Las universidades involucradas son la Universidad Autónoma del Estado de México y su Fondo de Fomento y Desarrollo de la Investigación Científica y Tecnológica (FONDICT), la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, la Universidad Autónoma del Carmen (Campeche), y las tabasqueñas Popular de la Chontalpa, Universidad Juárez Autónoma, Politécnica del Golfo de México, Instituto Superior de Comalcalco y Tecnológica de ese estado.

El mismo procedimiento se emplea desde 2010. Los datos recabados con solicitudes de información indican que, desde ese año, cuando Felipe Calderón todavía era presidente, y hasta la fecha, el gobierno federal ha firmado 2 mil 61 convenios, que involucran 31 mil 668 millones de pesos.<sup>28</sup>

Ante la evidencia, y a pesar de las denuncias interpuestas por diversas organizaciones de la sociedad civil y la Auditoría Superior de la Federación. Este esquema que une peligrosamente la actividad empresarial con el ejercicio del poder público ha sido la plataforma para la comisión de los grandes crímenes económicos que han empañado los últimos diez años a los gobiernos locales. El Huffpost señala:

De 2010 a la fecha, al menos 11 gobernadores han sido señalados por actos de corrupción e investigados por la Procuraduría General de la República

---

<sup>28</sup> La investigación gana el Premio Ortega y Gasset de Periodismo 2018, y se denominó “La Estafa Maestra. Graduados en desaparecer dinero público”. Fue llevada a cabo por la ONG mexicanos contra la corrupción y Animal Político, disponible en: <https://www.animal-politico.com/estafa-maestra/#contenido>

por desvío de recursos públicos y enriquecimiento ilícito. Entre ellos, figuran los casos de Javier Duarte (Veracruz), Roberto Borge (Quintana Roo), Guillermo Padrés (Sonora), César Duarte (Chihuahua), Ángel Aguirre (Guerrero), Fausto Vallejo (Michoacán), Jorge Herrera Caldera (Durango), Miguel Alonso Reyes (Zacatecas), Rodrigo Medina (Nuevo León), Egidio Torre Cantú (Tamaulipas) y Rubén Moreira (Coahuila).

Esto sin contar con gobernadores de años anteriores fueron investigados por casos de enriquecimiento ilícito y vínculos con el crimen organizado, entre los cuales se incluyen los nombres de Andrés Granier (Tabasco), Humberto Moreira (Coahuila), Juan Sabines (Chiapas), Emilio González (Jalisco), Fidel Herrera (Veracruz), Arturo Montiel (Estado de México), Tomás Yarrington Ruvalcaba y Eugenio Hernández (Tamaulipas), José Murat y Ulises Ruíz (Oaxaca).<sup>29</sup>

Evidentemente, la descomposición del ejercicio del gobierno federal ha llevado a la descomposición de las figuras de los poderes ejecutivos en las entidades federativas, pues todos estos gobernadores operaron al amparo de los negocios privados con el dinero público. Así, la gobernanza en México se ha combinado con la identidad de intereses del detentador del poder: el gobernante no distingue entre función pública y privada, sino que ha convertido su actividad de gobernar en una serie de conductas permanentes para crear riqueza personal a través de la obtención (motu proprio) de terrenos de uso común, empresas, concesiones, contratos, licencias, etc. El modus operandi incluye también presidentes municipales y regidores. No hay un ámbito que se salve.

Así, ante la pasividad y aquiescencia de las instituciones de procuración de justicia que no cuentan con independencia jurídica, ni económica ni técnica, gobernadores, secretarios de Estado, presidentes municipales y distintos operadores de alto, mediano y bajo nivel, se han encargado de no fortalecer el sistema nacional anticorrupción y, a pesar de que este sistema se creó en 2015, a mayo de 2018, no se cuenta con una fiscalía especializada.

De este modo, el año 2017 fue marcado por diversos escándalos que nuevamente subrayan la necesidad de fijar una agenda objetiva y a corto plazo de los derechos humanos. Las empresas y sus prácticas corruptas han creado un círculo vicioso que pone en peligro el Estado constitucional y la Estela de Luz, hasta el Paso exprés, fueron subcontratadas y su precio

---

<sup>29</sup> HUFFPOST, “El Dream Team de los gobernadores corruptos en México”, disponible en: [https://www.huffingtonpost.com.mx/2016/11/29/la-generacion-de-gobernadores-mas-corruptos-en-la-historia-de-me\\_a\\_21616032/](https://www.huffingtonpost.com.mx/2016/11/29/la-generacion-de-gobernadores-mas-corruptos-en-la-historia-de-me_a_21616032/)

aumento en más del 100% del costo inicial mediante los convenios modificatorios.<sup>30</sup>

Todo lo anterior, explica el panorama nacional en que México está debilitado en sus instituciones políticas y legales, pero especialmente en la capacidad de gobernar del poder ejecutivo y en el Congreso de la Unión. Para muestra, basta con mencionar lo que la organización *World Justice Project*, establece que México tiene notas reprobatorias en las siguientes materias:

Factor 1: Constraints on Government Powers.

Factor 2: Absence of Corruption Factor.

Factor 3: Open Government Factor.

Factor 4: Fundamental Rights Factor.

Factor 5: Order and Security Factor.

Factor 6: Regulatory Enforcement.

Factor 7: Civil Justice.

Factor 8: Criminal Justice.<sup>31</sup>

Los factores de referencia son componentes esenciales del Estado constitucional. Si bien tenemos grandes reformas legales y constitucionales, las mediciones reales de la actividad gubernamental, renglón por renglón, arrojan notas muy preocupantes de los síntomas de descomposición del ejercicio de gobierno. No hay límites materiales al ejercicio del poder, la regulación y aplicación de la ley es discrecional, y la justicia ordinaria está llena de trampas burocráticas que retardan los procesos de acceso a la justicia. En este aspecto, Ordoñez Sedeño y De Paz González han recomendado “que en el diseño de las políticas públicas se tenga en cuenta que la gobernanza es la reorganización de la sociedad bajo criterios de racionalidad política, económica y jurídica en torno a valores comunes y con fines antropocéntricos.”<sup>32</sup>

---

<sup>30</sup> Auditoría Superior de la Federación (ASF), “XVII Certamen Nacional de Ensayo sobre Fiscalización Superior y Rendición de Cuentas”, noviembre 2017, disponible en: [http://www.asf.gob.mx/uploads/65\\_Certamen\\_Nacional\\_de\\_Ensayo\\_Sobre\\_Fiscalizacion\\_Superior\\_y\\_Rendicion\\_de\\_Cuentas\\_Trabajos\\_Ganadores\\_del\\_Primer\\_Certamen\\_Nacional\\_de\\_Ensayo\\_sobre\\_Fiscalizacion\\_Superior\\_y\\_Rendicion\\_de\\_Cuentas\\_Trab/XVII\\_Certamen\\_Nacional.pdf](http://www.asf.gob.mx/uploads/65_Certamen_Nacional_de_Ensayo_Sobre_Fiscalizacion_Superior_y_Rendicion_de_Cuentas_Trabajos_Ganadores_del_Primer_Certamen_Nacional_de_Ensayo_sobre_Fiscalizacion_Superior_y_Rendicion_de_Cuentas_Trab/XVII_Certamen_Nacional.pdf). Sin embargo, el monto es aún mayor si se considera el comunicado de prensa de la SCT con motivo de la inauguración de la obra, donde el secretario Gerardo Ruiz Esparza afirmó que la inversión de la misma fue de más de \$2,213 millones de pesos, resultando 112% mayor al inicialmente contratado

<sup>31</sup> World Justice Project, “Rule of Law Index 2017-2018”, disponible en: <http://data.worldjusticeproject.org/>

<sup>32</sup> Ordoñez Sedeño, Joaquín y De Paz González, Isaac, “Estado Constitucional y Gobernanza: Bases para una Apertura Democrática de las Políticas Públicas”, *Vniversitas*, Colombia, vol. 66, núm. 134, enero-junio de 2017, p. 202.

#### IV. EL PAPEL DE LA CONSTITUCIÓN: ¿LÍMITES A LOS PODERES PRIVADOS?

En este sentido, el análisis que deseo plantear es la línea constitucional que podemos orientar hacia el poder corporativo nacional. Ya sea mediante el rol pedagógico que ofrecen las interpretaciones del poder judicial y en especial a partir de los principios de la ONU que más adelante señalaremos.

En el siguiente cuadro, esbozamos un mapa constitucional de los mecanismos de control del poder privado.

Cuadro de mecanismos de control de poder privado: elaboración propia.

<i>Mecanismo constitucional</i>	<i>Objeto</i>	<i>Casos/ eficiencia</i>
Amparos	Interpretar las normas constitucionales con extensión hacia los particulares. Vectores de eficiencia constitucional.	Telecomunicaciones (68/2014), siembra de alimentos transgénicos (507/15), productos de consumo doméstico, cláusulas abusivas en contratos de adhesión, publicidad engañosa en la venta de productos (2214/2015).
ASF	Fiscalizar ejercicio del gasto hacia empresas	Nula, inicio de investigaciones ante la Fiscalía General de la Nación, quien no continua procedimientos.
INAI	Favorecer el escrutinio informativo de la actividad pública	Nula. Favorece la opacidad en casos de Odebrecht y otros contratos de Pemex. Solo aporta información superficial en otros casos.
Sistema anti-corrupción	Hasta Abril de 2018, ningún ex gobernador ha sido sentenciado por peculado o cohecho.	Nula hasta ahora. No está en funciones.
Juicio político	Facilitar el proceso de investigación a sujetos previstos en la Constitución.	Ningún funcionario en activo ha sido sometido a la declaración de procedencia por peculado u otro delito similar.

Control parlamen- tario	Revisar la actividad de las secretarías de Estado (comparecencia e interpelaciones).	Ninguna eficacia para llamar a cuentas a las empresas implicadas en violación de DH. Ejemplo: Socavón del Paso exprés de Cuernavaca.
-------------------------------	--	--

Bajo este cuadro, podemos establecer que la Constitución y sus mecanismos de control han intentado poner límites a los poderes privados desde diversas ópticas. La constitucional, que reconoce unas directrices de justicia social y dignidad humana. Las previstas en el marco jurisprudencial que han arrojado criterios novedosos para poner límites a los poderes privados; y la que proviene del derecho internacional de los derechos humanos.

En cuanto a la norma sustantiva, recordemos que el artículo 25 establece dos grandes directrices para el manejo económico impulsado por el estado pues señala que “que, mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución.” En este tenor, puede operar un control constitucional activo en torno a que la administración pública modele nuevas formas de conminar al poder corporativo a los objetivos sociales y humanos del Estado.

Más adelante, la norma constitucional señala: “Bajo criterios de equidad social, productividad y sustentabilidad se apoyará e impulsará a las empresas de los sectores social y privado de la economía, sujetándolos a las modalidades que dicte el interés público y al uso, en beneficio general, de los recursos productivos, cuidando su conservación y el medio ambiente”. Ambas directrices enmarcadas en el artículo 25 constitucional nos permiten formular una posible dimensión comunitaria del desarrollo desde una óptica constitucional con componentes económicos.

En cuanto a las directrices jurisprudenciales también se ha interpretado el artículo 28 al tenor de lo siguiente:

El referido mandato constitucional tiene como objeto que sea en la ley donde se desarrollen los mecanismos que contrarresten las diferencias que se pudieran presentar entre las partes de una relación de consumo, en concreto, procura que en las transacciones entre consumidores y proveedores exista equidad, transparencia y seguridad jurídica... en consecuencia, el legislador define un régimen jurídico singular que contiene disposiciones específicas en contra de la publicidad engañosa y abusiva como se desarrolla a continuación.<sup>33</sup>

<sup>33</sup> Primera Sala SCJN, Amparo Directo en Revisión 2244/2014, párrs. 103 y 107.



Esta nueva dimensión de la protección constitucional comienza a tener eco para favorecer a grupos en desventaja con operadores económicos. Otra jurisprudencia que ha vertebrado con mayor intensidad la protección por ejemplo de los trabajadores pues:

Es necesario advertir que el poder del empresario es una amenaza real a los derechos del trabajador, no por considerar tales poderes como intrínsecamente perversos, sino, más sencillamente, por cuanto la lógica empresarial -sus principios económicos y sus valores normativos- actúa como freno a la expresión de aquellos derechos, comprometiendo su desarrollo.<sup>34</sup>

En este mismo tenor, la protección del derecho ambiental es una obligación dirigida con especial intensidad a los particulares y no solo a las autoridades debido a la eficacia constitucional para todos los gobernados pues se “elevó a rango constitucional el diverso principio de responsabilidad para quien provoque daño o deterioro ambiental; de ahí que la importancia del nuevo sistema de justicia ambiental y su legislación secundaria, que reglamenta la figura de responsabilidad por daño al entorno, es evidente desde la óptica de los derechos humanos”.<sup>35</sup>

Finalmente, el derecho internacional de los derechos humanos ha creado una serie de regulaciones especiales con la intención de expandir la eficacia normativa de los derechos humanos hacia los grandes operadores económicos, pues son ellos quienes interactúan con mayor intensidad en el ámbito de la producción, el intercambio de bienes y servicios, el transporte y el comercio global, con los derechos de las personas. Las Naciones Unidas crearon los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, respetar y remediar. Estos principios advierten:

Las obligaciones existentes de los Estados de respetar, proteger y cumplir los derechos humanos y las libertades fundamentales;

El papel de las empresas comerciales como órganos especializados de la sociedad que realizan funciones especializadas, que deben cumplir con todas las leyes aplicables y respetar los derechos humanos;

La necesidad de que los derechos y las obligaciones se correspondan con los recursos apropiados y efectivos cuando se infringen.

<sup>34</sup> Tesis 1a. CDXXVII/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Decima Época, t. I, diciembre de 2014, p. 242.

<sup>35</sup> Tesis I.7o.A.1 CS, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. IV, octubre de 2016, p. 2866.

Que las empresas deben respetar los derechos humanos en el ejercicio de sus operaciones.

Fijar reglas claras en la legislación hacia las empresas y sus obligaciones en materia de respeto, garantía y protección.

Proveer guías de trabajo sobre derechos humanos a las empresas.

Impulsar y requerir a las empresas y negocios la comunicación del impacto de su actividad en los derechos humanos.

Promover los derechos humanos con sus cadenas productivas de contratación y comercialización.

Tomar medidas adicionales para proteger con respecto a las empresas y agencias estatales.

Apoyar a las empresas en contextos afectados por conflictos;

Garantizar la coherencia de las políticas en todo el gobierno, incluida la capacitación, la información y el apoyo a las empresas.<sup>36</sup>

Las directrices de la ONU son en realidad prácticas amigables de las empresas que facilitarían la adopción de metodologías de todo tipo: desde políticas públicas creadas mediante la participación entre empresas y gobierno hasta la adopción de medidas legislativas desde el Congreso de la Unión. Y por otra parte, es una invitación deliberativa para que las empresas interesadas en fortalecer el Estado de derechos, de verdad asuman compromisos jurídicos y no solo campañas publicitarias en las que reclaman seguridad, justicia y que se acabe la corrupción. Creo que los ejercicios de control parlamentario de Estados Unidos e Inglaterra al mandar llamar a los directivos de grandes corporaciones representan un nuevo enfoque del control del poder. Los ejercicios democráticos que piden la rendición de cuentas del poder corporativo están enmarcados dentro de los contextos constitucionales y son parte de los canales de diálogo democrático necesario para un mejor funcionamiento de la sociedad.

Así, podemos concluir que México cuenta con tres fuentes normativas para someter a rendición de cuentas el poder corporativo: la Constitución, la jurisprudencia de la SCJN, y las directrices de la ONU. Si queremos tomarnos el derecho constitucional en serio, estos ejes rectores deben propagar la eficacia de los derechos humanos y la constitución al unísono.

---

<sup>36</sup> Naciones Unidas, “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para ‘proteger, respetar y remediar’”, disponible en: [http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR\\_SP.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf)