

PODERES SALVAJES, *LEX MERCATORIA* Y DERECHOS SOCIALES: REPENSAR LA CONSTITUCIÓN DE 1917 A CIEN AÑOS DE SU PROMULGACIÓN

Rodrigo GUTIÉRREZ RIVAS*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Proceso de-constituyente para la acumulación*. III. *Lex Mercatoria: blindar con el derecho el poder de las empresas*. IV. *Las empresas también violan los derechos humanos*. V. *Herramientas jurídicas para proteger los derechos sociales y limitar el poder de las empresas*.

I. INTRODUCCIÓN

A cien años de su promulgación, el proyecto social de la Constitución mexicana de 1917 está desfondado; a lo largo de las últimas cuatro décadas ha perdido gran parte de su contenido social y de su sentido original. Durante ese periodo se han venido desplegando de forma paralela dos fenómenos jurídicos interconectados —uno interno y otro externo— que han conducido a una transformación radical del marco constitucional y legal en nuestro país.

Por un lado, en el ámbito interno, ha tenido lugar un proceso de ruptura constitucional desde arriba, muy poco democrático, en clara sintonía con intereses de poderes privados, que puede calificarse como *proceso de-constituyente para la acumulación*. Ello ha supuesto la modificación de decenas de normas e instituciones que habían sido diseñadas y promulgadas para la protección de derechos sociales y para garantizar mecanismos de redistribución de la riqueza social producida.

Por otro lado, en el ámbito exterior —aunque relacionado de forma estrecha con lo anterior—, un proceso de fortalecimiento de un conjunto de normas e instituciones diseñadas para dar garantía y seguridad a las inversiones privadas transnacionales. Con base en ellas las empresas logran superar algunos de los pocos instrumentos de control que aún perviven y que podrían suponer límites a las fuerzas económicas nacionales y multinacionales.

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

RODRIGO GUTIÉRREZ RIVAS

El objetivo de este artículo es analizar ambos fenómenos jurídicos interconectados lo que permitirá destacar algunos de los grandes retos que hoy enfrenta el constitucionalismo social mexicano a cien años de su instauración. Una vez presentado el diagnóstico en los tres primeros apartados del trabajo, en el cuarto y último se plantearán un conjunto de propuestas que pueden ser útiles para acompañar los esfuerzos de quienes estén interesados en relanzar en el país (ya sea dentro del actual marco constitucional o bien en el contexto de una convocatoria a un nuevo proceso constituyente) una alternativa redistributiva. Se trata de un conjunto de herramientas diseñadas para intentar someter a los nuevos poderes (privados) que hoy están vulnerando de forma grave los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) de la población en general, profundizando las desigualdades, poniendo en riesgo la supervivencia de pueblos indo-campesinos, y colocándonos a todos y todas al borde de una catástrofe ecológica al estar amenazando nuestros bosques, nuestras selvas, la salud de los ríos (y a los propios ríos), así como la increíble diversidad ambiental de flora y fauna que día a día va disminuyendo.

II. PROCESO *DE-CONSTITUYENTE* PARA LA ACUMULACIÓN

Hace poco más de treinta años, comenzó a instrumentarse en México una transformación jurídica de enorme trascendencia que encadenó un conjunto semi-articulado de reformas legales y constitucionales —orientadas por una ideología económico-liberal—, que al acumularse en el tiempo han producido una mutación radical del orden jurídico constitucional que trastoca el proyecto de Estado social iniciado con la Constitución de 1917.

Este conjunto amplio de modificaciones partió de la hipótesis según la cual la única salida posible a la crisis que enfrentaba el modelo de sustitución de importaciones era lograr la recuperación de las tasas de ganancia de los capitales privados bajo el argumento de que suponía un sinsentido “repartir pobreza”, y que por ello era necesario fomentar el fortalecimiento del sector económico, industrial y financiero a partir del impulso de una nueva y moderna economía de mercado capaz de atraer inversiones del exterior.

Dicho proyecto económico-político, que requería importantes reformas del marco jurídico, comenzó a proponer modificaciones legales e institucionales desde el gobierno de Miguel de la Madrid, e inició sus andanzas con la venta de cientos de empresas paraestatales consideradas no estratégicas, así como con el blindaje jurídico para que el sector privado pudiera empezar a hacerse cargo de algunas funciones públicas. El campo de la salud fue un primer espacio de exploración para esto último y desde ahí comenzó a prepararse el terreno para la reformulación de la relación público-privado que se consolidaría en sexenios subsecuentes, subrogando servicios públicos al capital privado.¹

¹ Brachet-Márquez, Viviane, “El Estado benefactor mexicano: nacimiento auge y declive (1822-2002)”, en Bolvitnik, Julio y Damián, Araceli (coord.), *La pobreza en México y en el mundo; realidades y desafíos*, México, Siglo XXI, p. 258.

Sin embargo, fue desde la llegada al gobierno de Carlos Salinas de Gortari (1988), cuando se profundizaron los postulados de esta nueva política gubernamental, que se robusteció a partir de significativas reformas a la Constitución y a la legislación secundaria. Muchas de dichas reformas tienen gran sintonía con el paquete de medidas propuesto por John Williamson —desde el *Institute for International Economics*— y que fue retomado por organismos financieros internacionales, con sede en Washington, como el “mejor” programa económico que debía ser instrumentado por los países de Latinoamérica para impulsar su crecimiento.² Si bien fueron decenas de importantes modificaciones constitucionales las que se hicieron durante dicho sexenio, una de las que puede considerarse emblemática fue la del artículo 27 constitucional. Con ella se decretó el fin del reparto agrario en el país, a la vez que se transformó el carácter inalienable de la propiedad social ejidal. Detrás de esta mutación se encontraba el interés por ampliar el mercado de las tierras en México al abrir la posibilidad de que las asambleas ejidales pudieran enajenar aquella propiedad que había sido protegida por la Constitución de 1917 bajo una lógica social comunal.

Sumado a lo anterior, Salinas de Gortari robusteció e institucionalizó el pacto con el sector empresarial y, como otras piezas claves de su proyecto, firmó el Tratado de Libre Comercio de América del Norte con Estados Unidos y Canadá (TLCAN) y promulgó la Ley de Inversión Extranjera. Además, acompañando dichas normas, se emprendieron estrategias legales menos visibles como enviar al legislativo distintas iniciativas de ley con las que se buscó abrir nuevos espacios para el mercado, o bien ampliar los ya existentes en el país. Por ejemplo, una iniciativa de Ley de Aguas Nacionales (que cambió la consideración que normas anteriores hacían del agua como un bien común por la de un bien con valor económico), o bien la iniciativa de Ley de Minas, que consideró a dicha actividad como de utilidad pública (para habilitar la expropiación de los predios de acuerdo con el artículo 27 constitucional), y como actividad preferente sobre cualquier otra que se llevara a cabo sobre los terrenos (incluyendo la vivienda o la agricultura); se garantizó la seguridad jurídica de dicha actividad con concesiones de cincuenta años (prorrogables por cincuenta más) y se otorgó acceso preferente al agua, entre otros beneficios para los capitales interesados en el ramo. No es casual que el día de hoy cerca del 25% del subsuelo nacional esté concesionado a mineras nacionales y transnacionales (sobre todo canadienses).³

² El borrador elaborado por John Williamson para impartir su conferencia llevaba por título “What Washington Means by Policy Reform”. El paquete de medidas ahí señaladas se convertirían en la base de lo que poco tiempo después sería bautizado como *Consenso de Washington*. La propuesta incluyó un paquete de 10 medidas entre las que se encuentran: el reordenamiento de las prioridades del gasto público (de áreas como educación y salud pública e investigación e infraestructuras); liberalización financiera; disminución de barreras aduanales; eliminación de las barreras a las inversiones extranjeras directas; privatizaciones (venta de las empresas públicas y de los monopolios estatales); desregulación de los mercados y protección de la propiedad privada, entre otras.

³ De acuerdo con los datos elaborados por Francisco López Bárcenas, con base en la información de la Dirección General de Minas de la Secretaría de Economía, existen en el país 56 millones de hectáreas concesionadas a empresas mineras, lo que representa el 28.58% del territorio nacional. López Bárcenas, Francisco y Eslava, Mayra, *El mineral o la vida; la legislación minera en México*, México, Coapi, 2011, p. 28.

RODRIGO GUTIÉRREZ RIVAS

Desde ese periodo, y hasta la fecha, todos los gobiernos subsecuentes han avanzado por la misma ruta abriendo nuevos nichos para el libre mercado, la especulación y la acumulación de capital. Durante el gobierno de Zedillo se modificó el artículo 28 constitucional para permitir la participación del sector privado en la comunicación satelital y los ferrocarriles y se instrumentaron argucias legales para que empresas transnacionales (ETN) de energía eléctrica comenzaran a producirla, a pesar de las disposiciones constitucionales en contra.⁴ Vicente Fox buscó —sin lograrlo— privatizar la educación superior y continuó con una paulatina privatización del sector salud que fue retomada por su sucesor. Fue así que Felipe Calderón modificó la Ley del ISSSTE —afectando gravemente los derechos de los trabajadores del Estado— y entre muchas otras transformaciones normativas (108 reformas constitucionales), rompió el candado legal establecido en el reglamento de la Ley de Bioseguridad que impedía la entrada de las multinacionales de las semillas que hoy amenazan la diversidad genética del maíz. Aun así, ninguno de los anteriores gobiernos se compara con el de Enrique Peña Nieto, quien en los primeros dos años ya había modificado en 21 ocasiones la Constitución para impulsar 11 reformas estructurales (con sus respectivas leyes) a través de las cuales se flexibilizó el mercado laboral, se abrieron las puertas para que la iniciativa privada pueda acceder a los hidrocarburos, el gas Shale a través del *fracking* y pueda producir y vender la electricidad, entre muchas otras transformaciones.

Visto el panorama anterior, es difícil encontrar algún otro país en el que hayan irrumpido con tanta beligerancia poderes privados con capacidad constituyente capaces de trastocar de forma tan radical la letra y el sentido (social) de la Constitución. Lo anterior resulta tan avasallante que no puede seguir siendo explicado y legitimado, desde el campo del derecho constitucional, como un conjunto de reformas constitucionales impulsadas para adecuar el marco normativo a las transformaciones sociales en aras de modernizarlo y actualizarlo.⁵ Lo que ha ocurrido en estas tres décadas, es un proceso violento de ruptura constitucional, de clara matriz oligárquica, que implica una quiebra integral de la Constitución de 1917, cuyos objetivos estratégicos son instalar la primacía de lo privado sobre lo público, sustituir la noción de bien común por el de competencia y sobreponer los intereses del capital sobre los presupuestos del Estado social y el beneficio de las mayorías. Se trata de una ruptura constitucional desde arriba, no democrática, promovida en favor de los poderes fácticos que en conjunto puede calificarse como un proceso *deconstituyente para la acumulación*.

Aunque no es objetivo de este trabajo, no puede dejar de señalarse que dicho proceso deconstituyente se ha producido bajo el cobijo del modelo democrático procedimental (democracia mínima), basado en la competencia entre élites (partidos),

⁴ Para un análisis detallado de todas estas modificaciones véase Carrillo, Nieto, Juan José, “Globalización neoliberal y reestructuración jurídica en México”, en Gutiérrez, Rodrigo y Burgos, Mylai, *Globalización y derechos de los pueblos indígenas en México; estudios teóricos y de caso*, en prensa.

⁵ Cfr. López Ayllón, Sergio y Fix-Fierro, Héctor “La modernización del sistema jurídico en México 1970-2000”, en García Ayllón, Clara y Marván Laborde, Ignacio, *Historia crítica de las modernizaciones en México*, México, Fondo de Cultura Económica, 2010.

que, como explica Vitale, ha degenerado hacia formas de oligarquía electiva que impiden la politización de las decisiones. Se trata de un modelo de “democracia” que, como en muchas otras regiones del planeta, “...ha quedado progresivamente relegada a mero instrumento funcional a las exigencias del libre mercado”.⁶

El fenómeno aquí descrito y caracterizado ha ocurrido dentro de un marco global en el que se ha consolidado a escala planetaria, un vigoroso sujeto histórico que ha logrado acumular, como nunca antes en la historia, una enorme fuerza política y económica con la que está logrando impulsar de forma muy ostensible las modificaciones aquí señaladas. Dicha acumulación de fuerza se encuentra relacionada de forma estrecha con el robustecimiento de un marco legal internacional comercial que se expone a continuación.

III. *LEX MERCATORIA*: BLINDAR CON EL DERECHO EL PODER DE LAS EMPRESAS

Durante los últimos años —en los que la globalización de los mercados se ha expandido como nunca antes en la historia del capitalismo— las grandes sociedades transcontinentales, en su ofensiva por acceder a nuevos nichos de mercado, han logrado controlar la mayoría de los sectores estratégicos de la economía. Es así que en la actualidad son los actores más relevantes en los campos de la energía, las finanzas, las telecomunicaciones, la salud, la agricultura, el agua, la infraestructura, la alimentación o el armamento.⁷

Ese avance sobre los sectores les ha permitido a las 500 empresas más poderosas del mundo, controlar el 52.8% de la riqueza total producida en el planeta. El valor patrimonial que acumulan es equivalente al producto interno bruto de 130 Estados, aun cuando emplean menos del 1.8% de la fuerza de trabajo en todo el orbe.⁸ Incluso en periodos considerados de crisis económica como el que se atraviesa a escala planetaria después del *crack* de 2008, las ganancias no han dejado de incrementarse. Sólo en 2013 la fortuna de los 25 millonarios más acaudalados del mundo creció un 9% respecto de 2012.⁹ Y a la par también crece el número de millonarios: en 2005 había 487 cuyo patrimonio sumaba 1 650 mil millones de euros; en 2013 había 1 250 millonarios con un patrimonio acumulado de 4 500 mil millones de euros.¹⁰

Esta acumulación de poder económico (con enorme capacidad de incidencia en la política partidista) no ha ocurrido al margen del derecho internacional. Todo lo contrario, como correlato de las modificaciones constitucionales y legales señaladas

⁶ Vitale, Ermanno, “La fábula feliz de la democracia”, en prensa.

⁷ Ramiro, Pedro y González, Erika, “Empresas transnacionales: impactos y resistencias”, en *Ecologista*, núm. 77, pp. 18-21.

⁸ Ziegler, Jean, “El orden mundial es caníbal, absurdo y mortífero”, *El Mundo*, España, 22 de julio de 2014.

⁹ Hernández Zubizarreta, Juan y Ramiro, Pedro, *Contra la Lex Mercatoria*, España, Icaria, 2015, p. 16.

¹⁰ Ziegler, *op. cit.*

RODRIGO GUTIÉRREZ RIVAS

en el apartado anterior, durante las últimas cuatro décadas se han venido produciendo en el ámbito internacional del derecho público miles de normas y reglas sobre libre comercio e inversiones, diseñadas para garantizar seguridad jurídica a las grandes empresas transnacionales, las cuales buscan aumentar las tasas de ganancias en el actual contexto de crisis económica mundial. Ese conjunto de normas e instituciones conforman hoy un complejo entramado legal que funge como robusta armadura para blindar los intereses económicos de las grandes compañías transnacionales.

Dichas estructuras legales logran someter y alinear los intereses de los Estados-nación a los de los grandes capitales transnacionales debido a que el incumplimiento de las mismas acarrea graves consecuencias económicas para los países que las firman. Es por ello que en la literatura, este conjunto normativo ha sido caracterizado como “arquitectura jurídica de la impunidad”.¹¹ Y ello —entre otras razones— debido a que los Estados no sólo quedan en situación comprometida, desarmados frente a los grandes intereses económicos, sino que incluso se convierten en aliados que no dudan en poner en marcha los instrumentos de control social con los que cuentan, reprimiendo luchas de resistencia, para garantizar que las inversiones no fracasen.

Si bien esa arquitectura se ha ido construyendo desde la década de los cincuenta, recibió un fuerte empuje en el último tercio del siglo XX. Se trata de un nuevo ordenamiento de las relaciones comerciales internacionales, nacido de sus propias exigencias, que se desarrolla en el exterior de los sistemas jurídicos nacionales, aunque con el respaldo de los Estados.¹² En tanto que sus impulsores parten del supuesto de que el libre mercado es el mecanismo más eficiente en la asignación de recursos, les parece razonable que sea este mismo quien diseñe sus propias normas, por fuera de las instituciones estatales y de la participación democrática de la comunidad política.¹³ Sus objetivos son reducir al máximo lo que consideran obstáculos estatales sin tomar en cuenta (como ocurrió a finales del siglo XIX y principios del XX) que cuando el mercado se deja sin controles y correcciones se afecta de forma grave a amplios sectores de la sociedad que no tienen posibilidad alguna de incidir en ellos; mucho peor en el contexto actual, de mercados monopólicos globalizados que han concentrado como nunca, en pocas multinacionales, un enorme poder decisorio.¹⁴

Si bien no hay acuerdos teóricos definitivos en relación a cuáles son los elementos precisos y los límites que definen la nueva *Lex Mercatoria* —en tanto es difícil

¹¹ Hernández Zubizarreta, Juan y Ramiro, Pedro, *op. cit.*, p. 15.

¹² Fernández Rosas, José Carlos, “Un nuevo mundo jurídico: la *Lex Mercatoria* en América Latina”, en Silva, Jorge Alberto (coord.), *Estudios sobre Lex Mercatoria; una realidad internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. 96.

¹³ *Ibidem*, p. 97.

¹⁴ Los argumentos de sus defensores se basan en consideraciones como la siguiente: “...los políticos de profesión son líderes, actrices y vedetes sin preparación alguna. Todos ellos con intereses partidarios, demagógicos, populistas y poco o nada relacionados con el comercio internacional. Aúnase (*sic*) a lo tortuoso del procedimiento legislativo que siguen, lo lento de las discusiones parlamentarias, la falta de preparación, el hecho de que generalmente se llega a respuestas sin fondo o contenido... que difícilmente atiende a las necesidades del comercio internacional, la especificidad de la actividad y la rapidez requerida”. Silva, Jorge Alberto, “Resurgimiento de la *Lex Mercatoria*, la regulación de las relaciones comerciales internacionales”, en Silva, Jorge Alberto (coord.), *op. cit.*, p. 295.

identificar con precisión cuáles son las reglas de carácter supranacional que la conforman— puede decirse de forma general que se trata de aquellas normas escritas y no escritas que incluyen desde los usos y prácticas que llevan a cabo las empresas a nivel internacional, pasando por los tratados y convenios multilaterales o mega-regionales firmados por los Estados en materia comercial, los acuerdos para la protección de las inversiones, las políticas de ajuste y préstamos condicionados impulsadas por órganos centrales como la Organización Mundial del Comercio (OMC), el Banco Mundial (BM) y el Fondo Monetario Internacional (FMI), así como toda la estructura de laudos arbitrales emanadas de los sistemas de solución de diferencias (OMC) y los sistemas de arbitraje internacional incluidos en los tratados de comercio e inversión.¹⁵

Está claro que la creación de la OMC en 1995 supuso colocar un tramo importante para la construcción del camino hacia el libre mercado globalizado de mercancías y de protección de la propiedad intelectual, útil para que las multinacionales penetraran en espacios anteriormente vedados a la apropiación y el intercambio mercantil. Sin embargo, en tanto ello siguió pareciéndoles insuficiente a las ETN en su esfuerzo por lograr una mayor ampliación de los negocios y la privatización de bienes que antes eran comunes o de gestión pública, las empresas (en alianza con los gobiernos del norte global) han ido impulsando diversos acuerdos para reforzar los asuntos ya planteados por la OMC (que en conjunto reciben la denominación de OMC-plus) y otros que agregan temas no regulados por dicha organización (OMC-extra).¹⁶

En primer lugar los países del norte (en relaciones muy asimétricas de poder con los del sur global) propusieron, desde la década de los noventa del siglo pasado, la firma de tratados de libre comercio con países del sur, siendo el TLCAN el primero en su género que sirvió como modelo para las decenas de tratados firmados con posterioridad dentro de lo que se denomina regionalismo abierto y la integración de mercados. Todos estos tratados incluyen liberalización del comercio internacional de servicios, mayor protección a la propiedad intelectual (OMC-Plus) así como protección de la inversión extranjera, apertura de compras del sector público a empresas extranjeras y política de competencia (OMC-extra).¹⁷

En fechas más recientes se han abierto dos vías más OMC-extra: por un lado la promoción de acuerdos sobre temas específicos, por ejemplo, el *Anti Counterfeiting Trade Agreement* (ACTA), que refuerza la propiedad intelectual sobre todo en Internet; por otro, acuerdos mega-regionales como el Acuerdo sobre Comercio de Servicios (ACS), que negocian las economías del norte con 17 países del sur global y que permitirá a las multinacionales que prestan servicios tener mayores facilidades para abrir nuevos mercados en el sector; o bien la revisión y ampliación del Acuerdo Plu-

¹⁵ Una exposición amplia y detallada sobre la *Lex Mercatoria* se encuentra en Hernández, Cervantes, Alcida, *La producción jurídica de la globalización económica; notas de una pluralidad jurídica transnacional*, México, CEIICH-UNAM, 2014. Un cuadro que resume el marco normativo puede encontrarse en Hernández Zubizarreta, Juan y Ramiro, Pedro, *op. cit.*, p. 21.

¹⁶ Zabalo, Patxi, “La Asociación Transatlántica de Comercio e inversión en su contexto”, en *Boletín del Centro de Documentación de Hegea*, núm. 41, 2014, p. 2.

¹⁷ *Ibidem*, p. 3.

RODRIGO GUTIÉRREZ RIVAS

rilateral sobre Contratación Pública (ACP) a través del cual las empresas extranjeras tendrán mayor acceso al mercado de las compras y contratos del sector público.¹⁸ Sin embargo, ninguno se compara con el acuerdo mega-regional transpacífico denominado Trans-Pacific Partnership (TPP) que Estados Unidos negocia desde 2010 con diez países entre los que se encuentra México.

Otro instrumento que otorga un inmenso poder a los grupos económicos transcontinentales es la estructura de medios alternativos para la resolución de disputas entre inversores extranjeros y Estados receptores de la inversión. Con base en el argumento esgrimido por los poderes privados de que los aparatos judiciales de los Estados no son confiables, o son lentos, dichas fuerzas económicas han venido protegiendo sus inversiones exigiendo a los Estados que firmen acuerdos de inversión que incluyen la posibilidad de plantear demandas inversor-Estado en instancias arbitrales, supranacionales. Este régimen jurídico de arbitraje privado internacional, mina aún más la soberanía de los Estados del sur, los cuales quedan en situación de sumisión en tanto que pueden ser condenados a pagar indemnizaciones multimillonarias si las inversiones privadas extranjeras fracasan por alguna causa que se les pueda imputar a los primeros (como podría ser un proceso de resistencia emprendida por movimientos sociales).

La idea no es nueva, surgió a finales de la década de los sesenta,¹⁹ y se estableció por primera ocasión en el Convenio de la OCDE para la Protección de la Propiedad Extranjera de 1967. Más adelante, en la década de los noventa, se intentó dar un respaldo a este instrumento al convertirse en pieza clave del Acuerdo Multilateral sobre las Inversiones (AMI), cuyas negociaciones fracasaron por protestas mundiales. Sin embargo, en la actualidad existen muchos tribunales privados como la Corte Permanente de Arbitraje con sede en La Haya, la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC, o el Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias sobre inversiones del Banco Mundial (CIADI) que cada día reciben y resuelven más casos. Además, la herramienta continúa siendo incluida en un gran número de tratados bilaterales para la inversión.

En esta justicia privada son siempre las ETN las que demandan a los Estados (nunca al revés), no opera el principio de definitividad (es decir que no es necesario que se agoten los recursos internos), pueden convertirse en instancias de apelación de sentencias de tribunales locales ordinarios, y los fallos arbitrales no pueden ser recusados.²⁰ También resulta preocupante que dichos litigios se resuelven en paneles de tres expertos, cuyos integrantes en muchas ocasiones suelen estar ligados a bufetes de abogados, a menudo relacionados con empresas multinacionales.²¹

¹⁸ *Ibidem*, pp. 3 y 4.

¹⁹ El Convenio Abs-Shawcross fue creado como borrador en 1959 y circuló como borrador en la OCDE desde 1962. Su resultado final fue el Convenio de la OCDE sobre protección de la propiedad extranjera, publicado en 1967.

²⁰ Hernández Zubizarreta, Juan y Ramiro, Pedro, *op. cit.*, p. 35.

²¹ Zabalo, Patxi, “La Asociación Trasatlántica de Comercio...”, *op. cit.*, p. 7.

México ha firmado varios acuerdos bilaterales con este tipo de instrumentos y está sometido a la jurisdicción del CIADI. Tanto es así que el 30 de agosto de 2000 la empresa Metalclad (operadora de un confinamiento de desechos peligrosos en San Luís Potosí) demandó una indemnización de 130 millones de dólares al gobierno mexicano por haber emitido este último un decreto ecológico que la empresa consideró le afectaba. El argumento central fue que dicho decreto constituía una expropiación indirecta de la inversión, prohibida por el TLCAN. El 26 de octubre de 2001 el gobierno federal y la empresa convinieron terminar la disputa a través de la firma de un convenio que obligó a México a pagar 16 millones de dólares.

Preocupa saber que después de Argentina y Venezuela, México es el país del continente americano que más demandas ha recibido a través del CIADI. Mientras que Canadá, Chile o Colombia han recibido nueve, cuatro y dos denuncias respectivamente, México ha sido demandado en 18 ocasiones. Empresas como Shell, Abengoa, Cargill, y Telefónica, entre otras, han optado por este mecanismo para reclamar al país por el fracaso de sus inversiones.

IV. LAS EMPRESAS TAMBIÉN VIOLAN LOS DERECHOS HUMANOS

La transformación de los distintos marcos legales que hemos expuesto en los apartados anteriores de este trabajo, están contribuyendo no sólo al aterrizaje y materialización de cientos de inversiones sobre los territorios de México y América Latina, sino que, debido a los escasos controles estatales —producto de la desregulación—, así como por la arquitectura legal de impunidad que protege las inversiones, se han creado las condiciones para que prevalezca un marco de violación constante y creciente de los derechos humanos de las personas y los pueblos campesinos e indígenas por parte de las empresas. Lo anterior ha sido documentado por diversos actores de la sociedad y a la par distintas instituciones, estatales e internacionales se han pronunciado sobre el fenómeno e incluso han ido elaborando diversos documentos que lo visibilizan. Puede servir como ejemplo de esto último el pronunciamiento que hizo John Ruggie, Representante Especial del Secretario General de la ONU para Cuestiones de los Derechos Humanos y las Empresas, en un documento oficial al destacar que la “...impresionante expansión mundial del sector privado... y el correspondiente aumento de la actividad económica transnacional... reforzó la conciencia social del impacto de las empresas sobre los derechos humanos y atrajo la atención de las Naciones Unidas”.²²

²² *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos. Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*, A/HRC/17/31, 16 de junio de 2011. Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_SP.pdf. Consultado el 3 de noviembre de 2013.

RODRIGO GUTIÉRREZ RIVAS

En el ámbito nacional, con motivo de la visita que realizó en fecha reciente a México el Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos de la ONU,²³ más de cien organizaciones de la sociedad civil, grupos, comunidades y académicos de distintas instituciones mexicanas se dieron a la tarea de recopilar y sistematizar información relativa a las violaciones a los derechos que están ocurriendo en México por parte de las empresas. Con base en 61 casos documentados se identificaron patrones de violaciones cometidas por el Estado y 99 empresas de distintos sectores como el energético, el de la construcción de infraestructura, la agroindustria, los procesos extractivos (minería, eólicas, cementeras) o la maquila, entre otras.

Las violaciones más comunes identificadas en el informe son la falta de acceso a la información, la violación del derecho a un medio ambiente sano, la violación del derecho a la salud, del derecho al agua, a la alimentación, de los derechos a la tierra y el territorio de los pueblos indígenas, así como la violación del derecho a la consulta y al consentimiento previo, libre e informado. Además, en tanto que muchos de los procesos de destrucción y apropiación de tierras y territorios que están encabezando las empresas, generan importantes esfuerzos de defensa por parte de las comunidades locales afectadas, es muy frecuente que los defensores de derechos humanos —además de padecer la afectación de los DESC— sufran la violación de sus derechos a la integridad física, libertad e incluso a la vida. Ha sido la propia Margaret Sekaggya (Relatora especial de la ONU sobre la Situación de los Defensores) quien, en su cuarto informe ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, llamó la atención sobre los riesgos que enfrentan los defensores que se ocupan de cuestiones ambientales y aquellas relacionadas con actividades de las industrias extractivas y proyectos de construcción y desarrollo.²⁴ De 2006 a 2011, la funcionaria recibió 106 comunicaciones que documentan y denuncian los casos. Resulta preocupante saber que la relatora destacó lo siguiente: “...según la información recibida, los defensores que trabajan estas cuestiones parecen estar muy expuestos a atentados contra su integridad física, por ejemplo, sufrir intentos de asesinato (Brasil, Ecuador), ser asesinados (Brasil, Camboya, Ecuador, El Salvador, Honduras, México, Filipinas), ser atacados (Brasil, México, Papua Nueva Guinea... Estas personas también han sufrido amenazas, entre ellas amenazas de muerte (Brasil, El Salvador Guatemala y México)... Otros han sido detenidos y encarcelados de forma arbitraria (Ecuador, India, México, Nigeria)”.²⁵ Indigna saber que México se encuentra entre los seis Estados que han recibido el mayor número de comunicaciones por

²³ Al terminar el mandato del Representante Especial del Secretario General para la Cuestión de los Derechos Humanos y las Empresas transnacionales y otras empresas (que recayó sobre la persona de John Ruggie), el 6 de junio de 2011 el Consejo de Derechos Humanos, a través de la resolución A/HRC/RES/17/4, estableció la conformación de un grupo de trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. Dicho grupo está conformado por cinco miembros y su principal objetivo es promover la implementación de los “Principios Rectores de la ONU sobre las Empresas y los Derechos Humanos”, así como mejorar el marco de referencia en la materia hasta ahora elaborado.

²⁴ Cuarto Informe de Margaret Sekaggya, Relatora Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos A/HRC/19/55, 21 de diciembre de 2011. Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session19/A-HRC-19-55_sp.pdf.

²⁵ *Ibidem*, p. 14.

parte de esta Relatora Especial de ONU. Además, “casi la tercera parte de las comunicaciones enviadas durante el periodo objeto de examen se refieren a denuncias de asesinato y tentativas de asesinato”. En opinión de la Relatora Especial, ello muestra que los riesgos que enfrentan los defensores de los derechos humanos que trabajan en el contexto de los proyectos de desarrollo son sumamente graves”.²⁶

Esta realidad creciente de violaciones a los DESC y a los derechos civiles ocurrida en México, ha sido denunciada en cientos de foros nacionales como en la Asamblea Nacional de Afectados Ambientales (ANAA), el Tribunal Permanente de los Pueblos (TPP), el Tribunal Latinoamericano del Agua o a través de la Campaña por la Defensa del Territorio y la Madre Naturaleza. El nivel de despojo y violación de derechos por los proyectos de inversión ha adquirido tal dimensión que la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación publicó en diciembre de 2015 un “Protocolo de Actuación para Quienes Imparten Justicia en Casos relacionados con Proyectos de Desarrollo e Infraestructura” (muchos de los cuales son construidos por empresas privadas). En dicho documento se reconoce que las mega-obras están provocando en México un incremento en las violaciones a los derechos humanos debido a que está en marcha “...un proceso masivo y creciente de explotación de bienes para su incorporación en los mercados, especialmente en los de la economía global. Esta nueva fase del extractivismo no es como la anterior, centrada en la minería y el petróleo; los rostros de este nuevo proceso se manifiestan en la explotación y control forestal, los agro-negocios o la producción de biocombustible basados en los monocultivos que incentivan la compra masiva de tierras. Se trata de una nueva forma de intervención sobre los espacios, caracterizada por la sobre-explotación de recursos naturales, cada vez más escasos, frecuentemente no renovables, y la expansión de sus fronteras hacia territorios que antes eran considerados no productivos... Frente a este escenario y tomando en cuenta que se trata de un nuevo contexto en el que pueden producirse violaciones de derechos humanos, casos relacionados con proyectos de desarrollo e infraestructura empiezan a presentarse ante los órganos de justicia, tendencia que sin duda irá en aumento considerando la cantidad de proyectos de esta naturaleza que están en proceso en el país”.²⁷

En el ámbito regional, los procesos de apropiación territorial y violación de derechos encabezados por las empresas también han sido denunciados por organizaciones nacionales ante el sistema interamericano de derechos humanos. Dichos reclamos —sumados a los de otras organizaciones de otros países de la región— condujeron a que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) emitiera en fecha reciente un informe titulado “Pueblos indígenas, comunidades afro descendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo”, publicado en diciembre de 2015.²⁸ En dicho documento la CIDH reconoce que ha recibido información indicando que estos proyectos y actividades aún no son supervisados de forma fre-

²⁶ Cuarto Informe de la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, A/68/262, *op. cit.*, párrafo 54.

²⁷ *Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos relacionados con proyectos de desarrollo e infraestructura*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014, pp. 9 y 10.

²⁸ OEA/Ser.L/V/II. Doc. 47/15, 31 de diciembre de 2015.

RODRIGO GUTIÉRREZ RIVAS

cuenta por los Estados receptores y los Estados de origen, que prevalece una situación de escasez de mecanismos para prevenir las violaciones de derechos, y que existen barreras significativas enfrentadas por las víctimas, los pueblos y las comunidades para tener un debido acceso a la justicia.²⁹ La Comisión destaca:

Con base en la información recibida en los últimos años en audiencias, visitas, informes de país y otras actividades de monitoreo, la Comisión intenta visibilizar formas en que estas actividades afectan el efectivo goce de los derechos humanos. Con este objetivo, la Comisión se refiere, en particular, a afectaciones al derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas y tribales, y comunidades afro-descendientes sobre sus tierras, territorios y recursos naturales; al derecho a la identidad cultural y libertad religiosa; a la vida; a la salud, integridad personal y a un medio ambiente sano; a derechos económicos y sociales vinculados con la alimentación, acceso al agua y derechos laborales; al derecho a la libertad personal y la protesta social; y a la protección frente al desplazamiento forzado.³⁰

En este contexto de creciente denuncia por la violación grave a los derechos humanos, conviene repensar el papel actual del constitucionalismo social recordando que en sus orígenes fue imaginado como un proyecto político que fuera capaz de impedir la concentración del poder económico y político en sectores minoritarios de la sociedad. Sin embargo, la Constitución de 1917 y sus mecanismos de distribución y control del poder, parecen estar totalmente desmontados y desarticulados frente a los nuevos poderes privados que han hecho hasta lo imposible por neutralizar y desarticular al Estado social y democrático de derecho.

Por ello, a cien años de su promulgación, resulta indispensable que repensemos cómo se podrían actualizar algunas de nuestras viejas instituciones que fueron creadas para proteger los derechos de las personas (sobre todo las más débiles) frente al poder, y de forma paralela diseñemos nuevas herramientas que sirvan para actualizar el sentido original del constitucionalismo social como proyecto ideológico-político contrario a la lógica que hoy imponen los poderes privados.

En el siguiente apartado del trabajo haremos la enunciación de algunos instrumentos jurídicos, nacionales e internacionales, que podrían pensarse (o repensarse) como herramientas de contra-poder útiles frente a las lógicas incontroladas de acumulación, así como de privatización de bienes comunes y territorios.

V. HERRAMIENTAS PARA PROTEGER LOS DERECHOS SOCIALES Y LIMITAR EL PODER DE LAS EMPRESAS

Un primer instrumento que interesa repensar, a partir de una reflexión crítica sobre su funcionamiento, es el juicio de amparo. Sobre todo consideramos conveniente

²⁹ *Ibidem*, p. 9.

³⁰ *Ibidem*, p. 11.

revisar una tradición interpretativa dominante instalada en el ámbito judicial mexicano según la cual las empresas (personas jurídicas) son titulares de los derechos humanos. Sin mayor reflexión sobre los enormes impactos presupuestarios que ello implica, durante todo el siglo XX, el Poder Judicial ha sido muy proactivo en la protección de los intereses empresariales a través del amparo; tanto es así que en México pueden ser considerados como los titulares paradigmáticos de los derechos humanos.³¹ Como lo ha destacado Francisca Pou, durante el periodo que transcurrió entre 1995 y 2009 del total de los amparos indirectos interpuestos ante el Poder Judicial, el 71.4% fueron presentados por personas jurídicas, y en el caso de los amparos directos, el porcentaje es del 54%. En consonancia con lo anterior, de todos los amparos resueltos por la SCJN entre 2007 y 2012 el 68% fueron interpuestos por empresas y muchos de ellos resueltos en su favor. Por ello, hay quienes no han dudado en calificar esta situación como la Industria del Amparo Fiscal, señalando que "...se trata de una industria exitosa y floreciente que se ha establecido a partir de una interpretación 'garantista' del artículo 31 de la Constitución³²... una protección al contribuyente por parte de la justicia, la cual no existe con esta amplitud en los países miembros de la OCDE y probablemente en el mundo".³³

Lo anterior resulta doblemente preocupante a partir del 11 de junio de 2011. Como se sabe, en esa fecha se produjo en México una reforma constitucional con la que se buscó transformar la concepción decimonónica que existía en el país sobre los derechos humanos (basada en el concepto de las garantías individuales) para actualizarlos, rompiendo las barreras que existían entre el derecho internacional y el derecho nacional, así como aquellas que separaban en cajones estancos a los DESC de los derechos civiles y políticos (entre otras transformaciones importantes). Dicha modificación constitucional, que podría encerrar un potencial transformador y convertirse en un instrumento útil para defender los derechos de los más débiles, corre el riesgo de seguir siendo una herramienta —aún más eficaz— en manos de quienes son económicamente más poderosos. A menos de un año de la reforma, distintos integrantes del Poder Judicial ya habían sentado los primeros criterios jurisprudenciales enfatizando que el concepto de "persona" (con el que se sustituyó al de "individuo"³⁴ en la reforma), incluye a las personas morales, o sea a las empresas. Por ejemplo:

³¹ Así lo ha señalado Francisca Pou.

³² No debe escapar al lector que el artículo 31 de la Constitución está fuera del capítulo de los derechos en la Constitución y que fue la propia SCJN quien, vía interpretativa, abrió la posibilidad para que México sea uno de los pocos países en los que se pueden impugnar la constitucionalidad de las leyes con base en los principios de proporcionalidad y equidad.

³³ Elizondo Mayer-Serra, Carlos, "La industria del amparo fiscal", en *Política y Gobierno*, vol. XVI, núm. 2, México, 2009, p. 349.

³⁴ La redacción anterior del primer párrafo del artículo 1o. señalaba: "En los estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución". La redacción actual de ese primer párrafo establece: "En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los Tratados Internacionales de los que México sea parte...".

RODRIGO GUTIÉRREZ RIVAS

PERSONAS MORALES O JURÍDICAS. DEBEN GOZAR NO SÓLO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES CONSTITUIDOS POR LOS DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y DE LAS GARANTÍAS PARA SU PROTECCIÓN SIEMPRE Y CUANDO ESTÉN ENCAMINADOS A PROTEGER SU OBJETO SOCIAL.

Amparo en revisión 251/2012. Jefe de la Unidad de catastro municipal del Ayuntamiento de Culiacán, Sinaloa. 4 de mayo de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Manuel Serratos García.³⁵

O bien esta otra:

PERSONAS JURÍDICAS. SON TITULARES DE LOS DERECHOS HUMANOS COMPATIBLES CON SU NATURALEZA.

Amparo directo 782/2011. Radiomóvil Dipsa S.A. de C.V. 1o. de marzo de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Jesús Antonio Nazar Sevilla.³⁶

Si este criterio interpretativo continúa extendiéndose entre los tribunales, las empresas (incluyendo a las transnacionales) habrán logrado conquistar otro espacio en el campo del derecho, obteniendo la titularidad de los derechos que los jueces decidan, incluyendo aquellos que se encuentran en el derecho internacional de los derechos humanos. Ello robustecerá aún más la posición de los más poderosos dentro del régimen jurídico mexicano, convirtiéndose en poderes intocables protegidos por una garantía jurisdiccional (el amparo) que en un Estado Social debería servir para equilibrar la desigualdad de poder entre los sectores de la sociedad (y no para incrementarla).

Es importante subrayar que las posiciones de los jueces mexicanos aquí señaladas son contrarias a un sector de nuestra mejor doctrina sobre los derechos humanos,³⁷ y también son contrarias a lo decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Dicha institución emitió el pasado 26 de febrero de 2016 una Opinión Consultiva (OC-22/16) que por unanimidad de votos resolvió que "...la Convención Americana sólo consagra derechos a favor de personas físicas por lo que las personas jurídicas no son titulares de los derechos consagrados en dicho Tratado en los términos establecidos en los párrafos 37 a 70 de esta Opinión Consultiva".³⁸ Partiendo del hecho de que las decisiones de la Corte Interamericana son obligatorias para México (lo que incluye a sus jueces), será necesario que quie-

³⁵ Tesis aislada. Materia: común. Décima Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo: Libro XI, agosto de 2012. Tomo 2. Tesis XXVI.5o. (V Región) 2 K (10^a), p. 1876.

³⁶ Tesis aislada. Materias: Constitucional, Común. Décima Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo: Libro XI, agosto de 2012, Tomo 2. Tesis: I.4^o.A.2 K (10^a), p. 1875.

³⁷ Como lo ha señalado Juan Antonio Cruz "...mi posición es que las empresas y asociaciones no tienen derechos humanos... considero un abuso de nuestros tribunales haberlos considerado titulares de este tipo de derechos".

³⁸ Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016, solicitada por la República de Panamá, p. 46.

nes imparten justicia revisen las sentencias que están emitiendo y lleven a cabo una reflexión crítica sobre el papel y la posición que deberían desempeñar en el marco actual de violaciones graves a los derechos humanos.

En segundo lugar, como parte de una reflexión crítica que debería hacer el Poder Judicial sobre el papel que le interesa desempeñar en el actual contexto de violaciones a los derechos por parte de particulares, convendría reflexionar sobre la necesidad de ampliar aquellas vías (a través de reformas legales o por vía interpretativa) que permiten responsabilizar y sancionar a las empresas en los casos en los que incurrieran en violaciones a los derechos humanos. Esa posibilidad ya abierta en otros tribunales constitucionales como el alemán (desde 1958 con el caso Lüth), el español, el colombiano, entre muchos otros, y ya teorizada por la doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte*, ya tiene un anclaje legal en nuestro país.³⁹ Si bien es cierto que se trata de una puerta apenas entre abierta con varios límites,⁴⁰ esta figura podría ser ampliada y robustecida, siguiendo la interpretación evolutiva que existe sobre la materia en la jurisprudencia de la Corte IDH.⁴¹

Una tercera herramienta que no se debe perder de vista en el contexto actual mexicano —y que también tiene importantes avances en el derecho internacional de los derechos humanos— es la posibilidad de fincar responsabilidad internacional hacia los Estados debido a las violaciones cometidas dentro de sus territorios por parte de empresas nacionales y transnacionales.

Han sido los órganos del sistema interamericano de derechos humanos los que han reconocido de forma reiterada que en distintas circunstancias los Estados pueden incurrir en responsabilidad internacional por atribución a éstos de actos violatorios de derechos cometidos por empresas privadas. En el Caso Velázquez Rodríguez *vs.* Honduras la Corte IDH determinó con claridad:

Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la

³⁹ En la reforma que experimentó la Ley de Amparo el 6 de junio de 2011 se establece en la fracción III del artículo primero: “El amparo protege a las personas frente a normas generales, actos u omisiones por parte de los poderes públicos o de particulares en los casos señalados en la presente ley”.

⁴⁰ En la fracción II del artículo 5o. de la misma ley de amparo se establece que “los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten los derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general”.

⁴¹ Mijangos, Javier, “La doctrina de la *Drittwirkung der Grundrecht* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, España, 2007.

RODRIGO GUTIÉRREZ RIVAS

debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.⁴²

En el caso de la masacre de Mapiripán ocurrido en Colombia, la Corte reiteró:

...[e]sas obligaciones del Estado proyectan sus efectos más allá de la relación entre sus agentes y las personas sometidas a su jurisdicción, pues se manifiestan también en la obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales.⁴³

Por razones de espacio no es posible abundar en la riqueza jurisprudencial de la Corte IDH sobre la materia; sin embargo, lo que aquí interesa subrayar es que con fundamento en ella, los distintos órganos que conforman el sistema interamericano (aunque también existen pronunciamientos importantes en el ámbito universal de los derechos humanos)⁴⁴ han insistido en que los Estados tienen la obligación de asegurar la efectividad de los derechos en las relaciones interindividuales, prevenir con la debida diligencia las violaciones que puedan provocar particulares así como investigar, sancionar y reparar sus consecuencias.

En el reciente informe arriba citado,⁴⁵ la CIDH —con base en el principio fundamental de la interpretación evolutiva de los instrumentos de derechos humanos— llevó a cabo una primera aproximación, no exhaustiva, sobre algunas de las obligaciones estatales relacionadas con las actividades de las empresas en contextos extractivos. Dichas obligaciones giran sobre seis ejes que la Comisión consideró fundamentales: *a)* el deber de adoptar un marco normativo adecuado y efectivo; *b)* el deber de prevenir las violaciones de derechos humanos por parte de las empresas, *c)* la obligación de supervisar y fiscalizar las actividades de las empresas y otros actores no estatales; *d)* el deber de garantizar mecanismos de participación efectiva y acceso a la información; *e)* el deber de prevenir actividades ilegales y formas de violencia; *f)* el deber de garantizar el acceso a la justicia a través de la investigación, sanción y reparación adecuada de las violaciones de derechos humanos en el contexto de mayor presencia empresarial en los territorios. Todas esas obligaciones deberían constituir una guía para los Estados receptores de inversión extranjera, como

⁴² Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, núm. 4, párrafo 172; y Caso Godínez Cruz *vs.* Honduras. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C, núm. 5, párrafos 181, 182 y 187.

⁴³ Caso de la “Masacre de Mapiripán” *vs.* Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C, núm. 134, párrafos 111 y 112.

⁴⁴ Véase ONU. Comité de Derechos Humanos. Observación General núm. 31: La índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto. U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de mayo de 2004, párrafo 8.

⁴⁵ Informe: “Pueblos Indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de actividades de extracción, explotación y desarrollo”, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 31 de diciembre de 2015, OEA/Ser.L/V/II. Doc.47/15.

lo es México, y pueden ser utilizados por los ciudadanos y comunidades que defienden los territorios como una herramienta legal que sirva para exigir responsabilidades tanto en el ámbito interno como en el internacional a las autoridades mexicanas que permitan la violación de los derechos por las empresas.

Una cuarta herramienta que también interesa señalar es el avance que ha supuesto la discusión sobre las obligaciones extraterritoriales de los Estados en el campo de los derechos humanos. A pesar de que la gran mayoría de los instrumentos internacionales de derechos humanos señalan que estos últimos son universales, la interpretación que suelen hacer los Estados frente a los mismos es que las obligaciones que adquieren frente a los derechos sólo rigen dentro de sus espacios territoriales. Existe una tendencia generalizada a nivel mundial por parte de los Estados a intentar limitar sus obligaciones a su propio territorio. Lo anterior provoca un importante vacío en el marco de la globalización en la que las empresas transnacionales han desterritorializado sus actividades haciendo migrar sus procesos extractivos o productivos hacia países con legislaciones más débiles.

Frente a lo anterior, se ha avanzado en el debate sobre las obligaciones extraterritoriales (OET), identificando aquellos deberes que tienen los Estados fuera de sus límites territoriales.

En el campo de los derechos económicos, sociales y culturales un grupo de expertos se dio a la tarea de realizar una investigación cuidadosa sobre los principios de las OET, y el 28 de septiembre de 2011 expidieron los *Principios de Maastricht sobre las Obligaciones Extraterritoriales de los Estados en el Área de los Derechos, Económicos, Sociales y Culturales*. En el principio núm. 23 de dicho instrumento se establece: “Todos los Estados deben adoptar medidas... para proteger los derechos económicos, sociales y culturales de las personas que se encuentren dentro de su territorio y extraterritorialmente”. El principio siguiente (núm. 24) establece: “Todos los Estados deben adoptar las medidas necesarias para asegurar que los actores no estatales que estén en condiciones de regular, incluyendo individuos y organizaciones privadas, empresas transnacionales y otras empresas comerciales, no anulen o menoscaben el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales”. Esta obligación general que tienen los Estados de ejercer influencia en la conducta de los actores no estatales, cuando ello implique la violación de derechos fuera de su territorio ha sido enfatizada por diversos órganos de Naciones Unidas como el Comité DESC⁴⁶ o como el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial.⁴⁷

⁴⁶ Dicho Comité, a través de varias de sus Observaciones Generales (OG), ha señalado que los Estados, al firmar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, han contraído la obligación de respetar el disfrute de los derechos en otros países y de impedir que terceros conculquen ese derecho en otros países. Por ejemplo la OG núm. 14 (2000), El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud E/C.12/2000/4, en su párrafo 39. Asimismo la OG núm. 15 (2002), El derecho humano al agua E/C.12/2002, en su párrafo 31.

⁴⁷ Dicho Comité conminó a Canadá a que adoptara las medidas legislativas o administrativas adecuadas para impedir que actos de empresas transnacionales con domicilio social en Canadá afectaran el goce de los derechos indígenas en territorios situados fuera de Canadá. Véase CERD/C/CAN/CO/1, párrafo 17 del 25 de mayo de 2007.

RODRIGO GUTIÉRREZ RIVAS

Si bien es cierto que el problema no es sencillo en tanto que en el marco de la globalización las corporaciones transnacionales operan en múltiples Estados y se articulan bajo múltiples entidades jurídicas con arreglo a una enorme diversidad de leyes, ello no debería impedir que se comience a profundizar en criterios jurídicos más definidos que contribuyan a identificar el origen de los capitales, la nacionalidad de los integrantes de los consejos de administración, la sede del ente directivo, la información contable y el destino de las ganancias.⁴⁸

Finalmente, no puede dejar de mencionarse el importante esfuerzo que están haciendo organizaciones e instituciones a nivel internacional para lograr los acuerdos necesarios que permitan en un futuro cercano que en el seno de la ONU se firme un tratado internacional, jurídicamente vinculante dentro del marco del derecho internacional de los derechos humanos, que regule las actividades de las ETN y otras empresas.

El pasado 6 de julio de 2016 se reunió en Ginebra el Grupo de Trabajo Intergubernamental de la ONU encargado de elaborar el instrumento para avanzar en su construcción. Se trataría de una vía más para abordar desde el derecho las cuestiones relacionadas con la prevención y reparación de las violaciones de derechos cometidas por los poderes privados. En este proceso es fundamental reunir esfuerzos de distintos sectores y la participación de la sociedad civil internacional organizada es de la mayor relevancia en tanto que los Estados clave en las discusiones se han mantenido ausentes.

En esas discusiones será importante enfatizar la obligación que tienen todos los Estados de proteger los derechos humanos, reafirmar la primacía del derecho internacional de los derechos humanos sobre los tratados comerciales y de inversión, establecer responsabilidades claras, tanto civiles como penales, hacia las empresas y sus directivos, así como incluir obligaciones claras a las instituciones internacionales económico-financieras.⁴⁹

VI. CONCLUSIONES

En el marco de la globalización actual, el sentido social original de la Constitución de 1917 —que fue precursora en la incorporación de derechos sociales en el máximo nivel legal— se encuentra quebrantado. Tanto las modificaciones que han ocurrido dentro de su propio marco, como el fortalecimiento inédito del derecho internacional comercial, han trastornado el principio de soberanía estatal y han convertido al Estado mexicano en un aliado de los intereses económicos transnacionales.

Todo lo anterior tiene una repercusión grave en el mundo de los derechos humanos, en tanto que durante las últimas décadas hay un incremento notable de las violaciones a los derechos por parte de las empresas que no encuentran respuestas

⁴⁸ Hernández Zubizarreta, Juan y Ramiro, Pedro, *op. cit.*, p. 90.

⁴⁹ Gaberell, Laurent y González, Erika, “Ocho propuestas para un tratado sobre empresas y derechos humanos”, en *La Marea*, 17 de julio de 2015.

PODERES SALVAJES, *LEX MERCATORIA* Y DERECHOS SOCIALES...

suficientes en el marco del Estado actual. La realidad de los poderes económicos ha rebasado el marco del derecho constitucional del siglo XX y por ello es necesario comenzar a repensar las viejas instituciones diseñadas para proteger los derechos humanos, así como imaginar nuevas que sean capaces de enfrentar el peligroso avance de los poderes privados a escala planetaria.

