

Constitución y Democracia

EL SIGNIFICADO JURÍDICO DEL NEOLIBERALISMO

Jaime Cárdenas Gracia



INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

Colección
Constitución y Democracia



FRANCISCO DOMÍNGUEZ SERVIÉN
Gobernador Constitucional

JUAN MARTÍN GRANADOS TORRES
Secretario de Gobierno

JUAN MANUEL ALCOCER GAMBA
Secretario de Planeación y Finanzas

JOSÉ DE LA GARZA PEDRAZA
Oficial Mayor

ROGELIO FLORES PANTOJA
Director del Instituto de Estudios Constitucionales

El significado jurídico del neoliberalismo

Jaime Cárdenas Gracia

Instituto de Estudios Constitucionales
del Estado de Querétaro

México, 2018

Primera edición: agosto de 2018

El significado jurídico del neoliberalismo

© Jaime Cárdenas Gracia

© Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
Av. 5 de Mayo, esquina Pasteur
Col. Centro, 76000, Querétaro, México

ISBN: 978-607-7822-45-5

Las opiniones del autor son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan una posición de la institución editora.

Derechos reservados conforme a la ley. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO DE QUERÉTARO

COORDINACIÓN EDITORIAL

Rogelio Flores Pantoja
Coordinación

Carolina Hernández Parra
Mariana Miranda López
Alfredo Pérez Guarneros
Edición

Felipe Luna
Formación

Contenido

Introducción	15
Capítulo 1. El neoliberalismo jurídico en México	21
1.1. Introducción	21
1.2. ¿Qué es el neoliberalismo?	22
1.3. ¿Por qué en el neoliberalismo el marco jurídico no respalda a los débiles?	28
1.4. La globalización desde arriba, fase superior del neoliberalismo	34
1.5. Las estructuras jurídicas de la globalización neoliberal.	40
1.6. Es una globalización neoliberal respaldada por concepciones geopolíticas	47
1.7. El neoliberalismo globalizado en México	54
1.8. Las características del modelo jurídico neoliberal, tal como se manifiestan en México	59
1.9. Conclusiones.	67
Capítulo 2. Reformas estructurales y neoliberalismo.	69
2.1. Introducción	69
2.2. La reforma energética	74
2.3. Reforma en telecomunicaciones y radiodifusión	81
2.4. La reforma educativa	87
2.5. La reforma político-electoral	93

2.6. La reforma fiscal	101
2.7. La reforma en materia financiera (bancaria)	104
2.8. La reforma en materia de competencia económica.	109
2.9. La reforma laboral	112
2.10. La reforma en materia de transparencia	115
2.11. La reforma en materia de amparo	119
2.12. La reforma que aprueba el Código Nacional de Pro- cedimientos Penales	129
2.13. La reforma que establece el Sistema Nacional Anti- corrupción	134
2.14. Reforma constitucional en materia de deuda de es- tados y municipios	137
2.15. Otras reformas estructurales	138
2.16. Conclusiones.	145
Capítulo 3. Estado neoliberal <i>versus</i> Estado constitucional	147
3.1. Introducción	147
3.2. El Estado neoliberal se impone al Estado constitu- cional. ¿Por qué?	149
Capítulo 4. Consecuencias jurídicas y políticas de la refor- ma constitucional energética	179
4.1. La violación a los principios políticos fundamentales trastoca las bases de la cohesión nacional	180
4.2. La reforma sustituye a los poderes fácticos naciona- les por poderes fácticos trasnacionales	183
4.3. Las consecuencias jurídicas del régimen de licen- cias, contratos y permisos	186
4.4. Se olvida la protección que brinda el derecho inter- nacional a las inversiones extranjeras	190
4.5. Las controversias jurídicas serán decididas en el ex- tranjero y será aplicado el derecho foráneo	193
4.6. La contratación será realizada entre el titular del ejecutivo, las empresas petroleras trasnacionales y Pemex	194

4.7. El olvido del concepto del dominio eminente	195
4.8. El olvido de los derechos fundamentales	197
4.9. La seguridad nacional	201
4.10. Quién decidirá a futuro la plataforma de producción y exportación	201
4.11. La renta petrolera y su destino.	203
4.12. Las consecuencias fiscales de la reforma energética	206
4.13. Las claves de la reforma energética han quedado previstas en los ordenamientos secundarios.	208
4.14. Las consecuencias del régimen corporativo —empresas productivas del Estado— y la no participación de los trabajadores en el Consejo de Administración de PEMEX.	209
4.15. Se violenta el derecho de propiedad de la nación recogido en el primer párrafo del artículo 27 de la Constitución y el derecho al territorio del Estado que deviene de los artículos 27 y 42 de la Constitución	210
4.16. El gobierno federal realizó propaganda sobre la reforma energética, pero no ha informado ni presentado todos los puntos de vista relevantes. Los medios de comunicación en México estuvieron al servicio del gobierno y sesgaron la información a su favor, pero no a favor de la sociedad y de los intereses de la nación	211
4.17. Conclusiones.	226
Bibliografía	229

*A mi hijo Santiago,
que busca el sentido
de la vida*

Introducción

En este libro reflexionamos sobre las consecuencias jurídicas del neoliberalismo. Esta corriente —económica, política y filosófica— tiene sus fundamentos en la teoría neoclásica que se desarrolló en Inglaterra, Estados Unidos y el resto de Europa a finales del siglo XIX y principios del XX.

Para los autores neoclásicos, el tema central de la economía está relacionado con la utilización óptima de los escasos recursos disponibles para satisfacer las necesidades y deseos que los agentes económicos experimentan en lo individual. El valor de las mercancías y de los servicios depende de la utilidad que les reporta a los consumidores.

Las anteriores categorías fueron dominantes en el mundo económico hasta antes de la Gran Depresión y fueron sustituidas por el pensamiento keynesiano —hasta las crisis de los años setenta y ochenta del siglo XX— porque la teoría neoclásica no ofrecía una explicación adecuada de lo que ocurría en esa etapa, principalmente porque no se tomaban en cuenta los aspectos contextuales en su análisis, en particular el peso del Estado y del derecho y sus regulaciones en la economía, así como el papel de las clases sociales.

El neoliberalismo económico, continuador de las teorías neoclásicas, constituye una visión extrema de esas teorías. Apuesta por la economía irrestricta del mercado y por un Estado que intervenga, no para enfrentar las desigualdades sociales y econó-

* NOTA DEL AUTOR: El borrador de este libro se entregó en 2016.

micas que provoca el mercado como lo hace el keynesianismo, sino para salvaguardar y extender la presencia del mercado, a fin de garantizar su buen funcionamiento y para enfrentar las barreras e impedimentos regulatorios a la libre competencia.

El neoliberalismo puede ser estudiado en tres dimensiones: como ideología, como forma de gobierno y como haz de medidas económicas. Entender al neoliberalismo como ideología implica asumir que sus piezas y elementos básicos constituyen el discurso dominante de nuestro tiempo, que las élites económicas y políticas consideran como dogma verdadero. La ideología neoliberal sostiene una imagen idealizada del libre mercado y estima que los individuos son seres descontextualizados y egoístas que solo persiguen su interés y satisfacción mediante el consumo. El neoliberalismo como ideología recela de la intervención económica del Estado en la economía, a menos que sea para favorecer al gran capital especulativo, condena a las empresas públicas, rechaza el rol del sindicalismo reivindicativo, descarta las negociaciones colectivas obrero-patronales, desconfía de las normas medioambientales y fiscales que entorpecen el funcionamiento del libre mercado. Cualquier esquema institucional y jurídico que entrañe sustituir o limitar el desempeño individual es reputado como una afectación a la libertad y al progreso.

Como forma de gobierno, el neoliberalismo se basa en valores empresariales como la competencia, el interés, la descentralización, la deslocalización, el fortalecimiento del poder individual y las limitaciones a los poderes centrales. Se estima que las instituciones estatales deben funcionar bajo los parámetros de competencia, eficiencia y eficacia de las empresas privadas y que, en lugar de promover el bien común o el desarrollo de la sociedad civil y de la justicia social, el gobierno debe impulsar la transformación de la mentalidad burocrática y sustituirla por visiones empresariales para garantizar el libre mercado. Los empleados del gobierno no se deben ver a sí mismos como garantes del bien público, sino como participantes responsables del funcionamiento del mercado.

En cuanto a las medidas económicas del neoliberalismo, estas se caracterizan por desregular la economía, liberalizar el comercio y la industria y privatizar las empresas estatales. Específicamente

te, sus tendencias económicas se caracterizan por lo siguiente: desmantelamiento de las regulaciones que existían sobre diferentes actividades, destacando, entre otras, a las financieras, las que asumen un rol fundamental en la orientación de las actividades productivas; debilitamiento de la posición negociadora del trabajo mediante distintas desregulaciones y acotamientos de las relaciones obrero-patronales; estrechamiento financiero y reglamentario en la prestación de servicios de bienestar social; reorganización de las actividades productivas para reducir costos, incluyendo la introducción de innovaciones tecnológicas, la reducción de las plantillas laborales y la relocalización geográfica de porciones importantes de los procesos productivos o de actividades completas; reducción del déficit fiscal, dejando el peso para lograrlo sobre el gasto del gobierno, como consecuencia de las acciones de desgravación impositiva; privatización de empresas públicas y privatización de servicios públicos, al igual que la subcontratación de actividades como parte de la provisión de servicios públicos; política macroeconómica centrada en la estabilidad de precios y abandono de la política fiscal macroeconómica que anteriormente en el modelo keynesiano servía para redistribuir la riqueza, y la liberalización de los flujos de comercio y capital entre países.

La teoría crítica del neoliberalismo —por ejemplo, David Harvey— señala que en él, como en otras relaciones de dominación que históricamente han existido, los vínculos sociales están gobernados por la violencia de clase. El neoliberalismo no solo es una estructura económica, sino también un esquema integral geopolítico que conjuga la violencia política, militar, ideológica, jurídica y estatal, para que las transformaciones estructurales que promueve pongan a las anteriores variables de su lado con el propósito de modificar en beneficio de las clases dominantes —el 1% de la población mundial— los elementos que conforman la convivencia social y la nueva forma de dominación política de carácter planetario, pero con anclajes nacionales.

En las teorías jurídicas, principalmente en las que denominamos neoconstitucionales, se entiende que el ordenamiento jurídico está para proteger a los débiles de los poderosos —para garantizar sus derechos humanos, incluyendo los derechos económicos, sociales, culturales, ambientales y de los pueblos origi-

narios—. El marco jurídico del neoliberalismo y la globalización hace lo contrario: transfiere las riquezas de los pobres a los ricos, privatiza los beneficios y socializa las pérdidas. ¿Cómo ocurre este proceso? La respuesta es profusa y amplia, pero podemos decir que ello acontece porque los poderosos —las grandes corporaciones económicas y las potencias hegemónicas— no actúan exclusivamente en el ámbito de la economía de mercado, sino que con su poder económico determinan el funcionamiento de la política e instrumentalizan en su provecho a las instituciones y a las normas jurídicas.

Las grandes corporaciones y empresas trasnacionales obtienen los beneficios de la economía de mercado, pero rehúyen pagar las consecuencias sociales y medioambientales derivadas de su actividad económica. El neoliberalismo se caracteriza por repartir de forma desigual el poder económico de las personas, lo que entraña consecuencias políticas y jurídicas. La principal es que los que tienen el gran poder económico utilizarán su poder político —influyendo en el Congreso y en otros poderes e instancias públicas— para garantizar el mantenimiento de las desigualdades, en vez de lograr una economía y una sociedad más igualitaria y justa. Los intereses económicos más importantes participan mediante esquemas de cabildeo y de financiamiento de las campañas políticas en el diseño de leyes que les beneficien.

Cuando algún Estado intenta aprobar leyes en beneficio de los débiles, principalmente en el ámbito financiero, fiscal o presupuestal, las reacciones de los mercados financieros mundiales son desproporcionadamente opuestas. Por ejemplo, las agencias de calificación que evalúan la deuda soberana de los países —el reciente intento frustrado de Grecia— condenan ese tipo de decisiones estableciendo calificaciones muy bajas, o se presiona a los Estados con la amenaza de sacar las divisas invertidas en el país respectivo y, en el mejor de los casos, se niega a los Estados préstamos internacionales o se les sitúa en la lista negra de los países inviables. Las medidas de presión que el capitalismo mundial —las trasnacionales y las potencias hegemónicas— puede imponer a los países para que estos se ajusten a las políticas neoliberales de los organismos financieros internacionales —como el Fondo Monetario Internacional o el Banco Mundial— son enormes.

Los marcos jurídicos de los Estados se construyen para favorecer a los grandes intereses económicos nacionales y mundiales por encima de los intereses y los derechos humanos de la población. Los gobiernos de los Estados en el modelo neoliberal de la globalización buscan seguir la pauta que señalan las grandes potencias y sus corporaciones, especialmente las de Estados Unidos.

En este libro nos referimos a la influencia jurídica del neoliberalismo, principalmente en el ámbito interno de nuestro país. En el primer capítulo hacemos un estudio introductorio sobre el neoliberalismo y su impacto jurídico a nivel mundial y nacional; en el segundo, de manera pormenorizada, explicamos y describimos las principales reformas estructurales de carácter constitucional aprobadas en el sexenio de Peña Nieto, a fin de destacar sus características neoliberales, que son contrarias a los intereses nacionales y sociales; en el tercer capítulo hacemos un análisis de las teorías neoconstitucionales para probar que estas son avasalladas y diluidas por la teoría y realidad de los modelos económicos neoliberales, y en el último hacemos un estudio de las consecuencias de la reforma constitucional energética de 2013, que claramente presenta y verifica las variables neoliberales y demuestra que su aprobación obedeció a razones externas, ajenas totalmente a los intereses de nuestro país y de los derechos humanos de sus habitantes.

Si así lo desean, invito a los que se acerquen a este libro a que lo lean con ojos críticos, pero con mentalidad abierta. El mundo en el que vivimos obliga a los juristas a salir de los conceptos y categorías jurídicas *stricto sensu*. Estas deben ser entendidas desde sus contextos, es decir, desde el pluralismo y desde la inter y multidisciplinariedad del conocimiento.

No puedo terminar esta breve introducción sin agradecer la generosidad del Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro por invitarme a participar en su colección “Constitución y Democracia”. En especial, al destacado papel que ha jugado en el derecho latinoamericano, nacional y del estado de Querétaro, el director de ese Instituto, Rogelio Flores Pantoja.

Capítulo 1.

El neoliberalismo jurídico en México¹

1.1. INTRODUCCIÓN

Nuestro propósito es reafirmar cómo los grandes cambios sociales y económicos tienen una expresión jurídica que los precede, acompaña o es consecuencia de ellos. La idea no es nueva, pues desde la famosa obra de Berman, que expuso las razones del nacimiento de la tradición jurídica occidental,² la mayor parte de los análisis que explican una cultura jurídica determinada exponen cómo esta es deudora del contexto al que sirve.

Los cambios sufridos en el mundo, resultado de la nueva realidad neoliberal y globalizadora, han producido una revolución jurídica que los ha acompañado y que ha reforzado el poder de las grandes potencias, corporaciones e instituciones supranacionales por encima de los intereses de los Estados-nación y de sus habitantes, con excepción —aunque eso exigiría una reflexión más detenida de los procesos de internacionalización de los derechos humanos, dado el lamentable estado en el que se encuentran en el mundo, en cuanto a sus garantías y realización— de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC).³ El Esta-

¹ Este ensayo de mi autoría se publicó con el título: “Las características jurídicas del neoliberalismo”, en *Revista Cuestiones Constitucionales*, núm. 32, 2015, México, IIJ-UNAM, pp. 3-44.

² Berman, Harold J., *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge-Londres, Harvard University Press, 1983.

³ Piketty, Thomas, *El capital en el siglo XXI*, México, FCE, 2014.

do y el derecho se han ido ajustando a esas transformaciones, y no necesariamente a favor de los derechos de los individuos que componen las sociedades respectivas, sino para apuntalar los intereses del nuevo capitalismo mundial.

En estas líneas exponemos las bases del pensamiento neoliberal globalizador, sus lógicas de actuación y cómo esa nueva hegemonía del pensamiento ha tenido derivaciones jurídicas que van conformando un nuevo tipo de Estado y de derecho, que no se contiene adecuadamente en muchas categorías jurídicas tradicionales. La globalización neoliberal no solo afecta la soberanía de los Estados-nación, sino que también incide en conceptos como validez jurídica, norma jurídica, ordenamiento, coercibilidad del derecho, jerarquía jurídica, sistema jurídico dinámico, pluralismo jurídico y, desde luego, en las relaciones entre el derecho de origen interno con el derecho de origen externo.

Nuestra postura es crítica respecto al neoliberalismo globalizador porque este ha ido prohiendo un nuevo orden jurídico mundial que carece de legitimidad democrática y que en la elaboración de sus normas y directrices es profundamente opaco. Por eso, algunos autores neoconstitucionalistas como Ferrajoli insisten en mundializar el constitucionalismo.⁴ Desde luego, ese debe ser el horizonte de lucha. Sin embargo, los intereses geopolíticos y económicos retrasarán esa posibilidad, lo que no impide que, mientras tanto, aclaremos las condiciones y consecuencias de este nuevo derecho para las sociedades, pues se trata de un sistema jurídico diseñado por los centros más importantes del poder mundial y por los gerentes de las grandes corporaciones transnacionales. Los líderes del neoliberalismo mundial desean un derecho totalmente compatible con sus intereses económicos y geopolíticos.

1.2. ¿QUÉ ES EL NEOLIBERALISMO?

El neoliberalismo tiene sus fundamentos en la teoría neoclásica de la economía que se desarrolló en Inglaterra, Estados Unidos y el resto de Europa a finales del siglo XIX y principios del XX. La

⁴ Ferrajoli, Luigi, "Es posible una democracia sin Estado", en *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Trotta, 2004.

teoría neoclásica cuenta entre sus grandes teóricos a Carl Menger (1840-1921), León Walras (1834-1910), Stanley Jevons (1835-1882) y Alfredo Marshall (1842-1924). Estos teóricos influirán posteriormente, entre otros, en autores neoliberales como Ludwig von Mises, Friedrich von Hayek y Milton Friedman. La teoría neoclásica sostiene como principales tesis que: el estudio de la economía debe concentrarse en la utilización óptima de los recursos disponibles, que son escasos, para satisfacer las necesidades y deseos de los agentes económicos; la utilidad de los bienes y de los servicios no es otra que la que representa, en el margen, para los consumidores; el equilibrio general corresponde a la utilización óptima de los recursos escasos y se le puede identificar como un conjunto de valores para todas las variables, precios y cantidades que prevalecen de manera simultánea; los precios tienen significado como indicadores de la escasez —en relación con las preferencias de los consumidores—, y la distribución del ingreso se determina por la contribución que en el margen hacen los factores de la producción.⁵

Para los autores neoclásicos, el tema central de la economía está relacionado con la utilización óptima de los escasos recursos disponibles para satisfacer las necesidades y deseos que los agentes económicos experimentan en lo individual. El valor de las mercancías y de los servicios depende de la utilidad que les reporta a los consumidores. Estas visiones conceptuales fueron dominantes en el mundo económico hasta antes de la Gran Depresión y fueron sustituidas por el pensamiento keynesiano —hasta las crisis de los años setenta y ochenta del siglo xx— porque la teoría neoclásica no ofrecía una explicación adecuada de lo que estaba ocurriendo en esa etapa, principalmente porque no tomaba en cuenta los aspectos contextuales en su análisis, en particular, el peso del Estado y sus regulaciones en la economía, así como el papel de las clases sociales.

El neoliberalismo económico, continuador de las teorías neoclásicas, constituye una visión extrema de esas teorías. Apuesta por la economía irrestricta del mercado y por un Estado que inter-

⁵ Tello, Carlos e Ibarra, Jorge, *La revolución de los ricos*, México, UNAM, 2012, p. 45.

venga, no para enfrentar las desigualdades sociales y económicas que provoca el mercado como lo hace el keynesianismo, sino para salvaguardar y extender la presencia del mercado, para garantizar su buen funcionamiento y para enfrentar las barreras e impedimentos regulatorios a la libre competencia. El neoliberalismo puede ser estudiado en tres dimensiones: como ideología, como forma de gobierno y como paquete de medidas económicas.⁶

Entender al neoliberalismo como ideología implica asumir que sus piezas y elementos básicos constituyen el discurso dominante de nuestro tiempo, que las élites económicas y políticas consideran como dogma verdadero. La ideología neoliberal sostiene una imagen idealizada del libre mercado y estima que los individuos son seres descontextualizados y egoístas que solo persiguen su interés y satisfacción mediante el consumo. El neoliberalismo como ideología recela de la intervención económica del Estado en la economía, a menos que sea para favorecer al gran capital especulativo, condena a las empresas públicas, rechaza el rol del sindicalismo reivindicativo, descarta las negociaciones colectivas obrero-patronales, desconfía de las normas medioambientales y fiscales que entorpecen el funcionamiento del libre mercado. Cualquier esquema institucional y jurídico que entrañe sustituir o limitar el desempeño individual es reputado como una afectación a la libertad y al progreso.

Como forma de gobierno, el neoliberalismo se basa en valores empresariales como la competencia, el interés, la descentralización, la deslocalización, el fortalecimiento del poder individual y las limitaciones a los poderes centrales. Se estima que las instituciones estatales deben funcionar bajo los parámetros de competencia, eficiencia y eficacia de las empresas privadas y que, en lugar de promover el bien común o el desarrollo de la sociedad civil y de la justicia social, el gobierno debe impulsar la transformación de la mentalidad burocrática y sustituirla por visiones empresariales para garantizar el libre mercado. Los empleados del gobierno no se deben ver a sí mismos como garantes del bien público, sino como participantes responsables del funcionamiento del mercado.

⁶ Steger, Manfred B. y Roy, Ravi K., *Neoliberalismo. Una breve introducción*, Madrid, Alianza Editorial, 2011, pp. 29-34.

En cuanto a las medidas económicas del neoliberalismo, estas se caracterizan por desregular la economía, liberalizar el comercio y la industria y privatizar las empresas estatales. Específicamente, sus tendencias económicas se caracterizan por lo siguiente: desmantelamiento de las regulaciones que existían sobre diferentes actividades, destacando, entre otras, a las financieras, las que asumen un rol fundamental en la orientación de las actividades productivas; debilitamiento de la posición negociadora del trabajo mediante distintas desregulaciones y acotamientos de las relaciones obrero-patronales; estrechamiento financiero y reglamentario en la prestación de servicios de bienestar social; reorganización de las actividades productivas para reducir costos, incluyendo la introducción de innovaciones tecnológicas, la reducción de las plantillas laborales y la relocalización geográfica de porciones importantes de los procesos productivos o de actividades completas; reducción del déficit fiscal, dejando el peso para lograrlo sobre el gasto del gobierno, como consecuencia de las acciones de desgravación impositiva; privatización de empresas públicas y privatización de servicios públicos, al igual que la subcontratación de actividades como parte de la provisión de servicios públicos; política macroeconómica centrada en la estabilidad de precios y abandono de la política fiscal macroeconómica que anteriormente en el modelo keynesiano servía para redistribuir la riqueza, y la liberalización de los flujos de comercio y capital entre países.

La teoría crítica del neoliberalismo señala que en él, como en otras relaciones de dominación que históricamente han existido, los vínculos sociales están gobernados por la violencia de clase. El neoliberalismo no solo es una estructura económica, sino también un esquema integral geopolítico que conjuga la violencia política, militar, ideológica, jurídica y estatal, para que las transformaciones estructurales que promueve pongan a las anteriores variables de su lado con el propósito de modificar en beneficio de las clases dominantes los elementos que conforman la convivencia social y la nueva forma de dominación política de carácter planetario, pero con anclajes nacionales.⁷

⁷ Harvey, David, *Breve historia del neoliberalismo*, Madrid, Akal, 2007; Harvey, David, *El nuevo imperialismo*, Madrid, Akal, 2004; Harvey, David, *El*

Tal como dice Ludolfo Paramio, el modelo neoliberal

[...] se ha caracterizado por promover el recorte de impuestos, la reducción de los servicios públicos, el acoso a los sindicatos, y a lo que representan, y por impulsar la ilusión de que la prosperidad de todos depende de que los más ricos aumenten sus ingresos, alejándose cada vez más del ingreso medio, y del acceso a través del mercado a los servicios que en el modelo socialdemócrata de sociedad constituyen servicios públicos universales. La desigualdad como principio de progreso social sustituye a la visión de una sociedad cohesionada, con buena calidad de vida para todos y capaz de competir económicamente por la inversión en educación, sanidad e infraestructura.⁸

Las consecuencias del modelo neoliberal se expresaron en la crisis financiera global de 2008. Según Kenneth Rogoff, la desigualdad en la distribución del ingreso, la riqueza y las oportunidades en el mundo es mayor con el neoliberalismo que la que prevaleció en cualquier año del siglo xx y, en Europa, Asia y América las

[...] corporaciones engordan con el dinero que viene de sus esfuerzos para lograr mayor eficiencia, pues ello les reditúa mayores ganancias. Sin embargo, la participación de los salarios dentro del total del ingreso ha estado cayendo como resultado de los altos niveles de desempleo, de las menores horas trabajadas a la semana y de los salarios estancados [...] la desigualdad en la distribución del ingreso es lo que más amenaza a la estabilidad social en todo el mundo.⁹

Ejemplo de las desigualdades crecientes es China, en donde 250 mil familias millonarias que representan el 0.4% de la población de ese país controlan el 70% de la riqueza del mismo.

Frente a las crisis que provoca el modelo neoliberal, la iz-

enigma del capital y la crisis del capitalismo, Madrid, Akal, 2012, y Harvey, David, *Seventeen Contradictions and the End of Capitalism*, Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 2014.

⁸ Paramio, Ludolfo, *La socialdemocracia*, Madrid, Catarata, 2009, pp. 52-53.

⁹ Rogoff, Kenneth, "The Inequality Wildcard", en *Project Syndicate*, núm. 4, feb, 2011, Praga.

quierda partidista institucionalizada en el mundo no ha protestado por la profunda desigualdad existente, ni aun en los países más desarrollados, ni ha provocado amplias movilizaciones sociales, ni ha demandado cambios profundos en las instituciones financieras mundiales o nacionales. La izquierda partidista, con el apoyo de la derecha, le ha apostado a los programas de ajuste impulsados por el Fondo Monetario Internacional (FMI) y los bancos centrales más importantes del planeta. Los programas de ajuste reducen el gasto público y proponen el principio de estabilidad presupuestaria para evitar los déficits públicos. La austeridad socaba el crecimiento, empeora la situación fiscal de los gobiernos, lo que termina incrementando los niveles de pobreza y desigualdad.

A pesar de los fracasos del modelo neoliberal, y porque los más ricos del mundo controlan la política y el orden jurídico en su beneficio, el modelo neoliberal sigue insistiendo en sus dogmas. En el campo financiero se insiste en bajar el gasto público, vender las empresas públicas que aún quedan en manos del Estado, continuar desregulando la actividad de los particulares y reducir aún más la deuda pública. En el campo monetario y crediticio se pretende seguir liberalizando los mercados financieros para que una vez recuperada la confianza y sin mayor intervención del Estado, logren eventualmente canalizar recursos a las actividades productivas. En el mercado de trabajo se quiere eliminar todos los aspectos que entrañan para las empresas mayor costo de contratación y despido de la mano de obra. En materia de prestaciones y medidas de carácter social se busca reducirlas al mínimo social.

Esos objetivos solo se pueden lograr teniendo los instrumentos necesarios para ello. Esas herramientas imprescindibles son el orden jurídico y la estructura estatal. El modelo neoliberal, desde luego, va más allá de la economía y se expresa en la política y en el derecho. Los poderosos del mundo requieren de sistemas jurídicos y estaduales compatibles con el modelo neoliberal.¹⁰ Por tanto, existe un modelo jurídico y estadual del neoliberalismo que proporciona servicio a los dogmas neoliberales para que

¹⁰ Kaplan, Marcos, *Estado y globalización*, México, IJ-UNAM, 1ª reimp., 2008.

los más ricos, el 1% de la población mundial, se siga distanciando social, económica, política y jurídicamente del 99% de la población más pobre del planeta.

1.3. ¿POR QUÉ EN EL NEOLIBERALISMO EL MARCO JURÍDICO NO RESPALDA A LOS DÉBILES?

En el Estado de derecho se entiende que el ordenamiento jurídico está para proteger a los débiles de los poderosos. El marco jurídico del neoliberalismo y la globalización hace lo contrario: transfiere las riquezas de los pobres a los ricos, privatiza los beneficios y socializa las pérdidas. ¿Cómo ocurre este proceso? La respuesta es profusa y amplia, pero de inicio podemos decir que ello ocurre porque los poderosos —las grandes corporaciones económicas— no actúan exclusivamente en el ámbito de la economía de mercado, sino que con su poder económico determinan el funcionamiento de la política e instrumentalizan en su provecho a las instituciones y a las normas jurídicas.

Las grandes corporaciones y empresas transnacionales obtienen los beneficios de la economía de mercado, pero rehúyen pagar las consecuencias sociales y medioambientales derivadas de su actividad económica. Existen abundantes situaciones en el capitalismo mundial que lo confirman. Joseph Stiglitz ejemplifica con el caso de la explosión a bordo de la plataforma Deepwater Horizon en abril de 2010, que provocó un vertido que derramó millones de barriles de petróleo de la empresa British Petroleum (BP) a las aguas del Golfo de México; los directivos de BP escatimaron las medidas de seguridad a costa del medioambiente para incrementar los beneficios de la empresa.¹¹

El neoliberalismo se caracteriza por repartir de forma desigual el poder económico de las personas, lo que entraña conse-

¹¹ Stiglitz, Joseph, *El precio de la desigualdad. El 1% de la población tiene lo que el 99% necesita*, trad. de Alejandro Pradera, México, Taurus-Prisa Ediciones, 2012, p. 249. En México, el 6 de agosto de 2014, la mina Buenavista del Cobre, subsidiaria del Grupo México vertió productos químicos altamente contaminantes en los ríos Sonora y Bacanuchi, negando en principio su responsabilidad y, posteriormente, tratando de eludirla.

cuencias políticas y jurídicas. La principal es que los que tienen el gran poder económico utilizarán su poder político —influyendo en el Congreso y en otros poderes e instancias públicas— para garantizar el mantenimiento de las desigualdades, en vez de lograr una economía y una sociedad más igualitaria y justa. Los intereses económicos más importantes participan mediante esquemas de cabildeo y de financiamiento de las campañas políticas en el diseño de leyes que les beneficien, por ejemplo, en materia de propiedad intelectual, fiscal, subvenciones, laboral, de inversión extranjera, medioambiente, etc. Dice Joseph Stiglitz que las grandes empresas también influyen indirectamente, a través de los altos costos de acceso al sistema judicial, para no estimular que los débiles accedan en igualdad de condiciones que los ricos al mismo.¹²

Cuando algún Estado intenta aprobar leyes en beneficio de los débiles, principalmente en el ámbito financiero, fiscal o presupuestal, las reacciones de los mercados financieros mundiales son desproporcionadamente opuestas. Por ejemplo, las agencias de calificación que evalúan la deuda soberana de los países condenan ese tipo de decisiones estableciendo calificaciones muy bajas, o se presiona a los Estados con la amenaza de sacar las divisas invertidas en el país respectivo y, en el mejor de los casos, se niega a los Estados préstamos internacionales o se les sitúa en la lista negra de los países inviables.¹³ Las medidas de presión que el capitalismo mundial —las transnacionales— puede imponer a los países para que estos se ajusten a las políticas neoliberales de los organismos financieros internacionales —como el FMI o el Banco Mundial (BM)— son enormes. Por eso, los Estados que intentan aprobar leyes de protección a los consumidores o para limitar los créditos usurarios de los bancos son inmediatamente inhibidos de hacerlo o se les recomienda que abroguen esos ordenamientos.

¹² Stiglitz, Joseph, *El precio de la desigualdad. El 1% de la población tiene lo que el 99% necesita...*, cit., p. 251.

¹³ Países como Argentina impulsan en la ONU la aprobación de una convención internacional que busca crear un marco legal que regule los procesos de reestructuración de deudas con el objetivo de frenar los fondos buitres. La iniciativa fue aceptada por la Asamblea General de la ONU en septiembre de 2014 para que se apruebe en una futura convención.

Los marcos jurídicos de los Estados se construyen entonces para favorecer a los grandes intereses económicos nacionales y mundiales por encima de los intereses y los derechos humanos de la población. Los gobiernos de los Estados en el modelo neoliberal de la globalización buscan seguir la pauta que señalan las grandes potencias y sus corporaciones, especialmente las de Estados Unidos.

En ocasiones, cuando en algún país no desarrollado se implementa alguna política pública a favor de los débiles, esta es retomada por las grandes corporaciones para manipularla en su beneficio, ocasionando al final sufrimiento a los más desaventajados. Ejemplo de ello es la experiencia de los microcréditos, impulsada en Bangladesh, en donde con criterios sociales se concedió, a través de cooperativas, créditos con bajo interés a los más pobres, a quienes nunca habían tenido tratos con una institución bancaria. Cuando los bancos con ánimo de lucro advirtieron que en la base de la pirámide social había dinero, instrumentaron planes de crédito para los más pobres, pero ya no con criterios de solidaridad, sino de especulación. La consecuencia fue la extensión del empobrecimiento acelerado de las familias más débiles incapacitadas para pagar sus deudas.

Los organismos reguladores nacionales, que deben reducir o limitar los excesos de las corporaciones, son incapaces de contener la voracidad y los intereses de las corporaciones. Stiglitz señala el ejemplo de la Securities and Exchange Commission (SEC) —la Comisión del Mercado de Valores de Estados Unidos—, encargada de aplicar las leyes federales de ese país sobre los valores, misma que ha adoptado decisiones en contra de Citibank y otros bancos estadounidenses por infringir la legislación contra el fraude. Lo que sigue después de la decisión es que los bancos impugnan la resolución con el propósito de llegar a un compromiso con el órgano regulador. El acuerdo consiste en que el banco pague una fuerte multa, sin admitir ni negar su culpabilidad, y que se comprometa a no realizar ninguna conducta parecida a la que suscitó el procedimiento. Sin embargo, nada más haber realizado esa promesa, vuelven a repetir sus conductas fraudulentas y son sometidos a nuevos procedimientos donde ocurre exactamente lo mismo que en el primero. Es una espiral sin fin,

en donde las corporaciones siguen actuando en contra del ciudadano común.¹⁴

La desigualdad no surge de las fuerzas abstractas del mercado, nace de la manera en la que se distribuye el poder político en una sociedad. El que tiene el poder político confecciona el orden jurídico en su beneficio para perpetuarse en el poder y mantener el *statu quo* de privilegios. La política configura los mercados y determina las reglas del juego de todos los subsistemas sociales y económicos.

¿Cómo logran unos cuantos poderosos determinar la política y el mercado? Lo logran manipulando y poniendo a su servicio el sistema electoral y político de los respectivos países, así como a las instituciones supranacionales que se destacan por su ausencia de democracia interna. A nivel nacional, por ejemplo, controlando los medios de comunicación, principalmente los electrónicos, que suelen no representar a la diversidad social ni política. Las concesiones para acceder a los medios se otorgan a unas cuantas personas afines a los grandes intereses económicos y, una vez que los concesionarios tienen los medios de comunicación, no proporcionan información plural a la sociedad y se cuidan de expresar solamente el punto de vista que conviene a los poderosos. Un sistema político que no garantiza el derecho a la información no puede considerarse democrático.

Otra vía de manipulación del sistema político se da a través del financiamiento de las campañas. En países como Estados Unidos, en donde prevalece el financiamiento privado sobre el público, los financiadores de las campañas, que son las grandes corporaciones, deciden apoyar a unos candidatos sobre otros, y una vez que el candidato accede al cargo público, este pasa a representar en el Congreso o en otras instancias públicas los intereses del financiador.¹⁵

¹⁴ Stiglitz, Joseph, *El precio de la desigualdad. El 1% de la población tiene lo que el 99% necesita...*, cit., pp. 264-265.

¹⁵ Es muy conocida la resolución de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso *Citizens United contra la Comisión Federal* de ese país de 2010, en donde ese Tribunal aprobó la constitucionalidad de los gastos ilimitados de las grandes corporaciones en las campañas —financiamiento privado

Una vía más de manipulación del sistema político se ejerce a través del cabildeo en el Congreso o en otras instancias de poder: los grandes intereses económicos tienen los recursos para que cabilderos profesionales orienten y supervisen de manera permanente el diseño de las políticas públicas o de la legislación. En países como México, en donde las desigualdades son enormes, la manipulación a favor de los poderosos del sistema político se produce por las vías anteriormente citadas y, además, a través de la compra y/o coacción del voto; el uso clientelar de los programas públicos —es decir, la manipulación de la pobreza con fines electorales—; la integración de los órganos electorales de acuerdo con los intereses de la oligarquía; el desvío de los recursos públicos de los presupuestos con fines electorales, aprovechando los débiles mecanismos de fiscalización estatal; el mantenimiento, al margen del control jurídico del Estado y de la rendición de cuentas, de los poderes fácticos; la inhibición de los mecanismos de democracia participativa y deliberativa a favor de los ciudadanos; e impidiendo que los DESC sean exigibles al Estado para ayudar a remediar las condiciones de pobreza.¹⁶

La democracia es incompatible con la concentración extrema de ingresos y el modelo neoliberal promueve esa concentración de la riqueza en pocas manos. En este sentido, el modelo neoliberal es antitético con la democracia y con el Estado de derecho, tal como lo ha advertido Paul Krugman.¹⁷ En el modelo neoliberal no puede existir un marco jurídico que favorezca la garantía de los DESC, porque ello iría en demérito de las posibilidades de la concentración de la riqueza en pocas manos. En el modelo neoliberal tampoco se pueden establecer en el ordenamiento jurídico herramientas de democracia participativa y deliberativa, porque ellas tienden a igualar las relaciones sociales y a incrementar los mecanismos sociales de control y fiscalización del poder. El modelo neoliberal globalizador tampoco puede ad-

sin topes en las aportaciones— para que las grandes empresas y sindicatos ejercieran su “libertad de expresión”.

¹⁶ Cárdenas Gracia, Jaime, *La crisis del sistema electoral mexicano. A propósito del proceso electoral de 2012*, México, UNAM, 2014.

¹⁷ Krugman, Paul, “Oligarchy, American Style”, en *New York Times*, 4 nov 2011.

mitir que los Estados nacionales consideren como parte de su dominio eminente a los recursos naturales del subsuelo, porque se limitan las posibilidades de los negocios transnacionales, tal como ocurrió recientemente en México con la reforma energética de 2013-2014.

El modelo neoliberal globalizador, que gestiona en beneficio de 1% de la población la riqueza mundial, ha entregado a instituciones como el FMI la soberanía económica de los Estados. El FMI representa a los acreedores internacionales y somete la independencia de los Estados. Los países que llegan a sobreendeudarse pierden el control de su destino y caen en las redes de los acreedores internacionales, del FMI y de las empresas calificadoras de la deuda soberana. Cuando los países buscan recuperar su soberanía, como ocurrió con Grecia hace algunos años, cuando propuso someter a referéndum el programa de austeridad preparado por los banqueros europeos, estos lo impidieron e inhibieron mediante amenazas y chantajes al gobierno griego para que no llevara a buen término su propuesta. La soberanía y el margen de acción democrática de los Estados, sus gobiernos y sociedades, decaen sensiblemente en la globalización neoliberal, porque si un país no hace lo que quieren los mercados financieros, estos amenazan con rebajar su calificación crediticia, con llevarse a otra parte su dinero, con subir los tipos de interés, entre otras medidas. Las elecciones pueden ser libres, pero los ciudadanos no tienen posibilidad de votar lo que realmente importa, esto es, no pueden sufragar sobre las cuestiones económicas que atañen a sus vidas.¹⁸

Muchos estudiosos de esta materia consideran que es imposible tener al mismo tiempo democracia, autodeterminación nacional y una globalización plena.¹⁹ La globalización neoliberal tiene distintas vías para restringir la democracia: a través de tratados de libre comercio y de inversión que limitan las posibilidades regulatorias de los Estados y la participación de los ciudadanos de los respectivos países en la aprobación de esos acuerdos in-

¹⁸ Stiglitz, Joseph, *El precio de la desigualdad. El 1% de la población tiene lo que el 99% necesita...*, cit., p. 195.

¹⁹ Rodrick, Dani, *La paradoja de la globalización: democracia y el futuro de la economía mundial*, Barcelona, Antoni Bosch, 2012.

ternacionales; otro camino es el rescate internacional de un país porque se sobreendeuda y no puede cumplir sus compromisos internacionales, y para “auxiliarlo” se le imponen condiciones que limitan su soberanía e independencia, y a través de la competencia fiscal, para impedir que los Estados establezcan una fiscalidad progresiva, pues las empresas transnacionales amenazan con irse a otros países si la tributación es muy alta.

Las actuales reglas de la globalización neoliberal han contribuido a poner en crisis la democracia y el Estado de derecho, tal como los hemos conocido. Si la globalización es la alternativa en el presente de la historia de la humanidad, debemos pensar otro tipo de globalización, una que se construya de abajo hacia arriba, que respete los derechos de las sociedades a decidir sobre su futuro y a diseñar un tipo de Estado y de ordenamiento jurídico que proteja a los débiles de los poderosos. En particular, es importante que el diseño de las instituciones supranacionales obedezca a criterios democráticos y de control y supervisión de los ciudadanos a esas instituciones para que estas no se vuelvan en contra de ellos.

1.4. LA GLOBALIZACIÓN DESDE ARRIBA, FASE SUPERIOR DEL NEOLIBERALISMO

La actual fase del neoliberalismo globalizador se corresponde con una configuración específica del Estado y del derecho. A consecuencia del impulso al gran capital, en el ámbito jurídico mundial se crean redes internacionales de regulación por encima de la voluntad del Estado —principalmente de sus sociedades— y de los paradigmas tradicionales del derecho —estatalidad en la producción de normas jurídicas, jerarquía normativa a partir de la Constitución, poderes de los congresos de cada estado para definir los propios diseños institucionales de las entidades federativas, jurisdicción a cargo exclusivamente de tribunales nacionales, etc.—.²⁰ Las redes de regulación jurídica están integradas

²⁰ Sousa Santos, Boaventura de y Rodríguez Garavito, César A., *El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita*, Barcelona-México, UAM-Anthropos Editorial, 2007.

por instituciones transnacionales como el FMI y el BM, por las grandes corporaciones mundiales, por los gobiernos de las grandes potencias que impulsan esa visión de la realidad, por los gobiernos de otras naciones que acatan de manera subordinada las decisiones de los centros de hegemonía mundial; pero en dichas redes están ausentes los ciudadanos de las sociedades nacionales. Los Estados-nación, en función de su fuerza política y económica en el concierto mundial, pueden en algunos casos negociar y disputar el contenido de su propio derecho, aunque generalmente este es recibido por los Estados-nación como algo ya dado que solo debe formalizarse por los canales internos de cada país, a fin de que en los territorios nacionales y sobre las poblaciones respectivas tenga vigencia. De esta suerte, el derecho del Estado responde a concepciones externas, de carácter elitista, que obedecen a intereses económicos de unos cuantos y que muy pocas veces tienen que ver con los derechos, intereses y necesidades de las sociedades.

El modelo de Estado westfaliano, que creó el Estado-nación caracterizado por la centralización del poder en un gobierno que controla un territorio, la expansión del gobierno administrativo, la legitimación del poder a través de la teoría representativa y el monopolio de la fuerza concentrado en las fuerzas armadas y cuerpos de seguridad pública, ha sido sustituido por una nueva forma de Estado que se podría denominar transnacional. La característica principal de este nuevo Estado es que las principales decisiones que afectan a las sociedades nacionales no se adoptan por los representantes electos de cada nación, sino en sedes extranacionales. Esas decisiones tienen que ver principalmente con las condiciones de vida de las sociedades y son tomadas por actores, instituciones y agentes no nacionales. Las resoluciones que se implementan en cada nación tienen como objetivo garantizar los procesos de acumulación del capitalismo mundial, favorecer a los grandes intereses económicos transnacionales y nacionales y, en su caso, responder a lógicas geopolíticas que benefician a las grandes potencias mundiales, las que, por otra parte, están al servicio de los intereses económicos transnacionales. De esta suerte, el poder ya no está centralizado en el Estado, sino que se encuentra deslocalizado en instituciones y agentes económicos supranacionales; el gobierno administrativo de cada Estado

se reduce, flexibiliza y ajusta a las necesidades del capitalismo mundial; los poderes extranacionales no están legitimados democráticamente y el poder militar fundamental se localiza en las grandes potencias mundiales o en instituciones supranacionales controladas por esas potencias.

Estudiosos como David Held sostienen que la operación de los Estados-nación en este sistema mundializado o globalizado limita su autonomía y las posibilidades de la soberanía estatal como se entendió en el pasado.²¹ ¿Por qué? Porque las decisiones nacionales más importantes no se adoptan por las sociedades locales, sino en instancias externas; porque la regulación jurídica nacional se debe adecuar a las necesidades del capitalismo mundial; porque la regulación transnacional se considera jerárquicamente superior a la nacional y, por tanto, esa regulación no puede ser transgredida sin graves consecuencias para el Estado-nación; y porque las redes de regulación jurídica mundial complejizan y obstaculizan el funcionamiento de las autoridades locales, que aparecen desconcertadas ante las realidades del nuevo derecho transnacional.

Sin embargo, existen diversas aproximaciones teóricas sobre la globalización, que se distinguen por los énfasis en la profundización de dicho fenómeno y sus efectos sobre el Estado-nación, y sobre los ritmos históricos del proceso. Las posiciones sobre la globalización se suelen dividir en tres: la hiperglobalista o globalista,²² la escéptica y la transformacionista. Desde la visión de los hiperglobalistas, la globalización se define como una nueva época de la historia humana en la que los Estados-nación son insostenibles en la nueva economía mundial; la globalización económica desnacionaliza a las economías, pues han surgido nuevos actores en el sistema mundial con poder de decisión que impactan en el funcionamiento del Estado y de las sociedades particulares. La globalización económica, sus instituciones y

²¹ Held, David y McGrew, Anthony, *Globalización-antiglobalización. Sobre la reconstrucción del orden mundial*, Barcelona, Paidós, 2003.

²² Por ejemplo, Mathews, Jessica, "Power Shift", en *Foreign Affairs*, vol. 76, núm. 1, 1997, pp. 65-66. Esta autora considera que el Estado-nación tiende a disolverse porque habrá actores que tomarán decisiones al margen de él.

agentes suplantarán al Estado-nación como unidad económica y política de la sociedad mundial.²³ En el nuevo esquema surgen instituciones de gobernanza global que irán subordinando a las instituciones nacionales a sus decisiones y fines. Las características generales de la concepción hiperglobalista son: un reordenamiento de la acción humana que piensa y actúa, cada vez más, en términos globales; una era global y no nacional; capitalismo global, gobierno global y sociedad civil global; poder del Estado-nación en declive; las fuerzas conductoras de la globalización son el capitalismo neoliberal y la tecnología; erosión de las jerarquías nacionales; cultura mundial y no nacional; una trayectoria sostenida hacia una civilización global y, como última etapa, el fin del Estado-nación.²⁴

Para los escépticos, el Estado-nación no ha perdido el poder. El Estado-nación sigue siendo uno de los actores fundamentales para que el orden global funcione, aunque la tesis admite que el poder del Estado se ha configurado con el propósito de proteger a las economías que representan a la internacionalización con mayor fuerza. Para los escépticos, la globalización es una ideología o un mito necesario de los liberales para que los gobiernos nacionales disciplinen a sus ciudadanos, y así satisfacer las exigencias del mercado neoliberal, que consisten en eliminar todos los obstáculos que se pretenda imponer a los intereses globales. Las características principales de la tesis escéptica son: reconocer la existencia de procesos de internacionalización y regionalización; los gobiernos nacionales se reconfiguran para satisfacer los intereses y necesidades del mercado neoliberal mundial; el poder de los gobiernos nacionales se incrementa para tutelar y beneficiar al mercado neoliberal; los Estados y los mercados son las fuerzas de la globalización; en el proceso de la globalización, los Estados-nación del Sur tienen menos éxito que los del Norte para imponer sus condiciones en los procesos de negociación económica y comercial del mercado mundial, y la internacionali-

²³ Held, David y McGrew, Anthony, *Globalización-antiglobalización. Sobre la reconstrucción del orden mundial...*, cit., pp. 116-117.

²⁴ Held, David y McGrew, Anthony *et al.*, *Global Transformations. Politics, Economics and Culture*, Stanford, California, Stanford University Press, 1999, pp. 3 y ss.

zación depende del acuerdo y apoyo de los respectivos Estados-nación.²⁵

Los transformacionalistas consideran que la globalización reconfigura el poder en su conjunto —nacional y mundial—.²⁶ La posición transformacionalista afirma que el derecho debería yuxtaponerse y entenderse en relación con la jurisdicción en expansión de las instituciones de la gobernanza internacional y las constricciones del derecho internacional, así como las obligaciones que de él se derivan.²⁷ La globalización implica relajación de la relación entre soberanía, territorialidad y poder político. A las ideas transformacionalistas las podemos caracterizar de la siguiente forma: el poder de los gobiernos nacionales y de las instancias mundiales se reestructura para adaptarse a las nuevas circunstancias globales; se propende a constituir una nueva arquitectura del orden mundial; la globalización transforma el poder estatal y la política mundial, y los resultados de los procesos de globalización son inciertos.²⁸

La exposición de estas tres visiones —hiperglobalizadores, escépticos y transformacionalistas—, independientemente de los énfasis en la velocidad del proceso de globalización o en la permanencia o desaparición del Estado, coinciden en tres aspectos que son torales para la argumentación que hacemos en estas páginas: la globalización se acuerda y se define por las élites económicas y políticas, tanto mundiales como nacionales; en los procesos de globalización no participan, ni activa ni extendidamente, las ciu-

²⁵ Held, David y McGrew, Anthony, *Globalización-antiglobalización. Sobre la reconstrucción del orden mundial...*, cit., p. 16.

²⁶ Slaughter, Ann Marie, *A New World Order*, Princeton, Princeton University Press, 2004.

²⁷ Held, David y McGrew, Anthony, *Globalización-antiglobalización. Sobre la reconstrucción del orden mundial...*, cit., p. 146.

²⁸ 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, 2010. Para este autor hay conceptos de la globalización fundamentales como el de gobernanza, que entiende la acción de los gobiernos nacionales y de las instituciones mundiales como una trama de relaciones entre las sociedades mundiales y nacionales con las instituciones estatales y las corporaciones mundiales y organismos supranacionales para la gobernanza.

dadánías nacionales, y los procesos de globalización condicionan o reconfiguran al Estado-nación y a los órdenes jurídicos nacionales y mundiales en beneficio de los intereses económicos transnacionales. Esto es, los procesos de globalización son instrumentos y cauces para el desarrollo del modelo económico neoliberal.

Las premisas anteriores son totalmente coincidentes con los procesos mundiales y nacionales en curso. Basta, para probar lo anteriormente señalado, revisar el llamado Consenso de Washington que se impuso mediante políticas públicas a nivel mundial, fundamentalmente a los países en desarrollo —aunque no solo— para favorecer la liberalización de la economía mundial en pleno respaldo al modelo neoliberal globalizado. Las políticas del Consenso de Washington fueron resumidas por John Williamson y consisten en:

1. Disminuir el déficit presupuestario y jamás recurrir a la inflación para financiarlo.
2. El gasto público se debe apartar de aquellas áreas que reciben recursos desproporcionados en relación con los beneficios económicos que se producen, tales como la administración, la defensa y los subsidios indiscriminados en gasto social.
3. Promover reformas tributarias para ampliar la base de los ciudadanos que deben contribuir y reducir los impuestos directos.
4. Lograr que a las tasas de interés bancarias y financieras las determine el mercado.
5. Establecer criterios de cambio monetario unificados entre el mayor número de países, además de lograr que sean competitivos para estimular el crecimiento acelerado de exportaciones no tradicionales.
6. Liberalizar el comercio mundial a través de la celebración de acuerdos comerciales y mediante la reducción de los aranceles nacionales.
7. Estimular y proteger la inversión extranjera directa.
8. Privatizar las empresas estatales.
9. Desreglamentar para eliminar las normas que impiden la participación de nuevas empresas y que restringen la competencia.

10. Fortalecer la propiedad privada sobre otras formas de propiedad.²⁹

1.5. LAS ESTRUCTURAS JURÍDICAS
DE LA GLOBALIZACIÓN NEOLIBERAL

A la par que los procesos de globalización económica neoliberal se desarrollan y despliegan —como instrumento de esos procesos y a su servicio— complejas estructuras jurídicas que se pueden caracterizar por su opacidad e ilegitimidad.³⁰ Opacidad porque las sociedades nacionales desconocen cómo se construyen esos sistemas normativos que se realizan, no en su beneficio, sino en el de los grandes intereses transnacionales. Ilegitimidad porque los ciudadanos de los respectivos países no votan esas estructuras normativas ni directa ni indirectamente, aunque al final se les imponen y afectan sus vidas.

Las estructuras jurídicas de la globalización se crean y se mantienen en forma de red —las redes jurídicas de la globalización neoliberal—.³¹ Son redes jurídicas porque no se diseñan de manera jerárquica como en el derecho nacional a partir de la Constitución, sino que van construyéndose en forma de red, sin el respaldo de una única autoridad mundial o nacional; en su integración participan autoridades y agentes privados transnacionales; las normas que conforman esas redes no tienen exclusivamente un origen público, sino fundamentalmente privado —las grandes

²⁹ Williamson, John, “What Washington Means by Policy Reform”, en Williamson, John (ed.), *Latin American Adjustment: How Much Has Happened?*, Washington, D.C., Peterson Institute for International Economics, 1990, cap. 2.

³⁰ Hernández Cervantes, Aleida, *La producción jurídica de la globalización económica: notas de una pluralidad jurídica transnacional*, México, UNAM-UASLP-Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat, 2014, pp. 203-216.

³¹ Teubner, Gunther, *El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global*, ed. de Carlos Gómez-Jara Díez, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2005; Sousa Santos, Boaventura de, *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, Facultad de Derecho de la Universidad de Colombia-ILSA, 2002; y Faria, José Eduardo, *El derecho en la economía globalizada*, Madrid, Trotta, 2001.

corporaciones—; las redes sustituyen las fuentes jurídicas tradicionales —la Constitución y la ley— y se nutren fundamentalmente de un derecho contractual, en donde la ley del más fuerte gana más espacios. Como dice Ferrajoli, se produce un vacío del derecho público a favor de un derecho privado de carácter mundial en el que múltiples centros de decisión jurídica transnacional disputan y generalmente sobrepasan la presencia normativa del Estado-nación.³²

La circunstancia de que ahora el derecho de la globalización opere en forma de red más que en la tradicional imagen de pirámide normativa no significa que exista una sola red, hay varias redes operando simultáneamente. Las redes poseen un carácter multifuncional, pues tienen capacidad para generar sus reglas de operación, sus procedimientos de resolución de conflictos, sus mecanismos para producir nuevas normas jurídicas y hasta criterios propios de “legitimación”. Dentro de la gran red jurídica de la globalización económica neoliberal podemos ubicar dos tipos de redes: a) las redes jurídicas económicas trasgubernamentales, y b) las redes privadas económicas de autorregulación transnacional. En el caso de las redes jurídicas trasgubernamentales, los centros de producción jurídica son, por ejemplo, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, la Organización Mundial del Comercio, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y el Instituto para la Unificación del Derecho Privado. Las redes privadas económicas de autorregulación transnacional, organismos privados internacionales, por ejemplo, la Cámara de Comercio Internacional, son centros de producción jurídica para sus agremiados y utilizan el poder, la presión o la persuasión para que las regulaciones producidas sean adoptadas por las legislaciones nacionales.

La validez de las normas jurídicas producidas por los centros de creación transnacional, que son parte de las redes, no es generada por las vías tradicionales que se emplean en el Estado-nación —participación de un órgano competente legislativo que sigue el procedimiento previamente establecido en normas del

³² Ferrajoli, Luigi, “Es posible una democracia sin Estado”, en *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Trotta, 2004, p. 142.

Estado y en donde las normas resultantes respetan el contenido de la Constitución y de otras normas superiores—, sino a través de la “persuasión”, que se respalda en criterios económicos; con el poder que detentan los grandes intereses económicos mundiales, y a través de la amenaza de sanciones de tipo pecuniario o de la exclusión de los privilegios e intereses que se derivan de ser parte de la integración en la comunidad económica globalizada. Esto es, la fuerza normativa de las normas jurídicas de la globalización neoliberal viene dada por el poder que los centros de producción transnacional poseen para que sus instrumentos jurídicos sean adoptados, observados y aplicados.³³

La finalidad de las redes jurídicas de la globalización económica neoliberal es construir un marco jurídico flexible que relativamente le dé orden y estructura jurídica a las múltiples operaciones y procesos que constituyen la globalización económica. Se pretende que las redes otorguen institucionalidad y certidumbre a los procesos económicos globales que operan al margen de los derechos nacionales e, incluso, del tradicional derecho internacional.

En este sentido, las características jurídicas del Estado-nación se han transformado. Podemos decir que los principales elementos de las formas tradicionales de Estado-nación se desvanecen porque instituciones transnacionales, que a su vez son controladas por las grandes potencias, limitan la soberanía interna de las naciones. El FMI, que tiene como fines suministrar recomendaciones técnicas, dar orientaciones económicas y préstamos financieros a las economías en desarrollo, condiciona a los países en vías de desarrollo el acceso a los préstamos económicos y requiere a los gobiernos que restrinjan la expansión del crédito, reduzcan el gasto público, disminuyan los salarios y los empleos en el sector público, establezcan el tipo de cambio y limiten a sus mínimos los programas sociales. El BM suele exigir a los países en vías de desarrollo, a cambio de apoyos financieros, la adopción de programas de ajuste estructural y sectorial, el cumplimiento de normas de austeridad monetaria y fiscal, una mayor

³³ Engle, Merry Sally; Griffiths, John y Tamanaha, Brian Z., *Pluralismo jurídico*, Bogotá, Colombia, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes-Pontificia Universidad Javeriana, 2007.

apertura de la economía al sector privado, la remoción completa de las prestaciones domésticas contra las fuerzas de la economía internacional, y exigencias de buen gobierno asociado al respeto de los derechos humanos, democracia y rendición de cuentas de la administración pública.³⁴

La condicionalidad del BM y del FMI a los países en vías de desarrollo implica una pérdida de soberanía evidente en el ámbito económico y financiero de las naciones, aunque no solo en esos espacios. La condicionalidad trasciende también a la seguridad nacional, a la seguridad interna y a la política interna, tal como ocurre cuando reformas “estructurales” son aprobadas en los países por sus congresos locales por recomendación de esos y otros organismos trasnacionales como la OCDE.³⁵ Es importante destacar que detrás de la condicionalidad de los organismos trasnacionales están las grandes potencias que los controlan. Es decir, la globalización desde arriba es un ejercicio de geopolítica en beneficio de los poderes económicos, políticos y militares más importantes del planeta.

Un elemento fundamental del Estado-nación, el más importante sin duda desde Bodin, es la soberanía. Como lo señala Gustavo Zagrebelsky, la soberanía en los nuevos Estados trasnacionales se ha transformado. En el Estado-nación del siglo XIX y buena parte del siglo XX, la soberanía interna indicaba la inconmensurabilidad del Estado frente a cualesquiera otros sujetos y, por tanto, la imposibilidad de entrar en relaciones jurídicas con ellos, pues frente al Estado soberano no podían existir más que relaciones de sujeción. Desde una perspectiva externa, los Estados se presentaban como fortalezas cerradas protegidas por el principio de la no injerencia.³⁶

³⁴ Hernández Cervantes, Aleida, *La producción jurídica de la globalización económica...*, cit., p. 182.

³⁵ En México, reformas estructurales como la educativa o la energética se aprobaron por recomendación de organismos como la OCDE, el FMI o el BM. Véase Cárdenas Gracia, Jaime, *Crítica a la reforma constitucional energética de 2013*, México, UNAM, 2014.

³⁶ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 10-11.

En el Estado contemporáneo del neoliberalismo, ambas dimensiones de la soberanía se han modificado. Internamente, el pluralismo jurídico, el fortalecimiento de poderes fácticos nacionales que disputan con el Estado el poder y la creciente integración de los Estados a entidades supranacionales propician que la soberanía, desde su dimensión interna, no le brinde al Estado la prevalencia que tuvo antes. Externamente, la globalización y el desarrollo de poderes fácticos e institucionales internacionales han acabado con el principio de no injerencia nacional. Hoy en día, las grandes corporaciones económicas y las instituciones internacionales condicionan la vida interna de los países y parecen aniquilar el principio de autodeterminación nacional.

A diferencia de lo que opina Zagrebelsky el futuro no es promisorio porque no basta con construir un nuevo Estado constitucional con garantías de legitimidad democrática y de protección de los derechos humanos al interior de los Estados³⁷ —aunque es importante hacerlo porque es una parte del problema—, sino que es necesario someter al derecho y a controles democráticos a los poderes fácticos transnacionales y dotar de legitimidad democrática a las instancias supranacionales. Hoy por hoy, esa transformación se ve remota porque la institucionalidad internacional depende en gran medida de la economía mundial y de quien la dirige en su beneficio.

En el nivel interno de los Estados, los cambios jurídicos de la globalización neoliberal se perciben claramente. Gerardo Pisarello advierte la aparición de procesos deconstituyentes en las naciones que falsean el sentido garantista —maximizador de los derechos humanos y de la democracia— de los marcos constitucionales y destaca también el desarrollo de un constitucionalismo liberal oligárquico que responde a la vigencia de las redes jurídicas internacionales y a la importancia que en ellas tiene la nueva *lex mercatoria* vinculada a los intereses de las grandes empresas transnacionales, a los organismos financieros y comerciales internacionales y, por supuesto, a las grandes potencias que están detrás de todos esos procesos. Al interior de los Estados, los órganos de defensa de la Constitución —ejecutivos, parlamentos,

³⁷ *Ibidem*, pp. 12 y ss.

tribunales constitucionales— han asistido impotentes, cuando no han alentado, el vaciamiento normativo nacional, que es promovido desde instancias estatales y supraestatales. Las constituciones y los marcos jurídicos nacionales se vuelven flexibles frente a las presiones antisociales de la globalización y rígidos frente a las exigencias democratizadoras provenientes de las sociedades locales, principalmente de los sectores más desfavorecidos.³⁸

Las características del derecho interno paulatinamente van modificándose. El Estado ya no concentra el monopolio de la producción jurídica, sino que lo comparte con las instancias supranacionales, tanto públicas como privadas. La *lex mercatoria* implica la existencia de un ordenamiento espontáneo de los negocios del comercio internacional al margen del Estado. Se comienza a transformar el esquema piramidal y jerárquico de las normas del derecho interno y se sustituye por la pluralidad de redes normativas internacionales. En el derecho internacional, con consecuencias jurídicas internas, se manifiesta un *soft law* que carece de sanciones explícitas; por ejemplo, la pluralidad creciente en el derecho interno de lineamientos, directrices, códigos de conducta y normas técnicas. Vinculado a lo expuesto, se presenta en los Estados-nación el vaciamiento normativo del derecho público y el avance de un derecho privado orientado por los criterios de la globalización. Con lo anterior, el ordenamiento jurídico interno pierde certeza jurídica porque compite con el de las redes jurídicas de la globalización, y principios como el de supremacía se diluyen; se trastocan las viejas virtudes de generalidad y abstracción, pues el derecho de la globalización neoliberal es casuístico y fugaz y las características de unidad y coherencia del ordenamiento, por la fuerza de las redes jurídicas de la globalización, obligan a que el sistema jurídico se fragmente, aumenten las lagunas y las antinomias jurídicas.

Desde el punto de vista de la aplicación del derecho interno globalizado, son instancias de arbitraje internacional y tribunales foráneos o supranacionales los que lo aplican, principalmente el derecho referido al comercio, a las inversiones, el que afecta a los

³⁸ Pisarello, Gerardo, *Procesos constituyentes. Caminos para la ruptura democrática*, Madrid, Trotta, 2014, pp. 16-17.

sectores y ámbitos de las otrora áreas estratégicas del Estado,³⁹ o el relacionado con los derechos humanos. De esta suerte, la producción jurídica más importante es externa y la interpretación y aplicación del derecho interno globalizado corresponde a instancias jurisdiccionales foráneas o supranacionales.

En cuanto a los derechos económicos, sociales, culturales, ambientales y de los pueblos originarios y, como dice José Eduardo Faria, cuanto más veloz es la integración de los mercados en un “sistema-mundo” o en una “economía-mundo”, más se reduce la capacidad de coordinación macroeconómica de los Estados-nación, pues mediante las recomendaciones de los organismos financieros internacionales se les llega a impedir establecer políticas keynesianas de altas tasas de gasto público para sustentar el empleo o el crecimiento económico.⁴⁰ De esta suerte, se reducen las posibilidades del Estado para garantizar o contribuir a garantizar los derechos sociales. El modelo jurídico neoliberal de la globalización se caracteriza por la reducción sustancial en la satisfacción de los derechos sociales. En este modelo, los ciudadanos del Estado-nación tienen menos acceso al empleo, a la salud, a la educación, a la vivienda y a otros derechos sociales que en el viejo modelo del Estado de bienestar.

El derecho de la globalización, como dijimos líneas más arriba, es un derecho opaco e ilegítimo. La opacidad es evidente porque las normas jurídicas del *soft law* son producidas por instancias supranacionales gubernamentales y no gubernamentales, sin el concurso de la sociedad, sin rendición de cuentas. Los procedimientos de generación de ese derecho se toman por unos cuantos funcionarios y empresarios —la tecnocracia de la globalización— y las sociedades nacionales desconocen las razones, motivos o argumentos que esgrimen esas personas para producir ese derecho, a quién beneficia y por qué no beneficia o se produ-

³⁹ En México, este proceso claramente se manifiesta en la reciente reforma energética, en donde serán instancias de arbitraje y tribunales extranjeros los que resuelvan las disputas entre el gobierno mexicano y las empresas trasnacionales energéticas. Véase Cárdenas Gracia, Jaime, *Crítica a la reforma constitucional energética de 2013...*, cit.

⁴⁰ Faria, José Eduardo, *El derecho en la economía globalizada*, Madrid, Trotta, 2001, p. 30.

ce bajo criterios alternativos. El proceso legislativo de creación del derecho de la globalización se realiza sin luz ni taquígrafos, sin debates parlamentarios en las instituciones planetarias y sin que los sectores sociales involucrados o afectados por esas normas puedan exponer sus puntos de vista en esos procedimientos. Es ilegítimo el derecho de la globalización neoliberal porque se trata de un derecho conformado por personas que no han sido electas por el pueblo, que no le rinden cuentas al pueblo, que no pueden ser removidas de sus funciones por el pueblo y porque el derecho producido no responde a los intereses del pueblo ni a los derechos fundamentales, sino a los intereses y deseos de las grandes corporaciones internacionales y de los poderes políticos y económicos que están detrás de ellas. El derecho de la globalización no se somete, en muchos casos, a la aprobación de los parlamentos de los Estados-nación y mucho menos al referéndum ciudadano. Es, además, un derecho que no puede ser derogado o abrogado por los ciudadanos de los Estados-nación.

1.6. ES UNA GLOBALIZACIÓN NEOLIBERAL RESPALDADA POR CONCEPCIONES GEOPOLÍTICAS

La geopolítica estudia las prácticas políticas, militares, diplomáticas, económicas, ideológicas y culturales en manos de las grandes potencias del mundo y de los Estados que se les oponen, con el propósito de controlar en su beneficio hegemónico los territorios, la población y los mercados de otros Estados-nación, así como sus recursos. Esas prácticas están vinculadas a visiones hegemónicas del control o influencia mundial que se disputan entre sí los países más importantes del planeta. La geopolítica expone las narraciones a favor de esas prácticas al igual que los puntos de vista críticos sobre los esfuerzos de control o influencia mundial que ejercen las grandes potencias.⁴¹

Los procesos de globalización neoliberal dominantes son la expresión de las concepciones geopolíticas de las grandes poten-

⁴¹ Flint, Colin, *Introduction to Geopolitics*, Nueva York, Routledge, 2012, pp. 4-30.

cias.⁴² Muchos de los cambios sucedidos en el concierto mundial y en el de las naciones en las últimas décadas responden al interés, no solo de los organismos financieros mundiales, o al derivado de los acuerdos comerciales internacionales, o al promovido por las grandes corporaciones internacionales, o por los mercados, sino al interés de los gobiernos más importantes del planeta, que ven en los procesos de globalización la oportunidad para incrementar su hegemonía mundial a través del mayor control sobre los territorios, la población, los mercados de otros Estados y, principalmente, sobre sus recursos. La globalización neoliberal es un proyecto geopolítico que impide que la globalización pueda expresarse o manifestarse de maneras más sociales, de abajo hacia arriba, esto es, que pueda construirse una globalización contrahegemónica.

El neoliberalismo, como ya dijimos, es una teoría geopolítica de dominación y no solo es una estructura económica, sino un esquema integral que conjuga la violencia política, militar, ideológica, jurídica y estatal, para que las transformaciones estructurales que promueve a nivel nacional y global pongan a las anteriores variables de su lado, con el propósito de modificar en beneficio de las clases dominantes los elementos que conforman la convivencia social de la nueva forma de dominación política.⁴³ El neoliberalismo globalizador es entonces no solo una herramienta de la geopolítica, sino que es la manera contemporánea en la que se realizan las vías de la geopolítica.

Muchos ejemplos existen de lo anterior. Así, corresponde casi siempre a los gobiernos de las grandes potencias realizar la promoción de los tratados y acuerdos internacionales de carácter comercial, de seguridad, medioambientales, de derechos humanos, para conformarlos a sus deseos e intereses, así como a los requerimientos de los organismos financieros internacionales y a las determinaciones de los acuerdos de libre comercio y

⁴² Stiglitz, Joseph, E., *Cómo hacer que funcione la globalización*, Madrid, Santillana Ediciones Generales, 2006, p. 25.

⁴³ Harvey, David, *Breve historia del neoliberalismo...*, cit., Madrid, Akal, 2007; Harvey, David, *El nuevo imperialismo...*, cit.; Harvey, David, *El enigma del capital y la crisis del capitalismo...*, cit.; y, Harvey, David, *Seventeen Contradictions and the End of Capitalism...*, cit.

de las grandes empresas transnacionales. Arturo Oropeza explica con motivo del probable “Tratado de Asociación Transpacífico” (TPP, por sus siglas en inglés), cómo el gobierno de Estados Unidos ha sido el principal promotor de ese acuerdo y cómo esa negociación va más allá de los temas estrictamente comerciales y se inscribe en las lógicas del conflicto geopolítico entre el gobierno chino y el estadounidense. Oropeza ilustra con once preguntas esa tensión:

1. ¿El TPP forma parte de la lucha de Occidente frente Asia del este por la supremacía del siglo XXI?
2. ¿Es una confrontación entre países o civilizaciones?
3. ¿El TPP es parte de las primeras expresiones geopolíticas del traslado de una Era del Atlántico a una Era del Pacífico?
4. ¿Representa el fin del autismo norteamericano respecto al heterodoxo dinamismo chino?
5. ¿Es parte de la lucha entre Estados Unidos y China por el liderazgo del siglo XXI?
6. ¿Es la respuesta de Estados Unidos a la penetración de China en América Latina?
7. ¿Es una estrategia paralela de Estados Unidos ante el congelamiento de la Organización Mundial del Comercio?
8. ¿Es una embestida norteamericana para ampliar la protección de su sector de servicios sin renunciar a sus privilegios en el sector agrícola?
9. ¿Es una propuesta alterna a la OMC para extender los derechos de las compañías norteamericanas en materia farmacéutica, tecnologías de la información y propiedad intelectual en general?
10. ¿Es la novación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), ante la pasiva mirada de México y Canadá?
11. ¿Es la ampliación del TLCAN sin necesidad de ajustar los desbalances registrados en los últimos veinte años?⁴⁴

El caso expuesto por Oropeza nos ayuda a entender cómo los proyectos geopolíticos de las grandes potencias están vinculados a la manera en que se desenvuelve la globalización mundial, de arriba hacia abajo, desde una visión elitista, en donde lo fundamental es el acrecentamiento del poder de la respectiva potencia

⁴⁴ Oropeza García, Arturo, *El Acuerdo de Asociación Transpacífico. ¿Bisagra o confrontación entre el Atlántico y el Pacífico?*, México, UNAM, 2013, p. 14.

y los beneficios para las élites económicas mundiales que sostienen esas concepciones hegemónicas. En los proyectos geopolíticos no importan los beneficios para las sociedades nacionales ni los derechos fundamentales de las personas. Muchos ejemplos existen al respecto y confirman lo que aquí aseveramos.

En México, los que estudian los efectos y consecuencias del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) para la economía nacional y para la sociedad mexicana, explican que

[...] la institucionalización del comercio libre, sobre todo si es acelerada, no significa cambios sustanciales en la reorientación de los flujos comerciales y la misma no resulta tan favorable como se esperaba en términos de creación de empleos o transferencia de tecnología [...] Contrario a lo que se esperaría, el patrón de dependencia de la economía norteamericana no se ha convertido en una interdependencia simétrica [...].⁴⁵

Esto es, México ha perdido una buena parte de su planta productiva, ha visto afectado su dinamismo económico y la economía nacional no ha podido crecer anualmente desde los años ochenta más allá de 2%.

Las características de los proyectos geopolíticos de las grandes potencias sobre el resto de los Estados y respecto a los ritmos y alcances de la globalización neoliberal dependen de muchas variables, entre ellas: la proximidad geográfica entre los territorios, la manera en que históricamente han interactuado los países, la vastedad de los recursos naturales en juego, la importancia de esos recursos para ciertas actividades estratégicas, las condiciones democráticas o no de los gobiernos nacionales, la fortaleza de las sociedades nacionales para oponerse a algunas variables de la globalización, etc. Ello que implica que los procesos de globalización son manifestación dependiente de los proyectos geopolíticos en curso.

⁴⁵ Haro Navejas, Francisco Javier, "La nueva institucionalización mundial: China, India, Japón y Tailandia frente al TTP", en Oropeza García, Arturo, *El Acuerdo de Asociación Transpacífico. ¿Bisagra o confrontación entre el Atlántico y el Pacífico?*, México, UNAM, 2013, pp. 73-74.

En nuestro caso, la relación geopolítica entre Estados Unidos y México proviene desde antiguo, desde nuestra independencia, y se ha incrementado en las últimas décadas de manera cada vez más asimétrica por el deseo cada vez más acuciante de los gobiernos estadounidenses de tener el control sobre el territorio, la población y los recursos estratégicos de nuestro país.

El TLCAN estableció ritmos acelerados de integración y de subordinación de México a Estados Unidos, sin que, por ejemplo, inicialmente la materia energética formara parte de ese acuerdo. Posteriormente, el Acuerdo para la Seguridad y Prosperidad de América del Norte (ASPAN), firmado por los gobiernos de Estados Unidos, Canadá y México en 2005, sin intervención del Senado mexicano, promovió la “integración profunda” en materia energética. El ASPAN tuvo entre sus finalidades relevantes garantizar el abasto de energía de México y Canadá hacia Estados Unidos —Estados Unidos requiere para el mantenimiento de su economía de 19 millones de barriles de petróleo al día y solo producen 8 millones—, lo que se ha confirmado con la reciente reforma energética nacional, que propone incrementar la producción de petróleo de México de 2.4 millones a 3.5 millones de barriles al día, con el objetivo de que México venda sus excedentes a la economía estadounidense, los que implicarían más de un millón y medio de barriles diarios,⁴⁶ sin que importe a la élite nacional o a la estadounidense el desarrollo de la industria petroquímica que a México le redituaria más dividendos, la protección de las reservas mexicanas, la defensa del medioambiente o la salud.

Durante el “debate energético” en México de 2013-2014, los sectores favorables a la reforma energética no advirtieron, o no quisieron advertir, los riesgos que implica ese cambio para integrarnos de manera subordinada a la estrategia de seguridad de América del Norte, principalmente de Estados Unidos.⁴⁷ Hubo

⁴⁶ Vargas, Rosío, *El papel de México en la integración y seguridad energética de Norteamérica*, México, UNAM, 2014, pp. 30-31.

⁴⁷ Jalife-Rahme, Alfredo, *Muerte de PEMEX y suicidio de México*, México, Grupo Editor Orfila Valentini, 2014. Este autor señala que la finalidad fundamental de la reforma energética de 2013-2014 es la de salvaguardar los intereses geoestratégicos de Estados Unidos y beneficiar a las grandes empresas petroleras de carácter privado del mundo.

voces, como las de Rosío Vargas y John Saxe Fernández, entre otras, que señalaban esos riesgos. Para Rosío Vargas, en la reforma energética de 2013-2014 no existió un análisis suficiente y serio que tomara en cuenta la influencia y la hegemonía de Estados Unidos en la industria energética mundial. En el esquema del poder mundial, Estados Unidos ha pretendido históricamente salvaguardar ante todo su seguridad energética por encima de la seguridad energética de las otras naciones para mantener su desarrollo económico, industrial y militar, que depende fundamentalmente de los hidrocarburos. En la reforma energética mexicana de 2013-2014, sus promotores nacionales expresaron que Estados Unidos en pocos años sería autosuficiente en energía y no necesitaría más del petróleo ni gas de países como México. Esas aseveraciones son incorrectas si la confrontamos con la información oficial del gobierno de Estados Unidos, específicamente con la del Departamento de Energía de ese país, que pone de manifiesto que Estados Unidos continuará siendo importador de petróleo hasta, al menos, 2040. En la reforma energética 2013-2014 fue penoso que el gobierno mexicano no reconociera que el cambio jurídico, con su pretensión de incrementar diariamente la producción nacional en más de un millón de barriles de petróleo crudo al día —respecto a los volúmenes actuales—, tiene por propósito seguir abasteciendo al mercado de energía de Estados Unidos con grave daño al futuro energético de México. La reforma energética mexicana subordinó el interés nacional y la soberanía de México a la seguridad energética de Estados Unidos.⁴⁸

Saxe-Fernández, al igual que Rosío Vargas, señala que la reforma energética de 2013-2014 busca “flexibilizar” la Constitución mexicana de 1917 para privatizar y extranjerizar la principal palanca del desarrollo del país.⁴⁹ Este autor destaca que inmediata-

⁴⁸ Vargas Suárez, Rosío, “El contexto geopolítico y la iniciativa de reforma energética del Prian”, en Cárdenas Gracia, Jaime (coord.), *Reforma energética: análisis y consecuencias*, México, UNAM, 2015, pp. 169 y ss.

⁴⁹ Saxe Fernández, John, “Flexibilización constitucional y el reingreso a México de las petroleras nacionalizadas por Lázaro Cárdenas”, en Cárdenas Gracia, Jaime (coord.), *Reforma energética: análisis y consecuencias...*, cit., pp. 183-205.

mente después de la expropiación y nacionalización del petróleo de 1938, Estados Unidos y las empresas petroleras expropiadas decidieron regresar y controlar la industria energética nacional. A Estados Unidos siempre le ha preocupado que el vecino del Sur contara con una industria energética de naturaleza pública y exitosa porque ese paradigma podría trasladarse a otras latitudes geográficas y, lo más grave para ellos, podría poner en riesgo la influencia y el poder de las grandes corporaciones estadounidenses en el mundo entero. El modelo mexicano de industria energética pública ha estado desde hace décadas en la mira del gobierno estadounidense y de los organismos financieros internacionales como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Interamericano de Desarrollo. El esquema nacional de la energía en México comenzó a debilitarse desde 1982, con la crisis de la deuda externa de México y su renegociación. Estados Unidos, a partir de esos años, fue imponiendo condiciones a la industria energética mexicana en aras de privatizarla y para que ya no fuera el motor de la industrialización ni de la economía nacional y, en consecuencia, dejara de ser referente alternativo de desarrollo para otras naciones.

Saxe Fernández demuestra que países como Brasil, que han realizado antes que México y parcialmente la privatización de los recursos energéticos, no han obtenido para sus sociedades grandes beneficios y que, por el contrario, han sido expoliadas por los objetivos extractivos de las grandes empresas petroleras mundiales. Con fundamento en la obra de Steve Coll,⁵⁰ Saxe-Fernández describe los roles de esas empresas transnacionales y las consecuencias negativas que para las sociedades de distintas naciones tienen. Considera que la reforma energética de 2013-2014 se hizo a la medida de los intereses de esas empresas y del gobierno de Estados Unidos.

Lo aquí comentado corrobora cómo el modelo de globalización económica neoliberal cuenta con motores geopolíticos que no son exclusivamente económicos, sino políticos, militares, diplomáticos, ideológicos y, desde luego, jurídicos. La geopolítica

⁵⁰ Coll, Steve, *Private Empire: Exxon Mobil and American Power*, Londres-Nueva York, Penguin, 2013.

está imbricada en el modelo de globalización económica neoliberal, sin ella no se puede explicar por qué los procesos de globalización neoliberal presentan sus características contemporáneas. Sin esa variable tampoco podríamos estudiar adecuadamente los ritmos, condiciones y profundidad de los procesos globalizadores.

1.7. EL NEOLIBERALISMO GLOBALIZADO EN MÉXICO

A partir de 1982, México inició el proceso de globalización neoliberal.⁵¹ Los primeros cambios se dieron con el ingreso de nuestro país al Acuerdo General de Tarifas y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés). Posteriormente, en los siguientes sexenios, México negoció y firmó distintos tratados de libre comercio, señaladamente el suscrito con Estados Unidos y Canadá. En virtud de esos acuerdos comerciales se liberalizaron los movimientos de capital y se redujeron las limitaciones y prohibiciones a la inversión extranjera. De manera importante, entre 1990 y 1998 se privatizaron cientos de compañías paraestatales —empresas siderúrgicas, telefónicas, de fertilizantes, de bienes de capital, ferrocarriles, líneas aéreas, aeropuertos, ingenios azucareros, puertos, bancos, entre otras—. En muchos casos, las desincorporaciones de los bienes nacionales se realizaron mediante procedimientos poco transparentes, con corrupción añadida y sin prevenir la aparición de futuros monopolios privados.⁵² Hubo casos paradigmáticos en la privatización como el de Teléfonos de México y el de los bancos mexicanos —la banca dejó de ser un servicio público concesionado para pasar a ser un servicio sujeto a autorización—. En las privatizaciones se anunció, por parte de los gobiernos mexicanos, que esos procesos producirían prosperidad y beneficios a la población, lo que desde luego en estos años nunca se ha materializado. Por el contrario, los acuerdos comerciales y los procedimientos de des-

⁵¹ Cordera, Rolando y Tello, Carlos, *La disputa por la nación*, México, Siglo XXI Editores, 1981.

⁵² López Ayllón, Sergio, *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del derecho en México. La encrucijada entre tradición y modernidad*, México, UNAM, 1997, pp. 95-107.

incorporación han propiciado la concentración de los beneficios en pocas manos —se privatizan los beneficios y se socializan las pérdidas—.

La banca de desarrollo redujo de manera significativa sus quehaceres. Se liberalizó el mercado de capitales: las tasas de interés quedaron sujetas al mercado. El Banco de México adquirió el estatus de órgano constitucional autónomo, lo que impide desde entonces que alguna otra autoridad pueda ordenarle conceder financiamiento para el desarrollo de algún área de la economía nacional. El gasto público ha ido disminuyendo en rubros como el de inversiones. La desregulación de las actividades productivas y de servicios se ha convertido en el paradigma ordinario de la actividad gubernamental. Se ha propiciado también el aumento de los impuestos indirectos, principalmente del IVA. Los gobiernos mexicanos han ido eliminando subsidios a los bienes de consumo generalizado y se ha limitado el control de precios. El poder de los sindicatos disminuyó, al igual que el poder adquisitivo del salario mínimo. En estos años ha sido evidente el crecimiento del empleo informal y varios millones de mexicanos han emigrado a Estados Unidos.⁵³

Paralelamente a lo expuesto, las diferencias en el ingreso entre los trabajadores y los directores generales de las empresas se incrementaron. Los directores de empresas privadas reciben un ingreso aproximado a un millón de dólares anuales, mientras que los trabajadores tuvieron un ingreso cercano a los seis mil dólares anuales, lo que equivale a 39.5 veces de diferencia entre unos y otros y en donde la diferencia podría ser aún mayor, sobre todo respecto a las retribuciones de altos servidores públicos del país. El salario mínimo y los contractuales, en términos reales, han ido disminuyendo año con año.

El modelo neoliberal en México ha significado, en síntesis, lo siguiente:

1. Desmantelamiento de la empresa pública estatal.
2. Desarticulación de las agrupaciones de los trabajadores creadas para resistir al poder del Estado y del capital.

⁵³ Tello, Carlos e Ibarra, Jorge, *La revolución de los ricos...*, cit., pp. 102-103.

3. Reducción de la fuerza de las agrupaciones corporativas —obreras y campesinas—.
4. Constitución de un nuevo sujeto globalizado para sustituir al sujeto nacionalista creado por la Revolución mexicana.
5. Fortalecimiento del individualismo para vincular toda subjetividad al consumo.
6. Integración subordinada al capitalismo mundial, principalmente al de Estados Unidos.
7. Pérdida de soberanía nacional.
8. Incremento de la desigualdad y la pobreza.
9. Desmantelamiento paulatino del otrora Estado de bienestar.
10. Aparición de nuevas formas de corrupción.

¿Por qué el modelo neoliberal globalizador se impuso en México?⁵⁴ Se logró implantar por una combinación de presiones externas e internas. Externamente, a partir de que México declaró la imposibilidad de hacer frente a los pagos de su deuda externa se instrumentaron “paquetes de rescate”, cuyos financiamientos no tenían por objetivo rescatar a la economía mexicana, sino a sus acreedores.⁵⁵ Para otorgar esos apoyos, los organismos financieros internacionales, principalmente el FMI y el BM, impusieron condiciones a México que inicialmente consistían en

⁵⁴ La pregunta realizada admite respuestas muy complejas, desde la filosofía política. Si acudiéramos al pensamiento gramsciano podríamos decir que lo que ha vivido México y otros países del mundo es una “revolución pasiva” que supone la imposición y conducción autoritaria de cierto orden político y económico en una época de quiebre a favor de los grupos dominantes y en el que los intereses de las clases trabajadoras y populares quedan subsumidos en la lógica del capital. Duárez Mendoza, Jorge Luis y Munguía Galeana, Fernando, “La formación del orden hegemónico. Límites y aperturas del neoliberalismo en Perú y México”, en Vázquez, Daniel y Aibar, Julio, *Procesos políticos de América Latina. Una lectura crítica del neoliberalismo*, México, FLACSO, 2013, pp. 21-65.

⁵⁵ En noviembre de 1982 el gobierno mexicano envió una carta de intención al FMI, que finalmente fue aceptada el 23 de diciembre de ese año. En esa carta de intención el gobierno aceptaba la reducción del déficit público y la disminución al proteccionismo, y se acordaba negociar cada año la política económica nacional. Montalvo Ortega, Enrique, *Neoliberalismo. La dictadura (realmente) perfecta*, México, Ariel-INAH, 2013, p. 42.

medidas de austeridad y disciplina fiscal. Esas medidas restringieron el consumo interno y generaron excedentes económicos para que nuestros gobiernos hicieran frente a los compromisos con los acreedores. De la exigencia de las medidas de ajuste se pasó a las “reformas estructurales” que coinciden a nivel internacional con el esquema del Consenso de Washington, y a nivel interno con, por ejemplo, el Pacto por México, que se firmó entre el titular del ejecutivo federal y los tres partidos más grandes, el 2 de diciembre de 2012. Las reformas estructurales se fueron imponiendo desde el sexenio de Miguel de la Madrid hasta llegar al de Peña Nieto. En los últimos sexenios, el ritmo de las reformas estructurales se ha ido incrementando, destacando el sexenio de Peña Nieto porque en él se han impulsado un gran número de reformas de este tipo: la educativa, la fiscal, la financiera, la político-electoral y la energética, entre otras. La característica fundamental de las reformas estructurales es la integración subordinada de la economía nacional a la economía de Estados Unidos y a la economía mundial con consecuencias sociales evidentes: mayor desigualdad social y pobreza para los habitantes de nuestro país.

Las presiones internas a favor del modelo neoliberal globalizador provinieron de la tecnocracia nacional que, aliada con la tecnocracia transnacional —del FMI, del BM, de la OCDE, etc.— y los intereses de las grandes empresas mundiales, han actuado como agentes en México a favor de la ideología neoliberal y de las recomendaciones y presiones foráneas. La tecnocracia mexicana seguramente está convencida de las bondades de las reformas estructurales, pero la realidad le ha mostrado, una y otra vez, que esas modificaciones jurídicas han generado más desigualdad, disminución de los derechos sociales y atraso social. Los tecnócratas mexicanos han ido desplazando el antiguo nacionalismo y lo han sustituido por promesas de eficiencia y estabilidad económica que no han redundado en beneficio de la población.

Para ejemplificar lo señalado, conviene determinar los beneficios o perjuicios que han reportado las últimas reformas estructurales —2012, 2013 y 2014— aprobadas en el gobierno de Peña Nieto:

1. La reforma laboral se anunció indicando que implicaría la creación de 600 mil nuevos empleos en los primeros

meses de su aprobación, pero solo ha reportado 400 mil empleos en dos años. La meta propuesta era de casi un millón de nuevos empleos al año, lo que hace evidente que la reforma laboral no ha satisfecho su cometido y, en cambio, ha entrañado flexibilización en el empleo, incremento del trabajo informal y disminución de los derechos laborales de los trabajadores.

2. La reforma educativa ha sido neutralizada por la resistencia y las revisiones promovidas en algunas entidades, a tal grado que el gobierno federal ha interpuesto controversias jurídicas por la inobservancia de la reforma en seis estados de la República. Además, la reforma educativa ha encontrado un obstáculo estructural consistente en la incapacidad presupuestal del Estado para absorber la demanda de nuevos maestros —se necesitan 200 mil nuevos maestros—, pues no existe el presupuesto suficiente para incorporarlos.
3. La reforma financiera no ha abaratado el crédito. La banca ha subido las tasas de interés y el pago de comisiones, por lo que la disponibilidad de crédito reducido para un mayor número de usuarios, consumidores y empresarios, ha quedado en agua de borrajas. El gobierno federal, consumidor del crédito de las instituciones bancarias, ha aumentado su nivel de endeudamiento público, por existir tasas de interés muy altas que exclusivamente generan beneficios para los banqueros y los consejos de administración de los bancos.
4. La reforma de transparencia ha significado un esquema de reparto de cuotas en la integración de los titulares del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI) que beneficia a los partidos mayoritarios, y ha entrañado que algunas decisiones del INAI puedan ser susceptibles de revisión ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación cuando el Consejero Jurídico impugne sus determinaciones. La reforma en transparencia no ha resuelto la percepción de los mexicanos sobre la corrupción que los ciudadanos ubican como el tercer problema más grave del país —Encuesta Nacional de Calidad e Impacto Gubernamental del INEGI, 2013—.

5. La reforma en telecomunicaciones mantuvo la presencia dominante de unas cuantas empresas en el sector y en los servicios e implica repartir el mercado económico de las telecomunicaciones y radiodifusión entre unos cuantos, lo que significará que las tarifas en telefonía, internet y televisión seguirán siendo altas. Además, en materia de telecomunicaciones se permite la inversión extranjera al 100%.
6. La reforma político-electoral es una reforma de la élite política para la élite política, principalmente para los tres partidos políticos más grandes. Es una modificación que no estimula la democracia participativa y deliberativa y que significa fundamentalmente, en la integración de sus órganos e instituciones, el desdoblamiento de la oligarquía nacional.
7. La reforma fiscal ha incrementado la recaudación, pero ha inhibido el consumo y la inversión. La reforma fiscal no ha propiciado el crecimiento económico, por el contrario, la economía nacional crece a tasas inferiores a 2%, lo que nos permite sostener que se trata de una reforma que estanca la economía nacional.
8. La reforma energética implicará el saqueo de los recursos naturales de nuestro país, la dependencia hacia el exterior y el debilitamiento de la soberanía del Estado mexicano a favor de la integración subordinada hacia Estados Unidos.⁵⁶

1.8. LAS CARACTERÍSTICAS DEL MODELO JURÍDICO NEOLIBERAL, TAL COMO SE MANIFIESTAN EN MÉXICO

La hegemonía del modelo neoliberal globalizador en materia constitucional y jurídica ha significado, entre otras cosas y desde nuestro punto de vista, lo siguiente:

⁵⁶ Monreal Ávila, Ricardo, *Reformas estructurales. Mitos y realidades*, México, H. Cámara de Diputados LXII Legislatura-Miguel Ángel Porrúa, 2014, pp. 247-264.

1. El desmantelamiento del insuficiente Estado de bienestar con el que contábamos antes del inicio de la implantación del modelo, es decir, la reforma constitucional y legal que se promueve, tiene por propósito reducir el nivel de protección de los derechos económicos, sociales y culturales de los mexicanos.
2. La protección de los intereses privados transnacionales por encima de los derechos a la propiedad privada, social y pública, como ocurre con la reforma constitucional energética y se contiene en el artículo octavo transitorio de la misma.
3. La existencia de una democracia electoral formal que no es de calidad ni sustancial, que no alienta a la democracia participativa y deliberativa, que define a los ganadores con el poder de los medios de comunicación y del dinero, y que impide que las cuestiones trascendentes como las reformas constitucionales o los tratados comerciales se aprueben por los mexicanos mediante referéndum.
4. Copia de modelos de justicia anglosajones, como la implementación del sistema penal acusatorio y con él la incorporación de los juicios orales en nuestro país.
5. Populismo penal, que consiste en el incremento en el número de los delitos y el aumento de las penas para pretender garantizar la seguridad que no brinda el modelo económico, político y social.
6. Muchas reformas a la legislación en materia de inversión extranjera, propiedad industrial e intelectual para proteger ese tipo de inversión; por ejemplo, la Ley Minera de 1992 o la reforma constitucional en materia de telecomunicaciones de 2013, que permiten el 100% de inversión extranjera en esos sectores.
7. Centralización en los poderes federales, principalmente en el ejecutivo, de muchas competencias constitucionales y legales, para que el sector externo pueda negociar con más facilidad con el Estado mexicano.
8. Pérdida de soberanía legislativa y jurisdiccional a favor del ejecutivo y de instancias supranacionales.
9. Acuerdos internacionales que no pasan la prueba de la representación —como la Iniciativa Mérida o el ASPAN—

y que vacían de contenido a los poderes públicos del país —al Senado en este caso—.

10. Privatización del derecho público y pérdida de las visiones de Estado y de nación en beneficio de una globalización impuesta de arriba hacia abajo, que constituye una auténtica revolución de los ricos del mundo para los ricos del mundo.⁵⁷

Respecto a la primera de las características, podemos decir que el principal problema que enfrenta el modelo neoliberal en países como México es que con él, las economías nacionales no crecen.⁵⁸ El modelo no está diseñado para distribuir la riqueza ni para evitar la inequidad. Eso significa que las obligaciones a cargo del Estado para la protección y garantía de los derechos económicos, sociales y culturales se reducen sensiblemente. Si analizamos algunas variables en México, confirmaremos nuestra hipótesis:

- a) en el caso del poder adquisitivo del salario mínimo, encontramos que si en 1982 el salario correspondía al 64.29% del de 1976, en 2005, tras 23 años de neoliberalismo, solo alcanza al 23.59%;⁵⁹
- b) en materia de agricultura y campo, Armando Bartra, señala que:

⁵⁷ Tello, Carlos e Ibarra, Jorge, *La revolución de los ricos...*, cit.

⁵⁸ Dice Lorenzo Meyer que el resultado del proyecto neoliberal en México ha sido un desmantelamiento del Estado y el retorno a las viejas e históricas tendencias a la desigualdad social. Sin embargo, los extremistas del simple “dejar hacer, dejar pasar” no han cumplido, ni de lejos, con la contrapartida de su credo privatizador, esa sí que se dio en Estados Unidos: el crecimiento económico. Los cálculos del crecimiento real del PIB mexicano entre 1994 —el año que entró en vigor la joya de la corona neoliberal, el TLCAN— y 2009, hechos por Gerardo Esquivel, arrojan como promedio anual un incremento inferior a un punto porcentual (0.89%). Así pues, aquí se copió a los neoconservadores estadounidenses en la concentración del ingreso en unas cuantas manos —las mencionadas en Forbes— y en el debilitamiento de la red de protección social, pero sin cumplir, al menos, con la promesa de crecimiento del empleo. Meyer, Lorenzo, *Nuestra tragedia persistente. La democracia autoritaria en México*, México, Random House Mondadori, 2013, pp. 415-416.

⁵⁹ Montalvo Ortega, Enrique, *Neoliberalismo: la dictadura (realmente) perfecta*, México, UNAM, Ariel-INAH, 2013, p. 175.

[...] si queremos comer, los mexicanos necesitamos importar más de 100 mil millones de pesos anuales en alimentos, entre ellos 25% del maíz que aquí se consume. ¿Cómo llegamos a esto? ¿Por qué, si antes nos dábamos abasto sobradamente, caímos en la dependencia? La respuesta es sencilla, pero alarmante: porque desde los años ochenta del pasado siglo los tecnócratas en el poder renunciaron voluntariamente a la soberanía alimentaria en nombre de las “ventajas competitivas”; un paradigma según el cual es mejor exportar mexicanos e importar comida que apoyar a los campesinos para que cultiven aquí nuestros alimentos. El resultado ha sido dependencia alimentaria y migración, es decir, hambre y éxodo.⁶⁰

En los años del neoliberalismo se ha reducido la tasa de crecimiento de la producción agropecuaria, se han incrementado las importaciones agropecuarias, existe un progresivo déficit nacional de bienes de consumo básico, ha aumentado la pérdida de puestos de trabajo en el campo con la consiguiente migración de población rural a Estados Unidos y los niveles de desigualdad y polarización van en aumento;⁶¹

- c) en materia de pensiones y laboral, los derechos de los mexicanos se han visto mermados: en el sistema de pensiones —IMSS e ISSSTE—, los cambios legislativos de los últimos años —1995 y 2007— han modificado las antiguas bases del derecho de seguridad social para favorecer la acumulación de ganancias privadas en las administradoras de fondos para el retiro —Afores— y, en materia laboral, la reforma a la Ley Federal del Trabajo de 2012 ha supuesto una reducción de los derechos de los trabajadores, principalmente por lo que respecta a la regulación del *outsourcing* y a la flexibilidad y abaratamiento del despido laboral;
- d) en materia educativa, con el pretexto de promover la calidad educativa, se aprobó una reforma a la Constitución

⁶⁰ Bartra, Armando, “México: crisis del maíz, saldo de 25 años de neoliberalismo y 13 de TLCAN”, en periódico *La Jornada*, 17 feb 2007.

⁶¹ Pedraza Chávez, Isidro, *Reforma estratégica del campo*, México, Senado de la República-Instituto Belisario Domínguez, 2014.

en 2013 que ha impuesto un modelo de evaluación magisterial puramente represivo, que no pretende fortalecer las competencias pedagógicas de los maestros ni la calidad de la educación, sino que busca dotar al gobierno de instrumentos para reducir el poder sindical de los maestros y limitar la insurgencia sindical, y

- e) por lo que ve a la salud, los gobiernos han hecho decrecer el gasto. En 1980 se destinaba para gasto en salud 3.4% del PIB, en 1983 el 2.8%, en 1988 el 2.2% y en 2000 el gasto fue de 2.6%.⁶²

La reforma constitucional en materia energética de 2013 coloca a los intereses privados en el ramo energético por encima de cualquier otro interés o derecho público o social. El artículo octavo transitorio de esa reforma —publicada el 20 de diciembre de 2013— determina que las actividades energéticas tienen preferencia sobre cualquier otra que implique el aprovechamiento de la superficie y del subsuelo, lo cual significa que el Estado mexicano subordina cualquier derecho de propiedad o titularidad de derechos sociales o indígenas a favor de la explotación de esos recursos por parte de empresas privadas trasnacionales. El gobierno mexicano podrá constituir servidumbres legales de hidrocarburos o eléctricas para beneficiar a los dueños del gran capital trasnacional y no para beneficiar al interés público o general.

En cuanto a la tercera de las características, el neoliberalismo globalizador apuesta por democracias electorales formales, en donde el ciudadano no puede votar por lo que determina su vida, pues esas decisiones corresponden a gobiernos extranjeros o a instancias financieras supranacionales como el FMI, el BM, la OCDE, etc. El ciudadano elige de cuando en cuando a gobernantes que no representan una ruptura con el modelo neoliberal globalizador, sino por autoridades que serán fieles reproductoras de los intereses y objetivos de las élites trasnacionales. La democracia participativa y deliberativa escasea. Las elecciones no son libres ni equitativas porque los votos se compran y los medios de

⁶² Ugalde, Antonio y Homedes, Nuria, “Las reformas neoliberales del sector de la salud: déficit gerencial y alienación del recurso humano en América Latina”, en *Revista Panamericana de Salud Pública-Pan-Am J. Public Health*, 17 (3), 2005, p. 207.

comunicación electrónica, que en México conforman un duopolio, asfixian el derecho a la información y, en esas condiciones, el voto no es ni informado ni razonado.

El sistema jurídico nacional se asemeja cada vez más al sistema jurídico extranjero, principalmente anglosajón, sin importar que el nuestro provenga de una tradición jurídica diferente. Por eso, vemos que el BM se interesa por la homogenización del derecho nacional con el derecho de las potencias mundiales. En distintos ámbitos ello es perceptible. Por ejemplo, en materia penal, el llamado nuevo sistema penal acusatorio y los juicios orales que acompañan al mismo fueron consecuencia de las recomendaciones del BM, para que México y otros países de América Latina asimilaran en sus ordenamientos el derecho de Estados Unidos.⁶³

En el neoliberalismo globalizador, la seguridad pública se pretende resolver acudiendo a las medidas punitivas: más y nuevos tipos penales, penas más altas y más prisiones de alta seguridad. El neoliberalismo globalizador no ve que la causa de la inseguridad reside en las consecuencias adversas que el modelo genera. No se advierte que la desigualdad, la pobreza, la pésima distribución de la riqueza, el desempleo, la baja calidad en la educación o la exclusión a los servicios de salud son las causas que promueven el incremento en los índices de inseguridad. Una sociedad con adecuadas oportunidades para todos es aquella en la que se reducen los niveles de inseguridad que se viven en sociedades profundamente divididas.⁶⁴

El modelo jurídico neoliberal globalizador exige a los Estados una gran cantidad de reformas para que los sistemas jurídicos nacionales sean compatibles con la globalización. A esas reformas se les suele llamar estructurales y se dan principalmente en el ámbito del comercio, la protección de la inversión extranjera, los impuestos, la propiedad intelectual, las telecomunicaciones, los recursos naturales, la energía, etc., aunque también pue-

⁶³ Dezalay, Yves y Garth, Bryant G., *La internacionalización de las luchas por el poder. La competencia entre abogados y economistas por transformar los Estados latinoamericanos*, México, UNAM, 2005.

⁶⁴ Judt, Tony, *Algo va mal*, Madrid, Taurus, 2010.

den darse en otros ámbitos como en el de la seguridad pública o la seguridad nacional. En México, un gran número de reformas jurídicas se han realizado en los años del neoliberalismo para favorecer a los mercados internacionales y a las empresas transnacionales. Todas esas reformas tienen por objetivo liberalizar los mercados, desregular, flexibilizar el mercado laboral, reducir la carga impositiva del Estado y, sobre todo, proteger la inversión extranjera por encima, en muchas ocasiones, de la inversión nacional. El sistema jurídico interno no puede reñir con el sistema jurídico mundial de las corporaciones y de las instancias públicas o semipúblicas transnacionales, sino que debe estar totalmente armonizado para favorecer las nuevas formas de acumulación del capital transnacional.

En el momento de la globalización neoliberal en el que México se encuentra, los poderes del ejecutivo federal se han fortalecido para impulsar ese proceso. Por ejemplo, el presidente Peña Nieto ha sido, con el apoyo de los partidos que integran el Pacto por México, el pivote fundamental de las reformas estructurales que tienen por finalidad alentar el desarrollo del modelo y, al mismo tiempo, se ha beneficiado de ellas, pues en las mismas se le confieren nuevas facultades. Por ejemplo, la reforma constitucional energética dota al titular del poder ejecutivo, en su artículo décimo sexto transitorio, de la competencia de crear mediante decreto el Centro Nacional de Control de Gas Natural, en franca oposición a la fracción X del artículo 73 de la Constitución, que confiere al Congreso de la Unión competencias exclusivas en materia de hidrocarburos. En la misma reforma energética, las nuevas empresas productivas del Estado —PEMEX y CFE— dejan de ser parte de la administración pública descentralizada para ser parte de la administración centralizada. ¿Para qué le sirve al titular del ejecutivo la centralización de funciones? Para acordar, sin obstáculo institucional alguno, con el capital transnacional y con Estados Unidos el desarrollo eficiente y eficaz del proceso de integración nacional al modelo neoliberal globalizador.

A diferencia del titular del ejecutivo federal, los poderes legislativo y judicial pierden competencias. El legislativo es despojado de ellas porque las reformas estructurales suelen concen-

trar las más importantes competencias en el ejecutivo o en instancias supranacionales de decisión. Además, hoy en día, la ley se coloca jerárquicamente por debajo de las convenciones internacionales. En cuanto al poder judicial, desde el reconocimiento por parte de México de las competencias de las instancias supranacionales de derechos humanos y del TLCAN, es evidente que paulatinamente ha ido perdiendo terreno competencial frente a las instancias internacionales de protección de los derechos humanos o frente a las instancias de arbitraje internacional.

La legislación nacional de tratados permite diversas formas de acuerdo internacional que no son ratificados por el Senado.⁶⁵ Acuerdos fundamentales para el país, porque comprometen la soberanía nacional —como el ASPAN o la Iniciativa Mérida—, no son aprobados por la Cámara Alta. El neoliberalismo globalizador tiende a impedir que las convenciones internacionales que promueven el modelo se sometan a la deliberación pública y a la aprobación mediante referéndum de los ciudadanos porque esos procesos retrasarían el proceso o de plano lo obstaculizarían.⁶⁶

El derecho público se privatiza. Las reformas estructurales expresan esa privatización. Por ejemplo, la reforma energética manifiesta este rasgo en lo siguiente:

- a) el fin de la cláusula Calvo, porque las controversias que se susciten con motivo de la reforma no serán resueltas por los tribunales nacionales, sino por instancias de arbitraje internacional;
- b) la protección de las inversiones extranjeras sobre las nacionales (arts. 1103, 1106 y 1110 del TLCAN) implica que el derecho público mexicano y la propiedad de los nacionales queda subordinado al derecho internacional de carácter comercial;
- c) la aplicación del derecho privado de manera supletoria en materia energética;

⁶⁵ Son los acuerdos interinstitucionales previstos en la Ley sobre la Celebración de Tratados.

⁶⁶ La Constitución europea se sometió a referéndum ciudadano en distintos países de Europa. Las poblaciones de Francia y Holanda la rechazaron.

- d) el régimen fiscal de los contratos, que no es tratado como contribución fiscal sino como contraprestación regida por el derecho privado;
- e) el Fondo Mexicano del Petróleo, que no se rige por las reglas de los fideicomisos públicos, sino como fideicomiso *sui generis* al margen de los controles estatales que operan en el resto de los fideicomisos;
- f) las expropiaciones simuladas bajo la figura de ocupaciones temporales o servidumbres que se realizarán no para garantizar una causa de utilidad pública, sino para satisfacer el interés privado de los contratistas;
- g) el *booking*, que permite que las reservas de hidrocarburos de la nación se otorguen como garantía para la obtención de créditos en la banca internacional;
- h) la bursatilización de las reservas nacionales en las bolsas de valores del extranjero, e
- i) la subordinación de la propiedad ejidal e indígena a los fines de la reforma energética.⁶⁷

1.9. CONCLUSIONES

El modelo económico de la globalización neoliberal está produciendo cambios profundos en la manera de entender al Estado y al derecho. El pluralismo jurídico que expresa las nuevas realidades exige entender al derecho y al Estado nacionales como instrumentos al servicio de la actual hegemonía mundial, tal vez con excepción de los procesos de internacionalización de los derechos humanos, aunque ello exige una reflexión más profunda si tomamos en cuenta el débil estado en el que se encuentra la protección de los derechos económicos, sociales y culturales. El análisis de lo jurídico y de lo estatal va a implicar construir nuevas teorías del Estado y del derecho vinculadas a la globalización neoliberal.

Parece evidente, al menos por lo pronto, que el Estado-nación no desaparecerá, pero sí estará subordinado a los grandes intere-

⁶⁷ Cárdenas Gracia, Jaime, “La nueva legislación secundaria energética de 2014”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 143, may-ago, UNAM, 2015, pp. 547-613.

ses mundiales de los organismos financieros supranacionales, de las grandes potencias y de las corporaciones mundiales. La soberanía como característica del Estado se encuentra seriamente limitada, tanto por factores internos como externos.

Las teorías del derecho y del Estado exigen ser revisadas en todos sus aspectos torales, en tanto que necesitamos un nuevo entendimiento sobre la norma, sobre el ordenamiento, sobre la validez jurídica y sobre el papel de las autoridades que interpretan, argumentan y aplican el derecho. Las teorías del derecho y del Estado tradicionales se construyeron a partir de las premisas del Estado-nación y, por tanto, esas teorías requieren ser revisadas a partir de las nuevas realidades.

Los juristas estamos obligados a denunciar los déficits de legitimidad democrática y de transparencia del nuevo derecho de la globalización neoliberal. Nuestra tarea es la de desenmascarar a las nuevas categorías jurídicas de la globalización neoliberal que afectan la garantía plena de los derechos humanos y de los principios y procedimientos democráticos, y proponer categorías y conceptos jurídicos que sean consecuentes con los derechos humanos y la democracia. Es preciso mundializar el constitucionalismo. La pregunta difícil de contestar es cómo materializarlo. Es decir, qué tipo de acciones concretas debemos realizar para lograr esa mundialización.

Capítulo 2. Reformas estructurales y neoliberalismo¹

2.1. INTRODUCCIÓN

El gobierno de Peña Nieto ha promovido una gran cantidad de reformas constitucionales y legales que se denominan estructurales, porque tienen por objetivo modificar la estructura económica nacional que había sido establecida en el marco jurídico de nuestro país. Son reformas que en el discurso oficial pretenden el libre mercado, la competencia económica, el combate a los monopolios y la promoción de la inversión nacional y extranjera, pero que en los hechos persiguen otros objetivos que comprometen la autodeterminación nacional. Se trata de reformas que proponen un modelo económico de nación muy diferente al que fue consagrado en los principios sociales de la Constitución de 1917 y en sus reformas posteriores, mismas que llegaron hasta la primera mitad de la década de los ochenta del siglo xx. La mayor parte de esas modificaciones jurídicas son consecuencia de recomendaciones de los organismos financieros internacionales o son producto de los acuerdos comerciales o de seguridad de nuestro país con el exterior.

En el actual sexenio, deliberadamente se ha impulsado una agenda de transformación compatible con las características jurídicas que el neoliberalismo ha tenido en nuestro país: desmantelamiento del Estado de bienestar; reducción de los derechos

¹ Este ensayo es parte de mi libro: *El modelo jurídico del neoliberalismo*, México, UNAM, 2016.

económicos, sociales y culturales (DESC) en contra de los derechos de los gobernados; saqueo de los recursos naturales en beneficio de las trasnacionales y de los poderes geopolíticos; homologación de nuestro sistema jurídico al derecho anglosajón; populismo penal que pretende resolver los problemas de seguridad con medidas puramente represivas; privatización del derecho público; subordinación del ordenamiento nacional al supranacional y a las redes jurídicas del neoliberalismo; democracia electoral de baja intensidad, sin democracia participativa y deliberativa; acuerdos internacionales como el ASPAN o la Iniciativa Mérida, que no son aprobados por el Senado y mucho menos por los ciudadanos; pérdida de soberanía; apuntalamiento jurídico del modelo económico neoliberal para beneficiar a los poderes fácticos nacionales y trasnacionales; integración económica de nuestro país a Estados Unidos, entre otras notas destacadas.

Si revisamos cada una de las reformas del gobierno en curso, advertimos que poseen rasgos claramente neoliberales, lo que no significa que desde años anteriores, en la década de los ochenta, no se hayan introducido en nuestro sistema jurídico modificaciones de ese género. Lo que caracteriza las reformas del actual gobierno comparado con las de los otros gobiernos neoliberales de México es la magnitud de los cambios y la brevedad del plazo en el que fueron aprobados. Las explicaciones de por qué se han dado estas reformas en tan corto tiempo y de manera atropellada —con violación a las decisiones políticas fundamentales, los procedimientos legislativos y parlamentarios—² son diversas, una de ellas, desde mi punto de vista muy importante, tiene que ver con el pretendido fundamento de legitimidad política del actual gobierno, que no es interno —no se debe totalmente a los ciudadanos—, sino fundamentalmente externo —se debe a los intereses trasnacionales—.

Cada una de las reformas explicita su carácter neoliberal. La reforma energética tiene por propósito entregar los recursos energéticos y la renta petrolera de la nación al poder trasnacional. Favorece el desmantelamiento del Estado y nos subordina a los intereses geopolíticos de Estados Unidos. Desarticula el Es-

² Cárdenas Gracia, Jaime, *Crítica a la reforma constitucional energética de 2013*, México, UNAM, 2014.

tado de bienestar mexicano y privatiza el derecho público mexicano. La trascendencia de la reforma energética reside en poner fin al paradigma constitucional y de desarrollo que se inició con la Constitución de 1917. La soberanía nacional se reducirá con esta reforma sensiblemente por la futura presencia de las grandes corporaciones transnacionales de la energía en el territorio nacional, pues estas están vinculadas a los centros financieros, políticos y militares más importantes del planeta. De esta suerte, la autodeterminación de nuestro país se coloca, sin matiz alguno, en la órbita de los intereses geopolíticos estadounidenses.

En cuanto a la reforma en telecomunicaciones y radiodifusión, podemos decir que no garantiza el derecho a la información ni protege adecuadamente los derechos de las audiencias. Es una reforma para que las oligarquías nacionales y transnacionales hagan negocios a costa de los recursos de la nación —el espectro radioeléctrico y el espacio aéreo—. Y no resuelve la concentración monopólica ya existente en México en telecomunicaciones y en radiodifusión.

La reforma educativa tuvo por finalidades:

1. promover la privatización de la educación pública del país;
2. modificar las relaciones laborales en el sector educativo mediante el Servicio Profesional Docente para restringir los derechos laborales de los maestros, y
3. crear un organismo constitucional autónomo, el INEE (Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación), que además de oneroso e innecesario, nos ha sido impuesto por la OCDE.

Sobre la reforma político-electoral señalamos que es un cambio estructural neoliberal que propugna por una “democracia” electoral de bajo riesgo para esos intereses. Los temas fundamentales para la nación no se someten a la votación de los ciudadanos. Los ciudadanos no votamos las reformas constitucionales ni los tratados que afectan nuestros derechos y soberanía y que exclusivamente convienen a los grandes intereses transnacionales.

La reforma fiscal no elimina los grandes privilegios fiscales —la consolidación fiscal— de los que gozan las grandes empresas, por lo que no se desincentivan las prácticas monopólicas que

afectan a toda la población. Esta reforma afecta a la clase media, pues muchos de los gravámenes solo aplicarán a las personas físicas y no a las grandes empresas. Además, la reforma se orienta en la lógica de la privatización del sector energético, lo que redundará en mayor endeudamiento y carga fiscal sobre los contribuyentes cautivos, los trabajadores y los estratos medios de la población.

Respecto a la reforma bancaria o financiera podemos decir que no se orientó por criterios sociales —estableciendo obligaciones precisas para controlar las altas tasas de interés por el crédito—, sino que se rige por el libre mercado, que en nuestro caso, más bien se trata de un oligopolio bancario. Es una reforma que blinda a los banqueros frente a problemas de insolvencia, pero no blinda a los ahorradores frente a situaciones semejantes. Se trató de una reforma diseñada con criterios neoliberales, a la medida de los bancos que dominan y controlan el crédito en nuestro país para garantizar sus dividendos y los créditos que otorgan, y no para proteger los derechos de las personas.

La reforma en materia de competencia económica hace creer a la población que existe un compromiso por la competencia económica efectiva, cuando el diseño normativo e institucional está construido para beneficiar a los grandes intereses trasnacionales en detrimento de los intereses económicos nacionales —los intereses trasnacionales no están en simetría con los nacionales— y de los derechos de los consumidores de nuestro país. Se empleó en esta reforma, y como estrategia, el dogma económico neoliberal de la competencia, pero las normas, las instituciones y principalmente los hechos lo desmienten. Se busca que creamos que el mundo neoliberal es compatible con la competencia efectiva en los mercados cuando la competencia es imposible en él porque siempre se favorece a las grandes trasnacionales.

Sobre la reforma laboral, podemos decir introductoriamente que reconoció mecanismos que precarizan el derecho al trabajo, tales como los contratos a prueba, el *outsourcing* y el abaratamiento del despido laboral. Es una reforma que se sitúa en la línea de desarticulación del Estado de bienestar, tanto en sus lógicas de inspiración como en la regulación misma de los cambios jurídicos en contra de los trabajadores y de los sindicatos.

La reforma en materia de transparencia no enfrenta a los poderes fácticos —de ellos solo son sujetos obligados los partidos y sindicatos, pero no los poderes mediáticos y económicos—. Es una reforma centralista que concentra en el órgano garante nacional las principales competencias, y el diseño de este órgano entrega a los partidos mayoritarios —por la facultad que tienen para designar a los titulares del INAI— el control de los asuntos de la transparencia y protección de datos personales del país.

Los objetivos de la reforma en materia de amparo consistieron en: 1. impedir que los reformas estructurales de carácter constitucional se impugnaran mediante el juicio de amparo; 2. limitar el interés legítimo y el amparo colectivo para que las colectividades no tengan vía expedita para oponerse a la violencia estructural que ejercen las grandes corporaciones transnacionales cuando tienen de su lado a las reformas estructurales; 3. dejar sin atención los privilegios en el poder judicial federal; 4. reducir las posibilidades para que los mexicanos contemos con un amparo de carácter social, y 5. rechazar cualquier intento para democratizar, a través de la participación social, la jurisprudencia obligatoria.

El Código Nacional de Procedimientos Penales es producto de las recomendaciones internacionales para homologar o, al menos, aproximar el sistema jurídico de nuestro país al derecho anglosajón. Las modificaciones se inscriben en la visión neoliberal consistente en resolver los problemas sociales y económicos mediante medidas represivas contrarias a los derechos de las mayorías, por eso se “ponen a punto” los instrumentos del derecho penal sustantivo y procesal, los que sirven como instrumento de populismo y de propaganda y como medio para criminalizar y hostigar a los opositores del modelo neoliberal. Además de los elementos de populismo penal que contiene, se trata de una reforma centralista que deroga las competencias de los estados a favor de la federación.

La reforma constitucional en materia de anticorrupción construyó un andamiaje burocrático que no es independiente, porque deriva de los tres partidos políticos mayoritarios y del presidente de la República. El esquema responde a las visiones oligárquicas del neoliberalismo y, además, no vincula de manera clara a los ciudadanos para enfrentarla.

Sobre la reforma en materia de deuda de estados y municipios debe señalarse que se trata de un cambio jurídico que centraliza el poder y el control en las autoridades hacendarias federales. Los fines de esa reforma son homogeneizar el tratamiento de la deuda local y, a través de la centralización, establecer a las autoridades federales como los interlocutores privilegiados ante la banca nacional e internacional. El proceso de centralización de las reformas estructurales es para facilitar al capital trasnacional la negociación e imposición de condiciones al Estado-nación, sin perder recursos en negociaciones o conflictos con entidades infranacionales.

Las reformas anteriores, y otras que pueden ser aprobadas en los próximos años, completarán la transformación jurídica neoliberal de nuestro país. Las luchas sociales y políticas de muchos sectores nacionales estarán del lado de la reversión de esos cambios. El terreno para el descontento social está abonado, porque se trata de reformas antipopulares que han recibido y seguirán recibiendo el rechazo social.

2.2. LA REFORMA ENERGÉTICA

La reforma constitucional energética de 2013 —la más importante de las reformas estructurales—³ fue diseñada desde el exterior por razones económicas y geopolítica, para entregar los recursos energéticos de la nación a intereses foráneos.⁴ Con esta reforma, que se aprobó en violación a los procedimientos legislativos y parlamentarios y modificó los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución, la nación pierde parte de sus riquezas naturales y el Estado abdica de sus antiguas competencias para explotar en exclusiva los recursos energéticos de los mexicanos, tanto de esta generación como de las futuras. La reforma constitucional energética de 2013 traerá consecuencias funestas a nuestro país. El orden jurídico nacional también recibirá impactos, desde la concepción de la Constitución, de la democracia, de los derechos humanos y hasta en la privatización del derecho público nacional.

³ Fue publicada el 20 de diciembre de 2013 en el *Diario Oficial de la Federación*.

⁴ Cárdenas Gracia, Jaime, *Crítica a la reforma constitucional energética de 2013...*, cit.

Esta reforma se logró a través del aparato propagandístico del duopolio televisivo que acalló o silenció a las voces opositoras. El pueblo fue engañado con espejitos y cuentas de vidrio. Se le dijo, por ejemplo, que una de las consecuencias de la reforma sería la reducción del precio del gas, de la electricidad, de la gasolina y del combustóleo. Hasta la fecha no hay reducción de precios en estos insumos. Por otra parte, en el concierto mundial, cuando se realizan estos procesos de liberalización o privatización de los recursos naturales, la consecuencia es el aumento de las tarifas en electricidad, gas o gasolinas⁵ y no su reducción, como suelen proponer los gobiernos neoliberales para convencer a la población de las ventajas de las reformas estructurales.

Las principales dudas de la reforma constitucional energética de 2013 no fueron ni han sido esclarecidas a la sociedad. La sociedad mexicana no tiene respuestas sobre las consecuencias medioambientales y en la salud humana de la reforma. Desconfía en torno a si los nuevos órganos reguladores del sector tendrán la capacidad para enfrentar el poder de las grandes empresas petroleras y eléctricas mundiales que son capaces de desestabilizar gobiernos en el mundo entero. Gran parte de la sociedad piensa que se incrementará la corrupción en el sector energético, debido no solo al papel de los sindicatos, sino a los contratos millonarios que celebrará el gobierno con las empresas energéticas mundiales. Fiscalmente se tiene temor de que la reforma constitucional energética signifique más impuestos y más endeudamiento externo en contra de los intereses de los mexicanos. La sociedad tampoco tiene claridad en torno a si los supuestos beneficios de la reforma se destinarán al desarrollo nacional y no al gasto corriente de los tres niveles de gobierno. Y, en general, seguimos sin saber por qué teníamos que compartir la renta petrolera, de un recurso que es nuestro, con otros que no forman parte de la nación mexicana.⁶

⁵ Noceda, Miguel Ángel, “Las eléctricas disuaden al consumidor. El coste de las ofertas fijas anuales presentadas por las grandes compañías a la CNMC superan hasta en 100 euros anuales a la media de los últimos cuatro trimestres”, periódico *El País*, 26 abr 2014, Madrid, España, p. 15.

⁶ Cuarón, Alfonso, “10 preguntas del ciudadano Alfonso Cuarón al presidente Enrique Peña Nieto”, *La Jornada*, 28 abr 2014, p. 9.

En la reforma energética y en las exposiciones de motivos de las iniciativas que dieron lugar a ella existen muchas cuestiones preocupantes. Por ejemplo, en la propuesta de Enrique Peña Nieto se propone incrementar la producción petrolera de 2.5 millones de barriles que en este momento se producen diariamente a 3.5 millones de barriles por día. Más allá de las consecuencias de esta propuesta para el medioambiente y la salud humana, una pregunta que suscita es si México tiene las reservas petroleras necesarias para afrontar esa pretensión. Las reservas en la industria petrolera mundial se clasifican en probadas, probables, posibles y prospectivas.⁷ Las reservas probadas de México son de aproximadamente 13 000 000 000 (trece mil millones de barriles), cantidad que a los montos actuales de producción nacional alcanzaría para un poco más de diez años. ¿Cómo se va a incrementar la producción a 3.5 millones de barriles diarios? ¿Se saquearán los hidrocarburos nacionales para beneficio foráneo sin que los mexicanos hayamos desarrollado, por ejemplo, la industria petroquímica para que esta sea la palanca de nuestro desarrollo industrial?

Tal vez el principal problema conceptual de la reforma constitucional energética de 2013 es entender a los hidrocarburos y a la electricidad como *commodities*, es decir, insumos que son parte de una cadena productiva y cuya explotación sirve para maximizar la riqueza, en este caso privada y foránea, y no entender que el acceso a estos recursos, junto al acceso a otros recursos naturales, constituye un auténtico derecho fundamental. En las visiones contrahegemónicas de los derechos fundamentales —no neoliberales— se asume que hay cosas —los recursos básicos y/o naturales— que no pueden estar en el comercio y no pueden ser parte de las leyes del mercado. Se concibe que esos recursos son susceptibles de estar disponibles para todos, que deben ser accesibles a las personas, para que estas logren su desarrollo y se les permita su dignificación.⁸ Si entendiéramos el acceso a los recursos naturales y a la energía de esa manera, se-

⁷ Ocampo Torrea, José Felipe, *PEMEX. Mitos, realidades, testimonios y propuestas*, México, UNAM, 2007, pp. 41-52.

⁸ Sousa Santos, Boaventura de, *Si Dios fuese un activista de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2014, pp. 13-24.

guramente sería impensable que reformas como la aprobada en 2013 tuvieran lugar.

La reforma constitucional energética de 2013 producirá un cambio trascendental en las características de nuestro Estado-nación y, en ese sentido, no solo es una reforma energética. Se trata de un cambio constitucional que redefine las características del Estado mexicano en términos de soberanía e independencia frente a otros Estados, porque las fuentes fundamentales de la energía en México y, por tanto, de la economía, no estarán totalmente controladas ni administradas por el gobierno, sino por grandes empresas energéticas transnacionales, que con su poder económico y político son capaces de establecer y desestabilizar gobiernos en el mundo entero. La reforma constitucional energética entraña la transformación de lo que hemos sido como país y lo que seremos.

El cambio constitucional contradice las decisiones políticas fundamentales de nuestro ordenamiento y, en ese sentido, las podemos calificar de inconstitucionales, es decir, inválidas. La reforma constitucional trae aparejado el fortalecimiento de los poderes fácticos transnacionales que harán mucho más débiles a los poderes formales de nuestro país. Al liberalizarse los sectores eléctrico y de hidrocarburos, y en virtud de lo establecido en el TLCAN y otros acuerdos internacionales, los hidrocarburos y la electricidad serán considerados *commodities* que estarán regulados por el libre mercado y México perderá la rectoría económica que ha tenido en esos ámbitos. Los contratos que comparten la utilidad y la producción, en donde el pago a la empresa petrolera se vincula a la cantidad de petróleo extraído o al éxito en la producción, son anticonstitucionales porque vulneran el principio de que la propiedad de las riquezas del subsuelo es de la nación y esa riqueza no puede compartirse con particulares, sobre todo si son extranjeros.

El derecho y los tribunales de nuestro país quedarán de lado al aprobarse la reforma, pues las grandes empresas petroleras demandarán la aplicación del derecho de los tratados por instancias arbitrales o jurisdiccionales foráneas. Con la reforma constitucional energética se infringirán los derechos fundamentales de los pueblos originarios, se vulnerará la seguridad nacional, perderemos totalmente el control sobre la plataforma de producción y exportación de hidrocarburos y parte de la renta petrolera. La

reforma tendrá consecuencias fiscales negativas para los mexicanos porque aumentarán los impuestos y el endeudamiento público. El ejecutivo federal incrementará sus competencias en la materia en detrimento de los otros poderes públicos, de PEMEX y de CFE y de la sociedad.

La reforma secundaria en materia energética⁹ comprendió las siguientes disposiciones: la Ley de Hidrocarburos, la Ley de la Industria Eléctrica, la Ley de Energía Geotérmica; la Ley de Petróleos Mexicanos, la Ley de la Comisión Federal de Electricidad, la Ley de la Agencia Nacional de Seguridad Industrial y Protección al Medio Ambiente del Sector Hidrocarburos y la Ley de los Órganos Reguladores Coordinados en Materia Energética. Igualmente se reformaron y adicionaron los siguientes ordenamientos: la Ley de Inversión Extranjera, la Ley Minera, la Ley de Aguas Nacionales, la Ley de Asociaciones Público Privadas, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, y la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas.

Además de lo anterior, se expidieron la Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos y la Ley del Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo. También se reformaron y adicionaron la Ley Federal de Derechos, la Ley de Coordinación Fiscal, la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria y la Ley General de Deuda Pública.¹⁰

Los principales contenidos de la reforma energética obedecen a un modelo que ha sido diseñado desde los centros de dominación mundial y que podemos caracterizar, entre otros, por los siguientes elementos:

Desmantelamiento del Estado. El Estado mexicano es amputado por la reforma y reducido a mínimos para favorecer al mercado internacional. Para comprobarlo, podemos decir que los prin-

⁹ Cárdenas Gracia, Jaime, “La nueva legislación secundaria en materia energética de 2014”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 143, may-ago, UNAM, México, 2015, pp. 547-613.

¹⁰ La legislación secundaria se promulgó y publicó en el *Diario Oficial de la Federación*, ed. vespertina, 11 de agosto de 2014.

cipales instrumentos de financiación y operación del Estado son suprimidos o limitados:

- a) PEMEX y CFE modifican su naturaleza jurídica de organismos públicos descentralizados a empresas productivas, dichas empresas responden a los criterios del gobierno corporativo determinados por la OCDE y consisten principalmente en la administración de PEMEX y de la CFE como si se tratara de empresas privadas;
- b) el régimen de excepción de PEMEX y CFE en materia de presupuesto, deuda, responsabilidades, transparencia, fiscalización o adquisiciones es diseñado para que los instrumentos de control parlamentario o gubernamental no operen como en el caso del resto de los poderes y de las dependencias y entidades gubernamentales, es decir, son la evidencia de la migración de PEMEX y CFE a la condición de empresas cuasiprivadas —están saliendo de la esfera pública—;
- c) el hoyo fiscal que producirá la reforma, por el régimen fiscal especial del que gozarán los contratistas, privará a la hacienda pública de recursos para el gasto público y obligará al Estado al endeudamiento, la reducción del gasto público o el incremento de impuestos para colmar el déficit fiscal que generará la reforma —pone al Estado de rodillas—;
- d) la afectación al principio del dominio directo de la nación sobre los recursos naturales del subsuelo —al compartir la renta petrolera— implicará pérdida de soberanía, y
- e) la ocupación temporal de la propiedad privada, pública y social a favor de las empresas transnacionales implica el fin del derecho de propiedad de los mexicanos.

Privatización del derecho público. Esta privatización se manifiesta en:

- a) el fin de la cláusula Calvo, porque las controversias que se susciten con motivo de la reforma no serán resueltas por los tribunales nacionales, sino por instancias de arbitraje internacional;
- b) la protección de las inversiones extranjeras sobre las nacionales (arts. 1103, 1106 y 1110 del TLCAN) implica

- que el derecho público mexicano y la propiedad de los nacionales queda subordinado al derecho internacional de carácter comercial;
- c) la aplicación del derecho privado de manera supletoria en la materia;
 - d) el régimen fiscal de los contratos, que no es tratado como contribución fiscal, sino como contraprestación regida por el derecho privado;
 - e) el Fondo Mexicano del Petróleo, que no se rige por las reglas de los fideicomisos públicos, sino como fideicomiso *sui generis* al margen de los controles estatales que operan en el resto de los fideicomisos;
 - f) las expropiaciones simuladas bajo la figura de ocupaciones temporales o servidumbres, que se realizarán no para garantizar una causa de utilidad pública, sino para satisfacer el interés privado de los contratistas;
 - g) el *booking*, que permite que las reservas de hidrocarburos de la nación se otorguen como garantía para la obtención de créditos en la banca internacional;
 - h) la bursatilización de las reservas nacionales en las bolsas de valores del extranjero, e
 - i) la subordinación de la propiedad ejidal e indígena a los fines de la reforma energética.

Desarticula el Estado de bienestar. Esta característica se manifiesta en lo siguiente:

- a) la consideración de los derechos de los trabajadores de PEMEX y CFE como pasivo laboral y no como auténticos derechos humanos;
- b) la negación del derecho al desarrollo de los pueblos previsto en los respectivos artículos 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, al subordinar este derecho humano a los intereses de los inversionistas extranjeros;
- c) la subordinación de los derechos de los pueblos originarios a las inversiones privadas, porque los resultados de los procedimientos de consulta no son vinculantes en caso de una negativa de las comunidades a las inversiones;

- d) la violación de los derechos al abasto social de la electricidad y de los hidrocarburos, porque los organismos públicos —PEMEX y CFE— no serán responsables de ese abasto y el Estado no lo podrá garantizar por la multiplicidad de agentes económicos, y
- e) la reducción de los contenidos de los derechos fundamentales a la propiedad social, porque esta se subordina al carácter preferente de las actividades energéticas.

Subordinación del Estado mexicano a los intereses geoestratégicos de Estados Unidos. La reforma estructural energética entraña la sustitución definitiva del modelo de desarrollo que se había conformado en México después de la expropiación petrolera de 1938. Los hidrocarburos primero y la electricidad después, constituyeron durante décadas no solo las principales fuentes de ingresos fiscales para el país, sino que también fueron los sectores alrededor de los que el resto de la industria y la economía nacionales giraban, se nutrían, se desarrollaban y robustecían. Tan importante era el sector energético como palanca de desarrollo nacional, que ese ámbito quedó excluido en beneficio de México en el TLCAN con la finalidad de que siguiera siendo considerado por el orden constitucional mexicano como un área estratégica, es decir, un sector de exclusiva explotación por parte del Estado, tal como se preveía en el párrafo cuarto del anterior artículo 28 constitucional.

2.3. REFORMA EN TELECOMUNICACIONES Y RADIODIFUSIÓN

La reforma en telecomunicaciones y radiodifusión modificó los artículos 6, 7, 27, 28, 73, 78, 94 y 105 de la Constitución¹¹ e implicó una legislación secundaria aún más favorable a los medios de comunicación electrónica¹² para limitar y reducir el papel de los medios públicos y comunitarios, todo ello en menoscabo

¹¹ *Diario Oficial de la Federación*, 11 de junio de 2013.

¹² Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, publicada el 14 de julio de 2014 en el *Diario Oficial de la Federación*. Más de un año después de la obligación transitoria que exigía la reforma constitucional.

de la efectiva realización del derecho a la información. La reforma estableció, entre otras medidas: que ninguna empresa puede concentrar más de 50% del mercado respectivo, constituyó un organismo para regular los medios públicos, reconoció el derecho fundamental para acceder a la banda ancha de carácter oneroso, limitó la propaganda gubernamental aunque aún no existe legislación secundaria al respecto, indicó retóricamente que el servicio de radiodifusión es de carácter social, dotó de autonomía constitucional al organismo para las telecomunicaciones, pero este está en manos de los tres partidos dominantes y concedió la autonomía constitucional de la Comisión Federal de Competencia, que también está en manos de los partidos mayoritarios. Pareció tratarse de una gran reforma que resolvería la influencia de los poderes fácticos mediáticos en la vida institucional y democrática del país.

Sin embargo, la reforma constitucional y legal en materia de telecomunicaciones y radiodifusión —que ha sido en general bien recibida por muchos sectores sociales, académicos y aún por los que se podrían considerar como afectados, entre otros, el duopolio televisivo y los responsables de TELMEX—, desde nuestro punto de vista, no es la reforma que se requería para garantizar derechos humanos a la información y para proteger los intereses nacionales. Fue una reforma que tanto constitucional como legalmente favoreció descaradamente a los medios de comunicación electrónicos mexicanos de carácter privado, seguramente porque estos apoyaron al margen de la ley, la campaña presidencial de Peña Nieto y, por tanto, la modificación jurídica enfocó sus principales medidas en contra del monopolio en materia de telecomunicaciones (TELMEX).

Oficialmente, el diagnóstico previo a la reforma consideraba en materia de telecomunicaciones lo siguiente: 1. existe alta concentración, débil competencia y altos precios en telecomunicaciones; 2. en telecomunicaciones, una sola compañía concentra 80% del mercado de telefonía fija y 70% de telefonía móvil; 3. en México existe muy baja cobertura de redes de telecomunicaciones en poblaciones de menos de 5 mil habitantes; solo 26% de los hogares tiene Internet y 39.8% de la población es usuaria del servicio, y 4. la densidad de la banda ancha en México figura entre

las más bajas de los países de la OCDE y la velocidad sigue siendo lenta. La reforma se proponía como objetivos: asegurar la cobertura universal de servicios de televisión, radio, telefonía y datos; mejorar los precios para que todos los niveles socioeconómicos tengan acceso a los servicios mediante la promoción de la competencia, y favorecer la calidad en el servicio y en el contenido.

Los fines anteriores suponen que la reforma amplíe el acceso de las tecnologías de la información y la comunicación y la banda ancha a más personas y sectores sociales. Para ello, como se señaló, se dota de autonomía al Instituto Federal de Telecomunicaciones, autoridad reguladora competente, y se abre la inversión extranjera en telecomunicaciones al 100% y en radiodifusión al 49%. Además, se pretende con la reforma el acceso a Internet a 70% de los hogares y a 85% a las pequeñas y medianas empresas.

El órgano regulador de las telecomunicaciones y radiodifusión, al que se confiere autonomía constitucional, desde nuestro punto de vista, carece de legitimidad democrática de origen. Es un órgano elitista, cuyos titulares responden a un esquema de reparto de cuotas entre los partidos y el ejecutivo federal. Sus comisionados, por el origen de sus nombramientos, no se deberán a los intereses de la sociedad, sino a los intereses de quienes los designen. El tema de la legitimidad democrática de los órganos constitucionales autónomos no es asunto menor, pues como órganos cúspide del Estado mexicano, sus titulares deberían provenir de la soberanía popular para que a esta se deban.

La reforma constitucional en telecomunicaciones y radiodifusión omitió indebidamente asuntos fundamentales, entre ellos, los siguientes:

1. defender los derechos de las audiencias para garantizar la calidad y pluralidad en la programación de los medios;
2. garantizar pormenorizadamente los derechos de los usuarios;
3. establecer con suficiencia las asimetrías existentes entre los concesionarios de telecomunicaciones y radiodifusión para garantizar una competencia auténtica;
4. determinar sanciones severas en caso de concentración indebida en los sectores de la reforma, incluyendo la revocación de las concesiones;

5. contemplar el acceso gratuito a Internet;
6. asignar al menos 30% de las concesiones a medios de uso social —medios comunitarios—;
7. promover los medios públicos de comunicación en al menos 30% del espectro radioeléctrico;
8. oponerse al 100% de inversión extranjera en telecomunicaciones y 49% en radiodifusión para defender la soberanía nacional sobre el espacio radioeléctrico;
9. despartidocratizar la elección de los titulares del IFETEL, y
10. rechazar que una empresa concentre 50% del mercado en telecomunicaciones y radiodifusión (fracc. III del art. octavo transitorio de la reforma constitucional). Ello es contrario a la libre competencia y no resuelve la concentración monopólica que genera el duopolio televisivo ni el excesivo poder de TELMEX en las telecomunicaciones. La concentración hasta de 50% de una empresa en alguno de los sectores no resuelve el problema de los monopolios en México. Una empresa que posea 50% del mercado —Televisa o TELMEX— seguirá siendo preponderante y podrá imponer a la autoridad reguladora muchas decisiones en su ámbito de actuación. ¿Por qué no se reduce ese porcentaje de concentración a 20 o a 30%? Nuestra respuesta es que no se quiere efectivamente combatir la concentración empresarial. En Estados Unidos, paradigma del modelo capitalista, ninguna empresa de televisión puede tener más de 30% del mercado.

De peor manera que la reforma constitucional, la reforma secundaria en telecomunicaciones estableció inconstitucionalmente (violenta el art. octavo transitorio de la reforma constitucional en materia de telecomunicaciones y radiodifusión) que la preponderancia se determine por sector y no por servicios.¹³ Además, tanto en la reforma constitucional en materia de telecomunicaciones y radiodifusión como en la legislación secundaria, la CFE cede a TELMEX su concesión para instalar, operar y explotar una red

¹³ Si la declaración de preponderancia se hace por sector, no se desagregarán todos los servicios ofrecidos, tales como Internet, telefonía, televisión de paga, servicios de venta de publicidad, etc. Esta medida claramente favorece a las empresas nacionales y foráneas.

pública de telecomunicaciones para favorecer a los inversionistas privados. La reforma priva a la CFE de su red con el propósito de compartirla con los inversionistas privados, nacionales y extranjeros, lo que constituye un despojo a la nación. Nuevamente, los recursos públicos se emplearán para beneficiar a intereses privados o, en otras palabras, esa reforma favorece que inversionistas privados obtengan beneficios económicos y que para ello compartan la infraestructura pública de una red que debería ser estratégica para el desarrollo de la nación y para el logro de los intereses generales. Es evidente que en este punto, como en otros de la reforma, existe una privatización de lo público.

Se profundiza en la ley la ilegitimidad de origen del IFETEL. Es un órgano elitista resultado del desdoblamiento de la oligarquía nacional y transnacional, cuyos titulares responden a un esquema de reparto de cuotas entre los partidos y el ejecutivo federal. Sus comisionados, por el origen de sus nombramientos, no se deben a los intereses de la sociedad, sino a los intereses de quienes los designan.

Los medios públicos y sociales de televisión y radio se encuentran en la legislación secundaria en estado de precariedad respecto a los medios privados, que son favorecidos por la ley. Ello demuestra no solo el esquema privatizador de la reforma, sino que también prueba cómo el Estado mexicano pierde rectoría económica en el sector de telecomunicaciones y radiodifusión. Se trata de una violación evidente al artículo 25 de la Constitución. Como se ha dicho por expertos y legisladores, el espacio radioeléctrico debería dividirse a tercios, tal como ocurre en el derecho comparado —Argentina o Ecuador—: un tercio para el sector público, otro para el sector social y otro para el sector privado.

La ley secundaria descuida los derechos de las audiencias, pues no se garantiza el derecho a la información, y sin la garantía plena de este derecho no hay democracia, sino la dictadura mediática que hoy tenemos en México. Es decir, la legislación no protege los derechos al pluralismo de los medios y en los medios, a recibir información veraz, a participar en la discusión de los asuntos públicos, a que la información no constituya una forma de propaganda o publicidad, y a que todos los puntos de vista

relevantes se manifiesten en igualdad de circunstancias en ellos. Igualmente se legaliza el bloqueo de señales para impedir el libre flujo de información en Internet. Si se aducen causas de seguridad nacional, se permite a los operadores y prestadores de servicios de telecomunicaciones establecer zonas geográficas donde la señal pueda ser interrumpida, lo que tiene por propósito limitar las protestas de los movimientos sociales.

En la legislación secundaria de telecomunicaciones y radiodifusión, las autoridades de seguridad pública y las ministeriales pueden inconstitucionalmente violentar el derecho a la privacidad de las personas y están facultados para autorizar la geolocalización de los gobernados e intervenir en conversaciones privadas o en el intercambio de datos que los ciudadanos realizan entre ellos. Lo anterior es abiertamente anticonstitucional, pues toda afectación o intervención en los derechos de las personas debe contar con la autorización judicial en los términos del artículo 16 de la Constitución.

La Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión indica que el ejecutivo federal podrá hacer la requisa de las vías generales de comunicación, entre las que se encuentran el espacio aéreo y el espacio radioeléctrico, en los casos de desastre natural, guerra, grave alteración del orden público o cuando se prevea algún peligro inminente para la seguridad nacional, la paz interior o la economía. La requisa implica una suspensión de garantías sin cumplir con las formalidades previstas en el artículo 29 de la Constitución y se trata de un mecanismo represivo contrario a los principios de un Estado de derecho democrático obligado a cumplir con los principios del debido proceso y con el derecho a la información.

Por otra parte, en contra de la finalidad de la reforma constitucional que creó el IFETEL, la Secretaría de Gobernación administra los tiempos que le corresponden al Estado e incluso tiene algunas competencias sobre los contenidos audiovisuales sobre los que aun puede hacer revisión previa (se trata de la censura previa prohibida por el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). La existencia del IFETEL hace innecesario que Gobernación guarde facultades en la materia y mucho menos atribuciones de censura contrarias a los derechos humanos. Ello

violenta los principios del Estado constitucional de derecho y la neutralidad que dice preservar la reforma legal.

La legislación secundaria de telecomunicaciones y radiodifusión no reguló el derecho de réplica de los ciudadanos ni normó la publicidad del gobierno, lo que afecta los derechos humanos de las audiencias y transgrede el principio de imparcialidad que debe caracterizar al Estado. El arreglo a favor de los intereses de la oligarquía es claro: pocos derechos a los ciudadanos y, en contrapartida, muchos derechos para los empresarios nacionales y foráneos, así como pocas obligaciones para ellos. La reforma de telecomunicaciones es un esquema de negocios y no un ordenamiento para garantizar derechos.

Las sanciones en contra de los medios privados de comunicación que prevé la ley son ridículas. Existe en toda la ley un trato de privilegio, contrario al artículo 1 constitucional, a favor de los medios privados y en contra de los medios públicos y sociales. Las asignaciones de uso social y público están sobre-reguladas, no existe un principio de equidad para las comunidades indígenas ni para los medios públicos. La ley secundaria se diseñó con el propósito exclusivo de proteger a los medios privados y menoscabar las posibilidades de los medios sociales y públicos.

En fin, la reforma secundaria no garantiza el derecho a la información ni protege adecuadamente los derechos de las audiencias. Es una reforma para que las oligarquías nacionales y transnacionales hagan negocios a costa de los recursos de la nación —el espectro radioeléctrico y el espacio aéreo—, y no resuelve la concentración monopólica ya existente en México en telecomunicaciones ni en radiodifusión.

2.4. LA REFORMA EDUCATIVA

La reforma implicó la modificación de los artículos 3 y 73 de la Constitución¹⁴ para modificar la Ley General de Educación y ex-

¹⁴ La reforma educativa a nivel constitucional se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de febrero de 2013.

pedir dos nuevas leyes: la del Servicio Profesional Docente y la del Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación.¹⁵ Como todas las reformas estructurales del periodo presidencial de Enrique Peña Nieto, los cambios jurídicos se aprobaron apresuradamente en el Congreso de la Unión, atropellando disposiciones legislativas y parlamentarias.

Las transformaciones jurídicas en la materia se realizaron por indicación de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Las modificaciones tuvieron como objetivo gubernamental y propagandístico la llamada evaluación del sistema educativo nacional para que este sea de “calidad”. Para ello se creó el nuevo Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación (INEE), al que la reforma dotó de autonomía constitucional, además de crearse el Sistema Profesional Docente.

En cuanto a la creación del INEE, es importante señalar que los órganos constitucionales autónomos en México son organismos que carecen de independencia. Sus titulares son designados por las nomenclaturas de los partidos en el poder legislativo. En el caso del INEE, sus cinco titulares son propuestos por ternas del ejecutivo federal y aprobados por las dos terceras partes de los senadores presentes en la Cámara Alta. El mecanismo de designación augura la lealtad de los titulares al ejecutivo y a los partidos mayoritarios que los designan. Es decir, se trata de órganos sin legitimidad democrática de origen.

Una característica de los órganos constitucionales autónomos, según el derecho comparado,¹⁶ es su apoliticidad. ¿Es o será apolítico el INEE? La respuesta es no: se trata de nombramientos que tienen su origen en la cúpula del ejecutivo y en la voluntad de las nomenclaturas de los partidos mayoritarios. Son nombramientos partidocráticos. La autonomía constitucional del INEE es ilusoria, como ya ocurre con muchos otros supuestos órganos constitucionales “autónomos” que existen en el país porque sus titulares serán correas de transmisión de quien los nombra:

¹⁵ Estas leyes se publicaron el 12 de septiembre de 2013 en el *Diario Oficial de la Federación*.

¹⁶ García Pelayo, Manuel, “El status del Tribunal Constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 1, 1981, Madrid, CEC, p. 12.

el ejecutivo con la participación de los partidos mayoritarios del Senado.

En todo caso, si en la reforma educativa se quería que el INEE fuera constitucionalmente autónomo, ¿por qué no se definió otro método de elección para los titulares del mismo? Por ejemplo:

1. que las diez universidades más importantes del país propongan a cinco expertos cada una y que los titulares del organismo sean sorteados entre ellos, o
2. que sean electos por los ciudadanos sin que los interesados realicen campañas ni reciban financiamiento, pero con acceso a los tiempos de radio y televisión para que los aspirantes expongan su plan de trabajo y, posteriormente, sean electos por los ciudadanos.

Además, el mecanismo de designación de los titulares del INEE favorece al ejecutivo. Si el Senado no designa en 30 días naturales, quedan ratificados automáticamente los propuestos por el ejecutivo; si no se reúne la mayoría de $\frac{2}{3}$ partes en el Senado para la designación, el ejecutivo somete una nueva designación y si esta no alcanza la mayoría requerida, el ejecutivo designa directamente a otra persona. Es decir, se repite *mutatis mutandi* el método de designación de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. ¿Para qué? Para repartirse en el Senado los cargos entre los partidos mayoritarios por cuotas.

Durante la aprobación de la reforma constitucional, la Cámara de Diputados suprimió de la propuesta del ejecutivo lo referente a condicionar la permanencia en el servicio docente a los resultados de la evaluación. ¿Para qué entonces una reforma constitucional que establece el servicio profesional docente, si en el derecho mexicano ya contamos con los principios de las fracciones VII y VIII del apartado B del artículo 123 de la Constitución? La argumentación de la reforma no fue precisa sobre este supuesto ni abundó en razones para sostener el cambio. La explicación y justificación sobre el origen de la reforma educativa no fue el “amplio consenso” o “la demanda social”, sino las recomendaciones de la OCDE, la necesidad gubernamental de controlar al magisterio nacional y la promoción de la privatización de la educación pública.

La reforma al artículo 3 constitucional sostiene que la calidad de la educación depende solo de la profesionalización de los docentes conseguida mediante la presentación de exámenes para el ingreso al servicio docente y la promoción a cargos de dirección o supervisión y no mediante métodos diversos. El cambio jurídico tampoco toma en cuenta las complejidades contextuales —económicas, sociales, regionales, etc.— que surgen en la evaluación del desempeño docente ni recoge la necesidad del llamado escalafón horizontal, ya previsto en los orígenes de la carrera magisterial.

En la reforma educativa se adiciona, en el artículo 3 de la Constitución, como función del ejecutivo federal la tarea de “[...] llevar a cabo concursos de oposición que garanticen la idoneidad de los conocimientos y capacidades que correspondan [...] para el ingreso y promoción de los docentes” —tareas que ya realizaba la autoridad educativa nacional—. ¿Para qué se necesitaba un Instituto de Evaluación constitucionalmente autónomo, si estas funciones ahora asignadas al ejecutivo correspondían a la Secretaría de Educación Pública? El único motivo de la transformación jurídica es atender las directrices de la OCDE plasmadas en el documento titulado: “Establecimiento de un marco para la evaluación e incentivos docentes: Consideraciones para México”,¹⁷ publicado en septiembre de 2011, en el que proponía la creación de un organismo autónomo de evaluación.

El capítulo sexto del mismo documento de la OCDE se refiere concretamente a la evaluación de los maestros en servicio, y señala que: “Además de la creación de estándares, México debe llegar a un consenso sobre la importancia de diseñar e implementar un sistema completo, transparente y justo de evaluación de los maestros en servicio”.¹⁸ La OCDE ha hecho esta recomendación a todos los países que son parte de ella, por lo que la reforma educativa impulsada por el ejecutivo carece de novedad y de justificación.

Según la reforma, la evaluación se realiza mediante exámenes “estandarizados” que son simples mediciones fuera de con-

¹⁷ Cfr. pp. 84 y ss., consulta 14 dic 2012, disponible en <http://www.oecd.org/edu/preschoolandschool/48599568.pdf>

¹⁸ *Ibidem*, p. 88.

texto, cuyo objeto medible ni siquiera es claro. A pesar de su ineficacia, las pruebas, falsamente llamadas de evaluación, se multiplican y se realizan en todos los campos, órdenes y niveles educativos. Estas prácticas, denominadas de evaluación educativa, que pretenden objetividad y que por ser estandarizadas dejan de lado la pluralidad y la diversidad cultural, desde su concepción despersonalizan y “cosifican” tanto al evaluador como al evaluado.

La reforma educativa, en vez de retomar la función rectora del Estado para garantizar la calidad de la educación, optó por crear, a instancias de la OCDE, el INEE, que hará más de lo mismo —realizará y aplicará pruebas y concursos de oposición—, pero no promoverá la generación de mejores docentes, mejores estudiantes, mejor sistema educativo, ni a través del sistema educativo nacional se incidirá en la transformación económica, social y cultural del pueblo.¹⁹

Los conceptos de calidad educativa y de evaluación son actualmente materia de debate teórico y práctico.²⁰ El significado de calidad educativa es un asunto complejo que no se resuelve dando autonomía constitucional al INEE para que siga aplicando pruebas que la autoridad educativa nacional ya realizaba. La evaluación no consiste en la mera medición, pues va más allá de aplicar una prueba para generar diagnósticos generalizables, difundirlos y emitir directrices. La evaluación implica asumir que el proceso educativo comprende a los padres de familia, a los maestros, a las autoridades y a las condiciones socioeconómicas imperantes en un medio determinado. Su finalidad fundamental es la de formar seres humanos conscientes y críticos con su entorno y, en todo caso, perfeccionar las deficiencias del proceso educativo. El objetivo de la evaluación no debe ser coactivo ni represivo con los maestros, que es a lo que sí propende esta reforma educativa.

¹⁹ Ramírez Raymundo, Rodolfo (coord.), *La reforma constitucional en materia educativa: Alcances y desafíos*, México, Senado de la República-Instituto Belisario Domínguez, 2013.

²⁰ Aboites, Hugo, *La medida de una nación: los primeros años de la evaluación en México. Historia de poder y resistencia (1982-2012)*, México, UAM-X-CSH, 2012.

En el mundo de la educación se sabe que las evaluaciones tales como la Evaluación Universal de Docentes y Directivos en Servicio de Educación Básica, las pruebas ENLACE, EXCALE o PISA no son totalmente pertinentes porque son ajenas al hecho educativo mismo. Pretenden volcar en ellas toda una serie de conocimientos que las aíslan de la realidad, convirtiéndolas en “situaciones de laboratorio”. Su pretendida “objetividad” proporciona en sus resultados imágenes distorsionadas e incompletas de la realidad, de los educandos, de los maestros, de las escuelas y de los países mismos.

La pregunta de por qué la reforma educativa tiene como respuesta razones políticas y económicas. Además de someter todo el proceso educativo nacional a un organismo supranacional como la OCDE, el gobierno mexicano quiere, con la reforma, controlar políticamente a los sindicatos magisteriales y disminuir sus derechos laborales. La reforma educativa es fundamentalmente una reforma laboral, que somete al magisterio nacional al Servicio Profesional Docente, para que a través de concursos de oposición, de ingreso, de promoción y de permanencia del personal docente, los profesores sean disciplinados y cosificados.

También, la reforma educativa promueve la privatización educativa. Al incluir a los padres y madres de familia como “sector involucrado en la educación”, se buscará desplazar el costo de la educación y el mantenimiento de las escuelas públicas. La reforma educativa delega a la comunidad la resolución de los problemas de infraestructura educativa cuando esos asuntos son responsabilidad del Estado mismo.

En síntesis, la reforma educativa tiene tres consecuencias: 1. promover la privatización de la educación pública del país; 2. modificar las relaciones laborales en el sector educativo mediante el Servicio Profesional Docente para restringir los derechos laborales de los docentes, y 3. crear un organismo constitucional autónomo, el INEE, que además de oneroso e innecesario, nos ha sido impuesto por la OCDE.

La reforma educativa no resuelve los problemas del país: ni los cuantitativos ni los cualitativos. El gasto para la educación primaria y secundaria sigue siendo uno de los más bajos de la OCDE. La UNAM, semestre a semestre, rechaza aproximadamente a 92%

de los aspirantes a una licenciatura porque no hay plazas para todos los jóvenes. El número de “ninis” —jóvenes que no estudian ni trabajan— comprendidos entre los 18 y 23 años es superior a siete millones en el país. Las cifras de deserción escolar en todos los niveles educativos son abrumadoras. En México, 75% de las escuelas primarias carece de salones de cómputo, y 9% de las escuelas primarias no cuenta con energía eléctrica. Las cifras de analfabetismo siguen siendo muy altas y son una expresión más de la pobreza y de la desigualdad social existente.

2.5. LA REFORMA POLÍTICO-ELECTORAL

La reforma político-electoral, que comprendió disposiciones constitucionales y legales,²¹ es totalmente compatible con el modelo neoliberal. Se promueve una “democracia” electoral de baja intensidad, con débiles mecanismos de participación y deliberación ciudadana, sin que se resuelvan los problemas que aquejan al sistema electoral nacional: el papel del duopolio televisivo y la compra y coacción del voto.

Para contextualizar lo arriba señalado, estimo que es una afirmación falsa sostener que México ya concluyó la transición democrática y que la consolidación democrática nacional solo requiere de reformas que vayan más allá de lo electoral. En los procesos electorales federales de 2006 y 2012 quedó evidenciado que los poderes fácticos controlan el sistema electoral, que influyen en él a través del empleo ilegal del dinero y de los medios de comunicación electrónica del país —en especial de la televisión, que concentra más de 90% del espectro radioeléctrico— los que promovieron en ambos casos una candidatura presidencial en detrimento de las otras. Los procesos federales de 2006 y 2012 vulneraron los principios del artículo 41 de la Constitución

²¹ La reforma constitucional electoral fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de febrero de 2014, y la electoral secundaria fue publicada en el *Diario Oficial* el 23 de mayo de 2014 (la nueva Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales y la nueva Ley General de Partidos, así como las reformas al Código Penal Federal, a la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral y a la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación).

—elecciones libres y auténticas— y fueron procesos electorales fraudulentos.

De acuerdo con el segundo párrafo del artículo 41 de la Constitución, para que una elección sea democrática en nuestro país, debe satisfacer tres principios: ser libre, ser auténtica y ser periódica. ¿Qué es una elección libre? Es aquella en donde los ciudadanos emiten su voto teniendo a su disposición toda la información relevante en la sociedad. En México, la concentración del espacio radioeléctrico en el duopolio televisivo lo impide. La información de la que disponen los ciudadanos para votar es la del *statu quo*, nunca la información y las opiniones de las voces alternativas opuestas al *statu quo*, nunca vemos y escuchamos en la televisión o en las cadenas de radio la visión de los dirigentes y militantes de Morena, la del zapatismo, la de los sindicatos independientes, la de la coordinadora de los maestros, la de las organizaciones no gubernamentales críticas. Cuando aparecen esas voces y puntos de vista es para descalificarlos. La reforma político-electoral no acaba o termina con el duopolio televisivo y, en ese sentido, no contribuye a propiciar condiciones de libertad en el sufragio.

La libertad de la elección significa también que el voto se emita sin ser comprado ni coaccionado. Según el informe de Alianza Cívica, una organización de observación electoral que ha participado en los comicios de nuestro país realizando esa labor desde los años ochenta del siglo pasado, en el proceso electoral de 2012 se compró y/o coaccionó casi 30% de los votos. Una elección no es libre si el voto se entrega a cambio de cosas o se coacciona con programas sociales. ¿Cómo enfrenta la reforma político-electoral la compra y coacción del voto y el uso de los programas sociales con fines electorales? La respuesta de la reforma es mediocre, se van a permitir utilitarios textiles, es decir, se seguirán entregando cosas durante las campañas. En cuanto al abordaje de la compra y coacción del voto, la reforma político-electoral no estimula medidas preventivas para enfrentar la compra y coacción del voto. Se quiere hacer frente a este fenómeno exclusivamente con medidas coercitivas —quejas y denuncias—, pero en donde la legislación secundaria establece la figura de las quejas frívolas para que la autoridad electoral no investigue y deseche los reclamos de la ciudadanía. Es decir,

la reforma político-electoral no desarrolla democráticamente el principio de libertad electoral.

En cuanto al uso corporativo y clientelar de los programas sociales, el tratamiento de la reforma es puramente coactivo, pero no existen medidas preventivas ni de actuación de la autoridad electoral frente a las autoridades de los tres niveles de gobierno que administran esos programas con el fin de prevenir y evitar su uso electoral. La autoridad electoral estará inerte ante este fenómeno, que se seguirá presentando, y podrá solo actuar si existe una denuncia o una queja, pero siempre y cuando venga acompañada con pruebas fehacientes. Con el nivel de 97% o 99% de impunidad que existe en el país —como lo ha señalado Human Rights Watch— gran parte de esas quejas y denuncias serán declaradas improcedentes o serán desechadas, tal como ocurrió en los comicios de 2006 y 2012, entre otras cosas, porque la autoridad electoral de este país no tiene un compromiso con la averiguación de la verdad, no investiga los hechos y considera que en esta materia de derecho público debe prevalecer el principio dispositivo del derecho privado.

La Constitución dice también que para que la elección sea democrática, debe ser auténtica, es decir, equitativa. Sin embargo, la propia Constitución y la ley electoral secundaria establecen diseños inequitativos de reparto de financiamiento público y de tiempos en radio y televisión; se aplica la regla 70%-30%, es decir, 70% del financiamiento o de los tiempos del Estado se distribuye a los partidos que obtuvieron más votos en la pasada elección y 30% es el que se reparte de manera igualitaria. Con esa regla de distribución, que no es 50%-50%, de entrada las condiciones de competencia para los partidos minoritarios y candidatos independientes son desiguales, son inequitativas.

Si además, a este análisis formal y jurídico se incorpora el análisis político y se señala que el duopolio televisivo suele estar con alguno de los candidatos del *establishment* y no con los que representan las visiones alternativas de país, las condiciones de lucha electoral son claramente inequitativas. Si también adicionamos a nuestro estudio el papel del dinero privado y público ilegal en las campañas —que según Luis Carlos Ugalde, en un estudio de 2013 patrocinado por la Fundación Espinosa Iglesias,

representa cuatro veces el dinero del financiamiento legal en las campañas—, en México no hay posibilidades de elecciones equitativas.²² ¿Hace algo la reforma a ese respecto? Hace muy poco, porque mantiene el financiamiento privado y porque la autoridad electoral carece de competencias para amarrarles las manos al gobierno federal y a los gobiernos de los estados para que no distraigan recursos del presupuesto público para las campañas, y eso que no me refiero al dinero de procedencia ilícita que surge del crimen organizado.

En este sentido, la reforma no resuelve los problemas de libertad y de equidad en las elecciones. La reforma electoral debería ser y estar para desarrollar los principios del artículo 41 de la Constitución, no para desentenderse de ellos o limitar el alcance maximizador de los mismos.

Por otra parte, la democracia no solo implica la existencia de elecciones y partidos competitivos, seguramente por ahí se empieza, pero eso no basta para hablar de democracia. La posición minimalista de Schumpeter,²³ como lo ha demostrado Larry Diamond, conlleva a la falacia electoralista, pues no por contar con elecciones se califica a un país de democrático, es necesario ver cómo se garantizan las libertades y las modalidades de expresión de la sociedad civil; en otras palabras, los requerimientos institucionales de la democracia como el *rule of law*, la división de poderes, la rendición de cuentas y, en general, las condiciones o elementos institucionales del ejercicio y sobre todo del control del poder que forman parte integrante del concepto de democracia.²⁴ Las reglas e instituciones electorales, por sí mismas, sin otros arreglos institucionales que promuevan los derechos humanos o el Estado de derecho hacen imposible que hablemos de una democracia en México.²⁵

²² Ugalde, Luis Carlos, *Por una democracia eficaz. Radiografía de un sistema político estancado, 1997-2012*, México, Aguilar, 2012.

²³ Schumpeter, Joseph A., *Capitalism, Socialism and Democracy*, Nueva York, Harper and Row, 1962.

²⁴ Diamond, Larry, *Developing Democracy Toward Consolidation*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 1999.

²⁵ Cárdenas Gracia, Jaime, *La crisis del sistema electoral mexicano. A propósito del proceso electoral 2012*, México, UNAM, 2014.

Además, es empobrecedor para cualquier sociedad pensar en la democracia exclusivamente desde una perspectiva instrumental y formalista. La democracia es sobre todo un proceso en construcción permanente, en búsqueda de los principios y valores que la conforman: el principio de igualdad intrínseca de todos los miembros de la comunidad política y el principio de la autonomía personal.

En estas condiciones, sostener que México ha llegado al fin de su transición democrática entraña, además de reducir el concepto democrático, no entender que la democracia no es capaz de pervivir sin un Estado constitucional de derecho y sin la garantía efectiva de los derechos fundamentales, sobre todo de los DESC, elementos que se deben concebir dentro de un proceso evolutivo, esto es, nos podemos referir a diferentes niveles de profundidad y de calidad tanto del Estado constitucional de derecho como del número y garantías de los derechos humanos. La “democracia” electoral en México, por tanto, exige repensar nuestro Estado.

Las principales características que presenta la reforma político-electoral son las siguientes:

1. Se trata de una propuesta que a nivel institucional y político consolida el modelo de desarrollo dominante de carácter neoliberal. La creación de los nuevos órganos constitucionales autónomos —CONEVAL, INE y Fiscalía General de la República— implica que sus futuros titulares reproducirán los intereses, poder e ideología de las fuerzas políticas y económicas hoy dominantes en México, las grandes potencias y los organismos financieros internacionales. Esos órganos constitucionales serán correas de transmisión institucional de las representaciones, concepciones y decisiones de los que hoy gobiernan y de los intereses transnacionales que están detrás de ellos porque ellos los nombran. La coalición gobernante integrada por el PRI, el PAN y por un sector del PRD, así como sus aliados económicos y mediáticos del interior y del exterior, tendrán en esos nuevos órganos constitucionales autónomos la reproducción de sus intereses políticos y económicos, así como de sus concepciones ideológicas y simbólicas.

2. Se trata de una reforma centralista. La creación de los tres órganos constitucionales autónomos entraña la disminución de las competencias de las entidades federativas. Más centralismo y menos federalismo. Las instituciones “nacionales” que se proponen vienen acompañadas por legislación general en donde hay prevalencia legislativa de la federación sobre la legislación local.
3. Las supuestas innovaciones, como es el caso de la reelección, apuntan a la consolidación del actual régimen de corrupción y privilegios. A diferencia de lo que ocurre en los sistemas políticos comparados, la reelección en México no será un mecanismo de rendición de cuentas a la sociedad. La generalizada corrupción, los enormes niveles de impunidad, el financiamiento privado ilegal, la no autonomía de la política respecto a la esfera empresarial, entre otros factores, promoverán aún más la oligarquización de la clase hoy gobernante. Ello reducirá los espacios para la renovación de las élites y concentrará el poder en los mismos de siempre, sin posibilidades de la revocación del mandato.
4. Se trata de una reforma simuladora. Casi todos sus contenidos sirven para diluir los contenidos y significados constitucionales. Por ejemplo, la planeación democrática será deliberativa y participativa, pero en los términos que establezca la ley. El Senado tiene la facultad para designar al fiscal general de la República, pero el ejecutivo puede removerlo; asimismo, el Senado puede oponerse a la remoción, pero necesita $\frac{2}{3}$ partes de los miembros presentes para hacerlo. Se establece como causa de nulidad el rebase de topes de campaña, pero siempre que las violaciones sean graves y determinantes.
5. No es una reforma ciudadana que amplíe los canales de la democracia participativa. Cualquier desarrollo de democracia participativa y deliberativa en la reforma palidece ante la potencia de la construcción y consolidación de figuras, categorías e instituciones escasamente representativas y profundamente partidocráticas. Es una reforma para los partidos, para la clase gobernante y para la élite económica y mediática que la respalda. No es una refor-

ma para los ciudadanos. La reforma no amplió los derechos ciudadanos para participar electoralmente a través de candidaturas independientes ni extendió los contenidos vigentes en materia de consulta ciudadana e iniciativa legislativa ciudadana.

6. Es una reforma que busca eliminar a las minorías parlamentarias. Las tres fuerzas políticas mayoritarias, que han negociado en la opacidad la reforma, buscan eliminar a través del umbral del 3% de la votación total a las fuerzas políticas minoritarias. También, la prohibición a los partidos políticos de nueva creación para que puedan coaligarse (art. segundo transitorio de la reforma constitucional) ahonda en la lógica de eliminación jurídica —artificial— de las fuerzas políticas minoritarias. Los cauces de representación minoritaria quedan cancelados. Las minorías en México no tendrán representantes en el Congreso de la Unión.
7. Es una reforma al servicio del *statu quo*. La reforma no se ocupa de cuestiones fundamentales para la democratización del sistema político, tales como la disminución del poder mediático en las campañas o la derogación del financiamiento privado. Se favorece la concentración del poder en el ejecutivo, en los tres partidos mayoritarios y en los poderes fácticos, mediáticos y económicos —nacionales e internacionales— que están detrás de ellos, tanto porque jurídicamente se incrementaron sus poderes o sus oportunidades políticas con la reforma, como porque se omitió regularlos.
8. Es una reforma apresurada, negociada en la opacidad, que se presentó como moneda de cambio de la reforma energética. La reforma política electoral no se deliberó en las instancias legislativas, sino en instancias extralegislativas, en donde participaron los tres partidos mayoritarios. Es una reforma discutida sin transparencia alguna —en los oscuros ámbitos del Pacto por México— y con exclusión de las fuerzas políticas minoritarias y de sectores sociales relevantes.
9. No es una reforma que contribuya a legitimar al sistema político. No amplía de manera efectiva los cauces de participación ciudadana, porque no alude a nuevos y vigoroso-

esos mecanismos de democracia participativa y deliberativa (con exclusión de lo que se señala tímidamente en el apdo. A del art. 26 de la Constitución que, como dijimos, constituye una simulación), no democratiza a los órganos constitucionales autónomos proponiendo la elección ciudadana de sus titulares y no incrementa los derechos fundamentales de participación política y las garantías para hacerlos efectivos por parte de los gobernados. Además, como ha sido negociada con exclusión de muchos sectores políticos y sociales relevantes, está condenada, de entrada, a ser cuestionada continuamente en su legitimidad democrática. En caso de conflictos preelectorales y poselectorales, los fundamentos políticos para reclamar la ilegitimidad de los procesos electorales del futuro están servidos y puestos sobre la mesa. Se requiere una reforma político-electoral incluyente, que tenga en cuenta a la sociedad y que se oriente a la ampliación de los derechos de los ciudadanos. Una reforma político-electoral como esta, que no cumple esas condiciones, es ilegítima y no contribuirá a garantizar condiciones de gobernabilidad democrática.

10. Es una reforma que no aludió expresamente a la consulta ciudadana para preguntar a la ciudadanía en torno a la reforma energética. La posibilidad para contar con un mecanismo jurídico que estableciera el derecho de consulta sobre las reformas estructurales de manera previa al día de la jornada electoral quedó sin atención. Esa omisión prueba el carácter no ciudadano de la propuesta de reforma político-electoral. El derecho a la consulta, tal como está actualmente contemplado en el artículo 35, fracción VIII de la Constitución, es una institución de difícil realización que impide que los ciudadanos incidan en las decisiones fundamentales del país, lo que demuestra el carácter elitista de esta reforma.

En conclusión, la reforma político-electoral es un cambio estructural neoliberal que propugna por una “democracia” electoral de bajo riesgo para esos intereses. Los temas fundamentales para la nación no se someten a la votación de los ciudadanos. Los ciudadanos no votamos las reformas constitucionales ni los

tratados que afectan nuestros derechos y soberanía, y que exclusivamente convienen a los grandes intereses transnacionales.

2.6. LA REFORMA FISCAL

Desde el punto de vista del gobierno, la “reforma hacendaria y de seguridad social” pretende cumplir con tres objetivos: crear una nueva red de protección social universal que nos permita migrar de un enfoque asistencialista a uno de exigibilidad de derechos; establecer un sistema tributario más justo, más simple, más progresivo y más transparente,²⁶ y dar impulso al crecimiento económico.

La reforma comprendió, entre otras,²⁷ a la nueva Ley del Impuesto sobre la Renta, a la Ley del Impuesto al Valor Agregado y a la abrogación de las leyes del Impuesto Empresarial a Tasa Única (IETU) y del Impuesto a los Depósitos en Efectivo; además de modificaciones a la Ley del Impuesto Especial a Productos y Servicios, a la Ley Federal de Derechos y a Ley Federal de Ingresos por Hidrocarburos.

Esta reforma se aprueba en el contexto del incremento de la deuda pública del gobierno federal durante este sexenio. Los requerimientos financieros del sector público pasaron en el gobierno de Peña Nieto de 36.44% del PIB en 2012 a 40.29% por el aumento de la deuda del gobierno federal. Además, la aplicación de la reforma energética implicará que la hacienda pública federal reciba menores ingresos de PEMEX y CFE, lo que podrá entrañar para el gobierno federal la realización de cualesquiera de las siguientes tres alternativas: aumentar su endeudamiento público, incrementar los tributos o reducir el gasto público.

Sobre el seguro de desempleo y la pensión universal, se trata de reformas a la Constitución pendientes de aprobación. En cuanto al seguro de desempleo cabe decir que la reforma propone una prestación a los trabajadores que se genera fundamentalmente

²⁶ Los ingresos tributarios en México son aproximadamente de 16% del PIB. En el resto de América Latina, los ingresos tributarios se sitúan entre 19% y 25% del PIB.

²⁷ Fueron publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de diciembre de 2013.

con sus propios recursos. No se plantean estas prestaciones para ser garantizadas íntegramente por el Estado. Son prestaciones concebidas desde una visión neoliberal, en donde los aportes para sustentar las prestaciones corresponden principalmente a los trabajadores.

La reforma en materia de Impuesto sobre la Renta es regresiva. Toda la nueva carga fiscal se sustenta en los trabajadores formales y cautivos y en los sectores medios. La progresividad del Impuesto sobre la Renta se aplica fundamentalmente a las personas físicas. La tasa efectiva de pago del Impuesto sobre la Renta de los grandes grupos económicos es menor a 30%. Con ese rompimiento de la progresividad entre los grupos económicos que controlan 50% del PIB, pero solo aportan 7% a la recaudación total, la desigualdad social aumentará, a costa de los sectores medios y de los trabajadores.²⁸ En la Ley del Impuesto sobre la Renta se mantuvo la consolidación fiscal bajo el esquema denominado “Régimen Especial para Grupos Empresariales”.

La Ley del Impuesto al Valor Agregado no derogó el régimen especial para el pago del IVA a los alimentos y medicinas, por los altos costos políticos que la medida entrañaría. Sin embargo, sí aumentó el gravamen con efectos regresivos en algunos productos, lo homologó en la frontera sur y en la frontera norte con el resto de la República, y benefició con exenciones a industrias con altos niveles de rentabilidad como las aerolíneas. Lo anterior tendrá, como en el caso del Impuesto sobre la Renta, un efecto desfavorable en las personas de menores recursos del país.

Las reformas a la Ley del Impuesto Especial a Productos y Servicios buscan favorecer el tratamiento preferencial que reciben las gasolinas importadas y para evitar que PEMEX “compita” con los grandes corporativos transnacionales. El impuesto “verde” o “ecológico” —el que contamina paga— que implica el pago de 45.8 pesos por tonelada de carbono expulsada a la atmósfera es

²⁸ Reyes Hernández, Miguel y otros, *La desnacionalización de Pemex: Implicaciones y alcances para México*, Cuaderno de Investigación, núm. 9, Puebla, Universidad Iberoamericana, 2014, p. 20. Los autores señalan que si desapareciera el régimen de consolidación fiscal, se recaudarían alrededor de 750 mil millones de pesos.

la puerta de entrada a las corporaciones transnacionales, situación que a largo plazo no garantizará, por supuesto, bajo control oligopólico, ninguna disminución en el precio de esos combustibles fósiles. Además, se incluyó un impuesto de salud para desalentar el consumo, entre otras, de bebidas azucaradas y alimentos chatarra.

En la Ley Federal de Derechos se contemplaron dos derechos: uno que establece el pago de un derecho especial sobre minería, del todo insuficiente en comparación con los niveles de beneficio que reciben las empresas mineras por la explotación de los recursos minerales de la nación, y otro que reconoce los costos operativos incurridos. En esta materia, una verdadera reforma debió considerar el cobro de una tasa efectiva de 30% sobre el impuesto sobre la renta, el cobro por derechos de extracción minera a una tasa de 10% sobre el valor de la producción, y un gravamen sobre los dividendos con una tasa de 15%.²⁹ Sin embargo, el derecho especial a la minería está muy lejos de alcanzar los extremos aquí señalados.

La Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos contiene dos regímenes fiscales:³⁰ uno para PEMEX y otro para los contratistas privados. El régimen fiscal de PEMEX es muy similar al que ha estado vigente hasta ahora, pues según este, PEMEX seguirá aportando al fisco mexicano aproximadamente 30% de los recursos fiscales del Presupuesto de Egresos de la Federación. Además, ese régimen fiscal resulta desigual para PEMEX en relación con las empresas privadas y es mucho más gravoso que el que la Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos prevé para los contratistas privados, los cuales aportarán al fisco mexicano magros recursos.

Los contratistas privados no pagarán contribuciones al fisco mexicano, sino contraprestaciones, las que se determinarán según se acuerde en cada caso concreto. Adicionalmente, pagarán a la hacienda pública el Impuesto sobre la Renta. Sin embargo, sus aportaciones están muy lejos y, desde luego, a la baja de las que le corresponderá pagar a PEMEX.

²⁹ Reyes Hernández, Miguel y otros, *La desnacionalización de Pemex: Implicaciones y alcances para México...*, cit.

³⁰ Cárdenas Gracia, Jaime, "La nueva legislación secundaria en materia energética de 2014...", cit., pp. 547-613.

Las contraprestaciones que las empresas privadas pagarán al Estado no se estiman tributos o contribuciones, sino que se regirán por las reglas del derecho privado. Ese principio jurídico, totalmente ajeno al derecho mexicano, vulnera lo previsto en el artículo 31, fracción IV de la Constitución, pues las contribuciones no pueden ser materia de convenios o contratos, sino que deben preverse en la ley y poseer al menos las características de generalidad y de certidumbre.

La supervisión de los aspectos financieros de los contratos en relación con las contraprestaciones no será vigilada por los ciudadanos, y los términos de la fiscalización no será conocida por estos durante los procedimientos de auditoría. Es decir, la supervisión de la administración de los aspectos financieros de los contratos relacionados con las contraprestaciones se realizará en la opacidad, y seguramente será fuente de corrupción y de componendas.

En síntesis, la reforma fiscal aprobada es una reforma profundamente regresiva. La reforma no elimina los grandes privilegios fiscales —la consolidación fiscal— de los que gozan las grandes empresas, por lo que no se desincentivan las prácticas monopólicas que afectan a toda la población. Esta reforma afecta a la clase media, pues muchos de los gravámenes solo aplicarán a las personas físicas y no a las grandes empresas. Además, la reforma se orienta en la lógica de la privatización del sector energético, lo que redundará en mayor endeudamiento y carga fiscal sobre los contribuyentes cautivos, los trabajadores y los estratos medios de la población.

2.7. LA REFORMA EN MATERIA FINANCIERA (BANCARIA)

Esta reforma estuvo contenida por 13 decretos que modificaron las leyes secundarias en la materia.³¹ Para proponer esas reformas, los argumentos gubernamentales señalaron:

³¹ Los trece decretos comprenden los siguientes cuerpos normativos: 1. Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, la Ley para la Transparencia y Ordenamiento de los Servicios Financieros,

1. México cuenta con un sistema bancario sólido, pero es un sector que presta poco y en donde los créditos no llegan a la inmensa mayoría de la población;

la Ley de Instituciones de Crédito y la Ley del Instituto del Fondo Nacional para el Consumo de los Trabajadores; 2. Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley de Ahorro y Crédito Popular y la Ley para Regular las Actividades de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo; 3. Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley de Uniones de Crédito; 4. Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley de Instituciones de Crédito, de la Ley Reglamentaria de la fracción XIII Bis del apartado B, del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de la Ley Orgánica de Nacional Financiera, de la Ley Orgánica del Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, de la Ley Orgánica del Banco Nacional del Ejército, Fuerza Aérea y Armada, de la Ley Orgánica del Banco del Ahorro Nacional y Servicios Financieros, de la Ley Orgánica de la Sociedad Hipotecaria Federal, de la Ley Orgánica de la Financiera Rural y de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; 5. Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código de Comercio, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito y de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación; 6. Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de Concursos Mercantiles; 7. Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito y de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito; 8. Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley de Instituciones de Crédito, la Ley de Concursos Mercantiles, la Ley de Protección al Ahorro Bancario y la Ley del Mercado de Valores; 9. Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley de Sociedades de Inversión y la Ley del Mercado de Valores; 10. Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley del Mercado de Valores; 11. Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, de la Ley para Regular las Sociedades de Información Crediticia, de la Ley del Banco de México, de la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, de la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, de la Ley de Instituciones de Seguros y de Fianzas, de la Ley de Inversión Extranjera y del Código Federal de Procedimientos Penales; 12. Decreto por el que se expide la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, y 13. Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley de Transparencia y de Fomento a la Competencia en el Crédito Garantizado. Se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de enero de 2014.

2. los habitantes de 51% de los municipios rurales no tienen la posibilidad de ahorrar o de recibir créditos;
3. el 20% de la población adulta no tiene cuentas de ahorro o crédito en el sistema financiero formal;
4. la cantidad de crédito que otorgan los intermediarios financieros en nuestro país es muy baja en comparación con otros países;
5. en México, la penetración de financiamiento como porcentaje del PIB es de 28%, mientras que en economías como Chile, esta proporción es cercana a 70%;
6. el crédito es escaso particularmente para las pequeñas y medianas empresas, que son las que generan tres de cada cuatro empleos en nuestro país, y
7. el sistema financiero nacional no cuenta con un marco regulatorio que garantice la transparencia y detecte problemas de solvencia en las operaciones bancarias.

Según el gobierno, los fines de la reforma son:

1. fomentar el crédito;
2. incrementar la competencia en el sector financiero;
3. canalizar el crédito al sector productivo;
4. lograr la estabilidad macroeconómica mediante un manejo responsable de las finanzas, y
5. estimular que la banca de desarrollo contribuya al crecimiento económico.

Los principales cambios de los 34 ordenamientos jurídicos modificados contenidos en los 13 decretos consistieron en:

1. facilitar a los bancos el cobro de las garantías de préstamos incobrables, por ejemplo, se podrán retener bienes de un prestatario cuando “exista temor fundado” de que el deudor disponga de ellos, los enajene o los dilapide. También se podrá solicitar que los deudores no se ausenten del lugar en donde se realiza un juicio en su contra. Las medidas anteriores violentan el debido proceso y la prohibición constitucional de retener a las personas por deudas de carácter civil (infracción a los arts. 14, 16 y 17 constitucionales);

2. crear un buró de entidades financieras con información sobre las prácticas de cada una de ellas y las sanciones administrativas que les han sido impuestas. Sin embargo, la reforma no estableció ningún cambio en el llamado Buró de Crédito que obliga a los deudores a esperar seis años para acceder nuevamente a una cuenta o un crédito, aun cuando hayan liquidado los pasivos;
3. instaurar un Sistema Arbitral en Materia Financiera como una vía para la solución de controversias entre las instituciones de crédito y los usuarios, lo que evidentemente agiliza los cobros por parte de los bancos y les favorece, al no estar obligados a llevar a juicio a un deudor;
4. se prohíben las ventas atadas, que implican condicionar la contratación de una operación o servicio financiero a otro;
5. los clientes pueden transferir sus créditos al consumo a otras entidades financieras, o sus operaciones bancarias a otro banco;
6. la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) deberá realizar investigación sobre las condiciones de competencia en el sistema bancario;
7. la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF) podrá suscribir convenios de intercambio de información con otras autoridades financieras. La CONDUSEF también podrá emitir opinión por las contraprestaciones que reciban las instituciones financieras. Tal como puede advertirse, las competencias de la CONDUSEF no son vinculantes, no garantizan ninguna efectividad, y
8. el Banco de México se encargará de regular las comisiones que cobran los bancos y las tasas de interés que rigen los créditos, por lo que podemos decir que los criterios del Banco Central para estos efectos no son de carácter social, sino los del libre mercado.

La reforma financiera y bancaria es evidentemente una reforma a favor de los bancos y no a favor de los clientes y deudores de la banca. Con la reforma, los bancos cuentan con mejores instrumentos jurídicos para cobrar sus créditos a los deudores. Las figuras de retención de bienes de un prestatario cuando “exista

temor fundado” de que el deudor disponga de ellos, los enajene o los dilapide es violatoria de los principios del debido proceso y de la presunción de inocencia. La figura para que los deudores no se ausenten del lugar en donde se realiza un juicio en su contra entraña el arraigo, que está prohibido para cobrar deudas de carácter civil, como lo determina el último párrafo del artículo 17 constitucional. Es decir, la reforma financiera-bancaria otorgó a los bancos medidas para acosar a los deudores.

Desde el punto de vista económico, es una reforma equivocada porque pretende resolver los problemas de crecimiento económico a través del crédito, cuando las soluciones a ese respecto pasan por el fortalecimiento de la planta productiva y el establecimiento en México de una política industrial que incentiva el desarrollo del mercado interno. La reforma financiera y bancaria evidentemente no propone ninguna revisión de los tratados de libre comercio ni ningún esquema económico de sustitución de importaciones para beneficiar a las empresas nacionales. Es claramente una reforma compatible con el neoliberalismo globalizador.

En cuanto al tema del crédito en México, cuando este se obtiene, se destina al consumo y no a las actividades productivas. Es tan grave la situación en la materia, que solo 1.6% de las pequeñas y medianas empresas reciben crédito para su financiamiento. El 98% de estas empresas no acceden a los créditos. Por ejemplo, los créditos de la banca de desarrollo se destinan fundamentalmente a estados, municipios y otros bancos, pero no se destinan a las actividades productivas.

La reforma financiera y bancaria está plagada de graves omisiones. Por ejemplo, no atiende el problema de la compra de la deuda soberana a través de los fondos buitres. Es una reforma que no se preocupó por revertir la situación de la banca mexicana, que está casi totalmente controlada por intereses extranjeros: estadounidenses, canadienses y españoles. Es una reforma que no se orientó por criterios sociales —estableciendo obligaciones precisas para controlar las altas tasas de interés—, sino que se rige por el libre mercado y que, en nuestro caso, más bien se trata de un oligopolio bancario. Es una reforma que blinda a los banqueros frente a problemas de insolvencia, pero no blinda

a los ahorradores frente a situaciones semejantes. En general, se trató de una reforma diseñada por criterios neoliberales, a la medida de los bancos que dominan y controlan el crédito en nuestro país.³²

2.8. LA REFORMA EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA

Es una reforma que se realizó con el falso objetivo gubernamental de ampliar y perfeccionar las condiciones de competencia y de libre mercado en nuestro país. A nivel constitucional se aprobó junto con la reforma en materia de telecomunicaciones y radiodifusión,³³ y a nivel legal secundario se publicó la nueva Ley Federal de Competencia Económica, el 23 de mayo de 2014 en el *Diario Oficial de la Federación*. El gobierno pretende con ella:

1. generar condiciones de competencia efectiva en el mercado nacional;
2. reducir el excesivo gasto de las familias mexicanas en mercados altamente concentrados;
3. favorecer con la competencia el desarrollo de nuevas empresas, y
4. situar a nuestro país en niveles de competencia semejantes a otros países miembros de la OCDE.

Los objetivos particulares de la reforma, a juicio del gobierno, fueron:

1. otorgar autonomía constitucional al órgano regulador de la competencia (COFECE) y fortalecer sus atribuciones jurídicas;
2. establecer jueces y tribunales federales especializados en materia de competencia económica, y
3. precisar que las decisiones de la COFECE son susceptibles de juicio de amparo indirecto, pero no serán objeto de suspensión.

³² Monreal Ávila, Ricardo, *Reformas estructurales. Mitos y realidades...*, cit., pp. 103-111.

³³ *Diario Oficial de la Federación*, 11 de junio de 2013.

La reforma en materia de competencia económica surge de la mala conciencia de las reformas neoliberales aprobadas desde los años ochenta del siglo pasado, principalmente de los procedimientos de desincorporación —privatizaciones— de las empresas públicas mexicanas. Las desincorporaciones de las actividades monopólicas del Estado o de las empresas públicas han demostrado que las empresas pasaron en muchas ocasiones a manos del capital extranjero —el caso de la banca o de los ferrocarriles— y, en otras, cuando los procedimientos de desincorporación recayeron en manos privadas nacionales como TELMEX, han propiciado el surgimiento de monopolios privados. Ambos géneros de desincorporación se produjeron en esquemas de profunda corrupción para enriquecimiento de algunos y empobrecimiento de millones de seres humanos.

A pesar de sus pretendidos méritos, la reforma presenta muchos problemas. El más importante es que no advierte que la competencia económica en México está regulada por el TLCAN y que los inversionistas extranjeros poseen un régimen jurídico *ad hoc* y de privilegio respecto de los empresarios e inversionistas nacionales. Las nuevas reformas en el sector energético y de telecomunicaciones también permitirán que esos ámbitos sean regulados por el TLCAN, como hasta ahora lo han sido los demás sectores liberalizados y, en este sentido, la reforma en materia de competencia económica constituye una gran simulación porque las condiciones de competencia en el mercado no se darán. Igualmente, la reforma en materia de competencia económica no toma en consideración la diversidad de regímenes fiscales especiales existentes, los que entrañan una posición de beneficio hacia los grupos económicos más importantes de nuestro país que cuentan con esos regímenes tributarios. Habrá, por tanto, disparidades en la competencia económica, por un lado, entre los inversionistas extranjeros y los nacionales, obviamente a favor de los foráneos y, por otro lado, entre los empresarios nacionales según el régimen fiscal especial que cada quien actualice.

La reforma establece que las prácticas monopólicas de los agentes económicos también pueden determinarse por la denegación, restricción de acceso o acceso en condiciones discrimi-

natorias de un insumo esencial por parte de uno o varios agentes económicos, lo que en el contexto de la reforma energética implica proveer de facultades a la COFECE para acordar la existencia de prácticas monopólicas en el sector energético en contra de los intereses nacionales de PEMEX y CFE y en beneficio del sector externo. Es evidente que estamos frente a una reforma que no garantiza las condiciones efectivas de la competencia entre el capital externo y el capital nacional: subordina los intereses nacionales de carácter estratégico a los intereses del gran capital trasnacional.

Además, la reforma no precisó los términos bajo los cuales concibe la competencia económica y otros conceptos jurídicos que son estructurales a ese marco normativo, es decir, la modificación en materia de competencia contiene un buen número de conceptos jurídicos indeterminados que serán atribuidos caso por caso mediante la interpretación de las autoridades reguladoras y de los tribunales especializados. El legislador postergó su obligación de legislar puntualmente y con certidumbre, y permitió con ello que los contextos económicos concretos influyeran en la asignación de los significados normativos. En el ámbito de las atribuciones y de las sanciones que tiene la autoridad reguladora, podemos señalar que las sanciones contra las prácticas monopólicas son muy bajas con respecto al valor económico del beneficio de una práctica monopólica y que las atribuciones de la autoridad reguladora son débiles para enfrentar el poder de las grandes corporaciones nacionales y sobre todo supranacionales.

La creación de la COFECE no asegura la independencia ni la imparcialidad de la autoridad reguladora. Como los demás órganos constitucionales autónomos en nuestro país, será una instancia controlada por el ejecutivo y los partidos mayoritarios —el reparto de los titulares del órgano regulador será definido por cuotas que son decididas por las nomenclaturas de esos partidos— que trabajan por la defensa del *statu quo* y no por los derechos de los ciudadanos. La COFECE carece de legitimidad democrática de origen y no es un garante a favor de los derechos de los consumidores nacionales.

En cuanto a la existencia de tribunales especializados, la reforma tampoco significa gran cosa. Mientras el Poder Judicial Fe-

deral de nuestro país siga contando con los índices de opacidad que presenta y con las actuales condiciones de parcialidad, es muy probable que esos tribunales resuelvan consistentemente a favor de los intereses dominantes, fundamentalmente foráneos. Además, y como ya lo señalamos, las principales controversias jurídicas que involucren a inversionistas extranjeros no se dirimirán a través de esos tribunales mediante la aplicación del juicio de amparo mexicano, sino por medio de instancias de arbitraje o por los paneles previstos en el TLCAN.

La reforma en materia de competencia económica tiene como divisa fundamental la manipulación y la simulación. Se hace creer a la población que existe un compromiso por la competencia económica efectiva, cuando el diseño normativo e institucional está construido para beneficiar a los grandes intereses trasnacionales, en detrimento de los intereses económicos nacionales y de los derechos de los consumidores de nuestro país. Se empleó en esta reforma, y como estrategia, el dogma económico neoliberal de la competencia, pero las normas, las instituciones y principalmente los hechos lo desmienten. Se busca que creamos que el mundo neoliberal es compatible con la competencia efectiva en los mercados cuando la competencia es imposible en él.

2.9. LA REFORMA LABORAL

La doctrina jurídica nacional indica cómo desde hace más de 20 años, la legislación en materia laboral ha sufrido diversas adaptaciones que culminan en un proceso que se venía gestando desde tiempo atrás, desde el inicio de la implantación del modelo neoliberal en nuestro país. Esa doctrina también precisa que el derecho del trabajo tuvo dos orígenes: el económico, para promover el crecimiento económico, pero fundamentalmente el social, a fin de que ese crecimiento estuviera vinculado al desarrollo, al bienestar y la justicia a favor de los empleados en las relaciones de trabajo. La reforma laboral que se aprobó en 2012 modifica esos orígenes, pues los cambios jurídicos se realizan en ella para adaptarse a las necesidades económicas de las empresas y no tanto para incrementar los derechos y los elementos de justicia social en las relaciones laborales. La reforma, impulsada

por Calderón y respaldada por el PRI, se inscribe en una lógica dominante en el mundo y en América Latina, que se caracteriza por: establecer flexibilidad laboral a favor de las empresas, tanto para el ingreso como para la salida de los trabajadores; por redimensionar los derechos adquiridos y la antigüedad de los trabajadores; por abaratar el despido de los trabajadores; por vincular la relación de trabajo con las políticas de empleo, y por determinar nuevas formas de contratación en demérito de los derechos de los trabajadores. La principal característica de la reforma laboral de 2012 consistió en restituir al patrón y a las empresas los mecanismos que el derecho del trabajo del Estado de bienestar les había arrebatado.³⁴

En este sentido, la reforma laboral es una reforma neoliberal porque en buena parte deja de lado la centralidad del trabajador en las relaciones de trabajo y coloca en su lugar a las empresas, fundamentalmente a las grandes empresas. Es una reforma neoliberal, porque el derecho del trabajo pierde su carácter esencialmente social y ahora adquiere también notas de derecho privado, de derecho mercantil. Por ejemplo, respecto al *outsourcing*, la doctrina señala que: “[l]a subcontratación... no es otra cosa que la interrelación de relaciones mercantiles y laborales entre tres sujetos: un patrón denominado contratista que ejecuta obras o presta servicios con un trabajador bajo su dependencia, a favor de un contratante, persona física o moral, que fija las tareas al contratista y lo supervisa en el desarrollo de los servicios o la ejecución de las obras contratadas”.³⁵ Es una reforma neoliberal, porque el ordenamiento se homologa al derecho comparado en la materia para que sea compatible con los intereses del capital nacional y transnacional.

Esta reforma se debió al celo del gobierno anterior y al apoyo que recibió en esta materia del actual, cuando este ya estaba electo. Durante el sexenio de Felipe Calderón, el PAN, insistió en la aprobación de una reforma laboral para flexibilizar las relaciones laborales. No lo logró, sino hasta el final de ese sexenio.

³⁴ Sánchez-Castañeda, Alfredo y Reynoso Castillo, Carlos, *La nueva legislación laboral mexicana*, México, UNAM, 2013.

³⁵ *Ibidem*, p. 10.

Calderón envió una iniciativa preferente de reformas y adiciones a la Ley Federal del Trabajo. La finalidad de la iniciativa, que fue aprobada en tiempo y forma, consistió en debilitar los principios sociales y constitucionales del artículo 123 constitucional.³⁶ El gobierno del PAN, en esta ocasión con el respaldo del PRI y del PVEM, expuso que la reforma laboral traería innumerables beneficios, entre otros: 1. incrementar la productividad y la competitividad del país; 2. crear 400 mil empleos adicionales por año; 3. aumentar los ingresos de los trabajadores; 4. establecer incentivos al empleo formal, y 5. impulsar en general el crecimiento económico nacional.

Cabe señalar que ninguno de estos esperados beneficios se ha obtenido y que la precariedad laboral continúa y aumenta en el país, al igual que la pobreza, la desigualdad y el empleo informal. Se estima que para poder crecer, nuestro país requiere garantizar un incremento anual de más de un millón de empleos. En 2014, el INEGI destacó que en el país había un total de 2 528 437 personas sin trabajo y que la tasa del empleo informal era de 58.42%. La reforma laboral reconoció mecanismos que precarizan el derecho al trabajo tales como los contratos a prueba, el *outsourcing* y el abaratamiento del despido laboral, pues ahora el patrón solo está obligado a pagar, en caso de despido injustificado, un máximo de un año por salarios caídos.

La reforma laboral, en contra de los trabajadores mexicanos, se distingue por:

1. permitir turnos laborales fraccionados;
2. reconocer el *outsourcing* o subcontratación;
3. regular los contratos por hora;
4. abaratar el despido laboral;
5. legalizar los despidos sin notificación oficial;
6. aceptar contratos a prueba con posibilidad de despido inmediato;
7. disminuir las responsabilidades económicas del patrón;
8. promover el desconocimiento de la antigüedad del trabajador;

³⁶ Reformas publicadas el 30 de noviembre de 2012 en el *Diario Oficial de la Federación*.

9. eliminar la bilateralidad en las relaciones laborales, y
10. determinar ascensos y beneficios por productividad a juicio del patrón.³⁷

Esta reforma es un ejemplo patente de cómo el marco jurídico del neoliberalismo globalizador dismantela los DESC y el Estado de bienestar. Esta reforma, como otras llamadas en México reformas estructurales, tienen por finalidad favorecer al capital nacional y transnacional. La flexibilización laboral y la afectación al mundo sindical a través de cambios jurídicos son maneras eufemísticas de nombrar a la pérdida y menoscabo de los derechos laborales de los trabajadores, en contravención al marco constitucional contemplado en el artículo 123 de la Constitución de Querétaro.³⁸

2.10. LA REFORMA EN MATERIA DE TRANSPARENCIA

La reforma modificó los artículos 6, 73, 76, 78, 89, 105, 108, 110, 111, 116 y 122 de la Constitución.³⁹ Además modificó disposiciones legales como la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, la Ley Federal de Datos Personales en Posesión de Particulares, el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales y la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.

Esta reforma es profundamente deficiente y simuladora. Las razones de nuestras afirmaciones son las siguientes:

1. el cambio jurídico fue el resultado de negociaciones sin transparencia, informales y de carácter previo, en donde los grupos parlamentarios minoritarios e importantes

³⁷ Monreal Ávila, Ricardo, *Reformas estructurales. Mitos y realidades...*, cit., p. 70.

³⁸ El 12 de enero de 2015, el periódico *La Jornada* informó sobre la modificación al Contrato Colectivo de Trabajo entre PEMEX y su sindicato, para que los nuevos trabajadores y empleados de confianza no gocen de pensiones, sino que tengan cuentas individuales del Sistema de Ahorro para el Retiro. Para los trabajadores en activo se cambian las condiciones de edad de jubilación, a fin de incrementarse. *La Jornada*, 12 ene 2015, p. 7.

³⁹ Se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de febrero de 2014.

- sectores sociales no participaron. Los grupos parlamentarios del PRI, PAN y PRD acordaron la actual redacción, excluyendo a los grupos parlamentarios minoritarios;
2. la modificación al artículo 105, fracción I de la Constitución, para que las decisiones del órgano garante de la transparencia puedan ser motivo de controversia constitucional ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, constituye un retroceso a la autonomía del INAI, porque las resoluciones de este órgano ya no serán definitivas e inatacables —podrán ser puestas en cuestionamiento por otras instancias de poder legitimadas para interponer las controversias—. Por un lado, el dictamen otorga algunos niveles de autonomía constitucional al órgano garante y, por el otro, las controversias constitucionales se la quitan. Evidentemente, este arreglo constituye una simulación;
 3. en el artículo 6 de la Constitución se prevé la existencia de una ley general que regulará la transparencia y la protección de datos, lo que quiere decir que la federación tendrá prevalencia sobre los estados y la Ciudad de México, en la regulación de la materia;
 4. el órgano garante federal —el INAI— tiene competencia sobre los órganos de transparencia de los estados y de la Ciudad de México. Nuevamente existe una invasión centralista a las competencias de los estados (art. 6 de la Constitución);
 5. se reduce la supuesta autonomía del órgano garante —el INAI—, pues el consejero jurídico podrá impugnar sus resoluciones cuando se vea afectada “la seguridad nacional”;
 6. el mecanismo de designación de los comisionados del INAI implica un reparto de cuotas en los nombramientos a favor de los partidos mayoritarios;
 7. el INAI carece de legitimidad democrática de origen, porque el nombramiento de sus titulares no depende de los ciudadanos, sino de los grupos parlamentarios mayoritarios en el Senado;
 8. el ejecutivo tiene poderes de veto o de objeción en el procedimiento de designación de los comisionados del INAI. Si se mantiene este poder de veto, se reduce la independencia de los comisionados;

9. en el artículo 6 de la Constitución no se precisan mínimamente las funciones del Consejo Consultivo del INAI. Tampoco se aclara si sus integrantes son honorarios o cobrarán salarios y prestaciones y de qué tipo;
10. los órganos garantes de los estados y de la Ciudad de México quedarán supeditados al órgano federal por dos razones:
 - a) porque el INAI podrá conocer de sus resoluciones, y
 - b) porque todos los órganos de transparencia estarán regulados por una ley general en donde la federación tiene prevalencia, y
11. no se establece en la reforma que los poderes fácticos, por ejemplo, los mediáticos y las grandes corporaciones económicas nacionales y supranacionales, serán considerados sujetos obligados de la transparencia.

El INAI, como órgano garante de la transparencia, tal como señalamos, no tiene independencia. En México requerimos órganos auténticamente autónomos —aunque este no es el caso— por las siguientes razones:

1. los órganos cuspide del Estado merecen que sus titulares cuenten con legitimidad democrática directa de los ciudadanos para tener responsabilidad directa frente y ante ellos y porque deben ser expresión de la soberanía popular;
2. la historia política y constitucional de México demuestra que los nombramientos de los denominados órganos autónomos se realizaban antes por el presidente hegemónico, y ahora, por el acuerdo de las cúpulas de los partidos mayoritarios;
3. el hecho anterior limita la independencia de sus titulares porque suelen actuar y decidir como si fuesen correas de transmisión de los intereses y voluntad de quien los designó;
4. esos órganos y poderes se han partidocratizado y se conducen en atención a ese hecho;
5. no hay pluralismo jurídico, político o ideológico al interior de esos órganos, porque los titulares de los mismos representan y reproducen las concepciones jurídicas o políticas de las clases dominantes;

6. por el método de designación existente, los titulares de esos órganos pierden independencia, porque con motivo de sus funciones no afectarían los intereses de quien los nombró, ya sea el ejecutivo, el Senado o cualquier otra instancia de autoridad o conjunción de estas;
7. son órganos elitistas;
8. los titulares no generan vínculos con la ciudadanía ni se esfuerzan por rendirle cuentas a la sociedad, y
9. sus titulares resuelven de espaldas a la sociedad y, por lo mismo, no promueven las necesidades, los intereses ni los derechos de los ciudadanos, sino los intereses y privilegios de los dirigentes y beneficiarios del *statu quo*.

¿Por qué no se escogió otro método de elección para los titulares del INAI? Por ejemplo: 1. que las diez universidades más importantes del país propongan a cinco expertos cada una y que los titulares del organismo sean sorteados entre ellos, o 2. que sean electos por los ciudadanos sin que los interesados realicen campañas ni reciban financiamiento, pero con acceso a los tiempos de radio y televisión para que los aspirantes expongan su plan de trabajo y posteriormente sean electos por los ciudadanos. La respuesta para la pregunta de por qué no se ensaya otro método de elección, es que se termina el atractivo para los que firmaron el Pacto por México, que es el reparto de cargos y prebendas entre ellos y no la democratización del país.

Podemos sintetizar señalando que la reforma en materia de transparencia fue una tibia reforma que no enfrentó con decisión a los poderes fácticos —de ellos solo son sujetos obligados los partidos y sindicatos, pero no los poderes mediáticos y económicos—. Es una reforma centralista que concentra en el órgano garante nacional las principales competencias, y el diseño de este órgano entrega a los partidos mayoritarios el control de los asuntos de la transparencia y protección de datos personales del país. Lo aquí comentado implica que el órgano de transparencia será plenamente compatible con el *statu quo* y con la visión globalizadora neoliberal del Estado, pues ella tiene como fin limitar las posibilidades de una democracia y de un orden jurídico que devuelva la soberanía a los ciudadanos.

2.11. LA REFORMA EN MATERIA DE AMPARO

Esta reforma estructural tiene como antecedente la modificación constitucional publicada el 6 de junio de 2011 en el *Diario Oficial de la Federación* durante el sexenio de Felipe Calderón. Esta reforma cambió los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución.⁴⁰

Como consecuencia de esas modificaciones constitucionales, la reforma legal no solo se ocupa de las reformas a la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución, sino que se atienden las reformas y adiciones a la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, de la Ley reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, de la Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos y de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.⁴¹

En la reforma encontramos deficiencias que le impiden a la legislación de amparo corresponderse con un enfoque plenamente garantista y protector de los derechos sociales y colectivos. Lo más grave que podemos señalar es que se trata de una reforma que fue elaborada para impedir que los mexicanos impugnáramos por la vía judicial las reformas estructurales de carácter constitucional, cuando el juicio de amparo ha sido históricamente el principal medio o instrumento de defensa de los derechos y de la constitucionalidad.

La nueva Ley de Amparo incrementa en su artículo 61 las causales de improcedencia, y con ello afecta a la garantía de acceso a la justicia contemplada en el artículo 17 de la Constitución. La Ley de Amparo de 10 de enero de 1936 estableció 18 causales de improcedencia del juicio de amparo. En la nueva Ley de Amparo existen 23 causales. Es evidente que con el nuevo ordenamiento no se busca maximizar los derechos humanos, sino limitarlos, al establecer nuevas causales para declarar improcedentes, sobre-

⁴⁰ Cárdenas Gracia, Jaime, “La nueva Ley de Amparo”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 29, jul-dic, México, UNAM, 2013.

⁴¹ Las reformas se publicaron el 2 de abril de 2013 en el *Diario Oficial de la Federación*.

seer y archivar los amparos —sin entrar al estudio del fondo de los asuntos planteados— que promueven los quejosos.

A los obstáculos económicos, sociales y culturales para que los mexicanos puedan ver garantizados sus derechos fundamentales, se suman ahora cinco causas jurídicas que legalmente no estaban previstas y que dificultarán más el acceso a la justicia en nuestro país. La reforma a la Ley de Amparo, contrario a lo que se hizo, debió haber reducido el número de causales para hacer asequible a los habitantes este instrumento y no incrementarlas para dificultar el ejercicio y garantía de los derechos fundamentales.

Se establece como causa de improcedencia la impugnación vía juicio de amparo de adiciones o reformas a la Constitución. En contra de lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que había permitido la procedencia del amparo en contra de reformas constitucionales que violan el procedimiento de reforma de los artículos 71, 72 y 135 de la Constitución, la nueva Ley de Amparo niega el control constitucional de lo que realiza el poder revisor de la Constitución. El poder revisor de la Constitución puede violar el procedimiento de reforma constitucional, vulnerar decisiones políticas fundamentales o aprobar reformas en contra de los derechos humanos, y no procederá el juicio de amparo en contra de dichos actos.

Como lo he manifestado en otros trabajos,⁴² si la Suprema Corte de Justicia de la Nación pretende ser un tribunal constitucional, deben ser potenciadas sus competencias de control constitucional. En un Estado constitucional y democrático de derecho, que es lo que queremos construir en México, no puede haber cuestión constitucional que se quede sin la debida defensa procesal constitucional. El mayor déficit de nuestro sistema jurídico sigue consistiendo en que las normas constitucionales establecen derechos, obligaciones, facultades y procedimientos que

⁴² Cárdenas Gracia, Jaime, “Comentario del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México al amparo en revisión 186/2008 sobre la procedencia del juicio de amparo para impugnar una reforma a la Constitución”, en *Procedencia del juicio de amparo para impugnar una reforma a la Constitucional Federal*, México, SCJN, 2011, pp. 133-159.

en la realidad no se materializan y, en buena medida, las normas constitucionales no son realidad, porque el propio ordenamiento jurídico lo impide, tal como en este caso ocurre.

Se trata de una nueva Ley de Amparo que permite, en contra del principio de legalidad (arts. 14 y 16 de la Constitución), que las autoridades responsables funden y motiven *a posteriori*, el acto de autoridad en el informe justificado. Si revisamos el artículo 117 (último párr.) de la nueva Ley de Amparo, encontramos que las autoridades responsables de carácter administrativo pueden, en el informe justificado, fundar y motivar el acto de autoridad, aunque no lo hubiesen fundado y motivado al momento de emitirlo. Esta parte de la ley es inconstitucional por dos motivos: 1. porque la fundamentación y motivación debe realizarse siempre al emitir el acto de autoridad para cumplir con la Constitución (primer párr. del art. 16), y 2. porque solo las personas que puedan pagar un abogado y presenten el amparo correspondiente tendrán derecho a que los actos de la autoridad administrativa se encuentren fundados y motivados.

La reforma estableció en materia de amparo agrario un plazo de prescripción de siete años para promover la demanda de amparo cuando la Ley de Amparo que estaba en vigor antes de las nuevas disposiciones no preveía plazo alguno. Lo anterior se contempla en violación a los derechos sociales de los núcleos agrarios y en infracción al carácter social de nuestra Constitución (art. 27), así como a las características del amparo agrario previstas en los párrafos 6 y 7 de la fracción II del artículo 107 de la Constitución (entre otras, la suplencia de la queja y la especial protección constitucional a los núcleos agrarios). La nueva Ley de Amparo, en su artículo 17, fracción III, prevé exclusivamente un plazo de siete años para promover la demanda de amparo, lo que constituye un retroceso derivado del modelo neoliberal que prevalece en México, en donde los derechos sociales son sistemáticamente limitados por el orden jurídico.

Se trata de una reforma que afectará a los ejidos y a los pueblos indígenas en materia de suspensión. De acuerdo con lo previsto en el artículo 129, fracción XIII de la nueva Ley de Amparo, la suspensión del acto reclamado se restringe, sin hacer diferenciación alguna entre el interés privado y el social, cuando se

impida u obstaculice al Estado la utilización, aprovechamiento o explotación de los bienes del dominio directo referidos en el artículo 27 de la Constitución. Los derechos de los campesinos e indígenas deben estar protegidos de manera diferenciada a la de los concesionarios del espacio radioeléctrico o a la de los concesionarios mineros. La nueva Ley de Amparo no establece ningún tratamiento diferenciado. En este sentido, es una modificación legal antisocial contraria a los principios de justicia social.

Es una Ley de Amparo que no regula con claridad lo que debe entenderse por interés legítimo, y que impide que los intereses simples se consideren legítimos, con grave perjuicio a los grupos sociales y a las minorías.⁴³ La modificación al texto fundamental

⁴³ La doctrina suele establecer ortodoxamente tres tipos de interés: el simple, el jurídico y el legítimo. El primero corresponde a una concepción más amplia identificada con las acciones populares —solo por ser miembro de una sociedad—. El segundo se suele identificar con el derecho subjetivo en su concepción clásica. El legítimo no descansa en un derecho subjetivo de forma tradicional y no tiene tampoco un mero interés legal —simple—. Es una situación intermedia entre ambos. Desarrollado en el derecho administrativo italiano, en términos generales, el interés legítimo implica que: “[...] lo tiene cualquier persona pública o privada (moral), reconocido y protegido por el ordenamiento jurídico. Desde un punto de vista más estricto, como concepto técnico y operativo [...] es una situación jurídica activa que ostenta por relación a la actuación de un tercero y no supone, a diferencia del derecho subjetivo, una obligación correlativa de dar, hacer o no hacer exigible de otra persona, pero sí comporta la facultad del interesado de exigir el respeto del ordenamiento jurídico y, en su caso, de exigir una reparación de los perjuicios antijurídicos que de esa actuación le deriven. En otras palabras, existe interés legítimo, en concreto en el derecho administrativo, cuando una conducta administrativa determinada es susceptible de causar un perjuicio o generar un beneficio en la situación fáctica del interesado, tutelada por el derecho, siendo así que este no tiene derecho subjetivo a impedir esa conducta o a imponer otra distinta, pero sí a exigir de la Administración y a reclamar de los tribunales, la observancia de las normas jurídicas cuya infracción pueda perjudicarlo. En tal caso, el titular del interés está legitimado para intervenir en el procedimiento administrativo correspondiente y para recurrir o actuar como parte en los procesos judiciales relacionados con el mismo, al objeto de defender esa situación de interés [...] No debe confundirse con la acción popular, la cual descansa en un interés simple y que busca satisfacer el interés de toda la comunidad. El interés legítimo está reconducido en su aspecto de protección de derechos o intereses difusos y colectivos, que son más reducidos

que constitucionaliza la noción de interés legítimo en el primer párrafo de la fracción I del artículo 107 de la Carta Magna establece: “El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico”.

Si al interés legítimo no se le dota de significados robustos en la ley (art. 5 de la nueva Ley de Amparo), que maximicen los derechos fundamentales, este concepto puede terminar igual que el concepto de interés jurídico tradicional, mismo que se ha constituido en un valladar para la protección de los derechos fundamentales de millones de personas. El principio de acceso a la justicia, previsto en el artículo 17 de la Constitución y en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, debe hacerse realidad y las puertas del sistema judicial, sobre todo cuando se trata de medios de defensa de la Constitución, deben estar abiertas para el mayor número posible de gobernados.

Como dijimos, el artículo 5 de la nueva Ley de Amparo incorpora la procedencia del juicio de amparo por violaciones a un interés legítimo, individual o colectivo, siempre que el quejoso alegue que la norma, acto u omisión reclamados violan los derechos previstos en el artículo 1 de la Ley de Amparo y con ello *se produzca una afectación real y actual* a su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico. *El interés simple no puede invocarse como interés legítimo*. Tratándose de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos, agrarios o del trabajo, el quejoso deberá aducir ser titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa.

a intereses de grupos o colectividades (médicos, abogados, usuarios de un servicio prestado, entre otros) que solo excepcionalmente coinciden con la totalidad de la comunidad”. Véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Amparo Colectivo en México: Hacia una reforma constitucional y legal”, ponencia, octubre de 2009.

La nueva Ley de Amparo repite los contenidos de la fracción I del artículo 107 de la Constitución pero los restringe por las siguientes razones: 1. indica que la afectación debe ser real y actual, lo que no señala la norma constitucional; 2. señala que el interés simple no puede invocarse como interés legítimo; 3. prevé que en tratándose de actos o resoluciones provenientes de tribunales judiciales, administrativos, agrarios o del trabajo, el quejoso deberá aducir ser titular de un derecho subjetivo que se afecte de manera personal y directa, y 4. no establece criterios adicionales a los de la Constitución para saber con más o menos precisión cuándo estamos en presencia de un interés legítimo, lo que significa que será la jurisprudencia la que podrá ensanchar o angostar el concepto de interés legítimo, cuando era la ley la que en principio debió haber abundado en esta categoría jurídica.

Como muchos autores ya lo han señalado, la redacción vaga e indeterminada del párrafo primero de la fracción I del artículo 107 de la Constitución y del nuevo artículo 5 de la Ley de Amparo, sumada a las facultades interpretativas de los jueces, ocasionarán inseguridad jurídica, hasta en tanto se precise lo que se entiende por interés legítimo. El concepto de interés legítimo que se introdujo en México se adoptó siguiendo el modelo español. La Constitución española, en sus artículos 24 y 162.1, b), incorporan el interés legítimo. Para el Tribunal Constitucional español, al resolver el recurso de amparo 47/1990, el interés legítimo es “[...] un concepto más amplio que el de interés directo, y, por tanto, de mayor alcance que el del derecho subjetivo afectado o conculcado por el acto o disposición objeto del recurso, siendo evidente que en el concepto de interés legítimo hay que entender incluido el interés profesional de promoción y defensa de una gran cantidad de trabajadores, del que se puede ser titular no solo cada uno de ellos individualmente considerados, sino también cualquier asociación o entidad que haya asumido estatutariamente esos fines [...]”. En este sentido, con el interés legítimo se pueden proteger a través del amparo los intereses de grupo, como por ejemplo, por lesiones o ataques al medioambiente; lesiones a los consumidores de un determinado producto; lesiones al patrimonio artístico o cultural o a la imagen urbanística; ataques a las minorías étnicas y nacionales; discriminación sexual o religiosa, etc. Nosotros proponemos que estén legitimados para

promover el juicio de amparo los individuos, las asociaciones civiles, las asociaciones públicas, etcétera.⁴⁴

Lo anterior es así, porque la fuerza normativa de la Constitución y la regularidad constitucional no pueden estar sujetas al regateo y discrecionalidad jurisdiccional. Si no se concede interés a cualquier ciudadano para impugnar leyes contrarias al orden constitucional, los principios de supremacía constitucional, de jerarquía normativa y de validez quedan de lado con merma para la existencia de una Constitución normativa y la construcción del Estado constitucional y democrático de derecho.⁴⁵

Lo anterior se sostiene, pues a partir de la reforma constitucional sobre derechos humanos publicada el 10 de junio de 2011 en el *Diario Oficial de la Federación* (principalmente el párr. segundo del art. 1 constitucional) y con apoyo también en la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictada en el expediente Varios 912/2010 (caso *Rosendo Radilla Pacheco*, cuyo engrose fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de octubre de 2011) que delimitó el contenido del control de convencionalidad en nuestro país, admitió el control difuso

⁴⁴ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "El acceso a la justicia de los intereses de grupo. (Hacia un juicio de amparo colectivo en México), en *Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, 2001, pp. 217-237.

⁴⁵ Arturo Zaldívar Lelo de Larrea dice en un concepto restringido del interés legítimo, lo siguiente: *a*) no es un mero interés por la legalidad de la actuación de la autoridad; requiere la existencia de un interés personal, individual o colectivo que, de prosperar la acción, se traduce en un beneficio jurídico en favor del accionante; *b*) está garantizado por el derecho objetivo, pero no da lugar a un derecho subjetivo, no hay potestad frente a otro; *c*) debe haber una afectación a la esfera jurídica en sentido amplio, ya sea económica, profesional o de otra índole. Lo contrario es la acción popular, en la cual no se requiere afectación alguna a la esfera jurídica; *d*) los titulares tienen un interés propio distinto del de cualquier otro gobernado, consistente en que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento cuando con motivo de la persecución de fines de carácter general incidan en el ámbito de ese interés propio; *e*) se trata de un interés cualificado, actual y real, no potencial o hipotético; en suma, es un interés jurídicamente relevante, y *f*) la anulación del acto de autoridad produce efectos positivos o negativos en la esfera jurídica del gobernado. Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, México, UNAM, 2002, p. 63.

de constitucionalidad y de convencionalidad y reconoció que este debía ejercerse de oficio;⁴⁶ que es obligatorio y no potestativo para jueces interpretar de oficio y, en su caso, desaplicar las disposiciones secundarias conforme a la Constitución y los tratados y a la luz de los principios *pro homine* y *favor libertatis*. Lo señalado entraña, para los jueces de amparo, maximizar para las personas los derechos fundamentales por encima de cualquier consideración formal o procesal.

Se trata de una ley que no regula la figura del amparo colectivo. Se pospone legislativamente con irresponsabilidad una decisión materialmente legislativa que se delega en el poder judicial federal. La reforma constitucional en materia de amparo —6 de junio de 2011— y la nueva Ley de Amparo deben estudiarse también a la luz de la reforma al párrafo tercero del artículo 17 de la Constitución en materia de acciones colectivas y a partir de la reforma de diversas leyes secundarias, que en ese ámbito desarrollaron la modificación constitucional sobre acciones colectivas y que fueron publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de agosto de 2011.

Ambas reformas, la de amparo, que alude al interés legítimo colectivo, y la de las acciones colectivas de carácter constitucional y legal, obligan a una reforma a la Ley de Amparo que precise quiénes son los sujetos con legitimación procesal activa que puedan promover amparos colectivos, así como las reglas y principios que se deben seguir en este tipo de amparos de carácter no individual. Tal como quedó redactada la nueva Ley de Amparo, prevalece en ella su estructura y arquitectura individualista. No existe un solo capítulo o apartado en la nueva Ley de Amparo que regule con precisión las características y procedimientos de los amparos colectivos. Será la jurisprudencia la que se encargará de definir esos contenidos, ante evidente irresponsabilidad por omisión del poder legislativo.

El instrumento procesal del amparo colectivo debe dotar a los gobernados, grupos e instituciones de un poderoso mecanismo de defensa de derechos fundamentales frente a los abusos de

⁴⁶ García Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, Documento de Trabajo, IJ-UNAM, noviembre de 2011, 27 pp.

las grandes empresas, instituciones financieras y respecto a un sinnúmero de corporaciones privadas que actúan como autoridad, y también frente a las autoridades que incumplen por acción u omisión con sus competencias y fines jurídicos en la tutela debida de los derechos fundamentales.

Consideramos que la percepción social sobre la crisis del sistema judicial reside, en buena medida, en la insuficiencia de los medios procesales para garantizar a millones de ciudadanos un efectivo acceso a la justicia. La introducción del amparo colectivo debe colocar al sistema judicial mexicano más cerca de las personas y de la protección de sus derechos fundamentales. Su finalidad es que el entramado institucional cumpla con el objetivo de servir a los sectores más débiles de la sociedad, para que a ellos y no solo a los poderosos llegue la justicia.

El amparo colectivo es una figura que existe en diversos países latinoamericanos. En Argentina, desde tiempo atrás, pero sobre todo con la reforma constitucional de 1994, se plasmaron en el artículo 43 de la Constitución de ese país dos tipos de amparo colectivo: los de incidencia colectiva y los generales implícitos. Entre los amparos colectivos de incidencia colectiva se encuentran: los amparos en contra de la violación al principio de no discriminación; los amparos para proteger el medioambiente, y para garantizar la libre competencia, la salud, los derechos de los usuarios de servicios y de los consumidores. Los generales implícitos son amparos que tienen relación con la defensa de derechos fundamentales que involucran a sectores y grupos sociales.⁴⁷

En Colombia, la acción de tutela prevista en el artículo 86 de la Constitución de 1991 establece la procedencia de la misma contra actos, hechos y omisiones de autoridades y, en algunos casos, de particulares. Faculta al defensor del pueblo a defender y proteger derechos fundamentales de personas en lo individual, pero también de grupos y sectores sociales.

La reciente Constitución ecuatoriana de 2008 establece en su artículo 86 un modelo abierto en materia de amparo —acciones

⁴⁷ Maraniello, Patricio Alejandro, “Génesis y actualidad del amparo colectivo en la República Argentina”, en *Revista Jurídica del Perú*, Lima, oct, 2003, p. 14.

de protección— con apoyo en la premisa de que las violaciones a los derechos fundamentales no pueden ser toleradas por la colectividad (*actio popularis*). En Ecuador no es necesario que grupos específicos de la sociedad con identidades históricas o de otro tipo, por ejemplo, los indígenas, promuevan el amparo colectivo, ya que según el texto del citado artículo 86, “cualquier persona, grupo de personas, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá presentar las acciones previstas en la Constitución”. No se requiere para ejercer las acciones de protección ser el titular del derecho o representante legal de la comunidad.⁴⁸

Los ejemplos anteriores muestran la evolución del amparo colectivo en los países latinoamericanos. La importancia de este breve recuento tiene por propósito indicarnos que en México debemos trascender la esfera del individualismo jurídico para pensar el derecho y sus sistemas de protección en clave social y colectiva.

Es patente que desde sus inicios, el sistema jurídico mexicano fue diseñado para proteger derechos e intereses desde una visión individualista-liberal y ahora neoliberal, sin que el derecho procesal, incluyendo al constitucional, se entendiese desde una vertiente colectiva para garantizar derechos e intereses difusos, generales o colectivos. Con la excepción primero del derecho social, agrario y laboral, y posteriormente, aunque de manera tímida, del derecho para la protección de los consumidores, del derecho ambiental e indígena, todo el derecho nacional está concebido para proteger situaciones, intereses y derechos individuales. Así es comprendido y practicado por los operadores jurídicos el juicio de amparo, que es el principal instrumento interno de tutela de derechos fundamentales en México, cuando la evolución en la teoría de los derechos fundamentales, en donde los instrumentos internacionales garantizan generaciones de derechos —de la primera, segunda, tercera y cuarta generación—, exige que en el nivel internacional e interno existan instrumentos procesales para proteger derechos fundamentales que no residan solo en

⁴⁸ Ávila Santamaría, Ramiro, “Del amparo a la acción de protección jurisdiccional”, en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año V, núm. 27, ene-jun, 2011, pp. 95-125.

los individuos, sino en las colectividades y grupos.⁴⁹ Igualmente, la realidad de nuestro tiempo reivindica la protección de grupos y colectividades para generar condiciones igualitarias y equitativas entre ellos y entre las personas que los conforman.

La nueva Ley de Amparo faculta a la Procuraduría General de la República, pero no a las partes, a solicitar a las Salas o al Pleno de la Suprema Corte la atracción de los amparos directos de la competencia de los tribunales colegiados. Es indebido que las partes, sobre todo en asuntos vinculados al derecho público y social, en los juicios de amparo no tengan el derecho de solicitar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación la atracción de asuntos de interés y trascendencia. Al menos, se debió permitir que los grupos sociales, para defender sus intereses legítimos, pudieran hacerlo. Si no se realiza así, se cercena el derecho de acceso a la justicia.

En conclusión, podemos señalar que los objetivos de la reforma en materia de amparo consistieron en: 1. impedir que los reformas estructurales de carácter constitucional se impugnaran mediante el juicio de amparo; 2. limitar el interés legítimo y el amparo colectivo para que las colectividades no tengan vía expedita para oponerse a la violencia estructural que ejercen las grandes corporaciones transnacionales; 3. dejar sin atención los privilegios en el poder judicial federal; 4. reducir las posibilidades para que los mexicanos contemos con un amparo de carácter social, y 5. rechazar cualquier intento para democratizar, a través de la participación social, la jurisprudencia obligatoria.

2.12. LA REFORMA QUE APRUEBA EL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

La reforma estructural para regular procesalmente los juicios orales en la República es producto de las recomendaciones internacionales para homologar, o al menos aproximar, el sistema jurídico de nuestro país al derecho anglosajón. Las modificaciones

⁴⁹ Kymlicka, Will (ed.), *The Rights of Minority Cultures*, Oxford, Oxford University Press, 1995; López Calera, Nicolás, *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Barcelona, Ariel, 2000.

se inscriben en la visión neoliberal, consistente en resolver los problemas sociales y económicos a través de medidas represivas contrarias a los derechos de las mayorías, por eso se “ponen a punto” los instrumentos del derecho penal sustantivo y procesal, que sirven como instrumento de populismo y de propaganda, así como medio para criminalizar y hostigar a los opositores del modelo. Además de los elementos de populismo penal que contiene, se trata de una reforma centralista que deroga las competencias de los estados a favor de la federación.

Cabe señalar que las últimas reformas penales, tanto a nivel nacional como federal, han contado con la asistencia de la USAID⁵⁰ y han demostrado anticipadamente su fracaso por las debilidades del Ministerio Público de nuestro país, pues como dice un estudioso en la materia, en “los estados en los cuales ya se aplica el proceso penal acusatorio han quedado de manifiesto las deficientes investigaciones del Ministerio Público y la absolución de presuntos criminales, generando un sonoro reclamo de la sociedad”,⁵¹ lo anterior porque este modelo descansa en el profesionalismo y en la capacidad de investigación del Ministerio Público. Si este presenta elementos probatorios deficientes durante las audiencias del juicio, dado el estándar de prueba exigido en materia penal, los tribunales generalmente absolverán.

Esta reforma es consecuencia de dos reformas constitucionales previas: la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008 en materia penal, que estableció el sistema penal acusatorio, y la reforma constitucional de 2013 a la fracción XXI del artículo 73, que facultó al Congreso de la Unión a legislar para toda la República en materia de procedimientos penales. El Código Nacional de Procedimientos Penales se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de marzo de 2014. El ordenamiento citado entró en vigor gra-

⁵⁰ Márquez Gómez, Daniel y Sánchez Castañeda, Alfredo, *Las falsas divergencias de los sistemas inquisitivo y acusatorio. El idealismo alrededor de los juicios orales en México*, México, UNAM, 2012, p. 51.

⁵¹ Díaz-Aranda, Enrique, “Prólogo”, en Márquez Gómez, Daniel y Sánchez Castañeda, Alfredo, *Las falsas divergencias de los sistemas inquisitivo y acusatorio...*, cit., p. XIII.

dualmente dentro de un plazo que no excedió del 18 de junio de 2016.

Los principios que conforman este último ordenamiento son, entre otros:⁵² la oralidad o publicidad, que es un recurso de mercadotecnia para atraer el interés y el favor del público;⁵³ el principio de inmediación orientado hacia la operación de medidas alternas al proceso; el principio de contradicción, que es limitado en el artículo 6 a lo que disponga el Código; la iniciativa probatoria del juzgador, que introduce variantes inquisitivas al proceso penal, y el principio de prohibición de doble enjuiciamiento, que riñe con algunas resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que permiten la revisión de la cosa juzgada cuando la sentencia se funde en leyes violatorias de derechos, surja de procesos gravemente viciados o implique decisiones fraudulentas.

En materia de defensa, el Código no es suficientemente garantista, porque obliga a ella desde la detención y no en fases previas, por ejemplo, desde la denuncia. Además, no se permite la autodefensa en contravención al derecho internacional de los derechos humanos. En materia de asistencia consular para extranjeros, el Código omite señalar que el derecho de defensa debe existir desde antes de que estos rindan la primera declaración.

Entre los fines del proceso están que el culpable no quede impune y que se esclarezcan los hechos. El Código Nacional de Procedimientos Penales establece el principio de oportunidad sobre el de legalidad en algunos supuestos, mismo que puede transformar⁵⁴ al Ministerio Público en el rector político de la jus-

⁵² Los principios a que se refiere el Código son, entre otros, los de publicidad, contradicción, concentración, continuidad, inmediación, presunción de inocencia, juicio previo y debido proceso.

⁵³ García Ramírez, Sergio, “Comentario sobre el Código Nacional de Procedimientos Penales de 2014”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 141, México, UNAM, 2014, p. 1174.

⁵⁴ Cuando se escriben estas líneas, en enero de 2015, el Senado de la República aprobó una reforma a los arts. 314 y 315 del Código Nacional de Procedimientos Penales para incrementar aún más los poderes del Ministerio Público y romper la lógica del sistema acusatorio, al establecer al Ministerio Público como autoridad, pues según esa modificación, el Ministerio

ticia penal⁵⁵ y que además puede propiciar amplias condiciones de corrupción, pues el Ministerio Público tendrá el poder para determinar qué asuntos consigna y cuáles no, a pesar de que existan elementos importantes que acrediten la existencia del delito y la responsabilidad. En contrapartida, en materia de derechos de los ofendidos y de las víctimas, el Código permite impugnar las resoluciones por las omisiones o negligencia del Ministerio Público durante la investigación.

Los particulares pueden ejercer la acción penal en delitos de querrela, en delitos conminados con pena alternativa, con sanción distinta a la prisión o con privación de libertad que no exceda de dos años. Inconstitucionalmente, el Código Nacional de Procedimientos Penales regula asuntos de derecho penal sustantivo que corresponde regular a las entidades federativas, entre ellos: las excluyentes de responsabilidad penal, en la definición de los concursos ideal y material de los delitos, en la aplicación de sanciones, o hasta implícitamente cuando regula el procedimiento penal para personas morales.

El Código Nacional de Procedimientos Penales no resuelve sobre los elementos para el ejercicio de la acción penal, lo que genera incertidumbre jurídica respecto al estándar de prueba requerido para que la ley autorice la intervención del Estado. En materia de prueba y de investigación existen muchos supuestos alarmantes, como la permisión de la revisión corporal o la toma de muestras cuando las personas se nieguen a proporcionarlos. Sin embargo, uno de los elementos más antijurídicos del Código es la “localización geográfica en tiempo real”, que faculta al Ministerio Público a practicar esas diligencias sin orden judicial. Esto último violenta los derechos humanos de los gobernados, principalmente el derecho a la privacidad tutelado en el artículo 16 de la Constitución, así como los principios del debido proceso.

Público podría desestimar las pruebas de la defensa en la audiencia inicial del proceso.

⁵⁵ El art. 21, párr. séptimo de la Constitución permite que el Ministerio Público pueda considerar los criterios de oportunidad para el ejercicio de la acción penal, con base en los supuestos y condiciones establecidos en la ley.

En materia de “negociación penal”, el Código la regula siempre y cuando el imputado reconozca ser autor o participante en los hechos. Esta figura procesal ha sido copiada del derecho anglosajón de instituciones como el *plea guilty* y el *plea bargaining*. Tales negociaciones implican la tergiversación de uno de los principios o fines del proceso penal, que es el esclarecimiento de los hechos, es decir, la determinación de la verdad histórica. Se prefiere una verdad convencional. La misma crítica podemos hacer a la posibilidad permitida para que el Ministerio Público cambie la acusación.

Sobre las medidas cautelares, el Código no es garantista ni avanza en esa concepción penal. Se establece en correspondencia con la Constitución la prisión preventiva oficiosa en los delitos contra la salud, secuestro, trata de personas y crimen organizado. El artículo 155, fracción VI del Código Nacional de Procedimientos Penales va más allá del arraigo y permite “[e]l sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada o internamiento a institución determinada”. Respecto a los medios de impugnación, el Código establece que algunas decisiones no son impugnables, lo que violenta el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁵⁶

Como se puede advertir de lo anterior, la reforma:

1. no es suficientemente garantista porque no protege con suficiencia los derechos de los imputados ni de las víctimas;
2. contempla medidas cautelares y de investigación contrarias a los derechos humanos;
3. mantiene la prisión preventiva oficiosa;
4. la oralidad no es necesariamente el ámbito de la publicidad del proceso, sino un instrumento mercadotécnico;
5. el principio de oportunidad y las normas que lo regulan le dan amplísimos poderes al Ministerio Público que podrían desembocar en actos de corrupción;
6. los esquemas de negociación conducen a una verdad formal y convencional y no al esclarecimiento de los hechos;

⁵⁶ García Ramírez, Sergio, “Comentario sobre el Código Nacional de Procedimientos Penales de 2014...”, *cit.*, pp. 1167-1190.

7. la geolocalización es un medio de investigación contrario a la Constitución;
8. la reforma no resuelve sobre los elementos para el ejercicio de la acción penal, lo que genera incertidumbre jurídica respecto al estándar de prueba requerido para que la ley autorice la intervención del Estado;
9. algunas de sus disposiciones contravienen el derecho internacional de los derechos humanos, y
10. invade las competencias de los congresos locales, al regularse aspectos sustantivos del derecho penal en el Código Nacional de Procedimientos Penales.

2.13. LA REFORMA QUE ESTABLECE EL SISTEMA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN

La corrupción tiene su origen, desde nuestro punto de vista, en lo siguiente: 1. en el poder formal e informal ejercido sin límites democráticos ni jurídicos; 2. en la debilidad o ausencia de instituciones que controlen ese poder, y 3. en la ausencia o insuficiencia de mecanismos de participación ciudadana que le permitan a la sociedad vigilar y controlar el poder.⁵⁷

Sin embargo, la reforma a los artículos 79, 108, 109, 113, 114, 116, fracción V, y 122, Base quinta de la Carta Magna⁵⁸ es una modificación que jamás analiza las causas y las características de la corrupción en México. Me pregunto cómo se pueden proponer soluciones sin conocer las causas y las características de la corrupción en México. La reforma obvia y pasa de puntitas por lo fundamental. Las causas y las condiciones de la corrupción en México tienen que ver con el poder, la forma en que este surge, se ejerce y no se limita o controla. Las medidas anticorrupción tendrían, en ese sentido, que ver con las limitaciones al poder, con domar al poder formal e informal. Las medidas anticorrupción son instrumentos de contrapoder.

⁵⁷ Cárdenas Gracia, Jaime y Mijangos Borja, María de la Luz, *Estado de derecho y corrupción*, México, Porrúa, 2005.

⁵⁸ Se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de mayo de 2015.

¿Y quién tiene el poder en México? El presidente, las grandes empresas nacionales y transnacionales, los organismos financieros supranacionales, el duopolio televisivo, las cúpulas de los tres partidos mayoritarios. La reforma no los atiende. Deja el poder del presidente intacto. No regula el poder inmenso de las empresas nacionales ni transnacionales, no limita la influencia indebida de los organismos financieros supranacionales en México ni reduce el poder del duopolio o el poder arbitrario de los tres grandes partidos.

¿En qué consiste la reforma anticorrupción? En un andamiaje elaborado por la oligarquía y sus escribanos. Una estructura institucional insuficiente y de realización a largo plazo, que estará controlada por el presidente y los tres partidos mayoritarios.

La reforma anticorrupción aprobada es sumamente defectuosa. Apunto quince críticas:

1. No procede de manera amplia la extinción de dominio por delitos y faltas graves relacionadas con la corrupción (art. 22 constitucional). Solo procede la extinción de dominio por delitos de enriquecimiento ilícito.
2. Los órganos internos de control previstos en el dictamen serán controlados por los tres partidos mayoritarios, porque ellos tendrán el poder político para imponer a sus titulares (arts. 28 y 74 de la Constitución).
3. El diseño del Tribunal Federal de Justicia Administrativa (art. 73, fracc. XXIX-H de la Constitución) no augura independencia ni imparcialidad. Estarán detrás de él, el titular del ejecutivo y las cúpulas de los tres partidos mayoritarios.
4. Las auditorías al desempeño solo dan lugar a recomendaciones y no a responsabilidades (art. 74, fracc. VI de la Constitución).
5. La Auditoría Superior de la Federación seguirá dependiendo constitucionalmente de la Cámara de Diputados, es decir, de los partidos mayoritarios. No se propone su autonomía constitucional y sus competencias, aunque se incrementan, no son las esperadas para enfrentar la corrupción propiciada desde el poder presidencial y desde la influencia indebida de los poderes fácticos (arts. 74 y 79 de la Constitución).

6. Las declaraciones patrimoniales, fiscales y de intereses no son públicas (art. 108 de la Constitución).
7. El presidente sigue intocado. No es susceptible de responsabilidad administrativa y el artículo 108 de la Constitución, tanto el vigente como el propuesto, lo dota de impunidad.
8. El poder judicial tiene un tratamiento privilegiado. No forma parte del Sistema Nacional Anticorrupción (art. 109 de la Constitución).
9. El Comité Coordinador del Sistema Nacional Anticorrupción, además de ser una estructura que no da cabida a estados y municipios, estará influido por la presencia del ejecutivo a través de la participación de la Secretaría del ejecutivo responsable del control interno (art. 113 de la Constitución).
10. El Comité Coordinador solo producirá recomendaciones que no son vinculantes (art. 113 de la Constitución).
11. El plazo de prescripción en la materia es de siete años, ¿por qué no diez años? o ¿por qué los delitos y las faltas relacionadas con la corrupción no son imprescriptibles (art. 114 de la Constitución)?
12. El Sistema Nacional Anticorrupción es antifederalista. No participan los estados y municipios en su Comité (art. 113 de la Constitución).
13. El desarrollo de la reforma se realizará a través de leyes generales en donde no participarán las legislaturas de los estados.
14. La reforma no precisa cuáles son los delitos relacionados con la corrupción ni cuáles son las faltas graves de carácter administrativo. Todo se deja a la legislación secundaria.
15. La reforma no alude a los conflictos de interés ni a las incompatibilidades de los servidores públicos.

En síntesis, la modificación constitucional anticorrupción constituye una simulación que no la resolverá. Como dijimos, consiste en proponer un andamiaje institucional que será controlado por el titular del ejecutivo y por los tres partidos mayoritarios. Es una reforma que no enfrenta al poder en México, que es el productor de la corrupción en el país y es una propuesta que

no brinda a los ciudadanos amplios mecanismos de participación ciudadana para enfrentarla.

2.14. REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DEUDA DE ESTADOS Y MUNICIPIOS⁵⁹

Las críticas que hacemos a esta modificación constitucional que somete a las autoridades estatales y municipales al control de las autoridades hacendarias federales son las siguientes:

1. se trata de una reforma constitucional que no toma en cuenta la desigualdad presupuestal entre la federación y los estados ni las responsabilidades crecientes de las entidades federativas que impactan a la hacienda pública local;
2. de los recursos fiscales que recibe la hacienda pública nacional en el marco del sistema de coordinación fiscal, aproximadamente 80% de ellos se destina a la federación y 20% a estados y municipios. Existe una distribución desigual de recursos que anula al federalismo mexicano;
3. es una reforma para intervenir en la totalidad de las finanzas de los estados y no solo en materia de deuda;
4. es una reforma antifederalista porque se incrementan las atribuciones del Congreso de la Unión y de la Auditoría Superior de la Federación en detrimento de los congresos locales y de las entidades de fiscalización de los estados;
5. el Congreso de la Unión, a través de la ley general, estableció las bases de endeudamiento de estados, Ciudad de México y municipios. La ley determinó modalidades, límites y condiciones para el endeudamiento local y municipal;
6. el Congreso de la Unión seguirá aprobando el endeudamiento de la Ciudad de México;

⁵⁹ La reforma a los artículos 25, 73, fracción VIII, 74, 79, 108, 116 y 117 de la Constitución se publicó el 26 de mayo de 2015 en el *Diario Oficial de la Federación*.

7. existirá una comisión bicameral que analizará la estrategia de ajuste para fortalecer las finanzas de los estados, lo que faculta al Congreso de la Unión para intervenir en la autonomía de los estados y municipios;
8. existirá un registro público para la deuda de estados, Ciudad de México y municipios, pero no habrá un registro para la deuda de la federación;
9. existe para los estados, municipios y Ciudad de México la prohibición para contraer deuda destinada a sufragar el gasto corriente, pero no existe la prohibición correlativa y expresa para la federación;
10. la Auditoría Superior de la Federación podrá fiscalizar recursos de los estados y municipios cuando estos provengan de empréstitos que cuenten con la garantía de la federación;
11. los empréstitos federales los aprueba el Congreso de la Unión por mayoría, mientras que los empréstitos locales se deben aprobar por los congresos locales con mayorías de $\frac{2}{3}$ partes;
12. se establecen limitaciones para la contratación de deuda de corto plazo para estados y municipios, pero no para la federación;
13. es una reforma que suprime el poder del Estado para planear el desarrollo y dirigirlo hacia la preservación y garantía del interés general. Se sustituye el párrafo segundo del artículo 25 constitucional por uno nuevo que modifica el llamado capítulo económico de la Constitución. El precepto propuesto responde a la lógica económica neoliberal, en tanto que ahora el Estado debe velar por la estabilidad de las finanzas públicas y del sistema financiero para promover el crecimiento económico y el empleo, pero ya no debe velar por el desarrollo —redistribución de la riqueza— para la satisfacción del interés general.

2.15. OTRAS REFORMAS ESTRUCTURALES

La compatibilización del sistema jurídico nacional con los esquemas neoliberales sigue en marcha. Brevemente me refiero a dos

reformas, la primera de ellas inminente, y son: la que le otorga facultades a la federación para intervenir en los municipios y que deroga las competencias de estos en materia de seguridad pública, y a la reforma política en el Distrito Federal.

Por iniciativa de reforma constitucional de 1 de diciembre de 2014, el presidente Peña envió al Senado de la República una iniciativa de reforma constitucional que propone modificar los artículos 21, 73, 104, 115, 116 y 123 de la Constitución y que tiene por finalidad afianzar las características autoritarias y centralistas de la federación, porque se reducen sensiblemente las competencias de los municipios y de los estados en materia de seguridad pública y penal. Con esta iniciativa, que fue anunciada en el decálogo presidencial de 27 de noviembre de 2014, el presidente Peña intenta apuntalar un nuevo régimen que podemos denominar policial-militar, en tanto que la iniciativa tiende a limitar los derechos humanos de los habitantes de los municipios y a sofocar las posibilidades para constituir en el país municipios libres y democráticos. Nuestras razones son las siguientes:

1. En la iniciativa de Peña se modifica el artículo 21 constitucional para determinar que la seguridad pública corresponde a la federación y los estados, y no así a los municipios. También se alude a la homologación de condiciones, procedimientos y protocolos de seguridad pública entre las entidades federativas. Todo lo anterior priva de competencias a los municipios y también a los estados que tendrán que ajustarse al molde federal.
2. Se pretende reformar el artículo 73 de la Constitución para distribuir competencias en materia penal a través de leyes generales. Las legislaturas locales tendrán competencia en materia penal respecto a lo no tipificado y sancionado por las leyes generales penales. Es decir, se trata de una disposición centralista que conferirá competencias a las autoridades nacionales sobre las estatales. La competencia legislativa penal local será por excepción. Además, con esta medida se fragmenta el derecho penal mexicano en contra de las recomendaciones de la doctrina jurídica contemporánea.

3. Se quiere reformar el artículo 104 de la Constitución para establecer competencias a los tribunales federales respecto a los delitos del orden federal, así como sobre los que determinen las leyes generales.
4. Se busca reformar el artículo 105 de la Constitución, a fin de que los municipios no tengan legitimación procesal activa para promover controversias constitucionales en los casos en que la federación determine la intervención en los municipios. Es decir, los municipios quedarán imposibilitados por la vía jurídica para reclamar decisiones de la federación cuando esta intervenga en ellos.
5. En el artículo 115 de la Constitución se pretende regular el procedimiento de intervención de la federación en los municipios cuando existan *indicios* de infiltración del crimen organizado en ellos. Participan en el procedimiento el fiscal general de la República y el secretario de Gobernación, y para acordar la intervención se requerirá de la aprobación del Senado. La intervención podrá ser parcial o total. Si es total, se deberá convocar a elecciones municipales.

La disposición es criticable porque establece un mecanismo de suspensión de garantías sin seguir el procedimiento y sin mantener la vigencia de los derechos fundamentales que enuncia el artículo 29 de la Constitución. Además, en el procedimiento de intervención no participa la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la revisión de la constitucionalidad de las medidas que adoptaría la federación en los municipios. Igualmente, la persecución de los delitos —asunto penal— se transforma en materia política constitucional para debilitar y liquidar al municipio mexicano.

6. Se propone modificar el artículo 116 para que los estados no celebren convenios de colaboración con los municipios en materia de seguridad pública.
7. Se solicita reformar el artículo 123, apartado B, para determinar que las relaciones laborales en materia de seguridad pública solo corresponden a la federación y a los estados.

Las anteriores pretensiones, de ser aprobadas y convertidas en reforma constitucional, implicarán: liquidar al municipio al reducir sus competencias constitucionales en materia de seguridad pública; no democratizar la vida municipal ni fortalecer el tejido social en ellos porque la iniciativa establece medidas represivas externas —de la federación— en la vida municipal, como instrumento privilegiado para enfrentar la inseguridad pública y el crimen organizado en los ayuntamientos; incrementar el carácter antifederalista del Estado porque se centralizan competencias en la federación a costa de las competencias locales —estatales y municipales—; reducir las competencias de los congresos locales para legislar en materia penal; favorecer la fragmentación penal y con ella la inseguridad jurídica de los habitantes del país; trastocar constitucionalmente los asuntos penales para convertirlos en políticos; violar el procedimiento de suspensión de garantías previsto en el artículo 29 de la Constitución; privar a los municipios de recursos o vías jurídicas —la controversia constitucional— para impugnar los actos de intervención de la federación en ellos.

Finalmente, me refiero a la reforma política de la Ciudad de México que se aprobó⁶⁰ para que un constituyente local discutiera y aprobara una Constitución para esa entidad federativa. La propuesta de reforma se debió al gobierno de la Ciudad de México y al PRD, pero su aprobación se acordó con la Presidencia de la República y el PRI. La reforma política de la Ciudad de México es cuestionable porque el esquema político que contempla es compatible con el neoliberalismo: democracias de baja intensidad sin participación ciudadana.

La reforma contiene muchas deficiencias que a continuación enumero:

1. Según el texto de la misma, la Constitución de la Ciudad de México no será aprobada por los ciudadanos mediante referéndum.
2. Los ciudadanos no tienen facultad de iniciativa para proponer el texto constitucional.

⁶⁰ La reforma se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de enero de 2016.

3. Los ciudadanos no tienen facultad para intervenir directamente en el proceso de deliberación de la nueva Constitución.
4. Se trata de una reforma que no propone participación ciudadana alguna en el proceso de discusión y aprobación de la Constitución.
5. De acuerdo con lo aprobado, la Asamblea Constituyente tendría 100 integrantes: 60 serán electos y 40 designados —no sujetos a la elección—, 6 los propondrá el presidente de la República, 6 el jefe de Gobierno de la Ciudad, 14 los diputados y 14 los senadores. Se trata de una configuración que favorece al PRI y al PAN y al propio presidente de la República, además de que es totalmente antidemocrática —una regresión a sistemas constitucionales del siglo XIX—.

Es decir, se trata de una reforma elitista en donde los ciudadanos quedan fuera. Desde mi punto de vista, la Constitución de la Ciudad de México debería contener los siguientes elementos:

1. Todos los diputados constituyentes de la ciudad deberían ser electos por los ciudadanos y de carácter honorario —sin cobrar—.
2. La aprobación de la Constitución de la Ciudad de México debe requerir de una doble consulta. Una para preguntarle a los ciudadanos si quieren la Constitución, y la otra, para que la autoricen en definitiva, una vez que el Constituyente de la Ciudad haya aprobado el texto.
3. El Constituyente de la Ciudad de México no debería nacer atado por los principios que estableció el Constituyente Permanente, principalmente por el artículo 122 constitucional aprobado en la reforma, porque eso le restará creatividad, libertad y soberanía.
4. El esquema constitucional de la reforma para la Ciudad de México debe entenderse como un piso mínimo de obligaciones al Constituyente de la Ciudad y no como un máximo que lo limite o restrinja y que le impida actuar como auténtico poder constituyente originario para optimizar derechos humanos y principios democráticos.

5. Se debe proponer un constituyente de vanguardia para la Ciudad de México que ciudanice y democratice las instituciones de la Ciudad.
6. Un constituyente que reconozca en el texto constitucional todas las vías de democracia participativa y deliberativa, entre ellas la revocación de mandato y el referéndum, y que estas sean efectivamente accesibles a los ciudadanos, a diferencia de lo que ocurre con la Constitución general de la República, que restringe el acceso de los ciudadanos a la democracia participativa.
7. Un constituyente que reconozca los derechos de los pueblos originarios en la Ciudad de México y que garantice su autonomía territorial u organizacional.
8. Un constituyente que democratice a todos los poderes e instituciones de la Ciudad de México. Por ejemplo, que ciudanice al Consejo de la Judicatura de la Ciudad y que evite que los cargos titulares de los órganos autónomos se repartan mediante el esquema de cuotas entre los partidos, como ocurre a nivel federal y en los actuales estados de la República.
9. Un constituyente que reconozca y establezca que los derechos económicos, sociales, culturales, ambientales y de los pueblos originarios deben garantizarse por vías jurisdiccionales. Para ello, deberá establecerse un amparo local de carácter social.
10. Un constituyente que proponga un Tribunal Constitucional en la Ciudad de México para que este revise la constitucionalidad de todas las normas y actos emitidos por las autoridades de la Ciudad de México.
11. Un constituyente que reconozca a los ciudadanos la acción popular de inconstitucionalidad para que cualquier ciudadano, sin tener que acreditar interés jurídico o legítimo alguno, impugne normas generales contrarias a la Constitución local.
12. Un constituyente que insista en el principio de no regresividad, para que por ningún motivo las garantías de los derechos sociales y el nivel de protección de los derechos de las minorías sufran un retroceso o menoscabo.
13. Un constituyente que amplíe los derechos humanos en relación con los derechos que reconoce la Constitución

federal y los tratados y que, además, contemplé garantías reforzadas para su protección.

14. Un constituyente que conceda autonomía constitucional al órgano de fiscalización externa de la Ciudad de México para que sea un instrumento efectivo de combate a la corrupción.
15. Un constituyente que fortalezca las competencias de control y vigilancia de los futuros Concejos frente a los actos de administración de los alcaldes.

Ese es el constituyente que muchos queremos y que proponemos. Un constituyente al servicio de los ciudadanos que legitime su ejercicio mediante la ampliación de los derechos humanos, las libertades y los principios y procedimientos democráticos en la Ciudad de México.

Para lograr lo anterior se requiere, desde mi punto de vista, lo siguiente:

1. Insistir en que los ciudadanos tienen la palabra. Hay que preguntarles primero para saber si quieren o no la Constitución.
2. El constituyente de la ciudad no debería nacer atado a las exigencias de los partidos y del presidente de la República.
3. Los ciudadanos debemos encabezar una doble consulta.
4. El procedimiento de consulta del artículo 35, fracción VIII de la Constitución no nos ayuda, porque las consultas se deben realizar exclusivamente durante los procesos electorales —el día de la jornada—. Ello nos obligaría a esperar hasta el siguiente año electoral.
5. La vía para esa consulta ciudadana es el procedimiento de plebiscito que establece el artículo 18 de la Ley de Participación Ciudadana de la Ciudad. Se requiere solo de 0.4% de firmas de ciudadanos inscritos en el listado nominal de la Ciudad para obligar al jefe de Gobierno a convocarlo.
6. El procedimiento de plebiscito pondría a los ciudadanos por encima de la Cámara de Senadores y de Diputados —del propio poder reformador de la Constitución— y de sus estrechos intereses, porque seríamos el motor de este proceso.

2.16. CONCLUSIONES

Las características neoliberales de los cambios jurídicos pueden percibirse en cada reforma constitucional y legal aprobada, así como en los tratados comerciales ratificados por nuestro país —los Tratados de Libre Comercio y el futuro TPP—. Las consecuencias económicas, sociales, internacionales y políticas para nuestra nación han sido y seguirán siendo graves, principalmente las advertiremos en el creciente deterioro social. Económicamente, el modelo neoliberal y los acuerdos comerciales como el TLCAN han significado, con pocas excepciones, el fracaso de muchos sectores económicos nacionales, ocasionando el desmantelamiento casi integral de la planta productiva de México, y con ello, el incremento del desempleo, el aumento del empleo informal y la subordinación dependiente de nuestra economía a los países del Norte. En términos reales, la economía de nuestro país no ha crecido en los últimos 20 años.

Socialmente, el modelo neoliberal y los acuerdos comerciales internacionales han sido incapaces de resolver los problemas de desigualdad y de inadecuada distribución de la riqueza. Los índices de pobreza aumentan y la distancia entre los aventajados y los desaventajados de la sociedad se potencia.

Internacionalmente, y no solo en el terreno económico, sino en otros ámbitos como: la seguridad nacional, la política exterior, la política de defensa, la seguridad pública, la educación, la política laboral, la política penal, las telecomunicaciones, la energía, las reglas electorales, etc., quedamos subordinados —nos integramos— a las indicaciones de los organismos internacionales como el FMI, el BM, la OCDE y otros organismos supranacionales.

En la vida política, las grandes decisiones en la materia —las reformas estructurales— se adoptan desde el exterior por presión o por consigna. El margen de decisión nacional de las grandes políticas queda sensiblemente limitado y la política doméstica se encarga de las cuestiones secundarias o de aplicación de las decisiones fundamentales provenientes del exterior.

Jurídicamente, la hegemonía del modelo neoliberal en nuestro país, desde mediados de los años ochenta del siglo pasado y hasta ahora, ha producido también grandes catástrofes a los

mexicanos, porque ha reducido sus derechos sociales y porque ha desarrollado una “democracia” electoral de baja intensidad que ha impedido la realización de una democracia auténtica, lo que a su vez obstaculiza la construcción de un Estado de derecho para todos.

Podemos concluir afirmando que la globalización neoliberal ha alterado las bases del Estado y de la nación que conocimos hace algunas décadas. Y en el caso mexicano, como en el de muchos países del tercer mundo, esos procesos de transformación no han sido para el bien de las sociedades, sino para el beneficio de unos cuantos privilegiados.

Capítulo 3. Estado neoliberal versus Estado constitucional¹

Al profesor Rodolfo Vázquez, con gran aprecio.

3.1. INTRODUCCIÓN

El Estado constitucional es una construcción exclusivamente jurídica, ideada por los teóricos del derecho y por los tribunales constitucionales. Por la carencia de enfoques diversos presenta muchas deficiencias sobre las que no me voy a pronunciar. Una de ellas, la que excluyo, y que es muy problemática debido a la diversidad de puntos de vista dentro del neoconstitucionalismo, es la de las relaciones entre moral y derecho. Sin eludir el problema, considero que esa relación existe, aunque en un sentido débil, crítico y deliberativo, sobre todo cuando los principios y valores de la Constitución y de los tratados sobre derechos humanos y principios democráticos son expresión de concepciones morales que se han positivado. Cuando aludimos a la moral y sus vínculos con el derecho, no estamos pensando en la moral objetiva fuerte, según el punto de vista de autores como Dworkin —que sostiene que la moralidad es externa al ser humano y solo debemos conocerla e incorporarla a nuestros razonamientos morales y jurídicos—, pues aunque aceptamos que existen elementos morales que se desprenden de nuestra naturaleza biológica

¹ Este ensayo se preparó en homenaje al doctor Rodolfo Vázquez.

y psíquica, lo fundamental es que lo que estimamos como moral sea consecuencia de un proceso deliberativo y discursivo en el seno de la sociedad bajo reglas de imparcialidad. La moralidad no puede entenderse sin pasar por la prueba de la racionalidad discursiva de carácter colectivo y sin que se entienda su evolución y alcances desde contextos históricos y culturales concretos. De esta suerte, la moralidad que importa social y jurídicamente —la ética— tiene, a nuestro juicio, tres componentes: *a)* la naturaleza biológica y psíquica del ser humano; *b)* los procedimientos discursivos —bajo condiciones democráticas, de transparencia y simetría— de carácter social, político y jurídico, sobre los principios que se promuevan como éticamente aceptables en el seno de una sociedad particular y que se incorporan posteriormente al orden jurídico y a las resoluciones de los tribunales, y *c)* los fundamentos históricos y culturales, que propician la deliberación y la participación en el discurso colectivo, a partir de las necesidades e intereses humanos.

Las deficiencias y críticas del Estado constitucional que exploro son las siguientes:

1. las teorías del Estado constitucional prescinden de las condiciones económicas vigentes y de las teorías económicas que las analizan;
2. las teorías del Estado constitucional eluden una teoría sobre el poder que dé cuenta del papel contemporáneo de los poderes fácticos, de la hegemonía cultural, ideológica y mediática, y de la organización y diseño del poder formal;
3. las teorías del Estado constitucional descuidan formas de organización social y democrática relacionadas con la democracia participativa y deliberativa, así como con las manifestaciones de la democracia comunitaria, es decir, no advierten las capacidades transformadoras de una democracia radical que haga viables los fines del Estado constitucional;
4. las teorías del Estado constitucional son poco exigentes con realidades contemporáneas como la plurinacionalidad y el multiculturalismo;
5. aunque existen autores que se han preocupado por la globalización del constitucionalismo, las teorías del Estado

- constitucional no abundan sobre las ventajas, desventajas y posibilidades que para el constitucionalismo tiene la globalización;
6. las teorías del Estado constitucional con su concepto de democracia constitucional favorecen la posición de los más privilegiados del sistema y no la de las minorías menos aventajadas;
 7. las teorías del Estado constitucional presentan rasgos profundamente elitistas: las élites burocráticas supranacionales definen el sentido y alcance de los derechos humanos;
 8. los guardianes del Estado constitucional —los jueces constitucionales— no poseen legitimidad democrática de origen;
 9. el principio de proporcionalidad, método privilegiado para resolver los conflictos entre principios constitucionales, no solo deslava a los derechos humanos, sino que es un método que mantiene el *statu quo*, y
 10. las teorías del Estado constitucional son una ficción jurídica, sin asideros en la realidad. Son una inspiración, un noble sueño, aunque reconozco que pueden poseer como ideas regulativas capacidades transformadoras.

3.2. EL ESTADO NEOLIBERAL SE IMPONE AL ESTADO CONSTITUCIONAL. ¿POR QUÉ?

El Estado de bienestar tuvo una base económica: la del keynesianismo. El Estado constitucional no tiene ninguna —y tampoco se preocupa por elaborarla— y, como sabemos, la materialización de los derechos humanos, sobre todo los económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), exigen una base económica. Los derechos de igualdad se pueden reconocer en las constituciones, pero eso no basta, es necesario que tengan vigencia en la facticidad. El modelo económico dominante en las sociedades es determinante para ese fin. Si el modelo económico no promueve condiciones de pleno empleo, de distribución de la riqueza, de fortaleza de los mercados internos, de fiscalidad progresiva, de amplio gasto social, de organizaciones empresariales basadas en

la cogestión o, al menos, en la intervención de los trabajadores en la determinación de las inversiones, si no se garantiza la independencia de los sindicatos, si la política económica no tiene orientación social, etc., la Constitución y los tratados pueden reconocer los derechos que estimen convenientes, ya que su realización será imposible o muy incierta.

De esta suerte, la justiciabilidad, protección y eficacia de los DESCAs, precisa de algunas metas económicas básicas para su consecución, entre otras, las siguientes:

1. Incremento sustancial y autosustentable del producto nacional *per cápita*.
2. Distribución equitativa del ingreso nacional.
3. Sistemas impositivos adecuados y equitativos.
4. Modernización de la vida rural y reformas que conduzcan a regímenes equitativos y eficaces de tenencia de la tierra, mayor productividad agrícola, expansión del uso de la tierra, diversificación de la producción y mejores sistemas para la industrialización y comercialización de productos agrícolas.
5. Industrialización acelerada y diversificada, especialmente de bienes de capital intermedios.
6. Estabilidad del nivel de precios internos en armonía con el desarrollo.
7. Salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos.
8. Erradicación rápida del analfabetismo y ampliación para todos de oportunidades en el campo de la educación.
9. Defensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica.
10. Vivienda adecuada para todos los sectores de la población.
11. Condiciones urbanas que hagan posible una vivienda sana, productiva y digna.
12. Promoción de la iniciativa y la inversión privada en armonía con la acción del sector público.
13. Expansión y diversificación de las exportaciones.²

² Hernández, Armando, *Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el nuevo modelo constitucional de derechos humanos en México*, México, CNDH, 2015, pp. 49-50.

Esas condiciones hoy en día no existen, el modelo económico dominante no es keynesiano, es neoliberal, y se caracteriza por apostar por la economía irrestricta del mercado y por un Estado que intervenga, no para enfrentar las desigualdades sociales y económicas que provoca el mercado como lo hacía el keynesianismo, sino para salvaguardar y extender la presencia del mercado, para garantizar su buen funcionamiento y para enfrentar las barreras e impedimentos regulatorios a la libre competencia.³ Las medidas económicas del neoliberalismo consisten en desregular la economía, liberalizar el comercio y la industria y privatizar las empresas estatales. Específicamente, sus tendencias económicas se distinguen por lo siguiente: dismantelamiento de las regulaciones que existían sobre diferentes actividades, destacando, entre otras, a las financieras, las que asumen un rol fundamental en la orientación de las actividades productivas; debilitamiento de la posición negociadora del trabajo mediante distintas desregulaciones y acotamientos de las relaciones obrero-patronales; estrechamiento financiero y reglamentario en la prestación de servicios de bienestar social; reorganización de las actividades productivas para reducir costos, incluyendo la introducción de innovaciones tecnológicas, la reducción de las plantillas laborales y la relocalización geográfica de porciones importantes de los procesos productivos o de actividades completas; reducción del déficit fiscal, dejando el peso para lograrlo sobre el gasto del gobierno, como consecuencia de las acciones de desgravación impositiva; privatización de empresas públicas y privatización de servicios públicos, al igual que la subcontratación de actividades como parte de la provisión de servicios públicos; política macroeconómica centrada en la estabilidad de precios y abandono de la política fiscal macroeconómica que anteriormente, en el modelo keynesiano, servía para redistribuir la riqueza; y liberalización de los flujos de comercio y capital entre países.⁴

Tal vez sea mucho pedirle a la teoría del Estado constitucional que desarrolle un modelo económico compatible con

³ Steger, Manfred B. y Roy, Ravi K., *Neoliberalismo. Una breve introducción*, Madrid, Alianza Editorial, 2011, pp. 29-34.

⁴ Piketty, Thomas, *El capital en el siglo XXI*, México, FCE, 2014, pp. 129 y ss.; y Piketty, Thomas, *La crisis del capital en el siglo XXI. Crónicas de los años en que el capitalismo se volvió loco*, México, Siglo XXI Editores, 2015, pp. 99 y ss.

sus tesis principales, pero al menos sus autores relevantes debieran ser conscientes de que la teoría jurídica que han construido no descansa en bases económicas sólidas. Es verdad que el modelo económico neoliberal o neoclásico, hoy imperante, puede modificarse —de hecho está en una profunda crisis mundial—. ⁵ Sin embargo, para que el Estado constitucional fuese posible, sería necesario que existiesen condiciones económicas semejantes a las que se tuvieron durante el esplendor o consolidación del Estado de bienestar. De preferencia, deberían buscarse otros caminos económicos que vayan construyendo esquemas de análisis económico que propicien modos y relaciones de producción cercanas al socialismo democrático.

No comparto y no acepto, como lo hace Antonio Negri, que la concepción teórica que hoy tenemos sobre los derechos humanos, de libertad y de igualdad, solo sea posible dentro de los límites del desarrollo capitalista en su fase actual. ⁶ La legitimidad del Estado no puede basarse en la regla capitalista de explotación de unos sobre otros, en donde, como hoy lo explican teóricos tan notables como Stiglitz o Bauman, ⁷ el capitalismo mundial favorece a una limitadísima minoría frente a la gran mayoría empobrecida. Quiero creer que otras vías y alternativas son posibles, aunque como señala Bauman:

[...] gracias a la nueva “porosidad” de las economías presuntamente nacionales, los mercados financieros globales, en virtud del carácter esquivo y extraterritorial del espacio en que operan, imponen sus leyes y preceptos sobre el planeta [...] Los Estados carecen de los recursos o el margen de maniobra para soportar la presión, por la mera razón de que unos minutos bastan para que se derrumben empresas o incluso Estados. ⁸

⁵ Wallerstein, Immanuel y otros, *¿Tiene futuro el capitalismo?*, México, Siglo XXI Editores, 2015.

⁶ Negri, Antonio, *La forma-Estado*, Madrid, Akal, 2003, pp. 386-387.

⁷ Stiglitz, Joseph E., *El malestar en la globalización*, Madrid, Santillana, 2002, pp. 51-80; y, Bauman, Zygmunt, *La globalización. Consecuencias humanas*, México, FCE, 2015, pp. 13-38.

⁸ Bauman, Zygmunt, *La globalización. Consecuencias humanas...*, cit., p. 89.

Otra deficiencia importante del Estado constitucional es su visión acerca del poder. El acento de las teorías del Estado constitucional está puesto en los derechos humanos. Los principios democráticos y la organización del poder formal y fáctico juegan un papel menos importante, diríamos secundario. En esas teorías constitucionales no encontramos con suficiencia —tal vez con la excepción de Ferrajoli—⁹ un análisis sobre el rol que los poderes fácticos o salvajes desempeñan en el constreñimiento de los derechos humanos. Hoy, los derechos humanos se ven amenazados por esos poderes no regulados que existen a nivel planetario y nacional, que imponen sus lógicas y sus intereses por encima de los derechos de las personas. Las teorías del Estado constitucional no pueden seguir explicando al Estado exclusivamente desde los esquemas de los poderes formales, sino que deben advertir que los poderes fácticos tienen la capacidad de dinamitar —porque no existen desarrollados por las teorías constitucionales los controles políticos y jurídicos suficientes— todos los postulados y las tesis del Estado constitucional. En el mismo sentido, llama mucho la atención, el poco cuidado que la teoría del Estado constitucional pone sobre el concepto gramsciano de hegemonía, y cómo este concepto y sus manifestaciones ideológicas, religiosas, filosóficas y mediáticas respaldan las nociones y categorías hegemónicas de los intereses más poderosos del mundo, y cómo las narrativas alternativas a favor de los derechos y la democracia tienen poca cabida y espacio en el mundo social, político y económico de nuestro tiempo. La hegemonía respalda claramente al neoliberalismo y no al Estado constitucional.¹⁰

En el pensamiento gramsciano, el Estado representa la expresión de una hegemonía ideológica que se ha impuesto a las demás y que en este momento histórico sirve al capitalismo.¹¹

⁹ Ferrajoli, Luigi, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2011.

¹⁰ Laclau, Ernesto y Mouffe, Chantal, *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*, Buenos Aires, FCE, 2011.

¹¹ Soria, Víctor, “Importancia de la teoría gramsciana del Estado para el estudio de la regulación económica y política del capitalismo actual”, en Martinelli, José María (comp.), *La actualidad de Gramsci: Poder, democracia y mundo moderno*, México, UAM, 1995, pp. 107-120.

Esa hegemonía dota de legitimidad transitoria a las instituciones y gobernantes y puede ser sustituida por nuevas hegemonías si estas tienen la capacidad de imponerse. Gramsci concibe al Estado como un modelo de dominación capitalista que está en permanente situación de cuestionamiento por legitimidades o hegemonías emergentes.¹²

Muchos han cuestionado a Gramsci sus reservas respecto a la transformación de los regímenes y de los modelos de dominación a través del cambio revolucionario, pues la hegemonía no se identifica con la fuerza, sino con un proceso histórico que se logra mediante alianzas y que permite a las sociedades avanzar. Gramsci construye así la categoría de bloque histórico para explicar el conjunto de fuerzas y relaciones que se conjugan para ejercer la dominación; se trata de crear una coalición política que sirva para promover las relaciones de clase, los vínculos entre las organizaciones sociales, con los partidos y el Estado, en donde es indispensable el trabajo de los intelectuales orgánicos —los de la burguesía y del proletariado—, además del desarrollo de una política cultural que apoye y cohesione esa alianza.¹³

Las teorías constitucionales también desdeñan el diseño democrático de las instituciones formales, por ejemplo, cómo organizar mejor, reformular o transformar a los poderes formales para que sirvan al propósito de la defensa y garantía de los derechos humanos. No solo los tribunales constitucionales y los mecanismos de control de constitucionalidad y convencionalidad deben ser objeto del análisis de las teorías constitucionales, sino que también deben serlo el resto de las instituciones, porque todas ellas posibilitan la realización de los derechos. Como ha demostrado Gargarella, existen instituciones en los sistemas constitucionales claramente contramayoritarias por su diseño —el ejecutivo unipersonal, los excesivos poderes del Senado y las cortes constitucionales—. En ese sentido, se podrían crear y diseñar nuevas instituciones que no tuviesen esos defectos para mejor garantizar los derechos humanos. Gargarella, que

¹² Gramsci, Antonio, *La política y el Estado moderno*, Barcelona, Península, 1971.

¹³ Paoli Bolio, Francisco José, *Teoría del Estado*, México, Trillas, 2009, p. 152.

más bien proviene del constitucionalismo popular, propone las siguientes transformaciones institucionales: *a)* formas directas de democracia y reformulación de los sistemas representativos; *b)* fortalecimiento del poder legislativo en sus facultades de control al ejecutivo; *c)* rechazo al hiperpresidencialismo; *d)* reducción de los poderes del Senado para que se constituya exclusivamente como Cámara de defensa del Estado federal; *e)* quitar a la Corte Suprema la “última palabra” en las decisiones sobre la constitucionalidad de las leyes; *f)* inclusión de todos los sectores políticos y sociales en las instituciones y en otras esferas de la sociedad; *g)* introducción de acciones de inconstitucionalidad por omisión de las autoridades, a fin de garantizar derechos, principalmente los sociales; *h)* reconocimiento del interés difuso, etcétera.¹⁴

Por mi parte, considero que el entramado institucional que debe ser revisado para garantizar los derechos comprende lo siguiente:

1. Los poderes fácticos nacionales y transnacionales deben someterse a controles jurídicos suficientes que sean dirigidos, o al menos supervisados, por los ciudadanos.
2. Los derechos fundamentales deben contar con garantías plenas de realización, principalmente los DESCAs.
3. Es imperioso luchar por una democratización radical, al igual que por la transparencia, rendición de cuentas, eficiencia y eficacia de todas las instituciones del Estado.
4. Los tratados internacionales, principalmente los relacionados con el comercio, las inversiones y la propiedad deben ser votados por los ciudadanos para poder entrar en vigor en los respectivos ámbitos territoriales.
5. Los mecanismos de derecho procesal constitucional deben ser amplios y accesibles a cualquier ciudadano o grupo social para proteger con suficiencia los derechos fundamentales de carácter social y los derechos colectivos —la acción ciudadana de inconstitucionalidad sin tener que demostrar ningún tipo de interés legítimo—.

¹⁴ Gargarella, Roberto, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Madrid, Katz, 2014.

6. Los instrumentos anticorrupción deben dirigirse fundamentalmente en contra de las grandes corporaciones transnacionales.
7. La democracia participativa, deliberativa y comunitaria necesita ser estimulada en todos los ámbitos.
8. El patrimonio de las naciones —sus recursos naturales— y su explotación deben corresponder exclusivamente a ellas a través de sus Estados.
9. La soberanía nacional debe seguir siendo un elemento importante para la definición del Estado y su actuar en el ámbito internacional.
10. Sobre todo, es imprescindible modificar el actual modelo económico neoliberal globalizador y sustituirlo por otro de naturaleza social que permita promover la industrialización interna y que fortalezca los mercados nacionales bajo criterios de igualdad¹⁵ para que se pueda realizar el Estado constitucional.

El análisis de la democracia en la teoría del Estado constitucional es muy débil e insuficiente. Algunos, casi todos, se quedan en los márgenes de la democracia liberal representativa. No se atreven a postular formas de democracia participativa y deliberativa radical o formas de democracia comunitaria. La importancia de la democracia como precondition del Estado constitucional es fundamental. Sin una activa participación de los ciudadanos y de los movimientos sociales, más allá de los momentos electorales, el Estado constitucional no es posible. ¿Por qué? Porque los ciudadanos y los movimientos sociales pueden supervisar, controlar, proponer y reclamar permanentemente a los gobernantes la satisfacción de los derechos. No se puede confiar exclusivamente en los mecanismos e instituciones de fiscalización del Estado, que en su mayor parte se encuentran cooptados por los poderes fácticos y formales. El ciudadano y los movimientos sociales tienen un papel que jugar para evitar el divorcio entre gobernante y gobernado, y para estar exigiendo el cumplimiento de los derechos humanos. El Estado de partidos tradicional es un esquema periclitado, obsoleto, que se ha

¹⁵ Cárdenas Gracia, Jaime, *El modelo jurídico del neoliberalismo*, México, UNAM, 2016.

aliado al poder transnacional para afectar la realización de los derechos.

Encuentro que las teorías del Estado constitucional requieren desarrollar una teoría de la democracia radical que vaya de la mano con la de los derechos humanos. Como dice un teórico estadounidense:

[...] para las mayorías pobres la solución de la crisis requiere de una redistribución radical de la riqueza y el poder, fundada en la construcción de estructuras democráticas más auténticas que permitan el control popular sobre las instituciones locales y transnacionales. Las posibilidades de transformación que se han abierto en América Latina no se pueden realizar sin un programa socialista democrático y una izquierda organizada.¹⁶

Uno de los problemas para la radicalización de la democracia en el mundo es que existen muchos grupos y particularismos —ecologistas, feministas, indigenistas, multiculturalistas, etc.— y cada quien defiende su agenda intensamente, sin una concepción universal que comprenda a todos esos grupos. Esta se puede encontrar en el paraguas de los derechos. El radicalismo del particularismo debe llevar al radicalismo también de los valores universales: justicia, igualdad y libertad. Para ello se requiere que los movimientos sociales de diverso género interactúen, se alíen y compartan agendas. La finalidad es luchar contra los esquemas de dominación que hacen inviable el logro de los derechos y del Estado constitucional como lo conciben los juristas.¹⁷

Además, no solo se trata de la radicalización de la democracia política, sino de la social y económica. La democratización tiene que alcanzar los ámbitos familiares, empresariales y económicos, pues mientras los hijos sean cosas propiedad de los padres, un trabajador sea un costo o una herramienta para los propietarios del dinero y de los medios de producción, será muy deficitaria la legitimidad del Estado constitucional. Lo importante es que sepamos que el Estado y el derecho pueden aproximarse a la rea-

¹⁶ Robinson, William I., *América Latina y el capitalismo global. Una perspectiva crítica de la globalización*, México, Siglo XXI Editores, 2015, p. 355.

¹⁷ Harvey, David, *Espacios de esperanza*, Madrid, Akal, 2012, pp. 276-277.

lización de ciertos derechos humanos, pero no pueden hacer milagros si los individuos y la sociedad no luchan por niveles más altos de igualdad y de libertad.¹⁸ Si la democracia política no viene acompañada por la democracia económica y social, aunque sea muy radical, no es capaz de llevar a cabo la emancipación humana.¹⁹

En la propuesta contrahegemónica que deberían elaborar las teorías del Estado constitucional sería muy importante que se supiera por qué se está luchando, qué clase de sociedad nacional y mundial es la que se quiere establecer. Es fundamental tener una comprensión de las relaciones de poder nacional y transnacionales vigentes para entender la dinámica de la política y el papel del derecho en esos esfuerzos alternativos.²⁰ Y esa tarea, las teorías del Estado constitucional ni siquiera la han empezado.

El multiculturalismo y el comunitarismo tienen igualmente un papel secundario dentro del análisis de las teorías del Estado constitucional porque la visión de los derechos humanos no se entiende desde las luchas de las sociedades, comunidades e identidades. La concepción de los derechos en los ordenamientos jurídicos, como dice Costas Douzinas,

[s]e moviliza en nombre de una cultura global, de los valores y principios que son un intento de cerrar las sociedades y de imponerles una lógica única. Que esa lógica sea occidental o cualquier otra, es secundaria; el punto es que se sigue un principio de unidad en contra de las ideas de indeterminación social y de autocreación existencial prometidas por la historia radical del derecho natural. Pero los derechos humanos también son un poderoso imaginario abierto a diversas identidades, a tradiciones heterogéneas y suprimidas. Los derechos humanos como un principio de política popular expresan la indeterminación y apertura de las sociedades a la política. Los derechos socavan el intento de reprimir algunas identidades sociales y de sancionar otras, y su indeterminación significa que los límites

¹⁸ López Calera, Nicolás María, *Yo, el Estado*, Madrid, Trotta, 1992, p. 114.

¹⁹ Esposito, Roberto, *Diez pensamientos acerca de la política*, México, FCE, 2012, p. 70.

²⁰ Laclau, Ernesto y Mouffe, Chantal, *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia...*, cit., p. 20.

de la sociedad siempre son disputados y nunca coinciden completamente con las cristalizaciones que imponen el poder y los títulos legales. Los derechos humanos encierran a la vez un principio de unidad y de homogeneidad y su opuesto, el primero simbolizado por la forma legal y el último por las luchas de la gente.²¹

Para entender los derechos humanos desde el comunitarismo y multiculturalismo, debemos entender al otro, al diferente, al que pertenece a culturas distintas a las occidentales y que reclama, en sus luchas de resistencia, uno o varios proyectos de derechos humanos diversos a los nuestros. La concepción de los derechos humanos no es occidental ni se encuentra solo en las cosmovisiones europeas y anglosajonas. En donde hay individuos y grupos que en ejercicio de sus autonomías pretenden resistirse al poder, el que sea, y lo hacen desde la defensa de su dignidad y de sus valores societales y culturales, están reclamando la vigencia de derechos humanos que no son necesariamente los nuestros.

Desgraciadamente, la posición dominante en las teorías del Estado constitucional poco repara en el carácter histórico, político, contingente, cultural y comunitario de los derechos humanos. Al centrarse fundamentalmente en el individuo y en su pertenencia a la cultura occidental, se desdeña que otras manifestaciones culturales y/o plurinacionales puedan considerarse concreciones de los derechos humanos. Como dice Luis Villoro:

[l]a persona no es un individuo sin atributos, incluye la conciencia de su propia identidad como miembro de una colectividad y esta no puede darse más que en un contexto cultural [...] Las creencias básicas que determinan las razones válidas, los fines elegibles y los valores realizables, varían de una cultura a otra. Por tanto, el respeto a la autonomía de las personas incluye el de las comunidades culturales a las que pertenecen. El “derecho de los pueblos” solo puede contarse entre los derechos humanos fundamentales, en la medida en que el “pueblo” sea una condición para la autonomía de la persona.²²

²¹ Douzinas, Costas, *El fin de los derechos humanos*, Antioquia Colombia, Legis Editores, 2008, p. 456.

²² Villoro, Luis, “Sobre derechos humanos y derechos de los pueblos”, en *Revista Isonomía*, núm. 3, oct, 1995, México, ITAM, p. 10.

En ese sentido, es muy discutible sostener, como lo hace nuestra Constitución, que no son derechos humanos aquellos derechos colectivos que violentan derechos individuales de sus miembros.²³ Los derechos humanos lo son, independientemente de su origen individual o colectivo, si existen buenas razones para que lo sean y si son instrumento de resistencia frente a la opresión de los otros, sobre todo cuando esta tiene su origen directo en la explotación económica, política o social. Se trata de cuestiones abiertas que no pueden cerrarse de una vez y para siempre, son producto de una deliberación colectiva, plurinacional y multicultural. Como también dice Douzinas, el fin de los derechos humanos es la promesa de lo que todavía no es, pero que se pretende que sea, para que una vez que sea realizado se pueda volver a poner en cuestión.²⁴

Los liberales a ultranza suelen insistir en la superioridad de los derechos humanos en Occidente sobre Oriente o respecto a otras latitudes, porque los derechos se apoyan en la autonomía y dignidad humanas. Sin embargo, ese punto de vista no considera que, por ejemplo, los comunitaristas asumen que el individuo solo se realiza en su pertenencia con la comunidad, por lo que sostener a ultranza los valores de autonomía y dignidad en contra de culturas, credos o tradiciones equivale a reconocer que no hay respeto a las diferencias,²⁵ y esas diferencias culturales, como también sus fundamentos, merecen respeto y consideración. No pueden ser descartadas sin más, sin que exista un diálogo o deliberación entre culturas.

La manera de entender la globalización es otra de las debilidades del Estado constitucional. Ferrajoli propone globalizar el constitucionalismo, aunque asume que es una tarea de difícil realización.²⁶ Manuel Atienza, en polémica con Ferrajoli respecto a

²³ Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, UNAM-ITAM-CEAD, 2015, pp. 167-171.

²⁴ Douzinas, Costas, *El fin de los derechos humanos...*, cit., p. 462.

²⁵ Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, pp. 244-245.

²⁶ Ferrajoli, Luigi, "La crisis de la democracia en la era de la globalización", en *Law and Justice in a Global Society*, Granada, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 2005, pp. 50-51.

la existencia de una moral objetiva como fundamento de los derechos, señala que sí debe mundializarse el constitucionalismo y propone el derecho humano universal a recibir una renta básica, la que se financiaría con la famosa “tasa Tobin” que gravaría las especulaciones financieras internacionales.²⁷ Otros, como Laporta, sostienen que la globalización neoliberal no afecta las estructuras jurídicas nacionales.²⁸ En fin, salvo el punto de vista más elaborado de Ferrajoli, existen pocas referencias en las teorías del Estado constitucional sobre lo que implica la globalización para esa forma de Estado, que se supone vigente, y que entraña el mayor riesgo para toda su construcción epistémica y materialización.

Dice Boaventura de Sousa Santos que el nuevo derecho de la globalización jurídica no es producto del impulso intelectual de juristas bien intencionados, sino de los poderes de dominación mundial y de abogados, burócratas estatales, instituciones internacionales, transnacionales, algunos movimientos populares y organismos no gubernamentales que proponen un nuevo derecho para las nuevas realidades. El proceso de construcción del nuevo derecho no es monolítico sino muy diverso, aunque en él han ido ganando los intereses de las grandes corporaciones mundiales y de las potencias más importantes sobre las organizaciones no gubernamentales que defienden los derechos humanos, el *ius humanitatis* o el medioambiente.²⁹

Es muy difícil explicar, describir y teorizar el desarrollo de este nuevo derecho, por su carácter complejo y heterogéneo. Conviven en su construcción múltiples expectativas, reclamos e intereses. Por un lado, están las demandas de inclusión, igualdad o reclamos de identidad de los pueblos, individuos y grupos sociales; por otro, están la desigualdad creciente en el mundo,

²⁷ Atienza, Manuel, “Constitucionalismo, globalización y derecho”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (coords.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010, pp. 264-281.

²⁸ Laporta, Francisco, “Globalización e imperio de la ley. Un texto provisional para el debate con algunas dudas y perplejidades de un viejo westfaliano”, en *Law and Justice in a Global Society*, Granada, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 2005, pp. 235-236.

²⁹ Sousa Santos, Boaventura de, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid, Trotta, 2009, pp. 292 y ss.

la explosión demográfica, la catástrofe ambiental, la proliferación de armas de destrucción masiva, los intereses de las grandes corporaciones internacionales y los intereses geopolíticos de las principales potencias.

La globalización neoliberal puede, desde una visión de poder —con la complicidad de los intereses geopolíticos—, explicarse por la existencia de una triple alianza entre las empresas transnacionales, el capital local y la burguesía estatal.³⁰ Los tres factores o elementos de esta alianza comparten su situación común de privilegio sociopolítico y su interés por incrementar su influencia, no solo en los ámbitos económicos, sino en los sociales y políticos de todas las naciones y en los procesos de integración mundial y regional. Para ello, se auxilian de la política y del derecho con el fin de lograr sus objetivos.

Aunque aún desconocemos las consecuencias definitivas de la globalización neoliberal para el Estado y el derecho —si desaparecerá el Estado-nación o se adaptará a las nuevas circunstancias— los teóricos que han buscado entender los fenómenos vinculados a ella destacan distintas maneras jurídicas de analizarla y estas son: la transnacionalización de la regulación del Estado-nación; el derecho de la integración regional; el resurgimiento de la *lex mercatoria*; el derecho de las personas que atraviesan fronteras; el derecho de los pueblos indígenas; el cosmopolitismo subalterno e insurgente y los derechos humanos, y el derecho de los recursos naturales globales de propiedad común.³¹ A estas variables debemos sumar de manera destacada la crisis del principio de soberanía, el desmantelamiento del Estado de bienestar, la opacidad e ilegitimidad con que se crea y aplica el derecho de la globalización neoliberal y el despojo de los recursos naturales por parte de los Estados hegemónicos a los Estados débiles o periféricos.

Sobre la crisis de la soberanía, podemos decir que el modelo de Estado westfaliano, que creó el Estado-nación caracterizado

³⁰ Evans, Peter, *Dependent Development: the Alliance of Multinational, State and Local Capital in Brazil*, Princeton, PUP, 1979.

³¹ Sousa Santos, Boaventura de, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho...*, cit., pp. 329 y ss.

por la centralización del poder en un gobierno que controla un territorio, la expansión del gobierno administrativo, la legitimación del poder a través de la teoría representativa y el monopolio de la fuerza concentrado en las fuerzas armadas y cuerpos de seguridad pública, ha sido sustituido por una nueva forma de Estado que se podría denominar trasnacional. La característica principal de este nuevo Estado es que las principales decisiones que afectan a las sociedades nacionales no se adoptan por los representantes electos de cada nación, sino en sedes extranacionales. Esas decisiones tienen que ver principalmente con las condiciones de vida de las sociedades y son tomadas por actores, instituciones y agentes no nacionales. Las resoluciones que se implementan en cada nación tienen como objetivo garantizar los procesos de acumulación del capitalismo mundial, favorecer a los grandes intereses económicos trasnacionales y nacionales y, en su caso, responder a lógicas geopolíticas que benefician a las grandes potencias mundiales que, por otra parte, están al servicio de los intereses económicos mundiales. De esta suerte, el poder ya no está centralizado en el Estado, sino que se encuentra deslocalizado en instituciones y agentes económicos supranacionales, el gobierno administrativo de cada Estado se reduce, flexibiliza y se ajusta a las necesidades del capitalismo mundial, los poderes extranacionales no están legitimados democráticamente y el poder militar fundamental se localiza en las grandes potencias mundiales o en instituciones supranacionales controladas por esas potencias.

Estudiosos como David Held sostienen que la operación de los Estados-nación en este sistema mundializado o globalizado limita su autonomía y las posibilidades de la soberanía estatal como se entendió en el pasado.³² ¿Por qué? Porque las decisiones nacionales más importantes no se adoptan por las sociedades locales, sino en instancias externas; porque la regulación jurídica nacional se debe adecuar a las necesidades del capitalismo mundial; porque la regulación trasnacional se considera jerárquicamente superior a la nacional y, por tanto, esa regulación no puede ser transgredida sin graves consecuencias para el Estado-nación, y porque las redes de regulación jurídica mundial complejizan y

³² Held, David, y McGrew, Anthony, *Globalización-antiglobalización. Sobre la reconstrucción del orden mundial*, Barcelona, Paidós, 2003.

obstaculizan el funcionamiento de las autoridades locales que aparecen desconcertadas ante las realidades del nuevo derecho transnacional.

En cuanto a la pervivencia de cualquier forma de bienestar —garantía de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), tal como postulan las teorías del Estado constitucional—, como dice José Eduardo Faria, cuanto más veloz es la integración de los mercados en un “sistema-mundo” o en una “economía-mundo”, más se reduce la capacidad de coordinación macroeconómica de los Estados-nación, pues mediante las recomendaciones de los organismos financieros internacionales se llega a impedirseles establecer políticas keynesianas de altas tasas de gasto público para sustentar el empleo o el crecimiento económico.³³ De esta suerte, las posibilidades del Estado para garantizar o contribuir a garantizar los derechos de igualdad se reducen. El modelo jurídico neoliberal de la globalización se caracteriza por la reducción sustancial en la satisfacción de los DESCAs. En este modelo, los ciudadanos del Estado-nación tienen menos acceso al empleo, a la salud, a la educación, a la vivienda y a otros derechos sociales de igualdad.

La globalización neoliberal impulsa una nueva regulación del Estado-nación, la que implica que el Estado-nación realiza ajustes al derecho interno para que este sea compatible con las exigencias de la globalización neoliberal.³⁴ Los ajustes ocurren principalmente en el derecho económico, comercial y social, aunque se pueden extender a otros ámbitos como el del derecho electoral, a fin de configurar democracias formales, no siempre auténticas, que no fortalecen la construcción de ciudadanía. Las finalidades de esos ajustes jurídicos son la liberalización del comercio, la privatización de industrias o sectores, la liberalización agrícola, el desmantelamiento de las agencias reguladoras, la flexibilización del mercado laboral, la privatización de los servicios sociales vinculados a la salud o a la educación, la menor preocupación por los asuntos ambientales, entre otros.

³³ Faria, José Eduardo, *El derecho en la economía globalizada*, Madrid, Trotta, 2001, p. 30.

³⁴ *Idem.*

La globalización de la regulación del Estado-nación no tiene los mismos efectos sociales en los países desarrollados que en los subdesarrollados. En estos, las consecuencias pueden ser, en mayor medida que en los Estados más poderosos, el incremento de la desigualdad y el apuntalamiento de la influencia y del poder en las élites locales y mundiales sobre las poblaciones locales. Las nuevas regulaciones de la globalización pueden traer consigo fenómenos de inseguridad e ingobernabilidad, porque a la pobreza crónica de las sociedades nacionales se suma la eliminación de todo tipo de protección social o de otra índole a cargo del Estado.

El derecho a la integración regional, que entraña la globalización neoliberal, significa que los Estados-nación crean instituciones y competencias jurídicas supranacionales. Las nuevas entidades asumen competencias que antes tenían los Estados. Los procesos de integración no suelen ser votados, se realizan sin la participación de las sociedades locales y, por ello, existe un serio déficit de legitimidad democrática. Casi nunca los responsables de las entidades supranacionales son electos democráticamente y no se acostumbra ventilar públicamente el procesamiento de sus decisiones. La ilegitimidad democrática y la opacidad son las características distintivas de los procesos de integración.³⁵

Las entidades supranacionales se construyen y desarrollan generalmente para promover dos objetivos: 1. la integración económica y comercial, y 2. la protección de los derechos humanos. De esos dos objetivos prevalece el económico y el comercial, que es el que recibe el mayor impulso. La integración para la salvaguarda de los derechos humanos se utiliza como instrumentos de legitimación del primer objetivo y va a la saga de él, porque si sustituyera a la preponderancia con la que cuentan los procesos de integración económica y comercial, se podría afectar seriamente al proyecto de la globalización. Así, en las entidades supranacionales de los derechos humanos, la garantía de los DESCAs recibe menor respaldo que la salvaguarda de los derechos de la llamada primera generación.

³⁵ Hernández Cervantes, Aleida, *La producción jurídica de la globalización económica*, México, UNAM-Universidad Autónoma de San Luis Potosí-Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat, 2014, pp. 203-216.

Todo lo anterior obliga a las sociedades, nacionales y mundiales, a profundizar el discurso y la práctica de la democracia radical —participativa, deliberativa, comunitaria, además de representativa— y de las estructuras e instituciones tradicionales del Estado constitucional, a la par que debemos construir y realizar una teoría económica y social que sea capaz de justificar, costear y respaldar las propuestas y proyectos constitucionales y de derechos que las sociedades hagan desde las esferas jurídicas y políticas locales e internacionales. El Estado constitucional, tal como hoy se manifiesta, sin una transformación en el modelo capitalista de dominación y sin un rediseño nacional y mundial de las instituciones vigentes de carácter representativo, será incapaz de satisfacer en un sentido fuerte a los derechos humanos que se pretende salvaguardar y proteger, y que teóricamente le dan razón a su existencia.

Aparejado a lo anterior, una gran deficiencia de las teorías del Estado constitucional es su concepto de democracia constitucional. Mis razones de crítica son las siguientes:

1. Si la democracia involucra también a los derechos humanos y no solo a la regla de la mayoría, hay que admitir en cuanto a exigibilidad que existen algunos derechos: los económicos, sociales, culturales y ambientales, que se protegen de manera inferior a los derechos de libertad —no todos los derechos se protegen y garantizan igual—.
2. Las teorías del Estado constitucional presentan a los derechos humanos como universales, absolutos e inalienables, es decir, como derechos previos al orden jurídico, de fuerza superior a la jurídica —de carácter moral objetivo— y como derechos a los que se puede renunciar pero no abandonar; sin embargo, el alcance y significado de los derechos depende de las concepciones filosóficas y culturales que están detrás de ellos, como lo demuestran, por ejemplo, el análisis de las corrientes filosóficas, el comunitarismo y el multiculturalismo.
3. Los derechos humanos surgen de las aspiraciones de grupos en resistencia frente al poder, cuando hablamos de derechos, ¿de cuáles estamos hablando? de los establecidos en constituciones y tratados creados por burocracias

nacionales y/o supranacionales no electas y opacas, o de los derechos que están por nacer de las luchas políticas y sociales frente y en contra del poder establecido.

4. La tesis del fundamento moral objetivo y absoluto de los derechos es equivocada, porque no toma en cuenta las circunstancias históricas, sociales y económicas del devenir humano, ni tampoco se hace cargo de que los derechos que merecen ser sustantivados sean los que resultan de procedimientos deliberativos, participativos y democráticos, que se deberían ventilar en el seno de las sociedades, al interior de las culturas y entre culturas.
5. Finalmente, cómo decir cuáles y qué derechos, cuando son élites de expertos quienes los definen hoy en día, prescindiendo de las sociedades. Existe en su concepción, significación y alcances actuales una tendencia a la oligarquización de los derechos y una violación a los principios de autonomía y dignidad, pues se dice, por las corrientes liberales, que son los dos valores que dan sustento y justificación de los derechos. ¿Acaso las sociedades, culturas e individuos que las componen no deben ser tomados en cuenta y de manera directa para la determinación de cuáles derechos deben reconocerse como tales, y no a través de representantes y expertos que no tienen vínculos efectivos con ellas?

La democracia constitucional es un arreglo para garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos en un sentido muy fuerte,³⁶ pero muy equivocado, porque carece de sustento histórico, social y económico y de una base deliberativa y participativa. Se sostiene, lo que no dudo, que las mayorías pueden violar los derechos humanos de las minorías o de una persona y, por eso, no pueden ser equivalentes a la democracia, pero son principalmente las minorías del mundo neoliberal las que infringen los derechos. La democracia constitucional también nos previene en contra del concepto de soberanía como equivalente a mayorías. Esta, se dice, no es asimilable ni a las mayorías ni a las unanimidades, pues tanto las mayorías como las unanimidades o las

³⁶ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías: La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2010, p. 25.

mismas minorías son “fragmentos” de la soberanía. La soberanía termina o concluye cuando se postula, es una idea regulativa que propone una noción de salvaguarda de los derechos de todos. La democracia constitucional constituye una limitación al poder de las mayorías y supone, falsamente, que lo hace a nombre de las minorías desvalidas y excluidas, cuando son estas las que suelen violar los derechos de las mayorías.³⁷

Las minorías a las que se dice proteger por medio de los derechos no son sociológicamente las más débiles, son las más poderosas de las naciones y del planeta, como lo demuestran las teorías críticas del neoliberalismo globalizador. Esas minorías poderosísimas cuentan con los derechos para oponerlos a las amplísimas mayorías que habitan las naciones y el plantea, y además tienen de su lado la estructura institucional de protección, pues los guardianes de los derechos son burócratas no electos, que muchas veces dependen de esos grandes y minoritarios intereses, y definen en total opacidad lo que son y no son los derechos.

Esto significa que un rasgo muy reprochable de las teorías constitucionales reside en los garantes de los derechos, en las instituciones nacionales y supranacionales que los definen y determinan. Los derechos se reconocen en la opacidad e ilegitimidad. La opacidad es evidente porque los derechos son reconocidos por instancias supranacionales y nacionales sin el concurso de las sociedades, sin rendición de cuentas. Los procedimientos de generación de los derechos se toman por unos cuantos funcionarios —la tecnocracia nacional y supranacional de los derechos humanos— y las sociedades nacionales desconocen con suficiencia las razones, motivos o argumentos que esgrimen esas personas para reconocer los derechos, a quién se beneficia y por qué no beneficia, o se reconocen derechos bajo criterios alternativos. El proceso de reconocimiento de derechos —como prueba la reforma mexicana de derechos humanos de 10 de junio de 2011— se realiza sin suficiente luz y taquígrafos, sin debates parlamentarios y sociales amplios, y sin que los sectores sociales involucrados por los derechos puedan exponer extensamente sus

³⁷ Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional: una radiografía teórica*, Madrid, FCE, 2007.

puntos de vista en esos procedimientos y reconocimientos. Es ilegítimo el reconocimiento de los derechos, porque muchas veces su definición se efectúa por personas que no han sido electas por el pueblo, que no le rinden cuentas al pueblo, que no pueden ser removidas de sus funciones por el pueblo y porque el derecho reconocido no responde, en variadas ocasiones, a los intereses y necesidades del pueblo, sino a los derechos fundamentales de las minorías —las grandes corporaciones internacionales y de los poderes políticos y económicos que están detrás de ellas—. Los derechos humanos reconocidos no se aprueban en muchos países mediante el referéndum ciudadano. Además, son derechos que no puede ser derogados o abrogados por los ciudadanos de los Estados-nación.

Los tribunales o cortes constitucionales, garantes de las teorías del Estado constitucional, merecen abundantes críticas. Existe en el mundo entero una fuerte discusión académica, pero también política, sobre el problema de la legitimidad democrática de los jueces constitucionales. Preguntas como: ¿por qué el poder judicial, que no es producto de una elección popular, puede invalidar una ley emanada del legislativo?, ¿cómo la decisión democrática puede ser interferida por quienes no representan a nadie?, ¿en nombre de qué las generaciones pasadas pueden atar a las generaciones futuras?, ¿por qué parece que en el Estado constitucional democrático de derecho el poder se traslada del legislador al juez? Todas estas preguntas y otras similares, así como sus difíciles respuestas, tienen que ver con la legitimidad democrática de los jueces y, sobre todo, con los jueces constitucionales que en los sistemas de control concentrado o mixto anulan o invalidan leyes y que, en algunos ordenamientos, determinan al legislador la manera específica en que debe legislar materias concretas.³⁸

¿Cuál es la justificación para tal intervención? ¿No se pone en riesgo la democracia? ¿A quién representan los jueces? Estas preguntas, al igual que las primeras, ponen en cuestión al sistema democrático, al grado de que algunos hablan ya de un gobierno

³⁸ Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, 2005, pp. 155-199.

de jueces.³⁹ La dificultad contramayoritaria que significa la interpretación de constituciones conformadas preponderantemente por principios⁴⁰ se ha intentado afrontar acudiendo a múltiples teorías. En algunas de ellas existe un pesimismo evidente, en otras se intenta conciliar a la democracia con el papel que en ella juegan los jueces. Desde antiguo, pero sobre todo ahora, existe una muy clara conciencia sobre el papel que los principios desarrollan en el modelo constitucional de derecho, se han dado respuestas diversas sobre la principal cuestión, que señala:

[s]i el principio democrático establece que las decisiones que afectan a la colectividad deben ser adoptadas a través de un procedimiento en el que todos puedan participar con su voz y con su voto, bajo la regla de la mayoría; y si en las condiciones actuales de la modernidad ese principio abstracto se concreta en el establecimiento de un sistema representativo en el que un Parlamento elegido periódicamente por sufragio universal toma decisiones por mayoría; entonces, ¿por qué deberían someterse las decisiones a un ulterior control judicial?⁴¹

Algunas de las soluciones proponen una interpretación que asuma los presupuestos democráticos, como es el caso de Ely,⁴² otras aluden a la soberanía constitucional,⁴³ otras plantean la reducción de los poderes interpretativos del juez —Kelsen y los originalistas estadounidenses—, otras sostienen la legitimidad judicial a partir de las garantías orgánicas y funcionales de inde-

³⁹ Águila, Rafael del, *La senda del mal, política y razón de Estado*, Madrid, Taurus, 2000, pp. 293 y ss.

⁴⁰ Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch*, New Haven, Yale University Press, 1962, p. 16.

⁴¹ Ferreres, Víctor, “Justicia constitucional y democracia”, en *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, Miguel Carbonell (comp.), México, Porrúa-UNAM, 2002, pp. 247-248.

⁴² Ely, John, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1980.

⁴³ Hamilton, A.; Madison, J. y Jay, J., *El federalista*, México, FCE, 1987; también ver la selección de artículos federalistas y antifederalistas en Sánchez Cuenca, Ignacio y Lledó, Pablo, *Artículos federalistas y antifederalistas. El debate sobre la Constitución americana*, Madrid, Alianza Editorial, 2002.

pendencia e imparcialidad judicial,⁴⁴ algunas hacen consistir la legitimidad del juez en la calidad de su argumentación para vislumbrar la única respuesta correcta en los casos difíciles,⁴⁵ otras proponen nuevos diseños institucionales en el poder judicial que propendan a una democracia más deliberativa y participativa,⁴⁶ y así, un largo etcétera de soluciones en un ámbito en donde algunos son muy pesimistas.⁴⁷

Por mi parte, sostengo lo siguiente:

1. Los órganos garantes de los derechos merecen contar con legitimidad democrática directa de los ciudadanos para que sus titulares tengan responsabilidad directa frente a ellos y porque cualquier órgano cúspide del Estado debe ser expresión de la soberanía popular.
2. La historia constitucional de América Latina demuestra que los nombramientos de los titulares de las cortes constitucionales dependen del presidente o de las cúpulas de los partidos mayoritarios.
3. El hecho anterior limita su independencia porque suelen actuar y decidir como si fuesen correas de transmisión de los intereses y voluntad de quien los designó.
4. Por el mecanismo de designación, los órganos constitucionales autónomos se han partidocratizado y se conducen en atención a ese hecho.

⁴⁴ Ibáñez, Perfecto Andrés, “Democracia con jueces”, en *Claves de Razón Práctica*, núm. 128, dic, 2002, pp. 4-11.

⁴⁵ Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1988, pp. 44-71.

⁴⁶ Nino, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional, análisis jurídico y político de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, pp. 657 y ss. También véase Nino, Carlos, “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, en *Cuadernos y Debates*, núm. 29, 1991, CEC, Madrid, pp. 97 y ss.; Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 173 y ss.

⁴⁷ Troper, Michel, “El poder judicial y la democracia”, en Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez (comps.), *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona, Gedisa, 2003, pp. 209-233. También véase Troper, Michel, *Por una teoría jurídica del Estado*, Madrid, Dykinson, 2001; Pintore, Anna, “Derechos insaciables”, en Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 243-265.

5. No suele haber pluralismo jurídico, político o ideológico entre los titulares de estos órganos, porque estos representan y reproducen las concepciones jurídicas o políticas de las clases dominantes.
6. Por el método de designación existente, los titulares de esos órganos pierden independencia, porque con motivo de sus funciones no afectarán los intereses de quien los nombró, ya sea el ejecutivo, el Congreso o cualquier otra instancia de autoridad o conjunción de estos.
7. Los órganos constitucionales autónomos que tienen facultades para anular o invalidar leyes con efectos generales actúan como poderes contramayoritarios, capaces de anular o desaplicar normas jurídicas que han sido aprobadas por las mayorías o sus representantes.
8. El método de designación más el estatuto de sus titulares los transforma en órganos elitistas.
9. El método de designación no les permite generar vínculos con la ciudadanía ni promueve la rendición de cuentas a la sociedad.
10. Sus titulares resuelven de espaldas a la sociedad y, por lo mismo, no sienten que estén allí para garantizar las necesidades, intereses y derechos de los ciudadanos, sino los intereses y privilegios de los dirigentes y beneficiarios del *statu quo*.

La elección por sufragio universal de los titulares de los poderes judiciales ha existido en América Latina. Además del caso boliviano vigente, el método de elección popular de los titulares del poder judicial fue una realidad para los ministros de la Suprema Corte, el fiscal y el procurador en la Constitución mexicana de 1857. El profesor José María del Castillo Velasco, que fue constituyente de esa ley suprema, en su obra *Apuntamientos para el estudio del derecho constitucional mexicano* señala textualmente:

Mientras el poder judicial se considere [...] como ramo de la administración pública, bien podría confiarse el nombramiento de los jueces al ejecutivo, ya por sí solo, ya con intervención del legislativo; pero desde el instante en que el ejercicio de las funciones judiciales se ha considerado como un verdadero poder público; desde el momento en que a ese poder se ha confiado la inviolabilidad de

la Constitución, y el examen y el juicio de las leyes mismas con relación a la ley suprema, no puede confiarse la elección de los jueces, sino al pueblo [...].⁴⁸

Daniel Cosío Villegas, en su obra *La Constitución de 1857 y sus críticos*, compara a los ministros de la Suprema Corte de Justicia de México de mediados del siglo xx con los ministros derivados del método de elección de la Constitución de 1857, y concluye que estos últimos eran, entre otras cosas, debido al método de elección ciudadano, “[...] independientes, fiera, altanera, soberbia, insensata, irracionalmente independientes [...]”.⁴⁹

En este sentido, la vía de nominación o de selección de los titulares de los órganos constitucionales autónomos no es indiferente, es fundamental. Si la nominación, depende de los poderes formales o de los poderes fácticos, puede estar condicionada por la ideología política, los intereses y hasta las instrucciones de quien nombra. En Estados Unidos es bastante conocida la posición de Jeremy Waldron en contra del carácter contramayoritario de la Corte Suprema de ese país,⁵⁰ y por eso insiste en que la revisión de constitucionalidad debe permanecer en el Congreso.

La elección por sufragio universal de los titulares de las cortes constitucionales podría comportar críticas e inconvenientes, sobre todo si los candidatos a ocupar esos cargos son postulados por los partidos políticos, reciben financiamiento público o privado, o realizan campañas. Para evitar esos inconvenientes, es importante que los candidatos a ocupar las titularidades de las cortes constitucionales no sean postulados por los partidos políticos. Para que no exista dependencia respecto de ellos, también debe prohibirse que esos candidatos reciban financiamiento público o privado o que realicen campañas, porque ello los haría dependientes de intereses económicos, mediáticos o de otra

⁴⁸ Castillo Velasco, José María del, *Apuntamientos para el estudio del derecho constitucional mexicano*, ed. facsimilar, México, Miguel Ángel Porrúa, 2007, p. 203.

⁴⁹ Cosío Villegas, Daniel, *La Constitución de 1857 y sus críticos*, 2ª ed., México, FCE-Clío, 2007, p. 102.

⁵⁰ Waldron, Jeremy, *The Dignity of Legislation*, Cambridge University Press, 1999.

índole. El método ideal de elección de los titulares de las cortes constitucionales debe comprender tres etapas: 1. la realización de un examen de los aspirantes que cumplan los requisitos constitucionales y legales; 2. los diez primeros lugares por cada posición vacante deben tener acceso a tiempos gratuitos en radio y televisión para dar a conocer sus propuestas y sus ideas en torno a la orientación constitucional y social que debe a su juicio tener la Corte Constitucional, y 3. elección por voto ciudadano, al momento de la elección del resto de los cargos públicos de elección popular, entre los diez finalistas por vacante. Estaría prohibido que los partidos u otros grupos económicos respaldaran a cualquiera de los diez finalistas. Considero que este método limitaría los inconvenientes de la elección de los titulares por sufragio universal, garantizaría su independencia de los poderes fácticos y de los partidos y, al tener un componente basado en el mérito, promovería el arribo de las y los mejores a estas posiciones.

En cuanto al principio de proporcionalidad, regla o método privilegiado para resolver las colisiones entre principios constitucionales, solo hay que exponer las críticas de autores reconocidos y alguna propia.⁵¹ Habermas cuestiona a Alexy y señala que concebir a los derechos fundamentales como máximas de optimización elimina el sentido deontológico de los derechos fundamentales, pues la concepción teleológica de los derechos llevaría a relativizar las posiciones iusfundamentales del individuo, de forma que los derechos fundamentales no serían cartas de triunfo frente a los objetivos estatales, sino únicamente valores objeto de ponderación con otros valores en cada situación concreta. La concepción teleológica de Alexy —según Habermas— debilita los derechos fundamentales y favorece la realización de metas arbitrarias en contra de los individuos, es decir, la concepción de Alexy no se concilia con la tradición liberal que concibe a los derechos fundamentales como universales, inalienables y absolutos.⁵²

⁵¹ Cárdenas Gracia, Jaime, *Manual de argumentación jurídica*, México, Porrúa, 2014, pp. 206-210. En esa obra intento salvar las críticas del principio de proporcionalidad, pero encuentro ahora que mis argumentos de respuesta no son suficientes.

⁵² Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, p. 278; Habermas, Jürgen, *La inclusión del otro*, Barcelona, Paidós, 1999, p. 55; y Aran-

La crítica de Habermas tiene seguidores en autores que sostienen que la aplicación de los derechos fundamentales mediante el principio de proporcionalidad es irracional y produce arbitrariedad, sirve para construir juicios salomónicos,⁵³ porque el propio principio de proporcionalidad es indeterminado conceptualmente, los principios constitucionales son entre sí inconmensurables e incomparables y con el principio de proporcionalidad es imposible predecir resultados. Sobre la indeterminación conceptual del principio de proporcionalidad, se dice que no existen criterios jurídicos que sean vinculantes para el juez y que puedan utilizarse para controlar las decisiones judiciales en las que se ponderan principios. El principio de proporcionalidad es una estructura que se completa con las apreciaciones subjetivas del juez. Respecto a la incomparabilidad y la inconmensurabilidad de los principios constitucionales que se ponderan, se argumenta que estos no son comparables porque son diferentes entre sí, y en cuanto a la inconmensurabilidad, se indica que al no existir una relación jerárquica entre los principios constitucionales ni una medida en común entre ellos, es imposible determinar el peso de cada principio. Finalmente, el principio de proporcionalidad no garantiza predecir los resultados de la ponderación y, en consecuencia, la jurisprudencia derivada de la aplicación del principio de proporcionalidad siempre será *ad hoc* —caso por caso— y *a posteriori*, es incapaz de generar criterios generales, lo que desdora la seguridad jurídica del ordenamiento.⁵⁴

Enlazadas con las anteriores críticas, se dice también que al ponderar los tribunales constitucionales, que carecen de legitimidad democrática, intervienen ilegítimamente en las compe-

go, Rodolfo, “Concepciones deontológicas y teleológicas de los derechos fundamentales”, en Clérico, Laura y otros (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación*, Granada, Comares, 2011, pp. 73-90.

⁵³ Jiménez Campo, Javier, *Derechos fundamentales: concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999, p. 73.

⁵⁴ Véase este resumen en Bernal Pulido, Carlos, “¿Es la ponderación irracional y contraria al principio democrático? Una discusión sobre la teoría de los derechos fundamentales como principios en el contexto de España”, en Sieckmann, Jan R. (ed.), *La teoría principalista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 228-229.

tencias que la Constitución confiere a otros poderes del Estado, principalmente al poder legislativo.⁵⁵ Según esas críticas, el Tribunal Constitucional sustituye y ocupa el lugar de la Constitución —la Constitución dice lo que quiere que diga el Tribunal Constitucional— y las diversas —y hasta contradictorias— decisiones subjetivas que emite el Tribunal Constitucional anulan las decisiones democráticas que el legislador ha tomado. El principio de proporcionalidad es una herramienta que han inventado los tribunales constitucionales para legitimarse y para intervenir indebidamente en decisiones políticas. Así como los tribunales constitucionales intervienen indebidamente en las competencias del legislador, también intervienen en las competencias de la jurisdicción ordinaria, pues las decisiones de los primeros constitucionalizan el derecho ordinario mediante la irradiación de sus decisiones y a través de vías como la acción o juicio de amparo.

Además existen otros tipos de crítica respecto al principio de proporcionalidad. Una de ellas es la del profesor español Juan Antonio García Amado, quien sostiene que el principio de proporcionalidad supone entender que, subyacente a la Constitución formal, existe otra que es la Constitución material, la que hace ilusoriamente aparecer a la primera como un sistema claro, coherente y pleno. La Constitución material concreta e institucionaliza la moral social o política vigente. Los tribunales constitucionales resuelven y dotan de contenidos a los principios constitucionales empleando los principios morales de esa moral, los que no pueden tener un significado objetivo en una sociedad abierta y democrática y, por ello, sus decisiones no solo son discrecionales, sino irracionales.⁵⁶

Además de lo anterior, estimo que el principio de proporcionalidad es un método que al buscar la conciliación y la armonización entre los principios favorece el mantenimiento de

⁵⁵ Por ejemplo, véase Waldron, Jeremy, *The Dignity of Legislation*, Cambridge University Press, 1999, pp. 158-160. Sobre esta discusión véase Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, 2005, pp. 155-199.

⁵⁶ García Amado, Juan Antonio, “¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial? O de cómo en la actual teoría del derecho (casi) nada es lo que parece y (casi) nadie está donde dice”, en *Berbiquí*, núm. 30, 2005, pp. 14 y ss.

lo establecido. Es un instrumento de pacificación social, política y económica. Como tal, favorece a los intereses del *statu quo* y carece de la capacidad transformadora de esa realidad. La proporcionalidad simplemente pretende determinar qué principio prevalece en el caso concreto, pero no se propone hacer de él un mecanismo de cambio social o económico. En este sentido, es un método conservador que viene a beneficiar a los intereses económicos, sociales y políticos que respaldan la realidad existente. Su capacidad de manipulación no va a ir en contra de las expectativas de las respectivas oligarquías dominantes o hegemónicas, ya sea de las naciones o del espacio supranacional. Con el principio de proporcionalidad se podrá abundar y adicionar en los ámbitos de lo políticamente correcto, de la moral prevaleciente, pero nunca servirá para trastocar los modelos económicos, políticos o simbólicos de dominación.

¿Qué son las teorías del Estado constitucional? Construcciones jurídicas que desean el noble sueño de la realización de los derechos humanos, pero que se enfrentan a la amarga pesadilla de la realidad, pues algunos de esos derechos —los de igualdad— no pueden ser realizados sin trastocar el modelo capitalista de dominación. Son teorías que, como lo hemos descrito en estas páginas, desconfían de las posibilidades de una democracia radical, de la importancia de un nuevo diseño de las instituciones, que no atienden al modelo de dominación vigente —el neoliberal globalizador—, que ven por encima del hombro a las concepciones comunitarias y multiculturalistas, que ingenuamente piensan que el concepto de democracia constitucional sirve para salvaguardar los derechos de los débiles, cuando en realidad sirviéndose de él protegen los derechos de los poderosos, que son minoría en las naciones y en el planeta. Son teorías profundamente elitistas, oligárquicas y antidemocráticas, porque confían a grupos tecnocráticos de expertos en derechos humanos la determinación y el alcance de los mismos. En fin, son teorías que no tocan el nervio de los modelos de dominación capitalistas neoliberales y globalizadores vigentes, pero tristemente les brindan un servicio de legitimación jurídica para mantener la ilusión de que a través del derecho son posibles las transformaciones, aunque tal vez eso de suyo ya sea importante.

Capítulo 4. Consecuencias jurídicas y políticas de la reforma constitucional energética¹

En este capítulo revisaremos algunas de las consecuencias jurídicas y políticas de la reforma constitucional energética de 2013. Entre otras variables y consecuencias, sostenemos que el cambio constitucional contradice las decisiones políticas fundamentales de nuestro ordenamiento y, en este sentido, las podemos calificar de inconstitucionales, es decir, no válidas. Indicamos que la reforma constitucional trae aparejado el fortalecimiento de los poderes fácticos transnacionales que harán mucho más débiles a los poderes formales de nuestro país. Señalamos que al liberalizarse los sectores eléctrico y de hidrocarburos y, en virtud de lo establecido en el Tratado de Libre Comercio con Norteamérica y otros acuerdos internacionales, los hidrocarburos y la electricidad serán considerados *commodities* que estarán regulados por el libre mercado y México perderá la rectoría económica que ha tenido en esos ámbitos. Mencionamos que los contratos que comparten la utilidad y la producción, así como las licencias, en donde el pago a la empresa petrolera se vincula a la cantidad de petróleo extraído o al éxito en la producción, son anticonstitucionales porque vulneran el principio de que la propiedad de las riquezas del subsuelo es de la nación y esa riqueza no puede compartirse con particulares, sobre todo si son extranjeros. Mostramos que el derecho y los tribunales de nuestro país que-

¹ Este ensayo es parte de las reflexiones que expuse en el libro de mi autoría *Crítica a la reforma constitucional energética de 2013*, México, UNAM, 2014.

darán de lado al aprobarse la reforma, pues las grandes empresas petroleras demandarán la aplicación del derecho de los tratados por instancias arbitrales o jurisdiccionales foráneas. Con la reforma constitucional energética se infringirán los derechos fundamentales de los pueblos originarios, se vulnerará la seguridad nacional, perderemos totalmente el control sobre la plataforma de producción y exportación de hidrocarburos y parte de la renta petrolera. La reforma tendrá consecuencias fiscales negativas para los mexicanos porque aumentarán los impuestos y el endeudamiento público. El ejecutivo federal incrementará sus competencias en la materia en detrimento de los otros poderes públicos, de PEMEX y de CFE y de la sociedad. Sostenemos que la reforma constitucional energética de 2013 pudo imponerse por la ausencia de respeto al derecho a la información —se impuso a través de actos de propaganda—. Y argumentamos en contra de la salida de los trabajadores del Consejo de Administración de PEMEX.

4.1. LA VIOLACIÓN A LOS PRINCIPIOS POLÍTICOS FUNDAMENTALES TRASTOCA LAS BASES DE LA COHESIÓN NACIONAL

Como se explicó en el capítulo anterior, la violación a las decisiones políticas fundamentales de carácter implícito previstas, antes de la reforma constitucional energética, en los artículos 25, 27 y 28 constitucionales, han producido el rompimiento y quiebre con la Constitución de Querétaro de 1917. Con ello, el Pacto Social que cohesionaba a millones de mexicanos ha quedado profundamente lastimado. La reforma constitucional de 2013 en materia energética representa el momento cúspide de la imposición del modelo neoliberal en México que se puede sintetizar en tres divisas: reducir el gasto público, privatizar y liberalizar la economía de restricciones gubernamentales y legislativas.

El Constituyente de Querétaro formalmente aprobó solo los dos primeros principios constitucionales en materia de petróleo,²

² Los principios constitucionales son: 1. el que señala la propiedad originaria de la nación sobre las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites

el tercero y el cuarto fueron producto de tres reformas —las de 1940, 1960 y 1983—, las que no significaron un cambio en la línea original del Constituyente, sino que adaptaron la regulación constitucional en materia de petróleo al sentido básico de las normas de Querétaro, que es la de considerar estos recursos como propiedad de la nación, de todos los mexicanos, parte de nuestra soberanía. El que se prohibieran, antes de la reforma constitucional, las concesiones y los contratos a los particulares respondía al carácter social del derecho de la nación sobre los hidrocarburos, que toma en cuenta la negativa experiencia histórica de las compañías privadas antes de la expropiación de 1938, principalmente extranjeras, que se habían apartado de cualquier interés a favor de la nación; o el que se considerara al petróleo un área estratégica del Estado y que solo a él le correspondiera la explotación de estos recursos constituyeron reformas consecuentes con la visión constitucional del Constituyente de Querétaro. Todas esas modificaciones reforzaron el principio del dominio directo, inalienable e imprescriptible de la nación sobre todos los recursos naturales del subsuelo, de manera destacada la de los hidrocarburos.³

Las reformas constitucionales de 1940, 1960 y 1983 en materia de petróleo no variaron o modificaron la identidad sobre los principios de dominio directo, inalienable e imprescriptible de la nación sobre los hidrocarburos, sino que adaptaron los principios aprobados por el Constituyente a los requerimientos sociales e históricos del momento, para eliminar sus debilidades formales, que solo podían surgir a la luz de la práctica constitucional del país. Así por ejemplo, la adición de 1940 —que pro-

del territorio nacional; la que tiene el derecho de transmitir su dominio a los particulares para que estos constituyan la propiedad privada; 2. el del dominio directo, inalienable e imprescriptible de la nación sobre todos los recursos naturales del subsuelo, incluyendo los hidrocarburos; 3. el de la explotación directa de los hidrocarburos por parte de la nación, en consecuencia la prohibición expresa de otorgar a particulares concesiones o contratos en la materia, según lo disponga la ley reglamentaria; y, 4. el que expresa que los hidrocarburos y la petroquímica básica constituyen un área estratégica de la economía nacional y que el sector público las tendrá a su cargo de manera exclusiva (reformas a los arts. 25 y 28 constitucionales).

³ Cárdenas Gracia, Jaime, *En defensa del petróleo*, México, UNAM, 2009.

hibió concesionar los hidrocarburos— fue totalmente necesaria para contener los abusos de las compañías petroleras extranjeras que no habían respetado en los hechos la soberanía energética del país ni los principios del Constituyente de Querétaro; la reforma de 1960 fue necesaria porque los intereses privados con la complicidad del sector público habían hecho nugatoria en los hechos la prohibición de las concesiones sobre los hidrocarburos a través de la figura de los contratos de riesgo; y la reforma de 1983 constituyó el cierre o perfeccionamiento constitucional de los principios en la materia, para tajantemente señalar que los hidrocarburos son área estratégica del Estado y que solo al sector público le corresponde su explotación de manera exclusiva en las distintas fases de la industria petrolera.

Si las reformas de 1940, 1960 y 1983 hubiesen tenido por propósito debilitar los principios del Constituyente de Querétaro, estableciendo que la nación ya no tenía el dominio directo, inalienable e imprescriptible sobre los hidrocarburos, o favoreciendo a los particulares con la explotación de esos recursos por encima de los intereses de la nación, esas modificaciones constitucionales hubiesen implicado la destrucción de la Constitución, la alteración de la misma, por un órgano incompetente como lo es el poder revisor de la Constitución. En esta tesitura, Carl Schmitt decía que los órganos de reforma constitucional no son titular o sujeto del poder constituyente —son un órgano constituido— ni están comisionados para su ejercicio permanente, por lo que a través de los procedimientos de reforma previstos en las constituciones no es factible dar una nueva Constitución ni trastocar o suprimir una decisión política fundamental.⁴

Después de esta reforma constitucional energética de 2013, las vías de lucha en contra de esta y otras modificaciones constitucionales denominadas por los sectores neoliberales como estructurales se profundizarán. Algunos escogerán las vías jurídicas de oposición —los juicios de amparo y la apelación al derecho a la consulta sobre este tipo de reformas, que son senderos de resultados inciertos—, otros escogerán vías de resistencia y de desobediencia con diversos matices, y algunos insistirán en las

⁴ Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1982, pp. 119-120.

vías revolucionarias. La reforma constitucional en materia energética de 20 de diciembre de 2013 implica un momento de no retorno en la conciliación entre los mexicanos.

Aunque no se deben hacer académicamente predicciones sobre el futuro, las alternativas parecen ser: la permanencia del modelo neoliberal con todas sus consecuencias en cuanto a nuestra existencia como Estado soberano o la construcción de un nuevo tipo de Estado que sea resultado de un proceso constituyente nacionalista, social y democrático. Tal vez la reforma constitucional en materia energética de 2013, sin proponérselo, ha abierto las posibilidades de una refundación del Estado mexicano bajo condiciones más libertarias, igualitarias y solidarias. Esas alternativas estarán presentes en los próximos años y su desenlace depende de circunstancias que no puede ni siquiera analizar un libro como este.

4.2. LA REFORMA SUSTITUYE A LOS PODERES FÁCTICOS NACIONALES POR PODERES FÁCTICOS TRASNACIONALES

Hoy en día, en México, los poderes fácticos nacionales —medios de comunicación electrónica, grandes empresarios nacionales, organismos empresariales, el crimen organizado, partidos políticos, sindicatos, iglesias— han colonizado y se han apropiado del Estado mexicano al grado de que sus instituciones formales son cajas de resonancia de los intereses de esos poderes reales. En ese proceso de colonización de las instituciones, entidades financieras internacionales como el BM, el FMI, la OCDE, también juegan un papel fundamental influyendo en el diseño de las políticas públicas nacionales y en la conformación de la agenda nacional. Igualmente el gobierno de Estados Unidos influye y determina la política económica y de seguridad de nuestro país.

Las instituciones formales nacionales previstas en la Constitución y en las leyes son un reflejo de decisiones y de intereses que se adoptan en ámbitos diferentes a los del Estado, en donde además, esos intereses y decisiones no pasan la prueba de los procedimientos democráticos de control ni los del Estado cons-

titucional. Los ciudadanos están al margen de esas decisiones e influencias y no las pueden controlar directamente y de raíz. La democracia y todo el andamiaje constitucional se encuentran a enemigos que no es fácil combatir porque operan al margen de las instituciones, aunque las usan para su provecho.

El ingreso al negocio del petróleo, del gas y de la electricidad de grandes empresas petroleras como Exxon Mobile, Chevron, la Royal Dutch Shell o British Petroleum, implicará la incorporación de nuevos y más poderosos poderes fácticos que condicionarán la vida nacional y a sus instituciones formales. Por ejemplo, en las zonas de yacimientos que controlen esas empresas, no es impensable sostener que querrán contar con una clase política adicta. Influirán en la designación de alcaldes, legisladores locales, gobernadores, diputados y senadores, y hasta del mismo presidente de la República. Buscarán que sus intereses económicos estén debidamente protegidos frente a comunidades indígenas, trabajadores, ciudadanos, el medioambiente o las instituciones formales nacionales, a fin de maximizar su riqueza.

Por otra parte, el petróleo, el gas de México y la electricidad se utilizarán como un mecanismo para influir en la determinación de los precios internacionales de esos insumos. Si les conviene, por ejemplo, que el precio del petróleo sea alto en el mercado internacional, decidirán limitar la producción en nuestro país para que este suba; si les interesa que el precio sea bajo, incrementarán la producción nacional. Los mexicanos perderemos totalmente el control sobre lo que se llama la plataforma de producción y exportación.

Lo que aquí se expone no es una especulación, el modelo neoliberal y la globalización han logrado someter a las sociedades, a los ordenamientos jurídicos y a los Estados a los intereses del mercado y del gran capital. Mercantilizar todo tiene como resultado la destrucción de los cimientos de nociones como interés general o interés común. La dictadura de los mercados, la circulación de los capitales en provecho de los intereses del capitalismo especulativo, parecen decirnos que el mercado dicta todo, gobierna todo, engloba todo.

Detrás de la globalización se afirma el poder creciente de las empresas financieras en detrimento de los Estados, donde

la articulación entre poder financiero mundial y poder político nacional es muy fuerte. La globalización y el neoliberalismo son ideologías que tienen dogmas. El primero es el de la gobernanza de empresa basada en el predominio de los beneficios únicamente para los accionistas a costa de los trabajadores, los clientes de las empresas y el medioambiente, con una exigencia de rentabilidad de los fondos propios. El segundo dogma cuestiona a las conquistas sociales porque se piensa que constituyen rigideces del mercado de trabajo, y además, no les preocupa el estancamiento o el debilitamiento del poder adquisitivo de los trabajadores o la explotación de ellos. El tercer dogma impulsa la privatización y el desmantelamiento de las empresas y de los servicios públicos en beneficio de los intereses empresariales mundiales. Los instrumentos del neoliberalismo y la globalización son el BM, el FMI, la OMC, la OCDE y los gobiernos de las principales potencias, comenzando con el de Estados Unidos.⁵

Las soluciones al neoliberalismo y a la globalización pasan por medidas que los gobiernos neoliberales de nuestro país no han querido instrumentar, entre estas podemos mencionar:

1. preservar al Estado-nación y la orientación social que lo debe distinguir;
2. democratizar y transparentar a las instituciones internacionales, que son los instrumentos de los poderes fácticos transnacionales;
3. sustituir el actual sistema financiero internacional para transparentarlo, democratizarlo y obligarlo a orientarse por lógicas de carácter social;
4. extraer del mercado ámbitos como el de la salud, la educación, la cultura, la protección del medioambiente y los recursos naturales de las naciones;
5. mundializar el constitucionalismo para que las relaciones económicas y financieras no queden al margen de los controles democráticos de los ciudadanos, y

⁵ Naïr, Sami, “Mundialización, interés general y civilización”, en *Claves de Razón Práctica*, núm. 124, julio-agosto de 2002, Madrid, pp. 12-18.

6. promover un contrato social global para fomentar la disminución de las desigualdades económicas y sociales en el mundo.⁶

Los gobiernos mexicanos no han impulsado esas soluciones y medidas para contener los efectos negativos de la globalización y del neoliberalismo. Por el contrario, han facilitado que los dogmas neoliberales se consoliden a costa de los derechos de los mexicanos y de los intereses generales de la nación. La reforma constitucional energética es un ejemplo del compromiso del gobierno mexicano con los poderes fácticos trasnacionales, que seguramente sustituirán a los nacionales en su indebido poder e influencia, pero con consecuencias más graves y profundas y en detrimento de los intereses de nuestro país y de los poderes formales.

4.3. LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL RÉGIMEN DE LICENCIAS, CONTRATOS Y PERMISOS

Las consecuencias de adopción de un régimen de contratos, licencias o permisos implica la pérdida de centralidad de PEMEX y de CFE en la industria energética del país. Respecto de las empresas petroleras y eléctricas, PEMEX y CFE no serán autoridad, actuarán como operadores en un plano de casi igualdad jurídica con el resto de las empresas bajo condiciones de libre mercado y no necesariamente bajo el esquema constitucional de área prioritaria en donde el Estado conserva la rectoría económica. Es decir, existirá bilateralidad o igualdad de trato entre PEMEX, CFE y el resto de las empresas petroleras y eléctricas. Se perderá la nota del *imperium* que debe poseer un Estado soberano respecto a sus recursos naturales.

En las concesiones —ahora llamadas licencias—, tal como advertía la exposición de motivos de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en Materia de Petróleo de 1940, se conceden derechos de explotación directa del subsuelo, y el Estado conserva algunas competencias reguladoras, de policía

⁶ Ferrajoli, Luigi, “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global”, en *Estado constitucional y globalización*, México, Porrúa, 2003, pp. 313-324.

y sancionatorias. Es decir, la figura de la concesión, que en la reforma constitucional energética se llama licencia según el artículo cuarto transitorio, compromete la propiedad de la nación sobre el subsuelo, porque se confieren derechos a los particulares para explotarlo y para que las riquezas extraídas y obtenidas pasen al dominio privado a cambio del pago de regalías o de alguna contribución fiscal.⁷ La autoridad se reserva unas cuantas competencias —de regulación, de policía y de sanción—, pero los recursos naturales o parte de ellos pasan a ser propiedad privada. El esquema de concesión o de licencia previsto en la reforma constitucional en materia energética vulnera, o al menos limita, el principio constitucional de que las riquezas del subsuelo son de la nación.

En cuanto a los contratos de utilidad compartida, en estos se repartirán las utilidades, los beneficios, en efectivo o en especie, lo que también supone una vulneración del principio constitucional de que los hidrocarburos son propiedad de la nación.⁸ Estaremos compartiendo la renta petrolera con empresas petroleras extranjeras. Lo anterior es más evidente si, como quedó aprobado en el artículo quinto transitorio de la reforma, las empresas extranjeras asientan en su contabilidad y como activos fijos las reservas petroleras de la nación para ser garantía de los créditos de las empresas transnacionales ante la banca internacional y para especular en las bolsas de valores del mundo con los recursos del subsuelo de México.

Los contratos de producción compartida implican entregar a las empresas extranjeras parte de la producción. Es decir, estare-

⁷ En el derecho administrativo mexicano se define a la concesión como “el acto administrativo a través del cual la administración pública, concedente, otorga a los particulares, concesionarios, el derecho para explotar un bien propiedad del Estado o para explotar un servicio público”. Nava Negrete, Alfonso y Quiroz Acosta, Enrique, “Concesión administrativa”, en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, IJ-UNAM-Porrúa-Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, t. II, 2008, pp. 359-362.

⁸ Sobre los contratos administrativos véase Ramírez G., Juan Carlos, *El contrato administrativo. Monografías jurídicas*, Bogotá, Temis, 1990; Ferrando, Ismael, *Contratos administrativos*, Buenos Aires, LexisNexis-Abeledo Perrot, 2006; y Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho administrativo. Contratos*, México, Porrúa, 2009.

mos cediendo parte de los hidrocarburos, que son de la nación, a manos privadas extranjeras. Con ello compartimos la renta petrolera, entregamos parte del control y administración de los hidrocarburos a manos privadas y perderemos la soberanía energética —la decisión sobre el uso y destino de los recursos energéticos—. Asimismo, el régimen de contratos de producción compartida promoverá el saqueo de los recursos de la nación porque además de compartir los beneficios, asumiremos los costos que las empresas extranjeras determinen como erogación para explotar los hidrocarburos.

La precisión sobre las peculiaridades de la contratación y de las licencias, según el artículo cuarto transitorio de la reforma, depende de la legislación secundaria,⁹ lo que quiere decir: 1. que la legislación secundaria desarrolla las características de los contratos; 2. se dice que se hace a modo análogo a las reformas cardenistas, pero estas no permitieron contratos con extranjeros ni con sociedades mercantiles con acciones al portador; 3. se evade el tema de la inversión extranjera, y 4. se reconoce que el pago se hará en función de los recursos que se obtengan, en efectivo o en equivalente, lo que implica el regreso de modalidades de contratación semejantes a los contratos riesgo que en el pasado tanto daño hicieron a nuestro país.¹⁰

Los permisos también implican la destrucción del carácter estratégico de la industria petrolera y eléctrica nacional.¹¹ Estos entrañan la entrega de actividades estratégicas y exclusivas del Estado a manos privadas, principalmente extranjeras. Los permisos

⁹ Márquez, Daniel, “Modelos histórico-jurídicos de contratación en Petróleos Mexicanos”, en Cárdenas Gracia, Jaime (coord.), *Reforma energética: Análisis y consecuencias*, México, UNAM-Tirant lo Blanch, 2015, pp. 47 y ss.

¹⁰ Bassols Batalla, Narciso, *Las etapas de la nacionalización petrolera*, México, Porrúa, 2006, pp. 107 y ss.

¹¹ De acuerdo con la doctrina administrativa mexicana, se dice que un permiso es un acto administrativo por el cual se levanta o remueve un obstáculo o impedimento que la norma legal ha establecido para el ejercicio de un derecho de un particular. Hernández Espíndola, Olga, “Permiso administrativo”, en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, UNAM-Porrúa-Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2008, t. V, pp. 532-535.

que contendrá la legislación secundaria energética equivalen en los hechos a concesiones, porque confieren derechos exclusivos de explotación a empresas privadas nacionales y extranjeras.

Como ha señalado Javier Jiménez Espriú, la liberalización o la privatización del sector energético del país es consecuencia del llamado Consenso de Washington,¹² diseñado para satisfacer las necesidades económicas de los países industrializados, principalmente de Estados Unidos. México permitió en las últimas décadas, de manera inconstitucional, contratos de servicios múltiples o contratos incentivados en los que se pagaba al contratista en función del éxito de la explotación. Esos contratos del pasado y los nuevos que contempla la reforma constitucional energética de 2013 son inconstitucionales si la contraprestación se vincula a la cantidad de petróleo que se extraiga o al valor comercial de este y, en este sentido, cualquier contrato que implique un pago por barril extraído y que aumente la contraprestación del contratista en función de la cantidad de petróleo que se extraiga resulta anticonstitucional. Además, los países que han fortalecido y consolidado el sistema de contratación petrolera con las grandes empresas petroleras del mundo, tal vez con la excepción de Noruega, no han salido bien librados. Noruega tuvo éxito porque a la par que abría parcialmente el sistema de contratación, fortaleció tecnológica y financieramente su industria petrolera.¹³

Finalmente, y como dice Miriam Grunstein, los contratos petroleros con las grandes empresas del mundo no son actos socialmente *inter alia*, es decir, que afectan únicamente a las partes fir-

¹² Se entiende por Consenso de Washington a una serie de recomendaciones que se redactaron en documento que fue escrito en noviembre de 1989 por John Williamson —“What Washington Means by Policy Reform”—. Las políticas económicas del consenso son: 1. los presupuestos públicos no pueden tener déficit; 2. reordenación de los subsidios públicos y evitar subsidios indiscriminados; 3. reforma impositiva para reducir la carga fiscal; 4. liberalizar los tipos de interés; 5. promover tipos de cambio en las monedas que sean competitivos; 6. liberalizar el comercio internacional; 7. eliminar las prohibiciones a la inversión extranjera; 8. privatización y venta de las empresas estatales; 9. desregulación de los mercados, y 10. amplia protección a la propiedad privada.

¹³ Jiménez Espriú, Javier, “La explotación petrolera y el capital privado”, inédito, 2013.

mantes. Por la magnitud de los intereses en juego, las decisiones petroleras son decisiones de Estado —no de gobierno— que si no se basan en un acuerdo social firme pueden ser efímeras.¹⁴ De lo que se sigue que para constitucionalizar los contratos, la reforma energética debió requerir de un gran consenso social que nunca se tuvo.

4.4. SE OLVIDA LA PROTECCIÓN QUE BRINDA EL DERECHO INTERNACIONAL A LAS INVERSIONES EXTRANJERAS

En el TLCAN se pactó la apertura de la petroquímica y la electricidad de manera peculiar: el gobierno reservó, en el capítulo VI, el petróleo y el gas,¹⁵ pero abrió el esquema de compras gubernamentales en el capítulo X y con ello dio pie a la ampliación de la contratación de servicios con empresas extranjeras. Es además importante decir que acorde a la normatividad derivada del capítulo XV, “Política en materia de competencia, monopolios y empresas del Estado”, si un Estado renuncia, privatiza o transfiere a los particulares un área económica sujeta a su control, esta ya no podrá ser reasumida libremente, sino que tiene que abrir una ronda de negociaciones con las contrapartes. En caso de controversias, estas serían ventiladas ante los paneles internacionales y no ante los tribunales del Poder Judicial de la Federación.

La aprobación de la reforma energética entraña que el Estado mexicano renuncia a la reserva que hizo para sí mismo en el capítulo VI “Energía y petroquímica básica” del TLCAN, en donde apartó el petróleo, hidrocarburos y petroquímica básica,

¹⁴ Grunstein, Miriam, *De la caverna al mercado. Una vuelta al mundo de las negociaciones petroleras*, México, Centro de Investigación para el Desarrollo, A.C., 2010, p. 233. Véase también: IMCO (Instituto Mexicano para la Competitividad, A.C.), *Nos cambiaron el mapa: México ante la revolución energética del siglo XXI*, México, 2013.

¹⁵ México definió cinco negativas precisas: No a los contratos riesgo en exploración y explotación; no a la inversión extranjera en petroquímica básica; no a la garantía de suministro o seguridad de abasto; no a las ventas al menudeo (gasolineras), y no a la liberalización del comercio exterior de petróleo crudo, gas natural y petrolíferos. Cordero, María Elena, *Qué ganamos y qué perdimos con el TLC*, México, Siglo XXI y UNAM, 2003, p. 216.

en sus diferentes fases de explotación, de la zona de libre comercio de Norteamérica. Lo expuesto quiere decir que la modificación de la Constitución equivale a una reforma subrepticia del TLCAN, y nos coloca en los supuestos de los capítulos X, XI y XV del mismo, en donde, como ya se dijo, se estipula que si un Estado renuncia, privatiza o transfiere a particulares un área sujeta al control estatal, esta ya no puede ser asumida libremente por el Estado. Todo lo anterior a pesar de lo estipulado en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés), en donde se reconoce que México es un país en desarrollo, lo que supone el derecho a recibir en todo momento un trato diferenciado y favorable, tanto en las negociaciones sobre concesiones arancelarias, en las que no se le puede exigir reciprocidad absoluta, como respecto a las salvaguardias. En el protocolo de adhesión al GATT, México excluyó el petróleo y, en general, los hidrocarburos, regulados en el artículo 27 constitucional, de las obligaciones inherentes a ese convenio internacional. A juicio de algunos autores, el GATT tiene una jerarquía superior a la de cualquier tratado de libre comercio firmado y ratificado por nuestro país, por ser un tratado multilateral marco, lo que significaría que los hidrocarburos de México están jurídicamente excluidos del comercio internacional y de cualquier convención internacional regional que restringiera los derechos de la nación sobre ellos.¹⁶

Los capítulos X, XI y XV del TLCAN (sobre compras gubernamentales, inversiones y política en materia de competencia, monopolios y empresas del Estado), en contra de la Constitución y del GATT, como ya se dijo, hacen nugatoria la reserva que sobre petróleo e hidrocarburos establece el capítulo VI del citado Tratado, porque los capítulos X y XI abren las compras gubernamentales y las inversiones en PEMEX y en el sector energético a los países parte del mismo y, en cuanto al capítulo XV, cualquier reforma o medida administrativa que privatice o liberalice estos recursos impide al Estado volver a asumirla libremente. Los demás tratados de libre comercio ratificados por México repiten en lo sustancial el esquema del TLCAN, lo que implica la libe-

¹⁶ Witker, Jorge y Hernández, Laura, *Régimen jurídico del comercio exterior de México*, México, UNAM, 2008, pp. 47 y ss.

ralización y privatización de los recursos petroleros. Además de lo anterior, las negociaciones de la Ronda de Uruguay, que concluyeron formalmente con la reunión ministerial de Marrakesh, el 15 de abril de 1994, que creó la OMC, promueven la liberalización progresiva del comercio, en forma gradual, mediante la reducción de obstáculos al comercio, incluyendo al petróleo y los hidrocarburos.¹⁷

Además, en el derecho internacional las transnacionales tienen protegidas sus inversiones, vía los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APRIS) y el convenio relativo a la Agencia Multilateral de Garantía a la Inversión (MIGA), a cargo del BM, que blindo jurídicamente a los empresarios extranjeros contra cualquier medida que afecte sus intereses, incluyendo la expropiación.¹⁸ Por eso, argumentar en esas controver-

¹⁷ Witker, Jorge y Hernández, Laura, *Régimen jurídico del comercio exterior de México*, 3ª ed., México, UNAM, 2008; Witker, Jorge (coord.), *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Evaluación jurídica: diez años después*, México, UNAM, 2005; López Velarde Estrada, Rogelio, “Energía y petroquímica básica”, en Witker, Jorge (coord.), *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas*, México, UNAM, 1993, t. I, pp. 203-259; y, Jiménez Vázquez, Raúl, “Consideraciones en torno al capítulo de compras gubernamentales del TLCAN y su eventual impacto en el derecho mexicano”, en Witker, Jorge (coord.), *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas...*, cit., pp. 261-281.

¹⁸ La Multilateral Investment Guarantee Agency se establece con base en el Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones. Es una aseguradora de inversiones privadas a nivel mundial. Tiene su sede en Washington. Su membresía está abierta a todos los países miembros del Banco Mundial. Tiene la función de dar confianza y confort a la Inversión Extranjera Directa (IED) que invierte en países en vías de desarrollo, dirigiéndose de manera especial a proyectos de desarrollo que sean económica, ecológica y socialmente sustentables. MIGA provee seguro a la inversión para efectos de transferencias de fondos, expropiación y medidas similares, incumplimiento de contrato, guerra y disturbios civiles. Está facultada para que mediante resolución especial del Consejo, se cubran otros riesgos no comerciales, pero en ningún caso el de devaluación y depreciación de la moneda. Es relevante mencionar que MIGA, al hacer el pago de la prima correspondiente o convenir en su forma de pago, se subroga en los derechos del asegurado, adquiriendo todos sus derechos y acciones en contra del país anfitrión y cualesquier otros obligados. Este es un derecho que le reconocen todos los países miembros. Gómez-Palacio,

sias que nuestra Constitución debe prevalecer sobre los tratados, aunque es correcto, no parece muy realista.¹⁹

Todo lo anterior quiere decir que las inversiones extranjeras no podrán ser afectadas ni siquiera aduciendo causas de interés general, excepto en supuestos limitativos y bajo los procedimientos previstos en el TLCAN. Este Tratado define en su artículo 1139 a la inversión extranjera como aquella en la que existe propiedad de un inversionista en territorio de una de las partes del Tratado o cuando la remuneración depende sustancialmente de la producción, ingresos o ganancias de una empresa. La modificación de la Constitución en los artículos 25, 27 y 28 para permitir los contratos de explotación sobre los hidrocarburos entraña la plena armonía entre la Constitución y el TLCAN y, por tanto, las inversiones extranjeras de las industrias petroleras transnacionales estarán plenamente protegidas y serán privilegiadas frente a los inversionistas privados nacionales, que quedarán en posición de desigualdad y de discriminación en contra de lo establecido en el artículo 1 de la Constitución y respecto a cualquier medida administrativa o legislativa nacional que pretenda revertir lo alcanzado o afectar la posición jurídica y económica de las transnacionales del petróleo o de la electricidad.

4.5. LAS CONTROVERSIAS JURÍDICAS SERÁN DECIDIDAS EN EL EXTRANJERO Y SERÁ APLICADO EL DERECHO FORÁNEO

Los criterios de solución de controversias no se basarán en los principios de área estratégica —exclusividad del sector público en la explotación del petróleo, inalienabilidad e imprescriptibilidad de los recursos del subsuelo, propiedad originaria de la nación

Ignacio, *Derecho de los negocios internacionales. Arbitraje Internacional, TLCAN, América Latina, CIADI*, México, Porrúa, 2006, pp. 111-112.

¹⁹ Desde el amparo en revisión 1475/98, la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que la Constitución está por encima de los tratados. Sin embargo, la reforma en materia de derechos humanos de 10 de junio de 2011 señala en el párrafo segundo del artículo primero constitucional que la interpretación de los derechos debe realizarse *pro homine*. También debe tenerse en cuenta lo resuelto por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis 293/2011.

sobre los recursos—, sino por los criterios individualistas del derecho mercantil, civil y corporativo. Es decir, se ha privatizado el derecho público en México. El párrafo segundo del artículo 72 de la Ley de Petróleos Mexicanos ya indicaba que las controversias en materia de hidrocarburos pueden decidirse ante instancias arbitrales o internacionales y no ante los tribunales nacionales.

Con la reforma constitucional en materia energética que modifica el párrafo cuarto del artículo 28 de la Constitución para que el Estado pierda la exclusividad en la explotación de hidrocarburos y de electricidad, las controversias sobre los contratos de utilidades y producción compartidas, además de las licencias, se regirán por el derecho privado foráneo y no por el derecho público mexicano. PEMEX y la CFE estarán casi en un plano de igualdad jurídica con las empresas trasnacionales del sector energético (salvo por lo que ve a la llamada ronda cero que se deriva del art. sexto transitorio de la reforma constitucional) y el Estado perderá cualquier poder de imperio en caso de suscitarse conflictos jurídicos. Tal como indicó la propaganda gubernamental, la transformación de PEMEX y de la CFE en empresas productivas del Estado hacen que esas pierdan en buena medida sus atributos de carácter público.

Además, el capítulo XI del TLCAN, sobre inversiones, define un régimen de solución de controversias basado en el sistema internacional de arbitraje. Es verdad que hipotéticamente se podría pactar en los contratos de producción y utilidad compartida, así como respecto a las licencias, que las controversias se ventilen ante las instancias nacionales, pero la fuerza y costumbre de las grandes empresas petroleras y eléctricas hacen suponer que no aceptarán soluciones de corte nacionalista para resolver las controversias jurídicas sobre la interpretación de esos contratos y licencias.

4.6. LA CONTRATACIÓN SERÁ REALIZADA ENTRE EL TITULAR DEL EJECUTIVO, LAS EMPRESAS PETROLERAS TRASNACIONALES Y PEMEX

Con la reforma, el ejecutivo celebrará los contratos y los permisos con las trasnacionales. Como dice Claudia Sheinbaum, el

ejecutivo decidirá a quién le da el contrato o la licencia para explorar y explotar: si a Exxon, a Shell, a Slim o a PEMEX, y definirá también las condiciones de dicho contrato o licencia: si lo pagan en petróleo o en su equivalente en efectivo, y con qué porcentaje.²⁰ El titular del ejecutivo incrementa su poder de manera inmensa. Parece que la reforma está diseñada a petición de las grandes petroleras, a quienes no les interesa ser contratados ya sea por medio de PEMEX, directamente por el gobierno federal o a través de la Secretaría de Energía o la Comisión Nacional de Hidrocarburos. Ello para llevarse una parte de la renta petrolera, compartir el mercado de los petrolíferos con PEMEX y para exportar petróleo y energía eléctrica.

El incremento de poder del ejecutivo en la reforma constitucional energética de 2013 sobre los otros poderes públicos es evidente. El poder legislativo perderá capacidades de control y vigilancia sobre los contratos y licencias y respecto a las actividades y funciones de las empresas productivas del Estado. El Poder Judicial Federal abdicará a sus competencias porque las decisiones jurisdiccionales derivadas de conflictos entre el gobierno federal y las empresas energéticas foráneas serán decididas por el arbitraje internacional. Desde luego, los estados, municipios y comunidades no tienen mayor cabida en este esquema energético.

4.7. EL OLVIDO DEL CONCEPTO DEL DOMINIO EMINENTE

El significado de los derechos de propiedad de la nación sobre los hidrocarburos debe retrotraerse a la noción de dominio eminente. Este concepto es definido por Marienhoff como: “[...] un poder supremo sobre el territorio; vincúlase a él la noción de soberanía. Se ejerce potencialmente sobre todos los bienes situados dentro del Estado, ya se trate del dominio privado o público del mismo o de la propiedad de los particulares o administrados”.²¹ El derecho de la corona española sobre el oro, la plata, las piedras

²⁰ Sheinbaum Pardo, Claudia, “...Y EPN dice... el petróleo soy yo”, en periódico *La Jornada*, 17 ago 2013, p. 6.

²¹ Marienhoff, Miguel, S., *Tratado del dominio público*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1960, p. 37.

preciosas, minerales metálicos y no metálicos, los bitúmenes o jugos de la tierra y cualesquiera otros fósiles de las colonias de la América española se fundó en el principio de dominio eminente que data desde las Bulas del Papa Alejandro VI de 1493. Ese principio sobrevivió de la Independencia hasta el Código de Minería, expedido el 22 de noviembre de 1884 durante la presidencia de Manuel González, que renunció al dominio eminente para determinar en su artículo primero que el propietario del suelo lo era también del subsuelo. No obstante, el dominio eminente fue reivindicado por el Constituyente de Querétaro en el artículo 27 constitucional, tal como lo señaló Pastor Rouaix.²² El dominio eminente define el poder del Estado sobre su territorio e impide que cualquier otro poder externo o interno lo vulnere. En pocas palabras, el dominio eminente equivale a soberanía.

Del principio de dominio eminente se desprende el principio de propiedad originaria, que el primer párrafo del artículo 27 constitucional consagra. La propiedad originaria corresponde a la nación, la que tiene el derecho de transmitir el dominio de ella a los particulares y el de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación. Del dominio eminente se deriva, igualmente, el dominio directo de la nación, que no es sujeto de apropiación por parte de los particulares, lo que comprende los recursos del subsuelo, entre otros, el petróleo y todos los carburros de hidrógeno, sólidos, líquidos o gaseosos, como postula el párrafo cuarto del artículo 27 de la Constitución. También se desprenden del dominio eminente, los principios de inalienabilidad e imprescriptibilidad del dominio nacional, a los que aludía antes de la reforma constitucional de 2013 el párrafo sexto del artículo 27 constitucional. Todos esos principios tienen por propósito salvaguardar el territorio nacional, sus riquezas naturales y del subsuelo en beneficio de la sociedad, en donde la participación de los particulares, de estar permitida en algunos rubros, siempre debe ser limitada y restringida, y no puede orientarse por el lucro ni la economía de mercado. El petróleo y los hidrocarburos

²² Rouaix, Pastor, *Génesis de los artículos 27 y 123 de la Constitución Política de 1917*, Puebla, Gobierno del Estado de Puebla, 1946, p. 26.

no constituyen *commodities*. El petróleo y los hidrocarburos, a la luz del anterior texto constitucional y de la historia constitucional, no son para beneficio particular, para realizar negocios en beneficio de unos cuantos. No entenderlo así implica negar el principio de supremacía constitucional.

Para comprender cómo las compañías petroleras internacionales ven este punto, me permito citar a Rogelio López Velarde, que señala:

La principal moneda de pago de las empresas petroleras es su propio petróleo. No requieren de más; teniendo las reservas a la mano, y como están ahora los precios del crudo, muchas empresas contratistas en el mundo aceptan asumir la obligación de llevar a cabo la inversión del proyecto y de tomar el riesgo del proyecto. A eso se dedican de hecho. Estas empresas dueñas de la tecnología, empero, normalmente no aceptan asumir dichas obligaciones si no se les permite contractualmente compartir parte del éxito del proyecto. Esos son los llamados contratos riesgo [...] muchas empresas aceptan participar en estos proyectos en la medida en que su contraprestación económica sea proporcional al petróleo producido o explorado, sin que se les otorgue derecho de propiedad alguno.²³

4.8. EL OLVIDO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establecen en sendos artículos primeros que para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales y que a ningún pueblo se le puede privar de sus medios de subsistencia, lo que, como dicen y explican los profesores Fernández Ruiz, Márquez, Ovalle Favela y Sánchez Castañeda,²⁴ significa que los intereses de la nación y

²³ López Velarde Estrada, Rogelio, “Por un régimen de contratación acorde a la industria” en Rosenzweig Mendialdua, Francisco y Lozano Díez, José Antonio (coords.), *La reforma petrolera. El paso necesario*, México, Porrúa-Universidad Iberoamericana, 2008, pp. 46-147.

²⁴ Fernández Ruiz, Jorge *et al.*, *El marco constitucional de la industria petrolera*, México, IJ-UNAM, Documento de trabajo núm. 111, mayo de 2008, p. 7.

de la colectividad prevalecen sobre los intereses individuales, y cualquier acto de explotación de esos recursos debe orientarse hacia los fines sociales.

En el mismo sentido, la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986, postula en el párrafo segundo de su primer artículo que: “El derecho humano al desarrollo implica también la plena realización del derecho de los pueblos a la libre determinación, que incluye, con sujeción a las disposiciones pertinentes de ambos Pactos Internacionales de derechos humanos, el ejercicio de su derecho inalienable a la plena soberanía sobre todas sus riquezas y recursos naturales”.²⁵

Adicionalmente, cabe destacar los siguientes instrumentos: la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General de la ONU el 13 de septiembre de 2007, y el Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado por la 76ª Conferencia General de la OIT el 27 de junio de 1989.

El primer instrumento en mención establece, entre otros, los siguientes derechos de estos pueblos:

- a) A participar en las cuestiones que afecten a sus derechos de conformidad con sus propios procedimientos e instituciones (art. 18).
- b) Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado (art. 19).
- c) A mantener y desarrollar sus sistemas e instituciones políticas, económicas y sociales, a que se les asegure el disfrute de sus propios medios de subsistencia y desarrollo, y a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas tradicionales y de otro tipo (art. 20).

²⁵ Díaz Müller, Luis, *El derecho al desarrollo y el nuevo orden mundial*, México, UNAM, 2004.

- d) A mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado de otra forma, y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras (art. 25).
- e) A poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u de otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate (art. 26).
- f) A la conservación y protección del medioambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados adoptarán medidas eficaces para garantizar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado (art. 29).
- g) A determinar y elaborar prioridades y estrategias para el desarrollo o la utilización de sus tierras o territorios y otros recursos. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas, a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa por esas actividades, y se adoptarán medidas adecuadas para mitigar las consecuencias nocivas de orden ambiental, económico, social, cultural o espiritual (art. 32).

Por cuanto ve al segundo instrumento de referencia, fue ratificado por la Cámara de Senadores el 11 de julio de 1990 y contempla los siguientes derechos a favor de los pueblos indígenas:

- a) A ser consultados²⁶ por los gobiernos, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (art. 6).
- b) A decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que este afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente (art. 7).
- c) A que el Estado proteja especialmente su derecho sobre los recursos naturales existentes en sus tierras. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos (art. 15).
- d) A que el Estado los consulte antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras, a fin de determinar si sus intereses serán perjudicados y en qué medida. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades (art. 15).

²⁶ En la resolución de 27 de junio de 2012 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso del *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, la Corte señaló el alcance del derecho de consulta: debe tener carácter previo, debe ser de buena fe, su finalidad debe ser la de llegar a un acuerdo, debe ser adecuada y accesible, debe tomar en cuenta el impacto ambiental y la cultura indígena en cuestión y debe ser una consulta informada que respete el resto de los derechos fundamentales. El caso *Saramaka vs. Suriname*, resuelto el 28 de noviembre de 2007, reconoce también el derecho a la consulta y los principios del consentimiento libre, previo e informado.

4.9. LA SEGURIDAD NACIONAL

No puede pasarse por alto la definición legal que se contempla en el artículo 3, fracción II, de la Ley de Seguridad Nacional, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de abril de 2005, la cual entiende como parte de la seguridad nacional de México, la preservación de la soberanía e independencia nacionales y la defensa del territorio. Este principio, que define la seguridad nacional del país, es contradicho por los sistemas de contratación y de licencias, pues se entregarían, aunque sea transitoria y temporalmente, partes o bloques del territorio nacional en beneficio de las compañías petroleras internacionales. Además, el debilitamiento de la industria petrolera y eléctrica nacionales —porque las empresas públicas mexicanas competirán con las extranjeras— subordinará el sector energético del país a las decisiones e intereses del exterior.

Lo anterior significa que se pondrá en riesgo el control nacional de los recursos energéticos que permiten sostener nuestra soberanía energética. Serán intereses extranjeros los que participarán en la definición de las políticas públicas de todas las fases o etapas de la industria energética nacional, lo que entraña una violación a la seguridad nacional de México y una pérdida efectiva de soberanía nacional.

4.10. QUIÉN DECIDIRÁ A FUTURO LA PLATAFORMA DE PRODUCCIÓN Y EXPORTACIÓN

Existen muchas variables de la posible reforma energética que deben tenerse en cuenta, pero hay una que es crucial y que explica en buena medida la intención privatizadora del gobierno, porque se propone aumentar en algunos años la producción de petróleo a más de 3.5 millones de barriles diarios de crudo. Me refiero a la plataforma de producción y exportación de hidrocarburos.

La plataforma de producción y exportación de crudo es la determinación sobre la cantidad de hidrocarburos que se calcula se extraerá del subsuelo y el precio que tendrán esos hidrocarburos en el mercado internacional, y que cada año, a propuesta del

ejecutivo federal —la Secretaría de Hacienda—, aprueba el Congreso en la Ley de Ingresos, pues una porción de ese total, vía los ingresos fiscales que paga PEMEX a la Secretaría de Hacienda, es parte del presupuesto de egresos de la federación.

El tema de la plataforma de producción y de exportación de hidrocarburos tiene que ver con consideraciones como las siguientes: 1. por qué la Secretaría de Hacienda, primero, y el Congreso, después, deciden que se extraigan, por ejemplo, tres millones de barriles de crudo al día; 2. por qué se decide que casi la mitad de ese crudo se venda a Estados Unidos y no se almacene, refine o se emplee en la industrialización de petroquímicos, actividades que generarían mayor valor agregado e implicarían mayor beneficio a la nación.

La respuesta a esas dos preguntas, que nos explica el saqueo de crudo que ha vivido nuestro país en las últimas décadas con enorme daño al pueblo de México y a las generaciones futuras, está vinculada a los acuerdos explícitos y secretos del gobierno mexicano con el gobierno estadounidense. México se ha comprometido con ese gobierno, desde hace décadas, a proveerle a Estados Unidos más de un millón y medio de barriles de crudo al día, porque sin ellos, más los millones de barriles que recibe Estados Unidos de otros proveedores como Venezuela, Arabia Saudita o Canadá, la industria estadounidense colapsaría en poco tiempo —se calcula que Estados Unidos necesita 18 millones de barriles al día para mantener en funcionamiento su planta productiva—. ²⁷

Respecto a la plataforma de producción y exportación de hidrocarburos, México ha tomado una política económica irracional y contraria al interés nacional. Vendemos crudo cuando debiéramos guardarlo, refinarlo o destinarlo a la industria petroquímica nacional. Sin embargo, no lo almacenamos sino que, por el contrario, lo extraemos irracionalmente para que lo disfrute la industria estadounidense. Ni lo refinamos ni construimos nuevas refinerías porque las refinerías estadounidenses situadas en el Golfo de México paralizarían su producción. Y en cuanto a la

²⁷ Montoya Martín del Campo, Alberto, “Petróleo y seguridad nacional. Un balance de la reforma petrolera”, *Análisis Plural*, segundo semestre, ITESO, 2008, Guadalajara, México, pp. 106-149.

petroquímica, deliberadamente hemos desmantelado esa industria nacional para beneficiar a intereses foráneos en detrimento de los intereses domésticos.

Todo lo anterior, desde luego, no se informa a la sociedad. ¿Qué pasaría si México decidiera vender su crudo a otros proveedores y no vendérselo más a Estados Unidos? ¿Qué pasaría si redujéramos drásticamente las exportaciones de crudo a ese país? Estoy seguro de que al día siguiente, el gobierno mexicano que hubiese tomado esa decisión caería o entraría en una etapa intensa de presión internacional. De ese tamaño es la importancia del tema de la plataforma de producción y exportación de crudo.

Cualquier análisis de cualquier reforma en materia energética debería comenzar por abordar este tipo de problemas para buscar soluciones óptimas en beneficio de la nación y no de los intereses extranjeros. Sin embargo, los promotores de la reforma energética no explicaron ni justificaron las decisiones que adoptaron en torno a este tipo de asuntos. Es más, se puede pensar que el furor gubernamental por la reforma energética tiene que ver con nuevos compromisos del gobierno mexicano con el gobierno de Estados Unidos para incrementar la producción de petróleo crudo y de gas, y con ello aumentar el número de barriles que día con día se vende a Estados Unidos, tal como se desprende de la exposición de motivos de la iniciativa de Peña Nieto, sin que la nación mexicana pueda decidir otra cosa, por ejemplo, almacenar su crudo para el futuro, refinarlo a través de PEMEX o promover la industria petroquímica nacional.

4.11. LA RENTA PETROLERA Y SU DESTINO

Uno de los debates más importantes que se avecina y que servirá para juzgar si la reforma energética de 2013 es privatizadora o no, tiene que ver con la renta petrolera. ¿Qué es la renta petrolera? Podemos dar al menos dos definiciones aproximadas. La primera entiende *lato sensu* por renta petrolera el beneficio que el Estado obtiene al restar del costo del barril de petróleo en el mercado internacional el costo por su extracción, que es de aproximadamente diez dólares. Es decir, en términos gruesos, la renta

petrolera equivale a 90 dólares que el Estado mexicano recibe por cada barril de petróleo y que destina al gasto público —de cada 100 pesos del presupuesto de la federación, hasta 40 pesos han tenido origen en la renta petrolera—.

La segunda definición es de carácter fiscal y señala que la renta petrolera se integra con la totalidad de las contribuciones fiscales que el Estado recauda por la explotación de los hidrocarburos. Ya dijimos que en el pasado casi 4 de cada 10 pesos del presupuesto de la federación provenían de esa renta petrolera.

El gobierno federal, el PRI y el PAN se empeñaron en una reforma energética que propuso abrir el sector energético a la inversión privada, principalmente a la internacional. La cuestión pertinente consiste en preguntarse si esa apertura mantendrá los actuales niveles de renta petrolera que obtiene la nación mexicana vía la hacienda pública. Esto es, si las empresas trasnacionales pagarán al Estado mexicano las mismas contribuciones fiscales que PEMEX, pues PEMEX es el principal contribuyente del país. En años recientes ha aportado más de un billón de pesos al año al fisco.

Es obvio que si se obliga a las grandes empresas trasnacionales a pagar al fisco mexicano lo mismo que PEMEX, su margen de ganancia sería menor al que esperan obtener, y seguramente por ello, en esas condiciones no participarían con sus inversiones para extraer el crudo mexicano en cualquiera de las fases de la industria energética —tanto en PEMEX como en CFE—. Lo expuesto entraña que para que sea atractiva la inversión extranjera o nacional en materia petrolera y eléctrica, la carga impositiva de las empresas o de servicios debe ser menor a la de PEMEX y CFE, para que el negocio privado se produzca.

Lo anterior significa que el Estado mexicano reducirá, merced a la reforma energética, el ingreso fiscal derivado de la renta petrolera, misma que es constitucionalmente de la nación, que es de todos, de las presentes generaciones y de las futuras. Y no solo eso, sino que la reforma va a propiciar que compartamos como mexicanos la renta petrolera —que insisto, es de la nación— con las compañías trasnacionales. Además, como habrá una reducción de recursos fiscales, el gobierno promoverá sucesivas refor-

mas fiscales o recurrirá al endeudamiento para compensar lo que ya no obtendrá a consecuencia de la reforma energética.

Es decir, por una parte compartiremos la renta petrolera, que es de la nación, con las grandes empresas privadas y, por otra, los mexicanos pagaremos nuevos impuestos para completar lo que la hacienda pública ya no recibirá de PEMEX y de CFE. Es un esquema injusto que privatiza los beneficios de la nación a favor de las empresas trasnacionales que invertirán en el sector energético y que socializa la carga fiscal entre los mexicanos para incrementar los beneficios de los grandes intereses económicos.

Por eso, en la izquierda se insistió en una reforma energética distinta. Una reforma que mantenga la renta petrolera en la nación y que la administre en beneficio de la sociedad. Esa reforma arguye que la renta petrolera se destine: a garantizar el derecho a la alimentación de los mexicanos; a las obras de infraestructura socialmente necesarias de los tres órdenes de gobierno; al desarrollo de la planta industrial y productiva de la nación; al apoyo de las pequeñas y medianas empresas; y a la educación, a la salud, a la investigación científica y tecnológica. Además se indica que la renta petrolera no debe orientarse a cubrir el gasto corriente de las entidades, dependencias, poderes, órganos constitucionales u órdenes de gobierno, como desgraciadamente ha ocurrido en la historia reciente de nuestro país. También se propone que se prohíba la constitución de fondos con los excedentes de la renta derivada de la explotación de los recursos naturales de la nación y que se impida la integración de fideicomisos o cualquier otra figura análoga con los recursos derivados de la explotación de la renta petrolera.²⁸

La determinación del destino de la renta petrolera debe tomar en cuenta la perspectiva integral de su máxima explotación tecnológico-industrial, tanto para las generaciones presentes como para las futuras, y nunca estimar que los recursos naturales de la nación son simples materias primas o insumos primarios, sino elementos para el desarrollo de la República a mediano y a largo plazo. Se trata de una visión totalmente diferente a la del

²⁸ Jiménez Espriú, Javier, *Análisis a la reforma energética 2013*, México, Editorial Innova, 2013, pp. 7-30.

gobierno, pues este está más interesado en los negocios y beneficios de las grandes empresas transnacionales que en el beneficio de la nación.

Los gobiernos mexicanos, principalmente los dos últimos, el de Fox y el de Calderón, pero también el de Peña Nieto, han empleado la renta petrolera para gastarla en sueldos, burocracia y prestaciones a servidores públicos, lo que se llama gasto corriente. No ha existido una visión patriótica para destinar esa renta petrolera a la inversión productiva del país. El gobierno mexicano de Peña Nieto debería estar pensando y proponiendo —en lugar de privatizar la industria petrolera nacional— cómo orientar esos recursos, cómo emplearlos en el desarrollo de una industria nacional vigorosa en donde los promotores de la misma sean, por un lado, el gobierno mexicano y, por otro, los empresarios de nuestro país. La renta petrolera debería destinarse al impulso de la infraestructura, la ciencia y la tecnología nacionales.²⁹

4.12. LAS CONSECUENCIAS FISCALES DE LA REFORMA ENERGÉTICA

La aprobación de la reforma energética tendrá consecuencias de carácter fiscal. PEMEX es el principal contribuyente del país. Cada año había aportado al fisco alrededor de un billón de pesos y sus aportaciones representaron en el pasado casi 40% del Presupuesto de Egresos de la Federación.

Compartir las utilidades o la producción de la renta petrolera con empresas transnacionales traerá como consecuencia la disminución de las aportaciones de PEMEX a la hacienda pública.³⁰ El

²⁹ Las iniciativas del PAN y del PRD se preocuparon parcialmente por el tema cuando proponen el establecimiento de instituciones y mecanismos para administrar los excedentes de la renta petrolera.

³⁰ Cuando esto se escribe, 26 de abril de 2014, la prensa nacional anuncia que la nueva Ley de Petróleos Mexicanos contendrá que la reducción de los recursos fiscales de PEMEX al fisco irá descendiendo: primero al 30% del presupuesto, posteriormente al 15% y, para 2026, los recursos fiscales de PEMEX no serán significativos para la hacienda pública nacional. Véase

resto de las empresas petroleras no pagarán en contribuciones lo mismo que hoy en día paga PEMEX al fisco. Para que las inversiones privadas de las grandes empresas energéticas foráneas sean rentables, la contribución fiscal de las empresas privadas debe ser menor a la que aporta actualmente PEMEX a las finanzas públicas. La consecuencia de ello implicará el incremento de los impuestos a los mexicanos o el aumento del endeudamiento externo.

En un artículo publicado en el Diario *Reforma*, Luis Videgaray Caso, secretario de Hacienda y Crédito Público, señalaba las características que tendría el régimen fiscal de PEMEX de ser aprobada la reforma constitucional energética:

PEMEX mantendrá los recursos necesarios para cubrir sus costos de operación y de capital en las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos. Segundo, se mantendría un esquema de regalías y derechos pero estos serían más moderados que los que PEMEX paga en la actualidad. Tercero, y reforzando el concepto de tratar a PEMEX como una empresa, las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos ahora estarán sujetas al impuesto sobre la renta. Finalmente, se tomaría una decisión sobre si los mayores recursos remanentes se reinvierten en la empresa o si una parte se transfiere al fisco a través de un dividendo.³¹

Como claramente se ve, una importante finalidad de la reforma energética es su variable fiscal para reducir la carga impositiva de PEMEX y también de las empresas petroleras transnacionales. De concretarse ese objetivo, el vacío fiscal resultante se cubrirá con nuevos impuestos a los mexicanos o con el incremento del endeudamiento externo.

Otras posibles consecuencias fiscales tienen que ver con la doble imposición internacional. Esta se define como el resultado de la aplicación de impuestos similares en dos o más Estados por un mismo contribuyente, respecto a la misma materia imponible y por el mismo periodo. Un medio para promover los intercam-

López, Alejandra, “Dejarán de exprimir PEMEX ¡hasta 2026!”, *Reforma*, 26 abr 2014, primera plana.

³¹ Videgaray Caso, Luis, “Un nuevo régimen fiscal para PEMEX”, en periódico *Reforma*, 15 ago 2013, p. 11.

bios de bienes y servicios y los movimientos de capitales se logra mediante los convenios o tratados que eliminan o reducen la doble imposición. Los tratados para eliminar la doble imposición fiscal entrañan la distribución de competencias fiscales entre los Estados para renunciar a la posibilidad de gravar los mismos hechos y las mismas personas en materia de establecimiento, regulación y exigibilidad de tributos.³²

México forma parte de las reglas de fiscalidad internacional de la OCDE en materia de doble imposición tributaria, ya sea para eliminarla o reducirla. Este organismo maneja cuatro posibilidades: 1. exención total; 2. exención con progresividad; 3. la imputación total, y 4. la imputación limitada. Veremos a cuál método se adscribirán las contribuciones fiscales de las grandes empresas petroleras que inviertan en México. Ellas lucharán para someterse a las reglas fiscales benignas y eludir una fiscalidad nacional severa, con lo que su aporte al fisco puede ser menor de lo que se piensa.

4.13. LAS CLAVES DE LA REFORMA ENERGÉTICA HAN QUEDADO PREVISTAS EN LOS ORDENAMIENTOS SECUNDARIOS

Con la excepción de la propuesta del PRD, que no estuvo dedicada a modificar los artículos 25, 27 y 28 constitucionales, sino que propuso la modificación de 12 leyes secundarias y la creación de una nueva, las reformas constitucionales de 2013 promovidas por el titular del ejecutivo federal y por el PAN no vinieron inmediatamente acompañadas por una propuesta de legislación secundaria. Eso significó que los aspectos fundamentales de la reforma constitucional energética de 2013 se definieron en los ordenamientos secundarios.

De esta suerte, los mexicanos nos quedamos sin conocer, al momento de la aprobación de la reforma constitucional —diciembre de 2013—, los alcances jurídicos efectivos de la refor-

³² Miranda Pérez, Armando, “Doble imposición internacional”, en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, Porrúa-Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal-UNAM, 2008, t. III, pp. 602-604.

ma a la ley fundamental y, por tanto, sus sentidos privatizadores. Javier Jiménez Espriú recuerda al Conde de Romanones cuando este decía: “Ustedes hagan la ley, que yo haré el reglamento”,³³ para mostrar la importancia de las normas secundarias. Sin una propuesta integral que comprenda la reforma constitucional y la secundaria, era muy difícil comprender en diciembre de 2013 cabalmente la profundidad que tendría la modificación a la Carta Magna.

4.14. LAS CONSECUENCIAS DEL RÉGIMEN CORPORATIVO —EMPRESAS PRODUCTIVAS DEL ESTADO— Y LA NO PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN EL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DE PEMEX

De las deficiencias de la reforma constitucional energética de 2013 se destaca la definición de PEMEX y CFE como entidades corporativas de la administración pública —empresas productivas del Estado— y la salida de los trabajadores del Consejo de Administración de PEMEX. Sobre el primer aspecto, es muy importante señalar que los riesgos de los gobiernos corporativos en PEMEX y la CFE consisten en que los poderes del Estado, en concreto el Congreso de la Unión o el poder judicial, dejen de tener participación en esos dos organismos públicos para vigilar, supervisar y aprobar algunas de sus decisiones. Me refiero, por ejemplo, a la posibilidad de que el Congreso de la Unión no tenga nada que decir respecto al endeudamiento de PEMEX y CFE o a que la Cámara de Diputados, vía la Auditoría Superior de Fiscalización, pierda competencias en la revisión de la cuenta pública de PEMEX o de la CFE. Gobierno corporativo no debe implicar autarquía administrativa y derogación de los controles constitucionales y democráticos del Estado sobre los dos organismos.

En cuanto a la salida de los representantes del Consejo de Administración de PEMEX, lo considero un error histórico y democrático. El origen de la nacionalización y expropiación petrolera fue un conflicto laboral entre los trabajadores y las compañías

³³ Jiménez Espriú, Javier, “PRI: No pienso, y luego existo”, *La Jornada*, 22 ago 2013.

extranjeras. Durante los primeros años de la fundación de PEMEX y en sus etapas de consolidación, los trabajadores han sido el baluarte de la industria petrolera. Es injusto eliminar del órgano de dirección de PEMEX al sector que ha contribuido a su desarrollo. Democráticamente es importante que en los organismos públicos se mantengan y promuevan los mecanismos de cogestión: las empresas también deben ser dirigidas por los trabajadores y no solo por la parte patronal, en este caso, de carácter gubernamental.

Es verdad que las dirigencias de los sindicatos de PEMEX y de la CFE son corruptas, pero eso no significa que esa situación se mantenga indefinidamente. Urge la democratización de los sindicatos de ambos organismos y el respeto al principio de pluralidad sindical. El argumento de la corrupción sindical no debe ser la excusa para eliminar la representación sindical en el Consejo de Administración de PEMEX. Por el contrario, debe ser el acicate para transparentar el funcionamiento de PEMEX y de la CFE y, por ello, las sesiones del Consejo de Administración de PEMEX deben ser totalmente públicas para que la sociedad mexicana se entere de qué y cómo se decide en ese ámbito.

4.15. SE VIOLENTA EL DERECHO DE PROPIEDAD
DE LA NACIÓN RECOGIDO EN EL PRIMER PÁRRAFO
DEL ARTÍCULO 27 DE LA CONSTITUCIÓN Y EL DERECHO
AL TERRITORIO DEL ESTADO QUE DEVIENE
DE LOS ARTÍCULOS 27 Y 42 DE LA CONSTITUCIÓN

El transitorio octavo de la reforma energética establece que el sector energético tiene prevalencia sobre cualquier otra actividad. Ello permitirá —a favor de las transnacionales— expropiar y disponer de la propiedad privada, pública y social por encima de cualquier otro derecho, tal como ocurre hoy en día con la minería. Este artículo transitorio octavo contradice el artículo 2, apartado A, fracción VI de la Constitución, que contempla el derecho preferente de los pueblos originarios para explotar los recursos naturales en sus territorios, cuando no se trata de áreas estratégicas. Se permite además que las concesiones mineras puedan servir para justificar y fundamentar la explotación de hidrocarburos.

La norma transitoria en estudio será fuente de conflictos sociales por la propiedad y la posesión de la tierra. Las empresas trasnacionales del petróleo y de la electricidad, como ahora ocurre con las empresas mineras, argumentarán a su favor el carácter preferente de las actividades energéticas. Los ejidos, comunidades y pueblos indígenas sostendrán como preferentes sus derechos sobre la tierra. Frente a esos conflictos de derechos, los tribunales de arbitraje internacional tendrán que decidir, y seguramente lo harán a favor de los intereses foráneos. Es importante llamar la atención sobre el hecho de que el artículo octavo transitorio jamás hace referencia al derecho de consulta de los pueblos originarios ni se alude al consentimiento libre, previo e informado que se debe obtener, en algunos casos, de esos pueblos.

Con este artículo octavo transitorio el régimen de propiedad de la tierra cambia totalmente en el derecho mexicano. La propiedad privada, social o pública estará subordinada a las actividades preferentes de la industria energética y las expropiaciones o formas análogas a ella sobre la propiedad privada podrán realizarse para satisfacer los intereses privados de las empresas trasnacionales del petróleo y de la electricidad. La reforma constitucional en esta norma transitoria pone a disposición de las empresas trasnacionales el territorio nacional y lo que lo conforma.

**4.16. EL GOBIERNO FEDERAL REALIZÓ PROPAGANDA
SOBRE LA REFORMA ENERGÉTICA, PERO NO HA INFORMADO
NI PRESENTADO TODOS LOS PUNTOS DE VISTA RELEVANTES.
LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN MÉXICO ESTUVIERON
AL SERVICIO DEL GOBIERNO Y SESGARON LA INFORMACIÓN
A SU FAVOR, PERO NO A FAVOR DE LA SOCIEDAD
Y DE LOS INTERESES DE LA NACIÓN**

No existe un concepto definido universalmente sobre qué es el derecho a la información. Ernesto Villanueva, a partir de lo establecido en el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, indica que se trata de un derecho que comprende al menos tres garantías: 1. el derecho a atraerse in-

formación; 2. el derecho a informar, y 3. el derecho a ser informado.³⁴

El derecho a atraerse información incluye los derechos para acceder a los archivos, registros y documentos públicos, y el derecho de las personas a informarse o no, así como a determinar libremente a qué medio de comunicación atienden. El derecho a informar incluye las libertades de expresión y de imprenta, y el derecho a constituir sociedades y empresas informativas. Por su parte, el derecho a ser informado entraña los derechos a: recibir información objetiva y oportuna; que la información sea completa, es decir, que atienda a todos los enfoques, opiniones, puntos de vista e ideas relevantes, y que la información se difunda universalmente, sin exclusión alguna de personas, sectores y grupos.

En México, desde las reformas de 2002, se ha ido desarrollando paulatinamente, aunque de manera deficiente, el derecho de acceso a los archivos, registros y documentos públicos. Sin embargo, en cuanto a los derechos a recibir información objetiva, oportuna y completa; respecto a que los medios de comunicación —principalmente los electrónicos— expongan todas las posiciones relevantes de la sociedad, y a que no existan sectores excluidos de la información, nuestro sistema jurídico y la práctica cotidiana dejan mucho que desear.

Como se ha establecido en el derecho comparado, el derecho a la información es de doble vía, no cubre únicamente a quien informa, sino que principalmente protege a los receptores de la información, quienes tienen el derecho a exigir que la información sea objetiva, oportuna, completa y sin exclusiones a personas, sectores y grupos. También el derecho comparado insiste, y la Suprema Corte de Justicia de la Nación de nuestro país lo ha reconocido, que una cosa es el derecho de acceso a la información y otra muy importante es el derecho a la información que engloba al primero.³⁵

³⁴ Villanueva, Ernesto, “Derecho a la información”, en *Diccionario de Derecho de la Información*, México, Jus-UNAM, 2010, t. I, pp. 399-407.

³⁵ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XI, abril de 2000, Tesis: P. LXI/2000, pág. 71.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación —tesis LXXXIX/96, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Novena Época, t. III, junio 1996, pág. 513— ha extendido con timidez los alcances del derecho a la información y ha señalado que este derecho está vinculado con el derecho a conocer la verdad, lo que exige que las autoridades se abstengan de dar a conocer a la comunidad información manipulada, incompleta o falsa.

Aunque la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha ampliado las fronteras del derecho a la información y lo ha entendido como derecho individual y social, también ha incorporado limitantes a su ejercicio, entre ellos los que establece el artículo 6 de la Constitución —derechos de tercero, provoquen algún delito o perturben el orden público—. Igualmente ha asumido las limitaciones, en su vertiente de acceso a la información en cuanto a la información reservada y confidencial, así como respecto a la información relativa a la protección de los datos personales que se deriva del segundo párrafo del artículo 16 de la Constitución.

Desde nuestro punto de vista, la ausencia de una regulación adecuada y democrática y de las garantías efectivas para proteger y hacer cumplir este derecho explican el escaso desarrollo democrático del país y la no conformación de un auténtico Estado constitucional y democrático de derecho.

Como se sabe, la reforma constitucional en materia electoral de 2007 implicó reformas en materia de derecho a la información. Las modificaciones constitucionales publicadas en el *Diario Oficial de la Federación*, de 13 de noviembre de 2007, apuntaron hacia tres ejes fundamentales que no se realizaron del todo durante el proceso electoral de 2012. Estos fueron: 1. la limitación de los medios de comunicación electrónica privados en los procesos electorales, que ya constituían el fiel de la balanza de la vida política nacional, rompían la equidad electoral y degradaban el debate político sin que hubiese sujeción a ningún control democrático; 2. la contención del dinero privado y de los empresarios en las campañas para evitar la corrupción pública y que la vida nacional gravite en función de los grandes intereses económicos y no en razón de la voluntad ciudadana, y 3. la disminución del dinero público en los procesos electorales para que esos recursos se ocupen en otros objetivos sociales.

Durante 2013 se aprobó la reforma constitucional en materia de telecomunicaciones y radio y televisión, y posteriormente la reforma constitucional en materia de transparencia. Entre otras cuestiones: 1. se establecieron de manera expresa en la Constitución (art. 73) las competencias del Congreso de la Unión para legislar en la materia, pues respecto a radio y televisión no había claridad en la materia; 2. se abrió la inversión extranjera en el sector; 3. se concedió autonomía constitucional —desde nuestro punto de vista limitada— al órgano regulador y garante en radio, televisión y telecomunicaciones, y 4. se concedió autonomía constitucional y más facultades al órgano garante de la transparencia y del derecho a la protección de datos personales.

La reforma a los medios de comunicación electrónica y a las telecomunicaciones, aunque partió de la Constitución y pretendió ser ambiciosa, no limita con seriedad la influencia indebida y muchas veces contraria al interés general de los medios electrónicos, ahora internos y foráneos, en la vida nacional. Mientras nos quedemos en el gradualismo y con propuestas mal fundadas constitucionalmente, no enfrentaremos adecuadamente a ese poder fáctico.

La ONU y la OEA se han preocupado por la concentración mediática en México. Frank La Rue, relator especial de la ONU en materia de libertad de expresión, indicó en 2011, en relación con la libertad, pluralismo y diversidad en el debate democrático, que:

[...] sigue existiendo en México una alta concentración en la propiedad y el control de los medios de comunicación a los que se les ha asignado frecuencias radioeléctricas. [...] El Relator Especial insta al Congreso de la Unión y al Ejecutivo Federal a adoptar una legislación conforme con los organismos internacionales para desconcentrar dicho sector, y que contribuya a generar un espacio mediático plural y accesible a todos los sectores de la población.³⁶

En la parte conducente del informe de Frank La Rue se recomienda al Estado mexicano lo siguiente:

³⁶ Asamblea General de las Naciones Unidas, Informe del relator especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, 19 de mayo de 2011 (A/HRC/17/27/ Add.3), párr. 40.

- a) Adoptar un marco normativo que brinde certeza jurídica; promueva la desconcentración de la radio y la televisión y contribuya a generar un espacio mediático plural y accesible a todos los sectores de la población;
- b) Asegurar la existencia de medios públicos verdaderamente independientes del Gobierno, con el objetivo de fomentar la diversidad y garantizar a la sociedad, entre otros, ciertos servicios educativos y culturales;
- c) Crear un marco legal claro, preestablecido, preciso y razonable que reconozca las características especiales de la radio comunicación comunitaria y que contenga procedimientos sencillos y accesibles para la obtención de las frecuencias;
- d) Crear un órgano independiente del gobierno que regule la radio y la televisión;
- e) Establecer criterios objetivos, claros, transparentes y no discriminatorios en la asignación de publicidad oficial para todos los niveles y órdenes de gobierno.³⁷

Por su parte, Catalina Botero, relatora especial para la libertad de expresión de la OEA, en su informe final, hecho público el 7 de marzo de 2011, señala:

La Relatoría observa que en México sigue existiendo una alta concentración en la propiedad y el control de los medios de comunicación a los que se ha asignado frecuencias radioeléctricas. La información entregada a la Relatoría por el presidente de la Comisión de Radio, Televisión y Cinematografía del Senado de la República indica que más del 90% de las frecuencias de televisión se encuentran en manos de solo dos empresas. La información proporcionada por organizaciones de la sociedad civil coincide en señalar este alto grado de concentración. El presidente de la Comisión de Radio y Televisión y Cinematografía del Senado también informó a la Relatoría que con relación a la radio comercial, el 76% del sector se encuentra en manos de 14 familias, y que 47.8% de las emisoras pertenecen a cuatro grandes cadenas.³⁸

Las preocupaciones de estos relatores especiales de la ONU y la OEA son más que fundadas y las recomendaciones de sus

³⁷ *Ibidem*, párr. 91.

³⁸ Informe de la relatoría especial para la libertad de expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA, 7 de marzo de 2011.

sendos informes debieron ser adoptadas por el Estado mexicano desde hace mucho tiempo. Sin embargo, a pesar de la reforma electoral, en transparencia y en telecomunicaciones y radiodifusión, los medios de comunicación siguen estando por encima de las autoridades constituidas, por las siguientes razones:

1. El Congreso de la Unión no ha aprobado la ley secundaria en materia de publicidad gubernamental.
2. No existe en México, a pesar de la reforma constitucional en telecomunicaciones, radio y televisión, una autoridad auténticamente independiente que regule a los medios de comunicación electrónica de carácter privado y público.
3. Hay un duopolio televisivo en donde dos empresas —Televisa y Televisión Azteca— concentran más de 90% del espectro radioeléctrico.
4. En la radio, unas cuantas empresas concentran casi 50% del espacio radioeléctrico.
5. Los 48 minutos diarios de que disponen los partidos en las campañas para transmitir propaganda electoral, no impiden que los grandes medios de comunicación electrónica en México, vía entrevistas, programas especiales, informacionales o noticieros, otorguen tiempo extra a sus candidatos favoritos en detrimento de la equidad en la contienda con lo que la reforma electoral citada queda burlada.
6. Las autoridades electorales —INE y Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación— se han visto tibias y tímidas a la hora de imponer sanciones a los medios de comunicación electrónica. De esta suerte y hasta el momento, ningún medio de comunicación ha perdido la concesión o se le ha suspendido su programación por violaciones a la legislación electoral.
7. Las multas que han fijado las autoridades electorales a los medios privados en un gran porcentaje no se han podido cobrar porque estas no tienen competencias directas y suficientes para cobrarlas.
8. Los medios de comunicación electrónica han intentado impedir la mínima regulación administrativa de las autoridades electorales, y
9. Las voces críticas al gobierno no tienen presencia equitativa en los medios de comunicación electrónica.

La reforma constitucional en materia de telecomunicaciones y radiodifusión modifica los artículos 6, 7, 27, 28, 73, 78 y 94 de la Constitución y tuvo por propósito facultar al Congreso de la Unión para legislar en materia de radio, televisión, telecomunicaciones, comunicación satelital, banda ancha, y propone medidas antimonopólicas. Establece que ninguna empresa puede concentrar más de 50% del mercado respectivo, constituye un organismo para regular los medios públicos, reconoce un limitado derecho fundamental para acceder a la banda ancha, limita la propaganda gubernamental, indica que el servicio de radiodifusión es de carácter social, dota de débil autonomía constitucional al organismo para las telecomunicaciones y también proporciona una reducida autonomía constitucional a la COFECE.

La reforma constitucional en materia de telecomunicaciones y competencia económica en general ha sido bien recibida por muchos sectores sociales, académicos y aun por los que se podrían considerar como afectados —entre otros, el duopolio televisivo y los responsables de TELMEX—. Desde nuestro punto de vista, no es la reforma constitucional que en estas materias se requiere. Conviene preguntarse si realmente la reforma constitucional de Peña Nieto merece tantos aplausos. ¿Por qué la reciben con beneplácito los afectados? Será acaso porque nunca les gusta perder y hasta cuando pierden muestran una postura triunfalista, o habrá alguna otra respuesta.

Como sabemos, la iniciativa se preparó tras bambalinas, no se negoció públicamente y, por eso, desconocemos los diversos borradores que de la misma se prepararon, las presiones que existieron y las discusiones sobre los aspectos concretos. Hemos conocido solo el texto definitivo de esas negociaciones, que se realizaron en la opacidad. En principio, nuestro material de análisis está en la reforma constitucional, a reserva de incorporar a cualquier estudio posterior, los elementos que se vayan conociendo de esas negociaciones secretas. Desde luego, los proyectos de legislación secundaria también serán muy importantes para comprender a cabalidad los objetivos de la reforma propuesta y sus verdaderas intenciones.

A partir de un análisis de la reforma constitucional en telecomunicaciones y de las declaraciones de los actores que participa-

ron en ella, encuentro cuatro motivos de crítica, que no deberíamos pasar por alto. Estos son:

1. se permite que una empresa concentre 50% del mercado en telecomunicaciones y radiodifusión (fracc. III del art. octavo transitorio);
2. en telecomunicaciones y comunicación satelital, la inversión extranjera puede ser hasta de 100% y en radiodifusión hasta 49% (art. quinto transitorio);
3. la Comisión Federal de Electricidad cederá a Telecomunicaciones de México su concesión para instalar, operar y explotar una red pública de telecomunicaciones para favorecer a los inversionistas privados, y
4. los órganos reguladores propuestos —el Instituto Federal de Telecomunicaciones y la Comisión Federal de Competencia Económica—, serán entidades sujetas al reparto de cuotas entre los tres grandes partidos y el ejecutivo, es decir, carecerán de legitimidad democrática de origen y probablemente también de ejercicio.

La concentración de hasta 50% de una empresa en alguno de los sectores no resuelve el problema de los monopolios en México. Una empresa que posea 50% del mercado —Televisa o TELMEX— seguirá siendo preponderante y podrá imponer a la autoridad reguladora muchas decisiones en su ámbito de actuación. ¿Por qué no se reduce ese porcentaje de concentración al 20 o 30%? Mi respuesta es que no se quiere efectivamente combatir la concentración empresarial. En Estados Unidos, paradigma del modelo capitalista, ninguna empresa de televisión puede tener más de 30% del mercado. La impresión que tenemos algunos es que a TELMEX o a Televisa se les quita parte de su influencia monopólica en telecomunicaciones o en televisión para compensarlos en otra actividad. A TELMEX se le compensará en televisión y a Televisa en telecomunicaciones.

Los porcentajes de inversión extranjera que se permitieron hasta de 100% en telecomunicaciones y 49% en radiodifusión responden a la presión de las transnacionales. El Estado mexicano legislará en beneficio de esos intereses. Los beneficios de la reforma no solo se repartirán entre la oligarquía nacional, sino entre la oligarquía internacional. Peña busca apoyos y respaldos

en la comunidad internacional, como lo anunció en la reforma petrolera, y sin que le importe la soberanía de México sobre sus recursos nacionales.³⁹

El artículo décimo quinto transitorio de la reforma en telecomunicaciones y radiodifusión priva a la CFE de su red de transmisión con el propósito de compartirla con los inversionistas privados, nacionales y extranjeros. Esto constituye un despojo a la nación. Nuevamente los recursos públicos se emplearán para beneficiar a intereses privados o, en otras palabras, esa reforma favorece que inversionistas privados obtengan beneficios económicos y que para ello compartan la infraestructura pública de una red que debería ser estratégica para el desarrollo de la nación y para el logro de los intereses generales. Es evidente que en este punto, como en otros de la reforma, existe una privatización de lo público.

En cuanto a los órganos reguladores, a los que se dota de insuficiente autonomía constitucional, expresamos que al igual que todos los órganos constitucionales del país, carecen de legitimidad democrática. Son órganos elitistas, cuyos titulares responden a un esquema de reparto de cuotas entre los partidos y el ejecutivo federal. Sus comisionados, por el origen de sus nombramientos, no se deberán a los intereses de la sociedad sino a los intereses de quienes los designen. El tema de la legitimidad democrática de los órganos constitucionales autónomos no es asunto menor, pues como órganos cúspide del Estado mexicano, sus titulares deberían provenir de la soberanía popular para que a esta se deban.

No cabe duda de que entre los aspectos fundamentales de una reforma para la democratización de los medios de comunicación en México está el entendimiento integral del derecho a la información. Este no solo consiste en el acceso a la información y en la transparencia,⁴⁰ sino que tiene, entre otras vertientes: el plura-

³⁹ Rathbone, John Paul, “Peña Nieto pledges transformational reform of Pemex”, *Financial Times*, Londres, 17 jun 2013. “Los cambios constitucionales (serían) necesarios para darle certeza a los inversionistas privados”.

⁴⁰ Carreras Serra, Lluís de, *Régimen jurídico de la información. Periodistas y medios de comunicación*, Barcelona, Ariel, 1996.

lismo de los medios y en los medios; el acceso a las concesiones sobre el espacio radioeléctrico; el derecho a recibir información veraz;⁴¹ el derecho a participar en la discusión de los asuntos públicos; el derecho a que la información no constituya una forma de propaganda o publicidad, y el derecho a que existan órganos constitucionales independientes que garanticen la eficacia de los anteriores derechos. En México no contamos con pluralismo de medios, y en estos —al menos no en los electrónicos— no hay acceso libre y para todos los habitantes de la república a las concesiones de radio, televisión y las telecomunicaciones; el espacio radioeléctrico se encuentra dominado por unas cuantas empresas claramente monopólicas porque concentran —en el caso de las dos televisoras privadas— más de 90% del espacio radioeléctrico; no existen garantías para recibir información veraz ni para evitar que se simule información cuando en realidad se brinda propaganda o publicidad; no hay acceso universal y gratuito a la banda ancha —al Internet— y, desde luego, no hay órganos independientes que posibiliten el ejercicio de un derecho a la información plural. Mucho menos existe la posibilidad de que en los medios electrónicos participemos los gobernados en la discusión o en la deliberación de los asuntos públicos en condiciones de pluralismo, en donde todas las voces y puntos de vista sean expuestos y escuchados.

Los medios electrónicos en México no actúan ni ejercen su función bajo condiciones democráticas, tal como lo señalaron los relatores para la libertad de expresión de la ONU y de la OEA.⁴² La relación entre los medios de comunicación electrónica, el poder formal-institucional y los ciudadanos no constituye un vínculo propio de los sistemas democráticos, porque no existe pluralidad de medios ni al interior de ellos. Los medios electrónicos en México, sobre todo las dos grandes televisoras, actúan como

⁴¹ Rubio Llorente, Francisco, *Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)*, Barcelona, Ariel, 1995, p. 205.

⁴² Informe del relator especial de la ONU sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión 2010, Frank La Rue (A/HRC/17/27/Add.3, 10 de mayo de 2011) y el Informe especial sobre la libertad de expresión en México, 2010, de la relatora especial de la OEA, Dra. Catalina Botero (OEA/Ser.L/V/II.Doc.5, 7 marzo 2011).

poder fáctico afectando e influyendo de manera contraria a la de un Estado de derecho y a la de una democracia en el desarrollo político del país. Los medios electrónicos ejercen un papel más que significativo durante los procesos electorales y políticos. La regulación vigente no implica que los medios electrónicos —la televisión— se hayan subordinado al derecho. Mantienen una posición de preeminencia e impiden reformas constitucionales y secundarias que contribuyan a pluralizar el acceso al espacio radioeléctrico. Han obstaculizado la aprobación de la ley reglamentaria del artículo 134 de la Constitución sobre publicidad gubernamental y del Estado, lo que, por cierto, favoreció a Peña Nieto durante el proceso electoral federal de 2012, porque fue posicionado de manera más que relevante sobre cualquier otro posible candidato y político del país. Los medios electrónicos —la televisión privada— controlan las bancadas en el Senado y en la Cámara de Diputados del Partido Verde Ecologista de México y utilizan a los legisladores de estos y otros grupos parlamentarios como correas de transmisión de sus intereses.

Parte de la reforma en medios tiene relación con la regulación de la publicidad gubernamental y del Estado. En nuestro país, desde hace mucho tiempo, se necesita una ley reglamentaria que regule la publicidad del Estado para evitar abusos de los gobiernos federales, locales y municipales que limitan la equidad política y la imparcialidad, no solo en los procesos electorales, sino también en el ejercicio cotidiano de los derechos a la libertad de expresión, al derecho a la información, en el quehacer de los gobiernos y en las relaciones entre gobierno y oposición. Se trata de un viejo propósito que ha sido materia de distintas iniciativas de ley y que ha obligado a la Secretaría de Gobernación a emitir lineamientos generales para la orientación, planeación, autorización, coordinación, supervisión y evaluación de las estrategias, los programas y las campañas de comunicación social de las dependencias y entidades de la administración pública federal que, hay que decirlo, son del todo insuficientes.

La reforma constitucional electoral de 2007 estableció en sus párrafos sexto, séptimo y octavo del artículo 134 de la Carta Magna lo siguiente:

Los servidores públicos de la federación, los estados y los municipios, así como del Distrito Federal y sus delegaciones, tienen en todo tiempo la obligación de aplicar con imparcialidad los recursos públicos que están bajo su responsabilidad, sin influir en la equidad de la competencia entre los partidos políticos. La propaganda bajo cualquier modalidad de comunicación social que difundan como tales los poderes públicos, los órganos autónomos, las dependencias y entidades de la administración pública y cualquier otro ente de los tres órdenes de gobierno deberá tener carácter institucional y fines informativos, educativos o de orientación social. En ningún caso esta propaganda incluirá nombres, imágenes, voces o símbolos que impliquen promoción personalizada de cualquier servidor público. Las leyes, en sus respectivos ámbitos de aplicación, garantizarán el estricto cumplimiento de lo previsto en los dos párrafos anteriores, incluyendo el régimen de sanciones a que haya lugar.

Las anteriores disposiciones constitucionales significan que existen deberes para todos los servidores públicos del Estado, que los obligan a la imparcialidad y a la salvaguarda de la equidad en la competencia entre los partidos políticos. A partir de este principio, los recursos públicos, tanto federales como estatales o municipales, jamás pueden usarse en la publicidad gubernamental para trastocar esos principios. Los gobiernos deben ser respetuosos, en términos de equidad y de imparcialidad, en las relaciones con los ciudadanos, con la oposición y con los medios de comunicación. Es decir, no es posible romper por ningún motivo esos principios, y no solo en época de procesos electorales y de campaña, sino permanentemente, en todo tiempo, para que exista una relación simétrica entre ciudadanos y gobernantes, entre medios y gobernantes y entre los que tienen el poder y los que aspiran a obtenerlo.

Además, la propaganda estatal y gubernamental debe tener carácter institucional; es decir, debe referirse a los fines de cada institución y a la manera en que las instituciones se aproximan a ellos. No están permitidos mecanismos mediáticos de manipulación, simulación u ocultamiento. Los instrumentos de comunicación social deben darse a partir de elementos documentales o electrónicos que expresen objetivamente a los ciudadanos el cumplimiento de las competencias constitucionales y legales,

con el propósito de dar cuenta de información confiable, técnica y verificable, que garantice los principios de rendición de cuentas y el derecho a la información. Esto es, no se trata de cualquier información institucional, sino de una circunscrita a informar y transparentar las tareas y objetivos de la función pública, sin exageraciones, falsedades u ocultamientos, pues esa información debe responder a los criterios del artículo 6 constitucional en materia de derecho de acceso a la información (p. ej., dando cuenta a través de documentos, de la información completa y actualizada de los indicadores de gestión y del ejercicio de los recursos públicos).

La propaganda que difundan las instituciones públicas debe tener fines informativos. Es decir, su propósito no es el de promocionar a los gobiernos o cantar loas a los logros del gobierno. La finalidad tampoco es la de fortalecer o apuntalar una opción ideológica. El objetivo es simplemente informar en un tono de neutralidad y de objetividad, como se señaló en el párrafo anterior. La evaluación de la información corresponde a los ciudadanos y no a los gobiernos. El simple hecho de decir, por parte de las instituciones públicas, que lo han hecho muy bien o que se han conseguido los objetivos puede entrañar una violación de este principio constitucional.⁴³

También la propaganda de las instituciones públicas puede tener fines educativos y de orientación social. En el primer caso, los contenidos son de carácter pedagógico, cuidando que en esa enseñanza no se violenten los principios de imparcialidad ni los de equidad. Esto es, sin favorecer a ninguna de las opciones ideológicas del país o, en su defecto, presentando todos los puntos de vista sobre un mismo hecho, fenómeno o acontecimiento histórico, político o científico. En cuanto a la orientación social, se trata de recomendaciones, exhortaciones o consejos a los ciudadanos para que adopten determinadas conductas referentes a su salud, alimentación, a sus hábitos de consumo o a las medidas de protección civil. Esto último debe hacerse sin infringir los principios de equidad y de imparcialidad.

⁴³ Ríos Vega, Luis Efrén, “La regla de la propaganda fraudulenta”. Libertad, equidad y neutralidad de medios”, en *Tópicos Electorales. Un diálogo judicial entre América y Europa*, Madrid, TEPIF-CEPC, 2011, pp. 191 y ss.

Lo anterior implica que la publicidad institucional está constitucionalmente acotada, en todo tiempo y no solo en los momentos electorales, por los dos principios multicitados: el de imparcialidad y el de equidad. No se puede, en pocas palabras, usar la publicidad del Estado con fines político-electorales. Por eso, la norma constitucional señala que en ningún caso la propaganda incluirá nombres, imágenes, voces o símbolos que impliquen promoción personalizada de cualquier servidor público.

Los principios contenidos en el artículo 134 de la Constitución han sido una y otra vez violentados, tanto en los procesos electorales como fuera de ellos. Los gobiernos de los distintos órdenes usan la publicidad del Estado con una clara intencionalidad política para exagerar logros, para promocionar opciones ideológicas, sin exponer información neutral, objetiva, confiable y mensurable. Se hace un puro uso político de ella y, lo que es peor, se cometen fraudes a la Constitución y a las disposiciones legales electorales, y así se compran entrevistas a través de terceros, se da a conocer información por los medios de comunicación electrónica, aparentemente con valor informativo, pero que en realidad constituyen formas directas e indirectas de promoción política a ciertos servidores públicos o a determinadas opciones ideológicas o partidarias. Los párrafos sexto, séptimo y octavo del artículo 134 de la Constitución son hoy día letra muerta.

Las deficiencias normativas en la legislación secundaria exigen contar con una ley reglamentaria de los párrafos sexto, séptimo y octavo del artículo 134 de la Constitución, que permita el cumplimiento cabal de los principios establecidos por esa norma constitucional. Las normas electorales son insuficientes y permisivas con las conductas de los gobiernos y de los medios de comunicación electrónica. Por eso, la ley reglamentaria debe determinar que la publicidad del Estado en radio y televisión solo se transmita en los tiempos del Estado y fiscales. Es la solución más adecuada y la óptima porque evita las malas prácticas que hoy se presentan. En cuanto a la publicidad en medios impresos, esta debe sujetarse a criterios muy estrictos para salvaguardar también los principios de imparcialidad y de equidad, además de los de objetividad y transparencia.

Es imperioso evitar que la publicidad oficial sea utilizada a capricho del gobernante en turno. Es también imprescindible que la publicidad del Estado no responda a mecanismos de persecución, de ataque u hostigamiento contra medios críticos de los gobiernos y de las instituciones. Y, sobre todo, que la publicidad oficial esté en plena consonancia con los principios constitucionales y no sea instrumento de propaganda, como ocurrió con la reforma constitucional en materia energética de 2013.

En México es necesario desarrollar y hacer cumplir, con fundamento en el artículo 6 de la Constitución y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, una doctrina sobre el derecho a la información, que no solo consiste en el acceso a la información y en la transparencia, sino que tiene, entre otras vertientes: el pluralismo de los medios y en los medios; el acceso a las concesiones sobre el espacio radioeléctrico; el derecho a recibir información veraz;⁴⁴ el derecho a participar de todos los sectores relevantes de la sociedad y de la vida política en la discusión de los asuntos públicos; el derecho a que la información no constituya una forma de propaganda o publicidad, y el derecho a que existan órganos constitucionales independientes, no derivados de las cuotas de partidos, que garanticen la eficacia de los anteriores derechos.

Por el momento, en el país no contamos con pluralismo de medios y en los medios —al menos no en los electrónicos—; no hay acceso libre y para todos los habitantes de la república a las concesiones de radio, televisión y las telecomunicaciones; el espacio radioeléctrico se encuentra dominado por unas cuantas empresas claramente monopólicas porque concentran —en el caso de las dos televisoras privadas— más de 90% del espacio radioeléctrico; no existen garantías para recibir información veraz ni para evitar que se simule información cuando en realidad se brinda propaganda o publicidad; no hay acceso universal y gratuito a la banda ancha —a Internet— y, desde luego, no hay órganos independientes que posibiliten el ejercicio de un derecho a la información plural. Mucho menos existe la posibilidad

⁴⁴ Rubio Llorente, Francisco, *Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)*, Barcelona, Ariel, 1995, p. 205.

de que en los medios electrónicos participemos en la discusión o en la deliberación de los asuntos públicos en condiciones de pluralismo.

En México se requiere de una nueva reforma a los medios de comunicación electrónica y a las telecomunicaciones, a fin de limitar la influencia indebida de los medios electrónicos en la vida nacional y muchas veces contraria al interés general.⁴⁵ Mientras nos quedemos en el gradualismo de reformas constitucionales insatisfactorias no enfrentaremos adecuadamente a ese poder fáctico.

No cabe duda de que entre los aspectos fundamentales de una reforma para la democratización de los medios de comunicación en México está el entendimiento integral del derecho a la información, tal como aquí hemos enunciado.

En la discusión pública sobre la reforma constitucional energética de 2013, los medios de comunicación electrónica no respetaron el derecho a la información en los términos del artículo 6 de la Constitución. En particular, no han cumplido con: el pluralismo de los medios y en los medios; el derecho a recibir información veraz; el derecho a participar en la discusión de los asuntos públicos; el derecho a que la información no constituya una forma de propaganda o publicidad, y el derecho a que todos los puntos de vista relevantes se manifiesten en igualdad de circunstancias en ellos.

4.17. CONCLUSIONES

México ha privatizado, principalmente desde el gobierno de Salinas de Gortari, sus más importantes empresas públicas. Muy pocos sectores de la economía nacional han quedado a la fecha reservados a la exclusividad del Estado. Los hidrocarburos y la

⁴⁵ Una visión empresarial diversa a la que aquí se expone y consecuente con los intereses de los medios de comunicación y las empresas de telecomunicaciones se encuentra en González Luna Bueno, Federico; Soria Gutiérrez, Gerardo y Tejado Dondé, Javier (comps.), *La regulación de las telecomunicaciones*, México, Porrúa, 2007.

electricidad son elementos fundamentales y estratégicos para nuestro desarrollo económico y para la pervivencia de nuestro país como nación soberana.

En este capítulo hemos dado cuenta de las variables y consecuencias jurídicas de la reforma constitucional energética de 2013. La reforma a los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución promueve la liberalización de los sectores energéticos y de la electricidad. Las consecuencias jurídicas, económicas, políticas y sociales serán inaceptables para México como nación independiente.

Bibliografía

- Aboites, Hugo, *La medida de una nación: los primeros años de la evaluación en México. Historia de poder y resistencia (1982-2012)*, México, UAM-X-CSH, 2012.
- Águila, Rafael del, *La senda del mal: política y razón de Estado*, Madrid, Taurus, 2000.
- Arango, Rodolfo, “Concepciones deontológicas y teleológicas de los derechos fundamentales”, en Clérico, Laura y otros (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación*, Granada, Editorial Comares, 2011.
- Atienza, Manuel, “Constitucionalismo, globalización y derecho”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (coords.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010.
- Bassols Batalla, Narciso, *Las etapas de la nacionalización petrolera*, México, Porrúa, 2006.
- Bauman, Zygmunt, *La globalización. Consecuencias humanas*, México, FCE, 2015.
- Berman, Harold J., *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge-Londres, Harvard University Press, 1983.
- Bernal Pulido, Carlos, “¿Es la ponderación irracional y contraria al principio democrático? Una discusión sobre la teoría de los derechos fundamentales como principios en el contexto de España”, en Sieckmann, Jan R. (ed.), *La teoría principalista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los*

- derechos fundamentales de Robert Alexy*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch*, New Haven, Yale University Press, 1962.
- Cárdenas Gracia, Jaime, “Comentario del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México al amparo en revisión 186/2008 sobre la procedencia del juicio de amparo para impugnar una reforma a la Constitución”, en *Procedencia del juicio de amparo para impugnar una reforma a la Constitucional Federal*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2011.
- , *Crítica a la reforma constitucional energética de 2013*, México, UNAM, 2014.
- , *El modelo jurídico del neoliberalismo*, México, UNAM, 2016.
- , *En defensa del petróleo*, México, UNAM, 2009.
- , *La argumentación como derecho*, México, UNAM, 2005.
- , *La crisis del sistema electoral mexicano. A propósito del proceso electoral de 2012*, México, UNAM, 2014.
- , *Manual de Argumentación Jurídica*, México, Porrúa, 2014.
- y Mijangos Borja, María de la Luz, *Estado de derecho y corrupción*, México, Porrúa, 2005.
- Carreras Serra, Lluís de, *Régimen jurídico de la información. Periodistas y medios de comunicación*, Barcelona, Ariel, 1996.
- Castillo Velasco, José María del, *Apuntamientos para el estudio del Derecho Constitucional Mexicano*, edición facsimilar, México, Miguel Ángel Porrúa, 2007.
- Coll, Steve, *Private Empire: Exxon Mobil and American Power*, Londres-Nueva York, Penguin, 2013.
- Cordera, Rolando y Tello, Carlos, *La disputa por la nación*, México, Siglo XXI Editores, 1981.
- Cordero, María Elena, *Qué ganamos y qué perdimos con el TLC*, México, Siglo XXI Editores-UNAM, 2003.
- Cosío Villegas, Daniel, *La Constitución de 1857 y sus críticos*, 2ª ed., México, FCE-Clío, 2007.
- Dezalay, Yves y Garth, Bryant G, *La internacionalización de las luchas por el poder. La competencia entre abogados y economistas*

- por transformar los Estados latinoamericanos*, México, UNAM, 2005.
- Diamond, Larry, *Developing, Democracy Toward Consolidation*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 1999.
- Díaz Müller, Luis, *El derecho al desarrollo y el nuevo orden mundial*, México, UNAM, 2004.
- Douzinas, Costas, *El fin de los derechos humanos*, Antioquia Colombia, Legis Editores, 2008.
- Duárez Mendoza, Jorge Luis y Munguía Galeana, Fernando, “La formación del orden hegemónico. Límites y aperturas del neoliberalismo en Perú y México”, en Vázquez, Daniel y Aibar, Julio, *Procesos políticos de América Latina. Una lectura crítica del neoliberalismo*, México, FLACSO, 2013.
- Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1988.
- Ely, John, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1980.
- Engle, Merry Sally; Griffiths, John y Tamanaha, Brian Z., *Pluralismo jurídico*, Bogotá, Colombia, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes-Pontificia Universidad Javeriana, 2007.
- Esposito, Roberto, *Diez pensamientos acerca de la política*, México, FCE, 2012.
- Evans, Peter, *Dependent Development: the Alliance of Multi-national, State and Local Capital in Brazil*, Princeton, PUP, 1979.
- Faria, José Eduardo, *El derecho en la economía globalizada*, Madrid, Trotta, 2001.
- Fernández Ruiz, Jorge, *Derecho administrativo. Contratos*, México, Porrúa, 2009.
- *et al.*, *El marco constitucional de la industria petrolera*, Documento de trabajo núm. 111, México, IJ-UNAM, mayo de 2008.

- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías: La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2010.
- , “La crisis de la democracia en la era de la globalización”, en *Law and Justice in a global society*, Granada, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 2005.
- , “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global”, en *Estado constitucional y globalización*, México, Porrúa, 2003.
- , *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2011.
- , *Razones jurídicas del pacifismo*, Madrid, Trotta, 2004.
- Ferrando, Ismael, *Contratos administrativos*, Buenos Aires, Lexis-Nexis, Abeledo-Perrot, 2006.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Amparo Colectivo en México: Hacia una reforma constitucional y legal”. Ponencia, octubre de 2009.
- , “El acceso a la justicia de los intereses de grupo. (Hacia un juicio de amparo colectivo en México)”, en *Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, 2001.
- Ferreres, Víctor, “Justicia constitucional y democracia”, en Carbonell Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa-UNAM, 2002.
- Flint, Colin, *Introduction to Geopolitics*, Nueva York, Routledge, 2012.
- García Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, Documento de Trabajo, IIJ-UNAM, noviembre de 2011.
- Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996.
- , *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Madrid, Katz, 2014.
- Gómez-Palacio, Ignacio, *Derecho de los negocios internacionales. Arbitraje Internacional, TLCAN, América Latina, CIADI*, México, Porrúa, 2006.

- González Luna Bueno, Federico, Soria Gutiérrez, Gerardo y Tejado Dondé, Javier (comps.), *La regulación de las telecomunicaciones*, México, Porrúa, 2007.
- Gramsci, Antonio, *La política y el Estado moderno*, Barcelona, Península, 1971.
- Grunstein, Miriam, *De la caverna al mercado. Una vuelta al mundo de las negociaciones petroleras*, México, Centro de Investigación para el Desarrollo, 2010.
- Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998.
—, *La inclusión del otro*, Barcelona, Paidós, 1999.
- Hamilton, A., Madison, J. y Jay, J. *El federalista*, México, FCE, 1987.
- Haro Navejas, Francisco Javier, “La nueva institucionalización mundial: China, India, Japón y Tailandia frente al TTP”, en Oropeza García, Arturo, *El Acuerdo de Asociación Transpacífico. ¿Bisagra o confrontación entre el Atlántico y el Pacífico?*, México, UNAM, 2013.
- Harvey, David, *Breve historia del neoliberalismo*, Madrid, Akal, 2007.
—, *El enigma del capital y la crisis del capitalismo*, Madrid, Akal, 2012.
—, *El nuevo imperialismo*, Madrid, Akal, 2004.
—, *Espacios de esperanza*, Madrid, Akal, 2012.
—, *Seventeen Contradictions and the End of Capitalism*, Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 2014.
- Held, David y McGrew, Anthony, *Globalización-antiglobalización. Sobre la reconstrucción del orden mundial*, Barcelona, Paidós, 2003.
— *et al.*, *Global Transformations. Politics, Economics and Culture*, Stanford, California, Stanford University Press, 1999.
- Hernández Cervantes, Aleida, *La producción jurídica de la globalización económica: notas de una pluralidad jurídica transnacional*, México, UNAM-UASLP-Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispat, 2014.

- Hernández Espíndola, Olga, “Permiso administrativo”, en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, UNAM-Porrúa-Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2008, t. V.
- Hernández, Armando, *Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el nuevo modelo constitucional de derechos humanos en México*, México, CNDH, 2015.
- Jalife-Rahme, Alfredo, *Muerte de PEMEX y suicidio de México*, México, Grupo Editor Orfila Valentini, 2014.
- Jiménez Campo, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999.
- Jiménez Espriú, Javier, *Análisis a la reforma energética 2013*, México, Editorial Innova, 2013.
- , “La explotación petrolera y el capital privado”, inédito, 2013.
- Jiménez Vázquez, Raúl, “Consideraciones en torno al capítulo de compras gubernamentales del TLCAN y su eventual impacto en el derecho mexicano”, en Witker, Jorge (coord.), *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas*, México, UNAM, 1993, t. I.
- Judt, Tony, *Algo va mal*, Madrid, Taurus, 2010.
- Kaplan, Marcos, *Estado y globalización*, México, IJ-UNAM, 1ª reimp., 2008.
- Kymlicka, Will (ed.), *The Rights of Minority Cultures*, Oxford, Oxford University Press, 1995.
- Laclau, Ernesto y Mouffe, Chantal, *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*, Buenos Aires, FCE, 2011.
- Laporta, Francisco, “Globalización e imperio de la ley. Un texto provisional para el debate con algunas dudas y perplejidades de un viejo westfaliano”, en *Law and Justice in a Global Society*, Granada, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 2005.
- López Ayllón, Sergio, *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del derecho en México. La encrucijada entre tradición y modernidad*, México, UNAM, 1997.

- López Calera, Nicolás, *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Barcelona, Ariel, 2000.
- , *Yo, el Estado*, Madrid, Trotta, 1992.
- López Velarde Estrada, Rogelio, “Energía y petroquímica básica”, en Witker, Jorge (coord.), *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas*, México, UNAM, 1993, t. I.
- , “Por un régimen de contratación acorde a la industria”, en Rosenzweig Mendialdua, Francisco y Lozano Díez, José Antonio (coords.), *La reforma petrolera. El paso necesario*, México, Porrúa-Universidad Iberoamericana, 2008.
- Marienhoff, Miguel, S., *Tratado del dominio público*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1960.
- Márquez Gómez, Daniel, “Modelos histórico-jurídicos de contratación en Petróleos Mexicanos”, en Cárdenas Gracia, Jaime (coord.), *Reforma energética: Análisis y consecuencias*, México, UNAM-Tirant lo Blanch, 2015.
- y Sánchez Castañeda, Alfredo, *Las falsas divergencias de los sistemas inquisitivo y acusatorio. El idealismo alrededor de los juicios orales en México*, México, UNAM, 2012.
- Meyer, Lorenzo, *Nuestra tragedia persistente. La democracia autoritaria en México*, México, Random House Mondadori, 2013.
- Miranda Pérez, Armando, “Doble imposición internacional”, en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México, UNAM-Porrúa-Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2008, t. III.
- Monreal Ávila, Ricardo, *Reformas estructurales. Mitos y realidades*, México, H. Cámara de Diputados LXII Legislatura-Miguel Ángel Porrúa, 2014.
- Montalvo Ortega, Enrique, *Neoliberalismo: la dictadura (realmente) perfecta*, México, UNAM-Ariel-INAH, 2013.
- Montoya Martín del Campo, Alberto, “Petróleo y Seguridad Nacional. Un balance de la reforma petrolera”, Guadalajara, Jalisco, *Análisis Plural*, segundo semestre, ITESO, 2008.
- Nava Negrete, Alfonso y Quiroz Acosta, Enrique, “Concesión administrativa”, en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, México,

- IJJ-UNAM, Porrúa-Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 2008, t. II.
- Negri, Antonio, *La forma-Estado*, Madrid, Akal, 2003.
- Nino, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional, análisis jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992.
- Ocampo Torrea, José Felipe, *PEMEX. Mitos, realidades, testimonios y propuestas*, México, UNAM, 2007.
- Oropeza García, Arturo, *El Acuerdo de Asociación Transpacífico. ¿Bisagra o confrontación entre el Atlántico y el Pacífico?*, México, UNAM, 2013.
- Paoli Bolio, Francisco José, *Teoría del Estado*, México, Trillas, 2009.
- Paramio, Ludolfo, *La socialdemocracia*, Madrid, Catarata, 2009.
- Pedraza Chávez, Isidro, *Reforma estratégica del campo*, México, Senado de la República-Instituto Belisario Domínguez, 2014.
- Piketty, Thomas, *El capital en el siglo XXI*, México, FCE, 2014.
- , *La crisis del capital en el siglo XXI. Crónicas de los años en que el capitalismo se volvió loco*, México, Siglo XXI Editores, 2015.
- Pintore, Anna, “Derechos insaciables”, en Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.
- Pisarello, Gerardo, *Procesos constituyentes. Caminos para la ruptura democrática*, Madrid, Trotta, 2014.
- Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.
- Ramírez G., Juan Carlos, *El contrato administrativo. Monografías jurídicas*, Bogotá, Themis, 1990.
- Ramírez Raymundo, Rodolfo (coord.), *La reforma constitucional en materia educativa: Alcances y desafíos*, México, Senado de la República-Instituto Belisario Domínguez, 2013.

- Reyes Hernández, Miguel y otros, *La desnacionalización de Pemex: Implicaciones y Alcances para México*, Cuaderno de Investigación, núm. 9, Puebla, Universidad Iberoamericana, 2014.
- Ríos Vega, Luis Efrén, “La regla de la propaganda fraudulenta. Libertad, equidad y neutralidad de medios”, en *Tópicos Electorales. Un diálogo judicial entre América y Europa*, Madrid, TEPJF-CEPC, 2011.
- Robinson, William I., *América Latina y el capitalismo global. Una perspectiva crítica de la globalización*, México, Siglo XXI editores, 2015.
- Rodrick, Dani, *La paradoja de la globalización: democracia y el futuro de la economía mundial*, Barcelona, Antoni Bosch, 2012.
- Rouaix, Pastor, *Génesis de los artículos 27 y 123 de la Constitución Política de 1917*, Puebla, Gobierno del Estado de Puebla, 1946.
- Rubio Llorente, Francisco, *Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)*, Barcelona, Ariel, 1995.
- Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional: una radiografía teórica*, Madrid, FCE, 2007.
- Sánchez-Castañeda, Alfredo y Reynoso Castillo, Carlos, *La nueva legislación laboral mexicana*, México, UNAM, 2013.
- Sanchez Cuenca, Ignacio y Lledó, Pablo, *Artículos federalistas y antifederalistas. El debate sobre la Constitución americana*, Madrid, Alianza Editorial, 2002.
- Saxe Fernández, John, “Flexibilización constitucional y el regreso a México de las petroleras nacionalizadas por Lázaro Cárdenas”, en Cárdenas Gracia, Jaime (coord.), *Reforma energética: análisis y consecuencias*, México, UNAM, 2015.
- Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1982.
- Schumpeter, Joseph A., *Capitalism, Socialism and Democracy*, Nueva York, Harper and Row, 1962.

- 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, 2010.
- Slaughter, Ann Marie, *A New World Order*, Princeton, Princeton University Press, 2004.
- Soria, Víctor, “Importancia de la teoría gramsciana del Estado para el estudio de la regulación económica y política del capitalismo actual”, en Martinelli, José María (comp.), *La actualidad de Gramsci: Poder, democracia y mundo moderno*, México, UAM, 1995.
- Sousa Santos, Boaventura de, *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, Facultad de Derecho de la Universidad de Colombia-ILSA, 2002.
- , *Si Dios fuese un activista de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2014.
- , *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid, Trotta, 2009.
- y Rodríguez Garavito, César A., *El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita*, Barcelona-México, UAM-Anthropos Editorial, 2007.
- Steger, Manfred B. y Roy, Ravi K., *Neoliberalismo. Una breve introducción*, Madrid, Alianza Editorial, 2011.
- Stiglitz, Joseph E., *El malestar en la globalización*, Madrid, Santillana, 2002.
- , *Cómo hacer que funcione la globalización*, Madrid, Santillana Ediciones Generales, 2006.
- , *El precio de la desigualdad. El 1% de la población tiene lo que el 99% necesita*, trad. de Alejandro Pradera, México, Taurus-Prisa Ediciones, 2012.
- Tello, Carlos e Ibarra, Jorge, *La revolución de los ricos*, México, UNAM, 2012.
- Teubner, Gunther, *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*, ed. de Carlos Gómez-Jara Díez, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2005.

- Troper, Michel, “El poder judicial y la democracia”, en Malem, Jorge; Orozco, Jesús y Vázquez, Rodolfo (comps.), *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona, Gedisa, 2003.
- , *Por una teoría jurídica del Estado*, Madrid, Dykinson, 2001.
- Ugalde, Luis Carlos, *Por una democracia eficaz. Radiografía de un sistema político estancado, 1997-2012*, México, Aguilar, 2012.
- Vargas Suárez, Rosío, “El contexto geopolítico y la iniciativa de reforma energética del Prián”, en Cárdenas Gracia, Jaime (coord.), *Reforma energética: análisis y consecuencias*, México, UNAM, 2015.
- , *El papel de México en la integración y seguridad energética de Norteamérica*, México, UNAM, 2014.
- Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, UNAM-ITAM-CEAD, 2015.
- Villanueva, Ernesto, “Derecho a la información”, en *Diccionario de Derecho de la Información*, México, UNAM-Jus, 2010, t. I.
- Waldron, Jeremy, *The Dignity of Legislation*, Cambridge University Press, 1999.
- Wallerstein, Immanuel y otros, *¿Tiene futuro el capitalismo?*, México, Siglo XXI Editores, 2015.
- Williamson, John, “What Washington Means by Policy Reform”, en Williamson, John (ed.), *Latin American Adjustment: How Much Has Happened?*, Washington, D.C., Peterson Institute for International Economics, 1990.
- Witker, Jorge (coord.), *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Evaluación jurídica: diez años después*, México, UNAM, 2005.
- y Hernández, Laura, *Régimen jurídico del comercio exterior de México*, México, UNAM, 2008.
- Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995.
- Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, México, UNAM, 2002.

REVISTAS Y PERIÓDICOS

Ávila Santamaría, Ramiro, “Del amparo a la acción de protección jurisdiccional”, en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año V, núm. 27, ene-jun, 2011.

Bartra, Armando, “México: crisis del maíz, saldo de 25 años de neoliberalismo y 13 de TLCAN”, en periódico *La Jornada*, 17 feb 2007.

Cárdenas Gracia, Jaime, “La nueva legislación secundaria en materia energética de 2014”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 143, may-ago, 2015, México, UNAM.

—, “La nueva Ley de Amparo”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 29, jul-dic, 2013, México, UNAM.

Cuarón, Alfonso, “10 preguntas del ciudadano Alfonso Cuarón al presidente Enrique Peña Nieto”, *La Jornada*, 28 abr 2014.

García Pelayo, Manuel, “El *status* del Tribunal Constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, núm. 1, 1981.

García Ramírez, Sergio, “Comentario sobre el Código Nacional de Procedimientos Penales de 2014”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 141, México, UNAM, 2014.

García Amado, Juan Antonio, “¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial? O de cómo en la actual teoría del derecho (casi) nada es lo que parece y (casi) nadie está donde dice”, en *Berbiquí*, núm. 30, 2005.

Ibáñez, Perfecto Andrés, “Democracia con jueces”, en *Claves de razón práctica*, núm. 128, dic, 2002.

Jiménez Espriú, Javier, “PRI: «No pienso, y luego existo»”, en *La Jornada*, 22 ago 2013.

Krugman, Paul, “Oligarchy, American Style”, en *New York Times*, 4 nov 2011.

López, Alejandra, “Dejarán de exprimir Pemex ¡hasta 2026!”, en periódico *Reforma*, 26 abr 2014.

- Maraniello, Patricio Alejandro, “Génesis y actualidad del amparo colectivo en la República Argentina”, en *Revista Jurídica del Perú*, Lima, octubre de 2003.
- Mathews, Jessica, “Power Shift”, en *Foreign Affairs*, vol. 76, núm. 1, 1997.
- Naïr, Sami, “Mundialización, interés general y civilización”, en *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 124, jul-ago, 2002.
- Nino, Carlos, “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, en *Cuadernos y debates*, núm. 29, Madrid, CEC, 1991.
- Noceda, Miguel Ángel, “Las eléctricas disuaden al consumidor. El coste de las ofertas fijas anuales presentadas por las grandes compañías a la CNMC superan hasta en 100 euros anuales a la media de los últimos cuatro trimestres”, en periódico *El País*, 26 abr 2014, Madrid, España.
- Rathbone, John Paul, “Peña Nieto «Pledges transformational reform of Pemex»”, en *Financial Times*, Londres, 17 jun 2013.
- Rogoff, Kenneth, “The Inequality Wildcard”, en *Project Syndicate*, Praga, 2 feb 2011.
- Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XI, abril de 2000, Tesis: P. LXI/2000, pág. 71.
- Sheinbaum Pardo, Claudia, “...Y EPN dice... el petróleo soy yo”, en periódico *La Jornada*, 17 ago 2013.
- Ugalde, Antonio y Homedes, Nuria, “Las reformas neoliberales del sector de la salud: déficit gerencial y alienación del recurso humano en América Latina”, en *Revista Panamericana de Salud Pública-Pan-Am J. Public Health*, 17 (3), 2005.
- Videgaray Caso, Luis, “Un nuevo régimen fiscal para PEMEX”, en periódico *Reforma*, 15 ago 2013.
- Villoro, Luis, “Sobre derechos humanos y derechos de los pueblos”, en *Revista Isonomía*, núm. 3, oct, 1995, México, ITAM.

DOCUMENTOS NACIONALES E INTERNACIONALES

IMCO (Instituto Mexicano para la Competitividad, A.C.), *Nos cambiaron el mapa: México ante la revolución energética del siglo XXI*, México, 2013.

OEA, Informe Especial sobre la libertad de expresión en México 2010 de la relatora especial de la OEA, Catalina Botero (OEA/Ser.L/V/II.Doc.5, 7 marzo 2011).

ONU, Informe de la Relatoría Especial para la libertad de expresión, Comisión Interamericana de derechos Humanos, OEA, 7 de marzo de 2011.

—, Informe del relator especial de la ONU sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y expresión 2010, Frank La Rue (A/HRC/17/27/Add.3, 10 de mayo de 2011).

—, Informe del relator especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Asamblea General de las Naciones Unidas, 19 de mayo de 2011 (A/HRC/17/27/ Add.3).

El significado jurídico del neoliberalismo
de Jaime Cárdenas Gracia
se terminó de imprimir en agosto de 2018,
en los Talleres Gráficos del Poder Ejecutivo
del Estado de Querétaro, dependientes de la Oficialía Mayor,
bajo la dirección del Lic. Álvaro Mondragón Pérez,
su tiraje consta de
1 000 ejemplares.



**INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES**
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

OTRAS PUBLICACIONES

Estudios de derecho internacional de los derechos humanos

FELIPE GONZÁLEZ MORALES

Fundamentos actuales para una teoría de la Constitución

FRANCISCO JAVIER DÍAZ REVORIO

Entre la libertad y la igualdad

Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez

JORGE CERDIO,

PABLO DE LARRAÑAGA

PEDRO SALAZAR (COORDS.)

(En coedición con el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la
UNAM)

*Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs
en la jurisprudencia interamericana*

El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR, MARIELA MORALES

ANTONIAZZI Y ROGELIO FLORES PANTOJA (COORDS.)

*Los derechos de los pueblos indígenas. Una visión desde el sistema
interamericano de protección de los derechos humanos*

KARLA QUINTANA

ROGELIO FLORES (COORDS.)

Individuo y política en El príncipe de Maquiavelo.

Naturaleza, formas y sujetos del poder

ANTONIO HERMOSA ANDÚJAR

Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos

JUAN ANTONIO CRUZ PARCERO