

Estructuras jurídicas del despojo: las formas jurídicas de la desposesión en la fase actual del capitalismo

Aleida Hernández Cervantes*

Introducción

El campo jurídico como un campo en movimiento de actores y relaciones se ha ido reconfigurando ante la fase actual del capitalismo basada, de acuerdo con David Harvey, en un proceso de *acumulación por desposesión*. Del mismo modo como la economía global ha tomado mayor fuerza a partir de la centralidad que tiene la economía financiarizada y sus gestores; en que los sistemas de producción se han fragmentado y descentralizado; y en que las grandes corporaciones transnacionales tienen hoy la capacidad de incidir en las decisiones de gobiernos nacionales, también el campo del derecho observa sus propias y específicas transformaciones radicales. Estas transformaciones aún no han sido suficientemente consideradas por las teorías jurídicas tradicionales o, de haberlo realizado, han sido abordadas desde concepciones que no permiten

* Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades de la Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM. Correo electrónico: aleidahc@unam.mx

observar con nitidez los cambios y nombrarlos con precisión. En este texto explico que el derecho ha sido clave para dar protección jurídica a los procesos de desposesión contemporáneos. Esto ha sido posible en el marco de lo que denomino *forma de producción jurídica transnacional*, cuya operación se da en una nueva geografía de poder (Sassen, 2007) y facilita la generación —entre otras— de *estructuras jurídicas del despojo*.

1. La reconfiguración del espacio nacional y su correlato jurídico: la producción jurídica transnacional

El espacio nacional desde hace varias décadas dejó de estar determinado solo por intereses nacionales y, en esa lógica, los actores nacionales dejaron de ser los únicos en influir en su configuración económica, política y jurídica. Después de varios siglos de consolidación del Estado-nación como ente clave en la articulación de las relaciones sociales y de poder, la llamada globalización con sus procesos económicos y productivos, y sus gestores de alcance mundial, han ido imponiendo un ritmo acelerado de reconfiguración de muchos de sus elementos constitutivo, entre ellos, el espacio nacional.

La transformación del ámbito nacional es de tal radicalidad, que es en este espacio donde se pueden verificar con mayor claridad los significados de lo global y no *afuera* (Sassen, 2010, p. 19). De ahí se explica que las transformaciones del espacio nacional se entiendan como producto de la dinámica endógena del proyecto de globalización económica, lo cual también quiere decir que no hay globalización sin espacio nacional. Las políticas que se han concebido como parte del avance de la globalización (apertura absoluta del comercio, privatización de empresas públicas, la preeminencia de la economía financiera por encima de la economía productiva, la prevalencia de *una sola idea del desarrollo*, entre otras) han buscado y concretado su anclaje en los ámbitos nacionales de muchos países, con sus variantes y especificidades. Reformas estructurales, reglamentaciones desde el poder ejecutivo, políticas articuladas desde los ministerios y secretarías de estado en coordinación con organismos como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y la Organización Mundial del Comercio, han ayudado a materializar la globalización en territorios nacionales, cambiando así el significado del *interés nacional*, por otro que expresa imbricaciones más complejas entre lo global y lo nacional.

La socióloga Saskia Sassen ha dedicado muchos de sus trabajos a ubicar las grandes transformaciones que han tenido los Estados en los últimos tiempos, considerando elementos como el territorio, la autoridad y los derechos. A través del concepto de *desnacionalización* —y tomando en cuenta las particularidades de cada Estado, no en lo ahistórico y abstracto— explica que el proyecto de globalización económica ha logrado materializarse en el espacio nacional, replanteando incluso lo que se consideraba antaño como *lo nacional* (interés nacional, espacio nacional, políticas nacionales, etc.). En la historia del Estado moderno, los procesos de nacionalización jugaron un papel fundamental para el desarrollo de elementos que le son constitutivos: la autoridad, la identidad, el territorio, la seguridad, la ley y la acumulación económica (Sassen, 2007, p. 26). La autoridad se centraba en lo fundamental: el poder público, con sus distintos niveles de gobierno, la división de poderes y sus órganos administrativos. La identidad colectiva se fue configurando a partir del ideal de Nación. El territorio, delimitado nacionalmente, constituía el espacio para el ejercicio de la soberanía interna y externa. La seguridad era entendida como una atribución y decisión de los gobiernos nacionales dentro de sus fronteras. La ley, producida en los parlamentos nacionales integrados por representantes locales, y los conflictos relacionados con su cumplimiento, eran atendidos en sedes jurisdiccionales de carácter nacional. Finalmente, la acumulación económica respondía a una lógica concebida, fundamentalmente, en función del estímulo a los capitales nacionales.

En ese sentido, el concepto de *desnacionalización* que propone Sassen pretende explicar la forma en la que el Estado está participando para crear nuevos marcos de concreción de las políticas de globalización económica en sedes nacionales. Los Estados —cada uno en su especificidad histórica— forma parte de un campo de poder más amplio al que la autora llama *nuevo orden privado institucional* (Sassen, 2007, pp. 115-116), el cual está integrado por actores del ámbito privado transnacional y cuyos intereses se materializan en los marcos institucionales nacionales gracias a la colaboración de los propios agentes del Estado. De acuerdo con Sassen,

Esta nueva geografía del poder que afrontan los Estados implica un proceso mucho más diferenciado que los que indicaría la idea de un declive general de la importancia del Estado. Se observa una reubicación del Estado en un campo de poder más amplio a una reconfiguración del funcionamiento de los Estados [...] Este campo de poder más

amplio está compuesto en parte por la formación de un nuevo orden privado institucional vinculado a la economía global y en parte por la creciente importancia de una variedad de órdenes institucionales que se ocupan de varios aspectos del bien común, entendido de manera amplia, como las redes internacionales de organizaciones no gubernamentales y el régimen internacional de los derechos humanos [...] Las transformaciones concretas dentro del Estado y el nuevo orden institucional privatizado emergente son parciales e incipientes, pero estratégicas, puesto que se orientan hacia el nuevo gobierno de aspectos esenciales de la economía global. En este sentido, tienen la capacidad de alterar el alcance de la autoridad estatal y del sistema interestatal, que son los dominios institucionales fundamentales mediante los cuales se pone en práctica del "Estado de derecho". No somos testigos del fin del Estado, sino más bien del hecho de que los Estados ya no son los únicos sujetos estratégicos o lo más importantes en este nuevo orden institucional y, en segundo lugar, que los Estados, incluidos los Estados dominantes, han sufrido profundas transformaciones en algunos de sus componentes institucionales esenciales (Sassen, 2007, pp. 105, 115-116).

El papel del Estado se ha reconfigurado, se han delimitado sus intervenciones en la distribución y reorientación de los presupuestos públicos a los programas y funciones sociales, pero su importancia es vital en el diseño institucional y jurídico que requiere la protección de los intereses del capital transnacional. Esto tiene tal relevancia en los procesos de cambio actual, que el surgimiento del capital transnacional se considera la base de la globalización económica (Robinson, 2013).

Para ello se concretan reformas a las leyes, desaparecen unas instituciones y se crean otras para dar respuesta a estas nuevas necesidades e intereses. Esa es la dinámica que ha fortalecido la reorientación de funciones del Estado hacia la protección al capital transnacional. En México, por ejemplo, desde la década de 1980, se inició una reingeniería institucional y jurídica que fue sentando las bases para que el proyecto de la globalización neoliberal operara con protección y seguridad jurídicas en territorio nacional, contribuyendo incluso para generar un *nuevo sentido común institucional* en el que no se ponía a gran discusión, la reorientación de los intereses para los cuales funcionan esas nuevas instituciones.

Desregulación y privatización fueron las técnicas jurídicas (Hernández, 2014; 2018) y políticas con las que se generaron reformas estructurales y se crearon nuevas instituciones que permitieron la consolidación del modelo económico neoliberal en el país. Reformas para dar autonomía al Banco Central; reformas al campo para permitir la compra y venta de tierras ejidales; las reformas que privatizaron el sistema de pensiones y después las que desregularon al trabajo; la creación de instituciones autónomas en materia de telecomunicaciones; la reforma energética que privatizó el sector que antes era materia exclusiva del Estado, fueron solo algunas de las muchas reformas jurídicas e institucionales que se expresaron con claridad, como procesos de desnacionalización.

2. Producción jurídica transnacional

El largo proceso de nacionalización de las instituciones en torno al Estado-nación, incluyó al derecho. Los procesos de producción de las normas, así como las decisiones en torno a ellas, se concibieron nacionalmente: los parlamentos nacionales encargados de la creación de las leyes, los tribunales nacionales para resolver en torno a las disputas de interpretación legal y constitucional, así como para decidir sobre conflictos litigiosos. Pero la geografía del poder cambió y con ello, también cambió la forma en la que se produce el derecho. Pocas teorías jurídicas dan cuenta de este cambio radical en los procesos de producción de las normas. En diferentes trabajos he planteado (Hernández 2014; 2018) que las teorías predominantes en el campo del derecho se han quedado atrasadas en el registro de estas transformaciones, han continuado observando los nuevos fenómenos económicos y políticos que afectan al derecho, a través de las antiguas herramientas de la tradición positivista: derecho nacional producido por actores nacionales; validez del derecho concebida exclusivamente del Estado y sus órganos; el derecho como *hard law*; las instancias extraestatales productoras de derecho observadas solo desde un carácter internacional (provenientes de las relaciones entre estados); las decisiones importantes tomadas en sede jurisdiccional nacional, entre muchas otras.

Precisamente por ello, es necesario explicar con nuevos enfoques lo que está pasando en el campo del derecho en tiempo de globalización económica. Sostengo que cada vez avanza más una *forma de producción jurídica transnacional* debido a los intensos y críticos procesos de globalización neoliberal, a un grado en el que se empieza a sustituir la forma hegemónica de producción jurídica anterior: la de sede exclusivamente nacional.

Pero cualquier configuración social y jurídica con visos de novedad se gesta en el seno de un complejo entramado de procesos anteriores y no surge espontáneamente o se establece a partir de una fecha determinada. Esta prevención nos sirve para explicar que el derecho que procede del Estado (de aquí en adelante derecho estatal) aunque pretendió ser de manufactura exclusivamente nacional muchas veces tuvo que considerar suministros y/o presiones de poder extra/supra-estatales, pero siempre en el marco del principio de excepcionalidad o con el objetivo de armonizarse con la tendencia evolutiva de los sistemas jurídicos nacionales. Esto expresa que la forma de producción jurídica transnacional que actualmente prevalece, tuvo su génesis en la propia configuración jurídica anterior. Pero es la consolidación de expresiones jurídicas primigenias en características constitutivas, la que nos permite afirmar que ya estamos en presencia de una nueva configuración jurídica.

A cada orden geopolítico siempre ha correspondido un específico orden geojurídico. En ese sentido, el orden geopolítico centrado en la configuración de los Estados-nación y sus relaciones inter-estatales, con la presencia de organismos internacionales integrados por la representación de esos Estados ha sido conocido como orden westfaliano por la alusión al Tratado de Paz de Westfalia de 1648 en el que por primera vez se hace explícito el principio de soberanía política y territorial de los Estados-nación y el compromiso de respeto recíproco. Este orden estatal westfaliano hegemónico, tuvo su correlato geojurídico: un derecho fundamentalmente producido por el Estado en sede nacional, el cual por su carácter hegemónico se adjudicaba el reconocimiento o no de otros sistemas jurídicos como los de los pueblos indígenas o el del orden jurídico internacional.

Ese orden político y jurídico westfaliano está en crisis debido a la conformación de un nuevo orden global-neoliberal, que integra la presencia e influencia relevantes de organismos financieros, económicos, comerciales, junto a los Estados-nación –siempre con participaciones asimétricas según su poder político, militar y económico-, sumando también a las empresas transnacionales y las asociaciones privadas mundiales.

A la nueva configuración jurídica la denomino *forma de producción jurídica transnacional*, pues es la que expresa con mayor nitidez los cambios en el derecho actual. Se trata de un corpus jurídico generado por el cruce de varias sedes de producción normativa (*colaboración en red*) no radicadas exclusivamente en el Estado, pero que es susceptible de formalización por parte del derecho estatal.

Esa forma de producción jurídica transnacional la explico en varios ejes: 1) productores jurídicos; 2) niveles y relaciones de producción jurídica; 3) estrategias y técnicas jurídicas de la producción; y 4) tipología de la normatividad producida.

1. *Los productores jurídicos* se definen por la capacidad de regulación y/o autorregulación que tienen. Por lo general, los nuevos productores jurídicos son aquéllos que tienen la capacidad de convertir su poder económico en poder político y poder de regulación, tanto de sus áreas de competencia como de otras afines. El Estado fue considerado el productor jurídico por antonomasia, sin embargo, actualmente es un productor estratégico, pero no el único. Entre los nuevos productores jurídicos se encuentran organismos económicos, financieros, comerciales; empresas transnacionales y asociaciones privadas internacionales, cuyas directrices contenidas en informes, en normas operativas, tratados internacionales, códigos de conducta empresarial, códigos comerciales modelo, entre otras normatividades emergentes, interactúan, se interrelacionan, colisionan o se recepcionan por y con el derecho estatal.
2. *Los niveles y relaciones de producción jurídica* apuntan a explicar el carácter multiescalar de esta producción jurídica, su operación es en redes; la trayectoria y dinámicas de interrelación que se generan entre las normatividades que se producen. El carácter multiescalar del derecho explica los distintos niveles en los que se gesta, transita y concreta su trayecto la producción jurídica actualmente: puede originarse en un centro de producción de escala transnacional, transitar y concretarse en uno de escala nacional o subnacional y/o viceversa. En cuanto a las relaciones que se dan entre los centros de producción jurídica y sus normatividades, podemos ubicar al menos cuatro: i) de recepción; ii) de tensión; y iii) coordinación y/o iv) mixtos.
3. *Con relación a las técnicas y estrategias jurídicas de la producción*, en torno a las primeras encontramos al menos tres: a) desregulación jurídica; b) privatización de lo público, c) autorregulación. Por lo que se refiere a la desregulación jurídica, ésta se localiza y profundiza más en el derecho estatal: se trata de técnicas de elaboración de los contenidos jurídicos que tienden a restarle fuerza normativa a la intervención, regulación, supervisión y sanción por parte del Estado a los particulares, a los entes privados. Con esta técnica se logra hacer delgada la ley del

estado, frágil por cuanto hace a las obligaciones, restricciones, prohibiciones y sanciones a los privados. Por lo que hace a la técnica de privatización de lo público, muchas veces está unida a la anterior técnica mencionada, pero no necesariamente. Privatización de lo público, genera normas desde el Estado que traslada funciones y servicios que antes le eran exclusivas. Esto lo concreta a través del uso y ampliación de figuras jurídicas como la concesión, los contratos, la subcontratación de servicios, permisos, licitaciones, entre otros. Por otro lado, la técnica de la autorregulación, consiste en las propia regulación que se dan para sí los entes privados, y allí podemos encontrar por ejemplo, toda la normatividad relativa a los códigos de conducta empresarial, a las normas ISO (normas producidas a nivel mundial por una organización privada internacional de estandarización de normas para ciertos sectores como el de la salud, la seguridad, la comida, el cambio climático, y otros); o las leyes modelo de comercio producidas por ejemplo por la Cámara Internacional de Comercio, o las normas operativas en materia de derechos humanos y medio ambiente producidas por los bancos de desarrollo y/o que otorgan créditos para proyectos, como el Banco Mundial. Por lo que hace a las estrategias jurídicas, ubico el uso de los eufemismos jurídicos como una de ellas

4. *Tipología de la normatividad producida.* Desde este eje se intenta ubicar los distintos tipos de normas que integran la producción jurídica transnacional. Partimos de dos grandes categorías de normas: *hard law* (derecho fuerte) y *soft law* (derecho suave) (Sarmiento, 2008). Dentro de las normas *hard law*, se encuentra el derecho estatal, y en éste se ubican así mismo: normas públicas privatizadas y normas públicas desreguladas. Por su parte, en las normas *soft law* encontramos *soft law* público y *soft law* privado: i) normas técnicas; ii) normas operacionales; iii) códigos de conducta; y iv) tratados y convenios internacionales en diversas materias.

3. Procesos de acumulación por desposesión contemporáneos

El geógrafo inglés David Harvey (2005) explica que la etapa actual del capitalismo se compone por la persistencia de prácticas depredadoras de acumulación *primitiva* u *originaria* a lo largo de la

geografía histórica de la acumulación de capital. La mercantilización, la privatización de las tierras, la expulsión forzosa de las poblaciones campesinas, la conversión de diversas formas de derechos de propiedad (común, colectiva, estatal) en derechos de propiedad exclusivos, así como la supresión del derecho a los bienes comunes o la transformación de la fuerza de trabajo en mercancía y la supresión de formas de producción y consumo alternativas, los procesos coloniales, neocoloniales e imperiales de apropiación de activos —incluyendo los recursos naturales— son prácticas que nunca quedaron en el pasado, por el contrario actualizan y profundizan su carácter depredador. Al observar agudamente estas prácticas, Harvey propuso renombrar a la acumulación originaria por *acumulación por desposesión*, denominando también de esa forma, a la fase actual del capitalismo.

La acumulación por desposesión está en constante búsqueda de nuevas áreas y territorios, y sus vías de concreción han sido dos, fundamentalmente: 1) privatización de bienes y servicios públicos como los medios de comunicación y transporte, telecomunicaciones, banca y servicios financieros, petróleo y petroquímica, minas y complejos siderúrgicos, sistemas de seguridad social incluidos los fondos de pensiones y retiro de los trabajadores; y 2) disolución de formas puras o híbridas de la comunidad agraria, así como la conversión de la tierra en mercancías (Gilly y Roux, 2015, p. 58). Siguiendo a Claudia Composto, quien, al explicar este punto, expresa que

los procesos de desposesión son constitutivos e intrínsecos a la lógica de la acumulación del capital o, en otras palabras, representan la contracara necesaria de la reproducción ampliada. Si ésta última se presenta como un proceso principalmente económico —de producción de plusvalía—, que cobra preeminencia durante los periodos de estabilidad y crecimiento sostenido, el despojo se expresa generalmente en procesos extraeconómicos de tipo predatorio y toma las riendas en momentos de crisis, a modo de «solución espacio-temporal» o «huida hacia adelante» (Composto, 2012, p. 326).

Esto significa que la producción de excedentes puja sobre las fronteras —internas y externas— del sistema, para la incorporación permanente de nuevos territorios, ámbitos, relaciones sociales y/o mercados futuros que permitan su realización rentable. En este

sentido, ambas lógicas se encuentran *orgánicamente entrelazadas*, esto es, se retroalimentan mutuamente, como parte de un proceso dual y cíclico que es indisociable (Harvey, 2004).

En México los procesos de desposesión se han materializado a través de reformas estructurales que han tendido a privatizar bienes y servicios, como la telefonía, el petróleo, las minas, las pensiones, así como la conversión de las tierras en mercancías. Todo ello en su conjunto, ha generado una radicalización de la precariedad de la vida expresándose en mayor desigualdad, pobreza, incertidumbre laboral, desplazamientos de poblaciones enteras y conflictos socioambientales ya sea por la construcción de hidroeléctricas, eólicas, explotación de la minería o por las amenazas del crimen organizado. Según los datos reportados por el Observatorio de Conflictos Mineros de América Latina (OCMAL), México es el líder de los conflictos socio mineros, superando a Chile, Perú, Argentina y Brasil. En los últimos veinte años, en el país se han registrado al menos 45 conflictos derivados de la minería, y son las empresas canadienses y mexicanas las que están involucradas en los conflictos en mayor medida. Los conflictos socioambientales se han agudizado también por la construcción de hidroeléctricas y eólicas, así como por proyectos inmobiliarios a gran escala.

4. Estructuras jurídicas del despojo: formas jurídicas de la fase actual del capitalismo

Los conflictos mencionados corren también por el carril jurídico, pero no sólo en la expresión de los litigios por la defensa de los territorios, los derechos de los pueblos, así como litigios de carácter laboral, sino a través de los contenidos de las leyes, reglamentos, normativas de *soft law* público y privado. Partimos de considerar que las formas jurídicas de concreción del despojo han sido claves en todo este proceso de desposesión, las cuales han ayudado a encubrir su ilegitimidad: han convertido lo *ilegitimo en legal*. Denomino *estructuras jurídicas del despojo* (EJD) a aquellas normatividades que operan como mediaciones institucionales para la desposesión, algunas de ellas son formas nuevas y sofisticadas que legalizan el despojo y se producen tanto en sedes transnacionales de poder económico global como en sedes nacionales a través de la *forma de producción jurídica transnacional*.

Las estructuras jurídicas del despojo se caracterizan por ser mediaciones institucionales que formalizan jurídicamente la desposesión de territorios, recursos naturales, bienes comunes y públicos, pero también hacen posible la desposesión de los derechos que, en clave de derechos humanos serían violaciones a derechos consagrados en convenios y tratados internacionales de derechos humanos. Los actores privados adquieren un papel preponderante en la formación de un nuevo campo de poder cuyas características dan cuenta de la penetración de los intereses privados en las instituciones resididas en territorios nacionales. De ahí que una característica clave de las estructuras jurídicas del despojo sea que vuelven privado un bien o servicio que antes podía gozar una comunidad, o que lo prestaba el Estado en nombre de un interés público y general. Nombrar a ciertos (muchos) cambios jurídicos en las leyes y en las sentencias judiciales como estructuras jurídicas del despojo, pretende evidenciar que también en el campo jurídico se libra una disputa por generar *sentido común jurídico* sobre los procesos de desposesión contemporáneos. Esta disputa por generar un *sentido común jurídico* está enmarcada en la asimetría de poder de los participantes. No tiene el mismo poder un pueblo indígena o un sindicato, que una empresa transnacional que está apoyada por el Estado. Las asimetrías de poder de los sujetos que participan del campo jurídico han operado a favor de la configuración jurídica del despojo. Sobre las asimetrías entre derechos de los pueblos y derechos humanos frente a empresas transnacionales, Juan Hernández Zubizarreta (2009; 2015), ha explicado y documentado a profundidad que estamos en presencia de un nuevo orden jurídico feudal que está regido por el poder de las grandes corporaciones transnacionales, debilitando y violentando los marcos jurídicos constitucionales que reconocían los derechos de las personas, los pueblos y la naturaleza. Debilitamiento, violaciones o desdibujamiento de los derechos, todo ello está generando un sisma en el campo jurídico.

Mencionábamos que a cada etapa histórica de la configuración política del Estado ha correspondido un tipo de derecho. El Estado liberal produjo de manera considerable la parte medular de los derechos humanos en su primaria acepción individualista; por su parte, el Estado de bienestar o social generó el contenido de los derechos sociales, así me parece que estamos en presencia de un Estado neoliberal que contribuye a producir y concretar el corpus jurídico del despojo.

En esa lógica, el *corpus jurídico* del despojo sería aquél que, producido las más de las veces en sedes transnacionales de poder económico global y recepcionado sin cuestionamiento por el Estado, tiene como fin volver todo disponible al mercado. Las estructuras jurídicas del despojo convierten todo en objeto de transacción mercantil, vuelven disponible al mercado todo lo valioso de la vida —al contrario de los bienes indisponibles para el mercado de los que nos hablaba Karl Polanyi (2003) o en otra formulación teórica Luigi Ferrajoli (2007) — su principio, es el principio del mercado.

En ese sentido, una estructura jurídica del despojo puede presentarse en forma de legislación nacional, pero también como *soft law* procedente de organismos económicos internacionales, y tienen la fuerza política y económica para hacer prevalecer intereses exclusivamente económicos por encima de derechos fundamentales, tal como se pretende demostrar en esta investigación.

En ese sentido, consideramos que en el campo del derecho, el *corpus jurídico* del despojo aún no ha sido estudiado de forma sistemática, más bien el análisis jurídico se ha concentrado en la parte específica de cada una de las legislaciones modificadas que afectan los derechos, sin que contemos aún con un estudio que logre un análisis de conjunto, que integre y sistematice los elementos de la tendencia jurídica del despojo tanto producidas en centros transnacionales de poder económico como por los Estados nacionales (e incluso articulados entre sí). Las EJD pueden ser ubicadas, tanto en el nuevo orden jurídico feudal (Hernández Zubizarreta y Ramiro, 2015) constituido por tratados y acuerdos de comercio e inversiones, así como en una reforma constitucional o legal como la Reforma energética mexicana de 2013 como veremos más adelante.

5. Reforma energética mexicana como ejemplo de Estructura Jurídica del Despojo

Las reformas estructurales que se han venido concretando en México desde los años noventa, permiten graficar y explicar muchos elementos de la forma de producción jurídica transnacional. El espíritu que han tenido dichas reformas obedece a los primeros mandatos que a nivel internacional formuló el proyecto global neoliberal. Uno de ellos fue el Consenso de Washington que tenía como lineamientos fundamentales, entre otros, la liberalización del comercio, la desregulación de la economía y la privatización de las

empresas estatales, dirigidos a los países en desarrollo en un primer momento. La reforma energética nos servirá para ejemplificar.

La reforma a los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución Política Mexicana en materia energética, se concretó con la publicación en el Diario Oficial de la Federación el 20 de diciembre de 2013. Dicha reforma "tanto por lo que ve a los hidrocarburos como a la energía eléctrica, va encaminada a garantizar no sólo las inversiones y negocios de los particulares sino principalmente la seguridad energética de los Estados Unidos en México" (Cárdenas, 2015, p. 304), al mismo tiempo, refiere informes y textos relevantes en torno a la influencia e interés que tuvo ese país en la reforma energética mexicana.

Si aplicamos la forma de producción jurídica transnacional que hemos explicado con anterioridad al caso de la reforma energética, podemos encontrar lo siguiente:

1. En términos de los *nuevos productores jurídicos*, se localizan todos aquellos organismos internacionales económicos, empresas transnacionales y/o asociaciones privadas internacionales que incidieron en la formulación de los contenidos jurídicos concretados en la reforma tanto a la Constitución Política Mexicana como en las leyes de hidrocarburos. Esos organismos internacionales económicos al participar no sólo con su opinión sino con su capacidad de presión —por el poder económico y/o político— que tienen se convierten en centros de producción jurídica transnacional, es decir, centros que van más allá del Estado pero que inciden en sus decisiones por su capacidad de normación. En el caso de la reforma energética destacan en calidad de Centros de Producción Jurídica Transnacional (CPJT) en función de los informes, documentos de trabajo, diagnósticos y cabildeos constantes que incidieron en el contenido normativo, los siguientes: 1) empresas consultoras: Cambridge Energy Associates; McKinsey Booz Allen & Hamilton; fundaciones como Heritage; 2) empresas transnacionales como ExxonMobil, Chevron/Texaco; Conoco/Phillips, BP-Amoco, Shell; 3) organismos económicos como el Banco Mundial con sus *Cartas de Política por Rama* ; 4) el cabildo petrolero , integrado por un abanico amplio de organismos y asociaciones nacionales y de otros países en materia petrolera como por ejemplo: la Asociación de Gasolina Natural de Norteamérica; la Asociación Independiente de Refinadores, la Asociación Nacional del Carbón, la Asociación Nacional de Manufactureros,

la Asociación Nacional de Vendedores de Petróleo, entre otros.

Adicional a lo anterior, las agencias gubernamentales canadienses y las fracciones de capital, junto con las de los Estados Unidos, participaron activamente en el proceso de reforma como productores jurídicos (Hernández y Zalik, 2018). En efecto,

A través de solicitudes formales de Acceso a la Información y Privacidad (ATIP, por sus siglas en inglés) en Canadá, también descubrimos evidencia de que el gobierno canadiense ha tenido un papel de largo plazo en las reformas neoliberales del sector energético de México. La evidencia incluye notas informativas para los ministros del gobierno federal de Canadá, en las que se les indica abordar a los funcionarios mexicanos. Bajo el tema de 'Diplomacia regulatoria', otro documento detalla una reunión entre Gaeatan Caron, — entonces presidente de la Junta Nacional de Energía de Canadá (por sus siglas en inglés, NEB, National Energy Board), la institución encargada de regular la energía, la infraestructura y el comercio—, representantes del Senado y de la Secretaría de Energía de México. Caron se reunió con funcionarios mexicanos durante la Cumbre Técnica Trilateral de América del Norte en la Ciudad de México en mayo de 2013, para compartir "el modelo regulador canadiense de la energía en el campo de los recursos naturales, en particular el gas y el petróleo" (Hernández y Zalik, 2018)¹.

1. Por lo que hace a *los niveles y relaciones de producción jurídica*, que explican el carácter multiescalar de esta producción jurídica, su operación en redes; la trayectoria y dinámicas de interrelación que se generan entre las normatividades que se producen, en el caso de la Reforma Energética en México se puede explicar de la siguiente forma: diferentes centros de producción jurídica transnacional participaron en su elaboración *ex ante* con informes, recomendaciones, diagnósticos sobre la situación del petróleo en México, tratados comerciales como el TLCAN, entre otros. El productor jurídico *Estado mexicano*, recibió estos planteamientos y los formalizó en el Derecho Estatal. Productores jurídicos transnacionales como los señalados en el numeral anterior incidieron en la elaboración de la reforma energética mexicana, en diferentes escalas de la producción y con diferentes grados

¹ La traducción es mía.

de fuerza normativa en sus contenidos. Antes de la reforma había relaciones de tensión entre los centros y las normatividades, durante el momento de la reforma hubo relación de coordinación.

2. Con relación a las técnicas y estrategias jurídicas de la producción, en la reforma energética se utilizaron fundamentalmente, dos: a) desregulación jurídica y b) privatización de lo público. La técnica de desregulación jurídica que tiene como objetivo hacer delgadas las normas estatales frente a la regulación, supervisión y sanción a los entes privados, se hace presente en las facilidades y menores controles a las empresas nacionales y transnacionales en su participación en el sector energético en México. Pero la técnica que prevaleció en esta reforma es la de privatización de lo público, con la cual se permite a los privados participar en la explotación de un bien público como lo es el petróleo. Eso lo realiza a través de figuras jurídicas como los contratos de riesgo, de servicios, licitaciones, asignaciones, subcontratación de servicios, entre otras, que permiten construir el puente por el que transitan los entes privados en su acceso a la mercantilización de los bienes comunes. Anotamos que se pueden considerar bienes comunes, entre otros, el agua, los recursos naturales del subsuelo, la universidad, el patrimonio cultural. Resulta indispensable resaltar el potencial conceptual-jurídico que tienen los bienes comunes como categoría de tutela de lo público frente al poder privado y al mismo Estado, tal como lo señala Ugo Mattei (2013):

La conciencia de los bienes comunes y de su continua expropiación es el producto de durísimas batallas en su defensa que están teniendo lugar en todo el mundo [...] No es inusual, de hecho, que en el marco de la gran confusión de papeles y de planos que caracteriza la actual fase del antropoceno, los verdaderos enemigos de los bienes comunes sean los mismos Estados que deberían actuar como sus fieles guardianes y mayordomos. Son los propios gobiernos, en efecto, quienes formalmente emprenden la expropiación de bienes comunes a favor del interés privado multinacional". Por eso, es importante tener en cuenta que, "Cuando el Estado privatiza ferrocarriles, una línea aérea o la sanidad; cuando intenta privatizar el servicio de agua potable o la universidad, está expropiando a la comunidad —a cada uno de sus miembros *pro quota*— de sus bienes comunes, de su propiedad común (...) Esto significa que cada vez que la autoridad política decide poner en marcha una política de

privatización, el gobierno expropia a cada ciudadano –y no solo a los ciudadanos, como veremos- de su cuota-parte del bien común expropiado (Mattei, 2013, p. 9, 12-13).

En ese sentido, a partir de la reforma energética, el artículo 27 constitucional estableció que

[...] Con el propósito de obtener ingresos para el Estado que contribuyan al desarrollo de largo plazo de la Nación, ésta llevará a cabo las actividades de exploración y extracción del petróleo y demás hidrocarburos mediante **asignaciones** a empresas productivas del Estado o a través de **contratos** con éstas o con **particulares**, en los términos de la Ley Reglamentaria. Para cumplir con el objeto de dichas **asignaciones** o **contratos** las empresas productivas del Estado podrán contratar con **particulares**"².

En cuanto a la legislación secundaria, en la Ley de Hidrocarburos se establecen los lineamientos para las contrataciones del Estado mexicano con los particulares en materia energética, por ejemplo, en el artículo 11 se señala lo siguiente: "El Ejecutivo Federal, por conducto de la Comisión Nacional de Hidrocarburos, observando los lineamientos que al efecto establezcan, en el ámbito de sus competencias, las Secretarías de Energía y de Hacienda y Crédito Público, podrá **celebrar Contratos** para la Exploración y Extracción"³. Por su parte, en el artículo 18 se señalan los tipos de contratos que se podrán celebrar: "La Secretaría de Energía establecerá el modelo de contratación correspondiente para cada Área Contractual que se licite o se adjudique en términos de la presente Ley, para lo cual podrá elegir, entre otros, los **contratos de servicios, de utilidad o producción compartida, o de licencia**"⁴.

En cuanto a la figura del arbitraje internacional como parte de la técnica de privatización de lo público, en la reforma energética se prevé que las empresas contratistas puedan dirimir sus controversias en los tribunales arbitrales internacionales con lo cual se acepta trasladar la jurisdicción del poder judicial mexicano a tribunales privados. En ese sentido, la justicia se privatiza y se da cuenta de lo que ha estado

² Énfasis nuestros.

³ Énfasis nuestros.

⁴ Énfasis nuestros.

sucedendo "son las transnacionales las que demandan a los estados –nunca al revés- y eligen la jurisdicción, sin necesidad de agotar los recursos internos a nivel nacional; es más, pueden ser incluso una instancia de apelación a las sentencias de tribunales ordinarios y no cabe recurso al fallo arbitral"⁵ (Hernández Zubizarreta y Ramiro, 2015, p. 35).

1. Los tipos de normas que integran la reforma energética se pueden ubicar en dos momentos: i) normas de participación *ex ante* y ii) normas de resultado final. En el primer momento, tenemos normas *soft law*, y en el segundo momento, del resultado final, están normas *hard law*, de derecho estatal. En este último podemos ubicar, sobre todo, normas públicas privatizadas. Llamamos normas públicas privatizadas a las normas estatales en las que se dispone la permisión y los procedimientos de participación de los entes privados, en áreas que antes se consideraban estratégicas y/o exclusivas del Estado. En ese sentido, en la reforma energética las podemos encontrar tanto en la Constitución en los artículos 25 y 27. Un ejemplo en la Ley de Hidrocarburos, de este tipo de normas se ubica en la definición de contratista, en la que se incluye la participación de los particulares a través de la persona moral: "Contratista: Petróleos Mexicanos, cualquier otra empresa productiva del Estado o **Persona Moral**, que suscriba con la Comisión Nacional de Hidrocarburos un Contrato para la Exploración y Extracción, ya sea de manera individual o en consorcio o asociación en participación, en términos de la Ley de Ingresos sobre Hidrocarburos (artículo 4 fracción X)"⁶.
2. Lo que es importante a resaltar en este tipo de normas públicas privatizadas, es la forma de participación de los privados en el espacio de lo público, su alcance y sus implicaciones, pues lo que antes se consideraba un terreno exclusivo de administración, gestión y protección del Estado, lo era por la finalidad de resguardar

⁵ Sirvan también los siguientes ejemplos expuestos por los autores: "La multinacional estadounidense Philip Morris ha denunciado a Uruguay y Australia por incluir mensajes de advertencia en las cajetillas de tabaco sobre sus impactos en la salud; la corporación energética suiza Vattenfall ha impulsado una demanda contra Alemania por haber decidido eliminar gradualmente la energía nuclear. No en vano, la creación de estos tribunales privados, que se sitúan por encima de los propios estados y permiten a las empresas transnacionales denunciarlos cuando sus negocios puedan verse afectados, supone un ataque frontal a la soberanía de las personas y los pueblos y les impide, en el marco de unas sociedades formalmente democráticas, ejercer el derecho a decidir sobre sus propios destinos" (Hernández Zubizarreta y Ramiro, 2015, p. 36).

⁶ Énfasis nuestros.

el interés público y general. El hecho de que ahora participen los privados en el espacio de lo público plantea cuestiones de fondo en términos de las funciones del Estado y las concepciones tradicionales de la división entre el derecho público⁷ y el derecho privado⁸. Actualmente lo que empieza a observarse es una *hibridación jurídica* (Gutiérrez, 2018) entre el derecho público y el derecho privado, que ya no permite abordar las transformaciones desde la comodidad conceptual de la división estricta entre una esfera y otra, porque como tal ya no existe.

Reflexión final

Quienes estudiamos el campo jurídico estamos obligados a explicar con elementos más analíticos y críticos los cambios que estamos observando. La teoría jurídica crítica cada vez complejiza más sus enfoques para comprender cuál es el papel que ha jugado el derecho en esta etapa actual del capitalismo. Ya no basta con plantear que el derecho está determinado por la superestructura y que ayuda a mantener el *statu quo* pues esas afirmaciones *gruesas* no permiten comprender la calidad de los cambios en el terreno jurídico, no permite tampoco ubicar a los nuevos legisladores transnacionales y su forma de intervenir y definir las normatividades nacionales. Además, tampoco nos permiten avanzar en una ruta que analice las trayectorias de producción del derecho, desde dónde se gesta las leyes y normatividades que nos rigen y que afectan el ejercicio y reconocimiento de los derechos, esas que se confeccionan en sedes transnacionales.

Contestar a la pregunta *¿cómo se desposee de bienes comunes o de derechos desde el derecho?* es un gran reto. La teoría crítica del derecho tiene mucho que aportar y develar.

⁷ Tradicionalmente se ha entendido por *derecho público* al conjunto de normas que regulan las relaciones entre los individuos-ciudadanos frente al Estado; y las relaciones entre los órganos del Estado. Opera el principio de subordinación y supraordenación.

⁸ Conjunto de normas que regulan las relaciones entre los particulares. Opera el principio de igualdad y horizontalidad entre las partes.

Referencias

- Benente, M.; & Navas, M. (Comps.) (2019). *Derecho, conflicto social y emancipación. Entre la depresión y la esperanza*. Buenos Aires: CLACSO.
- Cárdenas, J. (2015). La reforma constitucional en materia energética. En J. Cárdenas (coord.). *Reforma energética. Análisis y consecuencias*. México: IIJ-UNAM, Tirant Lo Blanch.
- Cárdenas, J. (2014). *Crítica a la reforma constitucional energética de 2013*. México: IIJ-UNAM.
- Castellanos, L. (2018). Estos 108 mexicanos fueron asesinados por defender nuestros bosques y ríos". [en línea]. Disponible en: <https://www.mexico.com/nuestras-causas/estos-108-mexicanos-fueron-asesinados-por-defender-nuestros-bosques-y-rios/>
- Composto, C. (2012). Acumulación por despojo y neoextractivismo en América Latina. Una reflexión crítica acerca del Estado y los movimientos Socio-Ambientales en el Nuevo Siglo. *Astrolabio. Nueva Época*, 8.
- Engle, M.; Griffiths, J.; & Tamanaha, B. (2007). *Pluralismo jurídico*. Bogotá: Siglo del Hombre editores, Universidad de Los Andes, Pontificia Universidad Javeriana.
- Ferrajoli, L. (2006). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- Gilly, A.; & Roux, R. (2015). *El tiempo del despojo. Siete ensayos sobre un cambio de época*. México: Itaca.
- Gutiérrez, A. (2018). *Las transformaciones de la dicotomía público-privado en el Estado y el derecho en México*. [Tesis de doctorado]. México: Facultad de Derecho de la UNAM.
- Harvey, D. (2005). El nuevo imperialismo: acumulación por desposesión. *Socialist register 2004*.
- Hernández, A. (2014). *La producción jurídica de la globalización económica. Notas de una pluralidad jurídica transnacional*. San Luis Potosí: UASLP, CENEJUS, CEIICH-UNAM.
- Hernández, A. (2018). Transnational Legal Production and its Encryption. R. Sanín-Restrepo (ed.). *Decrypting Power*. Rowman & Littlefield International.
- Hernández, A.; & Burgos, M. (Coords.) (2018). *La disputa por el derecho: la globalización hegemónica vs a la defensa de los pueblos y grupos sociales*. México: CEIICH-UNAM, Artiga Bonilla.
- Hernández, A.; & Zalík, A. (2018). Canadian Capital and the Denationalization

- of the Mexican Energy Sector: A Geojuridical Approach. *Journal of Latin American Geography*, Vol. 17, No. 3, October.
- Hernández Zubizarreta, J. (2009). *Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa. De la responsabilidad social a las redes contrahegemónicas transnacionales*. Bilbao: Instituto de Estudios sobre Desarrollo y Cooperación Internacional.
- Hernández Zubizarreta, J.; González, E.; & Ramiro, P. (eds.) (2012). *Diccionario crítico de empresas transnacionales. Claves para enfrentar el poder de las grandes corporaciones*. Barcelona: Icaria.
- Hernández Zubizarreta, J.; & Ramiro, P. (2015). *Contra la lex mercatoria. Propuestas y alternativas para dismantelar el poder de las empresas transnacionales*, Barcelona: Icaria.
- Mattei, U. (2013). *Bienes comunes. Un Manifiesto*. Barcelona: Trotta.
- Osorio, J. (2005). *El Estado en el centro de la mundialización. La sociedad civil y el asunto del poder*, México: FCE.
- Polanyi, K. (2003). *La gran transformación. Los orígenes políticos y económicos de nuestro tiempo*. México: FCE.
- Robinson, W. (2013). *Una teoría sobre el capitalismo global. Producción, clase y Estado en un mundo transnacional*. México: Siglo XXI.
- Sassen, S. (2007). *Una sociología de la globalización*. Buenos Aires: Katz.
- Sassen, S. (2010a). *Autoridad, territorio y derechos. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales*. Buenos Aires: Katz.
- Sassen, S. (2010b). Desnacionalización de las políticas estatales y privatización de la producción de normas. En: G. Teubner, S. Sassen, & S. Krasner. *Estado, Soberanía y Globalización*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de Los Andes, Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar.
- Sarmiento, D. (2008). *El soft law administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*. Navarra: Aranzadi.
- Saxe-Fernández, J. (2002). *La compra-venta de México*. México: Plaza & Janés.
- Saxe-Fernández, J. (2015). Flexibilización constitucional y el reingreso a México de las petroleras. En J. Cárdenas (coord.). *Reforma energética. Análisis y consecuencias*, México: UNAM, Tirant Lo Blanch.
- Saxe-Fernández, J.; & Delgado, G. (2008). Engaños contables de los monopolios de la energía: costos, impactos y paradigmas del sector.

En J. Saxe-Fernández (coord.). *La energía en México. Situación y alternativas*, colección *El mundo actual*. México: CEIICH, UNAM.

Wolkmer, A. (2001). *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura en el derecho*. San Pablo: Alfa-Omega.