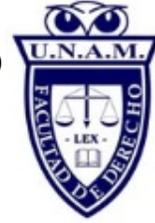




UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO



EL DERECHO INTERNACIONAL DE INVERSIONES COMO UNA FORMA DE NEGACIÓN AL EJERCICIO DE LOS DERECHOS HUMANOS. EXPRESIÓN DE LA COSIFICACIÓN DEL HUMANO Y LA FETICHIZACIÓN DE LA MERCANCÍA.

TESIS
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

EDGAR GARCÍA ALTAMIRANO

DIRECTORA DE TESIS:

MYLAI BURGOS MATAMOROS

Ciudad.Universitaria,.CDMX.....2016..



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO
OFICIO NO. SFD/12/06/2016

ASUNTO: Aprobación de tesis

DIRECCIÓN GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA UNAM
P R E S E N T E

Distinguido Señor Director:

Me permito informar que la tesis para optar por el título de Licenciado en Derecho, elaborada en este seminario por el pasante en Derecho, **Edgar García Altamirano**, con número de cuenta 306269569, bajo la dirección de la Mtra. Mylai Burgos Matamoros, denominada "El derecho internacional de inversiones como una forma de negación al ejercicio de los derechos humanos. Expresión de la cosificación del humano y la fetichización de la mercancía", satisface los requisitos reglamentarios respectivos, por lo que con fundamento en la fracción VIII del artículo 10 del Reglamento para el funcionamiento de los Seminarios de esta Facultad de Derecho, otorgo la aprobación correspondiente y autorizo su presentación al jurado recepcional en los términos del Reglamento de Exámenes Profesionales y de Grado de esta Universidad.

El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional.

Sin otro particular, reciba un cordial saludo.

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
Ciudad Universitaria - D.F. a 15 de junio de 2016


DRA. SOCORRO APREZA SALGADO
DIRECTORA

SAS*

Prolegómeno Carta al profesor Dussel

Doctor, a través de mis estudios en la Universidad Nacional Autónoma de México y en la Universidad Autónoma de la Ciudad de México, aprendí que el conocimiento no tiene la función de ser declamado por la simple vanidad de la erudición; sino que éste tiene la función de transformar la realidad que nos atañe. Por ello consideré de suma importancia realizar un estudio filosófico jurídico práctico cómo crítica y propuesta de transformación. En el cual esbozo un análisis filosófico a los principios que constituyen el sistema internacional de derecho, bajo el cual el capitalismo se expande y conduce a la sociedad, como esa locomotora -de la cual habló Benjamin, hacia la destrucción.

En este trabajo pretendo mostrar que las categorías de fetichización y cosificación desarrolladas por Marx, las podemos encontrar legisladas en el actual sistema internacional de derecho. Sin embargo para centrar y acotar la investigación decidí exponer las categorías mencionadas dentro del sistema internacional de Inversiones. Esto debido a que con el mencionado entramado jurídico, las empresas transnacionales tienen la posibilidad legal de arribar a distintos estados periféricos e imponer la ley del mercado. Bajo esta situación es menester preguntarnos ¿bajo qué argumentos y fundamentos, los creadores de las leyes del capital, están imponiendo al mundo su normatividad? , ahora, ante un fenómeno de origen económico pero totalizador –como bien apuntó Lukács y muchos otros marxistas– reflejado en el derecho, ¿tenemos obligación de obediencia al derecho del capital? Bajo el desarrollo de Kant, Rousseau, Engels y Marx (en los cuales encuentro una línea de pensamiento), propongo que no existe obligación de obediencia ante un derecho inmoral (en términos kantianos).

Sin embargo, presentar la idea y la postura de que el gran problema actual del derecho es la falta de fundamentación filosófica (ética), es un reclamo que difícilmente hace eco dentro de la conservadora Facultad de Derecho. Por esto, me atrevo a interpelarlo y solicitarle que intervenga como sínodo lector de la tesis que a continuación se presenta, a efecto de poder tener una retroalimentación y poder construir una crítica a las corrientes de pensamiento dentro de la Facultad de Derecho.

De ante mano, agradezco el interés que pueda tener a este simple estudiante y le mando un caluroso saludo.

Edgar García Altamirano

Ciudad de México, 19 de mayo de 2016

>>—*¿Dices que el Gobierno nos ayudará, profesor? ¿Tú no conoces al gobierno?*

>>*Les dije que sí.*

>>—*También nosotros lo conocemos. Da esa casualidad. De lo que no sabemos nada es de la madre del gobierno.*

>>*Yo les dije que era la Patria. Ellos movieron la cabeza diciendo que no. Y se rieron. Fue la única vez que he visto reír a la gente de Luvina. Pelaron los dientes molenques y me dijeron que no, que el Gobierno no tenía madre.*

>>*Y tienen razón, ¿sabe usted? El señor ese sólo se acuerda de ellos cuando alguno de sus muchachos ha hecho alguna fechoría acá abajo. Entonces manda por él hasta Luvina y se lo matan. De ahí en más no saben si existe.*

Juan Rulfo, Luvina, El llano en llamas.

Cuando los Nusitanos se trigolibiaron de los Terribrios, lo primero que hicieron fue proclamar un Acta de Trigolibia y una Declaración de los Trigolibios del Hombre. Inmediatamente, colocaron ambos documentos en una vitrina y cobraron diez trigolíbidos por entrar a verlos. (...) Nusitania se convirtió en el país más poderoso y trigolíbico del mundo, mandó tropas a todas partes a fin de defender con la sangre la Trigolibia y hacer al mundo trigolíbico para la Trigolibia.

Carlos Fuentes, En defensa de la Trigolibia, Los días enmascarados.

Dedicada a mi abuela, quien postrada desde una cama, me miró escribir las líneas que aquí se esbozan, y quien días antes de morir me dijo que le había pedido a Dios que me diera mucho entendimiento.

Agradecimientos

*A mi madre, quien con su esfuerzo y dedicación
me mostró el camino de la educación y el conocimiento.*

*A mí hermana y a su hija,
quienes me han iluminado con sonrisas.*

A mi padre, por enseñarme el valor del esfuerzo.

A Lupita y Arnulfo.

A toda mi familia, de quienes siempre he recibido amor.

Agradezco a todas las y los profesores quienes me compartieron del conocimiento que en ellos yacía.

A Mylai Burgos, quien me ha apoyado a lo largo de este recorrido del Derecho.

A Rodrigo Gutiérrez, por permitirme colaborar en sus proyectos

A Marisol Inglés, por su apoyo.

A Eduardo Méndez quien me aportó su conocimiento sin pedir nada a cambio.

A Paolo Solano, por su apoyo durante el otoño y el invierno de Montréal.

*A la Escuela Nacional Preparatoria donde comencé mis
estudios de marxismo.*

*A la Universidad Nacional Autónoma de México, donde
aprendí el camino de la subversión.*

*A Universidad Autónoma de la Ciudad de México,
abrevadero de conocimiento crítico.*

A mis amigxs, a todo el personal y a la banda en general

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	12
CAPÍTULO 1.	
LOS PROCESOS DE FETICHIZACIÓN Y COSIFICACIÓN EN EL DERECHO COMO UN REFLEJO DEL MUNDO DE LAS MERCANCÍAS.....	15
1.1 La mercancía.....	15
1.2 Teoría del valor: valor de uso y valor de cambio	17
1.2.1 La forma equivalencial de una mercancía	19
1.2.2 El dinero	20
1.3 Fetichización.....	21
1.4 La cosificación	25
1.5 El Derecho.....	27
1.6 Los procesos de fetichización y cosificación en el Derecho Internacional desde una lectura kantiana.....	30
1.6.1 Fundamentación filosófica de toda norma práctica: el imperativo categórico y su desplegado.....	33
1.6.2 De la fundamentación del concepto de cosificación en Kant.....	39
1.6.3 Descripción y reflexión de los artículos preliminares de una paz perpetua entre los estados. La propuesta kantiana del derecho internacional	40
1.7 Reflexión del capítulo.....	45
CAPÍTULO 2.	
LA MANIPULACIÓN DEL DISCURSO DE LOS DERECHOS HUMANOS, UN REFLEJO DE LA COSIFICACIÓN Y LA FETICHIZACIÓN	47
2.1 Crítica al derecho a la propiedad privada como un derecho fundamental, Rousseau y su relación con el pensamiento marxista	47
2.1.1 Propiedad privada como principio de desigualdad, una lectura desde Jean-Jacques Rousseau.....	51
2.2 La crítica al Derecho en Friedrich Engels.....	59
2.2.1 Moral y Derecho.....	59
2.2.2 La igualdad y la libertad en el Derecho.....	61
2.3 Los Derechos Fundamentales desde una lectura de Luigi Ferrajoli.....	64
2.3.1 Derechos Fundamentales, definición y tesis fundante.....	65

2.4 Derechos humanos en la globalización, un reflejo de la cosificación de lo humano.....	73
2.4.1 Tres Premisas que contextualizan el Análisis de los Derechos Humanos.....	74
2.6 Sobre las falacias de los derechos humanos.....	76
2.7 Defendiendo derechos humanos fuera de la lógica cosificadora y fetichista.....	82
2.8 Reflexión del capítulo.....	84
CAPÍTULO 3 LEX MERCATORIA Y DERECHOS FUNDAMENTALES.....	86
3.1 Los derechos humanos fuera de la lógica capitalista: una distorsión al comercio.....	86
3.2 Lex mercatoria, la falacia del acuerdo de voluntades.....	90
3.3 Lex mercatoria, un sistema autónomo que busca imponerse sobre cualquier ordenamiento de derecho.....	92
3.4 Lex mercatoria, ¿un sistema democrático?.....	93
3.5 Definición e implicación de la lex Mercatoria.....	95
3.6 Reflexión del tercer capítulo.....	98
CAPÍTULO 4 EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN, UN CAMPO PARA LA COSIFICACIÓN DE LO HUMANO Y LA FETICHIZACIÓN DE LAS MERCANCÍAS.....	100
4.1 El arbitraje de inversión, marco normativo.....	100
4.2 Fundamento de los acuerdos de inversión.....	103
4.3 Principios contenido de los tratados y acuerdos de inversión.....	105
4.3.1 Comentarios al contenido del capítulo “protección a la inversión.....	105
4.3.2 Comentarios a la segunda parte de los acuerdos de inversión, solución de controversias.....	109
4.4 El arbitraje de inversión, un foro para la eliminación de derechos humanos.....	112
4.4.1 Caso Six Nations vs United States.....	112
4.4.2 Caso Abengoa vs México.....	114
4.4.3 Caso TecMed vs. México.....	116
4.5 Reflexión del capítulo.....	119
CONCLUSIÓN.....	121
BIBLIOGRAFÍA.....	125

INTRODUCCIÓN

La pretensión que busco desarrollar en este trabajo de investigación consiste en analizar el sistema de inversión internacional a la luz de la teoría marxista del valor, enfocándome específicamente en las categorías de fetichismo y cosificación. Para completar este análisis echaré mano no sólo de la teoría marxista, sino que también de la propuesta que realiza Kant sobre la cosificación, la cual implicará todo un análisis de la crítica ética que realiza el autor prusiano sobre el contenido del derecho.

Asimismo, desarrollaremos una crítica teórica a los fundamentos de los derechos de los inversionistas, es decir a los derechos de propiedad, de igualdad y de libertad. Buscaremos explicar que los derechos patrimoniales no deben ser considerados como derechos fundamentales, para lo cual desarrollaremos el análisis que realiza Rousseau sobre la configuración del derecho de propiedad; también desarrollaremos el análisis que realiza Engels sobre los derechos de igualdad y libertad burguesas. Finalmente terminaremos el análisis teórico con la diferenciación entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales que realiza Luigi Ferrajoli desde el positivismo crítico. Lo anterior con el objetivo de separar teóricamente el fundamento de los derechos de los inversionistas de los derechos fundamentales o derechos humanos. Con este despliegue teórico, mostraremos de manera transversal que las categorías de fetichización y cosificación, se encuentran legisladas en el discurso del derecho.

Una vez desarrollado nuestro marco teórico entraremos al análisis del sistema internacional de inversión que se compone del conjunto de normas llamados *lex mercatoria*. De esta manera, expondré cómo es que podemos observar la fetichización de la mercancía y la cosificación humana en los Acuerdos Internacionales de Inversión, así como en diversos instrumentos consistentes en reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias (CIADI), laudos arbitrales, Tratados de Libre Comercio, etc. Lo anterior me ayudará a advertir que

la defensa fetichista de la mercancía y la cosificación humana es un reflejo de la negación al ejercicio de los derechos humanos.

El problema que estamos planteando radica en preguntarnos: ¿qué implicaciones teóricas y éticas tienen el ejercicio de los derechos patrimoniales traducidos en los derechos de los inversionistas sobre el ejercicio de los derechos humanos en los países receptores de las inversiones?

En este sentido nos dispondremos a estudiar el sistema internacional de las inversiones vigente, abarcando los principios básicos que protegen a los inversionistas: requisitos de desempeño, trato nacional, trato de nación más favorecida, expropiación y expropiación equiparada. Asimismo se explicarán las reglas procesales básicas del arbitraje internacional de inversión. Finalizando el análisis con la exposición de 3 casos de arbitraje en los que se afectaron derechos humanos de poblaciones y las empresas accionaron arbitrajes internacionales para defender sus intereses.

Teóricamente, el estudio de los principios que rigen las inversiones internacionales, es el estudio de los principios generales que establecen la defensa fetichizada de las mercancías, y por antonomasia la cosificación de las relaciones humanas que se dan alrededor de estas mercancías. Por lo que este estudio tendrá como eje transversal la concepción de fetichismo y cosificación.

En este sentido, mi objetivo general es mostrar que los fundamentos del derecho internacional se basan en derechos excluyentes, entendidos en derechos de propiedad, igualdad, libertad y patrimoniales, que al momento de su aplicación cosifican a las personas al descontextualizarlas, dejando de lado su dignidad material. Situación que también implicará la fetichización de las mercancías. Por lo que este proceso implicará necesariamente una negación al ejercicio de los derechos humanos.

Mi hipótesis general es que el sistema internacional de las inversiones es un reflejo jurídico de las relaciones de cosificación y fetichización, lo que necesariamente implicará evitar el ejercicio de los derechos humanos.

En términos más específicos, pretendo exponer que la razón de la supresión a los derechos humanos radica en que el ejercicio de los mismos (fuera del libre mercado) es considerado una distorsión al comercio. Esto quiere decir que la defensa y ejecución de los derechos humanos impiden al capitalismo su reproducción natural, por lo que en un arbitraje internacional no se pueden examinar las implicaciones de derechos humanos, puesto que ello representaría un lastre a las inversiones, el objetivo central del entramado jurídico es la defensa de la inversión, entendiéndose la fetichización de la mercancía y por consecuencia la cosificación de las relaciones humanas.

Finalmente la gran preocupación que existe hoy en día, y que motiva esta investigación, con el arbitraje internacional, radica en que una gran parte de las controversias iniciadas en estos mecanismos de solución de controversias involucran no sólo cuestiones meramente de inversión, sino que conllevan actividades relacionadas con servicios públicos como agua, electricidad, actividades extractivas como la industria minera, petrolera, gasera, etcétera. Los sectores en los que se involucran todas estas compañías están vinculadas con el bienestar social, el medio ambiente, la salud pública, e inclusive la seguridad nacional, elementos que materialmente implican la realización y satisfacción de derechos fundamentales de distintas poblaciones. Por lo que es sumamente irresponsable que situaciones que combinan diferentes aristas de carácter social y que involucran a todo un país, se resuelvan en tribunales cuasi-privados.

CAPÍTULO 1

LOS PROCESOS DE FETICHIZACIÓN Y COSIFICACIÓN EN EL DERECHO COMO UN REFLEJO DEL MUNDO DE LAS MERCANCÍAS.

En el presente capítulo expondremos el significado de fetichismo y cosificación, desde dos corrientes de pensamiento, aparentemente separadas o distantes, es decir, las propuestas teóricas de Karl Marx e Immanuel Kant. El primero nos ayudará a comprender cuál es el fundamento bajo el cual actúa y se desenvuelve el capitalismo que hoy en día vivimos. El segundo nos dará las herramientas teóricas para una crítica a los fundamentos filosóficos (entiéndase también éticos) bajo los cuales se debe postular un derecho que conciba a las personas como fines en sí mismas y no como medios.

Primeramente, expondremos los elementos de la teoría del valor en Marx como una crítica a la Economía Política. Posteriormente, explicaremos la relación de la economía política con el desarrollo del derecho. Después de lo anterior habremos de mostrar la crítica a la filosofía y al derecho que propone Kant; en la cual descubriremos que coincide con la crítica marxista al exponer la concepción de cosificación y su postura anti imperialista dentro del derecho internacional, del cual afirma que tiene que tener una fundamentación filosófica y ética. Puesto que sin ella, el derecho será la muestra de toda una suerte de intereses privados y corrupciones.

Para cumplir con este objetivo desarrollaremos principalmente tres textos: El primer capítulo de “El capital” de Marx y los libros “Fundamentación metafísica de las costumbres” y “La paz perpetua”, de Kant.

1.1 La mercancía.

Partimos de la metodología propuesta por el marxismo, denominada materialismo dialéctico histórico, el cual propone el estudio de determinadas premisas que posibilitan la reproducción del sistema capitalista y, en general, de

los modos económicos desarrollados por la humanidad a lo largo de la historia.¹ De esta forma, aunque no explicaremos todas las implicaciones del materialismo dialéctico histórico, sí expondremos una de las premisas a partir de la cual se sustenta el capitalismo que vivimos, es decir la teoría del valor, bajo la que actúa el sistema económico moderno y a partir de la cual se pueden entender las categorías de fetichismo y cosificación. Lo anterior se explica en la primer capítulo del Capital: *La mercancía*.

No es en modo alguno casual –explica George Lukács– que las dos grandes obras maduras de Marx dedicadas a exponer la totalidad de la sociedad capitalista y su carácter básico empiecen con el análisis de la mercancía. Pues no hay ningún problema de ese estadio evolutivo de la humanidad que no remita en última instancia a dicha cuestión, y cuya solución no haya de buscarse en la del enigma de estructura de la mercancía.²

La propuesta que maneja Marx, para resolver el enigma de la mercancía se puede ver reflejada en la totalidad del sistema capitalista, incluyendo al mismo Derecho.³ Por ello, para poder comprender el papel que juega el Derecho Internacional de las Inversiones –tema central de esta tesis– dentro del materialismo dialéctico histórico, es necesario tener claro los procesos vinculados a la estructura de la mercancía.⁴ Pues la inversión, en última y primera instancia será una mercancía que se fetichizará por el Derecho Internacional.

Para iniciar este tema es conveniente expresar qué entiende Marx por mercancía: “La mercancía es, en primer término, un objeto externo, una cosa apta

¹ Véase, Engels, Friedrich, El papel del trabajo en la transformación del mono en *hombre*, trad. de David Álvarez Saldaña, México, Cultura Popular, 1972; Marx, Karl y Engels, Friedrich, *The German Ideology*, London, Larence & Wishart, 1970.

² Lukács, George, *La cosificación y la consciencia del proletariado*, México, Marxismo Crítico, 2011, p1. <https://goo.gl/ku82XF> [fecha de consulta 1 de junio de 2016]

³ Comprendiéndolo tanto desde su ámbito teórico como desde su expresión fáctica.

⁴ Es importante mencionar que el propósito del presente trabajo, no radica en la explicación y comprensión del materialismo histórico, por lo que únicamente nos concretaremos a explicar los conceptos vinculados al tema central de esta tesis, obviando y remitiendo a las obras de las cuales se parta.

para satisfacer necesidades humanas, de cualquier clase que ellas sean.”⁵ Para efectos de la disciplina de la Economía Política clásica, no importa si estas necesidades surgen del cuerpo mismo, como lo es la necesidad de comer, vestir, respirar etcétera, o si surgen de la fantasía o el deseo.⁶

Estos objetos deberán tener una utilidad dentro la sociedad, ya sea desde la producción, la distribución o el consumo. En este sentido, todo objeto útil puede ser considerado una mercancía: el papel, el hierro, la madera, el henequén, etcétera, aunque veremos más adelante que esta posibilidad de ser considerado mercancía radicarán en la utilidad social que dicho objeto posea.

1.2 Teoría del Valor: valor de uso y valor de cambio.

La utilidad de un objeto le atribuye al mismo –por consecuencia– un valor de uso. Éste se le atribuye a las mercancías por sus cualidades materiales, las cuales lo determinan y constituyen, es así que “el valor de uso sólo toma cuerpo en el uso o consumo de los objetos”⁷

Es importante añadir que el valor de uso es la encarnación del trabajo humano y la magnitud de valor se obtiene por la cantidad de substancia creadora, o sea, por la cantidad de trabajo invertido en una mercancía, y esta cantidad se medirá en el tiempo de trabajo empleado. Como bien sabemos, Marx establece distintos conceptos de trabajo, pero cuando hace referencia a la sustancia del valor de uso, se refiere al trabajo socialmente necesario⁸.

Sin embargo, para que una mercancía sea una mercancía no es suficiente que cuente con valor de uso, es menester que cuente con valor de uso social, esto

⁵ Marx, Karl, *El capital: crítica de la economía política*, trad. de Wenceslao Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 2014, p.1.

⁶ Esta primera característica es muy importante, porque debemos recordar que el capitalismo funciona a partir de la creación de necesidades, y será con las mercancías con las que enajene y aliene a la sociedad.

⁷ *Ídem*.

⁸ El propósito de este trabajo no es explicar los distintos conceptos de trabajo en Marx, por tal motivo no explicaremos estos conceptos, véase Marx, Karl, *Trabajo asalariado y capital*, trad. de David Álvarez Saldaña, Madrid, Jucar, 1977, pp. 10-35.

quiere decir que contenga valor de uso para otros, de lo contrario no podríamos considerar al objeto como una mercancía. “Para ser mercancía, el producto ha de pasar a manos de otro, del que lo consume, por medio de un acto de cambio.”⁹

Los valores de uso constituyen materialmente la riqueza¹⁰, puesto que representan la primera fuente, encontrada en la naturaleza misma y por consecuencia en lo corpóreo de los objetos. Estos valores de uso forman el soporte materia del valor de cambio. Marx lo explica de la siguiente manera: “el valor de cambio aparece como la relación cuantitativa, la proporción en que se cambian valores de uso de una clase por valores de uso de otra, relación que varía constantemente con los lugares y los tiempos.”¹¹

El valor de cambio es una representación común de las mercancías, este valor se representará por una igualdad de una determinada mercancía por otra determinada mercancía, por ejemplo 1 cuarto de trigo = X quintales de hierro. Como buen hegeliano, Marx nos dice que el valor de cambio se da por una operación dialéctica, dos objetos totalmente diferentes, el trigo (tesis) y el hierro (antítesis) encuentran una igualdad que se encuentra fuera de su corporalidad, es así que en cuanto a valor de cambio, los dos objetos se reducen a un tercer término (síntesis).¹²

Es importante aclarar que cuando estamos hablando de valor de cambio, Marx se refiere únicamente a una propiedad cuantitativa de las mercancías y no a una propiedad cualitativa. El valor de cambio es sólo una expresión de cantidad que “no encierra ni un átomo de valor de uso.”¹³

¿Si el valor de cambio no contiene valor de uso, entonces con qué se queda la mercancía cuando prescindimos del valor de uso? Si prescindimos del valor de uso entonces las mercancías sólo conservan una cualidad: la de ser

⁹Marx, Karl, *El capital: crítica de la economía política*, op. cit. 5, p.4.

¹⁰ Recordemos que la fuente de la riqueza está en la tierra o naturaleza y el trabajo.

¹¹ *Ídem.*

¹² Al usar los términos tesis, antítesis y síntesis, lo hago para explicar de manera simple el proceso dialéctico, sin intenciones de profundizar el método dialéctico.

¹³ *Ibidem*, p. 2

productos del trabajo. Pero si estamos prescindiendo de la utilidad, y por lo tanto de la materialidad, de la mercancía, entonces también estamos prescindiendo del trabajo productivo concreto, entonces nos quedamos con el trabajo humano abstracto. Dice Marx que es un simple coágulo de trabajo humano indistinto, sin atender a la forma en que la fuerza humana se emplee. De esta manera es como se obtiene el “valor”. “Aquel algo común que toma cuerpo en relación de cambio o valor de cambio de la mercancía es, por tanto, su valor.”¹⁴

Entonces podemos encontrar que las mercancías poseen doble forma: una forma natural y una forma de valor. La primera hace referencia a su utilidad como objeto y la segunda es una representación de valor objetivado que no representa un átomo de materia natural, sino el trabajo impreso por la fuerza humana. Parafraseando a Marx, es así que podemos tomar cualquier mercancía y mirarla por todos lados, dándole todas las vueltas que queramos y no encontraremos el valor por ninguna parte. Y es que el valor sólo se puede mirar en la relación social de unas mercancías con otras.

1.2.1 La forma equivalencial de una mercancía.

La forma equivalencial de una mercancía es la posibilidad de cambio de una mercancía por otra. Esta posibilidad de cambio se verá reflejada, como ya mencionamos anteriormente, en el trabajo abstracto contenido en la mercancía. Marx pone un ejemplo muy útil, él dice que 1 levita = 20 varas de lienzo¹⁵, y él nos dice ¿por qué 1 levita vale lo mismo que 20 varas de lienzo? La respuesta radica en que para la creación de una levita se invirtió la misma cantidad de trabajo que para la creación de 20 varas de lienzo. Así nos dice Marx que la forma del valor es la siguiente “ $z \text{ mercancía } A = x \text{ mercancía } B$ ”. De la misma manera podríamos decir que 20 varas de lienzo = 10 libras de té, el común denominador en estas ecuaciones es el trabajo abstracto que estas mercancías contienen o implicaron.

¹⁴ *Ibidem*, p. 3.

¹⁵ Una levita es una vestidura masculina de etiqueta, más larga y amplia que el frac, y cuyos faldones llegan a cruzarse por delante. Y una vara era una medida de longitud de la época.

La primera mercancía en la ecuación “ z mercancía A = x mercancía B”, es la forma relativa del valor, en este caso la mercancía A representa la forma relativa del valor y la mercancía B representa la forma equivalencial del valor. En este orden de ideas, una mercancía nunca podrá representar valor en si misma, o sea que si expresamos que 20 varas de lienzo = 20 varas de lienzo, no estamos diciendo ni expresando ningún valor. Pues como ya mencionamos, el valor sólo se va revelar en el intercambio de las mercancías, esto es en una relación social que guardan los objetos dentro de una sociedad.

Marx dice que la forma equivalencial contiene 3 características primordiales:

1. En la forma equivalencial, el valor de uso se convierte en expresión de su antítesis "el valor"¹⁶
2. El trabajo concreto se convierte en su antítesis, o sea, trabajo humano abstracto.
3. El trabajo privado se convierte en su antítesis, trabajo social.

La primera característica ya la hemos abordado a lo largo de esta pequeña exposición. La segunda característica hace referencia a que cuando intercambias una mercancía por otra, lo que intercambias es trabajo abstracto. Lo que en un momento fue trabajo concreto de un carpintero que realizó una mesa, se convierte en trabajo abstracto cuando la mesa la intercambia por un calzado. Y la tercera característica hace referencia a que en la sociedad, distintos productores crean trabajo privado, esto es que, por un lado el carpintero crea productos de madera; por otro lado, el alfarero crea vasijas; por otro lado el Zapatero crea zapatos, y así cada uno desarrolla un trabajo privado. Empero, este trabajo deja de ser privado y se convierte en trabajo social cuando todos estos productores comienzan a intercambiar sus mercancías entre si. Aquí podemos apreciar el carácter eminentemente social que conlleva el intercambio de mercancías.

1.2.2 El dinero.

¹⁶ Refiriéndose al valor objetivado de las mercancías.

De la misma forma en que se intercambian 20 varas de lienzo por 10 libras de té, se pueden intercambiar 20 varas de lienzo por 12 onzas de oro. ¿Por qué? Porque el oro también es una mercancía que lleva intrínseco un trabajo abstracto y todas las características que ya mencionamos que conlleva una mercancía cualquiera. Ahora, “la clase específica de mercancía a cuya forma natural se incorpora socialmente la forma de equivalente, es la que se convierte en mercancía-dinero, (...) esta mercancía desempeña el papel de equivalencia general.”¹⁷

De esta forma cuando las monedas pierden su respaldo en oro, han terminado por mostrar el carácter fetichizado del dinero, pues no existe ningún trabajo que lo sustente, es una invención la que le atribuye valor. Lukács lo expresa de la siguiente manera cuando habla de proceso mediante el cual se crean intereses: “En el capital aportador de intereses se configura por lo tanto con toda pureza ese fetiche automático, el valor que se autovaloriza, el dinero que incuba dinero; y en esta forma no presenta ya cicatriz alguna de su nacimiento.”¹⁸ De la misma forma que como el interés es una forma de autovalorización, en 1971, los Estados Unidos de América, bajo el mandato de Richard Nixon, establecieron que el dólar perdería su referencia de valor con el oro y esta moneda se autovaloraría, estableciendo mediante decreto la fetichización de la moneda norteamericana.¹⁹

La discusión del carácter fetichista del dinero nos da la pauta para pasar al siguiente tema que nos atañe: los procesos de fetichización y cosificación.

1.3 Fetichización

En el desarrollo del capitalismo moderno, se plasma en las mercancías un carácter dual, dos facetas que muestran el funcionamiento de éstas en la

¹⁷ Marx, Karl, *El capital: crítica de la economía política*, op. cit. 5, p. 24.

¹⁸ Lukács, George, *La cosificación y la consciencia del proletariado*, op. cit. 2, p17.

¹⁹ Del Corro Fernando, *Hace 40 años perdió el dólar su respaldo en oro*, Agencia Latinoamericana de Información, 2011, <http://www.alainet.org/es/active/48720> [fecha de consulta 1 de junio de 2016]

sociedad. La primera es un proceso social representado en toda la teoría del valor que ya expusimos con anterioridad, pero la segunda concepción es -como lo expresa Marx en *El Capital*- una llena de sutilezas metafísicas y resabios teológicos. Marx escribe que este carácter místico no brota de su valor de uso ni tampoco de sus determinaciones de valor. Lo anterior es muestra de que el problema que Marx observa dentro de la sociedad capitalista, debe situarse en un nivel más profundo, no visible a la conciencia en un plano superficial o fenoménico.²⁰ Sin embargo, ¿En qué consiste este misticismo?, Marx explica:

El carácter misterioso estriba en que proyecta ante las personas el carácter social del trabajo de éstas como si fuese un carácter material de los propios productos de su trabajo, un don natural social de estos objetos y como si, por tanto, la relación social que media entre los productores y el trabajo colectivo de la sociedad fuesen una relación social establecida entre los mismos objetos, al margen de sus productores.²¹

Esta forma fantasmagórica –como la llama Marx- de relación entre objetos materiales, no es más que una relación social concreta establecida entre las mismas personas. De estas afirmaciones derivamos que el proceso de fetichización se caracteriza por mostrar a la sociedad una relación mercantilista sin sujetos. Es así como ellos salen de su carácter social para entonces entrar al mundo de las mercancías. A pesar de esto, Marx recalca que aunque el discurso o ideología dominante trata de ignorar a los sujetos (con todos sus procesos sociales), el mundo de las mercancías es una invención de los sujetos, al igual que las religiones, las cuales hablan de dioses que se encuentran fuera de la subjetividad pero que a la vez son invenciones de los propios sujetos. Marx lo explica de la siguiente manera:

Si queremos encontrar una analogía a este fenómeno, tenemos que remontarnos a las regiones nebulosas del mundo de la religión, donde los

²⁰ Véase Dussel, Enrique, *La producción teórica de Marx*, México, Editorial Siglo XXI, 1985.

²¹ Marx, Karl, *El capital: crítica a la economía política*, op. cit. 5, p.28.

productos de la mente humana semejan seres dotados de vida propia, de existencia independiente, y relacionados entre si y con los hombres. Así acontece en el mundo de las mercancías con los productos del hombre. A esto es a lo que yo llamo el fetichismo bajo el que se presentan los productos del trabajo tan pronto como se crean en forma de mercancías y que es inseparable, por consiguiente, de este modo de producción.²²

Una mercancía adquiere valor –principalmente y en un primer momento– por dos factores específicos: el trabajo que ella implicó y la naturaleza o materia que fue utilizada y transformada por el trabajo. Esta valorización implica, en un inicio, un trabajo privado que posteriormente se convierte en trabajo social. Sin embargo cuando, un objeto es fetichizado, éste adquiere valor, pero de una forma descontextualizada, se dice que tiene valor pero no por ser producto del trabajo y la naturaleza, sino por ser mercancía en sí misma, ésta “ se afirma al margen de la sintetización que ella implica, minándola así en su integridad”.²³ De esta manera el fetichismo es la distorsión o inversión de la realidad, es el proceso que da valor a las cosas sin tomar en cuenta al sujeto que lo hizo posible. En palabras de Dussel:

esta inversión consiste en que siendo el “trabajo vivo” (o la subjetividad corporal viviente del trabajador: persona) el fundamento de todo valor (y el capital no es sino “valorización acumulada de valor”), es decir del capital (la “cosa); ahora, por el contrario, el producto cósmico del trabajo vivo (el capital) se torna “persona” o sujeto apariencial, y el trabajador se transforma en una “cosa” (instrumento) al servicio del aumento del capital. Fetichismo es esta inversión espectral: lo fundado aparece como fundamento y el fundamento

²² *Ibidem*, p. 31

²³ Echeverría, Bolívar, *El concepto de fetichismo en el discurso revolucionario*, Ponencia presentada en el Segundo Coloquio Nacional de Filosofía. Monterrey, México, Bolívar, 1977, p. 98. <http://148.206.53.230/revistasuam/dialectica/include/getdoc.php?id=60&article=69&mode=pdf> [fecha de consulta 1 de junio de 2016]

como fundado. Este es el “misterio fetichista del capital”, es decir, un modo de ocultamiento que distorsiona la interpretación, el conocimiento de la realidad invirtiéndola.²⁴

“La teoría del fetichismo sostiene que la ciencia burguesa no presenta la relación entre los productores, sino entre cosas-mercancías.”²⁵ La gran mentira del fetiche consiste en ocultar la relación social que guardan los sujetos y se sustituye por una relación puramente material, de la misma forma se sustituye la relación material de los objetos por una “relación social entre cosas.”

Bolívar Echeverría expone que lo peculiar de la calidad mercantil del objeto social práctico, o sea la mercancía fetichizada, reside en su calidad o configuración social de intercambio, que tiene vigencia como calidad o configuración aparte y autónoma, y no como un elemento social natural.²⁶

En la misma línea, Echeverría nos explica el carácter dual de las mercancías: “La mercancía presenta una doble calidad como una efectividad doble y una significación doble –es decir, similares a la efectividad y a la significación de los instrumentos de técnica mágica, de los fetiches (objetos religiosos, ordinarios y milagrosos, terrenales y celestiales, objetos místicos) que funcionan en sí lo humano y lo divino– cuando se observa la función que ella cumple como elemento posibilitador de un cierto tipo histórico de reproducción social. Las mercancías ejercen una acción similar a la de estos fetiches (...) porque no sólo constituye el valor del producto concreto (profano) que el productor entrega al mecanismo social de distribución y el bien concreto (profano) que el consumidor saca de ese mismo mecanismo, sino también el único nexo (objeto sagrado) en virtud del cual ese sujeto productor/consumidor –que se halla en condiciones históricas privadas de privatización o aislamiento– resulta conectado

²⁴ Dussel, Enrique, *20 Tesis de Política*, México, Siglo XXI, 2006 párrafo 5.14.

²⁵ Hinkelammert, Franz J. y Mora Jiménez, Henry, *Hacia una economía para la vida*, San José, DEI, 2005, p.351

²⁶ Véase Echeverría, Bolívar, *op. cit.* 22, p. 90.

con los demás sujetos productores/consumidores, relacionado con los demás átomos del sujeto social.”²⁷

Así nos dice Bolívar Echeverría que el mundo de las mercancías es un conjunto de “objetos fetichoides”²⁸ porque además de actuar como reservorio de los objetos prácticos, actúa también como médium efectuator de la socialidad de esos productores/ consumidores en una aparente acción milagrosa. Partiendo de estas premisas, el autor reflexiona sobre la teoría del fetichismo y concluye que esta teoría es también es una teoría del discurso, del discurso fetichizado. Las mercancías ocultan mensajes, que son descubiertos en los procesos de reproducción social.

El concepto anterior resulta de vital importancia en el desarrollo del presente trabajo, en razón de que la inversión –objeto central de protección por los diversos instrumentos jurídicos internacionales de inversión– es también una mercancía, la cual se fetichiza desde el derecho internacional de las inversiones. Sin embargo dicho tema lo habremos de detallar con posterioridad.

1.4 La cosificación.

La “calidad fetichoide” de las mercancías encierra otro proceso, dice Lukács: “la descomposición del objeto de la producción significa al mismo tiempo y necesariamente el desgarramiento de su sujeto. El sujeto queda inserto, como parte mecanizada, en un sistema mecánico con el que se encuentra como con algo ya completo y que funciona con plena independencia de él, y a cuyas leyes tiene que someterse sin voluntad.”²⁹

²⁷ *Ídem* p. 98.

²⁸ Si bien la expresión “fetichoide” no existe propiamente, es propuesta como concepto teórico por Bolívar Echeverría. Véase *Ídem*, Octubre de 1977, p.97. “*la calidad fetichoide es el carácter que demuestra tener el objeto práctico de fígura mercantil cuando se considera de manera especial su función dentro del proceso global de reproducción de la sociedad como proceso que tiene lugar bajo una forma histórica peculiar, la de una serie abierta de procesos de reproducción privados, es decir, simultáneos, contiguos pero funcionalmente exteriores los unos a los otros*”.

²⁹ Lukács, George, *La cosificación y la consciencia del proletariado*, *op. cit.* 2, p.9.

El trabajador tiene que representarse a sí mismo como “poseedor” de su fuerza de trabajo como mercancía. Su posición específica estriba en que esa fuerza de trabajo es lo único que posee. Y lo típico de su destino para la estructura de toda la sociedad es que esa auto-objetivación, esa conversión de una función humana en mercancía, revela con la mayor crudeza el carácter deshumanizado y deshumanizador de la relación mercantil. De esta manera es como la fetichización de las mercancías implica también la cosificación del sujeto. Las personas dejan de ser humanos y se reducen a fuerza de trabajo, esto es una mercancía más dentro del mundo de las mercancías, su calidad de humano ha desaparecido y se ha reducido a una cosa, ante un proceso de leyes mecánicas, el cual se desarrolla de manera imperceptible a la conciencia.

Lo anterior tendrá un desarrollo dentro de un sistema cerrado y concluso, mismo que modificará la forma de desenvolverse y actuar del ser humano ante el mundo que le rodea, transformando las categorías básicas del comportamiento humano, en términos de Lukács. Espacio y tiempo devienen en común denominador como una consecuencia de la subordinación, del ser humano al tiempo del capital, la máquina y la producción.

El tiempo lo es todo y el hombre no es ya nada, la objetivación de su fuerza de trabajo, se convierte en realidad cotidiana permanente e insuperable, frente a su personalidad total, consumando el proceso iniciado con la venta de esa fuerza de trabajo como mercancía, de tal modo que también en este punto la personalidad se degrada a ser espectador impotente de lo que ocurre con su propia existencia de partícula suelta, inserta en un sistema ajeno.³⁰

Solo en el contexto en que la mercancía se convierte en categoría universal de todo ser social, la cosificación cobra una importancia decisiva para el desarrollo objetivo de la sociedad, reflejándose también en el comportamiento de un ser humano hacia ésta, para la sumisión de su conciencia a las formas de la

³⁰ *Ídem.*

cosificación. Lo que, según Lukács y en general dentro del análisis marxista, nos colocará en un plano de dos opciones, intentar entender el proceso dentro de la sumisión o “rebelarse contra sus mortales efectos y liberarse de la servidumbre de esa *segunda naturaleza* producida.”³¹

Ahora, los procesos de cosificación y fetichización representan en sí mismos un proceso de inversión en sentido objetivo (fetichización) y subjetivo (cosificación). Esto quiere decir que el trabajo vivo –representante de la subjetividad corporal de la persona y fuente de valor– sufre una invisibilización de su atributo como generador de valor sobre las cosas, las mercancías. Es así que el producto cósmico del trabajo vivo, es decir el capital o las mercancías, se convierten en sujetos aparentes, lo cuales, supuestamente, generan su valor en sí mismos, y las personas, reducidas a la venta de su fuerza de trabajo, se transforman en simples mercancías, es decir en cosas. Así es como la relación social que subyace dentro del proceso de producción sufre una inversión.³² Las cosas devienen en sujetos autónomos y las personas en cosas, supeditadas al mundo de las mercancías.

1.5 Derecho.

En la aportación que realiza Lukács a la teoría del fetichismo, se explica con claridad que el proceso de cosificación no tiene como única expresión la relación laboral que pueda tener una persona en la producción, sino que en este grado de desarrollo de la humanidad, el proceso de cosificación se encuentra atomizado ya en todas las facetas de la vida humana. “Esta atomización del individuo no es, pues, más que el reflejo consciente de que las “leyes naturales” de la producción

³¹ *Ibidem* p. 113.

³² Dussel, Enrique, *20 Tesis de política*, op. cit. 24, párrafo 5.14, “Esta inversión consiste en que siendo el “trabajo vivo” (o la subjetividad corporal viviente del trabajador: persona) el fundamento de todo valor (y el capital no es sino “valorización acumulada de valor”), es decir del capital (la “cosa”); ahora, por el contrario, el producto cósmico del trabajo vivo (el capital) se torna “persona” o sujeto aparente, y el trabajador se transforma en una “cosa” (instrumento) al servicio del aumento del capital. Fetichismo es esta inversión espectral: lo fundado aparece como fundamento y el fundamento como fundado. Este es el “misterio fetichista del capital”, es decir, un modo de ocultamiento que distorsiona la interpretación, el conocimiento de la realidad invirtiéndola”.

capitalista han abarcado todas las manifestaciones vitales de la sociedad”³³. Es así que la modernidad en la cual nos desenvolvemos, se caracteriza por estar marcada por la forma mercancía, la cual influye decisivamente en la vida humana. Por ello, afirma el autor, el problema con el fetichismo radica en que, como parte sustancial de un proceso, el tráfico mercantil comienza a convertirse en la forma dominante del intercambio o metabolismo de la sociedad; lo cual se refleja de una forma cualitativa dentro de la misma³⁴.

Marx explica nuestra situación actual como una consecuencia de los procesos de intercambio de mercancías, los cuales han acompañado el desarrollo de la historia, teniendo como seno materno las zonas terminales de las comunidades, en sus fronteras, en los pocos puntos en que entran en contacto con otras comunidades. Es, pues, en las zonas fronterizas³⁵ donde tiene comienzo este proceso de intercambio de mercancías, mismo que se puede ver expresado y reproducido al interior de cada comunidad.

Es éste nuestro punto de partida, el proceso de fetichización y cosificación lo encontraremos manifestado en distintos rubros sociales, uno de esos rubros es el derecho. La actitud que separa los fenómenos de su verdadera conceptualización, se facilita por un proceso de transformación también jurídico. De este modo, el sistema de mercado ha producido un tipo de derecho acorde con sus necesidades y adherido a su propia estructura. Este tipo de derecho se vuelve copartícipe de las relaciones cósmicas y fetiches implementadas por el capitalismo a través de leyes que se contraponen a las sociedades sometidas por éstas, siempre como poderes invencibles, autónomos en su actuación a través de distintos mecanismos, pero sobre todo usando como base la *lex mercatoria*. Lo cual nos lleva al punto central de nuestro trabajo: mostrar que la *lex mercatoria* entra en disputa con el ejercicio de derechos humanos (otro tipo de derecho). Detrás de esta disputa subyace la lucha por revertir los efectos de la cosificación y el fetichismo. Pues los derechos humanos -entendidos como la defensa de la

³³ *Ídem*.

³⁴ Véase Dussel, Enrique, *op. cit.* 24.

³⁵ Véase Ortiz, Roxana, *Epistemología de la frontera*, México, Editoriales EON, 2014, p. 18.

dignidad humana- son la lucha por revertir la cosificación, el sinónimo de regresarle a los pueblos su carácter de humanidad a partir de su dignidad material. Sin embargo, la implementación de la *lex mercatoria* es, por el contrario, la reafirmación del carácter cósico de las relaciones humanas y la defensa del fetichismo en las mercancías.

La forma de gobernanza actual, se caracteriza no por el imperio de la ley precisamente, sino por el imperio de la propiedad, pues como lo expresan Michael Hardt y Antonio Negri: “lo político no es un dominio autónomo sino que está completamente inmerso en las estructuras económicas y legales.”³⁶

En este proceso, el derecho que se consagra como dominante y “fetichoide”, podrá ser operado por diferentes individuos, teniendo como consecuencia para ellos, resultados muy provechosos. De esta forma cada individuo podrá hacer uso de los instrumentos jurídicos, pero jamás podrá cambiar los mismos. “El capital funciona a su vez como una forma impersonal de dominación que impone sus propias leyes, leyes económicas que estructuran la vida social y hacen que jerarquías y subordinaciones parezcan naturales y necesarias.”³⁷ En esto radica la importancia de identificar los procesos de fetichización y cosificación en el derecho. En evidenciar la naturalidad con la que hoy en día, se consagra la explotación de las personas dentro de los marcos nacionales e internacionales de derecho, impuestos desde el discurso dominante del capital, el cual se desenvuelve como si fueran verdades apriorísticas, trayendo como consecuencia: el poder de la propiedad concentrada en manos de los menos, la necesidad de la mayoría de vender su fuerza de trabajo para sobrevivir, la exclusión de amplios sectores de la población mundial, etcétera.

Todo lo anterior constituye una forma de violencia sistémica y sistemática, llegando a resultar difícil de identificarla por encontrarse normalizada y por la impersonalidad con la que se aplica su fuerza en la sociedad. Es por ello que

³⁶ Hardt, Michael & Negri, Antonio, *Common Wealth, el proyecto de una revolución común*, trad. de Raúl Sánchez Cedillo, Madrid, AKAL, 2009, p. 23.

³⁷ *Ídem.*

Hardt y Negri, en su libro *Common Wealth*, se atreven a afirmar que “el control y la explotación capitalista no descansa principalmente en un poder soberano externo, sino en leyes invisibles e interiorizadas.”³⁸ Es ahí donde descansan las máximas económicas del fetichismo y la cosificación, las cuales son implementadas estructuralmente en todas las manifestaciones del derecho. El capital financiero, tan abstracto en apariencia, parece distante de las vidas de la mayoría, sin embargo dicha abstracción es la que le otorga su poder de *a priori*, dotado de un alcance cada vez más universal, no por constituir éste una verdad en si mismo, sino por la fuerza violenta con la que se impone al mundo, el poder neoliberal. A pesar de que resulte difícil a las personas reconocer su participación en los mercados financieros, mediante deudas personales y públicas, los instrumentos financieros operan en todos los tipos de producción, desde las semillas de soja a los ordenadores, y mediante la manipulación de la moneda y los tipos de interés, el mercado financiero totaliza la influencia de la vida dentro de las sociedades.

1.6 Los procesos de fetichización y cosificación en el Derecho Internacional desde una lectura kantiana.

Antes de desarrollar el presente acápite, quiero señalar que durante mis exploraciones dentro de la filosofía³⁹ identifiqué que otro gran autor quien desarrolla el concepto de cosificación en los términos pensados por Marx, es Kant. Dentro de la mencionada exploración identifiqué que Kant señala determinadas prácticas del derecho internacional –en la consolidada etapa del estado moderno⁴⁰– como formas de cosificación, producto de la fetichización de la

³⁸ *Ídem.*

³⁹ Soy estudiante de la licenciatura en “Filosofía e historia de las ideas”, dentro de la Universidad Autónoma de la Ciudad de México desde el año 2010.

⁴⁰ Véase Dussel, Enrique, *El encubrimiento del indio: 1492 hacia el origen del mito de la modernidad*, México, Cambio XXI, Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, 1994; Cornejo, José F., *Breve ensayo crítico sobre la modernidad en Dussel*, Bélgica, La insignia, 2007

http://www.lainsignia.org/2007/diciembre/soc_003.htm [fecha de consulta 1 de junio de 2016], Al respecto del inicio de la modernidad José F. Cornejo expresa en la obra citada: “*En este debate, el filósofo argentino Enrique Dussel se ha destacado por presentar una "filosofía de la liberación latinoamericana" que, en oposición a lo que él denomina "la filosofía eurocéntrica", nos propone una lectura diferente sobre la problemática de la modernidad. Dussel se esfuerza en distinguir dos conceptos, para él opuestos de la modernidad. Un primer concepto de la modernidad sería "el*

mercancía (dinero). Que aunque Kant no utiliza el concepto de fetichización, sí especifica que una mercancía no podrá ser considerada como una persona puesto que el valor de una persona es su dignidad, mientras que el valor de una cosa tendrá un precio. Asimismo, la razón por la que es importante mencionar a este autor, es porque nos da toda una argumentación filosófica –incluyendo una crítica ética– de por qué debemos evitar la consagración de la cosificación en las estructuras de derecho internacional, aportando elementos al problema que nos ocupa.

Es bien sabido que Immanuel Kant dentro del sistema filosófico que desarrolló, otorgó un lugar al Derecho, mismo que calificó de necesario, para el correcto funcionamiento de una sociedad. En este mismo análisis, no otorgó contenido al derecho, manifestándolo en términos formales y teleológicos.⁴¹ De esta forma, concibió al Derecho como una relación entre seres libres y en condición de igualdad.⁴² Kant se caracterizó por desarrollar la concepción de libertad,⁴³ elevando dicho concepto a la categoría de principio universal. Debido a

eurocéntrico, provinciano, regional", porque describe, según Dussel, un proceso histórico que "se cumpliría en Europa, esencialmente en el siglo XVIII. El tiempo y el espacio de ese fenómeno lo describe Hegel, y lo comenta Habermas en su conocida obra sobre el tema ... los acontecimientos históricos claves para la implantación del principio de la subjetividad (moderna) son la Reforma, La Ilustración y la Revolución Francesa" (Dussel: 1933:45). A esta concepción eurocéntrica Dussel opone una segunda visión de la modernidad, que consiste en definirla como "una determinación fundamental del mundo moderno el hecho de ser (sus Estados, ejércitos, economía, filosofía, etc) " centro" de la historia mundial (Dussel 1993:45-46). El año 1492 marcaría, según Dussel, la aparición de la historia mundial como tal y este hecho convierte a España en la primera nación moderna. La "centralidad" de la Europa latina en la historia mundial es la determinación fundamental de la modernidad. (Dussel 1993:46, cursivas del autor)".

⁴¹ Véase Kant, Immanuel, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, trad. de Mario Caimi, México, Porrúa, 2013, p. 59; Kant, Immanuel, *Crítica de la Razón Práctica*, trad. de Mario Caimi, México, Porrúa, 2013, p. 16.

⁴² Véase Rojas Amandi, Víctor Manuel, *Filosofía del Derecho de Kant*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. <http://goo.gl/IRGcMA> [fecha de consulta 1 de junio de 2016] "*Kant fija los límites del Derecho en la relación jurídica del hombre a las esencias que tienen tanto Derechos como obligaciones, esto es en una relación de hombre a hombre. Sólo en este tipo de relación existe un verdadero vínculo entre Derecho y obligación. Además de este tipo de relación, existen también relaciones de hombres a esencias que tienen obligaciones pero no Derechos — esclavitud— o, relaciones de hombres con esencias que tienen Derechos pero no obligaciones (Dios). Estas relaciones no son para Kant jurídicas pues no hay un objeto de la experiencia posible. Este tipo de relaciones sólo se puede plantear en términos teóricos e ideales debido a que las desiguales condiciones entre las partes no permiten entablar un contacto en términos de igualdad y de reciprocidad".*

⁴³ Véase Kant, Immanuel, *Fundamentación metafísica de las costumbres*, trad. de Manuel García Morente, México, Porrúa, 2013, p. 56.

ello, es retomado por una buena parte de los defensores del capital; sin embargo se olvidan de interpretar dichas disertaciones en armonía con los demás textos sobre derecho que desarrolló Kant. Un texto, olvidado por los autores liberales, es *La paz perpetua*, dentro del cual explica que si se quiere llegar a la paz perpetua – en el mundo– se deben respetar determinados criterios de Derecho Internacional. Immanuel Kant desarrolla, en el mencionado texto, reglas universales en las que se concibe y condena la cosificación, mismas que pueden ser entendidas o analogadas en términos marxistas. Empero la fundamentación filosófica la desarrolló a través del texto *Fundamentación metafísica de las costumbres*, donde principalmente desarrolló las características que deben seguir a manera de sustento todas las normas prácticas o positivas, poniendo de manifiesto que éstas atenderán al imperativo categórico, lo que desarrollamos a continuación.

1.6.1 Fundamentación filosófica de toda norma práctica: el imperativo categórico y su desplegado.

Kant habrá de establecer el imperativo categórico, mandato *a priori* de toda ley moral, a partir del cual podremos derivar leyes prácticas y con esto dar fundamento del contenido del derecho. Esta fundamentación filosófica será la base que utilizará el filósofo para plantear su propuesta de derecho internacional, dentro del texto de *La paz perpetua*.

Como ya expresamos, el imperativo categórico será la fórmula a partir de la cual podremos derivar las leyes morales y prácticas, sin embargo para llegar a esta formulación tendremos que comenzar por explicar los conceptos de buena voluntad, felicidad y fin, fundamento filosófico del imperativo categórico.

Antes de comenzar con el desarrollo filosófico, Kant aclara por qué es necesario dar una fundamentación a todo aquello que se encuentra dentro del ámbito de las costumbres; tomando en consideración que para el filósofo, el derecho es parte de esta categoría, por lo que comienza por dar la siguiente aclaración:

Una metafísica de las costumbres es, pues, indispensable, necesaria, y lo es, no sólo por razones de origen especulativo para descubrir el origen de los principios prácticos que están a priori en nuestra razón, sino porque las costumbres mismas (pensemos específicamente en el derecho positivo)⁴⁴ están expuestas a toda suerte de corrupciones, mientras falte ese hilo conductor y norma suprema de su exacto enjuiciamiento, (...) porque el fundamento inmoral producirá a veces acciones conformes a la ley.⁴⁵

Bajo la problemática anterior, radica la importancia de pensar filosóficamente las bases del contenido del derecho. Pues, como sucede hoy en día, tenemos una serie de normatividades domésticas e internacionales, que instituyen la miseria, la explotación y la injusticia dentro del globo, a causa de la expansión del capitalismo, como una de las características fundamentales de la modernidad. Es por ello que la metafísica de las costumbres investiga y desarrolla la idea y los principios de una voluntad pura y posible, no las acciones y condiciones del querer humano en general.⁴⁶

Kant explica –dentro del capítulo primero de *La paz perpetua*– que nada en el mundo puede pensarse –sin restricción alguna– como bueno en sí mismo, a no ser tan sólo por la buena voluntad. Aquella que podrá ser rectora del actuar humano:

El entendimiento, el gracejo, el juicio, o como quiera llamarse a los talentos del espíritu; el valor, la decisión, la perseverancia en los propósitos, como cualidades del temperamento, son, sin duda, en muchos aspectos, buenos y deseables; pero también pueden llegar a ser extraordinariamente malos dañinos, si la voluntad que hace uso de estos dones (...) no es buena.⁴⁷

⁴⁴ Aclaración propia.

⁴⁵ Kant, Immanuel, *op. cit.* 43, p. 17.

⁴⁶ *Ídem.*

⁴⁷ *Ibidem* p. 21.

Debido a lo anterior se hace indispensable una *buena voluntad* que rectifique y acomode a un fin universal el influjo del camino de todos los seres humanos a la *felicidad*.

De esta forma, la buena voluntad es la indispensable condición que podrá hacer a los seres humanos felices (considerando a la felicidad de toda la humanidad como fin último del quehacer de la sociedad en el mundo). De este modo la buena voluntad será considerada como valor absoluto de la voluntad.

La humanidad, según Kant, fue dotada del instinto y de la razón para dirigir su voluntad dentro de su desarrollo, sin embargo, ninguna de las dos son suficientes para alcanzar el fin último de la felicidad de todos los seres racionales. Por ello, aunque, el filósofo prefiera a la razón sobre el instinto, no considera que por sí misma, la razón, pueda dar una correcta dirección a la voluntad de las personas; por ello es menester que la razón, como facultad práctica, tenga que poseer como fundamento, la buena voluntad.⁴⁸ Kant expone lo anterior en los siguientes términos:

Pues como la razón no es lo bastante apta para dirigir seguramente a la voluntad, en lo que se refiere a los objetos de ésta y a las satisfacción de nuestras necesidades –que en parte la razón misma multiplica–, a cuyo fin nos hubiera concedido mucho mejor un instinto natural ingénito; como, sin embargo, por otra parte, nos ha sido concedida la razón como facultad práctica, es decir, como una facultad que debe tener influjo sobre la voluntad, resulta que el destino verdadero de la razón tiene que ser el de producir una voluntad buena, no en tal o cual respecto, como medio, sino buena en sí misma, cosa para lo cual era la razón necesaria

⁴⁸ En este sentido, si bien la crítica que hace Max Horkheimer en la *Crítica a la razón instrumental* es bastante oportuna; desde una visión crítica y minuciosa del texto de la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* podremos observar que Kant no es un defensor ultranza del racionalismo, pues advierte que la razón por sí sola no es suficiente para llegar al fin último de la humanidad, el cual consiste en la felicidad de toda la humanidad. Véase Horkheimer, Max, *Crítica de la razón instrumental*, trad. de Jacobo Muñoz, Buenos Aires, Edición Sur, 1973.

absolutamente, si es así en la distribución de las disposiciones ha procedido por doquiera con un sentido de finalidad.⁴⁹

Debido a que la razón por sí misma no es un criterio para decir que lo que se haga con ella será por sí bueno, el discurso de la razón puede usarse para aquello que Kant llama intereses o inclinaciones, los cuales no buscan la felicidad de todos los seres racionales, sino únicamente una felicidad particular, entiéndase excluyente. Por ello, la buena voluntad se plantea como un eje ético del actuar de las personas con la razón. Porque la buena voluntad es *la indispensable condición que nos hace dignos de ser felices*.⁵⁰

Lo anterior es indispensable, debido a que *las costumbres mismas están expuestas a toda suerte de corrupciones*.⁵¹ Asimismo, cuando la razón humana se encuentra condicionada por influjos de motivos contingentes, “ésta va gustosa a reposar en esa poltrona, y en los sueños de dulces ilusiones, sustituye a la moralidad un bastardo compuesto de miembros procedentes de distintos orígenes, los que se parecen a todo lo que se quiera ver en ellos, excepto a la virtud.”⁵² De esta forma, si tomamos en consideración que el Derecho es parte de las llamadas –por Kant– costumbres, entonces podemos percatarnos que éste, bajo un discurso racional, bien podría ser (y es) utilizado para justificar toda suerte de corrupciones. Esto cobra mayor relevancia cuando observamos que el Derecho Internacional, que se vive en la actualidad, es parte de un discurso “racionalizado” con leyes universales que se utilizan para la satisfacción de intereses de un grupo reducido de personas. Sin embargo expondremos esto con mayor detenimiento cuando entremos al análisis de *La paz perpetua*.

Kant reconoce que todos los seres racionales –entiéndase seres humanos– son interdependientes, dejando de lado la idea del ser individualista. Bajo esta premisa, establece que todos debemos apuntar al fin de la felicidad. Sin embargo,

⁴⁹ Kant, Immanuel, *op. cit.* 43, p. 23.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 21.

⁵¹ *Ibidem*, p. 17.

⁵² *Ibidem*, p. 47.

ésta no habrá de entenderse como la felicidad de unos cuantos y con unos fines particulares, sino como la realización de todos las personas, y con ello la constitución de su felicidad. Kant lo expresa en los siguientes términos:

Hay, sin embargo, un fin que puede presuponerse real en todos los seres racionales (en cuanto que les convienen los imperativos, como *seres dependientes* que son); hay un propósito que no sólo pueden tener, sino que puede presuponerse con seguridad que todos tienen, por una necesidad natural, y éste es el propósito de la felicidad.⁵³

Sin embargo, esta felicidad no será una felicidad mediática (que sea considerada en sí como un medio) o sea con un propósito incierto y posible; sino como un fin que garantice a todas las personas la realización de ella. De esta forma, Kant concluye la idea anterior de la siguiente forma: “no es lícito presentarlo como necesario sólo para un propósito incierto y meramente posible, sino para un propósito que podemos suponer de seguro y a priori en todo hombre, porque pertenece a su esencia.”⁵⁴

Así, ningún ser racional es capaz de definir con certeza lo que la felicidad implica, porque para tal determinación, según Kant, fuera indispensable tener omnisciencia.⁵⁵ En este sentido la felicidad no es un ideal de la razón, sino de la imaginación, que descansa en meros fundamentos empíricos, de los cuales en vano se esperará que hayan de determinarse una acción por la cual se alcance la totalidad de una serie, en realidad infinita, de consecuencias, que representarían la felicidad.⁵⁶

Consideramos importante la posición kantiana frente a la concepción de felicidad, puesto que a partir de dicha postura, podemos reconocer *las diferentes maneras de reproducción de la vida*. Y en verdad, no es que se requiera o sea relevante, en sí mismo, encontrar la fundamentación kantiana para la aceptación de

⁵³ Kant, Immanuel, *Fundamentación metafísica de las costumbres*, op. cit. 45, p. 38.

⁵⁴ *Ídem*.

⁵⁵ *Ídem*.

⁵⁶ *Ídem*.

las diversas formas de reproducción de la vida; sin embargo, la argumentación formalista que se le ha dado al filósofo, ha sido usada constantemente por una corriente conservadora, por lo que consideramos necesario evidenciar –al contrario de lo dispuesto por esta corriente– que dentro del riguroso discurso kantiano, el papel de la diferencia ocupa un lugar fundamental, y ese es el de la ejecución de la felicidad.

El fin, que como ya mencionamos líneas arriba, la felicidad de todos los seres racionales, es considerado por Kant como fundamento objetivo de la autodeterminación de la voluntad, al plantearse bajo el eje rector de la razón –sin olvidarnos de la buena voluntad, valiosa en sí misma y alejada de todo interés– con validez igualitaria para todo ser racional. Por ello, se pueden distinguir dos tipos de fines, los objetivos y los subjetivos, los primeros hacen referencia al fin en sí mismo, bueno para toda la humanidad, mientras que los segundos carecen de validez universal y obedecen a intereses particulares.

Empero, la felicidad de todos los seres racionales, no constituye la única finalidad, pues presuponiendo que haya algo cuya existencia en sí misma posea un valor absoluto, entonces será un fin en sí mismo, por lo que constituirá fundamento de ley práctica. Así la vida humana será fin en sí mismo y fundamento de toda ley práctica. En complementación con lo anterior, Kant expone: “los seres racionales llámense personas porque su naturaleza los distingue ya como fines en sí mismos, esto es, como algo que no puede ser usado meramente como medio, y, por tanto, limita en ese sentido todo capricho.”⁵⁷

Así, podremos apreciar que este fundamento será la base para el desarrollo del concepto de cosificación, expuesto dentro de *La paz perpetua*, al negar la posibilidad de concebir a una persona como un medio, tal y como nuestro sistema capitalista trata a la clase campesina y trabajadora en el globo.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 30.

Antes de dar el salto a la producción del derecho y poder determinar el fundamento a partir del cual habremos de determinar la leyes prácticas que regirán nuestra voluntad, se requiere del imperativo categórico, con el cual deduzcamos principios objetivos.

Imperativo es aquella oración que manda. Y lo categórico describe al mandato como objetivamente necesario. Entonces *el imperativo categórico sería el que representase una acción por sí misma, sin referencia a ningún otro fin, como objetivamente necesario*.⁵⁸ El imperativo categórico que, fuera de toda inclinación e interés, atienda a una acción objetivamente necesaria en sí, tiene valor de principio apodíctico-práctico.⁵⁹ Por esto, el imperativo categórico es el único que se expresa en ley práctica.

Haciendo las mencionadas especificaciones, el filósofo establece que el imperativo categórico es único, y se expresa de la siguiente manera: *obra sólo según una máxima tal que puedas querer al mismo tiempo que se torne ley universal*.⁶⁰

Por otra parte, tomando en consideración que la vida humana es un fin en sí mismo, Kant desprende el siguiente principio: *la naturaleza racional existe como fin en sí mismo*. Usando la expresión “naturaleza racional” como una forma de conceptualizar a los seres humanos.

Partiendo del imperativo categórico y del principio de la vida humana como fin en sí mismo, Kant postula el siguiente imperativo práctico: *obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio*.⁶¹ Es interesante recalcar que una persona no puede ser tratada como medio porque entonces se le estaría haciendo perder su valor de persona, su dignidad.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 37.

⁵⁹ *Ídem*.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 43.

⁶¹ *Ibidem*, p. 49.

Kant, al momento de desarrollar este imperativo práctico, ya estaba intuyendo y fundamentando la prohibición de la cosificación, que desarrollará dentro de La paz perpetua.

1.6.2 De la fundamentación del concepto de cosificación en Kant.

Teniendo el fundamento metafísico de la ley práctica y tomando en consideración que ésta es producto de la autonomía de la voluntad del ser racional que legisla conforme a los fines de la buena voluntad, es que la persona concretiza su dignidad, pues un ser racional no podrá obedecer a otra ley que no sea la que cumpla con dicha fundamentación ética:

La razón refiere, pues, toda máxima de la voluntad como universalmente legisladora a cualquier otra voluntad y también a cualquier acción para consigo misma, y esto no por virtud de ningún otro motivo práctico o en vista de algún provecho futuro, sino por *la idea de la dignidad de un ser racional que no obedece a ninguna otra ley que aquella que él se da a sí mismo*.⁶²

Ergo, toda ley práctica –entiéndase norma positiva– deberá de tener una fundamentación ética, atendiendo a la dignidad y a la felicidad de toda la humanidad. Por lo que las normas positivas que no cumplan con esta característica carecen de fundamento para ser acatadas por las personas. De esta forma, sin fundamento ético, la norma positiva carece de fundamento de obligatoriedad.

Considerando lo anterior, Kant expresa que en el mundo todas las mercancías tienen un precio por el cual son intercambiadas de manera equivalente, sin embargo lo único que se halla por encima de todo precio, será lo que tenga una dignidad.⁶³ Con esto, se plantea con claridad que una persona no puede tener un precio, porque éste sólo es atributo de las cosas, y viceversa, las cosas no podrán

⁶² *Ibidem*, p. 53.

⁶³ *Ídem*. “Lo que se refiere a las inclinaciones y necesidades del hombre tiene un precio comercial, lo que, sin suponer una necesidad, se conforma a cierto gusto, es decir, a una satisfacción producida por el simple juego, sin fin alguno, de nuestras facultades, tiene un precio de afecto; pero aquello que constituye la condición para que algo sea fin en sí mismo, eso no tiene meramente valor relativo o precio, sino un valor interno, esto es, dignidad.”

tener el valor que tiene una persona. Cuando las concepciones se invierten tendremos como resultado la crítica contenida en los conceptos marxistas de cosificación y fetichización. La diferencia entre los planteamientos estriban en que la concepción kantiana está partiendo de una crítica ética, mientras que aunque la concepción marxista –aunque también tiene una crítica ética– ésta se basa en un análisis del modelo económico capitalista. Por lo que la aportación de Kant consiste en la fundamentación filosófica ética, que después Marx expondría con toda claridad en el primer capítulo de *El capital*.

1.6.3 Descripción y reflexión de los artículos preliminares de una paz perpetua entre los estados. La propuesta kantiana del Derecho Internacional.

Podríamos decir que la obra de *La paz perpetua* es un pequeño tratado de derecho, en el cual Kant propone 6 leyes (o preceptos) objetivas que podrían garantizar la paz perpetua entre los Estados:

1. *No debe considerarse como válido un tratado de paz que se haya ajustado con la reserva mental de ciertos motivos capaces de provocar en el porvenir otra guerra.*
2. *Ningún Estado independiente –pequeño o grande, lo mismo da– podrá ser adquirido por otro Estado mediante herencia, cambio, compra o donación...*
3. *Los ejércitos permanentes –miles perpetuus– deben desaparecer por completo con el tiempo.*
4. *No debe el estado contraer deudas que tengan por objeto sostener su política exterior.*
5. *Ningún Estado debe inmiscuirse por la fuerza en la constitución y el gobierno de otro Estado.*
6. *Ningún Estado que esté en guerra con otro debe permitirse el uso de hostilidades que imposibiliten la recíproca confianza en la paz futura; tales son, por ejemplo, empleo en el Estado enemigo de asesinos (percussores),*

*envenenadores (venefici), quebrantamiento de capitulaciones, excitación a la traición, etc.*⁶⁴

De los preceptos anteriores, nos interesa explicar los segundo, tercero, cuarto y quinto, los cuales se encuentran íntimamente vinculadas con el tema que nos ocupa, por ello, enumeramos los preceptos con su respectiva explicación:

Segundo. Este precepto es formidable. Kant parte de la siguiente premisa: “un Estado es una sociedad de hombres sobre la cual nadie, sino ella misma, puede mandar y disponer. (...) por consiguiente, incorporarlo a otro Estado, injertándolo, por decirlo así, en él, vale tanto como anular su existencia de persona moral y hacer de esta persona una cosa.”⁶⁵ De la expresión anterior podemos derivar que Kant entiende al estado como una persona moral compuesta por personas físicas, por lo que queda prohibido reducirla a una mercancía que se pueda enajenar. Es así que encontramos en Kant la misma crítica que hace Marx⁶⁶ (años posteriores) cuando habla de la cosificación. Frente a nosotros tenemos una crítica kantiana a la conformación de la economía liberal en el marco del nacimiento del Estado-Nación. En otras palabras, Kant está estableciendo el principio ético que prohíbe tratar a las personas como si fueran cosas, lo que jurídicamente implica que ellas son inalienables y no negociables. Lo anterior en razón de que éstas jamás podrán ser tratadas como medios sino como fines en sí mismas.

Tercero. Aquí se considera a los ejércitos permanentes como una incesante amenaza de guerra para los demás Estados, puesto que tiene una disponibilidad continua de combatir. Es interesante ver que el autor considera que la dinámica

⁶⁴ Kant, Immanuel, *La paz perpetua*, trad. de Sánchez Rivero, México, Editorial Porrúa, 2013, p. 240.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 247.

⁶⁶ Marx desarrolla los conceptos de fetichización y cosificación en *El Capital*, es interesante remarcar que es la última propuesta que añade a su concepción económica, pues ni siquiera en los *Grundrisse* (obra considerada como el borrador de *El capital*) contempla estos dos conceptos. Tomando en cuenta la formación de Marx como jurista y filósofo, me atrevería a asegurar que era conocedor del pensamiento Kantiano y que incluso pudo retomar el concepto de cosificación de Kant, debido a que la concepción es la misma, sin citarlo.

internacional radica en una carrera armamentista creciente. Asimismo, critica fuertemente la utilización del ejército, pues nos dice que “tener gentes a sueldo para que mueran o maten (...) implica un uso del hombre como mera máquina en manos de otro –el Estado–.”⁶⁷ Con ello de nuevo identifica y condena la cosificación del humano, además añade que dichas prácticas son discordantes con el derecho de la Humanidad. Desde aquí, Kant está posicionando la cosificación como un factor opuesto a los derechos fundamentales, y naturalmente, opuesta a la fundamentación filosófica, pues son situaciones que podrían tildarse de racionales, pero que contravienen la buena voluntad, la felicidad de todos los seres humanos y al imperativo categórico.

Cuarto. El filósofo explica que nada de sospechoso tiene que un Estado solicite a otro un préstamo para fomentar su economía, entiéndase reparación de carreteras, creación de depósitos para años malos y demás usos similares.

Pero si se considera como un instrumento de acción y reacción entre las potencias, entonces se convierte en un sistema de crédito compuesto de deudas que van aumentando sin cesar, (...) ingeniosa invención de un pueblo comerciante en nuestro siglo; fúndase de esta suerte una potencia financiera muy peligrosa, un tesoro de guerra que supera al de todos los demás Estados juntos y que no puede agotarse nunca.⁶⁸

A partir de esta reflexión Kant deja clara su postura anti imperialista. Siendo finales de mil setecientos la época en la que escribe, se puede observar con claridad la forma en que se comienza a gestar el sistema mundo capitalista. En aquel momento fue una advertencia a la política internacional, justo en los albores del Estado Nación. Finalmente señala que esta práctica (de sometimiento económico) es el más poderoso obstáculo para la paz perpetua. En la misma tesitura, someter el desarrollo de una población a la suerte del mercado y del interés, no es más que cosificar a la población reduciendo su reproducción de vida

⁶⁷ *Ibidem*, p. 248.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 249.

a la suerte que el mercado establezca. Lo anterior es señalado por el filósofo como una forma a gran escala de cosificación y de vulneración a todo fundamento de ley práctica, pues un estado de cosas tal, sólo asegura la reproducción de vida del estado dominante, sobre el sometido económicamente. Así, esta simple condena sobre los empréstitos, será la forma de dominación que vislumbra Marx y será la práctica internacional central del siglo XX y XXI.

Quinto. En esta premisa se asegura que por más degenerado que esté algún Estado, no es pretexto para que otro intervenga en su política interior. Pues dicha acción no estaría fundada en ninguna base de derecho. Por el contrario si algún Estado osare intervenir a otro, ello representaría un peligro para la autonomía de los demás Estados, vulnerando los derechos fundamentales de las personas, al vulnerar su autonomía de la voluntad.

Posterior a estas 6 leyes, Kant propone 3 artículos definitivos de la paz perpetua, de ellos, el segundo versa: *el derecho de gentes debe fundarse en una Federación de Estados Libres*. El derecho de gentes (*Ius Gentium*) es un latinismo acuñado por la tradición jurídica romana para referirse al derecho creado por el extenso grupo de pueblos del Mediterráneo, éste abarcaba un conjunto supranacional de prácticas e ideas jurídicas que se habían impuesto por la fuerza de la necesidad y de la razón. Este concepto es sustituido hasta el siglo XX por el concepto de Derecho Internacional. En este sentido, cuando Kant (quien es un conocedor del Derecho Romano) habla del derecho de gentes se está refiriendo al derecho supra nacional, pero no en el sentido de la tradición románica, sino que decide proponer un nuevo derecho de gentes (o derecho internacional) el cual no se aplica entre hombres iguales, sino entre Estados iguales. Estos Estados conforman una unidad soberana que deben ser respetados de la misma manera en que son respetados los ciudadanos de una república. Sin embargo, esta diversidad de Estados no conforman un súper Estado o algo similar, sino que conforman una confederación de Estados que busca la armonización del derecho internacional para una vida pacífica entre estos.

Es en este derecho de gentes en el que habrá de consagrarse el derecho de la universal hospitalidad. Para poder pensar en ella, Kant nos dice que debemos de concebir la ciudadanía mundial, ella se deriva de la común posesión de la superficie de la tierra, la humanidad, al compartir el globo terráqueo, debe tolerar su presencia mutua, pues nadie tiene mejor derecho que otro a estar en determinado lugar del planeta. De esta manera, Kant propone que como todos tenemos el mismo derecho a habitar el planeta, nadie puede impedir a otro el acceso a determinadas tierras, por el contrario, el tráfico que se pudiera generar entre distintos Estados ayudaría al desarrollo mutuo de la humanidad. Expresa Kant, que cuando este paso se pueda dar, incluso podrían generarse zonas o comarcas públicas, en las cuales todos puedan acceder, llevando a la raza humana a instaurar una constitución cosmopolita. Basados en este derecho a la ciudadanía mundial es que se funda la hospitalidad, definida como el derecho de un extranjero a no recibir un trato hostil por el mero hecho de ser llegado al territorio de otro. Esto quiere decir un derecho de visitante, el derecho de presentarte en una sociedad sin ningún perjuicio. Nuestro actual sistema de derecho fomenta la movilidad de las empresas para dañar los derechos de otros, y prohíbe la movilidad del que no tiene dinero. Debido a la situación deplorable en que el capitalismo ha sometido a las poblaciones, éstas deciden migrar, y los países que los reciben los tratan como simples mercancías, manos de obra de bajo precio. Todo lo anterior expresado dentro de nuestra actual normatividad internacional, la cual puede ser llamada también, como *lex mercatoria*.

Por lo que normas que se opongan al respeto de las demás personas sin atender al fin universal de la felicidad, no puede constituir Derecho, al no atender a fines objetivos. Puesto que el Derecho constituye una obligación, que implica que una persona no puede ser utilizada como un medio, sino siempre como un fin. Bajo el Derecho Internacional vigente, a través de sus manifestaciones dentro de los tratados de inversión, se mecanizan las vidas de las sociedades y éstas son constituidas como meros medios, despojando pueblos de sus territorios, contaminando la naturaleza, y con ella la posibilidad de sobrevivencia de las poblaciones. Desde el análisis que realiza este autor, logra prever que el futuro del

capitalismo temprano podría constituir la violación de los derechos fundamentales de la humanidad al ser tratados como medios, como cosas, como mercancías. *El que lesiona –afirma Kant– los derechos de los hombres está decidido a usar la persona ajena como simple medio, sin tener en consideración que los demás, como seres racionales que son, deben ser estimados siempre al mismo tiempo como fines, es decir, sólo como tales seres que deben contener en sí el fin de la misma acción*⁶⁹

Por lo anterior a pesar de que Kant, considere a la libertad y la propiedad como derechos fundamentales, ello no significa que está entendiendo los mismos significados que conciben los defensores del capital.

El mencionado filósofo, con esperanza en la humanidad, creía que todas esas prácticas que condenó en sus 6 leyes, decrecerían y la humanidad avanzaría a la paz perpetua; sin embargo, pasó todo lo contrario. Todas las prácticas que condenó se convirtieron en leyes universales, como bien dijo Walter Benjamin, en la penumbra del siglo XX, la excepción se convirtió en la regla.⁷⁰ Y de esta forma, la razón se instrumentó para atender al cumplimiento de las inclinaciones y los fines subjetivos. Por ello, es importante retomar la propuesta kantiana de derecho internacional, acompañada de su fundamentación metafísica, para así reconocer y cambiar toda esta suerte de corrupciones a las que se ha sometido a las costumbres internacionales

1.7 Reflexión del capítulo.

Podemos observar la vigencia de la crítica kantiana al Derecho Internacional en lo referente a sus preceptos de economía y política exterior, pues actualmente a través del sistema internacional de las inversiones y muchas otras regulaciones del capital internacional (reflejada en Acuerdos Bilaterales de Inversión, Tratados de Libre Comercio, entre otras normatividades) se fetichiza a

⁶⁹ *Ibidem*, p. 49.

⁷⁰ Benjamin, Walter, *Tesis sobre el concepto de historia y otros fragmentos*, trad. de Bolívar Echeverría, Ciudad de México, Clío, 2005, tesis VIII.

la mercancía y cosifica al ser humano. En este sentido se sobrevaloran las cosas y se reducen a precio de mano de obra a los seres humanos, a nivel mundial. Esto hace imperioso implementar un enjuiciamiento de fundamentos éticos al derecho positivo que nos rige, y si dentro de esta examinación corroboramos que éste carece de fines éticos y de respeto a la dignidad y vida humana, entonces podemos concluir kantianamente que *no tenemos ninguna obligación de respetar y obedecer a estas normas*, por lo que se hará necesario la transformación de las mismas.

Asimismo, la cosificación y la fetichización son elementos presentes del Derecho internacional, identificados tanto en la propuesta marxista como en la kantiana. Desde estas dos visiones, se afirma que la cosificación implican una negación al ejercicio de los derechos fundamentales de las personas. Y aunque Kant jamás hable de la fetichización con este término, al expresar su comprensión de las personas, niega categóricamente que las cosas puedan tener mayor valor que una persona.

Hasta este momento hemos explicado lo que significa cosificación y fetichización, desde una concepción marxista y kantiana. Hemos mostrado que para las dos corrientes de pensamiento, los conceptos anteriores pueden introducirse a las estructuras de derecho.⁷¹ Las dos corrientes reconocen que cuando estas categorías se introducen al sistema normativo tienen como resultado inmediato la violación a los derechos fundamentales de las personas, como un ataque la dignidad.

Una vez expuesto nuestro marco teórico y concluyendo con la vulneración de los derechos fundamentales explicaremos las concepciones de derechos humanos o fundamentales que defendemos y las corrientes que detractamos.

⁷¹ Kant es tajante el expresar que toda aquella normatividad que no respete los derechos de la Humanidad, no puede ser considerado como derecho. Mientras que la corriente marxista reconoce que dicha normatividad ha sido implementada por la fuerza del capital dentro del Derecho Internacional.

CAPÍTULO 2

LA MANIPULACIÓN DEL DISCURSO DE LOS DERECHOS HUMANOS, UN REFLEJO DE LA COSIFICACIÓN Y LA FETICHIZACIÓN.

El presente capítulo lo expondremos a partir de tres momentos, el primero implicara el estudio que realiza Rousseau sobre el derecho a la propiedad privada. Después, expondremos cómo Engels retoma este estudio para formular su crítica a los derechos de igualdad y libertad. Posteriormente expondremos desde el discurso formal de Ferrajoli, como es que los derechos patrimoniales no pueden constituir derechos fundamentales. Estos tres autores nos ayudarán a desarticular y explicar los fundamentos del actual discurso manipulado de los derechos humanos. Expondremos cómo es que este discurso prevalece en la actualidad y se complejiza para formar un discurso de poder.

Posteriormente, desarrollaremos el análisis hecho por Joaquín Herrera Flores, en el cual evidencia las distintas falacias que se encuentran dentro del discurso de los derechos humanos: la falacia universalista, la falacia normativista y la falacia naturalista. Asimismo, aportamos esta crítica para concretar el análisis de los tres autores previos.

Finalmente explicaremos cual es la propuesta de derechos humanos que defendemos. Todo lo anterior tendrá el propósito de mostrar cómo es que los procesos de cosificación y fetichización se encuentran interiorizados en el discurso dominante de derecho, desde sus axiomas y antecedentes históricos.

2.1 Crítica al derecho a la propiedad privada como un derecho fundamental, Rousseau y su relación con el pensamiento marxista.

El primero que cercó un terreno y declaró: esto es mío, y encontró a gente lo suficientemente ingenua para creerlo, fue el verdadero fundador de la sociedad civil. Cuántos crímenes, guerras, asesinatos o miserias y horrores se hubiera ahorrado el género humano si alguien, al arrancar las estacas o al rellenar el alud hubiese gritado a sus semejantes: ¡Cuidense de escuchar

a este impostor, están perdidos si olvidan que los frutos son de todos y la tierra de nadie!⁷²

Con la frase anterior, comienza Rousseau la segunda parte de uno de los primeros y más interesantes análisis en cuanto a la concepción de la propiedad privada como un principio (y un derecho) fundamental de la sociedad capitalista, que se encontraba en los albores de su determinación jurídica: *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes* (Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres). Con esta frase, el autor francoparlante expresa que el problema esencial que atañe a la sociedad de su tiempo es la desigualdad, y que ésta tiene como principio la acumulación privada, entiéndase el principio de propiedad privada.

Este texto, Rousseau lo divide en dos estudios esenciales, el primero en el que detalla su interpretación de lo que sería el estado de naturaleza del género humano, mismo que se opone tajantemente a la interpretación de Hobbes y que coincidirá con la concepción desarrollada por Engels, años después, dentro del libro *El origen de la familia la propiedad privada y el Estado*, en la cual se explica que el origen de las instituciones que conformarán la sociedad civil (y al propio Estado según Engels) serán producto de la necesidad de defender la propiedad privada, producto de la acumulación (de la burguesía) y la exclusión de buena parte de los habitantes de la sociedad (el proletariado, el campesinado y en algunos países –como en Estados Unidos– los esclavos).

Asimismo, tanto Rousseau como Engels concluirán de manera similar respecto del llamado “estado de naturaleza” del género humano, pues para Engels el estado previo al “Estado” (“sociedad civil” en Rousseau) será el comunismo primitivo, mientras que en la misma tesitura, Rousseau determinará que en el estado de naturaleza, la desigualdad es nula; “en el estado de naturaleza (...) cada cual está libre del yugo y la ley del más fuerte resulta vana.”⁷³

⁷² Rousseau, Jean-Jacques, *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, trad. de Fabienne Bradu, México, Cien del Mundo, 2012, p. 71.

⁷³ *Ibidem* p. 68.

En el mismo sentido, en otra párrafo, expresándose del estado de naturaleza, el autor escribe que en este estadio, el género humano no conocía el comercio y no existía la noción de “lo tuyo y lo mío”, situación considerada como una virtud, que evitará la injusticia social, muy a pesar de que esta sociedad no haya desarrollado el propio concepto de justicia.⁷⁴ Por ello, aunque Rousseau no haya descrito a esta sociedad⁷⁵ bajo el concepto de “comunismo primitivo”, es claro, por la descripción que hace de ella, que así es como lo considera. Una demostración de lo anterior se observa en el afamado libro “El contrato social”, donde expone “En el estado natural, en el que todo es común el hombre nada debe e quienes nada ha prometido, ni reconoce como propiedad de los demás sino aquello que le es inútil. No resulta así en el estado civil, en el que todos los derechos están determinados por la ley.” Inclusive, el discurso sobre la desigualdad servirá de gran influencia en el pensamiento de Engels para desarrollar sus análisis políticos y económicos, en cuanto a la crítica al sistema capitalista.⁷⁶

En esta tesitura, lo que dará origen a la sociedad civil (o al Estado) será la propiedad privada, misma que se establecerá como institución de derecho y será la fundadora de la desigualdad en nuestras sociedades (en el pensamiento de Rousseau), y que (en términos de Engels) generará la división de las clases sociales dentro de la sociedad moderna. De esta forma el Estado, a través de sus instituciones –entre ellas el derecho– se encargará de administrar la desigualdad, pues como bien apunta Lenin, haciendo un estudio de los postulados de Marx, “el Estado es un órgano de dominación de clase, un órgano de opresión de una clase por otra, es la creación del "orden" que legaliza y afianza esta opresión, amortiguando los choques entre las clases.”⁷⁷

⁷⁴ *Ibidem* p. 63.

⁷⁵ En el presente apartado no se tiene por objeto desarrollar un estudio sobre el estado de naturaleza en Rousseau, para ello véase Rousseau, Jean-Jacques, *op. cit.*, primera parte. Asimismo, para efecto de un estudio comparativo con el comunismo primitivo desarrollado por Engels y el origen del Estado véase Engels, Friedrich, *El origen de la familia: la propiedad privada y el Estado*, Madrid, Alianza, 2008.

⁷⁶ Véase Engels, Friedrich, *Anti-Dühring*, México, Cid y Ciencia Nueva, 1978.

⁷⁷ Lenin, Vladimir Iliích, *El Estado y la revolución*, trad. de Jesús de Andrés, Madrid, Alianza, 2006, p. 30.

De lo anterior podemos desprender, en primer término que la producción del derecho (en términos positivos) se atribuyó al Estado, básicamente para la mayoría de los teóricos occidentales de los siglos XVIII y XIX (desde los llamados liberales como Montesquieu, Hobbes, Locke hasta los más críticos como Kant, Rousseau, Marx y Engels). Sin embargo es importante aclarar que haciendo un ajuste a la situación global contemporánea, esta noción de monismo jurídico⁷⁸, se ha superado, pues la producción del derecho, esencialmente después de la Segunda Guerra Mundial –con sus respectivos antecedentes–, ha tenido como fuente diversos organismos internacionales. Ahora, el propósito del presente estudio no busca mostrar el desarrollo histórico del Derecho, sino evidenciar como estos postulados que surgen con la modernidad, continúan vivos en nuestra sociedad, y aunque la producción del Derecho ya no tenga como única fuente al Estado, muestra como –en el caso de la propiedad privada (como principio de derecho doméstico e internacional)– el fundamento filosófico y argumentativo continúa siendo el mismo que se forjó con el albor de la modernidad.

Una vez expuesto, de manera escueta, la coincidencia en el pensamiento de Rousseau con los postulados marxistas, pretendo desvirtuar la idea de la propiedad privada como un derecho fundamental y demostrar que este postulado, muy al contrario de fomentar una sana institución de derecho, fomenta y legitima la desigualdad y la explotación.

No conforme lo anterior, resulta importante dar razón filosófica de las implicaciones de postular a la propiedad privada como un derecho fundamental, en función de que nuestro actual régimen internacional de derechos humanos reconoce a la propiedad privada como un derecho fundamental en instrumentos como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el Pacto de San José, por mencionar algunos. Pues este discurso sirve de fundamento para el desarrollo de la

⁷⁸ Para la comprensión y estudio del concepto “monismo jurídico” véase Barbosa Criollo, Francisco, *Pluralismo Jurídico: una concepción alternativa de derecho*, Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM, Vol. 7, núm. 12, 2011.

normatividad internacional de inversión, que al día de hoy genera un sin fin de perjuicios en el género humano, producto del actuar de las empresas transnacional, sin embargo esto ya lo habremos de estudiar y detallar más adelante.

2.1.1 La propiedad privada como principio de desigualdad, una lectura desde Jean-Jaques Rousseau.

A continuación, y para dar un orden al presente estudio, detallaré la argumentación que esboza Rousseau dentro de la segunda parte del “Discursos sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres.”

Rousseau considera que alguna vez existió la igualdad, dentro del estado de naturaleza. Y que el origen de su desaparición se suscitó cuando unas personas comenzaron a acumular provisiones –bajo una apelación de un derecho de propiedad privada– para el sustento de otras personas; por lo que las primera se convirtieron en condición de subsistencia para el otro, pero así el otro era condición de reproducción, por dar a los primeros su trabajo; este proceso trajo consigo sociedades estamentales, que con su desarrollo económico, la esclavitud y la miseria, fueron fuente de su desarrollo. El ginebrino lo expresa de la siguiente manera:

A partir del momento en que un hombre requirió el auxilio de otro, en que era útil que uno tuviera provisiones para dos, la igualdad desapareció, surgió la propiedad, el trabajo se volvió indispensable y los ingentes bosques se transformaron en campiñas agradables que hubo que regar con el sudor de los hombres, y en las cuales pronto germinaron la esclavitud y la miseria, que crecieron junto con las cosechas.⁷⁹

Por lo que con el fenómeno anteriormente descrito, la propiedad privada nace como un vicio o como característica primordial del estado civil; bajo una lógica de acumulación.

⁷⁹ Rousseau, Jean-jacques, *op. cit.* 72, p. 78.

Ahora bien, de la misma forma en que el mencionado ginebrino condena esta forma de propiedad, también defiende otra que se da bajo el derecho natural y misma que considera la única forma de propiedad legítima, la cual se constituye a partir del trabajo:

este origen es tanto más natural que imposible concebir la idea de la propiedad naciente fuera de la mano de obra, porque el hombre no tiene motivo para apropiarse las cosas que no hizo si no tiene más que su trabajo que invertir. Sólo el trabajo le da derecho al agricultor sobre el producto de la tierra que ha labrado y, por consiguiente, sobre el terreno.⁸⁰

Por lo que aquella apropiación que se haga por razón diferente al trabajo no será derecho natural, estableciendo un nuevo derecho, el derecho positivo que establecerá la propiedad privada. Al ser Rousseau, un defensor del derecho natural, no verá con buenos ojos a este nuevo derecho (positivo). Y considerará a la propiedad privada como la institución clave que fijará la desigualdad entre las personas.

Esta nueva forma institucional de propiedad privada, consagrada como un principio dentro de la sociedad, desarrollará terribles vicios dentro de la humanidad:

En fin –escribe Rousseau, hablando de los propietarios bajo el nuevo derecho–, la ambición insaciable, el ansia de acrecentar su fortuna relativa, menos guiadas por una necesidad verdadera que por la voluntad de ponerse por encima de los demás, inspira a todos los hombres una siniestra inclinación a perjudicarse mutuamente (...). En pocas palabras competencia y rivalidad y, por el otro, oposición de interés, y siempre el secreto deseo de acumular ganancias en detrimento de los otros, todos estos males son el

⁸⁰ *Ibidem* p. 80.

producto de la propiedad y el inseparable cortejo de la desigualdad naciente.⁸¹

En este punto deseo resaltar que el derecho de propiedad entendido dentro del estado civil, coincidirá con (y será retomado) por el pensamiento postulado por Karl Marx y Friedrich Engels, empero, ellos tendrán el cuidado de desarrollar los diferentes tipos de propiedad desarrollados durante el estado civil, exponiendo como última presentación, a la propiedad burguesa. Por lo que dentro del Manifiesto del Partido Comunista, los pensadores escribirán: “*la propiedad privada burguesa moderna es la última y más acabada expresión del modo de producción y de apropiación de lo producido basado en los antagonismos de clase, en la explotación de los unos por los otros.*”⁸² Noción que coincide completamente con lo expuesto por Rousseau, cuando expresa que la propiedad privada traerá consigo el deseo de acumular en detrimento de los otros.

Asimismo coincidirán con el autor suizo, al expresar que la única propiedad que ellos defienden es la que es fruto del trabajo propio y que forma la base de toda libertad.⁸³ Con esto estamos planteando que existe una continuidad de pensamiento en relación a la crítica a la propiedad que inicia con Rousseau y que es desarrollada en años posteriores por Marx y Engels.

Otro de los elementos que desarrolló Rousseau y que los alemanes retomarán, será la crítica al derecho de herencia, pues en este precepto se justifica otra forma de acumulación, que perpetúa la desigualdad y la posibilidad de subsistencia de las clases burguesas. En este sentido el autor suizo explica:

cuando las herencias aumentaron en número y en extensión hasta el punto de cubrir toda la superficie disponible y colindar con todos, ya no se pudo crecer sino en detrimento de los demás. Los supernumerarios, víctimas de la debilidad o de la indolencia, empobrecidos sin haber perdido nada

⁸¹ *Ibidem* p. 81.

⁸² Engels, Friedrich y Marx, Karl, *Manifiesto del Partido Comunista*, trad. de Wenceslao Roces, México, Fondo de Cultura Económica, 1988, p. 32.

⁸³ *Ídem*.

porque, cuando todo a su alrededor cambiaba, ellos no habían cambiado, éstos fueron obligados a recibir o a esperar su subsistencia de mano de los ricos, y de ahí comenzaron a nacer, según los distintos temperamentos de unos y otros, la dominación y la servidumbre, o la violencia y la rapiña.⁸⁴

Este mismo postulado es retomado por Marx y Engels, quienes desde el mismo Manifiesto del Partido Comunista hacen un llamado a la abolición del derecho a la herencia. No porque la transferencia de un bien de una madre a su hija represente un mal en sí mismo, sino porque a través de esta institución de derecho, la exclusión y la acumulación de los medios de subsistencia de la mayoría se conservan (y se han conservado a lo largo de la historia) en las manos de unos pocos quienes representan la clase burguesa actual.

En este aspecto, Rousseau, Marx, Engels y otros autores críticos, coincidieron con que el desarrollo de la propiedad privada (con ello el devenir de la modernidad y el capitalismo) implicó la creación y adecuación de un derecho que coincidiera con la preservación de la forma de reproducción de la forma de vida de los propietarios, los burgueses, y en general, aquellos que detentaban (y detentan) el poder.

Deseo aprovechar este ejemplo, en cuanto a la adecuación del derecho, para adelantar que este progreso, adecuación y cambios jurídicos han tenido su máximo desarrollo con el establecimiento de la normatividad internacional de inversión. Sin embargo, ya habremos de llegar al tema, únicamente hago mención de este aspecto para ir mostrando cual es nuestro objetivo y como va adecuándose el derecho desde su incipiente desarrollo, en tanto se generan los diversos requerimientos del desarrollo económico para el mantenimiento y reproducción de la clase dominante.

En este sentido, lo que caracterizó y creo al derecho de propiedad privada fue la usurpación y el despojo, mismos que se fundaban bajo un derecho precario y abusivo (derecho positivo), por diferente apariencia que se quisiera dar a éste.

⁸⁴ Rousseau, Jean-jacques, *op. cit.* 72, p. 82.

Asimismo, conforme fueron avanzando estos males, como consecuencia directa, otro sector se enriquecía y se desarrollaba: la industria; fenómeno del cual el autor francófono estaba bien consciente, el cuál consideraba que tampoco disponía de un mejor derecho:

Aquellos a quienes la industria –dice Rousseau– había enriquecido, no fundaban su propiedad sobre mejores títulos, por más que dijese: fui yo quien construyó este muro; gané este terreno con mi trabajo, siempre se les podía contestar: ¿quién determinó las alienaciones y qué los hace pretender a pago de nosotros por un pago que nadie les impuso? ¿acaso ignoran que un sinnúmero de hermanos suyos perece o padece a causa de la necesidad de lo que a ustedes les sobra, y que ustedes precisan un consentimiento explícito y unánime del género humano para apropiarse de la subsistencia común, todo lo que supera la de ustedes?⁸⁵

Con esta interpelación, Rousseau cuestiona en primer momento las condiciones de posibilidad que trajeron como consecuencia que la industria creciera gracias a la acumulación y a la exclusión. Así, también enfatiza que el trabajo que generó su riqueza es una forma de despojo, pues bajo el derecho natural –que defiende dicho autor– el trabajo genera propiedad para el que con sudor, generó los frutos. Ahora bien, sin legitimación alguna, el burgués dueño de la industria roba la propiedad generada por los trabajadores, dejándolos siempre en la miseria y enriqueciéndose a su costa. Además de esto, nos refiere que el burgués dueño de la industria se adueña no sólo del trabajo del explotado, sino que igualmente del medio de subsistencia, en términos marxistas entiéndase: de los medios de producción.

Y para legitimar esta actuación Rousseau refiere que el derecho siguió desarrollándose buscando afianzar la propiedad ganada. De esta forma, a través de un discurso poco elocuente, las personas que habían conseguido acumular buena parte de los medios de subsistencia de la población, bajo el temor de perder éstos, ofrecieron un derecho común que, en apariencia sería, el protector

⁸⁵ *Ibidem* p. 83.

de todos (ricos y pobres), aunque sólo buscaría beneficiar a unos cuantos. Este discurso que se dirigió a las clases desprotegidas proclamaba: “Unámonos (...), para salvaguardar a los débiles de la opresión, frenar a los ambiciosos y asegurar a cada cual la posesión de lo que le pertenece.”⁸⁶ Aunque en realidad sus fines no correspondían a sus palabras por lo que:

Así todos corrieron hacia sus cadenas creyendo asegurar su libertad. (...) Los más susceptibles de presentir los abusos eran precisamente los que pretendían aprovecharse de ellos, y hasta los sabios calcularon que era preciso sacrificar una parte de su libertad para conservar la otra, de la misma manera que un herido pide que le mutilen un brazo con tal de salvaguardar el resto de su cuerpo.⁸⁷

Lo anterior fue redactado en 1755, por el autor ginebrino, algunos años antes de la revolución francesa y durante el desarrollo de Europa como consecuencia del proceso colonizador alrededor del globo. Sin embargo, este fenómeno que describe es un proceso que se repetirá durante el desarrollo de la modernidad y con cada revolución que buscaba defender la expansión del capital. El mejor ejemplo es la revolución francesa, que se caracterizó por defender la igualdad y libertad jurídica, sin tomar en consideración la igualdad social y económica, ello debido a que el propósito de los burgueses (en el caso de los franceses) era la igualdad de derechos que posibilitaran la libertad de comerciar sin el lastre de los feudos. En este sentido, no buscaban defender la igualdad de toda la población, sino únicamente del discursos de derecho que posibilitara la reproducción de la economía burguesa que atendía a sus Intereses.⁸⁸ Lo anterior es sólo un ejemplo de la demagogia del discurso de derecho. Al respecto del origen de la desigualdad hecha expresión de derechos, expone el ginebrino:

Así fue o tuvo que haber sido el origen de la sociedad y de las leyes que acarrearón nuevos escollos para el débil y nuevas fuerzas para el rico. Pero

⁸⁶ *Ibidem* p. 84.

⁸⁷ *Ídem*.

⁸⁸ Éste fenómeno será descrito por Friedrich Engels en la obra *El Anti-Dühring*, dentro de un pequeño apartado de “derecho y moral”, el que describiremos con posterioridad.

éstas destruyeron inexorablemente la libertad natural, fijaron para siempre la ley de la propiedad y la desigualdad, hicieron de una sutil usurpación un derecho irrevocable y sujetaron para el provecho de algunos ambiciosos a todo el género humano al trabajo, a la servidumbre y a la miseria.⁸⁹

Ahora bien, este proceso de despojo y su configuración jurídica , ¿no es el mismo proceso de despojo el que se vive con los mega proyectos de inversión cuando estos arriban a los países periféricos despojando a las comunidades de sus territorios y de los bienes naturales que en esos lugares yacen? ¿y no, acaso, es la normatividad internacional de inversión legislada desde la segunda mitad del siglo pasado, el mismo proceso de adecuación del derecho en función de legitimar el despojo internacional? Por este par de preguntas –y porque los problemas filosóficos se expresan a partir de preguntas– consideramos de suma importancia recuperar la crítica que hizo Rousseau al derecho a la propiedad, pues éste no sólo fue oportuno en su momento, sino que es completamente vigente en nuestra realidad económica y jurídica. De esta forma, la terrible desigualdad y miseria a la que se condenó al género humano radica en su cosificación y la defensa irracional de la mercancía. Proceso establecido desde el derecho de propiedad privada y teniendo su máximo desarrollo en los derechos de los inversionistas, los cuales constituyen la fetichización de las mercancías, pero esto lo explicaremos en la segunda mitad de la presente tesis.

Ante estos males heredados por el crimen de los propietarios, ¿qué solución plantea Rousseau? Su conclusión será la misma a la que llegan Kant, Marx y Engels: la única salida viable es rescindir el pacto de las leyes, la sublevación y la revolución. Si seguimos el progreso de la desigualdad a través de las distintas revoluciones –parafraseando a Rousseau– , encontraremos que el establecimiento de la ley y del derecho de propiedad constituyó su primer término y con ello, el establecimiento de 3 esquemas: rico y pobre; poderoso y débil, y amo y esclavo como último peldaño; expresando que estas categorías continuarán

⁸⁹ *Ídem.*

“hasta que nuevas revoluciones disuelvan por completo el gobierno.”⁹⁰ Asimismo continúa advirtiendo que de no dar fin a esta forma de despojo, el “despotismo emanado de este desorden (...), poco a poco alzaría su cabeza monstruosa y devoraría todo lo que se le antoja bueno y sano en todas las partes del Estado y finalmente pisotearía las leyes y el pueblo.”⁹¹ Por lo que una vez en este Estado putrefacto el contrato de gobierno se debería de considerar disuelto y la sublevación que acaban por ahorcar o destronar a un sultán, se convertiría en el acto más jurídico.⁹²

Finalmente, apelando al derecho natural, Rousseau termina su magnífico discurso de la siguiente manera:

Se colige que *la desigualdad moral, autorizada por el solo derecho positivo*, es contraria al derecho natural toda vez que no se suma en la misma proporción a la desigualdad física, distinción que determina lo que debe pensarse acerca de esta clase de desigualdad que reina en todos los pueblos civilizados. En efecto, cualquiera que sea la definición que se le da, la ley de la naturaleza se opone a que un niño mande a un anciano, a que un imbécil guíe a un hombre sabio y a que *un puñado de gente nade en lo superfluo mientras la mayoría hambrienta carece de lo necesario.*⁹³

De todo lo anterior, en cuanto a lo referido a Rousseau, concluimos que su propuesta radica en que la apropiación de bienes en detrimento del otro constituyó la propiedad privada, bajo este esquema se buscó instaurar mediante instituciones de derecho que protegieran a los propietarios, esto desarrolló una tremenda desigualdad en las sociedades civiles. Asimismo su desarrollo ha tenido y tendrá consecuencias funestas de no disolver esta forma del llamado estado civil. Por lo que la única salida a este conflicto es la revolución y la sublevación. Pues dicho

⁹⁰ *Ibidem* p. 93.

⁹¹ *Ibidem* p. 96.

⁹² *Ibidem* p. 97.

⁹³ *Ibidem* p. 99.

estado no tiene fundamento –bajo una crítica ética– dentro del derecho natural, al que apela el ginebrino.

2.2 La crítica al Derecho en Friedrich Engels.

Dentro de los estudios y ensayos críticos realizados por Karl Marx y Friedrich Engels, abundan los análisis económicos a partir de los cuales las sociedades occidentales desarrollaron la distribución de los bienes. Bajo este entendido analizaron que las sociedades; desde la creación del Estado, vieron en una constante contradicción de clases bajo los distintos modos de producción: esclavismo, feudalismo y capitalismo. Así, desarrollaron estudios antropológicos en textos como *El papel del trabajo en la transformación del mono en hombre*, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*; estudios filosóficos como *La ideología alemana*, *El Anti Dühring*, y diversos estudios económicos como *El capital*, *Contribución a la crítica de la economía política*, etcétera. Sin embargo uno de los temas menos estudiados por estos autores de manera minuciosa fue el tema del derecho. Mismo que fue abordado desde varios textos, pero siempre como parte complementaria y nunca como tema central de estudio. Esto fue debido a que, como ya explicaremos a continuación, consideraron al derecho como un reflejo de las reglas establecidas por la clase dominante según el momento histórico de cada sociedad. Y muy a pesar de que la producción teórica sobre el tema del derecho no fue amplia, encontramos una continuidad de pensamiento entre Rousseau, Kant, Marx y Engels. De esta línea se pueden observar críticas muy precisas sobre el papel del derecho como una institución que puede ser tergiversada por los intereses privados. En razón de esta continuidad teórica, hemos retomado a los mencionados autores para hacer nuestra crítica al discurso dominante de derecho, que tiene vigencia en nuestra realidad. Sin más preámbulos expondremos la crítica de Engels al Derecho.

2.2.1 Moral y Derecho.

Engels, al igual que Kant, nos explica que el Derecho proviene siempre de una moral. Y ésta corresponderá a la moral dominante o de la clase que detente el

poder en el determinado momento y sociedad históricos. La diferencia con Kant, estriba en que él ofrecerá su propuesta moral y no considerará moral las actuaciones que estén fuera del esquema propuesto por el filósofo. Mientras que Engels concibe las postulaciones de la clase dominante como una forma de moral, que percibe más como discurso demagógico que como postura ética. Sin embargo, la propuesta moral hecha por Kant, en el fondo, no se alejará de los postulados hechos por los autores defensores del comunismo. La diferencia estriba en que Kant no reconocerá otros discursos que no sean los que están bajo su esquema como discursos morales.

Respecto a lo anterior, Engels explica que la clase dominante desarrolló discursos que buscaron justificar su posición de dominación frente a las sociedades; pero que también las clases oprimidas desarrollaron su propio discurso moral frente a las injusticias:

Afirmamos que toda teoría moral hasta ahora fue producto, en último análisis, del estado económico de la sociedad en la época correspondiente. Y como la sociedad se ha movido siempre en antagonismos de clases, la moral ha sido siempre una moral de clase, o bien ha justificado el dominio y los intereses de la clase dominante o bien ha representado, desde que la clase oprimida se hacía bastante fuerte para eso, la revuelta contra esa dominación y los intereses del porvenir de los oprimidos.⁹⁴

De la cita anterior podemos desprender dos tipos diferentes de propuestas morales, una que es la dominante, y que podemos identificar en nuestra actualidad con la moral capitalista que enarbola el libre cambio y la defensa de la mano invisible como autorregulación sin límite. Y otra que es la que se propone desde el lado de los oprimidos. En este sentido las propuestas morales hechas por Rousseau –cuando hace su crítica a la miseria y a la desigualdad– y por Kant –

⁹⁴ Engels, Friedrich, *Anti-Dühring*, trad. de Manuel Sacristán, México, Cid y Ciencia Nueva, 1978, p. 105.

cuando plantear al ser humano como un fin en sí mismo— me atrevo a ubicarlas del lado de los oprimidos.

Ahora, la relación que guarda con el Derecho, consiste en que desde las propuestas morales se concreta un derecho. Por un lado podemos tener el derecho que emana de los pueblos indígenas o el derecho que emana del libre mercado. En esta pugna, se llega a un punto en el que el derecho dominante se impone sobre la inmensa mayoría, sin representar una forma de reproducción de vida justa.

Este dualismo moral y jurídico únicamente, según Engels, podrá ser superado, hasta que en las condiciones de la vida práctica hayan desaparecido las contradicción de clases. Sólo en ese momento —explica Engels— podremos llegar a una moral verdaderamente humana. Es por esto que toda crítica al derecho, necesariamente implicará una crítica moral o una interpelación ética al sistema dominante. Por ello nuestro estudio ha conllevado una crítica ética, filosófica, política y económica al Derecho.

2.2.2 La Igualdad y la libertad en el Derecho.

Engels y Marx son sumamente críticos en cuanto a la igualdad formal o igualdad de derechos, la cual busca crear y manipular la realidad económica y social; sin embargo, el discurso de la igualdad no debe ser desdeñado, muy a pesar del uso que la moral dominante le haya dado:

Pero acabar —explica Engels— con la sosa y embrollada interpretación (...) de la idea de igualdad, no es acabar con la idea de la igualdad misma, que juega gracias a Rousseau, tan gran papel teórico, y desde la Revolución [francesa], tan gran papel político, que hoy todavía representa un elemento tan considerable de agitación social en casi todos los países. Establecer su

contenido científico es determinar igualmente su valor para la agitación proletaria.⁹⁵

Así, cuando en la cita anterior, Engels habla de una idea sosa y embrollada de igualdad, está haciendo referencia a aquella idea fetichizada de igualdad teórica que pierde conexión con la realidad y que es la misma que criticó Rousseau cuando habla de aquel discurso elocuente de derecho que aparentemente ponía en igualdad de condiciones a los propietarios con los desposeídos. Por lo que al desdeñar esta idea dominante, expresa que es importante, entonces, asumir una idea adecuada y fundamentada de lo que tendríamos que entender por igualdad, pues este puede representar un discurso antisistémico de agitación social que podría conducir a la revolución.

El problema con el discurso dominante que habló de la igualdad entre “los hombres”, es que fue (y es) un discurso excluyente y en esta discusión “las mujeres, los esclavos, los extranjeros, estaban naturalmente excluidos.”⁹⁶ Conforme la burguesía fue desarrollándose y expandiéndose requirió que su discurso avanzara para que pudiese funcionar de acuerdo a sus intereses de producción y acumulación. “*El comercio a gran escala, el comercio internacional, y más aún el comercio mundial, exige poseedores de mercancías que sean libres, independientes en sus movimientos, y que, dotados como tales de derechos iguales, cambien sus productos, basándose en un derecho idéntico para ellos.*” Fue así que, como ya veníamos anunciando con Rousseau, fue menester cambiar el discursos de Derecho para que los propietarios que requerían del intercambio de mercancías, en la medida en que desarrollaban la industria, pudiesen realizar todo tipo de transacciones que acrecentaran sus ganancias. En este sentido el discurso fundante fue la igualdad en derechos. Empero aunque representó un avance (que podríamos tildar de revolucionario) dentro de los postulados jurídicos, esto sólo fue una formulación elocuente para el establecimiento de la sociedad burguesa como sociedad dominante.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 114.

⁹⁶ *Ídem*.

Y con el discurso de la igualdad, la burguesía también se encargó de forjar el discurso de la libertad. En primer término se requería de “hombres libres” para comerciar, con capacidad contractual. Y en segundo término se requería “otros hombres libres”, de igual forma con capacidad contractual, para que pudiesen enajenar lo único de lo que eran propietarios: su fuerza de trabajo. “El tránsito del taller a la manufactura supone la existencia de una cantidad de trabajadores (...) capaces de legar a los fabricantes su fuerza de trabajo, por contrato.”⁹⁷ En este sentido para que el trabajador (de todos los rubros incluyendo a los campesinos) pudiese someterse al mercado y ser funcional éste, se requería de su “liberación” del feudo, reclamando la igualdad ante la ley.

Engels explica que este proceso histórico trajo la necesidad discursiva de establecer *los derechos del hombre*, para proclamar la igualdad y libertad burguesas. Lo cual también implicaba la exclusión. En el caso francés, tenemos a Olympe de Gouges quien redacta la *Déclaration des Droits de la Femme et de la Citoyenne* (Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana), quien interpeló a la sociedad de su tiempo, dos años después de publicada la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, en el mismo Estado, y que en respuesta por el régimen no tuvo más que la guillotina.

Asimismo respecto del caso de Estados Unidos, escribe Engels, haciendo referencia a otro ejemplo de nación que ocupó el derecho discurso demagógico: “lo que muestra el carácter específicamente burgués de tales derechos del hombre, es que la Constitución americana, la primera que reconoció los derechos del hombre, sancionaba al mismo tiempo la esclavitud de los negros que existía en América: los privilegios de clase eran deshonrados, mas los privilegios de raza, eran confirmados.”⁹⁸

⁹⁷ *Ibidem*, p. 116.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 117.

Con estos dos ejemplos, se puede vislumbrar cómo fue que se configuró el discurso de los derechos de “la libertad y la igualdad entre los hombres”. Actualmente en cualquier curso de derechos humanos se nos habla del *Bill of Rights* y de la *Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano*, como aquellos antecedentes históricos que trajeron la luz de derechos, sin embargo, no se habla del discurso dominante que ocultaban. Por ello considero importante mostrar que el discurso del libre mercado tiene una producción de derechos humanos que sólo busca justificar su modo de producción.

Sin embargo, cuando la burguesía francesa reclamó la igualdad civil, el campesinado y el proletariado francés retumbaron, como un gran eco, la igualdad social y económica. De esta forma, explica Engels, “<<igualdad>> ha llegado a ser el grito de guerra particular del proletariado francés.”⁹⁹

Y entonces ¿a qué nos referimos los que reivindicamos las luchas proletarias y campesinas con “igualdad? ¿si desdeñamos el contenido burgués de igualdad en derechos, qué contenido proponemos? “*El verdadero contenido de la reivindicación proletaria de la igualdad es la abolición de las clases sociales.*”¹⁰⁰ Mientras el discurso de los derechos humanos no siga haciendo más que defender la igualdad desde la abstracción de la expectativa de los derechos, éste seguirá siendo juego y complemento del capitalismo y la ideología burguesa. Por lo que dejamos bien claro que la única igualdad que defendemos es la de la abolición de las clases sociales.

2.3 Los Derechos Fundamentales desde una lectura de Luigi Ferrajoli.

Ya hemos explicado que el derecho a la propiedad privada no lo consideramos como un derecho fundamental, y por lo el contrario éste es un discurso de opresión. También hemos explicado cuales son las concepciones del discurso burgués del derecho a la igualdad y a la libertad. Sin embargo, tomando

⁹⁹ *Ibidem*, p. 118.

¹⁰⁰ *Ídem*.

en consideración que estos derechos al ser discursos de dominación no los consideramos derechos fundamentales, hace falta explicar qué estamos entendiendo por derechos fundamentales o si podemos hablar de ellos como una herramienta de lucha.

Creemos que el Derecho es campo (reflejo) de la contradicción de lucha de clases, por lo cual de la misma forma en que en el Derecho se observan las crueles ambiciones del libre mercado, también podemos expresar discursos de resistencia. En este sentido será importante detallar cual es el discurso de Derecho que suscribimos y cual es el que repudiamos por ser una herramienta de la explotación.

Así, retomamos la argumentación expuesta por Luigi Ferrajoli, desde su teoría garantista en el libro “Derechos y garantías, la ley del más débil,” para explicar los elementos formales de un derecho fundamental, y porqué los derechos patrimoniales no pueden ser considerados como derechos fundamentales.

Asimismo, antes de iniciar la presente exposición queremos aclarar que no compartimos la interpretación de Ferrajoli en cuanto al no reconocimiento de derechos colectivos como derechos fundamentales, o dicho de otra forma a no reconocer derechos fundamentales desde la colectividad. Sin embargo esto tiene un contexto, pues Luigi Ferrajoli, al escribir desde Italia, está pensando en todas las atrocidades que vivió su país, y el mundo, a causa de los movimientos fascistas, los cuales tuvieron como base una fuerte colectividad que los apoyó y que (como cualquier proceso social) fueron capaces de manipular la producción de derecho para sus fines políticos. Por lo que únicamente retomamos la argumentación formal de los derechos fundamentales propuesta por el italiano, que ahora explicaremos.

2.3.1 Derechos Fundamentales, definición y tesis fundante.

Luigi Ferrajoli parte de que el mundo atraviesa por una crisis del Derecho y de lo que él llama la razón jurídica:

Numerosas investigaciones han sacado a la luz un gigantesco sistema de corrupción que envuelve la política, la administración pública, las finanzas y la economía, y que se ha desarrollado como una especie de Estado paralelo, desplazado a sedes extra-legales y extra-institucionales, gestionado por las burocracias de los partidos y por los lobbies de los negocios, que tienen sus propios códigos de comportamiento.”¹⁰¹

Y en razón de que las instituciones estatales y el derecho se han vuelto la herramienta y el sustento de la corrupción –producto de los intereses particulares que se aprovechan de lo público– surge una tremenda necesidad por establecer criterios de Derecho que puedan evitar, como diría Kant, esta suerte de corrupciones. En este sentido la propuesta de Ferrajoli es el sistema garantista; el cual consiste en un sistema positivo de derecho con bases claras que fijan límites al contenido legislativo. La parte central de este sistema es la que establece las características de los derechos fundamentales, los cuales fungirán como medida del Derecho.

La definición que propone Ferrajoli se caracterizará por ser teórica y formal, la cual expresa de la siguiente manera:

son <<derechos fundamentales>> todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a <<todos>> los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por <<derecho subjetivo>> cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad

¹⁰¹ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías, la ley del más débil*, trad. de Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2004, pág. 16.

para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos en son ejercicio de éstas.¹⁰²

La propuesta del italiano es teórica-formal, con el firme propósito de prescindir de una definición dogmática, bajo la idea de que las legislaciones del mundo puedan aplicar esta definición. Asimismo, cuando hace referencia a la “universalidad”, el autor está haciendo alusión a un sentido “lógico y avalorativo de la cuantificación universal de la clase de los sujetos que son titulares de los mismos.”¹⁰³ *A contrario sensu*, no serán considerados derechos fundamentales todos aquellos que pudiesen ser alienables y por tanto, no universales. El autor explica:

de hecho son [los derechos fundamentales] tutelados como universales, y por consiguiente fundamentales, la libertad personal, la libertad de pensamiento, los derechos políticos, los derechos sociales y similares. Pero allí donde tales derechos fueran alienables y por tanto virtualmente no universales, como acontecería, por ejemplo, en una sociedad esclavista o totalmente mercantilista, éstos no serían universales ni, en consecuencia, fundamentales.¹⁰⁴

En cuanto al status de los sujetos, Ferrajoli desprende dos tipos de derecho; los primarios: los derechos humanos y los derechos públicos, y los secundarios: los derechos civiles y los derechos políticos. Los derechos humanos son aquellos que le pertenecen a todos los seres humanos, como el derecho a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal, la libertad de conciencia, a la salud, a la educación y a las garantías procesales (sólo por mencionar algunos ejemplos dogmáticos). Los derechos políticos son reconocidos únicamente a aquellos de los que se diga ciudadanos y hace referencia a derechos tales como los de residencia y circulación (en territorio nacional), reunión, asociación, trabajo, subsistencia, etcétera.

¹⁰² *Ibidem* p. 37.

¹⁰³ *Ibidem* p. 38.

¹⁰⁴ *Ídem*.

El segundo grupo reconocido como derechos secundarios, comienza por los derechos civiles, los cuales son reconocidos como derechos potestativos y se hace referencia a la “capacidad” como la potestad negocial, la libertad contractual, la libertad de elegir y cambiar de trabajo, el derecho a accionar en juicio y en general derechos potestativos en los que se manifiesta la autonomía privada y sobre los que se funda el mercado. Antes de continuar con la explicación de los derechos políticos, es importante aclarar que la corriente neoliberal trató de enfocar y reducir el discurso de los derechos humanos e estos derechos civiles, los cuales, como ya explicamos con Rousseau y Engels, sirvieron únicamente como discurso de poder para posibilitar las transacciones del libre mercado. Sin embargo, no podemos dejar de mencionarlos dentro del rubro de los derechos fundamentales, puesto que la diferencia entre un esclavo y un hombre libre, jurídicamente, radicaba en esta facultad potestativa, pues el esclavo carecía de estos derechos. Ahora, si bien tener derechos es necesario, no es suficiente con ellos. Y de hecho tendremos que tener mucho cuidado con que únicamente se les atribuya a “los ciudadanos”, porque también esta categoría es excluyente y es el pretexto bajo el cual se subyuga a todas las personas que salen de sus países de origen por motivos económicos desfavorables y que son tratados como esclavos en países donde ni siquiera se les reconoce estatus jurídico y sólo se les cosifica como mercancía de fuerza de trabajo.

En lo referente a los derechos políticos, estos también, desde la teoría de Ferrajoli, configuran su talón de Aquiles en que sólo son reconocidos bajo la categoría excluyente de ciudadanos, y consisten en derechos como el derecho al voto, a acceder a cargos públicos y en general a todos los derechos potestativos en los que se manifiesta la autonomía política y sobre los que se funda la representación y la democracia política. La exclusión se justifica bajo la visión clásica de autonomía de los Estados. Sin embargo, este es el mismo argumento bajo el cual Estados Unidos segrega a la gran mayoría de los migrantes que contribuyen ampliamente al sector productivo de dicho Estado, por lo cual la

construcción de ciudadano tiene sus bemoles que no pensamos esclarecer en este trabajo.

Estos vicios que hemos mencionado sobre los derechos secundarios – desde la conceptualización de Ferrajoli– no han sido olvidados por el autor italiano, quien al respecto explica que inclusive con posterioridad a 1789, sólo los sujetos masculinos blancos, adultos, ciudadanos y propietarios tuvieron durante mucho tiempo la consideración de sujetos *optimo iure*. Por ahora lo que se tiene que rescatar es que los criterios de *personalidad, capacidad y ciudadanía* abandonen su significado restringido y fuertemente discriminatorio, para adquirir uno extendido y universal.

A partir de la definición expresada de derechos fundamentales y de los derechos que de ésta emana, el autor italiano desprende cuatro tesis a partir de la cual considera que se puede engarzar una teoría de la democracia constitucional. Sin embargo, nosotros únicamente retomaremos y explicaremos la primera tesis propuesta por el autor. Prescindimos de las otras tres por no ser el centro de nuestro estudio y porque tenemos algunas diferencias que detallaremos en la presente investigación.

Esta primera tesis remite a la radical diferencia de estructura entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales, concernientes los primeros a todas y todos los sujetos, y los segundos a cada uno de sus titulares con exclusión de todos los demás.¹⁰⁵

Críticamente, Ferrajoli refiere que la corriente dominante de Derecho ha ocultado el carácter diferenciado de derechos excluyentes bajo el nombre de derechos subjetivos:

En nuestra tradición jurídica –explica el italiano– esta diferencia ha permanecido oculta por el uso de la única expresión <<derecho subjetivo>> para designar situaciones subjetivas heterogéneas entre sí y opuestas en

¹⁰⁵ *Ibidem* p. 42.

varios aspectos: derechos inclusivos y derechos exclusivos, derechos universales y derechos singulares, derechos indisponibles y derechos disponibles.¹⁰⁶

Y aunque, como se explico desde el texto *el Anti-Dühring*, sea importante superar el discurso de la igualdad desde el plano jurídico y llevarlo a la igualdad social y económica, también creemos importante mostrar que este discurso dominante de derecho oculta una positivización de derechos excluyentes. Por ello es importante evidenciar desde el discurso formal esta situación, aclarando que no basta con cambiar el discursos jurídico.

En esta tesitura, la diferencia entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales (o de propiedad), la expresa el autor italiano desde cuatro diferencias de carácter formal o estructural, las cuales prescindan del contenido que se les quiera dar a estas dos clases de derechos. Explicamos a continuación.

La primera diferencia, que ya se ha venido anunciando, radica en que los derechos fundamentales tienen el carácter de universal, mientras que los derechos patrimoniales –del derechos de propiedad a los demás reales y también los derechos de crédito¹⁰⁷– tienen el carácter de singulares. Ambas categorías lógicas hacen referencia a los titulares de los mismos. Mientras los primeros pertenecen a todas las personas en igual forma y medida, los segundos pertenecen a cada uno de manera diversa, tanto por cantidad como por calidad. Mientras los primeros constituyen la igualdad en derechos (con los bemoles que esta categoría tiene), los patrimoniales son exclusivos, *excludendi alios*, y por ello éstos fundan la desigualdad jurídica.

La segunda diferencia que tienen los derechos fundamentales con los derechos patrimoniales estriba en que los primeros son derechos indisponibles, inalienables, intransigibles y personalísimos. En sentido opuesto, los derechos

¹⁰⁶ *Ídem*.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 46.

patrimoniales –de la propiedad privada a los derechos de crédito¹⁰⁸– se caracterizan por ser disponibles, negociables y alienables. Así, los derechos patrimoniales se van acumulando, mientras que los fundamentales son invariables. *“No cabe llegar a ser jurídicamente más libre, mientras que sí es posible hacerse jurídicamente más ricos. Los derechos patrimoniales, al tener un objeto consistente en un bien patrimonial, se adquiere, se cambia, se venden.”*¹⁰⁹ En cambio, cita el Italiano como ejemplo, el derecho a la vida no puede venderse ni arrendarse de la misma manera que pasa con el derecho a la integridad personal.

Ahora el hecho de considerar a los derechos fundamentales como indisponibles, implica que estos están sustraídos tanto de las decisiones políticas como de las del mercado. Esto es primordial por que actualmente, volviendo a pensar en el caso de los mega proyectos de inversión, cuando las empresas transnacionales realizan una serie de acciones que vulneran los derechos fundamentales de las poblaciones en los países periféricos, lo que hay detrás es la superposición de los intereses privados sobre los públicos. La fetichización de la mercancía (bajo la premisa del aumento de la tasa de ganancia), trayendo como consecuencia la cosificación de la población. Y en términos de Derecho y de Ferrajoli, los derechos fundamentales dejan de ser indisponibles y quedan a la suerte del mercado. Por esto consideramos de suma importancia retomar la argumentación formal de Luigi Ferrajoli, porque, por laxa que parezca en el discurso político y económico, en el discurso formal de derecho es contundente en este aspecto.

La tercera diferencia consiste en que la producción de titularidad de los derechos patrimoniales estará sujeta a una facultad negocial, sujetos a vicisitudes, es decir, a ser constituidos, modificados o extinguidos mediante actos jurídicos. “Tienen por título actos de tipo negocial como tratos, donaciones, testamentos, sentencias, decisiones administrativas, por cuya virtud se producen, modifican o

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 47.

¹⁰⁹ *Ídem*.

extinguen.”¹¹⁰ A diferencia de los derechos fundamentales que tienen su cimiento –desde la visión positivista de Ferrajoli– y su título inmediatamente en la ley. Dicho de otra forma “*mientras los derechos fundamentales son normas, los derechos patrimoniales son predispuestos por normas.*”¹¹¹ Para ejemplificar, dentro de las normas constitucionales de diversos países podemos encontrar el derecho a la libre manifestación o al libre tránsito, pero jamás encontraremos positivada la propiedad de este vestido o ese auto.

Finalmente la cuarta diferencia, también formal, radica en que mientras los derechos patrimoniales parten de relaciones intersubjetivas de tipo civilista (contractuales, sucesorias y similares), los derechos fundamentales son relaciones de tipo publicista o sea de la persona frente al Estado, y ello implica prohibiciones y obligaciones para éste. Asimismo la violación de los derechos fundamentales tiene la fuerza jurídica y formal para causar la invalidez de leyes o decisiones públicas, y cuya observancia es fuente de legitimidad de los poderes públicos.

Con esto concluimos la explicación y argumentación formal que decidimos tomar del autor italiano para no dejar de mencionar la parte formal del derecho. Porque aunque los grandes capitales hayan adecuado el Derecho a su conveniencia, existen propuestas desde la formalidad del positivismo que también rechazan las prácticas que dejan de lado la dignidad de las personas, con –no la enunciación, sino– la realización y ejercicio de sus derechos. Cerramos este apartado con la siguiente reflexión de Ferrajoli, referente a los derechos sociales (los que podemos ubicar desde el ámbito de derechos políticos y humanos, o sea los primarios):

Ciertamente, la satisfacción de los derechos sociales es costosa, exige la obtención y distribución de recursos, *es incompatible con la lógica del mercado o al menos impone límites a éste.* Es igualmente cierto que tomar en serio a los derechos proclamados a nivel internacional exige la discusión

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 48.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 49.

de nuestros niveles de vida, que permiten a Occidente gozar de bienestar y democracia a expensas del resto del mundo. Es verdad, también, que *el actual viento neoliberal ha hecho un nuevo credo ideológico del absolutismo del mercado(...)*, entonces , digamos que los obstáculos son de naturaleza política, y que el desafío lanzado por las fuerzas democráticas es, precisamente por eso, político y consiste hoy más que nunca en la lucha por los derechos y sus garantías.¹¹²

2.4 Derechos humanos en la globalización, un reflejo de la cosificación de lo humano.

Como ya mencionamos anteriormente, el sistema de mercado articula un entramado normativo para cumplir con sus respectivos fines mercantilistas de “máxima producción al menor costo”. Naturalmente cuando los grandes capitalistas hablan del “menor costo”, se refieren al menor costo para ellos dentro de su rango de ganancias. En este sentido la expresión “menor costo” quiere decir que no importa si es necesario degradar el medio ambiente (bosques, ríos, selvas, mares, aire, etcétera.) o arruinar la vida de las personas y comunidades que se interpongan a sus propósitos de ganancia. Pues –como lo expresa Marx en el *Capital*, al final del capítulo XIII- “la producción capitalista sólo sabe desarrollar la técnica y la combinación del proceso social de producción socavando al mismo tiempo las dos fuentes originales de toda riqueza: la tierra y el hombre.”¹¹³

Ahora es momento de explicar como es que el capitalismo socava al “hombre”¹¹⁴ -entendido como el socavamiento de la humanidad- desde el plano de los derechos humanos. El capitalismo, aparte de socavar a la humanidad mediante los procesos de producción, la carcome discursivamente. El derecho se convierte en la herramienta discursiva con la cual el capitalismo se encarga de entretejer el discurso de los derechos humanos para que éstos no se interpongan

¹¹² *Ibidem*, p. 65.

¹¹³ Marx, Karl, *El capital: crítica de la economía política*, op. cit. 5, p. 613.

¹¹⁴ Nosotros preferimos la expresión persona o ser humano, y no suscribimos la expresión “hombre” por ser un concepto excluyente, sin embargo dejamos esta expresión cuando citamos a Marx, para no cambiar el sentido de lo que en su momento escribió.

en la lógica de producción y así no representen una distorsión al comercio.

Considero importante abordar este tema porque el campo de los derechos humanos es un terreno en disputa, desde los que reafirmamos a los derechos humanos como una forma de reivindicar las luchas por la dignidad material humana, hasta los que pretenden legitimar todas las normas que constituyen la *lex mercatoria* con un fundamento de derechos humanos, manipulándolos a favor de las exigencias del mercado.

Esta manipulación del discurso de los derechos humanos es una consecuencia y una afirmación de los procesos de fetichización y cosificación del mundo de las mercancías, pues este discurso esconde una doble significación, la cual está instrumentada para cosificar a las personas a través de distintas falacias. Al respecto de esta manipulación del discurso de derechos humanos, Franz Hinkelammert nos dice:

Lo que ocurre con los derechos humanos en el actual proceso de globalización, describe lo que ocurre con los seres humanos (...) bajo el impacto de las lógicas reales producidas por este proceso. Hablar de estos derechos humanos, significa hablar de la dignidad humana amenazada y violada por un sistema que se desarrolla con alta dinámica según sus propias leyes, que pasan por encima de los seres humanos.¹¹⁵

2.4.1 Tres Premisas que Contextualizan el Análisis de los Derechos Humanos

Según Joaquín Herrera Flores, para tener un análisis claro de los derechos humanos en la actualidad debemos situarnos en tres premisas básicas que nos ayudarán a comprender el doble discurso. Dichas premisas son las siguientes:

1. “Hay que comprender los derechos humanos en el marco de las formas hegemónicas de producción de riqueza (y pobreza). Es decir, hay que analizar e implementar los derechos conociendo las fases por las que

¹¹⁵ Hinkelammert, Franz, *Yo soy, si tú eres: el sujeto de los derechos humanos*, México, Centro de Estudios Ecuménicos, 2010, pág. 17.

atraviesa el modelo económico que pretende garantizar globalmente el capital: fases, bien de crecimiento económico de la producción capitalista o las fases de reparto del pastel adquirido tras el crecimiento y sus consiguientes privatizaciones de la riqueza conseguida.

2. Tenemos que entender los derechos humanos como categorías que tienen mucho que ver con los procesos dominantes de división social, sexual, étnica y territorial del hacer.
3. Por último, se compone también de un aspecto subjetivo y organizativo. Es decir, para entender los derechos humanos en la actualidad tenemos que ser conscientes de las relaciones de fuerza que se dan entre actores sociales existentes y las posibilidades u obstáculos puestos a formas organizativas alternativas.”¹¹⁶

La primera premisa, se entiende como un conjunto de espacios en el cual se desarrollan los derechos humanos, así cuando se habla de producción capitalista, se está refiriendo a todos los derechos y entramados normativos que ello implica, por ejemplo todos los derechos establecidos en la *lex mercatoria* frente a todos los derechos subjetivos proclamados en convenciones; aunque también se está haciendo referencia a los espacios públicos en los cuales se da una confrontación directa, por ejemplo cuando llega una empresa minera a una determinada zona, encontraremos distintos espacios públicos en pugna, como lo es el propio territorio, el mercado, etcétera. Además de lo anterior también se está pensando en la intervención institucional de los grandes organismos internacionales como lo es la Organización Mundial del Comercio (OMC), el Centro de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) y la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). Dentro de la primera premisa Herrera nos habla –de forma coloquial- de “fases de reparto del pastel”, con lo cual se está refiriendo a los procesos de desregulación normativa como una forma de entrega del espacio público a las empresas transnacionales, las cuales tienen un eminente

¹¹⁶ Herrera Flores, Joaquín, *Los derechos humanos como productos culturales*, España, Los libros de la CATARATA, 2005, pp. 222-223.

carácter privado, y además de la reducción del Estado, el cual ha dejado de implementar mecanismos que regulen al mercado.

En la segunda premisa Joaquín Herrera está haciendo referencia a un entendimiento de los derechos humanos como categorías que denotan los procesos legitimadores de las divisiones sociales, o inclusive la crítica a esta división del hacer humano. En este sentido los derechos humanos pueden ser la base que legitime la hegemonía del capitalismo o puede reflejar los procesos de lucha que critican dichos estándares, de la misma forma que Engels explicaba el funcionamiento del discurso de la igualdad, el cual puede tomar por un lado la legitimación burguesa y por el otro el reclamo social de los sectores excluidos. De esta forma, estaríamos frente a dos tipos de derechos, por un lado, aquellos que, la cultura jurídica hegemónica ha querido introducir con un discurso de “derechos humanos”, como son los derechos patrimoniales –por mencionar uno de estos rubros. Y por otro lado, encontraremos los derechos que representan la base de distintas luchas sociales que se han materializado en la cultura jurídica como Derechos Humanos, un ejemplo de esto son los derechos indígenas, los cuales se incorporan al discurso de los Derechos Humanos a partir de las luchas que han dado distintos pueblos del mundo.

Por último, en la tercera premisa, se refiere a la forma de reacción organizativa por parte de los sujetos respecto de los dos procesos estructurales anteriores. Entonces podemos analizar si los grupos sociales actúan de manera funcional a las lógicas hegemónicas o si los grupos sociales constituyen un antagonismo a dichos procesos.

Esta complejidad, entre espacios públicos, entramados normativos, lógicas de acumulación capitalista y resistencia, es de la cual partimos para desarrollar nuestro análisis contemporáneo de la manipulación del discurso de los derechos humanos, considerando a la par que el discurso de los derechos humanos también puede ser una forma de resistencia y lucha por la dignidad humana en el plano material.

2.6 Sobre las falacias de los derechos humanos.

La máscara de los derechos humanos se encuentra, en sus premisas, descontextualizada. Este discurso de derechos humanos manipulado nos habla de un sujeto universal, un sujeto que se encuentra en las mismas condiciones en todo el mundo, sin importar la región en la cual se encuentre. Esta universalidad del sujeto oculta las diferencias culturales, económicas, políticas y sociales. Al universalizar al sujeto se está ocultando las desigualdades que puede presentar un empresario canadiense frente a un campesino mexicano, sólo por citar un ejemplo.

Este concepto de “derechos humanos –según Joaquín Herrera Flores– es un concepto que pretende extenderse a toda la humanidad –entendida como grupo homogéneo compuesto por individuos que buscan la maximización y optimización de sus intereses individuales– sin tomar en consideración, no sólo las diferencias grupales y/o culturales que pueblan nuestro universo, sino, como consecuencia de ellos, abandonando u ocultando las desigualdades que surgen de las diferentes posiciones que cada grupo ocupa en los procesos de creación del valor social.¹¹⁷ Boaventura de Sousa comparte la posición de Joaquín Herrera, pues él considera que “los derechos humanos son falsamente universales porque ocultan las desigualdades del sistema mundial, los estándares dobles y la pertenencia cultural diferencial.”¹¹⁸

Esta es la primer gran mentira del discurso actual de los derechos humanos para un uso instrumental que legitima las desigualdades propiciadas por el libre mercado. Es así que cuando se descontextualiza al sujeto de los derechos humanos también se le está cosificando, pues se está ignorando todas las relaciones humanas que existen de por medio, relaciones económicas, sociales,

¹¹⁷ *Ibíd*em, p. 224.

¹¹⁸ Santos, Boaventura de Sousa, *La globalización del Derecho. Los nuevos Caminos de la regulación y la emancipación*, trad. de César Rodríguez, Colombia, Universidad Nacional de Colombia, Instituto de Servicios Legales Alternativos, 1998, p. 214.

culturales, etcétera, así se reduce a un concepto cosificado alejado de toda realidad. Este sujeto descontextualizado es el indicado para encajar en el discurso mercantilista de los Derechos Humanos.

Esta concepción de sujeto descontextualizado trajo consecuencias en el discurso de los Derechos Humanos. La primera consecuencia consiste en una reducción individualista de los derechos humanos y sus garantías, tomando en cuenta únicamente los derechos civiles; en consecuencia se dejó en un segundo plano a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC), de esta manera, ellos fueron considerados meramente como principios programáticos que debían convertirse en derechos exigibles sólo en tanto lo permitiera el desarrollo económico y social. Sin embargo, con el rezago en el que mantienen a la mayoría de los países (producto del sistema capitalista) los DESC se suprimen en casi todo momento. Podemos ubicar esta manipulación del discurso de los derechos humanos en el contexto de La Guerra Fría, pues en ella, el capitalismo sobrepuso al individuo por encima de la colectividad.

Por otro lado el sujeto, que propone el discurso manipulado, está revestido de una esencia humana abstracta. Pero esta “humanidad” es producto de una falacia -fuera de los procesos históricos- que subyace en el sujeto y niega las luchas sociales que debieron acontecer para poder hablar, hoy en día, de derechos humanos. Esta “humanidad esencialista” es producto de una “ideología-mundo que pretendía convencernos de que los derechos no eran más que la plasmación del despliegue de una naturaleza humana ahistórica, producto de alguna instancia trascendental ajena a los procesos de lucha sociales y separada de la extensión del capitalismo como base ideológica, económica y política de la reconstrucción mundial tras la segunda guerra mundial”¹¹⁹.

En el plano de la post guerra, el sistema jurídico y político internacional se encargó de darle “supremacía a la voluntad de los Estados centrales del sistema-

¹¹⁹ Herrera Flores, Joaquín, *op. cit.* 118, p. 225

mundo sobre los periféricos y semiperiféricos”¹²⁰, lo cual fue producto de una descolonización geoestratégica basada en un reconocimiento de derechos positivos, implicando una reducción en los derechos de autodeterminación. “La universalidad de los derechos humanos fue impuesta, no sólo sobre las diferentes culturas conectadas por un largo pasado de intercambios desiguales; sino también sobre diferentes estados y sociedades unidas por relaciones desiguales de imperialismo, neocolonialismo y geopolítica.”¹²¹

Dentro de esta manipulación del discurso, también comenzó la patrimonialización de los derechos, la cual consiste en confundir la esencia de los derechos humanos. Como ya fue explicado, todos los derechos humanos, teóricamente, se caracterizan por ser incluyentes, indisponibles, inalienables, intransmisibles, inviolables y personalísimos.¹²² Y aunque estas sean las características de ellos, esto no nos lleva por antonomasia a su ejercicio, pues discursivamente podremos atribuirle todas particularidades que queramos a éstos, pero si no se reflejan en la vida de las comunidades, entonces son una simple falacia. Por otro lado los derechos patrimoniales son derechos excluyentes, disponibles, negociables, alienables y transmisibles. Como se ve, teóricamente son derechos totalmente opuestos, sin embargo, la ideología liberal manipuló el discurso de los derechos humanos para incluir a los derechos patrimoniales.¹²³ Con los derechos patrimoniales, entendidos como derechos humanos, se basó el sistema capitalista en un aparente discurso de derechos y libertades. Todo este procesos tuvo lugar en el plano de la postguerra.

“Estos elementos supusieron una reducción del concepto a sus márgenes individualistas, etnocéntricos, estatalistas y formalistas, perfectamente funcionales ante la lógica de acumulación del capital que se dio en la segunda mitad del siglo

¹²⁰ *Ibidem*, p. 224

¹²¹ Santos, Boaventura de Sousa, *op. cit.* 118, p. 224

¹²² Ver Burgos Matamoros, Mylai, *La exclusión del discurso liberal dominante de los derechos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.

¹²³ Véase Ferrajoli, Luigi, *op. cit.* 101, p. 45.

XX y sus correspondientes formas de poder social económico y cultural”¹²⁴. A pesar de haberse usado este discurso de los derechos humanos de una manera tan instrumental, hoy en día debemos cuestionar e incluso negar que estos derechos tengan una naturaleza individualista esencialista, estatista y formalista, tal y como se pretendió desde 1948 y hasta nuestros días.

Partiendo de estas premisas, Joaquín Herrera Flores afirma que otras falacias manipulan el discurso de los derechos humanos: las falacias ideológica, naturalista y normativista. La primera hace referencia a una confusión creada entre el ser y el deber ser, producto de la racionalización. La falacia naturalista se centra en presentar al deber ser (los ideales de derechos plasmados en las declaraciones de Derechos Humanos) como una realidad ya alcanzada y efectiva en todo el mundo. De esta manera, presenta al “deber ser” como un “ser”. La última falacia completa las dos anteriores haciéndonos creer que el catálogo de derechos propuesto por la hegemonía es la única opción.

Dichas falacias ideológicas se hace evidente en la Declaración de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas (ONU), pues ella expresa, en los famosísimos artículos 1º y 2º, una *realidad* ya conseguida: artículo 1.-*todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*. Por otro lado, en el artículo 2.1, se dice: *toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición*.

En esta frases de la Declaración, nos presentan a los derechos humanos como un logro de la humanidad ya acabado y consolidado en el mundo real. En consecuencia, tratan de ocultar, discursivamente, que en realidad casi tres cuartos de la población mundial no tiene acceso a la realización y ejercicio de todos los derechos proclamados en el discurso.

¹²⁴ Herrera Flores, Joaquín, *op. cit.* 118, p. 225.

Esta arenga que plantea a los Derechos Humanos como un logro ya alcanzado por la sociedad, tiene de fondo un mensaje explícito que nos dice que no hay nada que cambiar, pues los derechos ya se han realizado, por ende no es necesario cambiar las condiciones actuales del sistema-mundo. “En términos muy generales, esta falacia ideológica intenta presentar como una cuestión de lógica racional lo que no es más que un producto ideológico y político de claras motivaciones conservadoras del status quo impuesto por las relaciones del capitalismo”¹²⁵.

Una vez asimilada esta primera afirmación dentro de la sociedad, se establece la segunda falacia, denominada naturalista. Ésta consiste en que la racionalidad instrumental de las normas hacen creer a la sociedad que lo natural es aquella forma de concebir la vida y los derechos, “se naturaliza unas determinadas premisas ideológicas y se bloquea toda posibilidad de que lo real, el es, pueda ser de otra manera”¹²⁶.

Establecidas las premisas ideológicas racionales, y naturalizadas las mismas dentro de la sociedad, éstas se concretan dentro de un sistema de derecho que nos garantiza –falsamente- la existencia de las premisas ideológicas dentro del mundo racionalizado. Este sistema de derecho es llamado la falacia normativista, la cual cierra las alternativas de pensar diferente los derechos humanos. “Por ello, la ideología de los derechos humanos descontextualizados y universales es tan funcional a los intereses expansivos y globalizadores del modelo de relaciones basado en el capital.”¹²⁷ Pues esta ideología no cuestiona las relaciones de explotación que origina el sistema de libre mercado, entonces esconde una doble significación, por un lado aparenta ser una bien intencionada declaración de derechos, pero por otro lado legitima las formas de explotación producto del sistema de mercado. Al legitimar estas formas, está legitimando al

¹²⁵ *Ibidem*, p. 228

¹²⁶ *Ibidem* p. 229.

¹²⁷ *Ídem*.

mundo de las mercancías, está contribuyendo a la cosificación de las relaciones humanas y contribuyendo a la fetichización de las mercancías.

En este apartado nos hemos centrado en explicar la manipulación de los derechos humanos, porque este discurso se vuelve la base de Derecho que contribuye a la explotación y cosificación de las relaciones humanas. Se nos presenta un mundo en el que se nos afirma tener todos los derechos pero en el cual se nos trata como objetos, como simples mercancías dentro del sistema.

2.7 Defendiendo derechos humanos fuera de la lógica cosificadora y fetichista.

Como ya explicamos, el discurso de los derechos humanos es manipulado para ocultar las grandes diferencias económicas, políticas y sociales que vive el mundo. Entonces, si esos son los derechos humanos que nosotros criticamos, ¿qué clase de derechos humanos defendemos? Nosotros pugnamos por una visión crítica de los derechos humanos. Una visión que reivindique la dignidad humana, pero no como un concepto abstracto y universalista, más bien como una dignidad que represente todas las luchas y prácticas encaminadas al establecimiento de condiciones sociales, económicas, políticas y culturales en las que todas y todos podamos hacer valer nuestros modos de existencia. En este sentido, estamos concibiendo la lucha por la dignidad, como una dignidad material y no abstracta.

Franz Hinkelammert, en un análisis de la tradición judía antigua, explica que cuando dicha tradición establece como máxima de vida el famoso “no matarás”, ésta significa que al momento de desarrollarte como persona no se debe buscar la eliminación del otro, él lo expresa en los siguientes términos: El “no matarás” es entendido en la tradición profética justamente de una manera que implica un “no debes buscar tu buena vida de modo tal que no le quite al otro sus posibilidades de vivir”¹²⁸. Esta es la intensión que nosotros buscamos para entender en los derechos humanos, de tal forma que no busque la exclusión individualista, sino

¹²⁸ Hinkelammert, Franz, *op. cit.* 115, p. 35.

que busque una inclusión vinculando distintas luchas sociales desde el oprimido y el marginado por el sistema-mundo. De la misma manera en que Kant defiende la diferentes posibilidades de la realización de la felicidad.

De esta manera, nosotros estamos defendiendo un discurso de derechos humanos que procure la justicia ¿pero qué entendemos por justicia? Desde la lectura y tradición marxista de Franz Hinkelammert, desprendemos el concepto de justicia en Marx:

se puede derivar de la expresión: 'injusticia es producir la riqueza socavando al mismo tiempo las dos fuentes originales de toda riqueza: la tierra y el trabajador'. Trabajador no se refiere únicamente a la clase trabajadora, sino al ser humano en cuanto trabajador. Una vez entendido esto, podemos derivar que justicia es 'producir la riqueza conservando las dos fuentes originales de toda riqueza: la naturaleza y el ser humano trabajador'.¹²⁹

Ésta es la concepción que defendemos en el discurso crítico de los derechos humanos, una visión que rescate la realización del ser humano en su materialidad pero que a la vez se encuentre en armonía con la naturaleza y su ecosistema. El capitalismo, en su defensa por el individualismo, la patrimonialización de los derechos y la búsqueda de la ganancia al menor costo, ha ocasionado una de las más grandes devastaciones al medio ambiente en toda la historia y ha dañado a millones de personas a lo largo del globo.

La tarea de un discurso no instrumental de los derechos humanos es intervenir en la economía y la política para terminar con la devastación de la naturaleza y la sociedad. Las luchas por la dignidad que hoy se enfrentan con el capitalismo deben "recuperar la democracia, recuperar la libertad de opinión, recuperar la capacidad del ciudadano para controlar las burocracias privadas de

¹²⁹ *Ibidem* p. 49.

las empresas transnacionales, para poner la economía al servicio de la vida humana y de toda la naturaleza.”¹³⁰

Una concepción alternativa de derechos humanos es uno de los elementos que podrán hacer frente a ese tren directo a la destrucción llamado capitalismo del cual hablaba Walter Benjamin. Recordemos las “*Tesis sobre la historia y otros fragmentos*” cuando Benjamin compara al capitalismo con un tren que va acelerándose directo a la destrucción, un tren en el cual todas vamos viajando.¹³¹ Esta alegoría implica que el capitalismo, al arrasar con el medio ambiente y la dignidad de la vida humana, está acabando con la sociedad. Benjamin nos dice que necesitamos un freno de mano que pare ese tren. La crítica a los derechos humanos desde su concepción y la propuesta de rescatarlos desde las luchas sociales para el control de lo político, económico y social, es posibilitar la implementación del freno que pare ese tren que va directo a la muerte. Tal vez – parafraseando Benjamin– las revoluciones son el manotazo hacia el freno de emergencia que da el género humano que viaja en ese tren. Cambiar la forma de concebir a los propios derechos humanos como luchas por la dignidad –aunque no es una revolución en sí misma– es fortalecer y aportar a una revolución del pensamiento que nos ayude a frenar la devastación que ha ocasionado el sistema de mercado y a establecer la igualdad que defendemos: la de la desaparición de las clases sociales.

2.8 Reflexión del capítulo

Primeramente desmenuzamos tres elementos que han acompañado el desarrollo del discurso dominante de derechos humanos: propiedad, libertad e igualdad. En este desglose identificamos que la propiedad se incorpora al discurso del derecho en general como una forma de opresión de los acumuladores sobre los desposeídos. Posteriormente identificamos que el discurso de libertad funcionó para que las personas tuviesen libertad contractual para enajenar su fuerza de

¹³⁰ *Ibidem*, p. 60.

¹³¹ Benjamin, Walter, op. cit. 70, tesis XVII.

trabajo, es decir, que no importaba si las personas eran libres, sino que tuviesen la disponibilidad para poder ser medios en el desarrollo de la industrialización capitalista. Para concretar esta libertad, se hizo necesario un discurso de igualdad de derechos, el cual no reflejaba una igualdad en condiciones económicas y sociales, sino que solamente en derechos, para que pudiesen tomar un rol en el juego del capitalismo, ya sea desde una posición dominadora o una posición de opresión.

Posteriormente explicamos lo que son los derechos patrimoniales y su diferencia con los derechos fundamentales desde el discurso formal de Luigi Ferrajoli, lo anterior con la firme intención de desagregar del discurso de los derechos fundamentales aquellos derechos que son excluyentes y que se buscan incorporar al discurso de los derechos humanos para legitimar el despojo del cual hicieron referencia Rousseau, Engels y Marx.

También concluimos que la única igualdad que defendemos es la igualdad de la desaparición de las clases sociales la cual posibilitará una libertad real en las personas, desdeñando los discursos que no defienden la igualdad desde la materialidad.

Así también, expusimos algunos elementos que se concretaron en el discurso actual de los derechos humanos: la falacia universalista, la normativista y la naturalista, las cuales están íntimamente ligadas a la crítica que hace Engels a la igualdad y libertad formal.

Finalmente concluimos que el discurso de derechos humanos que proponemos es el que defiende la dignidad material de los pueblos. Y dentro de la formalidad, aquél que cumple con las características propuestas por Ferrajoli como derechos fundamentales: derechos indisponibles, inalienables, intransigibles y personalísimos.

CAPÍTULO 3

LEX MERCATORIA Y DERECHOS FUNDAMENTALES

En el presente capítulo trataremos de desglosar los elementos y prioridades de la *lex mercatoria*, así como sus objetivos y lo que ella implica. En este sentido explicaremos la categoría de “distorsión al comercio”, la cual se crea para poder identificar los obstáculos de la *lex mercatoria*. Con esto mostraremos que el discurso de derechos humanos que reafirma la dignidad material de la humanidad es considerado una distorsión al comercio.

Posteriormente expondremos cómo es que se justifica el discurso de derecho comercial como una forma de acuerdo de voluntades, que realmente no es un acuerdo, sino una imposición. También mostraremos que uno de los objetivos de la *lex mercatoria* es imponerse sobre los demás sistemas normativos, a efecto de eliminar las distorsiones al comercio.

Finalmente enunciaremos los elementos jurídicos que conforman la *lex mercatoria*, los cuales consisten en instrumentos de *hard* y *soft law*.

3.1 Los derechos humanos fuera de la lógica capitalista: una distorsión al comercio.

Ya se ha mencionado con anterioridad el panorama neoliberal en el cual se desarrolla México y el mundo. Continuando con esta reflexión, es importante recalcar que la implementación del modelo neoliberal se efectuó a partir de tres ajustes estructurales: apertura del mercado, estado militar y flexibilidad laboral. Estos tres ajustes implicaron, forzosamente, una repercusión en el Derecho.

La expresión anterior en cuanto al desarrollo del mercado y la totalización – de la cual hablamos en el primer capítulo de la presente tesis–, la encontramos ya aceptada inclusive dentro de los autores que defienden el libre mercado. En este sentido el profesor JH Dalhuisen, de la Universidad de Berkeley, lo explica de la siguiente manera:

Las grandes fuerzas derivadas de las actuales tendencias encaminadas a la globalización de los flujos internacionales de bienes, servicios y dinero, alrededor del mundo, son la raíz del proceso legal de transnacionalización. Este desarrollo es caracterizado, por lo menos en el comercio y en las finanzas, por un orden legal internacional separado por participantes profesionales quienes mantienen su propio sistema legal transnacional. Yo llamo a este orden *international commercial and financial legal order* y a su derecho *the modern law merchant* o la nueva *lex mercatoria*.¹³²

Esta cita es sumamente útil para retomar los aspectos teóricos que ya hemos desarrollado. En primer punto es claro que el autor considera como la raíz de la globalización el libre flujo de bienes, servicios y dinero. Lo que en términos marxistas podemos englobar como mercancía –recordemos que la mercancía se

¹³² Dalhuisen, J. H., *Legal Orders and Their Manifestation: The Operation of the International Commercial and Financial Legal Order and Its Lex Mercatoria*, 24 Berkeley J. Int'l Law. United States of America, 129, 2006, p. 132. *The strong forces deriving from the present trends toward globalization of the international flows of goods, services, and money worldwide (which together are now larger than any domestic flows) are at the root of a legal transnationalization process, whatever we may think of globalization itself. This development is characterized, at least in commerce and finance, by the creation of a distinct international legal order between professional participants that maintains its own transnational legal system. This order I call the "international commercial and financial legal order," and its law is the modern law merchant or the new "lex mercatoria" (la traducción al español transcrita en el texto de la presente tesis es propia).*

puede identificar como un satisfactor disponible dentro del mercado, en este sentido, un bien, un servicio y una moneda– se constituyen como las tres posibilidades de satisfactores en la globalización. Asimismo, pido al lector que cuando evoquemos estos términos no se deje de pensar que a la par de este flujo mencionado, deviene la fetichización del dinero, de la mercancía y la cosificación del ser humano. Y como bien lo expresó Lukács, no hay ningún problema del presente estadio evolutivo de la humanidad que no remita en última instancia al problema de la mercancía.

Asimismo, el catedrático de Berkeley continúa explicando que dicho “desarrollo” (lo que nosotros equiparamos con el actual estadio de la humanidad) es caracterizado por un orden normativo internacional propio que habrá de tomar el nombre de *lex mercatoria*. Mas adelante definiremos con profundidad el alcance de esta expresión. Por ahora, podemos afirmar que la *lex mercatoria* es reflejo y producto de los procesos de intercambio de mercancías que ha desarrollado el capitalismo y que tiene objetivos totalizadores en cuanto a su aplicación universal.

Sin embargo como mencionamos al principio, la implementación de la *lex mercatoria* requiere de ajustes estructurales que se han ido desarrollando con la propagación de la competitividad y la eficiencia, entendidos como *política de eliminación de distorsiones del mercado*. Lo que ha hecho que la economía ahora se conduzca en términos de guerra económica, en cuyo objetivo estratégico se busca conseguir ventajas competitivas que hagan posible salir como vencedor de esta guerra al libre comercio.¹³³ Para ejemplificar la implementación de esta política podemos observar que en el preámbulo del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) se especifica que se acuerda el tratado en cuestión, con el firme propósito de eliminar las distorsiones al comercio.

Para entender lo anterior es importante plantearnos la pregunta ¿qué es una distorsión al comercio? Según los cursos que imparte la Organización Mundial

¹³³ Hinkelammert, Franz, *op. cit.* 115, p. 18.

del Comercio¹³⁴ y de acuerdo con *The Dictionary of Trade Policy Terms*, “Una distorsión es una medida, política o práctica que cambia el precio de una mercancía por encima o por debajo del nivel que tendría si dicha mercancía fuera objeto de comercio en un mercado competitivo. Las medidas que ocasionan distorsiones incluyen *subsidios, restricciones a las importaciones y prácticas que restringen los negocios*.¹³⁵ En este sentido una distorsión es en general cualquier práctica que restringe al comercio, o cualquier práctica que afecten las relaciones mercantiles. Las llamadas distorsiones son considerados elementos de fricción que impiden que el engranaje de la máquina del libre comercio actúe con libertad. Así es que el objetivo del libre comercio y su *lex mercatoria* es la eliminación de estas distorsiones. En este sentido, explica Dalhuisen que la necesidad de reducir los costos de transacción y facilitar el intercambio, son los motivadores más importantes del nuevo derecho transnacional, el cual puede detener la situación anterior la cual ocasionaba que las partes que intervenían estuvieran debilitadas.¹³⁶ Es decir, el objetivo la *lex mercatoria* es facilitar el intercambio y el libre flujo de mercancías, fortaleciendo a las partes que intervienen en este proceso.

Los derechos humanos, en cuanto surgen de la afirmación del ser humano como ser natural –en oposición al modelo de individuo consumista que propone el libre mercado– resultan ser distorsiones del mercado conforme al

¹³⁴ Véase Curso en línea Introducción a OMC Módulo 4, <http://etraining.wto.org> [fecha de consulta 1 de junio de 2016].

¹³⁵ Goode, Walter, *Dictionary of Trade Policy Terms*, 5th edition, United States of America, World trade organization, 2007. *Distortion is a measure, policy or practice that shifts the market price of a product above or below what it would be if the product were traded in a competitive market. Measures causing distortions include subsidies, import restrictions and restrictive business practices* (la traducción al español transcrita en el texto de la presente tesis es propia).

¹³⁶ Dalhuisen, J. H., *op. cit.* 132, p. 156. “*the need to decrease transaction costs and facilitate exchange are themselves important motivators of the new transnational law and would stop the earlier situation in which the costs of a fractured legal system were shifted to weaker and less informed parties*” (la traducción al español transcrita en el texto de la presente tesis es propia).

perfeccionamiento del engranaje de éste dentro de la globalización. Y aparece como una disputa o enfrentamiento entre derechos humanos y la lógica del proceso neoliberal.

Lo que nos ocupa a nosotros es un análisis de los ajustes relacionados con la apertura del mercado en su relación directa con el derecho y los procesos de fetichización y cosificación que ello implica, pues estos cambios requieren reformas en el derecho nacional y una coordinación con el derecho internacional. Para que estos cambios se realicen de manera satisfactoria deben eliminar todos los obstáculos que encuentren a su paso, uno de estos obstáculos son los derechos humanos que fortalecen la dignidad material humana. Para poder eliminar dicho obstáculo se hace necesario una manipulación del propio discurso de los derechos humanos, para que éstos sean usados dentro de una lógica instrumental y así funcionen de manera hegemónica, pero naturalmente todo discurso de derechos humanos que salga del discurso instrumental (que ya explicamos en el apartado anterior) es considerado una distorsión del mercado. Entonces lo que pretendemos explicar en las páginas subsecuentes es el conflicto entre la *lex mercatoria* y los derechos humanos (que defienden la dignidad material).

3.2 *Lex mercatoria*, la falacia del acuerdo de voluntades.

Es importante señalar que la *lex mercatoria* es defendida por los neoliberales como un derecho que surge del acuerdo general de voluntades, legitimándose en sí mismo por los participantes del mercado y sustentado por la costumbre, como fuente de derecho. “En general el orden legal de la *lex mercatoria*, explica J. H. Dalhuisen, es entendido como estructuras de participación social o comunidades que espontáneamente producen su propio derecho.”¹³⁷ Esto conforme a la teoría del pluralismo jurídico, la cual mencionamos brevísimamente en el capítulo anterior, misma que deja de lado al Estado como

¹³⁷ *Ibíd*em, p. 132. *Legal orders are here understood as participatory social structures or communities that spontaneously produce their own laws* (la traducción al español transcrita en el texto de la presente tesis es propia).

productor normativo, y coloca nuevas entidades como fuente de derecho. En el caso de la *lex mercatoria*, son los actores del liberalismo los que juegan ese papel de legisladores.

J. H. Dalhuisen expone que “la necesidad de comprender al derecho como un fenómeno cultural –producto de un entorno moral, social y económico, el cual dentro de las sociedades civiles, mucha gente, hoy en día, acepta– puede sugerir que el derecho no depende enteramente del estado.”¹³⁸ De la cita anterior desprendemos algunos elementos. En un primer momento, el autor defiende la producción de la *lex mercatoria* como una propuesta que surge de una ideología (entorno moral y social) y un modo de producción (entorno económico) determinados, naturalmente los correspondientes al libre mercado, los cuales equipara con estructuras que emanan de las sociedades civiles. Esto nos remite directamente a la fundamentación filosófica que Rousseau desarrolló sobre la desigualdad, cuando explica que el procesos de legitimación de la propiedad privada mediante el derecho se constituyen a partir de la llamada “sociedad civil.” En este sentido, el argumento esbozado por el defensor del neoliberalismo, sigue siendo aquel que Rousseau pudo vislumbrar. Al respecto, Marx y Engels exponen –en acuerdo con Rousseau– que la clase dominante crea un derecho que con un discurso más o menos elocuente –como diría Rousseau– tiene una pretensión de validez universal por considerarse el acuerdo de las voluntades concretadas en el estado, esto lo llamarán “la ilusión del derecho.” Porque sin duda el establecimiento de los principios de la *lex mercatoria*, ya sea en el plano doméstico o internacional, es producto de la imposición ideológica, económica y jurídica de la clase dominante. Así, aquel que no acepte dicho sistema jurídico, no podrá ser considerado parte de la sociedad civil.

Con todo esto, estamos de acuerdo en admitir que el estado no es fuente única del derecho, sin embargo, negamos la *lex mercatoria* como un acuerdo de

¹³⁸ *Ibidem*, pág 152. *the reliance on law as a cultural phenomenon, a product of a particular moral, social, and economic environment, which in civil societies many people now accept, would suggest that law is not entirely state dependent* (la traducción al español transcrita en el texto de la presente tesis es propia).

voluntades de la sociedad civil y mas bien la comprendemos como una imposición de la clase burguesa (dominante), que busca legitimarse bajo el discurso de la pluralidad jurídica.

En la recopilación de los textos de Marx y Engels, bajo el título de *La Ideología Alemana*, lo autores explican que conforme la burguesía fue creciendo y desarrollándose frente a la nobleza feudal, éstos fueron desarrollando un derecho, que finalmente descansó en las estructuras estatales. Una vez consolidada la burguesía, los ideólogos de éstas, desarrollaron un discurso que justificaba el derecho burgués como una forma de acuerdo de voluntades, el cual se separaba completamente de la base real de su producción jurídica, entendiéndose su modo de producción.¹³⁹

3.3 *Lex mercatoria*, un sistema autónomo que busca imponerse sobre cualquier ordenamiento de derecho.

El investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Pedro Alfonso Labariega Villanueva, explica que los defensores de la *lex mercatoria*, conciben este sistema como una configuración de normas de origen extra estatal que constituyen un verdadero y propio sistema u ordenamiento jurídico supranacional por sí mismo (*per se*), distinto e independiente, no sólo de los ordenamientos estatales sino de los pertenecientes al ámbito internacional público.¹⁴⁰ Esta pretensión de validez universal es la que le da su carácter totalizante, pues, en los casos de comercio exterior en los que exista una afectación a los derechos humanos, tendríamos entonces un conflicto de aplicación de ordenamiento normativo, en la cual, los mercantilistas defienden la prevalencia de la *lex mercatoria* por encima de cualquier otro ordenamiento. Esto implica forzosamente la fetichización de la mercancía, en lo que se refiere a la eliminación de distorsiones al comercio, y por

¹³⁹ Véase Engels, Federick y Marx, Karl, *The German Ideology*, English translation of Lawrence & Wishart, London, Lawrence and Wishart, 1970.

¹⁴⁰ Véase Labariega Villanueva, Pedro Alfonso, *La moderna lex mercatoria y el comercio internacional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012 <http://goo.gl/SflbRk> [fecha de consulta 1 de junio de 2016].

autonomía la cosificación de las personas a quienes se les vulnerase sus derechos fundamentales como consecuencia de la imposición de la *lex mercatoria*. En la misma tesitura, J. H. Dalhuisen defiende que la nueva *lex mercatoria* debe ser considerada como el derecho prevaleciente en todos los negocios y transacciones internacionales y sustituir en esta materia a todo derecho nacional o doméstico.¹⁴¹

3.4 Lex mercatoria, ¿un sistema democrático?

Respecto de la recurrente crítica que se hace a la *lex mercatoria* y a sus operadores internacionales, en cuanto a la falta de democracia, el profesor J. H. Dalhuisen expone:

por lo menos en negocios internacionales, el reconocimiento (de la prevalencia de los órdenes legales aplicables) es un concepto mundano y no debe de ir más allá del requerimiento del estándar moral que permita a los ordenamientos legales ser reconocidos y operar, inclusive si en un mundo ideal, esto pueda ser mejor. En particular, los ordenamientos legales no necesitan ser democráticos o estar sustentados en mayores valores que aquellos que permitan su funcionamiento; pues ello nunca ha sido un requerimiento para su funcionamiento a nivel nacional.¹⁴²

Con lo anterior, el mencionado defensor del neoliberalismo nos explica que los únicos requerimientos de valores fundamentales, deben de ser aquellos que permitan el funcionamiento y el establecimiento de los órdenes legales, asimismo su propuesta implica que dichos valores deben responder a la supremacía de la

¹⁴¹ Dalhuisen, J. H., *op. cit.* 131, p. 132. *The modern lex mercatoria should be expected to operate as the prevailing law in all international business transactions and to supersede in such transactions all national or domestic laws* (la traducción al español transcrita en el texto de la presente tesis es propia)..

¹⁴² *Ibidem*, p. 171. *At least in international business, recognition is a mundane concept and may not go so far as to require high-minded moral standards in order for legal orders to operate and be recognized, even if in an ideal world this might be better. In particular, legal orders need not be democratic or supported by more advanced values in order to function; it has never been a precondition for their operation at national levels* (la traducción al español transcrita en el texto de la presente tesis es propia).

lex mercatoria en todo lo relacionado a los negocios. Además, de que expresa que cuando los estándares internacionales de la *lex mercatoria* se aplican a nivel nacional, éstos jamás han requerido de ningún proceso democrático.

Al terminar la cita que acabamos de exponer, el profesor de Berkeley realiza una nota al pie, en la que remite al texto *The Structural Function of the Public Sphere* de Jurgen Habermas en la que explica su afirmación:

Jurgen Habermas apunta bien que inclusive los grandes códigos en Europa nunca fueron establecidos democráticamente; ellos fueron sujetos de algunos procesos de participación, los cuales pudieron haber sido substancialmente reflexionados en su tiempo. Esto puede o no convencer, pero es verdad que en el comercio internacional y en el sistema financiero legal, las reglas derivadas son el verdadero resultado de procesos de participación que puede que no sean democráticos en el sentido formal, pero que pueden ser vistos ultimadamente en participación, en términos de construcción e internacionalización de consensos.¹⁴³

Con esta aclaración, únicamente recalca que desde que inició el desarrollo de la *lex mercatoria* positivada en los grandes códigos europeos, jamás se requirió de algún proceso democrático para su establecimiento, argumentando que debido a que alguna vez sucedió así, en la actualidad no se requiere de procesos democráticos que legitimen dichas normas. Sin embargo, expresa el autor que última instancia existen consensos internacionales que traen como resultado las normas de la *lex mercatoria*. Lo que dicho profesor olvida es que estos “consensos” son tomados por la clase burguesa internacional que representan la minoría de la población mundial y que no cuentan con mayor legitimidad que la que los propios imperialistas otorgan a su sistema impuesto al mundo.

¹⁴³ *Ibidem*, nota al pie 70. “*This may or may not convince but it is true that in the international commercial and financial legal order the resulting rules are the very result of a participation process that may not be democratic in the formal sense but that could be seen as the ultimum in participation in terms of consensus building and internalization*” (la traducción al español transcrita en el texto de la presente tesis es propia).

Por otra parte, el autor olvidó mencionar que Habermas no sólo expuso que durante el momento histórico en que la burguesía ascendió al poder en Europa y comenzó a legislar sus principios de libre mercado, se saltaron los procesos democráticos, sino que también implicó un proceso de represión. Por ejemplo en el caso de la Gran Bretaña la justicia de paz en 1757 retiró los deberes impuestos por el estado para la regulación del salario; en 1813 *free wage labor* (desregulación del salario) había sido introducida en todas las ramas de la industria, situación que se acompañó de la estricta prohibición de la sindicalización. Lo anterior no sólo es muestra de la falta de democracia para el establecimiento de la *lex mercatoria*, sino que también ejemplifica el recrudescimiento de la situación laboral y la pauperización de la clase trabajadora, así como su represión con prohibición de la sindicalización.¹⁴⁴

3.5 Definición e implicación de la *lex Mercatoria*

La *lex mercatoria* está compuesta por varios elementos, entre los que se encuentran los principios generales del derecho reconocidos por los ordenamientos jurídicos nacionales, las reglas de organizaciones internacionales, las costumbres y los usos, los contratos tipo y los laudos arbitrales; comprende también las leyes uniformes y el derecho público internacional.¹⁴⁵ Así mismo, hablando en términos de pluralismo jurídico, puede abarcar elementos de *hard* y *soft law*. Del lado del *hard law* encontraremos tratados de libre comercio y acuerdos para la promoción y protección recíproca de las inversión (APPRI's) y por parte del *soft law* encontramos reglas como las del CIADI o resoluciones de paneles arbitrales, etcétera.

¹⁴⁴ Véase Habermas, Jürgen, *The Structural Transformation of Public Sphere*, EEUU, Massachusetts Institute of Technology, 1991. *In 1757 the justices of the peace in Great Britain lost the task of state-imposed wage regulation, first in the textile industry; by 1813 free wage labor had been introduced in all branches of industry; a year later the Elizabethan law prescribing a seven-year training period for apprentices was abolished. This was complemented by a strict prohibition of unionization.*

¹⁴⁵ Santos, Boaventura de Sousa, *op. cit.* 118, p. 106.

La *lex mercatoria* en su conjunto es considerada como un localismo globalizado¹⁴⁶, que se constituye por usos y costumbres del derecho del comercio exterior a partir de sus distintos foros con relaciones contractuales diseñadas para los grupos mercantiles transnacionales, corporativos de abogados mercantiles, así como por bancos y organizaciones internacionales de comercio que operan con normas rígidas o flexibles de Derecho.

La *lex mercatoria* acarrea una simulación, pues a partir de una *avalorización* basada en razonamientos jurídicos formalistas, pretenden colocar, discursivamente, a distintos grupos sociales en condiciones de igualdad, ocultando las diferencias que existen entre naciones con grandes brechas de divergencia en desarrollo económico. Por ejemplo, TLCAN en el artículo 102 expresa que los objetivos del acuerdo son promover condiciones de comercio leal, así como incrementar las condiciones de inversión en los territorios parte. Sin embargo cómo se puede hablar de un comercio leal cuando el desarrollo tecnológico entre México y Estados Unidos es asimétrico. El arribo de las empresas extranjeras a menudo destruyen a los competidores locales, frustrando las ambiciones de pequeños empresarios que aspiraban a animar la industria nacional. Por ejemplo, los fabricantes de refrescos en todo el mundo han sido arrollados por la irrupción en sus mercados de la Coca-Cola y la Pepsi.¹⁴⁷ De esta manera, cuando TLCAN en su artículo 1105 expresa que se deben otorgar a los inversionistas un trato justo y equitativo, está ocultando las diferencias que pueden existir entre dos competidores en un mismo territorio y dándole ventajas plenas a empresas monstruosas que arrasan con aquellas que no pueden colocarse en las mismas condiciones de producción. Es importante señalar que este doble mensaje, oculto en el derecho, implica un proceso de fetichización y cosificación el cual explicaremos más adelante.

Boaventura de Sousa lo expresa de la siguiente manera: “Las prácticas

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 100, “localismo globalizado es un proceso cultural mediante el cual una cultura local hegemónica se come y digiere, como un caníbal, otras culturas subordinadas.”

¹⁴⁷ Véase, Stiglitz, Joseph, *El malestar de la globalización*, España, Punto de Lectura, 2007.

dominantes que se encuentran en la base de este derecho global son las de los actores dominantes. Los más prominentes de éstos gozan ciertamente de políticas similares a las del Estado-privilegios de inmunidad”¹⁴⁸. Es así como la *lex mercatoria* se constituye como un localismo globalizado, lo que aparenta ser justo y equitativo, es en realidad sólo conveniente para unos pocos, entonces la mentira pretende usarse como un universal dentro del derecho internacional. Prueba de lo anterior tenemos el testimonio de Joseph E. Stiglitz –quien fue economista jefe y vicepresidente senior en el Banco Mundial (BM) y presidente del Consejo de Asesores Económicos de la Casa Blanca– que dice:

En el Banco Mundial comprobé de primera mano el efecto devastador que la globalización puede tener sobre los países en desarrollo, y especialmente sobre los pobres, en esos países.(...) por desgracia, pero no con sorpresa, comprobé en la Casa Blanca y en el Banco Mundial que a menudo se tomaban decisiones en función de criterios ideológicos y políticos. Como resultado se persistía en malas medidas, que no resolvían los problemas pero que encajaban con los intereses o creencias de las personas que mandaban.”¹⁴⁹

La *lex mercatoria* está marcada y tiene en sus raíces el derecho a la propiedad privada, pero sobre todo en la patrimonialización de los derechos. Debido a que los derechos de propiedad tenían límites claros con el derecho de cada estado, se hizo necesario proteger los de derechos de propiedad de inversiones fuera de los estados de origen, conforme las inversiones extranjeras crecían de manera dramática, los países centrales (en su mayoría europeos) buscaron asegurar los derechos de sus nacionales en el extranjero, construyendo una red de provisiones –en tratados internacionales– impuestos a escala global, desde China hasta Latinoamérica. El objetivo central fue proteger no sólo la seguridad personal y la propiedad tangible de sus nacionales sino todos sus

¹⁴⁸ Santos, Boaventura de Sousa, *op. cit.* 118, p. 108.

¹⁴⁹ Stiglitz, Joseph, *El malestar de la globalización*, trad. de Carlos Rodríguez Brown, España, Punto de Lectura, 2007, p. 14.

activos incluyendo las deudas privadas”¹⁵⁰.

En cuanto a esta red creada, es importante recalcar que de los 31 acuerdos de inversión firmados que tiene México, la mitad son con países Europeos, además de tener un acuerdo de asociación económica con la Comunidad Europea y un tratado de libre comercio con la Asociación Europea de Libre Comercio¹⁵¹. Con toda esta producción jurídica de *lex mercatoria* los países centrales aseguran la protección de sus inversiones en México, de esta manera se ilustra el proceso dialéctico mediante el cual los capitales europeos son desterritorializados de sus países de procedencia y reterritorializados en nuestra nación. A pesar de este gran flujo de capitales, el carácter hegemónico se sigue conservando. La Unión Económica Europea se constituye como centro y México reafirma su estatus de periferia. De esta manera la soberanía de los países centrales se impone sobre la periferia, en el momento en que los intereses de sus inversionistas se encuentren en juego.

3.6 Reflexión del tercer capítulo.

Podemos preliminarmente concluir que la *lex mercatoria* es un conjunto de normas internacionales conformadas por instrumentos de *hard law* –lo cual implica instrumentos jurídicos acordados por los Estados– y de *soft law* –lo que implica instrumentos jurídicos creados por organismo internacionales que no implicaron un ejercicio democrático de consulta y que se impusieron a los Estados.

Así también, identificamos que el objetivo de la *lex mercatoria* es prevalecer en todo lo relacionado al comercio, como una forma de defender los derechos patrimoniales de los países centrales que buscan resguardar los intereses de sus nacionales en los territorios exteriores a los de su procedencia.

Concluimos que la *lex mercatoria* es un desglose de los derechos de libertad liberal, igualdad formal y reflejo de la falacia universalista que vislumbra a

¹⁵⁰ Santos, Boaventura de Sousa, *op. cit.* 118, p. 109.

¹⁵¹ Información obtenida de la página oficial de la Secretaría de Relaciones Exteriores del Gobierno Federal de México <http://www.gob.mx/sre> [fecha de consulta 1 de junio de 2016].

todos los seres del planeta como si estuviesen en igualdad de condiciones para comerciar entre ellos.

Finalmente, como vimos con Rousseau, es un discurso elocuente que plantea el acuerdo de voluntades, que en realidad se aleja de la justicia y busca la protección de los grandes propietarios en el exterior. Su propósito es la defensa del libre mercado, es decir, del mundo de las mercancías, entiéndase de la fetichización de las mercancías a nivel mundial.

CAPÍTULO 4

EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN, UN CAMPO PARA LA COSIFICACIÓN DE LO HUMANO Y LA FETICHIZACIÓN DE LAS MERCANCÍAS

Desde aquí mostraremos como todos los aspectos mencionados anteriormente se vinculan uno a uno para finalmente constituir grandes violaciones a derechos humanos, en la defensa de la propiedad privada instrumentada por la *lex mercatoria*. Como ya expusimos en el apartado anterior, la *lex mercatoria* tiene distintas expresiones jurídicas y una gran diversidad de rubros que la misma regula, todas alrededor del comercio. El arbitraje de inversión es parte de esta diversidad de derecho internacional que trabaja en armonía con elementos de *soft* y *hard law*, fundado en, lo que llamamos anteriormente, un discurso manipulado o instrumental de derechos humanos o derechos patrimoniales. Además funciona a la perfección para eliminar aquellos derechos fundamentales que no sirven para defender al sistema de mercado. Como producto final mostraremos que estos procesos ejemplifican la cosificación de las relaciones humanas y la fetichización de las mercancías, en términos kantianos y marxistas.

Por lo que el desarrollo del presente capítulo comenzará por una explicación de los principios normativos que regulan los derechos de los inversionistas, así como las reglas procesales que a ellos aplican. Posteriormente ejemplificaremos cómo se aplica toda esta normatividad en la exposición somera de 3 casos de arbitrajes internacionales.

4.1 El arbitraje de inversión, marco normativo.

El arbitraje de inversión es parte de la *lex mercatoria* y de los llamados “Métodos Alternativos de Solución de Controversias” conocidos por sus siglas en

inglés como ADR¹⁵². Según la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), el arbitraje de inversión es un método para resolver las controversias que puedan surgir en el contexto de las relaciones comerciales internacionales entre un inversionista y un estado receptor, estrictamente sobre materia de inversión.

El arbitraje de inversión tiene como marco normativo lo que se conoce como “El Derecho Internacional de las Inversiones”, éste es “un conjunto de reglas que protegen a la inversión y al inversionista extranjero frente a las acciones de los Estados receptores de la inversión”¹⁵³. Los instrumentos principales en los cuales se regula la inversión son los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), los Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, Tratados de Libre Comercio y Tratados Multilaterales que abordan el tema de inversión. Todos estos instrumentos confieren derechos a las empresas transnacionales para la protección de sus inversiones, y todos tiene una función de *desterritorialización* de los capitales provenientes de países centrales, trayendo como consecuencia una *reteritorialización* de los mismos en países periféricos. Omar García-Bolívar -arbitro del CIADI- lo expone de la siguiente manera:

Los tratados bilaterales y otros tratados donde se consagra el Derecho Internacional de Inversiones Extranjeras ha sido producto de acuerdo de voluntad de los Estados, donde unos interesados en proteger el capital de sus nacionales han aceptado y logrado que los otros –“interesados en financiar su desarrollo”- acepten reglas que benefician a quienes no han sido parte de esos acuerdos: los inversionistas extranjeros.”¹⁵⁴

La aseveración que realiza es contundente, los acuerdos de inversión tiene el firme propósito de proteger las inversiones fuera de los territorios nacionales. Para el inversionista –expresa García-Bolívar- el Derecho de Inversiones

¹⁵² *Alternative Dispute Resolution*.

¹⁵³ García-Bolívar, Omar E., *Nociones básicas del arbitraje internacional de inversiones*, Washington DC, BG consulting, 2006, p. 14. <http://www.bg-consulting.com/basic.pdf> [fecha de consulta 1 de junio de 2016].

¹⁵⁴ *Ídem*. El entrecomillado es nuestro

Extranjeras consiste en un mecanismo de protección, no solo con la inclusión de estándares específicos de protección en contra de ciertas acciones del Estado, sino con la inclusión de demandar directamente al Estado anfitrión ante instancias internacionales”¹⁵⁵

Hoy en día existen más de 2800 tratados de esa naturaleza, más capítulos de inversión en tratados de libre comercio, alrededor del mundo. La mayoría de éstos están suscritos entre países desarrollados y países en desarrollo, y otros solamente entre países en desarrollo. Mientras que la minoría son suscritos entre países desarrollados¹⁵⁶. Es claro, estos tratados y acuerdos de inversión son el arma hegemónica del capitalismo para insertarse en la economía de los países periféricos y semi-periféricos (situación que fue condenada por la teoría kantiana).

En un desglose de casos ante CIADI –a luz de estos tratados y acuerdos– relacionados con petróleo, minería y gas, se sabe que: Latinoamérica y el Caribe representan el 51.6% de los casos; África el 20% de los casos; Asia el 16.6% de los casos; Europa del Este el 8.3% de los casos; Medio Oriente el 1.6% de los casos; *América del norte el 1.6% de los casos, y Europa Occidental el 0.0 %*.¹⁵⁷

Estos instrumentos tiene la característica de ser parte del *hard law*. Sin embargo, elementos del *soft law* juegan, también, un papel crucial; como el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, elaborado por los directores ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento¹⁵⁸, instrumento que se encarga de establecer las reglas procesales de los arbitrajes de inversión. De esta forma, el Banco Mundial asegura la conservación de los estándares del libre mercado en cada disputa inversionista-Estado, pues ellos son los encargados de dirimir las controversias. Empero, éste no es el único instrumento de *soft law* inmiscuido. el

¹⁵⁵ *Idem.*

¹⁵⁶ *Idem.*

¹⁵⁷ Véase Anderson, Saraha y Perez-Rocha, Manuel, *Extrayendo Ganancias en Tribunales Internacionales*, Washington, Institute for Policy Studies, 2013.

¹⁵⁸ World Bank, *ICSID Convention*, Washington, Administrative Council of the Centre, 2013, <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=RulesMain> [fecha de consulta 1 de junio de 2016].

Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional –aprobado en 1976– ha sido otro instrumento encargado de asegurar la hegemonía. Este reglamento se ha aplicado para resolver una amplia gama de controversias entre entidades privadas; entre Estados, y entre inversionistas y Estados.¹⁵⁹ Estas organizaciones internacionales, encargadas de regular dichas disputas, forman parte de las –llamadas por Hinkelammert– burocracias privadas, de ellas advierte que siendo global nuestro mundo, se puede desarrollar e instalar las grandes burocracias privadas de las empresas transnacionales, para aprovecharse de esta globalidad. De su acción, guiada por el criterio de la maximización de las ganancias, resulta la estrategia de la globalización. Estas burocracias privadas luchan entre sí, pero en sus luchas tienen una estrategia común. Es la estrategia de imponer mundialmente las condiciones de su lucha entre ellos, tanto a los Estados como a las poblaciones.¹⁶⁰

Básicamente los arbitrajes de inversión requieren de dos elementos esenciales, por un lado acuerdos de inversión firmados entre Estados (*hard law*) y por otro reglas arbitrales impuestas desde organismos internacionales(*soft law*). Dentro de estos dos elementos las burocracias privadas hacen efectivo su control.

4.2 Fundamento de los acuerdos de inversión

Según el arbitro García-Bolívar, la herramienta legal que protege los intereses de un inversionista es el derecho a la propiedad, en virtud del cual puede usar, disfrutar y disponer de la inversión, y ser compensado por cualquier limitación “ilegítima” a esas facultades ¹⁶¹ , Esta declaración nos remite directamente al discurso esbozado por Rousseau hace unos cientos de años, en el que advirtió que el desarrollo de la propiedad privada requirió de un sustento de

¹⁵⁹ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Recomendaciones para ayudar a las instituciones arbitrales y a otros órganos interesados en relación con los arbitrajes regidos por el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI*, Nueva York, 2013, p. 5.

¹⁶⁰ Hinkelammert, Franz, *op. cit.* 115, p. 53.

¹⁶¹ García-Bolívar, Omar E., *op. cit.* 153, p 24.

derecho para consolidar su hegemonía. Asimismo, el fundamento de la propiedad privada como un aparente derecho fundamental, no es más que la exposición de un derecho patrimonial excluyente que no se puede colocar por encima de los derechos fundamentales.

Como mencionamos previamente, un discurso manipulado de derechos humanos se basa en una concepción de individuos que buscan la maximización y optimización de sus intereses individuales o como diría Kant de intereses privados. De esta manera se articula la actual estrategia de globalización que entiende a los “derechos humanos del poseedor, del propietario” como discurso de control internacional.¹⁶² Consecuentemente, Los TBIs, ADR, APPRI y demás instrumentos de *hard* y *soft law* –ya mencionados– no sólo articulan el derecho a la propiedad de manera instrumental sino que también articulan el derecho a la libertad para traducirlo en libertad de comercio legitimando las ambiciones de los grandes capitales. Los inversionistas expanden sus riquezas basados en la patrimonialización de los derechos. Es decir, en un aparente discursos de derechos humanos pensados a partir del mercado y para el mercado.

Por nuestra parte, y como ya se explicó, creemos que el derecho a la propiedad privada no es un derecho fundamental, parte del discurso de los derechos humanos. En este punto coincidimos con Luigi Ferrajoli cuando afirma que los derechos patrimoniales no son universales, puesto que cada persona es propietaria en dimensiones muy diversas, en este sentido existe una diferencia sustancial entre la capacidad patrimonial de una empresa transnacional y una comunidad¹⁶³. Además de esto, Luigi Ferrajoli expone que los derechos fundamentales son inalienables y no negociables, mientras los derechos patrimoniales si son considerados alienables y negociables. Por tal motivo Luigi nos dice que los derechos fundamentales se deben encontrar fuera de la lógica del mercado, muy al contrario de lo que exponen los defensores del libre mercado.

¹⁶² Hinkelammert, Franz, *op. cit.* 115, p. 20.

¹⁶³ Véase Ferrajoli, Luigi, *op. cit.* 101. p. 60.

Introducir los derechos humanos a la lógica del neoliberalismo es mercantilizar las relaciones humanas y por tanto cosificar al ser humano. De la misma manera, los tratados y acuerdos de inversión son instrumentos de la cosificación que colocan en un plano de superioridad la autovalorización de las mercancías, lo que trae como consecuencia el proceso de fetichización.

Pensando en la crítica esbozada por Kant, debemos tener en cuenta que aquel derecho con pretensión de universalidad debe obedecer a la máxima de considerar a las personas como fines en sí mismos y no como medios. La exacerbada defensa de la inversión coloca a las comunidades y a los Estados (personas morales para Kant) como medios para fines particulares; situación que desde la crítica Kantiana restan validez moral al derecho y rompe con la obligación de su cumplimiento por ser inmoral.

4.3 Principios contenido de los tratados y acuerdos de inversión

Haciendo una revisión somera, de los APPRI y –en el caso de los tratados de libre comercio– capítulos de inversión, podremos encontrar que dichos instrumentos normativos se dividen en dos rubros generales. El primero consiste en un capítulo, comúnmente, llamado “protección a la inversión”, el cual contiene una serie de artículos destinados a otorgar derechos de protección a la inversión extranjera. El segundo rubro consiste en un capítulo, comúnmente llamado “solución de controversias,” en cual se establecen los mecanismos para hacer coercibles todos los derechos otorgados a los inversionistas en el capítulo previo. A continuación explicaremos de manera más detallada estos contenidos.

4.3.1 Comentarios al contenido del capítulo “protección a la inversión”

A continuación presentamos algunos de los preceptos que se encuentran dentro de los instrumentos mencionados:

Requisitos de desempeño.- se establece una eliminación en la aplicación de medidas tendientes a regular y orientar la inversión extranjera, la obligación de

proveerse de determinado porcentaje de insumos y servicios nacionales, equilibrios comerciales o de divisas, transferir tecnología, permanencia mínima, creación de empleos, entre otros¹⁶⁴. Este tipo de preceptos limita la autoridad de los gobiernos para maximizar los beneficios sociales, económicos y medioambientales que se pudieran obtener de una inversión. Esta medida le otorga plenas libertades a las empresas transnacionales para actuar dentro de los territorios receptores. EL TLCAN en su artículo 1106 es muy claro:

Ninguna de las Partes podrá imponer ni hacer cumplir cualquiera de los siguientes requisitos o hacer cumplir ningún compromiso o iniciativa, en relación con el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción u operación de una inversión de un inversionista de una Parte o de un país no Parte en su territorio para:

- (a) exportar un determinado nivel o porcentaje de bienes o servicios;*
- (b) alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional;*
- (c) adquirir o utilizar u otorgar preferencia a bienes producidos o a servicios prestados en su territorio, o adquirir bienes de productores o servicios de prestadores de servicios en su territorio;*
- (d) relacionar en cualquier forma el volumen o valor de las importaciones con el volumen o valor de las exportaciones, o con el monto de las entradas de divisas asociadas con dicha inversión;*
- (e) restringir las ventas en su territorio de los bienes o servicios que tal inversión produce o presta, relacionando de cualquier manera dichas ventas al volumen o valor de sus exportaciones o a ganancias que generen en divisas;*
- (f) transferir a una persona en su territorio, tecnología, un proceso productivo u otro conocimiento reservado, salvo cuando el requisito se*

¹⁶⁴ Calderón Salazar, Jorge, *La experiencia de los APPRIs y de las normas sobre inversión en el TLCAN, el TLC México-Unión Europea y la OMC. Su relación con la regulación de la inversión extranjera en México*, México, UNAM, 2012, p. 13, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1643/21.pdf> [fecha de consulta 1 de junio de 2016].

imponga o el compromiso o iniciativa se hagan cumplir por un tribunal judicial o administrativo o autoridad competente para reparar una supuesta violación a las leyes en materia de competencia o para actuar de una manera que no sea incompatible con otras disposiciones de este Tratado; o (g) actuar como el proveedor exclusivo de los bienes que produce o servicios que presta para un mercado específico, regional o mundial.

Este precepto es el más claro ejemplo de como, a través del derecho, se cosifican las relaciones humanas. Éste separa a las mercancías dentro del proceso social del cual se ven involucrados. Los defensores del neoliberalismo afirman que con este tipo de medidas se impulsa el desarrollo de los países, sin embargo la normatividad demuestra lo contrario, estas empresas no están comprometidas mínimamente con el desarrollo de los países receptores, pues las descontextualizan totalmente e instauran el régimen del mundo de las mercancías. Este precepto es también un ejemplo de fetichismo, la mercancía se aparta de las relaciones humanas y no importan las repercusiones dentro de la comunidad receptora, ya sólo importa la autovalorización de la mercancía.

Trato nacional.- Este principio es definido por *the Dictionary of Trade Policy Terms* como: El principio de dar a las inversiones extranjeras el mismo trato que a las nacionales.¹⁶⁵ Este principio es otro ejemplo del uso instrumental del derecho para la cosificación y la fetichización, así como de la falacia universalista. Como mencionamos anteriormente, el sujeto de los derechos humanos –dentro del discurso instrumental- es un sujeto universal descontextualizado que presupone igualdad de circunstancias. De la misma manera, este sujeto es retomado por los acuerdos de inversión. Para estos instrumentos todos los inversionistas y productores deben recibir el mismo trato sin importar si son nacionales o extranjeros. En consecuencia descontextualizan totalmente a los sujetos, pues no se puede tratar de la misma manera a un productor de un país como México, el cual carece de acceso tecnológico desarrollado, en gran proporción, comparado

¹⁶⁵ Goode Walter, *op. cit.* 135, p. 354, “*the principle of giving others the same treatment as one’s own nationals.*”

con un productor estadounidense. Así, la norma difumina las relaciones sociales que tiene los productores y las mercantiliza. El principio de trato nacional cosifica las relaciones sociales entre productores, dejándolos al libre arbitrio del mundo de las mercancías.

Nación más favorecida.- establece que los inversionistas extranjeros, protegidos por APPRI o Tratados de Inversión, deberán recibir un trato más favorable que aquellos países que no tiene esta ventaja. En los artículos se redacta comúnmente en forma negativa. Por ejemplo, el APPRI firmado con el Reino de España tiene la siguiente redacción:

*Cada Parte Contratante otorgará a los inversores de la otra Parte Contratante, en lo que respecta a la administración, mantenimiento, uso, disfrute y venta o, en su caso, la liquidación de las inversiones realizadas en su territorio, un tratamiento no menos favorable que el otorgado, en circunstancias similares, a sus propios inversores o a inversores de cualquier tercer Estado, el que sea más favorable al inversor.*¹⁶⁶

Como ya se dijo, la mayoría de los tratados y acuerdos de inversión son signados entre países centrales y países periféricos, este tipo de normas lo que hace es garantizar la prevalencia e inclusión de la economía de los países centrales dentro de los países periféricos y semiperiféricos.

Expropiaciones.- prohíbe la expropiación, entendida –según *the Dictionary of Trade Policy*- como la confiscación por el país anfitrión de los bienes de propiedad de extranjeros o de la adopción de medidas para anular el valor de la propiedad, por lo general bajo la apariencia de una meta de política pública. Aparte de esta definición, también se incluye un nuevo concepto llamado “expropiación indirecta”, el cual se define como alguna política pública o determinada acción del estado que afecte el valor de la inversión. Este concepto es sumamente vago y está incluido en todos los acuerdos y tratados de inversión;

¹⁶⁶ Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España, México, 2008, artículo III.

sirve para que las empresas transnacionales puedan iniciar arbitrajes contra Estados, demandando una indemnización por normas ambientales, de salud u otras de carácter social (adoptadas a través de un proceso democrático) que afecten su inversión. Daré un ejemplo somero que especifique los alcances de dicho artículo: a partir del año 2008 la Secretaría de Comunicaciones y Transportes implementó una política de reducción de tarifas en telecomunicaciones para que un mayor rango de la población mexicana tuviese acceso a dicho servicio, sin embargo la implementación de dicha política significó una distorsión al comercio para la empresa española Telefónica S.A. lo cual trajo como consecuencia que dicha empresa llevara a México ante un arbitraje en el cual ésta argumentó expropiación indirecta por haber implementado una política que va contra sus intereses de maximizar sus ganancias. La vaguedad de las normas establecidas en estos instrumentos internacionales ocasiona que cualquier mínima acción del Estado se interprete como una violación a los acuerdos en cuestión y que por consecuencia se obligue a los estados a pagar cifras millonarias a las empresas. Este caso aún no se resuelve y el gobierno mexicano se rehúsa a dar mínima información al respecto, siendo que las telecomunicaciones son un tema de carácter público, a pesar de esto sabemos, por fuentes cercanas al caso, que el arbitraje no va nada bien para el Estado mexicano y posiblemente sea condenado a pagar una compensación millonaria a la empresa española.

Existen más preceptos establecidos en estos instrumentos internacionales, sin embargo consideramos que estos son los reclamados usualmente en los arbitrajes de inversión.

4.3.2 Comentarios a la segunda parte de los acuerdos de inversión, solución de controversias.

Estos instrumentos internacionales contienen disposiciones según las cuales, ante el surgimiento de diferencias con el Estado anfitrión, los inversionistas pueden optar por negociar o presentar el caso ante una instancia de arbitraje internacional. Con frecuencia se indica que no es necesario agotar la instancia

local. Algunos autores refieren que si se opta por la instancia local luego no se podrá acceder a la instancia internacional.¹⁶⁷ Los defensores de este tipo de instituciones internacionales consideran que estos tribunales permite procesos justos e imparciales, a pesar de ello, lo cierto es que estos tribunales han servido para que las empresas transnacionales evadan los tribunales nacionales.

El procedimiento se inicia con la presentación de la demanda por parte del inversionista. La Secretaría General del CIADI revisa la demanda para determinar su pertenencia, sin considerar temas de jurisdicción ni de fondo. Si la considera procedente, se notifica a la otra parte. A partir de ese momento se inicia la etapa de designación de los árbitros. Si las partes han acordado el número de árbitros, se procede en consecuencia, si no lo han hecho entonces se aplican las reglas de CIADI, según las cuales el tribunal arbitral estará compuesto por 3 árbitros, donde cada parte designa un árbitro, quien debe reunir ciertas condiciones que demuestren competencia e imparcialidad. El tercero es designado por los otros dos árbitros o, en ausencia de acuerdo, lo designa CIADI. Una vez constituido el tribunal arbitral, las partes son convocadas para una reunión preliminar donde se definen detalles formales y administrativos del procedimiento, tales como idioma a usar, honorarios de los árbitros, mecanismos de comunicación, etc. Con posterioridad se fija la primera audiencia para que se presenten las objeciones a la jurisdicción del tribunal arbitral, si las hubiera. El tribunal recibe las objeciones en esa oportunidad, escucha los argumentos y decide en consecuencia. Si se ratifica la jurisdicción continua el procedimiento, se convoca a la audiencia de méritos, se evacuan las pruebas pertinentes en la audiencia y se decide. Contra la decisión no cabe apelación, pero se puede pedir la nulidad por 5 razones taxativas establecidas en la Convención CIADI, tales como error de constitución del tribunal, exceso de funciones, corrupción, violación grave de norma de procedimiento o carencia de expresión de los motivos en el laudo.¹⁶⁸

La gran preocupación que existe hoy en día es que una gran parte de

¹⁶⁷ García-Bolívar, Omar E., *op. cit.* 153, p. 22.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 24.

controversias iniciadas en estos mecanismos de arbitraje involucran no sólo cuestiones meramente de inversión, sino que involucran actividades relacionadas con servicios públicos como agua, electricidad, actividades extractivas como la industria minera, petrolera, gasera, etcétera. Los sectores en los que se involucran todas estas compañías están vinculadas con el bienestar social, el medio ambiente, salud pública, e inclusive la seguridad nacional. Es sumamente irresponsable que situaciones que combinan diferentes aristas de carácter social y que involucran a toda un estado se resuelvan en tribunales cuasi-privados. No conforme con esto, dichos tribunales se han caracterizado por la falta de transparencia y rendición de cuentas. El documento *Challenging Corporate Investor Rule* del *Institute for Policy Studies* expresa que el sistema de arbitraje no es un mecanismo apropiado para resolver disputas inversionista-Estado, debido a que este sistema no fue diseñado para proveer rendición de cuentas, transparencia o participación ciudadana. De hecho, este sistema fue intencionalmente diseñado para ocultar las audiencias del ojo público.¹⁶⁹ Por este argumento, como mencionamos en capítulos anteriores, es que consideramos que la *lex mercatoria* es totalizante, pues abarca un sin fin de rubros públicos que repercuten en diversos sectores las poblaciones.

Estos tribunales dejan de ser imparciales porque resulta que los árbitros contemplados por CIADI y UNCITRAL son los mismos abogados que se dedican a llevar estos casos. De esta manera, dependiendo de las decisiones que tomen estos árbitros dependerá el trabajo que obtendrán sus grandes firmas al servicio de las empresas. Sarah Anderson y Sara Grusky –en sus estudios sobre inversión– afirman que los árbitros no deben servir como abogados un día y como jueces al otro. Pues como jueces, ellos toman decisiones que ayudan a los que serán sus próximos clientes, es así que el concepto de judicatura objetiva y neutral

¹⁶⁹ Anderson, Saraha and Grusky Sara, *Challenging Corporate Investor Rule*, Washington, Food & Water Watch and the Institute for Policy Studies, 2007, p. 8. *The system of commercial arbitration is not an appropriate mechanism to resolve investor-state disputes because this system was not designed to provide public accountability, transparency, or citizen participation. In fact, the system was designed to intentionally shield the hearings from the public eye*

no existe.¹⁷⁰ Estos grupos de abogados son parte también de estas grandes burocracias privadas que controlan la hegemonía.

4.4 El arbitraje de inversión, un foro para la eliminación de derechos humanos.

De manera estrictamente formal, en el arbitraje de inversión únicamente se pueden verter conflictos relacionados con inversión privada. Sin embargo, como ya se expresó, en los arbitrajes se involucran aspectos que están relacionados con poblaciones enteras y que tienen que ver, no solo con inversiones sino que también con pueblos indígenas, recursos naturales y derechos humanos. El estricto formalismo en cuanto al ámbito de aplicación de los tratados y acuerdos de inversión ocasiona que se oculten todas las aristas que subyacen en un conflicto de inversión, de nuevo, cosificando las relaciones humanas, sin embargo, en algunos ya se ha tratado de incorporar la discusión de los derechos humanos, como en el caso que a continuación explicamos.

4.4.1 Caso Six Nations vs United States

En la controversia *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. v. United States of America*¹⁷¹, Un grupo de inversionistas canadienses lleva a un arbitraje comercial a Estados Unidos, lo interesante de este caso es que un grupo de indígenas conocidos como *Six Nations* eran los titulares de una empresa de tabaco, en dicha controversia el grupo indígena alegaba que el TLCAN en su artículo 1105 establece que el tratado se debe implementar en concordancia con el sistema internacional de derecho, lo que incluye la costumbre internacional integrada por el sistema internacional de derechos humanos, y por tal motivo el TLCAN debería ser interpretado en relación con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y con la Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas. Por primera vez en la historia del arbitraje se introduce

¹⁷⁰ *Ibidem* pág. 9. *Lawyers or arbitrators should not serve as advocates one day and as judges on another. As judges they create decisions that aid their clients or clients in a future potential situation. (...)The concept of a neutral, objective judiciary does not exist in such a system.*

¹⁷¹ U.S. Department of State, *Diplomacy in Action, Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., et al. v. United States of America*, Washington, 2011, <http://www.state.gov/s/l/c11935.htm> [fecha de consulta 1 de junio de 2016].

la implementación de normas de derechos humanos que protegen intereses de pueblos indígenas.

Al respecto Estados Unidos Responde

Los Estados Unidos rechazaron claramente la posibilidad de que la Declaración es o puede convertirse en el derecho internacional consuetudinario y destacaron que debido a que la Declaración no describe la práctica actual de los Estados o de las acciones que los Estados se sienten obligados a tomar con carácter de obligación legal, no puede ser citado como una evidencia de la evolución del derecho internacional consuetudinario.¹⁷²

Naturalmente Estados Unidos defiende que la Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas y el Convenio 169 de la OIT no pueden ser considerados parte de la costumbre internacional ni del sistema internacional de derecho. Curiosamente, cuando Canadá se percata de la discusión sobre incluir estos dos instrumentos en la interpretación de TLCAN, decide incorporarse como tercero en la controversia para hacer una interpretación en la cual defiende la idea de que la Declaración y el Convenio 169 no son parte de la costumbre internacional y, por tal motivo, no se deben considerar como parte del sistema internacional de derecho y por ende TLCAN no debe ser aplicado en concordancia a dichos instrumentos¹⁷³. Al final, el tribunal arbitral decide¹⁷⁴ que no importa que se violenten las Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas y el

¹⁷² U.S. Department of State, Diplomacy in Action, *Counter-memorial of respondent United States of America, Washington, 2008*, <http://www.state.gov/documents/organization/114065.pdf> [fecha de consulta 1 de junio de 2016] “The United States clearly rejected “any possibility that [the Declaration] is or can become customary international law” and emphasized that because the Declaration “does not describe current State practice or actions that States feel obliged to take as a matter of legal obligation, it cannot be cited as evidence of the evolution of customary international law.”

¹⁷³ U.S. Department of State, Diplomacy in Action, *Counter-memorial of respondent United States of America, Washington, 2008*, <http://www.state.gov/documents/organization/115489.pdf> [fecha de consulta 1 de junio de 2016].

¹⁷⁴ U.S. Department of State, Diplomacy in Action, *Counter-memorial of respondent United States of America, Washington, 2008*, <http://www.state.gov/documents/organization/156820.pdf> [fecha de consulta 1 de junio de 2016].

Convenio 169 pues estos instrumentos no se vinculan con lo que expresa el artículo 1105. De esta manera Estados Unidos, Canadá y el Banco Mundial (a través del CIADI) eliminan cualquier posibilidad de incorporar a los tribunales arbitrales interpretaciones de derecho en relación con derechos humanos relacionados con pueblos indígenas. Cuando leemos todos estos documentos en los cuales se da la discusión dejan muy en claro que los alcances del artículo 1105 únicamente hace referencia a derechos de propiedad y no a otro tipo de derechos que representen una distorsión al comercio.

Es menester remarcar que los criterios generales, en cuanto a la interpretación y aplicación, de estas normas se van fijando conforme a un sistema de precedentes, por lo cual era importante que en la primera discusión, que se da sobre la inclusión de derechos indígenas en cuestiones de inversión, no se estableciera un precedente de inclusión de derechos indígenas y por el contrario se dejara un precedente de exclusión.

4.4.2 Caso Abengoa vs México

A continuación expondré un caso que vincula muchos de los aspectos que arriba hemos expuesto. Esta historia comienza en el municipio de Zimapán en el Estado de Hidalgo, una zona caracterizada por la extracción minera desde la llegada de los españoles. Actualmente las condiciones de vida de Zimapán son realmente difíciles pues la actividad minera ha devastado el medio ambiente de dicha zona y además se ha caracterizado por ser el municipio más pobre de los 87 municipios de Hidalgo.

En el año 2003, los pobladores de Zimapán se enteraron que se construiría un confinamiento de residuos tóxicos, un mega proyecto impulsado por la empresa transnacional Abengoa. Sin embargo la empresa y el gobierno municipal de aquel momento, engañó a la población diciendo que sería una empresa que reciclaría basura. Se sabe que durante el transcurso de la instalación de la empresa, ésta sobornó diferentes niveles de gobierno para poder conseguir todos los permisos de trabajo. Siendo Zimapán una zona en la que abundan las

empresas mineras, existe una gran cantidad de residuos tóxicos, por tal motivo un confinamiento en dicha zona es un excelente negocio.

La contaminación por residuos tóxicos es tan alta que la población ha presentado 400 % más casos de cáncer que la cifra media del Estado de Hidalgo. Los ríos de Zimapán están contaminados con arsénico producto de la minería tóxica. Y es en esta zona donde se inicia un mega proyecto de confinamiento.

Conforme pasa el tiempo los pobladores de Zimapán se dan cuenta que ese mega proyecto de la Empresa Abengoa no es una recicladora, sino un confinamiento. Al percatarse de este hecho, los pobladores deciden que no van a seguir soportando que Zimapán sea un basurero tóxico. Por tal motivo los pobladores se organizan para evitar que se implemente dicho mega proyecto, pues se sabe que justo debajo de donde se estaba construyendo el confinamiento existe una red de ríos subterráneos de los cuales la población se alimenta. Aceptar la implementación y operación de dicho confinamiento era aceptar un suicidio colectivo.

Desde el año 2007 los pobladores implementaron una serie de acciones bien organizadas para parar por completo el funcionamiento del confinamiento. La empresa, al verse impedida para seguir sus actividades, presentó un “aviso de intensión” en el cual advierte al Estado Mexicano que si no se le permite seguir con sus actividades entonces lo llevará a un tribunal arbitral para resolver dicha situación. Al cabo de unos meses y una vez remplazadas las autoridades del municipio de Zimapán, se cancelan los permisos para trabajar en esa zona. La lucha por una vida digna parecía rendir sus primeros frutos. Sin embargo no fue fácil, se sabe que después de que la empresa transnacional presentara su “aviso de intensión” el Gobierno Federal contrato a una empresa llamada V.I.P. Security, quienes fungieron como un grupo de choque y espionaje para el gobierno federal. De esta forma el gobierno federal se puso a los servicios de la empresa transnacional para evitar que la lucha por la dignidad en Zimapán se convirtiera en

una distorsión al comercio. A pesar de esta situación la lucha de los pobladores fue exitosa.

Sin embargo la empresa Abengoa aún tenía más armas. El 22 de septiembre de 2009, la empresa presentó una reclamación de arbitraje en contra de México ante el CIADI, la cual fue registrada el 11 de diciembre de 2009. La reclamación se presentó en el marco del Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España.¹⁷⁵

Al día de hoy el arbitraje ha concluido, y se sabe que aunque la empresa transnacional no cumplió con un gran número de normas ambientales, ni cumplido con el requisito de realizar una consulta previa a la población, han logrado ganar en el arbitraje internacional. Los conceptos que se consideraron violatorios a los acuerdos de inversión fue el de expropiación indirecta y nivel de trato mínimo.

Este es un ejemplo de cómo se usan los tribunales internacionales para evadir las leyes nacionales. Además de haber representado un peligro para la comunidad de Hidalgo ahora el Estado Mexicano debe pagar 491, 809, 534.54 pesos mexicanos¹⁷⁶ a la empresa por haberle generado un déficit en su inversión, además de los respectivos pagos de intereses que suman aproximadamente 17, 541, 797.00 pesos mexicanos¹⁷⁷. Este caso representa la fetichización de la mercancía en su máxima expresión; la cosificación de la población al dejar de lado el daño latente que estaban provocando, y el ocultamiento de las relaciones humanas por la relación entre mercancías.

4.4.3 Caso TecMed vs. México.

¹⁷⁵ World Bank, *Abengoa, S.A. y COFIDES, S.A. c. los Estados Unidos Mexicanos*. Caso CIADI No. ARB (AF)/09/2), Washington, 2010, http://www.economia.gob.mx/files/comunidad_negocios/solucion_controversias/inversionista-estado/casos_activos/Abengoa_COFIDES/laudo_abengoa_testado_300514.pdf [fecha de consulta 1 de junio de 2016].

¹⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁷⁷ *Ibidem*.

Para finalizar nuestro análisis de casos expondremos el conflicto *TecMed versus México*. TecMed es la abreviación de la empresa Técnicas Medioambientales de México S.A. de C.V., la cual es una filial de la empresa de capital español denominada Técnicas Medioambientales TecMed S.A., y a su vez es propietaria del 100% del capital social de CYTRAR S.A. de C.V., constituida esta última en febrero de 1996¹⁷⁸. Cytrar fue la empresa encargada de construir un confinamiento de residuos tóxicos en un lugar conocido como “Las Víboras” en Hermosillo, Sonora. Dicho confinamiento tuvo una serie de escándalos debido a la falta de cumplimiento de la normatividad ambiental. La empresa recibió residuos tóxicos importados de Estados Unidos (hecho prohibido por la legislación mexicana); también, el confinamiento se considera sumamente riesgoso porque no se construyó bajo los estándares previstos por la Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección Ambiental¹⁷⁹. Tal situación significó una preocupación constante para los pobladores de la zona, pues por debajo de dicho confinamiento se encuentra la capa de manto freático. También dentro del confinamiento se tenían residuos tóxicos que contaminaban la atmosfera, puesto que ellos se encontraban expuestos al aire libre. Además otra parte de los residuos fueron enterrados, naturalmente al no seguir los estándares mínimos establecidos por la norma, estos residuos representaron también la contaminación del suelo. En vista del inminente peligro y la falta de interés por el gobierno, los pobladores de Hermosillo se organizaron para protestar en contra del confinamiento evitando que continuara recibiendo más residuos tóxicos. Posteriormente, y en vista del evidente rechazo de la población, el gobierno Federal negó los permisos necesarios a la empresa para seguir trabajando.

Al verse afectados los intereses de la empresa española, decidieron comenzar una reclamación ante CIADI el 28 de agosto del año 2000. La empresa

¹⁷⁸ Durante Tagles, Héctor F., *Cytrar: detrás de los residuos peligro en Sonora*, Guanajuato, Acta Universitaria, VOL. 13 No. 2 Mayo – Agosto, 2003, p 30.

¹⁷⁹ Comisión para la Cooperación Ambiental de América del Norte, *Petición ciudadana Cytrar*, Montréal, 2001, http://www.cec.org/Storage/88/8551_01-1-SUB-s.PDF [fecha de consulta 1 de junio de 2016].

alegó que México no cumplió con la obligación de no expropiar (entendida como expropiación indirecta); no otorgar un trato justo y equitativo a luz del derecho internacional, y no proteger y dar seguridad a la inversión entre otros alegatos más¹⁸⁰.

Este arbitraje concluyó respondiendo a los intereses del neoliberalismo. Sin tomar en consideración el peligro que representaba este confinamiento para una población entera y reduciendo el conflicto a términos de ganancia y pérdida (cosificando y fetichizando) el tribunal arbitral condenó al Estado Mexicano a pagar la suma de US \$5.533.017.12, más un interés compuesto, capitalizable anualmente, a devengarse sobre dicha suma a partir del 25 de noviembre de 1998 y a una tasa del 6% anual, hasta la fecha del efectivo e íntegro pago a la demandante de todas las sumas pagaderas a ésta,¹⁸¹ es decir la autovalorización de la inversión.

Antes de que el arbitraje se resolviera, la Academia Sonorense de Derechos Humanos, A.C. colocó una petición ciudadana ante la Comisión para la Cooperación Ambiental de América del Norte (CCA), para señalar internacionalmente los daños ecológicos que representó la Empresa Cytrar en México. La CCA cuenta con un mecanismo de transparencia llamado “Unidad de Peticiones Ciudadanas”, con el cual se pudo dar una investigación internacional del daño ecológico que representaba la empresa, e incluso, con dicha investigación, se pudo alegar excepciones a todos los alegatos que presentó la empresa en el arbitraje. Sin embargo la defensa del derecho por un ambiente sano y la rendición de cuentas, como ya mencionamos, son considerados una distorsión al comercio. Y aunque el Secretariado de la CCA recomendó entrar al estudio del caso y realizar un expediente de hechos sobre el mismo, el órgano político de

¹⁸⁰ World Bank, CASO No. ARB (AF)/00/2, Washington DC, 2003, https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC602_Sp&caselId=C186 [fecha de consulta 1 de junio de 2016].

¹⁸¹ *Ídem.*

gobierno de la CCA respondió¹⁸² que en vista de que se encontraba un procedimiento arbitral ante CIADI, no se debía indagar más en el asunto, dando por terminada la petición ciudadana.

Con este caso podemos apreciar que en un primer momento el gobierno mexicano fue servil de la inversión extranjera, pero que a pesar de ello se pudo evitar que incrementara el daño ambiental (con gran limitación porque la zona ya se encontraba bastante contaminada) gracias a la lucha de los pobladores. Sin embargo la empresa no podía dejar perder sus ganancias, por lo que acudieron a mecanismos internacionales de derecho para defender sus intereses. Estos respondieron conforme a sus fines y, aunque el Estado Mexicano paró las actividades de la empresa por el descontento social, éste debió pagar una cuantiosa suma de dinero a la empresa. El resultado final fue un confinamiento abandonado lleno de residuos tóxicos que jamás se limpiaron y el incremento de la deuda pública mexicana. Con este caso presentamos como el derecho internacional cosificó las relaciones humanas que se implicaban en esta inversión, y la fetichización de la misma, pues la inversión se sobre-valorizó por encima de las dos fuentes originarias de la riqueza: el ser humano y el medio ambiente.

4.5 Reflexión del capítulo

En este último capítulo tuvimos la oportunidad de analizar los principios que se conocen como derechos de los inversionistas, con ellos pudimos observar que el objetivo de estos preceptos radica en la defensa de la propiedad privada. Asimismo, también explicamos el procedimiento por el cual funcionan los arbitrajes de inversión, detallando que los instrumentos procesales son instrumentos de *soft law* y que los instrumentos que firman los estados en tratados o acuerdos de inversión son los instrumentos de *hard law*. Con el análisis de los principios evidenciamos como la norma internacional de inversión evita cualquier restricción

¹⁸² Comisión para la Cooperación Ambiental de América del Norte, Determinación del Consejo de la CCA Cytrar, Montréal, 2001, http://www.cec.org/Storage/70/6450_01-1-Res-S.pdf [fecha de consulta 1 de junio de 2016].

a los inversionistas que puedan reflejar un beneficio a los países receptores de la inversión.

Posteriormente explicamos tres casos llevados en tribunales arbitrales donde mencionamos los como es que se aplicaron los derechos de los inversionistas en lo concreto y cual fue la postura del arbitraje frente al estudio de normas de derechos humanos. Concluimos que los arbitrajes no tienen más interés que verificar que los Estados permitan el libre desarrollo de la inversión. Y en cuanto a los derechos humanos se estableció el precedente de no reconocer los instrumentos internacionales de derechos humanos dentro de la discusión.

En resumidas cuentas logramos mostrar que la inversión es una mercancía que se autovaloriza, es decir ésta es relevante frente a los estados sólo por ser inversión. Y cuando se actúa en contra de ella, los inversionistas solicitan a los órganos supranacionales del libre mercado se impongan las reglas del mundo de las mercancías.

No conforme con lo anterior, mostramos que todos los casos implicaron repercusiones en las sociedades en cuanto a la vulneración de sus derechos fundamentales como lo son el derecho a un medio ambiente adecuado, el derecho al agua, el derecho a la salud, el derecho al territorio, etcétera.

Conclusión

Comenzamos por determinar que hablar del Sistema Internacional de las Inversiones implica necesariamente hablar del ámbito de la *lex mercatoria* lo cual abarca diversos rubros, pero de la cual identificamos que tiene como objetivo principal eliminar las distorsiones al comercio. Entonces, al tener al comercio como eje central se tiene a la mercancía como elemento esencial de reproducción, porque lo se comercia es la mercancía. En otras palabras, hablar de *lex mercatoria* y del Sistema Internacional de Inversión es hablar del mundo de las mercancías.

La mercancía siendo la célula del funcionamiento capitalista, conlleva una apreciación de su valor, el cual se podrá determinar de dos formas, la primera implicará necesariamente el proceso social del trabajo como forma equivalencial de su valor. Puesto que el trabajo dará valor a las mercancías. Sin embargo dentro del análisis marxista pudimos observar que en el sistema capitalista se realiza una ficción en la que se separa a la mercancía de su proceso social y se le autovaloriza; es decir, se le da valor, no por ser producto del trabajo y la naturaleza, sino por ser mercancía en sí misma.

El proceso anterior implica la cosificación de los seres humanos que participan de la creación de mercancías, pues se les desvincula del producto de su trabajo y son considerados una mercancía más del proceso productivo: fuerza de trabajo.

De estos dos procesos se infiere que la fetichización y la cosificación es un inversión del proceso social de producción. Esto quiere decir que el trabajo vivo – representante de la subjetividad corporal de la persona y fuente de valor– sufre una invisibilización de su atributo como generador de valor sobre las cosas, las mercancías. Y el capital o las mercancías, se convierten en sujetos aparentes, lo cuales, supuestamente, generan su valor en si mismos, y las personas,

reducidas a la venta de su fuerza de trabajo, se transforman en simples mercancías, es decir en cosas.

Así en apariencia, pareciera que a quienes se les cosifica son únicamente a los trabajadores; pero no es así, porque cuando este discurso se lleva a escala internacional las consecuencias son totalizadoras. Pudimos observar que el mundo de las mercancías se concretizó a escala global con la implementación de un discurso de derecho que se hizo necesario para que los grades propietarios pudiesen colocarse por encima de los desposeídos y entonces instaurar el régimen del capital. Con este régimen, que comprende la *lex mercatoria* y en específico el sistema de inversión, observamos que contamos con instrumentos que a través de un discurso patrimonial de los derechos se busca defender la inversión, la cual no es mas que una mercancía. Lo interesante es que la inversión implica, *per se*, el aumento de la tasa de ganancia (principio básico del capitalismo), esto quiere decir que se prevé que la inversión será generadora de ganancias por encima de las repercusiones que pueda ocasionar.

Con el presente estudio, identificamos que cuando los proyectos de inversión implicaba la afectación de derechos fundamentales, las comunidades salían a la lucha por la defensa de su dignidad material, que en términos de Derecho se identifican con la defensa de sus derechos fundamentales, entonces el Estado, por la presión social debía intervenir para detener el socavamiento de las poblaciones de sus ecosistemas. Y cuando esto ocurría, entonces los inversionistas accionaban directamente el discurso internacional de derecho patrimonial para defender sus intereses. En ese momento la pugna se convierte en un enfrentamiento directo entre permitir la violación a derechos fundamentales de las poblaciones (por parte de las empresas), o enfrentarse a las consecuencias internacionales, las cuales terminaban en afectaciones públicas, pues la tendencia en los arbitrajes internacionales es que los Estados tienen que pagar cantidades exorbitantes (entendidas en nuevas deudas públicas), bajo el argumento de que la inversión se debe de proteger y siempre debe de generar ganancia. Olvidando por completo que si se quiere obtener ganancia se tendrá que obtener del trabajo,

sin trabajo no hay ganancia. Pero en los arbitrajes de inversión, lo que pasa es que se le da valor a la inversión (mercancía) solo por ser inversión, olvidando que requiere de un proceso social para que ésta pueda adquirir algún valor, es decir se auto valoriza.

Y para que este proceso económico tuviese sentido se hizo necesario un discurso de derecho patrimonial que pudiera dar cohesión a los intereses de la clase burguesa internacional. Es decir, se hizo necesario el discurso patrimonial de los derechos. Lo que llevó a decir que todos son iguales en derechos, ocultando la enorme desigualdad económica y social; que todos tienen la libertad contractual para hacer negocios en todo el mundo, pero no se tiene la mínima responsabilidad social, como se demostró en la explicación del principio de *requisitos de desempeño*; que existe el derecho universal a la propiedad privada, sin considerar que este precepto es un principio de exclusión.

Ahora, conviene pensar en la crítica kantiana. Según el autor prusiano, el Derecho debe de contar con una fundamentación ética, que busque siempre concebir a los seres humanos como fines en sí mismos, buscando la felicidad de todos; pero la normatividad de inversión únicamente ve a las personas como medios para la obtención de ganancias, es decir para la persecución de fines o intereses particulares, por lo que desde la perspectiva kantiana este es un derecho inmoral, por lo cual carece elementos para que las personas acaten este derecho. En este mismo sentido, Kant expresó que para alcanzar la paz perpetua en el mundo, las prácticas internacionales se tendrían que encaminar a dejar de tratar a los seres humanos como medios, por lo cual no se debía comprometer la autonomía de un Estado bajo medios económicos, situación que sí sucede en la normatividad internacional vigente de inversión. Por lo que nos encontramos frente a un derecho plenamente inmoral, el cual sólo se justifica así mismo por una costumbre comercial.

Entonces cuando se llega a este grado de degeneración social, económico, político y jurídico, diría Rousseau que no hay acto más jurídico que el de la sublevación.

Lo esbozado anteriormente nos lleva a responder la pregunta que planteamos como problema en nuestra introducción: ¿qué implicaciones teóricas y éticas tienen el ejercicio de los derechos patrimoniales traducidos en los derechos de los inversionistas sobre el ejercicio de los derechos humanos en los países receptores de las inversiones? En primer momento las implicaciones teóricas estriban que se fetichiza la mercancía y se cosifican las relaciones sociales, lo que en términos de derechos conllevará a una supremacía de los derechos patrimoniales por encima de los derechos fundamentales. En términos éticos, implicará una completa amoralidad del derecho el cual desconoció que su objetivo ético siempre debió ser el de concebir a la humanidad como un fin en sí mismo y no como un medio. Así los seres humanos en el mundo se pusieron a disposición de la tasa de ganancia (de las mercancías), degradando su dignidad material, es decir, el ejercicio de sus derechos fundamentales. Lo que nos lleva a la comprobación de nuestra hipótesis: el sistema internacional de las inversiones (y la *lex mercatoria*) son un reflejo jurídico de las relaciones de cosificación y fetichización, lo que necesariamente implica evitar el ejercicio de los derechos humanos, porque el ejercicio de éstos representan una distorsión al comercio que la *lex mercatoria* buscará eliminar. Por ello cuando la defensa de la dignidad material de los pueblos interfieren con algún proyecto de inversión, los inversionistas tienen la posibilidad de accionar el sistema jurídico internacional para que la defensa de la tasa de ganancia prevalezca. En este sentido el arbitraje de inversión es un arma contra el ejercicio de los derechos humanos, es un arma de cosificación.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDERSON, SARAHA AND GRUSKY SARA, *Challenging Corporate Investor Rule*, Washington, Food & Water Watch and the Institute for Policy Studies, 2007
- ANDERSON, SARAHA Y PEREZ-ROCHA, MANUEL, *Extrayendo Ganancias en Tribunales Internacionales*, Washington, Institute for Policy Studies, 2013.
- CALDERÓN SALAZAR, JORGE, *La experiencia de los APPRI's y de las normas sobre inversión en el TLCAN, el TLC México-Unión Europea y la OMC. Su relación con la regulación de la inversión extranjera en México*, México, UNAM, 2012
- DALHUISEN, J. H., *Legal Orders and Their Manifestation: The Operation of the International Commercial and Financial Legal Order and Its Lex Mercatoria*, 24 Berkeley J. Int'l Law. United States of America, 129, 2006
- DUSSEL, ENRIQUE, *La producción teórica de Marx*, México, Editorial Siglo XXI, 1985
- DUSSEL, ENRIQUE, *20 Tesis de Política*, México, Siglo XXI, 2006
- ECHEVERRÍA, BOLÍVAR, *El concepto de Fetichismo en el discurso revolucionario*, Ponencia presentada en el Segundo Coloquio Nacional de Filosofía. Monterrey, México, Bolivare, 1977
- ENGELS, FRIEDRICH, *El papel del trabajo en la transformación del mono en hombre*, trad. de David Álvarez Saldaña, México, Cultura Popular, 1972
- ENGELS, FRIEDRICH Y MARX, KARL, *Manifiesto del Partido Comunista*, trad. de Wenceslao Roces, México, Fondo de cultura económica, 1988
- FERRAJOLI, LUIGI, *Derechos y garantías, la ley del más débil*, trad. de Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2004
- HINKELAMMERT, FRANZ J. Y MORA JIMÉNEZ, HENRY, *Hacia una economía para la vida*, San José, DEI, 2005
- GARCÍA-BOLÍVAR, OMAR E., *Nociones básicas del arbitraje internacional de inversiones*, Washington DC, BG consulting, 2006,

GOODE, WALTER, *Dictionary of Trade Policy Terms*, 5th edition, United States of America, World Trade Organization, 2007

HARDT, MICHAEL & NEGRI, ANTONIO, *Common Wealth, el proyecto de una revolución común*, trad. de Raúl Sánchez Cedillo, Madrid, AKAL, 2009

HERRERA FLORES, JOAQUÍN, *Los Derechos Humanos Como Productos Culturales*, España, Los libros de la CATARATA, 2005

HINKELAMMERT, FRANZ, *Yo soy, si tú eres: el sujeto de los derechos humanos*, México, Centro de Estudios Ecuménicos, 2010

KANT, IMMANUEL, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, México, trad. de Manuel García Morente, a, 2013

KANT, IMMANUEL, *Crítica de la Razón Práctica*, trad. de Mario Caimi, México, Porrúa, 2013

KANT, IMMANUEL, *La paz perpetua*, trad. de Sánchez Rivero, México, Editorial Porrúa, 2013

LABARIEGA VILLANUEVA, PEDRO ALFONSO, *La moderna lex mercatoria y el comercio internacional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012

LENIN, VLADIMIR ILI'CH, *El Estado y la Revolución*, trad. de Jesús de Andrés, Madrid, Alianza, 2006

LUKÁCS, GEORGE, *La Cosificación y la Consciencia del Proletariado*, México, Marxismo Crítico, 2011

MARX, KARL, *El capital: crítica de la economía política*, trad. de Wenceslao Roces, México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 2014

MARX, KARL Y ENGELS, FRIEDRICH ERICK, *The German Ideology*, London, Larence & Wishart, 1970

ROUSSEAU, JEAN-JACQUES, *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la*

desigualdad entre los hombres, trad. de Fabienne Bradu México, Cien del Mundo, 2012

SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *La globalización del Derecho. Los nuevos Caminos de la regulación y la emancipación*, Colombia, Universidad Nacional de Colombia, Instituto de Servicios Legales Alternativos, 1998

STIGLITZ, JOSEPH, *El malestar de la globalización*, trad. de Carlos Rodríguez, España, Punto de Lectura, 2007