EL DERECHO COMO REGULACIÓN DE LA VIDA Y LA MUERTE:

BIOPOLÍTICA Y NECROPOLÍTICA LEGAL

Elisa ORTEGA VELÁZQUEZ
Coordinadora

EL DERECHO COMO REGULACIÓN DE LA VIDA Y LA MUERTE: BIOPOLÍTICA Y NECROPOLÍTICA LEGAL

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, núm. 882

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Miguel López Ruiz
Oscar Martínez Sánchez
Cuidado de la edición

Javier Mendoza Villegas
Formación en computadora

Mauricio Ortega Garduño
Elaboración de portada

La foto de la portada ("cruces rosas") fue tomada de:
https://cadenaser.com/programa/2016/05/13/punto_de_fuga/1463134178_911672.html.

EL DERECHO COMO REGULACIÓN DE LA VIDA Y LA MUERTE: BIOPOLÍTICA Y NECROPOLÍTICA LEGAL

Elisa Ortega Velázquez
Coordinadora

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
México, 2020

El derecho como regulación de la vida y la muerte: biopolítica y necropolítica legal, se editó por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la Dirección General de Asuntos del Personal Académico, a través del Programa de Apoyo a Proyectos de Investigación e Innovación Tecnológica (PAPIIT), Proyecto IN303520 "Asilo: ¿derecho humano o prerrogativa del Estado? Aportes desde los estudios críticos del derecho y la biopolítica legal", coordinado por Elisa Ortega Velázquez.

Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Primera edición: 18 de febrero de 2020

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN (versión electrónica) 978-607-30-2900-1

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN
Biopolítica legal 1
Elisa ORTEGA VELÁZQUEZ

CAPÍTULO PRIMERO
Biopolítica y garantismo en México 19
Bernardo BOLAÑOS GUERRA

CAPÍTULO SEGUNDO
El derecho en la dialéctica de *communitas* e *immunitas*. El efecto de inhibición del derecho sobre la comunidad 43
Luis Eduardo RIVERO BORRELL ZERMEÑO

CAPÍTULO TERCERO
El clausulado de la distopía. El Estado de excepción en tiempos de neoliberalismo necropolítico. 75
Silvano CANTÚ

CAPÍTULO CUARTO
Biopolítica y violencia feminicida: la gubernamentalización en el acceso a la justicia penal de las mujeres en Tijuana. 101
Janeth HERNÁNDEZ FLORES

CAPÍTULO QUINTO
Aproximación biopolítica de la trata de personas 133
Pablo Armando GONZÁLEZ ULLOA AGUIRRE

CAPÍTULO SEXTO

Biopolítica, racismo de Estado y migración. Persecución de la vida cotidiana de personas migrantes irregulares en países posindustriales. 149
Agustín MORALES MENA

CAPÍTULO SÉPTIMO

Desposesión biopolítica de derechos humanos frente al extractivismo minero en México. 175
Mariana CELORIO

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

Introducción
BIOPOLÍTICA LEGAL

Elisa Ortega Velázquez*

Sumario: I. *Biopolítica legal desde el pensamiento de Michel Foucault*. II. *El legado foucaultiano en la obra de Giorgio Agamben y Roberto Esposito*. III. *El derecho como regulación de la vida y la muerte: biopolítica y necropolítica legal*. IV. *Bibliografía*.

I. Biopolítica legal desde el pensamiento de Michel Foucault

El concepto de "biopolítica" apareció desde comienzos del siglo XX en las teorías del Estado de tipo organicista —que lo pensaban como un organismo— y sus distintas versiones: humanista, biologicista y politicista, a lo largo de dicho siglo.[1] Kjellén, uno de los más prominentes exponentes, intentaba recuperar para la ciencia política las nuevas categorías de las ciencias biológicas, y oponerse a una cierta tradición liberal y contractualista para la cual el Estado es sólo un cúmulo de individuos conglomerado. Este autor trata de mostrar cómo es imposible reducir al Estado a una realidad jurídica, de derecho internacional.[2]

No obstante, el término "biopolítica" adquirió una marcada influencia y replanteó de modo profundo la filosofía política hasta mediados de la dé-

* Investigadora titular en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Doctora en Derecho y maestra en Derecho Público por la Universidad Carlos III de Madrid, y licenciada en Derecho por el Instituto Tecnológico Autónomo de México. Correo electrónico: *elisaov@unam.mx*.

[1] Para profundizar sobre estas distintas corrientes, véase Esposito, Roberto, *Bios. Biopolítica y filosofía*, Buenos Aires, Amorrortu Editores, 2006, pp. 27 y ss.; Lemke, Thomas, *Biopolitics. An Advanced Introduction*, Nueva York, New York University Press, 2011.

[2] Castro, Edgardo, "Biopolítica: orígenes y derivas de un concepto", en Castro, Edgardo *et al.*, *Biopolítica. Gubernamentalidad, educación, seguridad*, Buenos Aires, UNIPE-IPC, 2011, pp. 5 y 6.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

cada de 1970, cuando el filósofo francés Michel Foucault recalificó y utilizó el concepto —distanciándose de lo hecho por sus predecesores— para analizar las formas a través de las cuales la vida de las poblaciones era integrada en los cálculos del poder político a través de métodos de gestión administrativa que pudieran hacerla proliferar al incluir los cuerpos y sus energías en el proceso productivo capitalista.[3]

Foucault reconceptualiza el rol del soberano, quien ya *no* regula las relaciones entre las personas ni entre ellas y el poder, sino más bien regula la sujeción de éstas a cierto orden, que es al mismo tiempo *jurídico* y *político*. En este sentido, para Foucault el derecho es un instrumento utilizado por el soberano para imponer su dominación. En consecuencia, el soberano sólo es tal sobre la base del derecho que legitima su actuación. Así, aquella dicotomía entre ley y poder, legalidad y legitimidad, norma y excepción, se desdibuja y adquiere unidad.[4]

La recomposición de la dualidad entre poder y derecho torna visible un conflicto que separa y enfrenta a grupos de distinto origen étnico por el predominio en determinado territorio. Al supuesto choque entre soberanía y ley ocurre el choque entre potencias rivales que se disputan el uso de los recursos y el mando en razón de diferentes caracteres raciales. Esto no significa que el mecanismo de legitimación jurídica decaiga, sino que éste, antes que precedente y regulador de la lucha en curso, constituye su resultado y el instrumento usado por quienes cada vez resultan vencedores. Así pues, el derecho no dirime la guerra, sino que la guerra emplea el derecho para consagrar las relaciones de fuerza que ella define.[5]

En este sentido, la ley se traslada progresivamente del plano trascendente de los códigos y las sanciones, que conciernen en esencia a los sujetos de voluntad, al plano inherente de las reglas y normas que, en cambio, se aplican sobre todo a los cuerpos. Señala Foucault: "esos mecanismos de poder... son, en parte al menos, los que a partir del siglo XVIII tomaron a su cargo la vida de los hombres, a los hombres como cuerpos vivien-

---

[3] La primera aparición del término en el léxico de Foucault se remonta a la conferencia de Río de Janeiro de 1974, cuando decía que "para la sociedad capitalista, en primer lugar es importante lo biopolítico, lo biológico, lo somático, lo corporal. El cuerpo es una realidad bio-política; la medicina es una estrategia bio-política".

Foucault, Michel, "Historia de la medicalización. Segunda conferencia dictada en el curso de medicina social que tuvo lugar en octubre de 1974 en el Instituto de Medicina Social, Centro Biomédico de la Universidad Estatal de Río de Janeiro, Brasil", *Educación Médica y Salud*, vol. 11, núm. 1, 1977, p. 5.

[4] Esposito, Roberto, *op. cit.,* p. 44.

[5] *Ibidem,* p. 45.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

tes".[6] Entonces, la vida, mucho más que el derecho, se volvió la apuesta de las luchas políticas, incluso si éstas se formularon a través de afirmaciones de derecho.[7]

De este modo, lo que está en discusión ya no es la distribución del poder o su subordinación a la ley, el tipo de régimen o el consenso que obtiene, sino el *bios*: la vida. La biopolítica no remite sólo al modo en que la política es determinada por la vida, sino también, y sobre todo, al modo en que la vida es penetrada por la política.[8] Y ¿cuál es el efecto de la biopolítica? La respuesta de Foucault parece abrirse en direcciones divergentes que apelan a otras dos nociones, implicadas desde un principio en el concepto de *bios*, pero situadas en los extremos de su extensión semántica: la de subjetivación y la de muerte. La biopolítica produce subjetividad o muerte; torna sujeto a su propio objeto o lo objetiviza, o, definitivamente, es política de la vida o sobre la vida.[9]

Para Foucault, el poder moderno no funciona de manera deductiva, como en su representación jurídica, tampoco lo hace reprimiendo ni mediante mecanismos ideológicos; por el contrario, parte de múltiples relaciones de fuerzas y prácticas que se configuran y consolidan en ciertos dispositivos.[10] Así, el poder consiste en conducir conductas (no personas) induciéndolas, facilitándolas, dificultándolas, limitándolas o impidiéndolas. Y el vehículo ideal del poder es el discurso, entendido como el conjunto de instituciones, leyes, políticas, disciplinas, declaraciones científicas y filosóficas, conceptos y posiciones morales que tienen la función específica de mantener el poder. Hay dispositivos de poder, de subjetividad y de verdad. Y se mantienen a través de estrategias y tácticas en las relaciones de fuerza que establecen subjetividades, objetos y saberes que dividen lo falso de lo verdadero.

De este modo, los *dispositivos* son aparatos políticos y económicos que permiten establecer la división entre lo falso y lo verdadero, las formas en que se sancionan unos y otros, las técnicas y los procedimientos para la obtención de la verdad, y el estatus de los sujetos que tienen la función de decir lo que funciona como verdadero.[11] En términos más amplios, un

---

6 Foucault, Michel, *Historia de la sexualidad I. La voluntad de saber*, 25a. ed., México-Madrid, Siglo XXI Editores, 1998, pp. 81 y ss.

7 *Idem*.

8 Esposito, Roberto, *op. cit.*, p. 51.

9 *Ibidem*, p. 53.

10 Saidel, Matías L., "Lecturas de la biopolítica: Foucault, Agamben, Esposito", *Opción*, vol. 177, 2013, p. 88.

11 Estévez, Ariadna, "Biopolítica y necropolítica: ¿constitutivos u opuestos?", *Espiral, Estudios sobre Estado y Sociedad*, vol. XXV, núm. 73, 2018, pp. 11 y 12; Estévez, Ariadna, "El

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

dispositivo es cualquier cosa que tenga de algún modo la capacidad de capturar, orientar, determinar, interceptar, modelar, controlar y asegurar los gestos, las conductas, las opiniones y los discursos de los seres vivientes.[12]

Foucault diferencia tres tipos de poder que no se reemplazan uno con el otro, sino que se superponen: el poder soberano (la ley), el poder disciplinario (los saberes y las instituciones) y el biopoder (las políticas de regulación de la población):[13]

1. El *poder soberano* funciona aplicando las leyes en un territorio determinado y castigando a los trasgresores que dañan así la propia soberanía.
2. El *poder disciplinario* se ejerce directamente sobre los cuerpos individuales para disciplinarlos y hacerlos dóciles para vigilarlos, entrenarlos, utilizarlos y castigarlos en función de la productividad económica. La *anatomopolítica* es lo que Foucault entiende como la intervención disciplinaria sobre los cuerpos individuales, buscando condicionar sus movimientos, vigilarlos y ponerlos a producir. Así pues, el poder disciplinario, a diferencia del soberano, no se propone extraer bienes y riqueza, sino energías, tiempo y trabajo, con el mínimo de gastos y el máximo de eficacia posibles, lo que da lugar progresivamente a un saber clínico que tiene como patrón de medida no la ley sino la "norma". Esto supone un ejercicio del poder sobre la persona en tanto ser viviente de manera individualizada.[14]
3. El *biopoder* se aplica sobre la vida, pero ya no la del individuo, sino la de la población. Se ejerce sobre los cuerpos de manera indirecta, operando sobre el medio de su existencia. La población ya no es regulada mediante la ley, sino a través de la norma; ya no se castiga espectacularmente mediante el suplicio y la muerte, sino que busca incluir, acrecentar las fuerzas, estudiar y combatir las desviaciones respecto de la norma para integrar los cuerpos al circuito productivo.

---

discurso de derechos humanos como gramática en disputa", *Discurso y Sociedad*, vol. 11, núm. 3, 2017, p. 369.

[12] Agamben, Giorgio, *What is an Apparatus? and Other Essays*, Stanford, Stanford University Press, 2009, p. 14.

[13] Foucault, Michel, *Power*, Nueva York, The New Press, 2000, vol. III; Foucault, Michel, *The Birth of Biopolitics*, Nueva York, Picador-Palgrave-MacMillan, 2004; Foucault, Michel y Davidson, Arnold I., *Security, Territory, Population: Lectures at the College de France, 1977-78*, Basingstoke, Palgrave-MacMillan, 2007; Estevez, Ariadna, "Biopolítica y necropolítica: ¿constitutivos u opuestos?", *cit.*, p. 12.

[14] Foucault, Michel, *Los anormales. Curso en el Collége de France 1974-75*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2007; Foucault, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2002.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

> El biopoder, a diferencia del poder soberano que se da en el gasto absoluto y funciona extrayendo y expropiando, busca acrecentar fuerzas y riquezas. De este modo, lo que marca el poder no es la posesión de un gran territorio, sino el crecimiento de la población y su producción. De esta manera, si el poder soberano funciona prohibiendo, el biopoder funciona alentando o conduciendo a las fuerzas que busca desplegar. Es el paso del Estado territorial al de población.[15]

El *biopoder*, a diferencia del poder soberano, que se caracteriza por hacer morir o dejar vivir, *hace vivir o deja morir*. Se centra en los procesos específicos de la vida: natalidad, mortalidad, longevidad, reproducción, migración y enfermedad, así que también son diferentes la racionalidad, los dispositivos, las estrategias y las luchas o resistencias que genera. De este modo, en la biopolítica, el objetivo ya no es el cuerpo individual, sino la regulación de la población como cuerpo político. Como dice Foucault, se trata de un *asesinato indirecto*, porque sin necesidad de que poblaciones enteras sean matadas intencionalmente, éstas mueren como consecuencia de que el Estado no haga algo por ellas. El campo biológico controlado por el biopoder se fragmenta en una jerarquía de razas, y los que están en la parte inferior son los que son abandonados para morir. A aquellos que amenazan la sobrevivencia de la mayoría se les deja morir al ser omitidos como objetos de política pública y otras tecnologías, como sucede, por ejemplo, con la negación de servicios de salud primaria a personas migrantes irregulares.[16]

De este modo, la biopolítica se apoya de las ciencias modernas: la biología, la economía, la medicina moderna, la estadística y todo el abanico de las ciencias humanas, pues no sólo hay que mantener con vida al cuerpo, individual y colectivo, sino también hacerlo producir. De allí que entre los siglos XVII y XVIII se desarrollen una serie de instituciones disciplinarias que toman a su cargo la vida de las personas, individualizándolas, fijando rutinas en la memoria corporal: la escuela, la fábrica, la prisión, el cuartel, etcétera; así como una serie de regulaciones sobre el medio en el que habita la población.[17]

---

15 Saidel, Matías L., *cit.*, pp. 88-90.

16 Estévez, Ariadna, "Biopolítica y necropolítica: ¿constitutivos u opuestos?", *cit.*, pp. 12 y 13; Castro, Edgardo, *El vocabulario de Michel Foucault. Un recorrido alfabético por sus temas, conceptos y autores*, Bernal, Universidad Nacional de Quilmes, 2004; Foucault, Michel, *Defender la sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006; Foucault, Michel, *Seguridad, territorio, población*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.

17 *Idem*.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

Si la población es el sujeto a quien se dirige el biopoder, la *gubernamentalidad* es la forma de gobierno (conjunto de instituciones, procedimientos, análisis y cálculos) que tiene como objetivo principal la *población,* como forma privilegiada de saber la *economía política* y como instrumento técnico esencial los *dispositivos de seguridad*.[18] Para Foucault, el término "gobierno" se refiere a la "actividad encaminada a conducir a los individuos a lo largo de sus vidas poniéndolos bajo la autoridad de una guía responsable de lo que hacen y lo que pasa con ellos".[19] Las técnicas de gobierno no son exclusivas del Estado, pues constituyen el conjunto de acciones sobre las posibles conductas de otros sujetos, o las acciones ejercidas sobre sí para dominar placeres o deseos. Las técnicas de gobierno de sí —regulación de los propios deseos y cuerpo, el autocuidado— y de poder —normas que conducen a fines de dominación— constituyen lo que Foucault llamó "gubernamentalidad", es decir, la racionalidad del neoliberalismo en la biopolítica.[20]

El neoliberalismo se opone a la intervención estatal y su expansión burocrática en nombre de la libertad económica porque atenta contra los derechos individuales. Su objetivo central es aplicar el discurso económico al análisis social, borrando las diferencias entre los dos campos. La gubernamentalidad neoliberal crea, por su énfasis en las técnicas de dominación y de control de sí, un individuo autocontrolado e interesado en la maximización de su propia función económica: el *homo economicus*.[21] No obstante, el Estado no es de ninguna manera el único agente de la gubernamentalidad neoliberal. Hay una *gubernamentalización del Estado* que incluye políticas públicas, las mediciones y la desviación de servicios hacia el ámbito corporativo. El Estado se vuelve un administrador de negocios a cargo de universalizar la competencia e inventar sistemas para la acción individual y social, mismos que se rigen por las leyes del mercado. De esta forma, la economía deja de ser sólo un área de la vida humana y pasa a cubrir todas sus áreas.[22]

Los Estados neoliberales no sólo controlan el comportamiento individual a través de la disciplina, sino que también regulan y administran el crecimiento y la mortandad de la población para su reproducción a través de técnicas de autocuidado. Para lograr desplazar sus obligaciones sociales

---

18 Foucault, Michel, *Seguridad, territorio, población, cit.*, 2006, p. 136.

19 Foucault, Michel, *Ethics: Subjectivity and Truth*, Nueva York, The New Press, 1997, vol. I, p. 67.

20 *Idem*; Estévez, Ariadna, "Biopolítica y necropolítica...", *cit.*, p. 24.

21 *Ibidem*, p. 25.

22 Foucault, Michel, *The History of Sexuality*, vol. III, *The Care of the Self*, trad. de R. Hurley, London, Allen Lane-The Penguin Press, 1988.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

al individuo, el Estado neoliberal echa mano de dos tecnologías de poder: la norma y la política pública.[23]

Ahora bien, en este contexto, ¿qué papel juega el derecho? Al parecer, el derecho es parte de un dispositivo que busca imponer conformidad y homogenizar. No es que "la ley desaparezca o que las instituciones de justicia tiendan a desaparecer, sino que la ley funciona cada vez más como una norma y la institución judicial se integra más y más a un *continuum* de aparatos (médicos, administrativos) cuyas funciones son sobretodo reguladoras".[24] En el caso de los derechos humanos, el dispositivo adquiere un rol de norma, es decir, busca imponer conformidad, homogenizar; es una técnica reguladora de la política de la vida, por eso se ha instalado bien en el terreno de la administración pública.[25]

Los dispositivos conjuntan diversas tecnologías regulatorias, tales como oficinas gubernamentales, consejos, tribunales, oficinas legales, organizaciones de la sociedad civil, y la ley misma. Comúnmente la ley pertenece a los poderes soberano y disciplinario: mientras que el primero resulta en códigos legales, el segundo implementa estos códigos de forma institucional.[26] No obstante, existe un uso estratégico de la ley en la gubernamentalidad neoliberal, por lo que las normas se vuelven más importantes que el sistema judicial mismo. Esto no significa que la ley o sus instituciones tienden a desaparecer, sino que la ley, de más en más, sirve como norma —con el objetivo de imponer conformidad y homogenizar—, y que sus instituciones están más integradas en la gubernamentalidad neoliberal a través de un *continuum* de dispositivos con funciones reguladoras.[27]

II. El legado foucaultiano en la obra de Giorgio Agamben y Roberto Esposito

1. *Giorgio Agamben*: nuda vida, homo sacer, *estado de excepción y campo*

En su indagación sobre la biopolítica, Agamben parte de dos ámbitos que Foucault no consideraba los más pertinentes para ese análisis: el derecho y

[23] Estévez, Ariadna, "Biopolítica y necropolítica: ¿constitutivos u opuestos?", *cit.*, p. 25.

[24] Castro, Edgardo, *El vocabulario de Michel Foucault...*, *cit.*, p. 219.

[25] Estévez, Ariadna, "El discurso de derechos humanos como gramática en disputa", *cit.*, p. 375.

[26] Foucault, Michel y Davidson, Arnold I., *Security, Territory, Population...*, *cit.*

[27] Estévez, Ariadna, "Biopolítica y necropolítica: ¿constitutivos u opuestos?", *cit.*, p. 28.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

la teología. Por ello se enfoca en las estructuras jurídicas en las que se inserta el gobierno de los vivos y la fuente teológica de los conceptos políticos modernos. En el primer tomo de *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida* (1998), Agamben vincula la soberanía con el nacimiento de la política, entendiéndola como una biopolítica que, de un lado, funciona a través de la lógica soberana caracterizada por la posibilidad de matar y, de otro lado, se reduce a la producción de la *nuda vida* por parte del Estado a través de la suspensión temporaria del derecho en el estado de excepción.[28]

Así pues, Agamben propone una interpretación de la biopolítica, en la que hay una relación de identidad estructural entre dispositivos biopolíticos y poder soberano.[29] Por definición, el gobierno soberano es biopolítico: no sólo tiene la capacidad de establecer el dominio de lo legal, sino que puede producir estados de excepción (como el campo) en los que cualquier vida puede ser reducida a nuda vida, es decir, en los que todo lo viviente puede ser convertido en un *homo sacer*.[30] En el derecho romano arcaico, los *homines sacri* eran aquellas vidas humanas de las que se podía disponer sin cometer homicidio, sin infringir el ordenamiento jurídico, y sin sacrificarle, es decir, sin considerarlas desde un contexto ritual.[31] Esta figura permite explicar la facultad del soberano no de establecer la *ley*, sino de *suspenderla*. El gobierno soberano tiene la potestad de crear un "estado de excepción", y en dicho espacio, despojar a ciertas personas de aquellas cualidades que las especifican como "una forma-de-vida", como una vida inseparable de su forma, como una vida en contexto que ética y políticamente puede realizar su propia potencia.[32]

Así pues, el poder soberano tiene la facultad de romper la relación —entre los dispositivos jurídicos del Estado, su territorio y las vidas que nacían en él: los nacionales—. El poder soberano es tal porque puede suspender la ley en un determinado espacio y así convertirlo en un campo de exterminio en el que ciertas vidas puedan ser reducidas a meros vivientes. En el campo, poblado por *homo sacer* que pueden ser matados pero no sacrificados, se suman la excepción soberana hecha regla y el paradigma

[28] Agamben, Giorgio, Homo sacer. *El poder soberano y la nuda vida*, Valencia, Pre-textos, 1998.

[29] Muhle, M., "Sobre la vitalidad del poder. Una genealogía de la biopolítica a partir de Foucault y Canguilhem", *Revista de Ciencia Política*, vol. 29, núm. 1, 2009, p. 152.

[30] Agamben, Giorgio, *Medios sin fin. Notas sobre la política*, Valencia, Pre-textos, 2010, pp. 39 y 40.

[31] Quintana Porras, L., "De la nuda vida a la «forma-de-vida». Pensar la política con Agamben desde y más allá del paradigma del biopoder", *Argumentos*, vol. 19, núm. 52, 2006, p. 49.

[32] Agamben, Giorgio, *Medios sin fin. Notas sobre la política*, *cit.*, p. 13.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

biopolítico en la producción de vida desnuda.[33] En tal caso, si el soberano es aquel que decide acerca del estado de excepción, acerca de la vigencia o de la suspensión de la ley, el carácter violento de todo ordenamiento jurídico no puede ser desconocido. Con lo cual, el único modo de restaurar el vínculo entre el *bios* y la forma que supone la vida-en-común es proponer una "existencia que se sitúa por fuera del derecho".[34]

En el *estado de excepción* se suspende la validez del orden jurídico, creando una zona de indiferenciación en la que exterior e interior, *zoe* y *bios*, ley y naturaleza, derecho y hecho se confunden. Pero es precisamente a través de esta suspensión que el orden jurídico se constituye como regla, y es el soberano el que tiene el poder de proclamar el estado de excepción, es quien decide sobre él. Por lo tanto, en el estado de excepción, soberanía y nuda vida se vinculan: la soberanía produce nuda vida al decretar el estado de excepción.[35] Agamben afirma que en la política moderna el estado de excepción tiende a convertirse en regla, con la novedad de que ya no se declara abiertamente. Cuando esto sucede, el espacio de la nuda vida va coincidiendo progresivamente con el espacio político, de forma que *zoe* y *bios*, derecho y hecho entran en una zona de indiferenciación. Y el espacio que se abre cuando el estado de excepción empieza a convertirse en regla es el campo de concentración.[36]

El *campo de concentración* se convierte en una localización espacial permanente, independiente del control judicial, donde la norma es indiscernible de la excepción. Aquí hecho y derecho coinciden, y "todo es posible". En el campo de concentración el estado de excepción se extiende a toda una población civil. Su objetivo es la producción de nuda vida. Se trata de un experimento biopolítico de producción de *zoe*.[37]

Para Agamben, las declaraciones de derechos humanos inscriben la nuda vida en el orden político-jurídico del Estado-nación y se vuelve el fundamento de su legitimidad y soberanía.[38] Al respecto, señala:

---

33 Muhle, M., "Sobre la vitalidad del poder. Una genealogía...", *cit.*, p. 153.

34 Agamben, Giorgio, *Altísima pobreza. Reglas monásticas y forma de vida*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo, 2013, p. 210.

35 Agamben, Giorgio, *Estado de excepción. Homo sacer, II, I,* Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editora, 2003.

36 *Idem*.

37 Agamben, Giorgio, "¿Qué es un campo?", trad. de Flavia Costa, *Artefacto. Pensamientos sobre la Técnica*, núm. 2, 1998, pp. 52 y ss.

38 Estévez, Ariadna, "Asilo y derechos humanos en Estados Unidos y Canadá. Cuestionamientos a Giorgio Agamben", *Norteamérica*, vol. 7, núm. 1, enero-junio de 2012, p. 186.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

> Un simple análisis del texto de la Declaración de 1789 demuestra que es justamente la nuda vida —esto es, el simple hecho de nacer— lo que aparece aquí como la fuente y el portador de derechos. "Los hombres", dice el primer artículo, "nacen y permanecen libres e iguales en derechos...". Al mismo tiempo, sin embargo, la misma vida natural que al inaugurar la biopolítica de la modernidad se coloca en la base del orden se desvanece en la figura del ciudadano, en quien los derechos se preservan... Y la Declaración puede atribuir soberanía a la nación... precisamente porque ya ha inscrito este elemento de nacimiento en el mero corazón de la comunidad política. La nación —el termino deriva etimológicamente del vocablo *nascere* (nacer)— cierra el círculo abierto del nacimiento del hombre.[39]

La politización de la nuda vida es evidente cuando la adjudicación de derechos transforma al simple "hombre" en "ciudadano", y en ese pasaje lo inviste de soberanía. Agamben sostiene que, a través de las declaraciones de derechos humanos, lo que queda en la base no es la persona como un sujeto político consciente y libre, sino simplemente la nuda vida del *hombre*. De este modo, una vez que el *zoe* se politiza con las declaraciones de derechos, es más difícil encontrar los umbrales que definen al nuevo *homo sacer*, la persona que en nuestro tiempo puede ser asesinada, mas no sacrificada, y cuya vida puede arrebatarla cualquier individuo, sin ser perseguido por ello, pues en teoría hoy todos tienen derechos humanos que los respaldan e incluyen en la *polis*.[40]

Agamben propone que el *homo sacer* de nuestro tiempo, la persona que hoy tiene una vida de exclusión jurídica y política, sujeta a violencia y vulnerabilidad, es el refugiado: aquel que se encuentra incluido en lo político y lo jurídico únicamente a través de su exclusión, por lo cual puede ser asesinado sin que ello se considere un crimen.[41] El refugiado encarna la nuda vida, una vida humana simplemente biológica, sin valor político, por lo que su protección se ha sustraído del campo político y se ha dejado en el campo estrictamente humanitario.[42] Los campos de detención de refugiados son,

---

39 Agamben, Giorgio, Homo sacer. *El poder soberano y la nuda vida*, *cit.*, pp. 126 y 127.

40 Estévez, Ariadna, "Asilo y derechos humanos en Estados Unidos y Canadá. Cuestionamientos a Giorgio Agamben", *cit.*, p. 187.

41 Darling, Jonathan, "Becoming Bare Life: Asylum, Hospitality, and the Politics of Encampment", *Environment and Planning D: Society and Space*, vol. 27, 2009, pp. 649-665; Zembylas, Michalinos, "Agamben's Theory of Biopower and Immigrants/Refugees/Asylum Seekers. Discourses of Citizenship and the Implications for Curriculum Theorizing", *Journal of Curriculum Theorizing*, vol. 26, núm. 2, 2010, pp. 31-45; Muller, Benjamin, "Globalization, Security, Paradox: Towards a Refugee Biopolitics", *Refuge*, vol. 22, núm. 1, 2004, pp. 49-57.

42 Agamben, Giorgio, "Beyond Human Rights", *Social Engineering*, núm. 15, 2008, pp. 90-95.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

en consecuencia, el nuevo campo de concentración que expresa la sofisticación totalitaria de la biopolítica contemporánea.[43]

2. *Roberto Esposito: inmunidad, comunidad y el dispositivo de persona*

Roberto Esposito propone otro modo de articular *bios* y política: la *inmunización* y, con ella, establece otra mediación entre la esfera de la vida y la del derecho. De este modo, la regulación de la población es una especie de inmunización contra virus raciales y culturales. Este autor hace una analogía entre la política de la vida y el sistema inmune del cuerpo humano, señalando que éste lucha contra amenazas exógenas de la misma forma que el biopoder lucha contra formas de vida que amenazan a la mayoría.[44]

Esposito distingue entre política sobre la vida y política de la vida. La regulación y control de la migración obedecen a una política sobre la vida, que opera como un *sistema inmune* que defiende el cuerpo —la población o la sociedad— a través de la creación de categorías que niegan el patógeno, como la legalidad y las normas de asilo y ciudadanía (que dan cabida al migrante económico), las cuales, a su vez, permiten la exclusión del migrante irregular o el solicitante de asilo falso. El cambio progresivo o inmunización de la comunidad se logra introduciendo reformas legales, política pública y estrategias legales —como la de asilo—, las cuales crean y reafirman categorías que niegan nuevas formas de migración.[45]

Esposito explicita un vínculo entre vida y política que evidencia tanto los rasgos productivos/afirmativos como los mortíferos/negativos que se juegan en dicho cruce. En la noción de *immunitas* conviven un sentido biomédico y otro jurídico: según el primero, la inmunización alude a la capacidad del organismo de resistir a los ataques de un agente etiológico externo; según el segundo, con la *immunitas* se exonera a alguien de una carga que comparten el resto de los ciudadanos. De este modo, Esposito da otra perspectiva de la vida común: si la *communitas* supone la ruptura de las barreras protectoras de la pretendida identidad individual, la *immunitas*, por el contrario, se refiere al intento de reconstruir tales protecciones, defensiva y ofensivamente, contra todo aquello que suponga una ofensa.[46]

---

43 Agamben, Giorgio, Homo sacer. *El poder soberano y la nuda vida, cit.*

44 Esposito, Roberto, *Comunidad, inmunidad y biopolítica*, Barcelona, Herder, 2009, pp. 19 y 20.

45 Estévez, Ariadna, "Biopolítica y necropolítica: ¿constitutivos u opuestos?", *cit.*, p. 17.

46 Esposito, Roberto, *Bios. Biopolítica y filosofía*, *cit.*, p. 73.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

Esposito reconoce la ambigüedad del término: aunque una cuota de inmunización sea necesaria para nuestra vida, llevada a límites extremos, puede poner en peligro la propia vida. Tal como ocurre con los procesos inmunitarios en el ámbito de la biología humana, donde el exceso de inmunidad puede causar la muerte —como las enfermedades autoinmunes— o donde tales procesos pueden ponerse en suspenso para alojar algo distinto —otra vida en el embarazo, o un órgano ajeno en el caso de los trasplantes—, también las dinámicas sociales pueden ser pensadas desde esta ambivalencia: aunque toda comunidad pueda defenderse de lo que efectivamente la destruye, también debe ser capaz de inhibir su tendencia inmunitaria respecto de lo que supone diferente. Es decir, aquello mismo que puede ser motivo de riesgo, entraña también recursos emancipatorios por exhumar.[47]

En tal caso, el vínculo entre *bios* y política, entre vida y poder, entre lo viviente y lo jurídico, no puede ser leído al modo agambeniano. La vida, según Esposito, no se ve despojada necesariamente por el dispositivo jurídico; la articulación entre *bios-nomos* no implica *per se* una experiencia tanatopolítica. De hecho, implica una biopolítica afirmativa: una política de la vida, y no sobre la vida. Supone la posibilidad de operar sobre el derecho para ponerlo al servicio del cuerpo viviente. Tal afán se hace explícito en la pretensión espositeana de pasar del "derecho de la persona" a un "derecho de los cuerpos". En opinión de Esposito, hoy más que nunca cualquier esfuerzo por reivindicar el valor de la vida humana se asocia *per se* a la afirmación de la noción de persona: "devenir persona es el umbral, el paso crucial a través del cual una materia biológica carente de significado deviene algo de carácter intangible". Si quitamos la primacía ontológica de lo personal respecto de lo que no lo es, pareciera que "sólo puede ser sagrada o apreciable desde un punto de vista cualitativo la vida que ha traspasado ese umbral simbólico, que es capaz de acreditarse como persona".[48] En el plano jurídico, por ejemplo, la defensa de los derechos subjetivos encuentra un fundamento necesario en la categoría de persona: "sólo ella es capaz de llenar el hueco que desde el origen del estado moderno se ha producido entre el concepto de hombre y el de ciudadano".[49] Sólo el carácter universal de la noción de persona permitiría la expansión de los derechos fundamentales a todo sujeto humano.

---

47 Esposito, Roberto, *Comunidad, inmunidad y biopolítica*, *cit.*

48 *Ibidem*, pp. 189 y 190.

49 *Ibidem*, p. 190; Esposito, Roberto, *Tercera persona. Política de la vida y filosofía de lo impersonal*, Buenos Aires, Amorrortu, 2009, p. 12.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

III. El derecho como regulación de la vida y la muerte: biopolítica y necropolítica legal

Las personas que lean este libro tienen una variedad de temas para estudiar el derecho desde marcos analíticos y críticos poco explorados en nuestro país, la biopolítica y la necropolítica,[50] con ejemplos (desgarradores) que vemos todos los días en nuestro acontecer nacional: violaciones de derechos humanos de mujeres, personas migrantes, víctimas de trata y comunidades indígenas, que nos interpelan a mirar al derecho desde una visión que critica y cuestiona las narrativas dadas y hegemónicas que trabajan a favor de los intereses de poder dominantes en la sociedad. Esta visión del derecho nos debe permitir criticar analíticamente su papel en la sociedad y verlo como una resistencia capaz de cuestionar el *statu quo* de violaciones de derechos humanos y apelar a una dinámica social mucho más justa y distinta de aquella que normalizamos día a día en nuestras sociedades y, especialmente, en nuestro país.

En el capítulo primero, titulado "Biopolítica y garantismo en México", Bernardo Bolaños muestra la influencia en México de dos corrientes teóricas italianas: la teoría penal garantista y la biopolítica, las cuales tuvieron auge en ese país entre los años setenta del siglo XX e inicios del XXI. El autor sostiene que estas dos teorías han influenciado poderosamente el debate sobre la "narcoguerra" en México; sin embargo —apunta— ésta no es un fenómeno análogo al acontecido en los años del terrorismo en Italia, que fueron el telón de fondo para el trabajo teórico de autores como Ferrajoli, Negri y Agamben. Los operativos de las fuerzas armadas mexicanas para enfrentar a los cárteles de la droga son un caso radicalmente distinto al del encarcelamiento de miles de italianos acusados de tener vínculos con las Brigadas Rojas y otros grupos terroristas. Ferrajoli y los biopolíticos italianos han denunciado el estado de excepción caracterizado por maxiprocesos judiciales y leyes penales punitivas. No obstante, en México se vive una crisis de seguridad pública que ha pretendido ser enfrentada mediante militarización. Así pues, Bolaños afirma que la teoría garantista no ha sido totalmente adecuada para abordar la situación de México durante esta última década, pero sí ha influenciado considerablemente al país y a las reformas constitucionales. El autor argumenta que mientras que el garantismo ofrece una propuesta institucional, existen otras corrientes de la filosofía jurídico-política italiana, particularmente la biopolítica, que han acompañado al auge del formalismo garantista en México, la cual ha servido de pensamiento crítico de la violencia que ha abierto el camino a la reforma penal.

[50] Estévez, Ariadna, "Biopolítica y necropolítica: ¿constitutivos u opuestos?", *cit.*, p. 28.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

En el capítulo segundo, denominado "El derecho en la dialéctica de *communitas* e *immunitas*. El efecto de inhibición del derecho sobre la comunidad", Luis Eduardo Rivero Borrell Zermeño señala que para comprender mejor el derecho es importante conocer sus posibles efectos perjudiciales y, con esto, ubicar sus límites. Sin embargo, pensar que el derecho pueda tener un efecto inhibitorio o represivo sobre la comunidad presenta ciertas dificultades por la relación que guardan las nociones de derecho y comunidad. En este sentido, y construyendo su argumento desde la obra de Roberto Esposito, filósofo italiano contemporáneo que utiliza los marcos de la biopolítica, sitúa el problema de la relación entre las nociones de derecho y comunidad. Explica la dialéctica de *communitas e immunitas* de Esposito, al mismo tiempo que la sitúa como un marco filosófico para la reflexión teórica sobre las dos nociones sobre las que construye su capítulo: comunidad y derecho. El autor cierra apuntando el efecto inhibitorio que el derecho tiene sobre la comunidad, así como posibles líneas de investigación que esta reflexión crítica abre sobre el derecho.

En el capítulo tercero, nombrado "El clausulado de la distopía. El estado de excepción en tiempos de neoliberalismo necropolítico", Silvano Cantú hace una trayectoria de la noción de "estado de excepción". Señala que este concepto nació junto a los derechos humanos en los primeros textos constitucionales de la modernidad política, y que su trayectoria encuentra un elemento contingente, la necesidad, cuya domesticación ha sido objeto de una creciente sofisticación. Sin embargo, tras el triunfo formal de la técnica de control del estado de necesidad, con la universalización del estándar de estado de excepción a través del derecho internacional de los derechos humanos, el autor apunta que se advierte una tendencia de los Estados a emplear nuevas técnicas para construir la necesidad sin someterse a los rituales y contrapesos constitucionales del estado de excepción "tradicional". El autor anota que el uso de la jurisdicción militar a violaciones de derechos humanos y un discurso del enemigo público en el derecho penal son dos ejemplos de cómo se configura un estado de excepción que se sustrae a los controles del constitucionalismo moderno.

En el capítulo cuarto, titulado "Biopolítica y violencia feminicida: la gubernamentalización en el acceso a la justicia penal de las mujeres en Tijuana", Janeth Hernández Flores señala que la violencia feminicida, como tecnología biopolítica, tiene como propósito el control y la regulación de la vida de las mujeres mediante la intervención gubernamental. Basándose en el trabajo de Ariadna Estévez sobre gubernamentalización necropolítica del Estado y la masculinidad hegemónica, la autora sostiene que el Estado gubernamentalizado se rige mediante prácticas y políticas públicas orientadas

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

a fortalecer el mercado, manejar la conducta de la población y mantener niveles de impunidad que permitan la reproducción del capital que lo sostiene, y que en muchos casos tiene participación criminal. En este sentido, la autora argumenta que, en el Estado gubernamentalizado la violencia feminicida mantiene el poder mediante prácticas rentables para la dinámica capitalista como el estatus económico neoliberal y el control androcéntrico, y que para ello utiliza los aparatos de seguridad y de administración de justicia. Así, en su capítulo, la autora analiza cómo se articula gubernamentalmente el control de las mujeres mediante la violencia feminicida en la ciudad de Tijuana, generando y permitiendo un régimen de terror que genera sumisión y docilidad en las mujeres, y propiciando impunidad al hacer nugatorio el derecho de acceso a la justicia penal de las mujeres víctimas de violencia.

En el capítulo quinto, denominado "Biopolítica, racismo de Estado y migración. Persecución de la vida cotidiana de personas migrantes irregulares en países postindustriales", Agustín Morales Mena aborda las creencias, las actitudes y los comportamientos racistas que son ejecutados desde el aparato del Estado hacia la población migrante, retomando algunos ejemplos del caso estadunidense y europeo a inicios del siglo XXI. El autor realiza un recorrido teórico e histórico del racismo y el racismo de Estado, para posteriormente enlistar ejemplos de dispositivos y acciones concretas en países postindustriales que retratan la política racial de Estado, la cual incide directa e indirectamente en la gestión de la vida y la muerte física, social, económica y política de las personas migrantes. El racismo de Estado que aborda este capítulo se materializa a partir de dispositivos de control biopolítico; es decir, de gestión de los cuerpos de las personas migrantes (en especial de las irregulares) y su vida cotidiana. Entre éstos se encuentran las leyes, las políticas públicas, los operativos, la criminalización y la securitización de los flujos migratorios, así como frecuentes declaraciones de políticos y funcionarios que estigmatizan la diversidad de fenotipos, lenguas y culturas. Los ejemplos que retoma el autor permiten comprender el acoso de la cotidianeidad migrante, donde el marco legal constituye el ejemplo por antonomasia de las distintas estrategias de gestión de la vida y la muerte de las personas migrantes, y que a su vez permite operacionalizar el estudio del racismo de Estado en democracias postindustriales.

En el capítulo sexto, nombrado "Aproximación biopolítica a la trata: el caso de las personas migrantes", Pablo Armando González Ulloa Aguirre analiza la trata de personas desde una visión teórico-política-filosófica, buscando aportar una reflexión más profunda del tema. Para ello presenta, en primer lugar, un recorrido histórico por el humanismo y su reivindicación

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

de la dignidad de las personas, la lucha por la abolición de la esclavitud y los tratados más recientes que luchan por la libertad y la dignidad de todas las personas, hasta llegar a la trata de personas como una forma de esclavitud moderna. Posteriormente, el autor presenta una discusión filosófica acerca de las implicaciones de la trata de personas contra la libertad y la dignidad, desde la significación que hace Immanuel Kant del principio de autonomía del hombre. La discusión anterior sirve de antesala para la proposición del uso del término *homo sacer* para discutir sobre las personas que pierden sus derechos en razón de la trata de personas, y terminar con las implicaciones que, hacia la exclusión social, tiene la misma.

Finalmente, en el capítulo séptimo, titulado "Desposesión situada de derechos humanos: extractivismo en la Sierra Norte de Puebla, México", Mariana Celorio Suárez sostiene que el Estado mexicano produce dos tipos de crisis en el ámbito de derechos humanos: la violación de derechos humanos por acción, omisión o exclusión; y la desposesión de derechos humanos, categoría analítica que propone para comprender la eliminación *de facto* de derechos humanos en el capitalismo neoliberal. Para estos efectos, la autora analiza la desposesión biopolítica de derechos humanos que opera el capitalismo neoliberal a la luz del extractivismo minero en México. Para ello, identifica al derecho como dispositivo de control y ordenamiento social que regula la vida y la muerte. Dentro de este dispositivo, estudia las figuras jurídicas de "servidumbre legal" y "utilidad pública", recursos legales que dotan de legitimidad al gobierno de México para expropiarle a pueblos indígenas y mestizos sus territorios y entregárselos en concesión al capital, con lo cual se desposeen los derechos al territorio, al patrimonio, al agua, al trabajo, a la familia, a una vida digna y a la felicidad; derechos conquistados a través de luchas históricas.

IV. Bibliografía

Agamben, Giorgio, "¿Qué es un campo?", trad. de Flavia Costa, *Artefacto. Pensamientos sobre la Técnica*, núm. 2, 1998.

Agamben, Giorgio, *Estado de excepción.* Homo sacer, Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editora, 2003.

Agamben, Giorgio, Homo sacer. *El poder soberano y la nuda vida*, Valencia, Pretextos, 2010, 1998.

Agamben, Giorgio, "Beyond Human Rights", *Social Engineering*, núm. 15, 2008.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

AGAMBEN, Giorgio, *What is an Apparatus? and other Essays*, Stanford, Stanford University Press, 2009.

AGAMBEN, Giorgio, *Medios sin fin. Notas sobre la política*, Valencia, Pre-textos, 2010.

AGAMBEN, Giorgio, *Altísima pobreza. Reglas monásticas y forma de vida*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo, 2013.

CASTRO, Edgardo, *El vocabulario de Michel Foucault. Un recorrido alfabético por sus temas, conceptos y autores*, Bernal, Universidad Nacional de Quilmes, 2004.

CASTRO, Edgardo, "Biopolítica: orígenes y derivas de un concepto", en CASTRO, Edgardo *et al.*, *Biopolítica. Gubernamentalidad, educación, seguridad*, Buenos Aires, UNIPE-IPC, 2011.

DARLING, Jonathan, "Becoming Bare Life: Asylum, Hospitality, and the Politics of Encampment", *Environment and Planning D. Society and Space*, vol. 27, 2009.

ESPOSITO, Roberto, *Bios. Biopolítica y filosofía*, Buenos Aires, Amorrortu, 2006.

ESPOSITO, Roberto, *Comunidad, inmunidad y biopolítica*, Barcelona, Herder, 2009.

ESPOSITO, Roberto, *Tercera persona. Política de la vida y filosofía de lo impersonal*, Buenos Aires, Amorrortu, 2009.

ESTÉVEZ, Ariadna, "Asilo y derechos humanos en Estados Unidos y Canadá. Cuestionamientos a Giorgio Agamben", *Norteamérica*, vol. 7, núm. 1, enero-junio de 2012.

ESTÉVEZ, Ariadna, "El discurso de derechos humanos como gramática en disputa", *Discurso & Sociedad*, vol. 11, núm. 3, 2017.

ESTÉVEZ, Ariadna, "Biopolítica y necropolítica: ¿constitutivos u opuestos?", *Espiral, Estudios sobre Estado y Sociedad*, vol. XXV, núm. 73, 2018.

FOUCAULT, Michel, "Historia de la medicalización. Segunda conferencia dictada en el curso de medicina social que tuvo lugar en octubre de 1974 en el Instituto de Medicina Social, Centro Biomédico de la Universidad Estatal de Río de Janeiro, Brasil", *Educación Médica y Salud*, vol. 11, núm. 1, 1977.

FOUCAULT, Michel, *The History of Sexuality*, vol. III, *The Care of the Self*, trad. de R. Hurley, Londres, Allen Lane-The Penguin Press, 1988.

FOUCAULT, Michel, *Ethics: Subjectivity and Truth*, Nueva York, The New Press, vol. I, 1997.

FOUCAULT, Michel, *Historia de la sexualidad I. La voluntad de saber*, 25a. ed., México-Madrid, Siglo XXI Editores, 1998.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

FOUCAULT, Michel, *Power*, Nueva York, The New Press, 2000, vol. III.

FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2002.

FOUCAULT, Michel, *The Birth of Biopolitics*, Nueva York, Picador, 2004.

FOUCAULT, Michel, *Defender la sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.

FOUCAULT, Michel, *Seguridad, territorio, población*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.

FOUCAULT, Michel, *Los anormales. Curso en el Collége de France 1974-75*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2007.

FOUCAULT, Michel *et al.*, *Security, Territory, Population: Lectures at the College de France, 1977-78*, Basingstoke, Palgrave MacMillan, 2007.

LEMKE, Thomas, *Biopolitics. An Advanced Introduction*, Nueva York, New York University Press, 2011.

MUHLE, M., "Sobre la vitalidad del poder. Una genealogía de la biopolítica a partir de Foucault y Canguilhem", *Revista de Ciencia Política*, vol. 29, núm. 1, 2009.

MULLER, Benjamin, "Globalization, Security, Paradox: Towards a Refugee Biopolitics", *Refuge*, vol. 22, núm. 1, 2004.

QUINTANA PORRAS, L., "De la nuda vida a la «forma-de-vida». Pensar la política con Agamben desde y más allá del paradigma del biopoder", *Argumentos*, vol. 19, núm. 52, 2006.

SAIDEL, Matías L., "Lecturas de la biopolítica: Foucault, Agamben, Esposito", *Opción*, vol. 177, 2013.

ZEMBYLAS, Michalinos, "Agamben's Theory of Biopower and Immigrants/Refugees/Asylum Seekers. Discourses of Citizenship and the Implications for Curriculum Theorizing", *Journal of Curriculum Theorizing*, vol. 26, núm. 2, 2010.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

CAPÍTULO PRIMERO

BIOPOLÍTICA Y GARANTISMO EN MÉXICO

Bernardo BOLAÑOS GUERRA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Garantismo y biopolítica en Italia*. III. *Los* años de plomo *en Italia (1960-1981)*. IV. *Luigi Ferrajoli*. V. *Biopolítica italiana: Ferrajoli, Negri y Agamben*. VI. *Recepción del garantismo y la biopolítica en México*. VII. *Conclusión*. VIII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

En este ensayo mostraremos la gran influencia de dos corrientes teóricas italianas en México a principios del siglo XXI: la teoría penal garantista y la biopolítica. Sostendremos que, dado que la narcoguerra actual en México no es un fenómeno análogo a los años del terrorismo en Italia, la teoría garantista no ha sido totalmente adecuada para abordar la situación de México durante esta última década, y, sin embargo, ésta ha influenciado considerablemente al país y a las reformas constitucionales.[1] Otras corrientes de la filosofía jurídico-política italiana, particularmente la biopolítica, han acompañado el auge del formalismo garantista en México.[2] Mientras que el garantismo ofrece una propuesta institucional, la biopolítica ha servido de pensamiento crítico de la violencia que ha abierto el camino a la reforma penal.

El garantismo es, como veremos, una especie de formalismo jurídico. El formalismo se caracteriza por afirmar la completud y coherencia de

* Profesor de Filosofía y de Derecho en la Universidad Autónoma Metropolitana, Cuajimalpa.

[1] Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011; Ruiz Saldaña, José Roberto, *El itinerario intelectual y político de Luigi Ferrajoli* (tesis doctoral), Madrid, Universidad Carlos III, 2011. *Cfr*. También las revistas de Javier Sicilia, activista del Movimiento por la Paz con Justicia y Dignidad, *Conspiratio* e *Ixtus*.

[2] Diéguez, Ileana, *Cuerpos sin duelo. Iconografías y teatralidades del dolor*, Monterrey, UANL, 2013; González Rodríguez, Sergio, *Campo de guerra*, Barcelona, Anagrama, 2014.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

los sistemas jurídicos y, como consecuencia, el autocontrol judicial (*judicial restraint*) y la postulación de soluciones correctas a cada problema jurídico.[3] Por su parte, el garantismo es, como veremos, la teoría jurídica inspirada originalmente en la obra de Luigi Ferrajoli, que afirma la posibilidad de que los jueces defiendan los derechos fundamentales mediante la aplicación deductiva de las garantías implícitas en el orden constitucional, sin recurrir a la ponderación discrecional. El garantismo ha inspirado buena parte de la reforma penal mexicana de 2008, que no entró en vigor inmediatamente, sino en 2016, así como de la reforma constitucional de derechos humanos de 2011. Pero llamaremos, con otros autores, "hipergarantismo" o "garantismo extremo" a la versión fuerte de esa teoría: "normas que teóricamente están destinadas a proteger a los ciudadanos pero que, de forma paradójica, tienen el efecto contrario al que se pretende, pues desamparan al ciudadano porque dejan inermes a las instituciones del Estado que se ven imposibilitadas para cumplir con su tarea".[4] Entre otros excesos, el hipergarantismo justifica la existencia de falsos negativos (verdaderos criminales declarados inocentes) por violaciones menores a las normas jurídicas o a las reglas acerca de los estándares de prueba.

¿Qué es biopolítica? Foucault lo resume con un juego de palabras: antes los reyes hacían morir a los condenados, pero dejaban a la gente vivir libremente. Ahora los gobernantes hacen vivir a las personas de la manera que ellos desean, pero dejan morir libremente a los que sobran. Este último periodo es el de la biopolítica. Para algunos, el enfoque carece de rigor, y se trata de una mera teoría de la conspiración;[5] para otros, de un enfoque crítico en las ciencias sociales.

La conexión entre el garantismo penal y la biopolítica parece ser meramente contingente. Ambas teorías tuvieron gran importancia durante los setenta del siglo XX en Italia, y la tienen en México a principios del siglo XXI. Nuestra hipótesis es que en México la combinación de ellas ha producido dos fenómenos concatenados: primero, la crítica radical del sistema jurídico que produjo; segundo, la instauración improvisada del nuevo siste-

---

[3] Shapiro Scott, J., *Legality*, Cambridge, Harvard University Press, 2013, pp. 234-258.

[4] Castresana, Carlos, *Hipergarantismo: el caso de Guatemala*, México, Inacipe, 2017, p. 40. Véase Aguilera García, E. R., "¿Garantismo extremo o mesurado? La legitimidad de la función jurisdiccional penal: construyendo el debate Ferrajoli-Laudan", *Isonomía*, núm. 40, 2014, pp. 61-93; Servet, V. M., "La prueba en el proceso penal: entre el hipergarantismo y la victimización secundaria", *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 54, 2008, pp. 78-92.

[5] Berman, Marshall, *Todo lo sólido se desvanece en el aire: la experiencia de la modernidad*, México, Siglo XXI, 2001, pp. 24 y 25.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

ma garantista. Como corolario, las víctimas de los delitos vieron aumentar la impunidad.

II. Garantismo y biopolítica en Italia

La biopolítica difiere de la filosofía política angloamericana como el cine de Fellini o el de Tarkovsky difieren del cine de Hollywood. En la industria hollywoodense, para lograr suspenso se provoca en el espectador la pregunta: "¿Qué va a pasar?" (¿el detective resolverá el misterio?, ¿el villano será capturado?). En Fellini o Tarkovsky, en cambio, la pregunta que nos motiva es: "¿Qué está pasando?" (quiero entender dónde están los personajes: ¿en un circo o en un sueño?). Igual ocurre en la filosofía política angloamericana y en la biopolítica, respectivamente. Los filósofos liberales anglosajones se preguntan: ¿qué va a pasar con las sociedades ante la guerra fría, ante la globalización?, ¿es prioritaria la libertad o la igualdad? Rawls no titula su obra maestra: *¿qué es la justicia?*, sino, *Una teoría de la justicia*. En cambio, los lectores de Foucault, de Deleuze o de Agamben sí se enfrentan a libros como: *¿qué es un dispositivo?*, *¿qué es la filosofía?*, *¿qué es lo contemporáneo?*, o *¿qué es la Ilustración?* En los libros de Foucault vamos asimilando la mirada del autor en la medida en que comprendemos lo que él llama anatomopolítica, biopolítica, sociedad disciplinaria, sociedad de control.

Entre los máximos exponentes de la biopolítica en Italia se encuentran Antonio Negri y Giorgio Agamben. El primero considera que el "imperio" o "biopoder", formado por potencias estatales, empresas trasnacionales y las ONG, busca controlar la vida humana y debe ser enfrentado por la multitud o humanidad no regimentada. Esta última debe ejercer una biopolítica afirmativa. Agamben, por su parte, difiere de Foucault, y cree que la biopolítica es anterior a la época moderna y consiste en la facultad del soberano de decidir la excepción al derecho, de modo que en la antigüedad se podía matar sin proceso al *homo sacer*, y en la actualidad es posible exterminar a minorías enteras en campos de exterminio. Todos estos autores italianos conforman un ejemplo significativo de pensamiento crítico radical contemporáneo, distinto de los filósofos liberales, como Rawls y el último Habermas, más institucionales y ubicados en el centro político.[6]

[6] El caso de Foucault es interesante. A veces considerado un pensador radical, en realidad en su última etapa elogió la socialdemocracia alemana y criticó a la izquierda radical. Los biopolíticos italianos Agamben, Negri, Federici y Virno importaron la biopolítica de Francia y la alejaron del pensamiento liberal. Foucault, Deleuze y Guattari ya tenían vínculos con la izquierda "operacionista", fortalecidos por la persecución y el exilio de intelectuales

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

En la misma época, el garantismo surge como teoría jurídica en Italia. Emerge a partir de la obra del juez y académico marxista Luigi Ferrajoli. El garantismo rechaza quedarse en la abstracción de los derechos humanos y pugna por la materialidad de las garantías constitucionales. Es una teoría de la garantía de los derechos. Además, como reconoce uno de los principales impulsores del garantismo en México: "En el modelo garantista, se rechaza el decisionismo en derecho. En particular, la función judicial debe ceñirse, rigurosamente, al principio de legalidad... el intérprete del derecho debe adoptar una actitud cognoscitiva y no creativa del derecho".[7] Es por esta última característica que el garantismo encuadra perfectamente en las características del formalismo jurídico.[8] La idea de que la teoría del derecho no es una teoría de la decisión, sino cognoscitivista, rompe con una tradición que remonta a Aristóteles. El juez es, desde hace más de dos mil años, el que decide prudentemente (juris-prudente). La idea de que es posible conocer el derecho y aplicarlo sin discrecionalidad es la ingenua teoría del juez máquina, del juez calculador, del sistema jurídico como una computadora. Es el formalismo jurídico tan desprestigiado fuera de Italia e Iberoamérica.

El positivismo jurídico dominante en el mundo ya se había distanciado, desde los sesenta, del formalismo gracias a la obra de Herbert L. A. Hart, quien mostró que la incertidumbre es intrínseca a la textura abierta de los conceptos jurídicos y a la naturaleza derrotable (*defeasible*) de unas normas jurídicas frente a otras. Dicho de otro modo, el textualismo y la interpretación literal del derecho no son garantía del éxito del cognoscitivismo jurídico. Más aún, la incertidumbre es preferible a una hipotética completud y coherencia que dejarían cerrada la vía para que el juez corrija los casos absurdos y notoriamente injustos de aplicación axiomática de la ley (el ga-

---

italianos en Francia, pero sin que Foucault se confundiera ideológicamente con ellos. Aunque los tres filósofos franceses firmaron en defensa de perseguidos por supuesta complicidad con el terrorismo, Guattari colaboró más estrechamente con ellos en el proyecto de la estación de radio libre "Alicia". "Radio Alicia, animada por Franco Berardi (Bifo), uno de los principales teóricos de la nueva rebelión, «autónomos creativos», que a raíz de estos acontecimientos fue acusado de «incitación moral a la revuelta» y tuvo que huir de Italia. Radio Alicia, de Bolonia, la «ciudad vitrina del comunismo», es una emisora célebre en toda Italia, modelo de muchas otras y la primera en lanzar la experiencia, de la «guerrilla de la información». Una voz que, como dice Guattari en la introducción del libro Radio Alicia-Radio Libre, «Opone al deseo de poder de los discursos del orden, el poder del deseo contra el orden del discurso»". Ferrer, Esther, "Las «radios libres», un fenómeno en auge", *El País*, 5 de octubre de 1977, disponible en: *https://elpais.com/diario/1977/10/05/sociedad/244854007_850215.html*.

[7] Salazar, Pedro, "Garantismo", en Pereda, Carlos (ed.), *Diccionario de justicia*, México, Siglo XXI, 2017, p. 216.

[8] Shapiro, Scott J., *op cit.*, pp. 234-258.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

rantista Ferrajoli axiomatizó sus teorías jurídicas penal y general). Como explica Shapiro, "a pesar de lo frustrante que sea la incertidumbre para quienes son vulnerables al poder coercitivo del Estado, es sin embargo claro que el mundo estaría mucho peor si ese tipo de dudas jamás surgiesen".[9]

Para contrastar el garantismo tan popular hoy en México, baste decir que una figura emblemática de la lucha contra la mafia, el juez Giovanni Falcone, no fue un garantista. Las leyes que combatían a la mafia y al terrorismo no eran leyes garantistas. Por otro lado, Luigi Ferrajoli, padre del garantismo, era uno de los discípulos de Norberto Bobbio; era conocido por su ideología marxista (un marxista analítico italiano), pero no era, como ha llegado a serlo en México, un ideólogo del sistema de procuración de justicia. Es paradójico que los jueces y magistrados penales mexicanos invoquen la teoría de Ferrajoli pero hagan peregrinaciones a Palermo, Sicilia, a rendir homenaje al juez mártir y conocer cómo se realizaban los maxiprocesos contra la *Cosa Nostra*. Hemos constatado, gracias a entrevistas, que en muchos casos los juzgadores mexicanos desconocen las diferencias teóricas entre ambos juristas italianos. En España tampoco ha sido hegemónica la teoría garantista y el fin del terrorismo vasco, por ejemplo, coincidió con el encarcelamiento de líderes de partidos políticos a los que no se les probó, con el rigor que exige el garantismo, la participación en hechos violentos, como Arnaldo Otegi, sino más bien su ideología cercana a la violencia (semejante en ciertos aspectos al encarcelamiento de Toni Negri, en Italia).

Así, es sorprendente que ambos enfoques teóricos, biopolítica y garantismo italianos, que tienen presencia menor en Europa del Norte y Estados Unidos comparados con los de Rawls, Habermas o Hart, se hayan convertido en los anteojos teóricos privilegiados para abordar la crisis de violencia que enfrenta México desde 2006. Es sorprendente porque su vinculación parece ser meramente contingente: ambos fueron desarrollados en Italia en las últimas décadas, producto del contexto local de violencia, pero tienen poco en común entre sí y en relación con la situación de América Latina. Sin embargo, mientras que partidarios y opositores a la reforma penal mexicana se asumen o se acusan de ser "garantistas" o "hipergarantistas", la izquierda suele denunciar la narcoguerra en México ubicando a su perpetrador como el "biopoder" o el "necropoder".

La gran importancia del garantismo en México puede relacionarse con la formación de algunas elites jurídicas. Durante su participación en 2010 en el Congreso Internacional "Constitucionalismo a dos siglos de su nacimiento en América Latina", Miguel Carbonell explicaba:

[9] *Ibidem*, p. 256.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

> En 1995 se publica la primera edición en español de la magna obra de Luigi Ferrajoli que se llama *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*... Fue mi primer encuentro, por supuesto, con el garantismo y debo decirles que quedé absolutamente maravillado. Aunque no entendí todo. De hecho no entendí demasiado la primera vez que leí Derecho y razón. Prácticamente no entendí hasta que llegué hasta el final. Los capítulos XIII y XIV... La oportunidad de la reforma penal publicada en el 2008 debe ser aprovechada para hacer una relectura en clave garantista del sistema penal, incorporando una visión que ha sido largamente difundida y defendida por Luigi Ferrajoli a través de distintos ensayos.[10]

Ahora bien, el contexto histórico italiano a partir de los sesenta del siglo XX tiene efectivamente algunas semejanzas con el mexicano, en particular la expansión del crimen organizado (la mafia siciliana). Pero la narcoguerra en América del Norte con la complicidad de un paraEstado difiere radicalmente del encarcelamiento formal de miles de italianos acusados de tener vínculos con las Brigadas Rojas y otros grupos subversivos. En Italia ocurrió una guerra sucia legislativa, seguida de una guerra sucia judicial. En México, por el contrario, el propio gobierno de Felipe Calderón, artífice de una guerra sucia militar, apoyó una reforma garantista en 2008. En 2016, en vez de perseguir oficialmente a miles de sospechosos, como en Italia, se han liberado decenas de miles de reos, gracias a la reforma penal.[11] Más que diferencias entre el caso italiano y el mexicano, se trata incluso de contrastes.

Muchos de los perseguidos en Italia (como Virno y Negri) se convirtieron en teóricos de la biopolítica que denunciaron el autoritarismo estatal y los maxiprocesos. Otros, como Agamben, eran aliados y son citados por aquéllos. Ferrajoli, como juez, también dedicó su obra a combatir esos juicios masivos contra presuntos mafiosos y subversivos (los llamados maxiprocesos). Esa y no otra es la fuente del garantismo.[12] En México, en cambio, se vive más bien una crisis e ineficacia de la presencia estatal, aunada a la corrupción y la barbarie de los enfrentamientos entre grupos criminales, y entre éstos y el ejército. Quizá la mejor vinculación entre el garantismo original y su versión aplicada en México sea la idea de que

---

[10] Carbonell, Miguel, "La reforma penal en México", *Congreso internacional. Constitucionalismo a dos siglos de su nacimiento en América Latina*, Puebla, UNAM-BUAP, 2010, disponible en: *https://www.youtube.com/watch?v=jLskrcQxN5U* (fecha de consulta: 13 de marzo de 2019).

[11] Disponible en: *http://www.jornada.unam.mx/2017/10/22/politica/012n1pol.*

[12] Ruiz Saldaña, J. R., *op cit.*, pp. 86-93.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

la militarización de la seguridad pública no es garantista. Pero no era necesario elevar a esta teoría tan alto para llegar a dicha conclusión.

Adentrémonos ahora en las circunstancias sindicales e ideológicas que produjeron la crisis de violencia a la que responden el garantismo y la biopolítica italianos.

III. Los *años de plomo* en Italia (1960-1981)[13]

La represión policiaca en la fábrica de FIAT (empresa automotriz que contaba con sesenta mil obreros en 40 cadenas de montaje), en Turín, en 1955, es un antecedente histórico de los llamados *anni di piombo* (años de plomo). La siguieron las manifestaciones antifascistas en Génova contra la cohabitación de la democracia cristiana y el partido neofascista MSI en 1959 y 1960. Hay que decir que en esta misma época ocurría una importante migración interna en Italia hacia las zonas industriales, y que serviría de ejército de la protesta. Por ejemplo, en 1962 estallan nuevas manifestaciones violentas contra la renovación del convenio con la FIAT y se detiene a noventa personas, dos tercios de las cuales son migrantes venidos del sur. En este contexto, el dirigente demócrata cristiano Aldo Moro logra un pacto político de gobierno con el Partido Socialista Italiano que durará hasta 1968.

Otra huelga en la FIAT estalla en 1966, y cuando es levantada, las bases permanecen inconformes con el arreglo laboral. Dos años más tarde, el movimiento estudiantil de 1968, que cuenta originalmente con el apoyo del Partido Comunista Italiano (PCI), comienza a distanciarse de los partidos de izquierda. Los comunistas llaman a la ideología de los jóvenes "infantilismo anarquista y extremista".[14] En resumen, miles de obreros y estudiantes se acercan a posiciones más anarquistas que propiamente sindicalistas, socialistas o comunistas. Por ejemplo, en 1969 vuelven a estallar luchas sindicales en la FIAT, pero la base obrera se enfrenta con los sindicatos, que entonces tienen, por ley, el monopolio de la representación en "comisiones internas". Estas últimas son sustituidas por consejos de fábrica formados por trabajadores sindicalizados y no sindicalizados. Se logra así, por la vía libertaria, la ansiada unidad de los trabajadores, antes imposible por la exis-

[13] Para esta sección hemos consultado, principalmente: Bascetta, S. Bonsignori *et al.* (eds.), *1968. Una revolución mundial*, Madrid, Akal, 2001; Ruiz Saldaña, J. R., *op. cit.*; Negri, Antonio, *Los libros de la autonomía obrera*, Madrid, Akal, 2004.

[14] Estos vaivenes en el seno del comunismo se verán agravados por el alejamiento del PCI de la URSS, a causa de la invasión de Checoslovaquia.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

tencia de sindicatos separados: católico, comunista y socialista con representación oficial al obtener la mayoría.

Las tendencias anarquistas coexisten en la época con una radicalización ideológica de los trabajadores que antes no militaban. La central sindical comunista pasa de 4 a 6.7 millones de afiliados entre 1965 y 1975. El sindicalismo católico (CISL) comienza a reivindicar la modificación del sistema capitalista y del poder obrero en las fábricas. La subjetividad obrera cambia del disciplinado militante sindical a un trabajador militante más radical y más espontáneo.

En los mismos años sesenta, los intelectuales de izquierda buscan acompañar, cada uno a su modo, las luchas obreras. La revista *Quaderni Rossi* surge en 1960 con colaboradores socialistas (como su director), comunistas y autonomistas (señaladamente Antonio Negri). Pero los divide un gran altercado en la Piazza Statuto en 1962, en el que son detenidos 1,212 trabajadores por tratar de asaltar la sede del sindicato socialista UIL. Entonces hay una ruptura en la revista, y los intelectuales comunistas y autonomistas fundan *Classe Operaia* en 1964. Pero, nuevamente, rompe entre sí el comité editorial formado por socialistas y autonomistas en 1967, y Negri funda *Potere Operaio*.

Los conflictos laborales y la violencia presente en las manifestaciones de estudiantes y trabajadores pronto acabarían transformándose en lucha armada, y los intelectuales autonomistas serían acusados de instigarla. En Milán, estallaron bombas en abril de 1969, que dejaron veinte heridos. Ocho atentados más ocurren en agosto de ese año en el resto del país. El 12 de diciembre de 1969 hubo cinco atentados, entre ellos en la Banca Nazionale dell'Agricoltura de Milán, dejando dieciséis muertos.

Desde entonces, estallan bombas o hay balaceras en las ciudades de Gorizia (1972), Milán (1973), Brescia (1974), Roma (1978) y Bolonia (1980). El 4 de agosto de 1974 explota una bomba en el tren *Italicus Express*, que viajaba de Roma a Munich, y mató a doce personas. El 16 de marzo de 1978 son asesinados cinco escoltas del dirigente demócrata cristiano Aldo Moro, quien es secuestrado y, más tarde, ejecutado. El líder sindical Guido Rossa es ejecutado en Génova por las Brigadas Rojas en 1979. A partir de 1982, varios terroristas se vuelven colaboradores de la justicia, gracias a una ley *ad hoc* de reducción de penas. No una ley garantista, por cierto. El último atentado de las Brigadas Rojas ocurriría el 16 de abril de 1988.

Cabe aclarar que la violencia no siempre partió de la extrema izquierda y que militantes neofascistas también cometieron atentados (a veces, encubiertos como si fueran militantes de izquierda). Como vemos, los años de plomo en Italia difieren profundamente de la situación de México a partir

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

de 2006, que llamamos la "Guerra de Calderón" o la narcoguerra. Allá se trataba de turbulencia ideológica en un contexto industrial; acá, de violencia social, principalmente en zonas rurales, fronterizas y puertos. Basta agregar que la narcoguerra mexicana rebasa las cien mil víctimas en diez años, mientras que las Brigadas Rojas privaron de la vida a 75 personas (todo el terrorismo en Europa entre 1960 y 2015, sumando atentados de ETA en España, ERI en Reino Unido y de las Brigadas Rojas en Italia, no llegó a causar más de cinco mil muertos.[15]

Más importante aún es que la italiana fue una guerra sucia legislativa fundada en la expedición de leyes especiales. Por eso, Agamben y Ferrajoli dirigen su obra filosófica contra el estado de excepción. Éste consistió, en Italia, en la ampliación de los poderes de la policía, la presunción de "posible peligro" atribuido a algunos grupos e ideologías, la creación de servicios especiales antiterroristas, el borrado de la frontera entre terroristas y simpatizantes de la extrema izquierda, entre otros.

Ahora es posible comprender el mensaje que los reformadores mexicanos creyeron recibir de los pensadores italianos: abolir las leyes especiales y terminar con el estado de excepción. Pero ese no era el principal mal de México, pues el funcionamiento del antiguo sistema penal estaba fundado en la informalidad (la tortura y la corrupción), más que en la formalidad autoritaria.

IV. Luigi Ferrajoli

En su juventud, junto con Riccardo Guastini, Ferrajoli era abiertamente un jurista marxista.[16] Durante toda su vida fue crítico de la derecha y de la alianza del Estado italiano con grupos mafiosos,[17] también ha condenado en conferencias, pero menos que en sus libros sobre garantismo, la violencia terrorista de las Brigadas Rojas (a las que asociaba con el estalinismo por su voluntarismo jacobino y por asumir al pie de la letra la filosofía de la historia marxista).[18] Una enorme contradicción en el Ferrajoli joven es que criticaba al marxismo por ignorar el derecho, pero él mismo desdeñaba la importancia de luchar contra la criminalidad por simple defensa del orden social y de la legalidad,

[15] Calle, Luis y Sánchez-Cuenca, I., "The Quantity and Quality of Terrorism: The DTV Dataset", *Journal of Peace Research*, vol. 48, núm. 1, 2011, pp. 49-58.

[16] Barrère Unzueta, María Ángeles, *La escuela de Bobbio. Reglas y normas en la filosofía jurídica italiana de inspiración analítica*, Madrid, Tecnos, 1990.

[17] Ruiz Saldaña, J. R., *op. cit.*, p. 93.

[18] *Ibidem*, pp. 96 y 97.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

recomendando enfrentar al "enemigo de clase" o "limitar al Estado". Ferrajoli era alérgico a la palabra "orden", que asociaba directamente con el estalinismo. La alternativa frente al orden era, para él, "la autonomía de lo social", las luchas de masas que exigen su derecho desde abajo, en lo que era muy cercano a Negri. Sin embargo, las reflexiones filosóficas, cuando no se realizaban desde el derecho, le parecían a Ferrajoli vacías o poco analíticas.[19] El jurista italiano no estaba preocupado, en primer lugar, por la extorsión de la mafia a la sociedad, como la que sufre México. Ferrajoli buscaba, en cambio, luchar de manera progresista contra el autoritarismo estatal, desde el derecho.

Ahora bien, aunque el garantismo no sea decisionista, sino cognoscitivista, Ferrajoli rechazaba la "ideología burguesa", el utilitarismo y la racionalidad calculatoria por sus abstracciones y falta de materialidad.[20] También rechazaba el realismo de Maquiavelo, por razones análogas (la separación de fines y medios). Todo ello lo colocó como un voluntarista cognoscitivista: los jueces constitucionales deben hacer realidad la justicia sin pretextar la complejidad de lo social, ni la política real, ni cálculos de bienestar. Pero, preguntamos nosotros: los jueces, burócratas no electos y formados en una vieja disciplina no científica, sino hermenéutica, ¿pueden cambiar el mundo materialmente por su mera voluntad de "conocer" la ley, fungiendo como una especie de computadora progresista?

En México, se suele pasar por alto que Ferrajoli es, desde su método axiomático y comprometido, un pensador jurídico radical; más aún, inició su carrera como un marxista libertario que consideraba a la democracia representativa como "tendencialmente absoluta y despótica".[21] Pero, a cambio, su propuesta es una utopía burocrática supuestamente categórica, pero, en el fondo, ingenua. Además de Hart, ya evocado, otros juristas de gran prestigio, como el alemán Robert Alexy, han mostrado que el derecho está lleno de contradicciones y lagunas, de modo que un juez robot, un juez máquina, y por añadidura un juez robot revolucionario, es imposible. Es, incluso, una contradicción en los términos. El garantismo como formalismo progresista se enfrenta a muchas paradojas, la primera de las cuales es el carácter conservador de todo formalismo.

Y el supuesto marxismo de Ferrajoli tampoco es tal. Todavía en 1980, Ferrajoli escribía en entornos críticos del derecho donde participan intelectuales radicales marxistas, como Toni Negri. Pero la relación teórica entre ambos era tensa. Negri rechazaba a veces el garantismo por

[19] *Ibidem*, pp. 86-93.
[20] *Ibidem*, p. 100.
[21] *Ibidem*, p. 101.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

burgués, luego admitía que era una opción "revolucionaria".[22] La urgencia del garantismo ante la guerra sucia legislativa era tal en Italia, que Negri recurre más tarde a este vocablo al postular la importancia de defender un "garantismo operario" (garantismo obrero). Bobbio llamará a la postura jurídica de Negri, "aguda, profunda, inquietante, pero en ciertos momentos al límite de un delirio pan-conflictual".[23] El propio Ferrajoli, a pesar de su radicalidad, se apartará de esa otra radicalidad.

Es sorprendente que hoy, en México, Ferrajoli no sea un pensador heterodoxo, sino casi un canon en el gremio judicial. Una teoría excéntrica se ha convertido en dogma de fe.

V. Biopolítica italiana: Ferrajoli, Negri y Agamben

Mencionemos las conexiones entre los tres grandes filósofos políticos y jurídicos de los años de plomo en Italia. Junto con Ferrajoli, Agamben se ha nutrido de la historia del derecho. Junto con Negri, ha usado la biopolítica de Foucault para denunciar a la sociedad de control y ha recurrido a la filosofía de Spinoza para reivindicar la forma de vida que persigue la felicidad de la gente. Pero, a diferencia de Ferrajoli y de Negri, Agamben no está inspirado directamente por la teoría emancipadora de Marx. Sus fuentes, a veces preocupantemente cercanas a él, son Heidegger y Schmitt, autores que sostuvieron en alguna medida la ideología nazi (aunque también lo influyen Walter Benjamin y Hannah Arendt). Agamben rechaza el concepto de derechos hu-

[22] Para Negri, el comunismo es un sistema de valores de uso, mientras que el constitucionalismo (en el que incluye el garantismo) es un sistema de valores de intercambio (Torre, M., *Sobre derecho y utopía. Ensayos de filosofía política y social*, Murcia, Res Publica, 1999, p. 34; Negri, Antonio, "La norma rivoluzionaria. Sempre nel rompicapo della transizione. Appunti", *Critica del Diritto*, vol. 5, núm. 14, mayo-agosto de 1978). Sigue Torre diciendo que "Es necesario sin embargo añadir que en un posterior escrito Negri se pronuncia «por un garantismo obrero» y afirma que «hoy batirse en términos garantistas es válido y revolucionario» considerado que «el interés por la libertad política y por el pluralismo en la expresión del pensamiento y por la verdad en la gestión de los conflictos (y en la regulación del conflicto)» es «definitivamente asumido dentro de la actual composición de la clase obrera y del proletariado»" (Torre, *op. cit.*, p. 34; Negri, Antonio, "Per un garantismo operaio", *Critica del Diritto*, vol. 5, núm. 15, septiembre-diciembre de 1978). Pero Torre cree refutar a Negri afirmando, desde una elemental lógica binaria, que al garantismo no hay que verlo del lado del poder, sino del de la sociedad ¡Pero los asaltantes que se benefician del garantismo penal de Ferrajoli están contra ésta última, sin formar parte del primero!

[23] Bobbio, Norberto, *La cultura filosofica italiana dal 1945 al 1980 nelle sue relazioni con altri campi del sapere: atti del Convegno di Anacapri, giugno 1981*, vol. 81, Napoles, Guida Editori, 1988, p. 191.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

manos y reivindica la libertad absoluta de la vida, literalmente como lo haría un monje franciscano frente a imperios y Estados.

Negri, por su parte, lucha contra el capitalismo, al que ve en una fase imperial global, mientras que Ferrajoli mantiene los instintos antifascistas de su juventud. Los tres son, en el fondo, libertarios, aunque cada uno vea al poder encarnado en un fantasma distinto (respectivamente: el derecho occidental, el imperio global o la cultura fascista inscrita en las leyes autoritarias).

Como si hubieran decidido repartirse el trabajo Agamben, Negri y Ferrajoli, cada uno desarrolla una de las tres grandes dimensiones de la noción de "ciudadanía": la ciudadanía como pertenencia jurídica, como participación política y como identidad cultural. Ferrajoli quiere sustituir los criterios políticos y culturales de ciudadanía por un garantismo democrático: todo ciudadano debe tener la garantía *jurídica* de que pertenece a la comunidad política, sin consideraciones fascistas acerca de su raza, cultura u origen. Eso sería la democracia. Negri, por su parte, traduce esta misma idea en el concepto de la multitud heterogénea. No debemos aspirar a ser el pueblo italiano, catalán o mexicano, sino la multitud indómita frente al imperio (ciudadanía como participación política). Agamben, finalmente, pretende terminar de liquidar la noción de ciudadanía fundada en la nación u otra ficción cultural al denunciar que ella lleva a la exclusión de algunos como vidas desnudas, incluso mediante dispositivos aparentemente progresistas como son los derechos humanos, lo cual genera una reacción, un anticuerpo, que es la violencia terrorista:

> La forma que la guerra civil ha adoptado en la actualidad en la historia mundial es el terrorismo. El terrorismo es la "guerra civil mundial" que ataca una u otra zona del espacio planetario. No es resultado del azar que el "terror" haya coincidido con el momento en el cual la vida como tal —la nación, es decir, el nacimiento— se convertía en el principio de soberanía. La única forma en la que la vida como tal puede ser politizada es la incondicionada exposición a la muerte, es decir, la vida desnuda.[24]

Esa vinculación entre Estado-nación y terrorismo parece incomprensible si no fuera escrita por un autor que vivió los años de plomo en Italia. Agamben cree que la guerra civil (los años de plomo), son el resultado de tratar de controlar la vida para meterla en moldes preconcebidos que, necesariamente, incluirán a algunos y excluirán a otros. Por eso a los naciona-

[24] Agamben, Giorgio, *Stasis. La guerra civil como paradigma político*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo, 2017, pp. 32 y 33.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

lismos corresponden, como correlato, el terrorismo. Al capitalismo italiano que quería aplastar la subjetividad de los jóvenes para transformarlos en proletarios corresponden las Brigadas Rojas. A Occidente, que ha ido ampliando la noción de los parias, desde el *homo sacer* hasta los campos de concentración masivos, corresponde el terrorismo islámico.

Pero, por atractiva que parezca esa lectura, la guerra del narcotráfico en México no se resolverá porque se reduzca la dominación estatal sobre narcos y extorsionadores, caciques y empresarios criminales. El garantismo no impedirá la barbarie. Ello, por el simple hecho de que lo que en Italia era el problema, el Estado asociado a la FIAT y otras empresas, en México lo es, además, el paraEstado, formado por criminales y grupos políticos corruptos. Lo que en Italia y España fue la derrota del terrorismo por vías no garantistas, en México es la derrota de la sociedad y del Estado a manos de las máquinas de guerra paralegales, hoy protegidas por el hipergarantismo. Veamos.

VI. Recepción del garantismo y la biopolítica en México

Luego de la entrada en vigor de la reforma constitucional en 2016, la tasa de consignación de acusados por delitos ha disminuido drásticamente. Podría creerse que en el pasado muchos sentenciados eran inocentes, pero el aumento de los crímenes luego de la reforma sugiere que el viejo Estado mexicano era un dique frente a la violencia criminal. El autoritarismo político a veces operaba para disminuir la criminalidad. Los policías judiciales ignoraban protocolos, pero actuaban contra verdaderos culpables cuando testigos y voluntad política se juntaban. Hoy, en cambio, ni siquiera los testimonios verosímiles de la sociedad civil son efectivos para encarcelar a los culpables. Un policía de investigación de la Ciudad de México afirma: "Lo malo es que ahora los detenidos denuncian que se les violan los derechos humanos. De cajón a todos nos inician quejas, eso ya es una regla, ya se desvirtuó. Yo fui duro, pero sólo con los que eran malos".[25] Si era preciso acabar con el autoritarismo, también lo era hacerlo de manera responsable, sin exponer a la sociedad.

Por más respeto que nos merezcan Negri, Agamben y Ferrajoli, no fueron sus libros los que consiguieron la paz en Italia o España, sino la negociación con los terroristas gracias a leyes fuertes y pragmáticas. No hay negociación posible entre una posición de debilidad (como las instituciones

[25] Disponible en: *https://www.animalpolitico.com/muertos-mexico-homicidios-impunidad/presentar-un-detenido-inocente.php*.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

mexicanas) y la impunidad criminal. ¿Qué va a negociar el Estado mexicano con el crimen organizado, si éste ya tiene abogados y leyes garantistas que no lo invitan a ceder sino a aprovecharse?, ¿qué le va a ofrecer a cambio de que deje de asesinar, si decenas de cárteles buscan apropiarse de más y más privilegios cada vez, luego de que ya controlan Tamaulipas, Guerrero, Sinaloa y millones de hectáreas en las sierras? Mientras que los terroristas italianos y españoles tenían interés en salvar su vida y negociar su libertad, los narcos mexicanos están en fase de conquista. Son, para usar el concepto utilizado por Mbembe, "máquinas de guerra".

Castresana funda su crítica contra el hipergarantismo en el hecho de que el viejo Estado autoritario (en su caso, el Estado guatemalteco de la segunda mitad del siglo XX, pero haciendo una analogía explícita con el mexicano) ha dejado de ser la principal amenaza para la sociedad. "Y ¿cuál es la realidad que enfrentamos hoy? Una muy distinta a la de la Guerra Fría. En ese tiempo eran los Estados los principales transgresores. Hoy crecientemente desafiamos a violadores de los derechos humanos que no tienen ligas con el aparato del Estado".[26] Mientras la Constitución guatemalteca buscó imponer términos breves de presentación de detenidos para combatir la desaparición forzada, hoy esos términos constitucionales son camisas de fuerza que impiden combatir al crimen organizado. Lo mismo ocurre con la prohibición de la prueba ilícita. Los excesos interpretativos en favor de los derechos del acusado constituyen una violación de los derechos de las víctimas. Los tribunales deben ponderar, señala Castresana. La crítica en México contra el arraigo y otras figuras de derecho penal son casos similares.

En México, el garantismo ha llegado con juristas que lo trajeron luego de estudiar sus doctorados en Italia o España. Algunos de ellos fueron muy influyentes al momento en que fueron preparadas y aprobadas las reformas constitucionales penal y de derechos humanos de 2008 y de 2011 en México.

El nuevo sistema penal mexicano es más benéfico para los acusados, porque los actos de investigación que antes se realizaban en la entonces llamada averiguación previa eran actos de autoridad y, ahora en la carpeta de investigación, ya no lo son. Los actos de molestia desde las primeras actuaciones ahora deben ser autorizados por el juez de control. Los medios de prueba presentes en la carpeta de investigación pierden su validez al momento de formular la acusación, no conservan validez hasta la sentencia. En vez de declaraciones ministeriales, se practican entrevistas. Los partes informativos de la policía y los peritos ya no tienen validez como testimonios

[26] Castresana, Carlos, *op. cit.*, p. 24.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

y dictámenes, de modo que el agente de seguridad y los peritos deben acudir a la audiencia de juicio. Finalmente, el Ministerio Público ya no goza de fe pública.[27]

Otros aspectos, al contrario del enfoque garantista, han endurecido el poder punitivo del Estado contra la criminalidad, como el hecho de que los actos puedan fundarse y motivarse en la audiencia, no antes. O que el "cuerpo del delito" no tenga que acreditarse en etapas demasiado tempranas de la investigación. O la figura de la extinción de dominio.[28] Pero el balance de las reformas constitucionales es, sin duda, garantista.

Se puede creer que las reformas constitucionales de 2008 y 2011 no son hipergarantistas, porque están dentro del marco de la Convención Americana y del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Pero sería un textualismo ingenuo afirmar que la transposición de normas garantistas es suficiente para evitar laxismo extremo en la práctica, sin tomar en cuenta la interpretación y aplicación razonable de las mismas. Lo que es garantismo en un contexto se puede convertir en hipergarantismo en otro, cuando las autoridades adoptan una actitud formalista, que no vigila que, en los hechos, se dé un reparto equitativo de riesgos entre acusados, víctimas y sociedad en general. cuando se idealizan las fórmulas lógicas del profesor Ferrajoli, y no el ruego realista del juez Falcone.

Hoy, la obra de Ferrajoli es evocada en muchos de los libros de texto sobre derecho penal acusatorio, abierta o implícitamente.[29] Es mal comprendida e, incluso, radicalizada. Muy pocos abogados entienden qué significa un sistema axiomático, como los que fundan la teoría de Ferrajoli. El garantismo ha dejado de ser pensamiento crítico para convertirse en canon. Han tomado el relevo garantista autores como la antropóloga Catalina Pérez Correa, que ha denunciado con datos cuantitativos la situación lamentable de las prisiones y la discriminación a sectores vulnerables que están sobrerrepresentados en las cárceles, pero sin considerar los datos cuantitativos de las afectaciones del crimen a esos mismos sectores pobres de México.[30] Mientras que los etnógrafos hipergarantistas nos presentan los testimonios de civiles afectados por soldados, para denunciar la militarización del país, no entrevistan a los civiles dañados por el crimen

[27] Ruiz Sánchez, Miguel Ángel, *Derecho penal acusatorio*, México, Editorial Flores, p. 139.

[28] Benavente Chorres, Hesbert, *Guía para el estudiante del proceso penal acusatorio*, 4a. ed., México, Editorial Flores, pp. 3-14.

[29] *Ibidem*, p. 14.

[30] Pérez Correa, Catalina, "De la Constitución a la prisión. Derechos fundamentales y sistema penitenciario", en Carbonell, M. y Salazar, P., *op. cit.*; Pérez Correa, Catalina *et al.*, *De la detención a la prisión: la justicia penal a examen*, México, CIDE, 2015.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

organizado. Menos aún, cuantifican la probabilidad de morir a manos de uno u otro para un mexicano promedio. Mientras que se da eco a las peticiones de colectivos en Ciudad Juárez para que el ejército mexicano deje la ciudad, los garantistas mexicanos no hacen lo mismo con tamaulipecos que imploran por que el ejército permanezca y su estado sea recuperado de las máquinas de guerra de los cárteles.

Uno de los mecanismos en los que el hipergarantismo ha contribuido al aumento de la inseguridad es a través de la dinámica de la llamada ladera resbalosa (*slippery slope*). Se llama así a un dispositivo en el que un primer paso, relativamente pequeño, conduce como consecuencia a una cadena de eventos que finalizan en un efecto negativo de amplias proporciones, como un accidente grave en una pendiente resbaladiza. Resultado de las reformas constitucionales, se publicó en 2014 el Código Nacional de Procedimientos Penales. Éste conducirá gradualmente a que los abogados, fiscales y jueces que aplican las normas del derecho penal en un rincón de la República presten atención a las interpretaciones elegidas al otro lado del país. Y como los jueces han sido mandatados a elegir la interpretación *pro personae*, la interpretación garantista que se aplique en Villahermosa podría ser progresivamente sustituida por la lectura hipergarantista que surja en Tepic o Chetumal. Éstas, por su parte, tenderán a ser reemplazadas por la interpretación de algún imaginativo juez de Aguascalientes o Chilpancingo que sea aún más benéfica para el acusado. Y así sucesivamente, a menos que la presión social y la definición del principio *pro personae* tome en cuenta los derechos de las víctimas y de la sociedad en general.

Junto con esta ladera resbalosa hacia el laxismo penal, está la esencia misma del sistema acusatorio adversarial. Dado que la responsabilidad de investigar los hechos, presentar pruebas y argumentar, recae en las partes, la ley del más fuerte (narcotraficantes, poderosos políticos o empresarios coludidos con el crimen) se vuelve determinante. No tienen la misma capacidad de defenderse los ciudadanos ordinarios y los grandes poderes fácticos. Antes, todos enfrentaban a un Estado autoritario; ahora se ha privatizado buena parte de la arena contenciosa.

Para Volpi, la necesidad de instaurar los juicios orales era obvia. El sistema anterior, señala:

> ...fue diseñado para garantizar que los poderosos queden siempre impunes, que quienes los perturban no tengan modo de defensa y, en medio de ello, miles de inocentes terminen en la cárcel. Con su preferencia por la argumentación escrita, que sólo acentúa el papeleo burocrático —y alarga al infinito los procesos—, su entronización de las confesiones —que alienta la tortura,

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

> casi ineludible— y la falta de transparencia en sus prácticas, todo funciona para que la verdad quede sepultada bajo intereses económicos o políticos.[31]

Aunque Volpi describe un verdadero Estado de excepción, él mismo sugiere que la solución a este no estaba en un nuevo formalismo y empoderamiento de los ya poderosos, sino en la oralidad y en la protección de los débiles. Pero la transición hacia un mejor sistema ha sido un camino complejo. Junto con el fin de algunas injusticias ha aumentado la inseguridad. Por ello se hace necesario hilar más fino. Hacer, como recomendaba Popper, ingeniería social modular, miniaturizada (*piecemeal approach*). Es preciso distinguir el formalismo garantista de la oralidad transparentadora. Admirar más al juez mártir y pragmático Giovanni Falcone que al juez geómetra Luigi Ferrajoli.

VII. Conclusión

La biopolítica es un campo importante en la filosofía política continental. Popularizada por Foucault, fue refundada por Agamben y apropiada por los neomarxistas italianos Negri, Federici y Virno, entre otros. El garantismo, por su parte, es una teoría jurídica surgida en la misma época en Italia a partir de la obra del juez y académico Luigi Ferrajoli. Es sorprendente que ambos enfoques teóricos, que tienen escasa presencia en Europa del norte y Estados Unidos, se hayan convertido en los anteojos teóricos privilegiados para abordar la crisis de violencia que enfrenta México. En efecto, mientras que partidarios y opositores a la reforma penal se asumen o se acusan de ser "garantistas" o "hipergarantistas", la izquierda suele denunciar la narcoguerra en México ubicando a su agente como el "biopoder" o "necropoder". Ahora bien, el contexto histórico italiano a partir de los sesenta del siglo XX tiene, efectivamente, algunas semejanzas con el mexicano, en particular la expansión del crimen organizado (la mafia siciliana). Pero la narcoguerra en América del norte, con la complicidad de un paraEstado, difiere radicalmente del encarcelamiento formal de miles de italianos acusados de tener vínculos con las Brigadas Rojas y otros grupos terroristas. Muchos de estos europeos perseguidos (como Virno y Negri) se convirtieron en teóricos de la biopolítica que denunciaron el autoritarismo estatal y los maxiprocesos. Agamben se solidarizó con ellos y buena parte de su obra gira en torno al estado de excepción. Ferrajoli, como juez, también dedicó su obra a combatir esos juicios masivos contra presuntos mafiosos y subversivos.

[31] Volpi, Jorge, "El derecho penal a los ojos de un novelista", en Laveaga, Gerardo (coord.), *Sin literatura no hay derecho*, México, El Colegio Nacional-Tirant lo Blanch, 2017, p. 278.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

En México, en cambio, se vive más bien una crisis e ineficacia de la presencia estatal, aunada a la corrupción. Por otro lado, existen limitaciones metodológicas importantes de los enfoques italianos mencionados. Mientras "biopolítica" y "garantismo" son teorías de corte cualitativo que carecen de conceptos de medida, ponderación, contrastación empírica y diagnóstico criminológico empírico, hay en el mundo enfoques que podrían adaptarse mejor a la situación única que vive la seguridad en México. En particular, la epistemología del derecho penal que Larry Laudan desarrolló desde este último país es fundamental para ponderar los derechos de víctimas y acusados.[32]

Lo anterior no significa que el Estado mexicano sea respetuoso de los derechos fundamentales en contraste con el Estado italiano de los años ochenta. Pero la ausencia de un Estado democrático de derecho en ambos casos responde a causas diferentes. En Italia, los autores que hemos analizado coinciden en denunciar los restos del fascismo en el sistema jurídico italiano, mientras que el mexicano se asemeja más bien a un Estado fallido que ha terminado siendo desafiado por poderes fácticos, como el crimen organizado.

Para considerar estos argumentos criminológicos, las mejores teorías no son la biopolítica y el garantismo italianos. En todo caso, la necropolítica de Mbembe sería un enfoque más útil, pues no denuncia una guerra sucia legislativa[33] como la que ocurrió en la península italiana en los setenta, sino una guerra sucia paralegal. Es, por lo tanto, más adecuada para el contexto mexicano, donde existe un paraEstado o anEstado de derecho.

Los maxiprocesos italianos contra el terrorismo y, de manera abusiva, contra la izquierda autonomista ¿disminuyeron la violencia en Italia? Sí. En dieciocho años desapareció el terrorismo, y muchos terroristas arrepentidos se acogieron a los beneficios de la colaboración con la justicia. La izquierda autonomista, por su parte, debió clarificar sus posiciones y fue forzada a deslindarse de la violencia terrorista. Hubo injusticias contra muchas personas, parcialmente reparadas, pero no ejecuciones irreparables de decenas de miles de civiles, como en México. Algunas de las leyes especiales que escandalizaron a Ferrajoli, Agamben y Negri fueron aprobadas por referendo. La Ley Reale, por ejemplo (del 22 de mayo de 1975), que autorizaba a la policía el uso de armas de fuego en algunos casos, y fue aprobada el 11 de junio de 1978, por

[32] Laudan, Larry, *Truth, Error, and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

[33] Debo el concepto de "guerra sucia legislativa" a José Adrián Muñoz López, estudiante en uno de mis cursos de filosofía política.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

76.46% de los votos a favor y 23.54% en contra (Ministerio dell'interno, 1978). En México, las leyes que han permitido tomar medidas excepcionales contra el crimen organizado han carecido de la misma legitimación popular y no se han discutido, más allá de los artículos académicos y periodísticos de los garantistas.

Mientras "biopolítica" y "garantismo" son teorías de corte cualitativo que generalmente carecen de conceptos de medida, ponderación, contrastación empírica y diagnóstico criminológico, hay en el mundo enfoques criminológicos y de filosofía política que podrían adaptarse mejor a la situación única que vive la seguridad en México. En particular, la criminología cuantitativa (que calcula la esperanza psicológica promedio acerca del castigo en la mente de los criminales o la probabilidad de la población de ser víctima del delito).

El autoritarismo en Italia sirvió de pretexto para que algunos obreros y estudiantes cayeran en la tentación terrorista, mientras que la guerra de Calderón fragmentó un oligopolio criminal. Es más afín al caso mexicano el de la guerra contra los cárteles de la droga en Colombia, pero también en este caso ha sido un fracaso la copia acrítica del modelo, dada la descentralización del Estado federal mexicano y el carácter unitario de aquel país sudamericano. Como resultado, mientras que allá se empoderó al Estado colombiano, aquí se fortaleció a gobernadores gansteriles.

El garantismo original de Ferrajoli debe ser empleado para proteger a la población vulnerable, débil y pobre: presunción de inocencia y estricta legalidad en materia penal. Pero un juez no debe ser ciego ante el poder de los cárteles de la droga. El juez Falcone no era un garantista formalista.[34] El formalismo no fue lo que pacificó a Italia ni pacificará a México. Los abogados del crimen organizado saben encontrar los detalles que liberarán a sus clientes: un sello faltante, la fracción de un artículo mal citado, una notificación imperfecta. Ante esos errores de forma, el hipergarantismo debe ceder, en nombre de la sociedad, y debe privilegiarse un enfoque en el cual el juez ejerza la (juris) prudencia. Mbembe nos mostró que el enemigo en el tercer mundo no es la guerra sucia legislativa, como

[34] Falcone, Giovanni, "Italia: lucha contra la criminalidad organizada y nuevo modelo procesal", trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, *Jueces para la Democracia*, núm. 6, 1989, pp. 46-53. En este artículo, el juez mártir argumenta que la crítica garantista contra los maxiprocesos a los mafiosos no debe eclipsar el hecho de que los delitos del crimen organizado se cometen en el seno de grupos, de modo que la individualización de las investigaciones sería incosteable para el Estado. Falcone implora que sean reconocidas las necesidades prácticas de los fiscales que enfrentan al crimen organizado, así como el interés social, no solamente los derechos de los acusados.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

en Italia y en España, sino las máquinas de poder privadas y paralegales, máquinas de terror informal.

Ferrajoli ni siquiera ha sido correctamente interpretado por quienes lo han traído a México. Él mismo ha llamado a su garantismo "la ley del más débil". Pero en México el hipergarantismo es la ley del más fuerte, del narcotraficante contra el pequeño comerciante, del policía corrupto contra la madre de una víctima, del narcopolítico contra los escasos fiscales que se atreven a perseguirlo. Ferrajoli buscaba la estricta neutralidad en los procesos entre el Estado italiano y los disidentes políticos que atacaban a políticos y policías. En México, algunos favorecen una estricta neutralidad judicial entre los narcopoderes y la inerme sociedad civil, es decir, se pretende instaurar la ley del más fuerte. En nombre del proceso penal acusatorio (mal entendido) y en contra de los procesos inquisitoriales, hemos protegido a las máquinas de guerra paralegales.

Los hipergarantistas no reconocen igual valor a todas las vidas, aunque algunos afirmen lo contrario, dado que defienden un formalismo asimétrico (hipergarantías en el caso de los acusados y carga de la prueba en el caso de las víctimas). Los hipergarantistas sólo combaten la represión estatal y no la barbarie paralegal. Los hipergarantistas no saben comparar la probabilidad de sufrir de represión estatal y la probabilidad de ser víctima del crimen.[35] La probabilidad de ser declarado culpable siendo inocente de un crimen, en México, es menor que la de ser víctima del crimen. Y este desequilibrio se ha agravado recientemente: delitos de alto impacto (homicidio, secuestro, robo con violencia y extorsión) se incrementan desde 2014. En 2018 vivimos el año más violento de la historia reciente de México, precisamente después de la entrada en vigor definitiva de la reforma garantista (aunque ésta no explique toda la crisis de seguridad).

Los años de plomo en Italia fueron una guerra sucia legislativa. La Guerra de Calderón fue una guerra sucia militar y policiaca. Al adoptar el paradigma garantista en la reforma constitucional de 2008, el Estado mexicano trató de "corregir" una guerra sucia legislativa que no existió realmente, creyendo que renunciaba así a la guerra sucia militar y policiaca. Como resultado, la transición que vivimos de aplicación de las reformas de derechos humanos y al sistema penal acusatorio (juicios orales) han dejado al Estado mexicano sin suficientes armas para negociar la paz con los criminales.

Como nos ha recordado el profesor de derecho antiguo Giorgio Agamben, griegos y romanos consideraban infame el no tomar partido durante

[35] Laudan, Larry, *op. cit.*

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

una guerra civil.[36] Quienes promovieron el actual sistema penal lo hicieron neutro, sin partido, en medio de una narcoguerra civil. En una palabra: infame. Hay que pedir cuanto antes a los jueces mexicanos escribir nuestro propio garantismo, nuestra propia biopolítica afirmativa. Juzgar con perspectiva de género, con afán de justicia, sin formalismo. Para la sociedad, no para la teoría.

VIII. Bibliografía

Agamben, Giorgio, *Stasis, La guerra civil como paradigma político*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo, 2017.

Aguilera García, E. R., "¿Garantismo extremo o mesurado? La legitimidad de la función jurisdiccional penal: construyendo el debate Ferrajoli-Laudan", *Isonomía*, núm. 40, 2014.

Bascetta, S. Bonsignori *et al.* (eds.), *1968. Una revolución mundial*, Madrid, Akal, 2001.

Barrère Unzueta, María Ángeles, *La escuela de Bobbio. Reglas y normas en la filosofía jurídica italiana de inspiración analítica*, Madrid, Tecnos, 1990.

Berman, Marshall, *Todo lo sólido se desvanece en el aire: la experiencia de la modernidad*, México, Siglo XXI, 2001.

Bobbio, Norberto, *La cultura filosofica italiana dal 1945 al 1980 nelle sue relazioni con altri campi del sapere: atti del Convegno di Anacapri, giugno 1981*, vol. 81, Nápoles, Guida Editori, 1988.

Burgoa Toledo, C. A., "Los problemas del neoconstitucionalismo: entre las razones políticas y las razones normativas", en Fernández Ruiz, Jorge (coord.), *Disertaciones de filosofía del derecho*, México, UNAM, 2013.

Calle, Luis, "Metodologías y herramientas para la caracterización de las violencias y las criminalidades", *Conferencia internacional seguridad, democracia y derechos humanos: la vía civil*, México, Universidad Iberoamericana, 25 de octubre de 2017.

Calle, Luis y Sánchez-Cuenca, I., "The Quantity and Quality of Terrorism: The DTV Dataset", *Journal of Peace Research*, vol. 48, núm. 1, 2011.

Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011.

Carbonell, Miguel, "La reforma penal en México", *Congreso internacional. "Constitucionalismo a dos siglos de su nacimiento en América Latina"*, Puebla, Ins-

[36] Agamben, *op. cit.*

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

tituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-UNAM-Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 2010, disponible en: *https://www.youtube.com/watch?v=jLskrcQxN5U* (fecha de consulta: 13 de marzo de 2019)

CASTRESANA, Carlos, *Hipergarantismo: el caso de Guatemala*, México, Inacipe, 2017.

DI LUCIA, P., *Assiomatica del normativo. Filosofia critica del diritto in Luigi Ferrajoli*, Milán, Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, 2011.

DIÉGUEZ, I., *Cuerpos sin duelo. Iconografías y teatralidades del dolor*, Monterrey, UANL, 2013.

DONATI, C. (ed.), *Dizionario critico del diritto,* Roma, Savelli, 1980.

FALCONE, Giovanni, "Italia: lucha contra la criminalidad organizada y nuevo modelo procesal", trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, *Jueces para la Democracia*, núm. 6, 1989.

GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Sergio, *Campo de guerra*, Barcelona, Anagrama, 2014.

KEUCHEYAN, R., *Hémisphère gauche: une cartographie des nouvelles pensées critiques*, París, La Découverte, 2017.

LAUDAN, Larry, *Truth, Error, and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology,* Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

MINISTERIO DELL'INTERNO, *Archivio storico delle elezioni-Referendum del 11 giugno 1978*, Roma, disponible en: *http://elezionistorico.interno.it/index.php?tpel=F&dtel=11/06/1978&tpa=I&tpe=A&lev0=0&levsut0=0&es0=S&ms=S* (fecha de consulta: 27 de octubre de 2017).

NEGRI, Antonio, "La norma rivoluzionaria. Sempre nel rompicapo della transizione. Appunti", *Critica del Diritto*, vol. 5, núm. 14, mayo-agosto de 1978.

NEGRI, Antonio, "Per un garantismo operaio", *Critica del Diritto*, vol. 5, núm. 15, septiembre-diciembre de 1978.

NEGRI, Antonio, *Los libros de la autonomía obrera,* Madrid, Akal, 2004.

PÉREZ CORREA, Catalina, "De la Constitución a la prisión. Derechos fundamentales y sistema penitenciario", en CARBONELL, M. y SALAZAR, P., *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma,* México, UNAM, 2011.

PÉREZ CORREA, Catalina *et al.*, *De la detención a la prisión. La justicia penal a examen*, México, CIDE, 2015.

RUIZ SALDAÑA, J. R, *El itinerario intelectual y político de Luigi Ferrajoli* (tesis doctoral), Madrid, Universidad Carlos III, septiembre de 2011.

SALAZAR, Pedro, "Garantismo", en PEREDA, Carlos (ed.), *Diccionario de justicia*, México, Siglo XXI, 2017.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

SERVET, V. M.,"La prueba en el proceso penal: entre el hipergarantismo y la victimización secundaria", *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 54, 2008.

SHAPIRO, Scott J., *Legality*, Cambridge, Harvard University Press, 2013.

TORRE, M., *Sobre derecho y utopía. Ensayos de filosofía política y social*, Murcia, Res Publica, 1999.

VOLPI, Jorge, "El derecho penal a los ojos de un novelista", en LAVEAGA, Gerardo (coord.), *Sin literatura no hay derecho*, México, El Colegio Nacional-Tirant lo Blanch, 2017.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

CAPÍTULO SEGUNDO

EL DERECHO EN LA DIALÉCTICA DE *COMMUNITAS* E *IMMUNITAS*. EL EFECTO DE INHIBICIÓN DEL DERECHO SOBRE LA COMUNIDAD

Luis Eduardo RIVERO BORRELL ZERMEÑO*

SUMARIO: I. *Derecho y comunidad*. II. *Ya somos comunidad*. III. *El cuidado de la obligación*. IV. *La nada en común*. V. *Inmunidad*. VI. *Biopolítica afirmativa, un pequeño bosquejo*. VII. *La nada de la nada*. VIII. *Comunidad y derecho*. IX. *Bibliografía*.

I. DERECHO Y COMUNIDAD

Si partimos de una noción de comunidad tomada en sentido amplio, como tal, próxima a la de "sociedad", "colectivo" o, incluso, a la de "Estado", la función esperada del derecho, en su concepción liberal moderna, es la de limitar los excesos que ésta puede presentar sobre los individuos y sus derechos. Más aún, en las teorías clásicas sobre "el contrato social", de manera general podemos ver que el derecho aparece como aquello que constituye o, cuando menos, da el orden necesario que permite el mejor desarrollo de una comunidad o de sociedad. Así, ya sea como medio o como fundamento, el derecho se presenta como necesario para lograr los fines de una comunidad o el desarrollo de nuestra vida en común, y esto lo hace limitándolas. En consecuencia, parece que el derecho resulta en un "límite necesario" con respecto a la comunidad. En tanto que necesario, no parece, a primera vista, que el derecho pueda inhibir a la comunidad. Al contrario, la conforma en el doble sentido de fundarla u ordenarla para su mejor desarrollo. Aquí, las nociones de derecho y de comunidad aparecen superpuestas, implicadas de

* Estudiante del doctorado en Derecho en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesor en el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente. Este trabajo presenta uno de los avances del proyecto de investigación desarrollado dentro del programa del doctorado referido.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

tal manera una con la otra que pensar en una posible afectación del derecho sobre la comunidad resulta contradictoria. El derecho hace a la comunidad, pues sin él, siguiendo la imagen hobbesiana, lo que tenemos son "hombres devorando a otros hombres".

Por otro lado, si restringimos la noción de comunidad, justo para diferenciarla de la "sociedad" o "Estado", la dificultad para pensar los excesos del derecho radica en la total separación de ambas nociones. Así, en los autores clásicos de sociología podemos encontrar que la comunidad suele ser comprendida como una forma de organización previa a la sociedad, un estado primitivo que, incluso, quedó ya en el pasado.[1] El derecho, por su parte, es actual y corresponde con nuestra forma de vida social o con el Estado. Bajo esta perspectiva, ya no vivimos en comunidad, por lo que el derecho no puede afectarla; si existe una comunidad en la actualidad, se trata de una forma de organización "simple" en la que no se vive bajo un sistema legal, sino con un "protoderecho" (que no se termina de distinguir de la moral y la religión).

Si lo que nos interesa es mostrar las posibles afectaciones que el derecho, como forma de regulación social,[2] puede presentar sobre la comuni-

---

[1] Se trata una concepción clásica de la sociología, presente en autores como Weber, Marx, Durkheim y Tönnies. Sin embargo, es importante no reducir su propuesta a una mera "nostalgia" de la comunidad, pues sus diferentes conceptos tenían también un carácter programático. Según lo comenta Pablo de Marinis: "Enfrentados a la tarea de comprender la emergencia y los perfiles del mundo moderno y de anticipar sus posibles callejones sin salida, los sociólogos clásicos se abocaron (entre otras muy diversas tareas) a la realización de una compleja construcción conceptual acerca de «la comunidad», planteada a menudo en fuerte tensión con su par dicotómico: «la sociedad». Ferdinand Tönnies fue, indiscutiblemente, un precursor a este respecto… (sin embargo) la tarea de los clásicos no se restringió meramente a un ejercicio de recuperación de la vieja comunidad entendida como pasado, como antecedente histórico de la sociedad moderna, sino que también incluyó un esfuerzo científico (sociológico) de comprensión del formato que pueden asumir actualmente (queda claro que se habla de la actualidad de ellos) las relaciones interindividuales y las formas de convivencia humana bajo condiciones de modernidad, donde «comunidad» aparece como una entre esas posibilidades; y, por último, comunidad puede asumir también un carácter programático, utópico y político de primer orden, al mismo tiempo manifestando una crítica del presente así como anunciando una posibilidad y un ferviente deseo de recuperación de dimensiones comunitarias para el porvenir, como una vía de salida del pozo ciego al que, desde su punto de vista, había conducido a la humanidad la racionalización moderna". (Marinis, Pablo de, "La comunidad según Max Weber: desde el tipo ideal de la *Vergemeinschaftung* hasta la comunidad de los combatientes", *Papeles del CEIC. International Journal on Collective Identity Research*, Guadalajara, 2010, pp. 4 y 5).

[2] Aunque la función característica del derecho sea la resolución de conflictos, es posible distinguir de ella la función de límite o regulación social. Inclusive, la regulación social es parte inherente del trabajo de las Cortes y demanda un fuerte trabajo de legitimación, diferente al de la mera resolución de conflictos, pues conlleva la imposición de una solución

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

dad, estas dificultades que aparecen al momento de pensar la relación entre el derecho y la comunidad apuntan a la necesidad de una dilucidación. Como se empieza a bosquejar, parece que el problema mayor lo encontramos en la noción de comunidad. Tanto en la superposición de las nociones como en su radical separación, notamos que la comunidad es la que queda puesta en duda. El derecho se nos presenta como algo más actual, más evidente y necesario con respecto a la comunidad. Incluso, el derecho puede aparecer como el único límite legítimo, ya sea en el sentido de que mis derechos tienen su límite en los derechos del otro o que sólo mediante los procesos establecidos por el propio derecho se pueden modificar y limitar derechos. Es difícil, por lo tanto, pensar en un abuso o en un exceso, pues inmediatamente es colocado fuera de la noción de derecho. De presentarse un exceso en el derecho, bajo estos supuestos se considera que se trata de un *ilícito,* e inmediatamente queda colocado como un concepto contradictorio, es decir, como "no derecho". Por ejemplo, el derecho sin comunidad es algo perfectamente concebible, normal en las relaciones mercantiles por Internet, que en nada afecta a la noción de derecho. Por su parte, una comunidad sin derecho es una "banda de ladrones".

Esta primacía de la noción de derecho nos muestra ya una parte del efecto inhibitorio sobre la comunidad que aquí se pretende esclarecer. Podría pensarse que la comunidad no puede resistirse a la regulación del derecho, pues sin esta regulación parece que no es, como tal, una comunidad —a menos que se entienda como simple agrupación, un poco bárbara y totalmente premoderna—. Explorar este efecto inhibitorio resulta necesario, pero, dadas las dificultades aquí esbozadas, requiere de una concepción de comunidad diferente, que permita mostrar la relación y la oposición de nociones sin eliminar alguna de ellas. Siguiendo esta ruta, cabe preguntarse: ¿cómo es que la noción de comunidad se debilitó tanto y qué papel pudo jugar el derecho? Por su parte, si apostamos por otra concepción de comunidad, ¿cómo se ve ahora el derecho, qué facetas se descubren o clarifican? Además, sin abandonar esta noción de derecho, como límite necesario con respecto a la comunidad, es posible preguntarse por los momentos o factores que hacen que el derecho pueda resultar en un menoscabo sobre

---

y el ejercicio de la coacción (*cfr*. Shapiro, Martin, *Courts: A Comparative and Political Analysis*, Chicago, University of Chicago, 1981). Además, esta distinción entre sus funciones se muestra en tanto que la propia función de resolución de conflictos puede servir para "legitimar" mecanismos de regulación social, inclusive algunos francamente autoritarios (*cfr*. Ginsburg, Tom y Moustafa, Tamir, "Introduccion: The Functions of Courts in Authoritarian Politics", *Rule by Law: The Politics of Court in Authoritarian Regime*, Nueva York, Cambridge University Press, 2008, pp. 1-22.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

nuestras relaciones en comunidad: ¿qué es lo que inhibe el derecho en una comunidad?, ¿por qué el derecho se nos presenta como un límite necesario con relación a la comunidad?, ¿cuándo este límite nos aparece injustificado o excesivo?, ¿qué hacemos con un derecho que va a limitar siempre?, ¿podemos controlar sus propios excesos?

Para profundizar en estas preguntas, pretendo seguir la propuesta de Roberto Esposito, filósofo italiano contemporáneo, quien, como se señalará en los siguientes subcapítulos, parte de los marcos de la biopolítica y otras líneas del pensamiento filosófico, y puede ubicarse dentro de una nueva corriente del pensamiento sobre la comunidad.[3] Esposito comparte con otros autores la idea de que su filosofía tiene como tarea nombrar o pensar un momento histórico. Se trata de una búsqueda de nuevas palabras para, con ellas, cambiar nuestra mirada sobre el mundo y nosotros mismos, develando problemáticas y apuntando hacia posibles líneas de solución:

> ...señalar las palabras clave, los paradigmas, en torno a los que se estructuran las coordenadas de un cierto momento histórico —incluso en una forma no siempre visible a simple vista… cuáles son los conflictos, los traumas, los demonios, pero también las exigencias, las esperanzas— que caracterizan de modo profundo nuestro tiempo.[4]

Este cambio de léxico es importante cuando, como en la actualidad, parece que estamos "estancados" con algunas problemáticas o estas se presentan como avanzando hacia una catástrofe. Ante estos hechos, resulta evidente que hay algo que no estamos viendo, que ha permanecido oculto.

---

[3] Para otras presentaciones generales sobre la obra de Esposito, véase Amendola, A., "The Law of the Living: Material for Hypothesizing the Biojuridical", *Law, Culture and the Humanities*, vol. 8, núm. 1, 2012, p. 102; Leandro Saidel, Matías, "Lecturas de la biopolítica: Foucault, Agamben, Esposito", 2013, disponible en: *http://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/6430* (fecha de consulta: 25 de septiembre de 2017); Castro, Edgardo, *Lecturas foucalteanas. Una historia conceptual de la biopolítica*, Buenos Aires, Unipe-Editorial Universitaria, 2011. Sobre la temática específica de la comunidad en la obra de Esposito: Bird, Greg y Short, Jonathan, "Community, Immunity, and the Proper. An Introduction to the Political Theory of Roberto Esposito", *Angelaki*, vol. 18, núm. 3, 2013, pp. 1-12, disponible en: *https://doi.org/10.1080/0969725X.2013.834661*; Saidel, Matías, "Ontologías de lo común en el pensamiento de Giorgio Agamben y Roberto Esposito: entre ética y política", *Isegoría*, vol. 49, 2013, 439-457; Lemm, Vanessa, "Introduction: Biopolitics and Community in Roberto Esposito", *Terms of the Political: Community, Immunity and Biopolitics*, Nueva York, Fordham University, 2013, pp. 1-13. Por último, para un tratamiento general de su obra en relación con el derecho se puede consultar Langford, Peter, *Roberto Esposito. Law, Community and the Political* (*Nomikoi: Critical Legal Thinkers*), Londres, Rouledge, 2015.

[4] Esposito, Roberto, *Comunidad, inmunidad y biopolítica*, Barcelona, Herder, 2009, p. 111.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

En consecuencia, es necesario develar esta dinámica oculta, pero también explicar por qué y cómo es que ha permanecido oculta. De conformidad con las pretensiones de este trabajo, cómo se "oculta" hasta inhibirse la comunidad y qué papel juega el derecho en esto.

Como veremos, Esposito parte de una concepción de comunidad desde la coexistencia que se encuentra en una relación dialéctica con los procesos que la restringen, inmunizan y protegen.[5] Con ello, Esposito agrega al conjunto teórico de la biopolítica una perspectiva radical de la comunidad, lo que le permite mostrar el específico efecto inmunitario que la regulación sobre la vida conlleva, otorgándonos, con esto, claves para develar mecanismos de dominio sobre la alteridad. Su propuesta enfatiza que no hay un acuerdo ni contrato previo a la comunidad, y tampoco se trata de una comunidad que quedó en el pasado —o primitiva— con respecto a la sociedad o al Estado. Me parece que se trata de un marco filosófico con el que se puede ir desde la comunidad hacia el derecho, en vez de partir del derecho hacia una comunidad que parece nunca llegar, que queda siempre puesta en duda.

II. Ya somos comunidad

La noción de comunidad, por ejemplo, desde su definición de diccionario, suele remitirnos a un conjunto de seres vivos con características identitarias o que les son propias, como espacio de referencia, lengua o prácticas compartidas. En tanto que conjunto, esta noción de comunidad parece apoyarse en los datos o cualidades que le resultan característicos a sus miembros, que se utilizan para diferenciar a otros conjuntos y declarar si un individuo pertenece o no al mismo conjunto. La comunidad se nos presenta, entonces, como una esfera a la que pertenecemos o a la que otros pertenecen, y que se nos puede oponer como individuos. "Identidad" y "pertenencia" aparecen, en consecuencia, ligadas a esta noción corriente de comunidad.

Esta noción corriente, no obstante, puede ser objetada en al menos dos sentidos. En primer lugar, la primacía de la noción de *conjunto* apunta a que las características de la comunidad son constantes, por lo que remiten a una idea de homogeneidad y fijeza que tiende a un esencialismo o

[5] La propuesta de comunidad de Esposito se encuentra, principalmente, en su obra *Communitas. Origen y destino de la comunidad*, Buenos Aires, Amorrortu, 2003, cuya primera edición en italiano data de 1998. Con esta obra, Esposito abre su nueva línea de reflexión (antes ubicada en el pensamiento en torno a lo *impolítico*), que comprende los ejes de comunidad, inmunidad y vida. En lo general, en este capítulo toma como base esta obra.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

"entificación" de la comunidad, y que pasa por alto sus contradicciones, conflictos y divergencias que también la constituyen. Nuestra experiencia, así como la historia, contradicen la noción de conjunto homogéneo, mostrándonos que las características como el territorio, la lengua y las prácticas, lejos de ser fijas, son cambiantes y, en muchos casos, lo son justo por la vida en comunidad.

En segundo lugar, "identidad" y "pertenencia" refieren a características *propias* de sus miembros y, por ello, resultan opuestas a lo *común*, que se encuentra presente en la raíz etimológica y expresa uno de los sentidos de comunidad. Se puede decir que aquello que me identifica, me pertenece y me resulta propio es lo opuesto de aquello que es común. Estas dos objeciones parecen remitir a otra noción de comunidad que, aunque no es la más corriente, también nos resulta familiar. *A contrario sensu*, la *impropiedad*, la *diversidad* y la *no pertenencia* se nos presentan ahora ligadas a esta otra noción de comunidad.

Profundizando en esta última noción de comunidad, que enfatiza la diversidad y la no pertenencia, Roberto Esposito nos muestra cómo el significado del término latino de comunidad, sea el sustantivo *communitas* o el adjetivo *communis,* no refiere a una identidad ni se trata de propiedades de los individuos —como las étnicas o territoriales—. Lo común, claramente se opone a "lo propio", como se muestra, por ejemplo, en la definición de Quintiliano: "*Quod commune cum alio est desinit esse proprium*". Sin embargo, esta aclaración presenta un problema, pues si no hay una cosa que se tenga en común o, cuando menos, esto no es lo radical, ¿qué es, entonces, aquello que comparten o aquello que relaciona a los que están en comunidad?

> Los diccionarios proveen una respuesta bastante precisa al respecto. Aunque adviertan que no se trata de un significado documentado, nos informan que el sentido antiguo, y presumiblemente originario, de *communis*, debía ser "quién comparte una carga (un cargo, un encargo)". Por lo tanto, *communitas* es el conjunto[6] de personas a las que une, no una "propiedad", sino justamente un deber o una deuda.[7]

---

[6] Aunque se utiliza el término "conjunto" o "totalidad" (por ejemplo, en la traducción al inglés), es importante advertir que, para su reflexión sobre la comunidad, Esposito busca apartarse del significado de "agrupación considerada como un todo homogéneo" o "totalidad de los elementos que tienen una característica o propiedad que los distingue de otros". En este momento, lo que le interesa argumentar es que la relación no está establecida por una propiedad o característica previa.

[7] Esposito, Roberto, *Communitas*…, *cit.*, p. 29.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

La clave para esta interpretación radica en el término *munus* del que derivan *communitas* y *communis*. El vocablo "co" (*cum*) nos indica algo compartido o que relaciona, por lo que en la comunidad estamos relacionados por el *munus*. Siguiendo su sentido etimológico, como se adelantó, *munus* hace referencia a una deuda (*onus*), ya sea de algún bien o servicio (*officium)*, pero también, y esto es clave, comporta una gratuidad del tipo de una donación (*donum*). No se trata, por tanto, de una deuda que me obligue a pagar o regresar lo que me dieron, pues lo que recibí fue una donación (fue gratis), menos aún de una imposición, sino de una *gratitud* que obliga a donar, a continuar dando sin retribución. "Un «deber» une a los sujetos de la comunidad en el sentido de «te debo algo», pero no «me debes algo»".[8]

Este recorrido por el significado etimológico no se realiza por un purismo del lenguaje. Se trata de un recurso de Esposito para mostrar la contradicción entre las nociones, salir del significado corriente y establecer un punto de partida decididamente distinto para profundizar en la noción de comunidad. En vez de las propiedades o características que identifican a los miembros de un género o especie (significado corriente), el punto de partida es el de la mera *relación*, el hecho de que nuestra vida siempre se nos presenta en relación con otros.

Lo que se enfatiza con el significado etimológico, entonces, es que no hay una propiedad o algo previo que ponga en relación a determinados sujetos, y tampoco un sujeto o ente amplificado o "colectivo" que anteceda esta relación. En nuestra vida nos topamos con que existimos en un mundo habitado y posibilitado por otros, donde la vida y aquello que la posibilita (el lenguaje, la cultura) es algo que nos dan, que ya estaba en el mundo y que recibimos de manera gratuita. Es la donación que recibimos. A la vez, si nosotros no restituimos ese don a los otros, si no nos hacemos cargo de nuestra comunidad, la vida no resulta posible. Además, esta radicalidad de la relación con respecto a las propiedades identitarias tiene la virtud de servir como marco para la diversidad de comunidades posibles y la diversidad al interior de la comunidad, la posibilidad de estar abiertos y en relación con cualquiera. Es por lo anterior que Esposito afirma que "ya somos comunidad", lo que significa que nuestra existencia se nos presenta siempre como *coexistencia*.[9]

---

[8] *Ibidem*, p. 30.

[9] Como "telón de fondo" de este planteamiento se encuentra el establecimiento de las condiciones existenciales como el punto de partida de la reflexión filosófica. Se trata de la oposición entre un pensamiento sobre el "ente", que había caracterizado a la reflexión filosófica, y otro sobre el "ser" o, más en específico, "la apertura hacia el ser en nuestro propio estar haciendo", expuesta en Heidegger, Martin, *Ser y tiempo*, Madrid, Trotta, 2003. Su obra

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

Que el punto de partida para la reflexión sobre la comunidad sea nuestra coexistencia abre un horizonte distinto para su reflexión. Junto con Esposito, es posible agrupar en esta nueva reflexión sobre la comunidad la obra de una serie de filósofos y autores contemporáneos como Maurice Blanchot, Jean-Luc Nancy, Jacques Derrida, Giorgio Agamben, Bruno Latour, Roberto Esposito, Jacques Rancière. Estos autores comparten el reconocimiento de dos retos a los que el pensamiento político contemporáneo debe dirigirse: 1) liberar el lenguaje de la comunidad de toda forma de apropiación comunitaria, lo que significa pensar a la comunidad desde la *diferencia* y la *multiplicidad*, en vez de la identidad y pertenencia; 2) "liberar", en este proceso, a la categoría de *libertad* del tratamiento liberal, esto es, repensarla de manera que ya no haga referencia al dominio, a la disposición de lo propio o al privilegio de unos cuantos.[10]

Esposito aborda estos retos enfatizando la radicalidad de nuestra *coexistencia*. Bajo esta perspectiva, la comunidad no es algo que se forme, por ejemplo, mediante un "contrato" o un acuerdo de voluntades, sino que ya somos o estamos en comunidad desde siempre. El foco del problema se modifica, pues ya no se trata de buscar un fundamento o procedimiento que legitime a la comunidad. Tampoco se nos presenta una comunidad primitiva como "edad dorada" a la que se quiera regresar o un pasado remoto ya perdido, ni una utopía a la que nunca se termina por llegar o a la que se tengan que sacrificar a determinados grupos o personas para alcanzarla. Es inútil buscar la comunidad puesto que ya somos comunidad, se trata de una condición y no un ente o un valor.[11]

---

impactará el pensamiento de otros autores —como Levinas, Blanchot y Zubiri— quienes profundizarán en el pensamiento sobre la alteridad y la comunidad. Aunque, en definitiva, la propuesta de Heidegger es fundamental para Esposito, este dará cuenta de cómo la idea de comunidad que presenta se encuentra mejor expuesta por Bataille y cómo, también, está presente, aunque en ciernes, en otros filósofos, como Rousseau o Kant.

[10] Wróbel, Szymon, "Community in Question. Failure of Communitarianism, Misery of Individualisms and Community of Existence", *Polish Sociological Review*, 2016, pp. 227-247. Por otro lado, este pensamiento sobre la comunidad no es exclusivo de la filosofía. En la actualidad, encontramos numerosas propuestas y prácticas referidas, por ejemplo, en la obra de Silvia Federici como "políticas de los comunes". Federici, Silvia, "Feminism and the Politics of the Commons", *The Commoner*, disponible en: *http://www.commoner.org.uk/?p=113* (fecha de consulta: 20 de marzo de 2018). Por supuesto, existe un debate en estas prácticas y propuestas sobre el sentido o significado de "lo común" y su diferencia con otras categorías similares, como "comunitarismo". Este trabajo aspira a contribuir en ese debate presentando una distinción que me parece clarificadora.

[11] Mantilla, Lucía, "Al margen del poder y de la comunidad: la cultura política del clientelismo", *Espiral*, año XX, núm. 56, 2013, pp. 39-66.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

Se trata de un pensamiento de la comunidad en *clave ontológica*,[12] que pretende *desfundar* (pensar fuera de la lógica de fundamento, es decir, como si existiera algo previo a la comunidad) todo intento de instituir la comunidad con base en algún tipo de propiedad positiva o identitaria que, además de errónea, es dañina en cuanto ha sido causa del aniquilamiento de los *otros*.

> Es decir, si los totalitarismos fueron capaces de llegar al aniquilamiento del Otro en nombre de la comunidad (del pueblo o de clase), las nuevas ontologías de la comunidad buscaban que el término dejase de estar al servicio de ideologías excluyentes, mostrando que el estar-en-común no tiene más fundamento que la mera comparecencia de singularidades y que cada singularidad vale en cuanto tal, independientemente de tal o cual característica particular.[13]

Antes de continuar profundizando en esta noción de comunidad, enfaticemos cómo, ante la radicalidad de nuestro "estar-en-común", la pregunta sobre la fundamentación y la legitimación de la comunidad carece de sentido (es como preguntarse por la legitimidad de la finitud humana) y, de la misma manera, la comunidad nunca queda puesta en duda. Lejos de estar eliminando el problema de la comunidad "de un plumazo", lo que se nos presenta es un esfuerzo por prescindir de presupuestos metafísicos (pensarla como un ente o condicionarla a propiedades o procesos que anteceden a nuestra vivencia real) que tienden a limitar o invalidar la diversidad de experiencias cotidianas e interpretaciones posibles.

Sin embargo, dentro de la tradición jurídica (entre otras), este tema puede resultar inquietante pues, como lo muestra Foucault,[14] su discurso usual ha sido el de la justificación y la legitimación; se piensa la comunidad como un acuerdo, institución o fin que se tiene que justificar. Problemáticamente, estas búsquedas de una legitimación y una fundamentación tienden a establecer elementos o supuestos previos a nuestro "estar en común", lo que oculta y pone en duda a la comunidad.[15]

---

12 Centrada en el "acontecimiento del ser" y opuesta a una metafísica del ente.

13 Saidel, Matías, *op. cit.*, p. 440.

14 En específico, se trata de la justificación y legitimación del poder soberano, la obligación legal de la obediencia y, por supuesto, de la coacción. "(E)l discurso y la técnica del derecho tuvieron la función esencial de disolver, dentro del poder, la existencia de la dominación, reducirla o enmascararla para poner de manifiesto, en su lugar, dos cosas: por una parte, los derechos legítimos de la soberanía y, por la otra, la obligación legal de la obediencia". Foucault, Michel, *Defender la sociedad: curso en El Collège de France, 1975-1976*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, p 35.

15 Esposito, Foucault y Heidegger comparten la crítica realizada por Nietzsche a la fundamentación metafísica, que muestra que detrás de las cosas existe algo muy distinto a una

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

Con todo, si ya no corresponde inquirir sobre la legitimación de la comunidad, ¿qué preguntas o reflexiones se abren para pensar la relación entre comunidad y derecho? De manera general, tomar como punto de partida la coexistencia o el "estar-en-común" apunta hacia una reflexión que parte de su experiencia, de esta *condición nuestra*, para la búsqueda de sentidos y de su sentido. Esto significa que la *vivencia* de la comunidad es una condición del ser humano que lo sitúa en relación y lo posibilita a configurar el mundo y configurase de manera activa con otros; *convivir* en razón de nuestras propias *inquietudes* y en un mundo que ya cuenta con determinadas formas de conferir sentido, dadas por otros que nos antecedieron.[16]

Lo que se posibilita y valida con esto es la búsqueda y construcción de un sentido para el derecho desde la *coexistencia* o *convivencia*. Sin embargo, esta *vivencia* se encuentra obstaculizada por la concepción corriente de la comunidad que tiende a representarla como un ente opuesto a los individuos y, como tal, fuera de nuestra existencia, que siempre es particular y concreta. Por lo anterior, resulta necesario realizar, por ejemplo, un ejercicio de *deconstrucción* de las categorías que sostienen este pensamiento corriente o una *genealogía* que permita dar cuenta de cómo se fue fraguando esta desposesión de la vivencia comunitaria en aras de un pensamiento unívoco. A su vez, estos ejercicios permiten mostrar las diversas experiencias que han existido sobre la comunidad.[17] Bajo esta otra línea, y de conformidad con el interés de este trabajo, lo que se nos abre es la posibilidad de reflexionar sobre las *inhibiciones* que el derecho puede provocar a la comunidad que *ya somos*.[18]

---

esencia exacta o una identidad inmóvil: "en absoluto su secreto esencial y sin fechas, sino el secreto de que ellas están sin esencia, o que su esencia fue construida pieza por pieza a partir de figuras que le eran extrañas". Foucault, Michel, "Nietzsche. La genealogía, la historia", *La microfísica del poder*, Madrid, La Piqueta, 1978, p. 10. Para distinguir su pensamiento de la fundamentación metafísica, Heidegger plantea una ontología (véase nota 9) y Foucault una genealogía. Esta última, como la búsqueda de una procedencia que "no funda, sino que, al contrario, remueve aquello que se percibía inmóvil, fragmenta lo que se pensaba unido; muestra la heterogeneidad de aquello que se imaginaba conforme a sí mismo" (*ibidem*, p. 13). De lo anterior, se intuye lo adecuado que resulta esta línea de reflexión para pensar la comunidad en términos de lo *diverso* o *múltiple*, en lugar de la *identidad*.

16 Además de Heidegger (véase nota 10), mi explicación remite a la obra de Ortega y Gasset, José "El hombre y la gente", *Obras de José Ortega y Gasset*, Madrid, Alianza, 1981.

17 El proyecto para reflexionar la comunidad que aquí se bosqueja, pertenece a un gran proyecto filosófico cuyas bases se pueden rastrear en distintos autores (como aquellos mencionados en las *supra* notas 9, 10, 22 y 23). Trazar este mapa excede a los objetivos de este trabajo; sin embargo, resulta necesario presentar un bosquejo, como el que aquí se realiza, para orientar al lector.

18 Como ya se asoma en el anterior planteamiento, la línea de reflexión que se abre pasa por la cuestión de la búsqueda y pérdida de *sentido*. Se trata de una orientación del mundo y

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

III. El cuidado de la obligación

Para profundizar en esta noción de comunidad, así como en sus obstáculos, resulta necesario detenernos en aquello que el "estar en deuda" proyecta sobre nuestra *coexistencia*. Como vimos, la comunidad se nos presenta como una "situación radical" en el sentido de que siempre existimos con otros, "no es algo que pone en relación lo que es, sino el ser mismo como relación".[19] Por su parte, regresando al sentido etimológico que Esposito prende rescatar para reflexionar la comunidad, *cum-munus* significa la relación por el *munus* u obligación compartida, la deuda o el "don a dar" en el sentido de "te debo algo", pero no en el sentido de "me debes algo".

Afirmar que nuestra coexistencia tiene el sentido de una deuda o "don a dar" enfatiza, como vimos, que no hay una sustancia, posesión o propiedad característica que ponga en relación a los sujetos. No es "lo que se tiene", sino "lo que se debe". Con esto, la comunidad nos remite a una deuda previa a cualquier contrato (inclusive a cualquier culpa o falta) y que, al mismo tiempo, nunca se termina de pagar, a menos de que dejemos de ser lo que somos. Es como una deuda impagable que nos constituye. Así, esta deuda agrega un carácter de precariedad o exposición del individuo en su "estar con". Es una deuda que me hace no ser completamente dueño de mí mismo, un "deberme a otros" que siempre abre o fractura mi identidad, mi autonomía, mi individualidad. En palabras de Esposito:

> ...no es lo propio, sino lo impropio —o, más drásticamente, lo otro— lo que caracteriza lo común. Un vaciamiento parcial o integral, de la propiedad en su contrario. Una despropiación que inviste y descentra al sujeto propietario, y lo fuerza a salir de sí mismo. A alterarse. En la comunidad, los sujetos no hallan un principio de identificación, ni tampoco un recinto aséptico en cuyo interior se establezca una comunicación transparente o cuando menos el contenido a comunicar. No encuentran sino ese vacío, esa distancia, ese extrañamiento que los hace ausentarse de sí mismos: "donantes a", en tanto ellos mismos "donados por" un circuito de donación recíproca…[20]

---

nuestra existencia en función de lo que nos importa, nos preocupa o nos inquieta, y mediante la cual se abren posibilidades para la acción y nos hacemos cargo del mundo. Cínicamente, desde el derecho se podría trivializar esta cuestión del sentido ("debes y punto"); sin embargo, esto resultará problemático en la propia eficacia del derecho, así como en la práctica interpretativa que, de no pasar por una cuestión de sentido, se agota en la regla.

19 Saidel, Matías, *op. cit.*, p. 422.

20 Esposito, Roberto, *Communitas…*, *cit.*, p. 31.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

Además de tomar distancia de otras concepciones sobre la comunidad, Esposito se vale del significado del "estar en deuda" para ubicar su propuesta en diálogo con la filosofía sobre la *otredad* o *alteridad*.[21] Esto es, del *alter* u *otro* que alterna conmigo (yo y tu; yo y ello) sin reducirlo a una "totalidad" o "mismidad" que nos abarque a ambos y en la que tiende a perderse este *otro*.[22] La comunidad es una condición que nos abre posibilidades de sentido y de vida, al mismo tiempo que evita una clausura individual o identitaria que tienda a la exclusión de los otros. En este sentido, Levinas, uno de los representantes de la filosofía de la alteridad, reflexiona sobre la ruptura con la individualidad que esta condición de responsabilidad o "deuda impagable" provoca.[23] Un poco lejos de lo que usualmente entendemos como empatía, que sería ver mi necesidad en el otro o su necesidad como mía, una deuda infinita no alcanza a ser reflexionada por lo que soy, no se reduce a lo que soy o puedo pagar, sino que arranca mi atención sobre mí mismo y la coloca fuera de mí. Una deuda infinita rompe con mi individualidad en la medida en que todo mi ser no alcanza a pagarla. De la misma manera, el deber, en tanto que exigencia, se me presenta como un llamado desde afuera, que me saca de mí. La exigencia es previa a la reflexión sobre lo que puedo dar y a la empatía, ya que por su infinitud, la excede de tal modo que no me permite quedarme en mí.

En tanto que deuda infinita, también nos indica que la comunidad nunca ha sido realizada, que es irrealizable. De hecho, los intentos históricos por saldar esta deuda pueden ser catastróficos, pues saldar la deuda es cerrarse a uno mismo —ya no estar en deuda—, y materialmente esto implica excluir, anular o aniquilar al otro, al distinto, al que no es como yo. Subrayemos esta aparente paradoja: *ya somos comunidad, pero la comunidad es irrealizable*.

---

[21] Esposito toma, no obstante, un importante distanciamiento de Levinas y de otros autores que han reflexionado sobre alteridad (véase nota 22) al enfatizar que la ruptura con la identidad o la *exposición al otro* no está radicalmente determinada por el encuentro personal, sino por nuestra constitutiva impersonalidad. Véase Esposito, Roberto, *Tercera persona: política de la vida y filosofía de lo impersonal*, Buenos Aires, Amorrortu, 2007. Si se parte de una relación personal, la comunidad que se nos presenta es del tipo de la "comunidad de los amantes" donde todo se le debes a una sola persona (el amado), lo que permite una reflexión ética, pero dificulta una reflexión política. Por el contrario, el carácter impersonal parece situarnos de inmediato en el campo de la filosofía política. Hole, Kristin, "The Ethics of Community: Nancy, Blanchot, Esposito", *Angelaki*, vol. 18, núm. 3, 2013, pp. 103-118.

[22] La reflexión filosófica sobre la alteridad puede ser rastreada incluso en los presocráticos, sin embargo, aparece de manera más explícita en el siglo XX. Un análisis de esta temática por los diversos autores puede ser encontrado en Ruiz de la Presa, Javier, *Alteridad. Un recorrido filosófico,* México, ITESO, 2007.

[23] Levinas, Emmanuel, *Totalidad e infinito: ensayo sobre la exterioridad*, Salamanca, Sígueme, 2006.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

Lo que pasa es que no se puede realizar porque ya se está realizando, y en su radicalidad precede toda posible construcción.

Ante esta deuda infinita, ante esta *ley común* o deber, permanecemos de manera constante en un "no-haber-cumplido-todavía" y, por lo anterior, en un constate "cuidado", "hacerse cargo" o "tomar cuidado". Es este cuidado lo que se encuentra en la base de la comunidad. "La tarea de la comunidad… no es la de liberarse del cuidado, sino, por el contrario, la de custodiarlo como lo único que la hace posible".[24] Así, el deber o cuidado a los otros no puede significar jamás suplantar al otro, tomar su lugar en su deber. No se trata de liberarlo *de,* sino *para* su deber o cuidado, dejarlo ser en su alteridad de sí mismo con otros (quienes también están en deuda).

Aunque Esposito no lo anuncia a nivel de principio e, incluso, denuncia cualquier intento de realización como proyecto empírico o destino histórico,[25] me parece que sí muestra y es posible rescatar una preferencia por un modo "ético" o "político" de relacionarse no invasivo: co-abrirnos a la común responsabilidad por el propio deber o cuidado.[26] "No se trata siquiera de «hacer» un regalo, sino de «reponer» al otro la posibilidad de ser-con en la donación…".[27] Esto es importante en la medida en que aleja su planteamiento sobre la comunidad de la tentación de "resolver el

---

24 Esposito, Roberto, *Comunidad, inmunidad y biopolítica*, *cit.*, p. 41.

25 Con esto se refiere a la propuesta que viene de Hieddeger quien, para Esposito, cayó en la trampa del "destino del pueblo alemán". Esta reflexión la podemos encontrar en su obra *Comunidad, inmunidad y biopolítica*, *cit.*

26 Como adelantamos, Esposito realiza un recorrido por diferentes autores para mostrar que su noción de comunidad ya se encuentra presente en otras propuestas. Por ejemplo, esta lógica de la comunidad está presente en el *imperativo categórico* de Kant, que no impone nada más que su carácter formal de deber, y donde la ausencia de contenidos determinados expresa que su objeto, en cuanto tal, es inalcanzable. Sin embargo, no se trata de una ley cruel que impida su realización, sino que la comunidad tiene un carácter aún más originario que, siguiendo a Heidegger, se podría definir mejor como coexistencia. En general, las propuestas que rescata coinciden en separase del paradigma hobbesiano que, para Esposito, impregna el pensamiento sobre la comunidad y se distingue en tanto que busca sacrificar nuestro ser en común a fin de garantizar la supervivencia individual, produciendo un orden gobernado por la ley de la necesidad, la economía restringida del contrato y el principio del miedo. En oposición de este modelo, la propuesta de Esposito, siguiendo a Bataille, rescata una fuerza directamente contrapuesta al instinto de supervivencia, un excedente que impulsa al individuo más allá de sus límites, arriesgando su propia vida al contagio de unos y otros.

27 Esposito, Roberto, *Communitas*..., *cit.*, p. 163. El sentido que se utiliza de "reponer", que tiene como sinónimos "restablecer", evoca un galicismo cotidiano en México, *chance*, que utilizamos en la expresión "dame/dar *chance*". Implica la no intromisión para "hacer por uno mismo" o el dejar espacio para que otros hagan. Al mismo tiempo, "chance" conserva su significado de "oportunidad" o "posibilidad". Así, "la condición de posibilidad para hacer por uno mismo o que otros hagan", en tanto que "reponer al otro la posibilidad de ser-

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

mundo" eliminando el cuidado debido. Me refiero a los planteamientos que "buscando hacer el cielo en la tierra, terminan haciendo el infierno en la tierra", al sacrificar a las personas concretas por una "idea de comunidad", un tipo de sociedad específica o un supuesto "progreso social". No se trata de liberar o reemplazar a los otros del cuidado, suplantándolos en su decir y en su hacer.[28] En todo caso, se trata de permitir los procesos para la organización y cuidado de lo común.[29] Es un modo, y no un contenido, ético o político a imponer.

IV. La nada en común

Esposito establece otra consecuencia en su planteamiento sobre la comunidad: en tanto que irrealizable, en tanto que carencia infinita, nos falta hasta tal punto que lo que tenemos es *nada en común*. Intentemos despejar un poco del misterio —y tal vez el sentido trágico— que nos arroja esta expresión para mostrar sus consecuencias en la noción de comunidad que estamos exponiendo. ¿Cómo debemos entenderla, a qué tipo de "nada" se refiere? Como ya lo señalábamos, esta "nada" nos indica que aquello que nos pone en común no es alguna sustancia o cosa. Sin embargo, como lo explica Jean-Luc Nancy, esta "nada" no es exactamente nada, pues refiere, también, al lugar o espacio de la relación, el medio o el mundo de la existencia: "es un *respecto*, como se advierte cuando «con» significa también «con respecto a»… que puede ser

con en la donación", lo expresaríamos como "dar chance para que otros tengan posibilidad (chance) de dar chance".

28 Mi explicación e interpretación se apoya en los siete principios zapatistas de gobierno adoptados por el Congreso Nacional Indígena: "servir y no servirse; representar y no suplantar; construir y no destruir; obedecer y no mandar; proponer y no imponer; convencer y no vencer; bajar y no subir", en "¿Qué es el CNI?", *Congreso Nacional Indígena*, disponible en: *https://www.congresonacionalindigena.org/que-es-el-cni/* (fecha de consulta: 8 de marzo de 2019).

29 Creo que un ejemplo del sentido que se pudiera adoptar sobre este "reponer al otro la posibilidad en el ser en común", así como el "cuidado del cuidado" lo podemos encontrar ciertas interpretaciones sobre "el derecho fundamental a la consulta previa de comunidades" y el "derecho a la riqueza natural y cultural y su protección". Me refiero a los casos en los que se reconoce y validan formas de cuidado de la naturaleza que parten de la imposibilidad de la apropiación de la naturaleza y de una "deuda constante con la tierra"; véase Caudillo Félix, Gloria e Ibáñez Izquierdo, Alfonso, *El horizonte de existencia intercultural del buen vivir o vivir bien*, *Aproximaciones*, Buenos Aires, Elaleph.com, 2015. Para lo que considero una aplicación interesante dentro del derecho estatal, la sentencia de la acción de tutela "T-129-11 de la Corte Constitucional de Colombia", disponible en: *http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-129-11.htm* (fecha de consulta: 8 de marzo de 2019).

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

también un *hacia*… un estar vuelto-hacia".[30] Esto es, si nuestro ser siempre es un "ser en relación" o "con respecto a otros", esta "relación" o este "respecto" no es algo de mí en los otros ni algo de los otros en mí —algún contenido o propiedad común—, sino que se nos presenta como una apertura y, en este sentido, como un vacío, una nada que nos constituye. Por esto, si "ya somos comunidad" y esta comunidad se nos presenta como "nada en común", esta "nada" también nos evoca una "carencia que nos constituye" y, como vimos en el apartado anterior, una "radical exposición".

Notamos nuevamente el esfuerzo por pensar la comunidad desde la pura *relación*, un espacio vacío (sin ninguna sustancia o cosa) y, por esto mismo, abierta a cualquiera. Sin embargo, lo que ahora también se nos está presentando es, por una parte, un problema para pensar la comunidad, pues, en tanto que evita cualquier referencia a alguna sustancia, esta relación o "nada en común" resulta difícil de sostener como objeto de reflexión: ¿cómo pensar el *puro vínculo* sin llenarlo de sustancia? La idea de *communitas* nos resulta, así, *irrepresentable*.

En segundo lugar, si la "nada en común" se nos presenta como una "carencia que nos constituye", una precariedad o una apertura que nos expone a otros, como lo señala Esposito, esa exposición implica un riesgo para el sujeto: "Empujándolo a tomar contacto con lo que no es, con su «nada», ésta constituye la más extrema de sus posibilidades, pero también la más riesgosa de sus amenazas".[31] Así, junto a la posibilidad de una apertura a la diversidad, de una *hospitalidad*, aparece también una *hostilidad* hacia nuestro pensamiento y a nuestro ser por la amenaza de caer en un vacío o de disolver la propia identidad. De aquí que Esposito nos advierta sobre este doble carácter del *munus*, hospitalario y hostil: "Hay que tener siempre presente esta doble cara de la *communitas:* es al mismo tiempo la más adecuada, si no la única, dimensión del animal «hombre», pero también su deriva, que potencialmente lo conduce a su disolución".[32]

Ante esta parte hostil que causa temor, pues implica la imposibilidad de representarla u ordenarla en nuestra reflexión —como un caos permanente—, así como la pérdida de lo propio y de la identidad: ¿no es normal responder con una especie de "instinto de conservación o supervivencia"?, ¿por qué no renunciar, mejor, a esta *condición común* o, cuando menos, simplificar su abrumadora carga, esta afanosa tarea de estar buscando respues-

---

30 "Semejante lugar se denomina *sentido*". Nancy, Jean-Luc, "Prólogo", Communitas: *origen y destino de la comunidad*, Buenos Aires, Amorrortu, 2003, pp. 16 y 17.

31 Esposito, Roberto, *Communitas*…, *cit.*, p. 32.

32 Esposito, Roberto, *Comunidad, inmunidad y biopolítica*, *cit.*, p. 33.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

tas y construir sentidos?, ¿por qué no establecer previamente, por ejemplo, con un *contrato*, aquello que estamos *obligados* a dar? Es como si esta noción de comunidad, de nada en común, tendiera a pedir la otra, la del conjunto identitario que se expuso en un principio.

V. Inmunidad

Como vimos, el *munus* tiene también un carácter hostil, nos excede de tal manera que incluso se convierte en un riesgo para los individuos, pues manda darlo todo, inclusive arriesgando la propia vida: "es la pérdida violenta de los límites que, confiriendo identidad, aseguran la subsistencia".[33] Si sólo jugara esta lógica, posiblemente no habría individuos y la comunidad también se perdería. Tal vez por un resguardo de lo anterior es que decidimos regular lo que toca dar, poniendo como límite aquello que al darlo comportaría un riesgo grande para nuestra vida. Este "resguardo" es nombrado por Esposito como *immunitas* o inmunidad, justo por su carácter preventivo y privativo que rompe o limita nuestra apertura a los otros, nuestro ser en comunidad. Como veremos más adelante, el derecho con su función de regulación social, esto es, como límite de las acciones de las personas individuales o colectivas, pertenece a este espacio inmunitario dentro de la lógica comunitaria.

Para bosquejar los elementos y sentidos claves de la categoría de inmunidad, Esposito nos remite a los dos ejes de significado de sus nociones corrientes, la jurídica y la biológico-médica. El significado jurídico, que podemos encontrar en el derecho romano y se conserva en la actualidad, considera que la inmunidad es un estado de privilegio o de "no sujeción" con respecto a las obligaciones.[34] Esposito hace notar que la inmunidad es, en consecuencia, necesariamente un concepto comparativo, pues su sentido

[33] *Idem*.

[34] Por ejemplo, dentro del derecho romano y en el canónico, podemos encontrar estas definiciones: "Inmune es quien está dispensado de cargas, que otros deben llevar sobre sí… derecho por el cual recintos, bienes o personas… están liberados o exentos de la carga u obligación común". Esposito, Roberto, Immunitas: *protección y negación de la vida*, Buenos Aires, Amorrortu, 2005, p. 15. Dentro de la teoría jurídica, me parece que resulta ilustrativa la distinción propuesta por Hofheld entre *obligación*, que hace referencia a un deber concreto, y *sujeción*, que refiere a un estado o posición del individuo que le implicará la generación de obligaciones o derechos por las acciones de otros. Estamos sujetos a las leyes de nuestro país o a la potestad de una autoridad, sin que esto implique que en la actualidad tengamos una obligación o derecho concreto. Para Hofheld, lo contrario de la *sujeción* es, justo, la *inmunidad*, que es el estado por el cual las acciones que realizan otros no producirán obligaciones o derechos en los individuos. Véase Hohfeld, Wesley, *Conceptos jurídicos fundamentales*, México, Fontamara, 2017.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

refiere a una diferencia con respecto a una obligación general que otros tienen. "Respecto de tal generalidad, la inmunidad es una condición de particularidad: ya se refiera a un individuo o a un colectivo, siempre es «propia», en el sentido específico de «perteneciente a alguien» y, por ende, de «no común»".[35] La inmunidad tiene, entonces, un profundo carácter antisocial y, en oposición a alguien munífico (generoso o desprendido), que presenta la misma raíz etimológica, *munus* (que evoca "gratuidad"), al inmune puede llamársele "ingrato".[36]

Más allá de la dispensa de una obligación concreta, es importante hacer notar el sentido que guarda la inmunidad en su referencia general con la obligación común. La necesidad de resguardarse o inmunizarse surge en la medida en que hay una deuda o responsabilidad previa. Así, la sujeción u obligación común está presupuesta en la inmunización, en tanto que se trata de la protección de un individuo o grupo de individuos ante la responsabilidad o deuda que nuestra condición común genera. Lo propio de la inmunidad es, en consecuencia, interrumpir la red o circuito social de donación, cuidado o sujeción recíproca de la *communitas*.

Sin embargo, con todo lo "ingrato" que el mecanismo de la inmunidad pueda tener, no debemos olvidar que realiza la función de salvaguardar a los individuos y, con ellos, a la comunidad y la vida. Nuestra vida no es posible sin el cuidado que otros realizan, pero este deber de cuidado es tal que pide darlo todo, todos los bienes y hasta la propia vida. Es como si la vida de los otros resultara en un riesgo para la sana y segura identidad de uno mismo. Lo común opera como una especie de contaminación del individuo que amenaza con disolver su individualidad; la inmunidad evita la intrusión, propagación y el contagio, interrumpiendo, no obstante, la "red de donación social".

Notemos cómo el concepto de "inmunidad", que habíamos explicado desde su significado jurídico, empieza ahora a intercalarse y ampliarse con el significado que guarda en el discurso biológico y médico. Desde este punto de vista, por inmunidad se entiende una condición refractaria del organismo ante el peligro de contraer una enfermedad contagiosa. Como sabemos, nuestro sistema inmunitario funciona reconociendo y asimilando una enfermedad ("etiquetándola"), para expulsarla o eliminarla después. Por ejemplo, vacunarse implica introducir una forma atenuada de infección para estimular la formación de anticuerpos capaces de neutralizar por anticipado las consecuencias patógenas.

---

35 Esposito, Roberto, *Immunitas*…, *cit*.

36 *Ibidem*, p. 16

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

Estos dos ejes de significado de inmunidad, el jurídico y el biológico, conforman la base del sentido de *immunitas* que, en términos simples, podríamos anunciar como "protección para evitar el contagio". Expresada en estos términos, es fácil observar que la categoría de *immunitas* presenta una relación, además de con la comunidad —como se ha expuesto—, con la vida.[37] Esta lógica inmunitaria presenta otra característica que a Esposito le resulta fundamental para explicar el pensamiento político de la modernidad, así como muchos de los discursos y acciones actuales que parecen fundamentarse en esta lógica de protección contra "el otro", "el extraño" que amenaza con contaminarnos y destruir nuestra sociedad, por ejemplo, cualquier fundamentalismo o las acciones en contra de la migración o ante los refugiados. Siguiendo, entonces, esta lógica inmunitaria, se descubre que las acciones no tienen una lógica de combate frontal, sino de una inclusión para su neutralización. "El mal debe enfrentarse, pero sin alejarlo de sus propios confines. Al contrario, incluyéndolo dentro de estos. La figura dialéctica que de este modo se bosqueja es la de una inclusión excluyente o de una exclusión mediante la inclusión".[38]

La figura lógica de la "exclusión por medio de la inclusión", que también es referida como *dialéctica negativa*, resulta fundamental en la propuesta de Esposito. Ella nos permite intuir que la eficacia de este mecanismo inmunitario radica en generar discursos, rituales, procedimientos o *dispositivos* que incluyan aquello que se quiere combatir o excluir. Si se quiere, es una táctica de desconocimiento del otro que pasa por su integración en una mismidad o totalidad.[39] Por ejemplo, es posible generar un conjunto que defina "lo humano" mediante una serie de categorías que aludan al aspecto racional que se presume común en todos, pero cuyas categorías pueden presentar graduaciones y el riesgo exclusión, como de hecho ha

---

37 Como lo desarrollará en los últimos capítulos de *Immunitas* y en su obra posterior, *Bíos. Biopolítica y filosofía,* de conformidad con el marco teórico de la biopolítica, es posible mostrar que existe una implicación fuerte entre nuestras instituciones y los discursos sociales y políticos con la noción de *vida.* Sea en la forma de una "politización de la vida" o "vitalización de la política" en el discurso y las instituciones de la modernidad (y, por extensión, en la actualidad), la política ha encontrado cierta legitimidad al apelar a la vida, por ejemplo, con su énfasis en la seguridad. Si la relación entre política y vida ocupa este papel central, la categoría de *immunitas* expresa una forma específica en que esta relación se presenta y es lo que le permite a Esposito afirmar la vigencia de un *paradigma inmunitario* en la actualidad. Véase Esposito, Roberto, *Bíos. Biopolítica y filosofía. Mutaciones*, Buenos Aires, Amorrortu, 2011.

38 Esposito, Roberto, *Immunitas*…, *cit.*, p. 18.

39 Aludo a la propuesta de Levinas en *Totalidad e infinito, cit.*

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

pasado con niños, mujeres, "anormales", indígenas, etcétera.[40] En todo caso, me parece que lo que encontraremos —siempre— son categorías que parecería que anteceden y pueden, por esto, calificar una práctica o a los sujetos.

Retomando los problemas analizados en el apartado anterior, la *immunitas* resulta, entonces, como una respuesta ante la *hostilidad* de la comunidad, pero que traiciona la *hospitalidad*. Frente al problema de una comunidad como pura relación y sin contenidos, que se torna *irrepresentable* para nuestro pensamiento, la *immunitas* presenta este carácter privativo e identitario, basado en las cualidades propias de cada individuo o de cada conjunto de individuos. De la misma manera, frente al potencial riesgo de disolución, de pérdida de lo propio o de nuestra propia vida ante la obligación infinita con los otros, la *immunitas* limita esta relación, este contagio que me llevaría a darlo todo.[41] Así, la *immunitas*, siendo lo opuesto a la *communitas*, representa una especie de complemento, pero un complemento negativo, algo que la niega y la conserva. Este tipo de relación entre conceptos, que se niegan y conservan, es conocido como *dialéctica*.

La idea de comunidad en Esposito está conformada, en consecuencia, por ambas categorías en su relación dialéctica, *communitas* e *immunitas*, por lo que es importante no reducirla únicamente a la *coexistencia* o *condición común*. En su presentación sobre el tema de la comunidad, Esposito subraya la condición común, pues considera que la filosofía política y jurídica ha tendido a "traicionar" esta condición de ser en apertura, en aras de expresar la condición identitaria propia de un conjunto de individuos. Este "olvido" de la *communitas*, estima, ha traído graves consecuencias en la historia; por ejemplo, ha servido para justificar fundamentalismos y formas de racismo, así como un estancamiento en la reflexión sobre la comunidad.

No obstante, la propia necesidad de responder a la deuda infinita implica la necesaria preservación de los individuos, que son quienes responden,

---

40 Esposito realiza este ejercicio con la categoría *persona*, mostrando que desde el derecho romano hasta la actualidad contiene una división y una violencia que posibilita decir que hay algunos que "son más (persona) que otros" pues dominan a otros o se saben dominar a sí mismos (su parte irracional, sus paciones o su "animalidad"). Véase Esposito, Roberto, *El dispositivo de la persona*, Buenos Aires, Amorrortu, 2011.

41 En este mismo sentido, Saidel señala: "la *communitas* no es pensable sin su opuesto polar, la *nmmunitas*, que señala la exención de ese *munus* compartido, una defensa de lo propio que interrumpe el circuito de donación recíproca en su afán de evitar el contagio comunitario… La co-presencia de *communtas* e *immunitas* implica que no hay comunidad que no apele a alguna forma de inmunización que ayude a la conservación de la vida". Saidel, Matías, *Ontologías… cit.*, p. 444.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

pero dicha preservación se encuentra, por esto mismo, condicionada o modulada por la responsabilidad. Es por esto que, aunque la *immunitas* niega a la *communitas* (es su contrario), conserva el sentido de la responsabilidad u obligación común en la medida en que la inmunidad es un privilegio o excepción frente a esta condición común y, también, al preservar de manera indirecta la obligación de la comunidad, resguardando a los individuos que son quienes responden. Este es, de manera general, el juego dialéctico propio de la comunidad.

VI. Biopolítica afirmativa, un pequeño bosquejo

Como se señalaba en los primeros apartados, este énfasis en la *diversidad* como relación y dependencia de los otros se logra justo al establecer como punto de partida a la *communitas*, lo que provoca un cambio de perspectiva y de léxico. En este sentido, a Esposito le resulta clarificadora, en primer lugar, la línea de reflexión ontológica de la comunidad que toma como base la "apertura", el "ser en relación", en contraste con un pensamiento que parte de características que preceden al "estar en relación" y que tienden a "entificar" a la comunidad. Ya no se trata de pensar *sobre* la comunidad, sino *desde* la comunidad, desde nuestro "ser en relación".

En segundo lugar, le resulta central la reflexión biopolítica y, en específico, la obra de Foucault. Para Esposito, como para Foucault, este tipo de poder se asoma como un acontecimiento que pertenece y define una época determinada. Aparece, entonces, en su contraste con la primera modernidad, en la que la relación entre política y conservación de la vida está todavía mediada por el paradigma de orden, articulado en torno a los conceptos de soberanía, representación y derechos individuales. Así, en lo posterior, es posible notar que la relación entre política y la conservación de la vida se irá haciendo cada vez más inmediata, como lo muestra la relevancia que adquieren las políticas sanitarias, demográficas y urbanas. A partir de estos momentos, la vida asume una relevancia política estratégica, pero también la política tenderá a configurarse según modelos biológicos y médicos, por ejemplo, en sus categorías de cuerpo político, nación o constitución.[42] Sin embargo, en la clásica reflexión de Foucault sobre el nazismo, notamos que esta política de vida amenaza siembre con volverse acción para la muerte.[43] Para Esposito, esta conservación de la vida, justo

[42] Esposito, Roberto, *Immunitas*…, *cit.*, pp. 160-204.
[43] Foucault, Michel, *Defender la sociedad*…, *cit.*

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

en la figura de la inmunización, se puede volver obsesiva y termina por sacrificar la vida cualificada (fruto de la circulación social) a la simple supervivencia biológica de los individuos. Es una reducción de la vida o la existencia a su nuda base biológica.

Esposito refiere que la noción de biopolítica en Foucault, problemáticamente, ha sido tomada en bloque; sin embargo, es posible sustentar dos lecturas, una positiva o productiva y otra negativa o trágica, en la relación entre política y vida:

> Ahora bien, la ventaja del paradigma inmunitario reside precisamente en el hecho de que estos dos vectores de sentido —positivo y negativo, conservador y destructivo— encuentran finalmente una articulación interna, porque la inmunización, en cuanto forma de protección negativa, los contiene a ambos ligándolos en un único bloque semántico. Esto significa que la negación no es la forma de sujeción violenta que el poder ejercita en el exterior sobre la vida, sino el modo contradictorio en que la vida intenta defenderse, cerrándose a aquello que la circunda —la otra vida—.[44]

Si bien este trabajo se enfoca en las reflexiones sobre la comunidad, es importante referir, justo como un aporte de la obra de Esposito, la relación que me parece logra establecer entre estas dos líneas de reflexión, la ontológica y la biopolítica. Su categoría de *inmunidad*, que refiere al léxico jurídico y médico, aparece como una propuesta sugerente para clarificar el sentido negativo y positivo que presenta la biopolítica justo al relacionarla con la categoría de *communitas*. Este sentido positivo y negativo de la biopolítica y su relación con la *communitas* resulta fundamental para comprender la propuesta de Esposito sobre una *biopolítica afirmativa,* que tiene su base en una idea de vida abierta, compleja y cualificada, propia del "ser en común". Al respecto, afirma:

> ...yo extraigo de la dialéctica indivisible entre comunidad e inmunidad otra consecuencia, que de algún modo perfila la posibilidad de una noción potencialmente afirmativa de biopolítica. Revolviéndose contra sí misma en forma de autoinmunidad, la dinámica de inmunización tiende a contradecirse, abriéndose a una posible transformación… capaz de reconstruir la relación con la communitas y con el munus que ésta porta… haría falta cambiar la idea difusa de que la vida humana puede ser salvada de la política; se trata más bien de que la política de hoy ha de ser pensada a partir del fenómeno de la vida. Pero, para que la vida pueda señalar un horizonte diferente para

[44] Esposito, Roberto, *Comunidad, inmunidad y biopolítica*, *cit*., p. 21.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

> la política —literalmente: revitalizarla—, es necesario que, a su vez, ella misma sea pensada en toda su complejidad; esto es, que sea rescatada de aquella reducción a la nuda base biológica…[45]

Como lo detalla Langford, existe un desplazamiento importante en la reflexión de Esposito entre su libro de *Communitas* y el de *Immunitas*, tanto en el cambio en el objeto central de reflexión, que va de la comunidad a la vida, como en el objeto de la crítica, que se abre más allá de la filosofía política moderna hacia otras disciplinas (como la teología y antropología filosófica). En el libro *Immunitas,* la figura de la "exclusión inclusiva", que bosquejé en el apartado "inmunidad", ocupa un lugar central que modifica la reflexión previa sobre la comunidad (y los primeros bosquejos sobre la inmunidad) en *communitas*. Ya no se trata sólo de la *apertura* que nuestra *coexistencia* comporta, sino que la perspectiva inmunológica permite un desarrollo sobre la *alteración* que le permitirá a Esposito llegar a perfilar su propuesta de una *biopolítica afirmativa*.[46]

Aunque en este trabajo se realizó una presentación general de la dialéctica de *communitas* e *immunitas*, como el propio subtítulo lo anuncia, la exposición se centra en el tema de la comunidad en su relación con el derecho y el específico efecto inhibitorio. En este sentido, me detengo en las afectaciones al *cuidado* de nuestra *obligación común*, así como la búsqueda, comunicación y construcción de sentidos —lo que Langford podría referir como la *apertura*, en una traducción propia—.[47]

VII. La nada de la nada

A lo largo de su obra, Esposito nos advierte sobre los riesgos que "el olvido" y "la traición" de la *communitas* han traído sobre la reflexión de la comunidad. De manera pormenorizada, muestra cómo el *paradigma inmunitario* se impuso

---

45 *Ibidem*, p. 22. La propuesta de una biopolítica afirmativa se puede encontrar en su obra *Bíos. Biopolítica y filosofía*, *cit.*

46 Langford, pp. 103-109. Por otra parte, me parece que si bien existe un desplazamiento en la reflexión de Esposito, como el propio autor lo admite, la continuidad entre ambas obras es mayor a lo expuesto por Langford, quien me parece que se esfuerza mucho en realizar un análisis específico de cada obra y de los desplazamientos en el pensamiento de Esposito, perdiendo una cierta visión del conjunto. Este tratamiento en conjunto se puede encontrar en los ensayos posteriores de Esposito, *Comunidad, inmunidad y biopolítica*, *cit*.

47 El desarrollo de la propuesta de *biopolítica afirmativa* se encuentra en la obra de Esposito, *Bíos. Biopolítica y filosofía*, *cit.* Para un estudio sobre este tema y algunas relaciones con el derecho, remito a Langford, Peter, *op. cit*.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

en la reflexión filosófica, jurídica y política, operando una drástica simplificación sobre la comunidad, pues se tendió a considerar únicamente el significado de "conjunto identitario". Así, aunque el significado etimológico, según lo analizamos, apunta hacia el sentido de apertura y relación, es posible observar desde la Edad Media un claro desplazamiento hacia el significado inmunitario que de suyo implica la ruptura de la *communitas*:

> En efecto, en todos los léxicos medievales, el término *communitas* está asociado al concepto de "pertenencia"… esos *communia* que antes indicaban un simple conglomerado rural, o urbano, comienzan a adquirir los rasgos cada vez más formales de una verdadera institución jurídico-política. A partir del siglo XII, llegan a expresar la designación de la personalidad que, de hecho o de derecho, poseen las ciudades autónomas: es decir, propietarias de sí mismas.[48]

Si el sentido de la *immunitas* conlleva la ruptura de la relación común para la salvaguarda de los individuos, y esto es provocado por la propia *hostilidad* de la *communitas*, Esposito hace notar que fue Hobbes quien llevó al extremo la reducción de la comunidad a su significado inmunitario.

> Debe romperse el vínculo con la dimensión originaria —Hobbes la llama "natural"— del vivir en común, instituyendo otro origen artificial, que coincide con la figura, jurídicamente "privatista" y lógicamente "privativa", del contrato. Hobbes muestra que comprende perfectamente el poder inmunizante del contrato frente a la situación previa cuando define sus status exactamente mediante la contraposición con el don: contrato es ante todo lo que no es don, ausencia de *munus*…[49]

Esposito continúa su análisis sobre el desarrollo de esta lógica inmunitaria en diversos autores de la filosofía política y jurídica moderna, pero también en diversas disciplinas, como la teología y la antropología filosófica, lo que le permite mostrar la vigencia de un *paradigma inmunitario* en la

---

48 Esposito, Roberto, *Communitas*…, *cit.*, p. 35.

49 *Ibidem*, p. 41. Con esto, Hobbes inaugura, además, el referido *paradigma inmunitario* de la modernidad; esto es, la lectura de la modernidad en los términos inmunitarios aquí referidos. Por ejemplo, abre un sentido para comprender la categoría de "individuo" característica de esta época: "Los individuos modernos llegan a ser verdaderamente tales —es decir, perfectamente individuos, individuos «absolutos», rodeados por unos límites que a la vez los aíslan y los protegen— sólo habiéndose liberado preventivamente de la «deuda» que los vincula mutuamente. En cuanto exentos, exonerados, dispensados de ese contacto que amenaza su identidad exponiéndolos al posible conflicto con su vecino. Al contagio de la relación", *ibidem*, p. 40.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

actualidad.[50] Con ello, hace notar que la manera de romper definitivamente con la *communitas* consiste en una suplantación de nuestra relación existencial u originaria por otra "artificial". Esta sustitución se realiza, por ejemplo, con la figura del contrato, que además de su carácter jurídico-privativo tiene un carácter inmunitario en su sentido médico, en la medida en que establece por anticipado las obligaciones que se satisfarán. Por decirlo así, "nos vacuna" del contagio de la obligación infinita, estableciendo una serie de obligaciones concretas.

Notemos que la relación abierta de la *communitas* es combatida, entre otras formas, por medio de una serie de obligaciones o significados precisos. Así, la apertura de sentido se rompe mediante significados precisos que se dan por anticipado o un proceso de selección de sentido que sustituye "expectativas inciertas por expectativas problemáticas pero seguras".[51] Lo que tenemos que notar es que este proceso, al determinar los sentidos de acción, excluye los otros sentidos posibles y, más aún, que este proceso es justo un proceso de exclusión de sentidos, de ruptura o inhibición de un circuito de comunicación o rotación de sentido. Con ello, y siguiendo lo expuesto en el párrafo anterior, lo que está operando es una sustitución de la *communitas*.

Esta reducción de la complejidad de la comunidad —su radical apertura— a un conjunto identitario con propiedades o significados específicos tiende a formas de exclusión y, además, termina por convertirse en un riesgo para los propios individuos que la conforman. Evidentemente, en tanto que individuos aislados, nuestras posibilidades de acción o de respuesta ante problemas complejos se ven disminuidas.[52] Siguiendo el eje de significado biológico de *immunitas*, se puede decir que "si la inmunidad es llevada más allá de cierto umbral, termina por aniquilar la vida que debía

[50] Esposito coincide con el análisis de Luhmann, quien detectó que la semántica de la inmunidad se extendió progresivamente del ámbito del derecho a la política, la economía y, al final, a todos sectores de la sociedad moderna, convirtiéndose en paradigma general de la modernidad. No obstante, como podemos intuir con lo narrado en este trabajo, toma una completa distancia de Luhmann en tanto que no presenta este fenómeno de manera neutral, sino que lo analiza críticamente. Esposito parte de la relación estructural entre ley y violencia, tematizada por Benjamin, lo que le permite notar que el resultado de la propuesta de Luhmann es la eliminación de la violencia por medio de la eliminación de la comunidad misma. Véase Esposito, Roberto, *Immunitas*…, *cit.*, pp. 66-76.

[51] *Ibidem*, p. 72. En este momento, Esposito está refiriéndose a la obra de Luhmann (véase nota anterior).

[52] En su extremo, esta lógica inmunitaria se puede tornar genocida. Aunque esta posibilidad extrema no ha sido tratada en este trabajo, aparece como un tema fundamental en las obras de Esposito aquí citadas, misma que sigue de cerca la reflexión biopolítica de Foucault.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

proteger, como sucede en las enfermedades autoinmunes".[53] El exceso de inmunización provoca, así, una ruptura de la relación que, en oposición a la "nada en común" antes expuesta, nos coloca en lo que Esposito llama la "nada de la nada", esto es, la pérdida de las posibilidades de sentido que está presente, por ejemplo, en los totalitarismos o en el nihilismo de nuestra época.

Esta clausura de sentido, enfaticémoslo, es producida por un "olvido de la nada en común" a la que, paradójicamente, hemos llegado por medio de las cosas restringidas a su punto de vista técnico, científico y productivista.[54] El significado unívoco que estos puntos de vista conllevan es contrario al sentido que presenta nuestro "ser en común". Se podría decir que se trata de una falta de sentido provocada por un exceso de significados simples que ocultan o llenan el espacio compartido. Así, la propuesta hobbesiana del Leviatán, aunque usualmente se presente como totalitaria, también es nihilista en la medida en que está fundada en la supresión de la relación y apertura mediante la imposición de un único vínculo artificial entre los individuos y el soberano. Esto significa que la comunidad es algo distinto a un "nosotros" y, también, a un "otro", en la medida en que sean absolutos y no "otros" que también está en relación o en deuda. La comunidad, en definitiva, no es la obligación con el Leviatán o cualquier otro tirano.[55]

Tanto los totalitarismos como el nihilismo se nos presentan como una respuesta en la que se clausura o se renuncia a la búsqueda de sentido. Los totalitarismos aparecen como el intento de llenar el vacío que implica el ser como apertura en relación; por su parte, la respuesta nihilista consiste en la anomia o renuncia a la búsqueda de sentido ("todo es igual"). Por error, hemos buscado responder ante la falta de sentido del nihilismo postulando algún contenido, cuando el problema es que no hemos cuidado la nada en común, el cuidado constante.

---

53 Saidel, Matías, *op. cit.*, p. 444.

54 En específico, en la filosofía política moderna se revela una "tendencia a identificar el sentido de las grandes palabras de la política con su significado más inmediatamente evidente… Mientras este significado es siempre unívoco, unilateral, cerrado sobre sí mismo, el horizonte de sentido, en cambio, es mucho más amplio, complejo, ambivalente, capaz de contener elementos recíprocamente contradictorios". Esposito, *Comunidad, inmunidad y biopolítica*, *cit.*, p. 11.

55 Nuevamente me apoyo en la obra de Levinas y la reflexión que de las filosofías de la alteridad que la toman como base que enfatizan la referencia al "otro" concreto. El "otro" nunca es un ente abstracto, fruto de un proceso mío de abstracción y, por ello, de mi "mismidad". Véase notas 22 y 23.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

En este sentido, Esposito abre una crítica a cierta línea de la reflexión "comunitarista" que tiende a poner como centro de la comunidad los aspectos identitarios, lo que muestra una permanencia en el mero sentido inmunitario. Bajo lo argumentado en este apartado, se puede afirmar que se han presentado como un intento de abordar esta falta de sentido postulando "algo de contenido —una sustancia, una promesa, un valor— que no se deje vaciar por el sumidero de la nada" y que, en consecuencia, terminan asemejándose a los totalitarismos.[56] Tanto en los totalitarismos como frente a la clausura o ensimismamiento tedioso y deprimente del nihilismo, en la "nada de la nada", la respuesta no es la apropiación de una cosa o contenido, sino el *obsequio* como un dar infinito que nos pone en apertura con otros.

VIII. Comunidad y derecho

Como hemos visto, uno de los principales riesgos de la *immunitas* consiste en la simplificación y reducción de sentidos, de la posibilidad de sentido y, con esto, de respuesta ante nuestra "obligación infinita". En el núcleo de esta reducción de sentido encontramos a la propia categoría de "comunidad" que ha perdido su carácter *hospitalario* o de apertura al otro, al distinto. Se trata de una drástica simplificación hacia su sentido inmunitario, como un conjunto identitario o como una institución jurídico-política cuyos deberes y obligaciones se encuentran previamente reglamentados. La propuesta de Esposito tiene la virtud de mostrarnos, en sus categorías de *communitas* e *immunitas*, cómo y por qué opera esta reducción del sentido de "comunidad". La propia lógica inmunitaria, que es parte de la dialéctica de la comunidad, conlleva una tematización, una postulación de significados y deberes simples que funcionan para evitar la dispersión o el contagio de la propia *coexistencia*, similar a reducir la complejidad de la vida a un mero "instinto de supervivencia".

¿Qué papel juega el derecho actual en dialéctica comunitaria, en la dialéctica de *communitas* e *immunitas*? Como se ha perfilado a lo largo de este trabajo, ante la perspectiva de una "obligación infinita" el derecho se ubica en el complemento dialéctico de la *immunitas*, como uno de los mecanismos que resguardan a los individuos mediante la "no sujeción". Bajo esta perspectiva, el derecho funciona sustituyendo nuestra obligación originaria por una serie de obligaciones delimitadas y categorizadas por anticipado que, además, se encuentran mediadas, por ejemplo, por la ley, el "contrato ori-

[56] Esposito, Roberto, *Comunidad, inmunidad y biopolítica*, *cit.*, p. 63.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

ginario", la "deliberación democrática", el Estado o el orden institucionalizado. Esto es, sustituye la *communitas* por una relación artificial. De la misma manera, opera en consecuencia una clausura, un "cierre identitario" de nuestro ser como apertura en relación o respectividad con otros. El derecho muestra, con esto, su profundo carácter *privativo* e individualista que, como tal, produce un efecto de inhibición de la comunidad.

Si, como se expuso en la introducción, el pensar que el derecho pudo tener un efecto inhibitorio o represivo sobre la comunidad presentaba cierta dificultad por la relación que guardan ambas nociones, esta dificultad se encuentra ahora clarificada en la medida en que se distingue "la comunidad" de un mero "conjunto identitario". El derecho, dentro de la lógica inmunitaria, forma o posibilita que se genere un conjunto identitario, estableciendo los límites y el orden necesario para preservar a los individuos. Sin embargo, si partimos de la *communitas*, resulta posible y necesario considerar los excesos que el derecho puede presentar sobre nuestra relación común. Tanto los totalitarismos como los nihilismos contemporáneos se nos muestran con esto como una crisis de comunidad, como un problema inmunitario en donde el sistema encargado de proteger a los individuos, y de manera indirecta a la comunidad, patológicamente, se vuelve contra la comunidad misma poniendo en peligro a los propios individuos, inhibiendo nuestro ser en común, nuestra deuda infinita que, en otros términos, puede ser referida como responsabilidad o justicia.

Una consecuencia que se deriva de lo anterior es la posibilidad de reflexionar sobre el límite necesario que el derecho comporta, dado su carácter inmunitario o de privilegio con respecto a la obligación común. En la medida en que nuestro deber se encuentra categorizado por anticipado, siempre presenta un límite en el sentido de "debes esto y nada más". Así, lo que normalmente entendemos en el derecho como "deberes", es decir aquellos que resultan de la ley escrita, desde la perspectiva de la *communitas* se nos devela que contienen un "no deber". *A contrario sensu*, todo derecho reconocido por la ley presenta una cara oculta como "no derecho" en tanto que clausura posibilidades de respuesta al limitar la deuda que nuestra vida en común implica. Por esto, dado que la *communitas* antecede a la *immunitas*, en el sentido de que ésta es un privilegio con respecto a aquélla, parece que cualquier categorización anticipada o límite a nuestra obligación se encuentra desfundada y puede ser cuestionada con *justicia*.[57]

[57] Esta consecuencia del planteamiento de Esposito resultaría análoga con la propuesta de "justicia como *deconstrucción*" de Derrida, Jacques, *Fuerza de ley. El "fundamento místico de la autoridad"*, Madrid, Tecnos, 1997.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

Lo anterior, cuando menos, posibilita una línea de reflexión ética y crítica dada la necesaria insuficiencia de la ley y su carácter represivo o inhibitorio de nuestra relación en común. Aunque por otra línea argumentativa, lo anterior refuerza la idea, presente en algunas corrientes que enfatizan el papel de la razón práctica, de que "es aceptable reconocer la existencia de excepciones implícitas en las reglas, como medio de flexibilizar el Derecho y aumentar las posibilidades de lograr la realización de la justicia a través del Derecho".[58] Si el derecho puede ser interpretado como un "no deber", bajo esta lógica siempre cabe una interpretación y justificación sobre la ley en tanto que limite de nuestras respuestas.

Un resultado central del planteamiento de Esposito consiste en regresar la *communitas*, en tanto que situación primaria u original de *coexistencia*, a la reflexión sobre la comunidad y el derecho. Me parece que esto abre posibilidades de sentido que se encontraban obstaculizadas por la idea de comunidad como un mero pacto de leyes o como conjunto identitario. Como vimos, Esposito lanza una denuncia en contra de cualquier pensamiento de la comunidad con una base esencialista por su incapacidad de desmantelar los discursos basados en "conjuntos identitarios" que tienden a homogeneizar y simplificar, y que terminan en procesos de eliminación de la diversidad y de exclusión de los diferentes o *los otros.* Para Esposito, esto aparece como un eje central en los problemas de nuestro tiempo, por ejemplo, en los diferentes tipos de violencias intercomunitarias, como fundamentalismos religiosos, económicos o nacionalistas, así como el proceso de homogenización mundial. De aquí que su propuesta de comunidad ponga un énfasis importante en la dependencia a los otros y la apertura a la diferencia.

Como se indicó en el primer apartado, Esposito refiere que su filosofía tiene la tarea de pensar un momento histórico y de ser crítica con aquellas categorías que no dan respuestas a los problemas de la actualidad. Su propuesta convoca a permanecer en el cuidado de nuestro ser en comunidad, entre otras cosas, de cualquier realización que justifique una pérdida de la apertura que nuestro ser en comunidad implica. En sus trabajos, refiere en consecuencia que no es tarea de su filosofía formular alguna propuesta de teoría política o jurídica, sino de permanecer en una crítica. Sin embargo, es tal su preocupación por evitar este esencialismo que extiende su denuncia a cualquier intento histórico de realización de la comunidad.

---

[58] Atienza, Manuel, *Filosofía del derecho y transformación social*, Madrid, Trotta, 2017, p. 24. Otra variante que considero interesante sobre la fundamentación de las excepciones a las reglas, en este caso de corte aristotélico, la podemos encontrar en Wiggins, David, "La deliberación y la racionalidad práctica", *El razonamiento práctico*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986, pp. 267-283.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

Esta radicalidad de su pensamiento puede resultar sorprendente si no se atiende al contexto histórico y académico europeo, en el que un gran anhelo de comunidad coexiste con un enorme escepticismo y aberración por los proyectos con bases comunitaristas. No es posible olvidar que en nombre de la comunidad se puso en marcha el holocausto. Szymon Wróbe, a propósito de la propuesta de Esposito y otros autores, explica este sentimiento de la siguiente manera:

> Por lo tanto, me parece que cuando hablamos de comunidad, siempre debemos agregar un signo de interrogación. Y al hacerlo, debemos ser advertidos de que no hay un discurso seguro sobre la comunidad… No hay un llamado más fuerte que el llamado a la comunidad, un llamado para establecer una forma de vida política diferente al Estado, la sociedad, una asociación libre, un agregado de cuerpos humanos, una compañía, una corporación, una nación, un fantasma de cuerpo político… Uno debe, como medida de precaución, antes de embarcarse en este viaje comunitario, confesar solemnemente que nunca ha habido ni habrá comunidad. La historia nos enseña que la comunidad nunca ha tenido lugar en la línea de nuestras proyecciones o, en otras palabras, cuando llegó la comunidad, fue bajo un disfraz, desinformada de nuestras intenciones y engañada en cuanto a nuestros deseos... ¿Por qué deberíamos temer a la comunidad? ¿Por qué reconozco la categoría de comunidad intelectual y políticamente peligrosa? Simplemente porque promueve un "modelo identitario".[59]

Esta cita nos permite comprender el problema del "modelo identitario" de la comunidad desde otro ángulo, en tanto que refiere a la "experiencia europea" —sin siquiera pretender que pueda ser unívoca—, a sus miedos y escepticismos. Como tal, a una experiencia y una búsqueda que pretende compartirse. Sin embargo, el problema de la comunidad no es sólo un problema de la filosofía ni se agota en la experiencia europea. En este sentido, creo que se puede compartir y dialogar desde otras experiencias. Más aún, considero que sin un referente real no será posible encontrar estas *nuevas palabras* para cambiar nuestra mirada sobre el mundo y nosotros mismos.[60]

---

59 Wróbel, Szymon, *op. cit.*, pp. 228 y 229. Traducción propia.

60 Por ejemplo, en América Latina, en diversos trabajos han llamado la atención los movimientos y prácticas alternativos emprendidos por pueblos originarios, quienes, sobre todo a partir de la década de 1990, empezaron a conformar articulaciones continentales y movimientos a nivel nacional. Estos movimientos, de hecho, dialogan con otros grupos tradicionalmente considerados como minoritarios (colectivos antisistemicos, feministas, ambientalistas, entre otros) y podrían ser enmarcados como movimientos de resistencia o insurreccionales en contra del modelo de civilización occidental. A partir de poner en común *cómo*

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

El cuidado de lo común es totalmente necesario, como también lo es buscar otras formas de relación y, por lo tanto, de observar otras prácticas y posibilidades para el derecho.

Por lo anterior, considero oportuno situar su reflexión para comprender tanto los mecanismos específicos que reprimen o inhiben la comunidad como las resistencias que se pueden estar presentando. En este sentido, me parece que se abren dos líneas de investigación. En primer lugar, para detallar las categorías, mecanismos y procesos específicos en los que el derecho rompe o inhibe nuestra relación en común.[61] Por su parte, la segunda línea de investigación que se sugiere apunta a mostrar y valorar otras prácticas de justicia. Éstas pueden presentar sentidos, entro otros posibles, como respuesta a las problemáticas analizadas por medio de la biopolítica —como la reducción de la complejidad de la vida a su mera base biológica— y, probablemente, se están presentando en los márgenes del derecho.

IX. Bibliografía

Amendola, A., "The Law of the Living: Material for Hypothesizing the Biojuridical", *Law, Culture and the Humanities*, vol. 8, núm. 1, 2012.

Atienza, Manuel, *Filosofía del derecho y transformación social*, Madrid, Trotta, 2017.

Bird, Greg y Short, Jonathan, "Community, Immunity and the Proper. An Introduction to the Political Theory of Roberto Esposito", *Angelaki*, vol. 18, núm. 3, 2013, disponible en: *https://doi.org/10.1080/0969725X.2013.834661*.

Castro, Edgardo, *Lecturas foucalteanas. Una historia conceptual de la biopolítica*, Buenos Aires, Unipe-Editorial Universitaria, 2011.

le hicieron, con quiénes y para qué, se realizó una compilación sobre los patrones y reflexiones en torno a estos movimientos, mismos que dan cuenta de *prácticas otras de conocimiento(s):* "cómo y dónde las insurrecciones de saberes subyugados que conllevan nuevos patrones de movilización están agrietando el patrón dominante de saber/poder e incluso haciendo mucho más que sólo eso. Asimismo, hablan de cómo dichas insurrecciones descentran y retan al sistema académico conduciendo a la búsqueda, en muchos casos, de nuevas metodologías, de nuevas epistemologías, de nuevas ontologías". Leyva Solano, Xóchitl, "Breve introducción a los tres tomos", en Leyva Solano, Xóchitl *et al.*, *Prácticas otras de conocimiento(s). Entre crisis, entre guerras*, San Cristóbal de las Casas, México, Cooperativa Editorial Retos-Clacso-Taller Editorial La Casa del Mago 2015, t. I, p. 26.

[61] Para profundizar en esta línea, remito a las obra de Esposito, *Immunitas*..., *cit.*, así como *El dispositivo de la persona*, Buenos Aires, Amorrortu, 2011.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

CAUDILLO FÉLIX, Gloria e IBÁÑEZ IZQUIERDO, Alfonso, *El horizonte de existencia intercultural del buen vivir o vivir bien. Aproximaciones*, Buenos Aires, Elaleph.com, 2015.

DERRIDA, Jacques, *Fuerza de ley. El "fundamento místico de la autoridad"*, Madrid, Tecnos, 1997.

ESPOSITO, Roberto, *Bíos. Biopolítica y filosofía. Mutaciones*, Buenos Aires, Amorrortu, 2011.

ESPOSITO, Roberto, Communitas: *origen y destino de la comunidad*, *Mutaciones*, Buenos Aires, Amorrortu, 2003.

ESPOSITO, Roberto, *Comunidad, inmunidad y biopolítica,* Barcelona, Herder Editorial, 2009.

ESPOSITO, Roberto, *El dispositivo de la persona*, Buenos Aires, Amorrortu, 2011.

ESPOSITO, Roberto, Immunitas: *protección y negación de la vida*, *Mutaciones*, Buenos Aires, Amorrortu, 2005.

ESPOSITO, Roberto, *Tercera persona: política de la vida y filosofía de lo impersonal. Mutaciones*, Buenos Aires, Amorrortu, 2007.

FOUCAULT, Michel, *Defender la sociedad. Curso en el Collège de France, 1975-1976*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000.

FOUCAULT, Michel, "Nietzsche, la genealogía, la historia", *La microfísica del poder*, Madrid, La Piqueta, 1978.

GINSBURG, Tom y MOUSTAFA, Tamir (eds.), *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*, Nueva York, Cambridge Universty Press, 2008.

HEIDEGGER, Martin, *Ser y tiempo. Estructuras y procesos: filosofía*, Madrid, Trotta, 2003.

HOHFELD, Wesley, *Conceptos jurídicos fundamentales*, México, Fontamara, 2017.

HOLE, Kristin, "The Ethics of Community. Nancy, Blanchot, Esposito", *Angelaki*, núm. 18, 2013, disponible en: *https://doi.org/10.1080/0969725X.2013.834668*.

LANGFORD, Peter, *Roberto Esposito. Law, Community and the Political*, *Nomikoi: Critical Legal Thinkers*, Londres, Rouledge, 2015.

LEMM, Vanessa, "Introduction: Biopolitics and Community in Roberto Esposito", *Terms of the Political: Community, Immunity and Biopolitics*, Nueva York, Fordham University, 2013.

LEVINAS, Emmanuel, *Totalidad e infinito. Ensayo sobre la exterioridad*, Salamanca, Sígueme, 2006.

LEYVA SOLANO, Xóchitl, "Breve introducción a los tres tomos", en Leyva Solano, Xóchitl *et al.*, *Prácticas otras de conocimiento(s).Entre crisis, entre guerras*,

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

Conocimientos y prácticas políticas, 3 vols., San Cristóbal de las Casas, México, Cooperativa Editorial Retos-Clacso-Taller Editorial La Casa del Mago, 2015.

MANTILLA, Lucía, "Al margen del poder y de la comunidad: la cultura política del clientelismo", *Espiral*, XX, 2013.

MARINIS, Pablo de, "La comunidad según Max Weber: desde el tipo ideal de la *Vergemeinschaftung* hasta la comunidad de los combatientes", *Papeles del CEIC. International Journal on Collective Identity Research*, 2010.

NANCY, Jean-Luc, "Prologo", en ESPOSITO, Roberto, Communitas: *origen y destino de la comunidad. Mutaciones*, Buenos Aires, Amorrortu, 2003.

ORTEGA Y GASSET, José, *El hombre y la gente*, Madrid, Revista de Occidente-Alianza, 1981.

"¿QUÉ es el CNI?", Congreso Nacional Indígena, disponible en: *https://www.congresonacionalindigena.org/que-es-el-cni/* (fecha de consulta: 8 de marzo de 2019).

RUIZ DE LA PRESA, Javier, *Alteridad. Un recorrido filosófico*, México, ITESO, 2007.

SAIDEL, Matías, "Ontologías de lo común en el pensamiento de Giorgio Agamben y Roberto Esposito: entre ética y política", *Isegoría*, núm. 49, 2013.

SAIDEL, Matías, "Lecturas de la biopolítica: Foucault, Agamben, Esposito", 2013, disponible en: *http://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/6430* (fecha de consulta: 25 de septiembre de 2017).

SHAPIRO, Martin, *Courts: A Comparative and Political Analysis*, Chicago, University of Chicago, 1981.

"T-129-11 Corte Constitucional de Colombia", disponible en: *http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-129-11.htm* (fecha de consulta: 8 de marzo de 2019).

"«The Commoner» Silvia Federici, Feminism and the Politics of the Commons", disponible en: *http://www.commoner.org.uk/?p=113* (fecha de consulta: 20 de marzo de 2018).

WIGGINS, David, "La deliberación y la racionalidad práctica", *El razonamiento práctico*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986.

WRÓBEL, Szymon, "Community in Question. Failure of Communitarianism, Misery of Individualisms and Community of Existence", *Polish Sociological Review*, 2016.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

CAPÍTULO TERCERO

EL CLAUSULADO DE LA DISTOPÍA. EL ESTADO DE EXCEPCIÓN EN TIEMPOS DE NEOLIBERALISMO NECROPOLÍTICO

Silvano CANTÚ*

SUMARIO: I. *Palabras preliminares*. II. *Advertencias para juristas*. III. *El Estado de excepción como negativo constitutivo de la democraticidad del derecho moderno*. IV. *Geometría de la excepción*. V. *El estado de excepción en la consolidación de un orden social globalizado*. VI. *Consideraciones finales*. VII. *Bibliografía*.

I. PALABRAS PRELIMINARES

El estado de excepción es el momento en el cual el derecho se suspende a sí mismo bajo el supuesto de una *amenaza* a su conservación, a la del Estado o a la de la "nación". Consiste en el despliegue de "poderes de crisis" por parte del Estado ante una situación de hecho llamada "circunstancias excepcionales", las cuales afectan al conjunto de la población y representan una amenaza para la existencia organizada de la comunidad que constituye la base del Estado.[1]

El relator especial de las Naciones Unidas con mandato especial para estudiar el impacto y la extensión del estado de excepción dijo en un informe en los noventa, que

* Maestro en Derechos Humanos y Democracia por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Es director del Laboratorio de Innovación para la Paz, asociación civil que promueve la construcción de paz y la defensa de los derechos humanos en México. Ha sido un activo promotor de la reforma constitucional en derechos humanos, la Ley General de Víctimas y la armonización legislativa en materia de tortura y desapariciones de personas.

[1] Zovatto, Daniel, *Los estados de excepción y derechos humanos en América Latina*, Caracas, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Editorial Jurídica Venezolana, 1990, p. 47.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

> Si transfiriéramos a un mapa geográfico del mundo la lista de países que han proclamado, prorrogado o levantado el estado de excepción durante los últimos diez años [1985-1995], comprobaríamos con preocupación que cubriría casi las tres cuartas partes de la superficie terrestre, sin que ninguna región geográfica escapase a esta realidad… Una lectura política de este original mapa jurídico del mundo nos estaría indicando que la humanidad aún no está madura para vivir en la estabilidad y que, globalmente, existe una peligrosa tendencia a que la excepción se transforme en la regla.[2]

La tendencia se consolida desde su creación, paralela al nacimiento del derecho moderno y a los derechos humanos. En la modernidad, el poder político se ha colocado crónicamente en posición ambigua con respecto al derecho para reforzar sus posiciones y, en ocasiones, para garantizar la continuidad del derecho mismo. Como opina Giorgio Agamben —a quien citaremos frecuentemente en este texto—, el estado de excepción se ha convertido en el paradigma de gobierno aun en Estados que se precian de ser democráticos.[3]

La pérdida de todo programa sustantivo en las democracias contemporáneas y su desplazamiento al procedimentalismo y a la desregulación selectiva en nombre del "libre mercado" acentúa dramáticamente el hecho de que la violencia signe las relaciones entre el Estado y los particulares, y que aquél centre su actuación en lo que Claus Offe llamó "interés del Estado en sí mismo".[4] La violencia, que "en principio, sólo puede ser buscada en el reino de los medios y no en el de los fines", como propone Walter Benjamin,[5] se convierte en el eje vertebrador de los medios. Incluso cabe aventurar la sugerencia de que en un Estado mínimo que se limita a ser el guardián del capitalismo, donde éste se autorregula y guarda una relación de mera referencia con el derecho estadual, la violencia se vuelve el fin de la actuación del Estado, en tanto se privatizan u obliteran los demás fines del derecho.

Este texto recuerda algunos de los momentos en la historia hacia este movimiento de la *rule of law* a la *rule of exception*, así como algunas de sus más recientes tendencias.

---

[2] Organización de las Naciones Unidas, Octavo informe anual del Relator Especial de las Naciones Unidas con mandato especial para estudiar el impacto y la extensión del estado de excepción (E/CN.4/Sub.2/1995/20), 1995.

[3] Agamben, Giorgio, *Estado de excepción,* Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editora, 2007, p. 25.

[4] Beck, Ulrich, *Poder y contrapoder en la era global*, Barcelona, Paidós, 2004, p. 281.

[5] Benjamin, Walter, *Para una crítica de violencia*, Buenos Aires, Terramar, 2007, p. 113.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

II. Advertencias para juristas

Aunque este texto ha sido escrito para toda persona, si por casualidad la lectora o el lector fuera jurista quisiera aprovechar para sugerirle algunas indicaciones que pudieran ayudar a facilitar la inteligibilidad de lo que expondré más adelante.

No creo que la mejor forma de explicar el estado de excepción, tal como estimo que se practica hoy, sea la exploración que cavila monográficamente sobre los clásicos del liberalismo, o a través de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ni mediante estudios de derecho comparado de cualquier cantidad de constituciones de países de la región. Tampoco soy de la opinión que nos ayude una lectura descriptiva a lo positivista que quiera derivar de la vigencia de tal instituto constitucional su validez material. Antes bien, estimo que una aproximación (para mí) más satisfactoria del problema que refiero en estas páginas tendría que partir de la necesidad de ver en el estado de excepción no un estatuto especial del aparato público o un protocolo constitucional para que el Estado entre en una modalidad atípica para hacer frente a determinada necesidad, sino el momento de la construcción política de la necesidad y el empleo instrumental del derecho para producir poder que sin la "necesidad" artificial sería "extra" o, incluso, "antijurídico", y, ciertamente, de dudosa calidad democrática; todo lo anterior, sin alterar el estatuto "normal" del estado de paz.

La sustracción del poder político con respecto al ordenamiento jurídico liberal no se da como una ruptura con el orden tradicional, sino mediante la rearticulación de las viejas fórmulas del derecho. El viejo instituto de la declaratoria de poderes de emergencia con control parlamentario y sanción judicial, temporalidad y derechos insuspendibles, ha quedado marginado a la calidad de texto testimonial. Esta exploración quiere pedir un momento a la o al jurista para atender a ese desplazamiento del poder facilitado por la instrumentalización del derecho, a ese nuevo autoritarismo con plenas credenciales de validez técnica, incluso constitucionalizados. Esta posible perversión del constitucionalismo podría ser tan distópica como se guste, pero no adolece de cláusulas.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

III. El estado de excepción como negativo constitutivo de la democraticidad del derecho moderno

1. *El estado de excepción es una figura constitutiva de la modernidad jurídica*

Los ordenamientos jurídicos modernos encuentran su dimensión de mayor inconsistencia —y paradójicamente, también la de su máxima sistematicidad— en el antagonismo entre los derechos humanos y el estado de excepción, extremos del campo de la organización legal de la dominación política. El grado de proximidad del poder a alguno de estos polos decide la democraticidad —o no— del derecho, incluso entre aquellos regímenes que no son una democracia formal por lo que hace al ejercicio de la soberanía popular, pero que son usualmente estimados como democráticos, como ocurre con las monarquías de la Gran Bretaña, Bélgica, Holanda o Suecia, entre otros casos.

Sin embargo, la polaridad entre los términos no implica su mutua exclusión. No hubo estado de excepción hasta en tanto no aparecieron las primeras declaraciones sistemáticas de derechos naturales. El derecho de las revoluciones burguesas, que inspiró a la gran mayoría de las instituciones de la *episteme* jurídica vigente, está fundado en esta que podríamos identificar como su dislocación estructural: lo que desactiva el estado de excepción son los poderes que las personas pueden oponer al poder del Estado, que al ejercer tales poderes de emergencia subvierte finalmente la ficción fundante de su propia legitimidad, a saber: la del ejercicio delegado de la soberanía popular.

El primer documento moderno en que se alude al estado de excepción es justamente un texto normativo primario: la Constitución de los Estados Unidos de América, promulgada el 17 de septiembre de 1787, cuyo artículo 1o., novena sección, numeral 2, establece que "[E]l privilegio del *habeas corpus* no se suspenderá, salvo cuando la seguridad pública lo exija en los casos de rebelión o invasión".

Aunque la *Déclaration des droits del' Homme et du Citoyen* de 1789 carece de disposiciones semejantes, el derecho francés ulterior previó un instituto análogo en el decreto de la Asamblea Constituyente del 8 de julio de 1791. Ese decreto distinguía entre un *état de paix* (estado de paz), un *état de guerre* (estado de guerra) y un *état de siege* (estado de sitio). En este último se establece que "todas las funciones de las cuales la autoridad civil está investida para el mantenimiento del orden y de la policía interna pasan al comandante militar, que la ejercita bajo su exclusiva responsabilidad".

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

Estas disposiciones adquirieron carácter de norma primaria en la Constitución francesa del 22 frimario del año VIII (1800) del calendario republicano, que dispone que en caso "de rebelión armada o de perturbaciones que amenazaran la seguridad del Estado, la ley puede suspender, en los lugares y por el tiempo que ella determine, el imperio de la constitución". Disposiciones diversas en la materia siguieron emitiéndose en un número creciente de países y épocas.

Finalmente, la forma jurídica regular del estado de excepción ha dejado de ser un fenómeno local y se ha universalizado en 1976 mediante la entrada en vigor del artículo 4o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo numeral 1 dice a la letra:

> En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Parte en el presente Pacto podrán adoptar las disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto…

2. *Trayectoria de la domesticación de la necesidad fundante de la excepción*

La violencia que está *más allá* del ordenamiento jurídico y que funda el estado de excepción ha procedido tanto del interior como del exterior del Estado, pero en todo caso hay una regularidad en la referencia bélica en todo código de construcción de la necesidad jurídica. De hecho, según opinión de Carl Schmitt, el poder estatal de determinar al *enemigo*, tanto interno como externo, parte de la necesidad de justificar el ejercicio del *ius belli*, el derecho subjetivo del Estado a declarar la guerra a otros Estados, que significa "la doble posibilidad de requerir por una parte de los miembros del propio pueblo la disponibilidad para matar y ser muertos, y por la otra de matar a las personas que se encuentran del lado del enemigo".[6]

Tradicionalmente, el *ius belli* conecta al estado de excepción con la guerra y a ambos con la soberanía de un Estado cuya forma es la de un tercero extraño al pueblo, ante el pueblo mas no ante la "comunidad internacional", con respecto a la cual lo ata ese ejercicio soberano que se expresa como reconocimiento recíproco del consenso popular constitutivo de su subjetividad jurídica y política. Schmitt quiso derivar de ese reconocimiento una concepción de la soberanía como contención de las pretensiones hos-

[6] Schmitt, Carl, *El concepto de lo político*, Madrid, Alianza 2006, p. 76.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

tiles entre Estados que entrañaba el derecho del Estado a la guerra contra un enemigo legítimo, es decir, otro Estado soberano y no un mero criminal; esto es, una persona de derecho penal interno.

La historia del estado de excepción está llena de ejemplos sobre su invocación con propósito de la guerra y de cómo se extiende más allá de los confines de la necesidad invocada, aplicándose a las rebeliones internas e incluso a las crisis económicas. En este sentido, pese a que en la tradición estadounidense el estado de excepción tenía por destinatarios a los potenciales rebeldes o insurrectos del interior, así como los potenciales conspiradores y traidores a la patria en caso de invasión, en la tradición francesa la figura sufrió una gradual expansión. Así, mientras en sus inicios el *état de siege* se limitó al ejército, el decreto de la Asamblea Constituyente de 8 de julio de 1791 dio al comandante militar de determinada plaza-fuerte la facultad de asumir "todas las funciones de las cuales la autoridad civil está investida para el mantenimiento del orden y de la policía interna" en el ámbito de dicha plaza. Las leyes del 18 y 19 fructidor del año V (1797) extendieron el estado de sitio a las comunas del interior y a ciudades enteras.[7]

Estas disposiciones adquirieron carácter de norma primaria mediante su incorporación en la Constitución francesa del 22 frimario del año VIII. La extensión del estado de sitio fue más lejos cuando, a través del decreto imperial de Napoleón del 24 de diciembre de 1811, se instituyó lo que la doctrina francesa ha llamado *état de siege fictif* (estado de sitio ficticio, también llamado "político"), consistente en la concesión de mayores poderes a la policía militar en sus actuaciones en ciudades asediadas por el enemigo de guerra, sin someter la plaza al estado de sitio efectivo. Se trataba de una especie de facultad extraordinaria concedida a los elementos castrenses ante la imposibilidad de sitiar efectivamente una plaza.

El estado de sitio ficticio se siguió empleando durante todo el siglo XIX. Así, por ejemplo, Napoleón III lo aplicó en cuarenta departamentos franceses de 1852 a 1876, mientras se desarrollaban la guerra franco-prusiana y la insurrección de la Comuna. De igual modo procedieron Italia y Alemania durante aquel siglo, tanto contra insurrecciones y amotinamientos populares como a manera de poderes complementarios en el mantenimiento de la "seguridad pública".

El bélico siglo XX normalizó el estado de excepción. En el marco de la Primera Guerra Mundial, la mayoría de los países beligerantes lo impusieron. Incluso durante esa posguerra en Francia, Poincaré pidió al Parla-

[7] Agamben, Giorgio, *op. cit.*, pp. 29-48.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

mento *pleins pouvoirs* en materia financiera durante cuatro meses para hacer frente a la crisis económica.

En el Reino Unido se aprobó la *Defence of Realm Act* (1914), que preveía la aplicación extensiva de la jurisdicción marcial en el juzgamiento de civiles. La aplicación del estado de excepción también trascendió a la guerra. Dos años después de concluida, el Parlamento aprobó la *Emergency Powers Act* en un contexto de huelgas y tensiones sociales, concediendo al rey la declaración del estado de emergencia con plenos poderes para el mantenimiento del orden. Esto procedía "[t]oda vez que parezca a Su Majestad que haya sido emprendida" una acción de sabotaje. Por su parte, el Congreso estadounidense aprobó entre 1917 y 1918 diversas leyes que incluían restricciones a la libertad de tránsito y de expresión. Igual que en los casos francés y británico, la aplicación de medidas de excepción trascendió al fin de la guerra.

La ecuación de emergencia bélica, emergencia interna y emergencia económica da cuenta de cierta tendencia hacia la dislocación entre la necesidad que funda el estado de excepción y su ejecución permanente, especialmente en los años que siguieron al fin de la Segunda Guerra Mundial y hasta nuestros días. Desde entonces, la metonimia belicista ha servido de soporte y sustituto del estado de necesidad.

IV. Geometría de la excepción

La disputa doctrinaria sobre el estado de excepción versó originalmente sobre su interioridad o exterioridad con respecto al ordenamiento jurídico. Agamben atribuye a Santi Romano, Hauriou y Mortati la idea de que dicho estado es parte integrante del cuerpo normativo, porque la *necesidad* actúa en el caso como fuente autónoma del derecho. Igual opinión sostuvieron juristas que van desde Jellinek hasta Duguit, que derivaban de la *necesidad* no de sólo la naturaleza jurídica del estado de excepción, sino también de su validez. Un segundo grupo de *interioristas* lo entiende como un derecho subjetivo del Estado a la propia conservación. En contraste, las tesis *exterioristas* estiman que el estado de excepción y la necesidad que lo funda son elementos *de facto* cuya sustancia está más allá del derecho, pese a que generen consecuencias jurídicas.[8]

Este cuerpo de doctrinas parece haberse vuelto superfluo ante la positivación internacional del estado de excepción. Los interioristas pueden saciar su sed de *fundamento* leyendo el artículo 4o. del Pacto Internacional de

[8] Agamben, Giorgio, *op. cit.*, pp. 58, 59, 63 y 64.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

Derechos Civiles y Políticos. Algo semejante ocurre a los exterioristas por lo que hace al aspecto formal del derecho. Pese a que caben múltiples formas de recepción del derecho internacional en los ordenamientos normativos del mundo, la suscripción del Pacto tiene por efecto jurídico elemental la inscripción de sus normas en el derecho positivo de los Estados parte. Al construirse un estándar jurídico externo al derecho de esas naciones, todos sus suscriptores de las obligaciones internacionales de mérito interiorizaron el estado de excepción en sus ordenamientos jurídicos.

La variación que el derecho internacional contemporáneo introduce en esta discusión es el concepto de la "responsabilidad objetiva del Estado", que acompañará a su pretendido *derecho subjetivo* a la propia conservación tanto en el artículo 4o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como en el artículo 15 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (que fue la primera norma de derecho internacional, que aborda este asunto), y en el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ("Pacto de San José de Costa Rica").

Respecto de esta responsabilidad objetiva, hay un desarrollo teórico que Agamben roza, pero del cual no extrae mayores consecuencias. Es el de Julius Hatschek, quien distingue entre una *objektive Notstandstheorie* (teoría objetiva del estado de necesidad) y una *subjektive Notstandstheorie* (teoría subjetiva del estado de necesidad). Creo que la distinción vale por una tipología reflexiva con respecto a las tesis interioristas y exterioristas, limitadas a dar cuenta de la naturaleza jurídica del estado de excepción. Yendo más lejos, la tipología de Hatschek nos permite introducir el concepto de "responsabilidad jurídica" del Estado por su actuación en el estado de excepción, y lleva así la discusión a un momento que pende del sujeto y el acto, más que de la "cosa".

En la fórmula Hatschek, la teoría objetiva es aquella "según la cual cada acto realizado en estado de necesidad por fuera o en contraste con la ley es contrario al derecho y, como tal, jurídicamente imputable"; la subjetiva es aquella "según la cual el poder excepcional se funda «sobre un derecho constitucional o preconstitucional» del Estado… respecto del cual la buena fe es suficiente para garantizar la inmunidad". El derecho internacional incluye ambas naturalezas jurídicas. Con ello trata de ponerle un coto a la *necesidad* que pretende fundarlo, sin negar el momento de la decisión soberana.

El opuesto simétrico de las normas internacionales podría ser la opinión de Tomás de Aquino, quien señala que "[a]quel que en el caso de necesidad actúa más allá del texto de la ley, no emite juicio *desde la ley, sino desde el caso singular en el cual ve que las palabras de la ley no deben ser observadas* [*non iudicat de*

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

ipsa lege, sed iudicat de casu singulari, in quo videt verba legis observanda non esse]".[9] Lo dicho en la *Summa Theologica* no es nada sustancialmente distinto a lo que sostuvo Schmitt a mediados del siglo pasado en su *Teología política*: el soberano es "aquel que decide sobre el estado de excepción". Para el derecho internacional de los derechos humanos, por decirlo en los términos de esta discusión *teologal*, el soberano es aquel que debe justificar su necesidad de exceptuar el derecho *desde el derecho mismo y ante la comunidad internacional*.

Desde luego, la mera justificación presume el reconocimiento del derecho del Estado a suspender el derecho.[10] Sin embargo, la referencia al derecho y a obligaciones en el derecho internacional contemporáneo remiten la subjetividad a un orden jurídico objetivo, hecho de normas protectoras que 1) fijan derechos que la doctrina y la jurisprudencia llama "intangibles" o insuspendibles bajo cualquier situación, así como 2) asentando requisitos de forma y fondo que los Estados deben observar en estados de excepción.

Al hablar de un estándar internacional en materia de estado de excepción me referiré a lo contemplado en el artículo 4o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), en el artículo 15 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (1950) y en el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). Por lo demás, los artículos 5o. del Pacto Internacional, 16, 17 y 18 de la Convención Europea, y 28 y 29 de la Convención Americana, incluyen disposiciones directamente aplicables al estado de excepción. De igual modo lo hacen los artículos 4o. y 5o. del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, conocido como "Protocolo de San Salvador" (1988). A lo largo de la exposición me referiré también a otras normas o desarrollos jurisprudenciales.

1. *Elemento objetivo del estándar 1: los derechos indisponibles*

Este elemento enuncia los derechos que no pueden suspenderse o restringirse ni siquiera en situación de estado de excepción. Son intangibles al poder.

El Pacto de la ONU estipula la insuspensibilidad de ocho derechos: a la vida, la prohibición de la tortura, la prohibición de la esclavitud y la servidumbre, la prohibición de la prisión por no poder cumplir con una obli-

[9] Agamben, Giorgio, *op. cit.*, p. 62.

[10] El artículo 4.3 del Pacto Internacional estatuye ese derecho al afirmar: "Todo Estado Parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión…"; fórmulas análogas incluyen los artículos 15.3 de la Convención Europea y 27.3 de la Convención Americana.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

gación contractual, el principio de irretroactividad en el derecho penal, al reconocimiento de la personalidad jurídica y las libertades de pensamiento, conciencia y religión. Posteriormente, la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (2006) incluyó entre las normas del sistema internacional de protección de los derechos humanos la prohibición de la desaparición forzada de personas en contextos de excepción.

Por su parte, el artículo 15 de la Convención Europea incluye cuatro derechos, entre los que se encuentran el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y otras penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, la prohibición de la esclavitud y la servidumbre, así como los principios de legalidad y no aplicación retroactiva del derecho penal.

Finalmente, el artículo 27.2 de la Convención Americana contempla once derechos, que incluyen el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, la prohibición de la esclavitud y la servidumbre, el principio de legalidad e irretroactividad penal, la libertad de conciencia y de religión, la protección a la familia, el derecho al nombre, los derechos de las niñas y los niños, el derecho a la nacionalidad, los derechos políticos, así como las garantías judiciales indispensables para la protección. Tras la aprobación de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas en 1994, el sistema interamericano incluyó la prohibición de las desapariciones forzadas de personas.

En esta enumeración de disposiciones llama la atención la ausencia de normas reguladoras del estado de excepción en instrumentos jurídicos cuyas materias entrañan una conexión directa con esta situación. El relator especial de la ONU en la materia mencionó en un informe de 1997 algunos de estos derechos, por ejemplo:

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; los convenios de la OIT núms 29, 87, 98 y 105 sobre el trabajo forzoso y la abolición del trabajo forzoso, la libertad sindical y el derecho de sindicalización; la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951; la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989; la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, y obviamente, por estar llamados a regir en situaciones excepcionales, los distintos convenios del derecho internacional humanitario.[11]

[11] Organización de las Naciones Unidas, "Décimo Informe Anual de Leandro Despouy, Relator Especial sobre los derechos humanos y los estados de excepción de las Naciones Unidas" (E/CN.4/Sub.2/1997/19), 1997, nota 9.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

Estos desarrollos no contemplados en el Pacto persiguen hacer de la intangibilidad de ciertos derechos una norma de *ius cogens*, derecho internacional inderogable y no condicionado por las soberanías de los Estados, lo que redondea el sentido de objetivo de los derechos insuspendibles.

2. *Elemento objetivo del estándar 2: los principios de forma y fondo que rigen la actuación del Estado en la suspensión de derechos*

Estos principios o requisitos son ocho. El de *legalidad* (1) precisa la preexistencia de normas regulatorias del estado de excepción, tanto por lo que hace a su proclamación como a los mecanismos de control que verifican que la actuación del Estado en estas situaciones sea conforme a derecho. Esto incluye, desde luego, el derecho internacional, lo que complementa el *principio de compatibilidad, concordancia y complementariedad de las distintas normas del derecho internacional* (2). El requisito de *proclamación* (3), por su parte, precisa que la entrada en vigor del estado de excepción sea precedida por una medida de publicidad bajo la forma de declaración oficial, cuyo fin es advertir a la población de que algunos de sus derechos serán restringidos o suspendidos durante determinado tiempo y en cierto lugar. La proclamación acota los términos materiales, temporales y espaciales del estado de excepción, que son la materia de los principios de *proporcionalidad* (4) y *temporalidad* (5), respectivamente.

La adecuación a derecho y el respeto a los términos proclamados son materia de la *notificación* (6), que es una medida de publicidad dirigida a informar a la comunidad internacional acerca de la existencia del estado de excepción en la jurisdicción del Estado que lo proclama. Sus efectos jurídicos estriban en habilitar a los depositarios de los tratados que regulan la situación para asegurarse de que ésta se ejecuta en los términos de la norma invocada, y en hacer valer el reconocimiento internacional del derecho subjetivo del Estado a su propia conservación.

El *principio de amenaza excepcional* (7) primero busca definir la naturaleza del peligro y se refiere a los presupuestos de hecho (conmoción interior, ataque exterior, peligro público, catástrofes naturales o generadas por el hombre, etcétera) que conforman el concepto "circunstancias excepcionales". Este principio se ha consolidado en la jurisprudencia universal y regional. En el *caso Lawless v. United Kingdom*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estimó que el peligro debe ser actual o al menos *inminente*. Por otra parte, el Comité de Derechos Humanos de la ONU sostuvo en su informe sobre Chile de 1984 que invocar *in abstracto* la "seguridad nacional" o la "subver-

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

sión latente" no justifican suspensión alguna de las obligaciones previstas en el Pacto Internacional. La jurisprudencia indica asimismo que la validez de la situación de peligro entraña la afectación a toda la población, a la totalidad del territorio o a una parte del mismo, a la continuidad de la vida organizada de la comunidad, o bien cuando otras medidas resulten insuficientes, lo que conlleva la aplicación de las llamadas "cláusulas de restricción".

En la Convención Europea, la amplitud de los casos en los que pueden derogarse las obligaciones previstas en la Convención es inconmensurable: "[e]n caso de guerra o en caso de otro peligro público que amenace la vida de la nación…". La Convención Americana no es más puntual al enumerar los casos de la siguiente manera: "En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte…" (artículo 27.1). En la lectura de ambas normas se vuelve preciso atender a la jurisprudencia para ponderar mejor los criterios aplicables a estas situaciones.

Finalmente, el *principio de no discriminación* (8) exige del Estado no aplicar la restricción o suspensión de derechos a determinado grupo social o que se proclame con fines cuyo motivo repose en motivos discriminatorios.

3. *El elemento subjetivo del estándar: el estado de excepción como derecho del Estado a su conservación*

El efecto inmediato del elemento subjetivo[12] es la subordinación del reconocimiento integral de los derechos humanos al estado de excepción. En este sentido, aunque el elemento subjetivo del estándar se encuentra condicionado por los elementos objetivos, actúa como una fuente de éstos.

Curiosamente (o quizá no), el elemento subjetivo del estado de excepción, que fija el eje de la subjetividad jurídica del Estado como centro del universo de los derechos humanos, coincide con la fijación de la naturaleza jurídica de los derechos en tanto que derechos subjetivos. Es un esquema de relaciones jurídicas cuyo origen podría rastrearse en el *Opus nonaginta dierum* (1332) de Occam sobre la controversia entre los franciscanos y el papa Juan XXII por la llamada "pobreza evangélica", que cruzaba el tema de la titu-

[12] Expresado sin mayores elucidaciones en los enunciados "[t]odo Estado Parte que haga uso del *derecho de suspensión*…" (artículos 4.3 del Pacto y 27.3 de la Convención Americana) o "[t]oda alta parte contratante que ejerza este *derecho de derogación*…" (artículo 15.3 de la Convención Europea).

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

laridad de las propiedades de la orden, y que el célebre filósofo quiso resolver concediendo a los franciscanos la *potestas* de propiedad, pero al papa la responsabilidad de asegurar su goce.[13] Una operación semejante ocurre con el Estado moderno al volverse garante de los derechos y depositario último de la decisión sobre el estado de excepción (en esto no difieren el derecho internacional de la ONU y Schmitt, salvo que el primero dice referirse a un orden democrático y el segundo, a la dictadura).

Ahora bien, me parece que para entender la relación que pone en juego el elemento subjetivo entre derechos y derecho del Estado, debemos desechar la posibilidad de un hipotético conflicto entre dos *potestas* de naturaleza diversa, lo que dejaría de lado el involucramiento del mito de la universalidad del Estado que aporta a esta discusión el valor que se pretende salvar con el estado de excepción. La universalidad del Estado se introduce de contrabando en el estándar al postular un derecho a eliminar los derechos, que está muy por encima de la *potestas* occamiana. Acaso el matiz adecuado para leer la palabra "derecho" empleada por el estándar consista en identificar los derechos exceptuados con la *potestas* de Occam, y el derecho del Estado a su conservación, con la *auctoritas* romana.

Agamben encuentra en la oposición *potestas-auctoritas* la frontera que divide en dos campos la estructura del "sistema jurídico de Occidente". En el campo de la *potestas* se condensan los elementos normativos y jurídicos en sentido estricto, mientras en el de la *auctoritas* aparecen los componentes metajurídicos y anómicos. "El elemento normativo —dice— precisa del anómico para poder aplicarse, pero, por otra parte, la *auctoritas* puede afirmarse sólo en una relación de validación o de suspensión de la *potestas*".[14]

En nuestro esquema, la *auctoritas* se correspondería con el elemento subjetivo del estándar, mientras la *potestas*, con los derechos exceptuados. Esto sólo funciona si se lee a Agamben con los lentes de Occam. Al quedarse con la *potestas* romana, desprende de la oposición entre *auctoritas* y *potestas* la propiedad de la vida por parte del Estado, en cuyas manos se vuelve "nuda vida". Pero reducir la oposición a la "nuda vida" sin más, vuelve toda política de Estado en una especie de totalitarismo, cuyo fin sería eliminar físicamente y aterrorizar a toda la población o a amplias franjas de ella. No dudo que más de un gobernante haya tenido la tentación, pero no creo que esté en el cálculo de todos los Estados del mundo, aun en los peores, reducir

[13] Correas, Óscar, *Acerca de los derechos humanos*, México, Fontamara, 2003, pp. 18-20, y Cruz Parcero, Juan Antonio, *El concepto de derecho subjetivo*, México, Fontamara, 2004, pp. 15-18.

[14] Agamben, Giorgio, *op. cit.*, p. 154.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

su actuación a la matanza de la población. Las muertes que resultan de la violencia dispuesta en los estados de excepción responden a otro propósito, aunque el medio sea el genocidio. Me parece que lo que da un sentido amplio y aplicable aun en situaciones de "normalidad" a la distinción entre *auctoritas* y *potestas* es más bien la disposición de los poderes del orden social en manos del Estado, y de ahí que éste deba construir un derecho subjetivo de naturaleza distinta al de la *potestas*.

La *propiedad estadual* de los derechos humanos, que pasan de ser *poderes* a meros *bienes* bajo tutela, permite la subversión del campo de la discursividad que fijan los elementos objetivos a la actuación del Estado en su ejercicio del elemento subjetivo. Mediante esa subversión, el Estado se hace parcialmente exterior a los elementos de los que se apropia en tanto que sujeto hegemónico y echa a andar un tipo de acción cuyo principal rasgo es la participación del Estado como tercero en todas las relaciones sociales, incluyendo la relación global entre la sociedad y el ordenamiento jurídico en su conjunto. En esa operación de apropiación de los derechos de las personas por parte del Estado cabría cifrar el poder y la peligrosidad del elemento subjetivo del estado de excepción.

4. *La dictadura constitucional*

En el mundo contemporáneo se ejercen diversas modalidades de aplicación de la lógica de la excepción que parecen no admitir ya ni siquiera los controles objetivos del estándar internacional. Ya en el temprano año de 1982, la relatora especial de la ONU sobre el tema clasificó en un informe (E/CN.4/Sub.2/1982) estos estados de excepción en cinco tipos: *a)* no notificados; *b) de facto*; *c)* permanentes; *d)* complejos, y *e)* institucionalizados.

Los estados de excepción no notificados son aquellos que no violan disposiciones de derecho interno pero sí de derecho internacional, particularmente el artículo 4.3 del Pacto Internacional y sus equivalentes en otros sistemas de protección. No notificar el estado de excepción, por lo demás, impide que los órganos de supervisión internacional ejerzan su poder de apreciación.

Los estados de excepción *de facto* son aquellos que se perpetúan después de haber sido proclamados oficialmente, y posteriormente suspendidos. A la vez, se emiten normatividades que suspenden el ejercicio de derechos y garantías pese a que esto sólo podría darse en el contexto de un estado de excepción proclamado y/o prorrogado.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

Los estados de excepción permanentes son aquellos que, proclamados o no, se perpetúan a causa de una prórroga sistemática de hecho o porque el sistema jurídico carece de una norma que prevea su temporalidad limitada.[15]

En la actualidad, el elemento subjetivo del estado de excepción se ve principalmente escindido de los controles objetivos mediante la emisión de normas que restringen o suspenden diversos derechos de la población y activan, en contrapartida, poderes excepcionales para el Estado, particularmente relativos al uso de la fuerza o la disposición de determinadas libertades civiles. Estas situaciones en que pululan las normas de excepción paralelas o acumuladas, manifiestas en disposiciones restrictivas y regímenes transitorios cuya simultaneidad produce los mismos efectos de los estados de excepción "normales", reciben el nombre de "estados de excepción complejos", o "institucionalizados", si se agrega a ellos la normalización de la ruptura del orden constitucional como consecuencia de una supuesta crisis que justifica las medidas tomadas.

Consideremos los siguientes ejemplos: *a)* la militarización de la seguridad pública, aparejada a la aplicación extensiva de la jurisdicción militar en el juzgamiento de civiles como sujetos activos o pasivos de un delito, y *b)* la producción de normas penales confeccionadas a la medida para la persecución de enemigos políticos.

A. *La militarización y la jurisdicción militar extensa*

La militarización da cuenta de un fenómeno de expansión de aquellas funciones que habitualmente deberían constreñirse a las autoridades civiles, por ejemplo, las policías de investigación o las de seguridad pública. En el mundo contemporáneo se ha renormalizado la actuación de los militares en funciones civiles invocando alguna emergencia nacional. La jurisdicción militar completa el círculo de la violencia del Estado, en la cual el interés jurídico de los civiles queda excluido al vulnerarse el derecho al proceso ante un juez competente, independiente, objetivo e imparcial. La impunidad de la violencia de Estado se vuelve el signo más evidente de estados de excepción complejos y/o institucionalizados. La jurisdicción militar se vuelve, por su parte, el signo más elocuente de la impunidad. Se trata de un voto del Estado a favor de la arbitrariedad y de la separación de la sociedad en privilegiados y excluidos.

[15] Zovatto, Daniel, *op. cit.*, pp. 48-50.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

Llama la atención el hecho de que solamente una norma internacional prohíba expresamente la aplicación extensiva de la jurisdicción militar: el artículo IX de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Las únicas normas aplicables al caso (por la vía de una construcción litigiosa) son las relativas al debido proceso legal. En este sentido, tanto el derecho internacional de los derechos humanos como el derecho internacional humanitario coinciden en reconocer una serie de principios aplicables a la administración de justicia que incluye a la jurisdicción militar. Entre esos principios encontramos la igualdad ante los tribunales, el derecho de toda persona a ser juzgada por tribunales competentes, independientes e imparciales, preestablecidos por la ley, el derecho a un recurso efectivo, el principio de legalidad y el derecho a un juicio efectivo, equitativo y justo.

Así se manifiesta el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyas disposiciones, como señala la Observación General 32 del Comité de Derechos Humanos de la ONU (en lo sucesivo CDH-ONU), "se aplican a todos los tribunales y cortes de justicia comprendidos en el ámbito de ese artículo, sean ordinarios o especializados, civiles o militares". Por su parte, la jurisprudencia internacional concuerda en que la jurisdicción militar debe ser restrictiva, excepcional y de competencia funcional. Se restringe precisamente a la función materia de su competencia, y por ello su uso ha de ser excepcional en una democracia.

No obstante lo anterior, la militarización y la jurisdicción que busca absolverla de culpas son cada vez menos excepcionales. Como he dicho antes, no sólo convivimos con guerras "preventivas" cuyos motivos se diluyen ante el menor examen, sino que también se vuelve común conocer de ejércitos que participan cada vez más en labores de seguridad pública, así como de los abusos que esta extensión genera, sobrepasando los límites de su funcionalidad. Los ejércitos de hoy también suelen emprender pesquisas penales "preventivas" y labores de contrainsurgencia "preventiva".

Al respecto, el relator especial de la ONU sobre la Independencia de los Jueces y Abogados indicó lo siguiente:

> En los últimos años el Relator Especial ha notado con preocupación que la extensión de la jurisdicción de los tribunales militares sigue siendo un grave obstáculo para muchas víctimas de violaciones de derechos humanos en su búsqueda de justicia. En un gran número de países, los tribunales militares siguen juzgando a militares responsables de graves violaciones de derechos humanos, o juzgando a civiles, en franca violación de los principios interna-

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

cionales aplicables en esta materia, y en algunos supuestos, incluso, transgrediendo sus propias legislaciones nacionales.[16]

El Informe nos ofrece una visión panorámica del problema al referir casos de aplicación del fuero militar a civiles o por delitos cometidos por militares en contra de civiles, incluyendo crímenes de lesa humanidad (señaladamente los casos de Congo, Nepal, Camboya, Egipto, Túnez, Jordania, etcétera). De igual modo, apuntó a los procesos y detenciones de supuestos terroristas en Guantánamo, donde el Ejecutivo estadounidense es el acusador, juzgador y defensor de los *detainees* (detenidos). Miembros de las cortes militares creadas por virtud de un decreto emitido por el presidente, no por el Congreso, juzgan a los *detainees*. En esas cortes, que luego fueron reemplazadas por las llamadas Cortes de revisión del *status* de combatientes, los acusados tenían un estatus jurídico creado *ex profeso*: "enemigos-combatientes", carentes de los beneficios de ser reconocidos como POW (prisioneros de guerra, por sus siglas en inglés), como contemplan los convenios de Ginebra; además, eran juzgados por un delito inexistente (conspiración) en el derecho internacional y aun en el derecho doméstico.

Sobre América Latina, el Informe del relator especial señala que el problema de la jurisdicción militar era latente en casi toda la región. A la luz de los hechos recientes, hoy cabe sostener fuera de dudas que el problema se ha agudizado, y que México representa uno de sus casos más elocuentes. Pese a que desde 2009 a la fecha la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha condenado a México en cuatro ocasiones a eliminar la aplicación extensiva de la jurisdicción militar a casos de violaciones de derechos humanos, las reformas que buscaron satisfacer este mandato del tribunal continental excluyeron aquellos casos en los cuales un militar viola los derechos de otro, aunque se prohibió que las cortes marciales conocieran de casos en los cuales las víctimas fueran civiles.

La posible aprobación de una Guardia Nacional militarizada cuyos abusos sean conocidos por la jurisdicción militar (enero de 2019) ha reiniciado el debate sobre el tema. Todo parece indicar que el Estado mexicano se limitará a constitucionalizar los poderes de emergencia —como lo es el uso de fueros especiales para tropas en labores policiales de excepción— a fin de conjurar riesgos de señalamientos. Desde luego, la Constitución no es sólo un texto que consta en su sitio de enunciación, y habrá que revisar —en caso

[16] Organización de las Naciones Unidas, "Informe del relator especial sobre la independencia de los magistrados y abogados de la Organización de las Naciones Unidas, Leandro Despouy, a la Asamblea General de 25 de septiembre de 2006 (UN DOC: A/61/384, 2006).

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

de que la reforma se apruebe— si su constitucionalización vale por su constitucionalidad (aunque la duda aquí es retórica, la respuesta es y será "no").

B. *El derecho penal del enemigo*

Una tendencia influyente en el mundo penal contemporáneo es la adopción de normas, medidas o procedimientos típicos de la doctrina del *derecho penal del enemigo.* El peligro abstracto encuentra su metáfora en la peligrosidad pura del delincuente, que no garantiza al orden social su adecuación a las normas. La pretensión punitiva del Estado en la formulación de Günther Jakobs —su más prominente expositor—, podría resumirse en la siguiente cita:

> El que pretende ser tratado como persona debe dar a cambio una cierta garantía cognitiva que se va a comportar como persona. Si no existe esa garantía o incluso es negada expresamente, el derecho penal pasa de ser una reacción de la sociedad ante el hecho de uno de sus miembros, a ser una reacción contra un enemigo.[17]

El principal efecto de la ampliación del poder punitivo del Estado es el socavamiento de la *normalidad* democrática: la preservación del Estado constitucional de derecho y la vigencia de los derechos a la presunción de inocencia y al debido proceso. Jakobs se justifica al señalar que "la misión del derecho penal es la garantía de la estructura normativa de la sociedad", y también, cuando dice que, "en las medidas que suponen una injerencia en el ámbito privado, como la interceptación de comunicaciones o los registros de vivienda, se adelanta el ámbito de protección del Derecho penal y se combate de manera especialmente «asegurativa», por causa de la existencia de un peligro".[18]

Como advierte Zaffaroni,[19] la cantidad de temas del derecho penal que trastoca la doctrina del enemigo incluye la racionalización del debilitamiento del derecho penal de garantías a través de la imputación jurídica, con base en criterios que se independizan de la causalidad (el enemigo como un dato objetivo); la minimización de la acción en beneficio de la

[17] Jakobs, Günther y Cancio Meliá, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2007.

[18] Jakobs, Günther, "El terrorismo internacional se puede combatir con el derecho penal del enemigo", *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, Lima, núm. 7, 2006, p. 613.

[19] Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El enemigo en el derecho penal,* Buenos Aires, Ediar, 2007, pp. 13-15.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

omisión, sin que interese lo que realmente el agente haga sino el deber que haya violado; la construcción del dolo a partir de una "teoría del conocimiento", que incluye lo que anteriormente era propio de la negligencia (el acento en la "garantía cognitiva"); la pérdida de contenido material del bien jurídico (Jakobs se refiere a la lesión del bien jurídico tutelado como dada de antemano); la multiplicación de tipos de *peligro sin peligro* (peligro *abstracto* o *presunto*, "riesgos ubicuos" y encarnación del peligro en la persona que tiene la intención de violar una norma: la "fuente del peligro" la llamó Jakobs); la lesión de la legalidad mediante tipos vagos; la delegación de la función legislativa-penal con el pretexto de las llamadas *leyes penales en blanco*, entre otros temas.

Jakobs pretende fundar esta anticipación base del *ius punendi* preventivo distinguiendo entre normas primarias, bienes jurídicos y normas de flanqueo. En los delitos en los que hay riesgo de atentados contra normas primarias (por ejemplo, en la amenaza o en el de perturbación de la paz pública mediante la conminación de delitos), se quebranta una norma de flanqueo que sirve como una especie de *test* cognitivo. Quien desafía la paz pública (entendida como paz jurídica), evidencia que no confía en el derecho, arrogándose la configuración de la relación entre la víctima (que puede ser toda la sociedad) y la norma principal. La punición se vuelve legítima aun cuando no se haya atentado contra el bien jurídico tutelado por la norma primaria, toda vez que existe de antemano la lesión de una norma de flanqueo. La lesión tiene efecto "porque el autor da a entender que próximamente tendrá lugar una perturbación externa, al menos si sus planes tienen éxito".[20]

El impacto real del derecho penal del enemigo a nivel mundial queda manifiesto ante la estadística de la prisión preventiva en América Latina, una de las regiones en que mayor receptividad se ha dado a esta doctrina. Se estima que tres cuartas partes de la población privada de la libertad entra bajo un esquema de prisión o detención preventiva, lo que demuestra el mayor peso concedido en los últimos años al sistema penal cautelar o *precondenatorio* frente al mucho más elaborado y regulado sistema de proceso conducente a una sentencia. México debate hoy (enero de 2019) la ampliación de su catálogo de delitos que admiten prisión preventiva oficiosa, en un afán incesante durante los últimos doce años por sustituir el sistema penal por un esquema cómodo, flexible, de bajos estándares probatorios y alta efectividad mediático-política.

[20] Jakobs, Günther, "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", *Estudios de derecho penal*, Madrid, UAM Ediciones-Civitas, 1997 (1985), pp. 315-323.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

V. El estado de excepción en la consolidación de un orden social globalizado

La historia del derecho moderno acusa un progreso hacia la domesticación jurídica del estado de excepción que, sin embargo, es puesta en crisis permanente por la subversión del poder político a los límites del estándar internacional. Esta tendencia parece haberse vuelto la tónica regular a partir de los atentados a las torres gemelas del 11 de septiembre de 2001. Llamaremos aquí "neoliberalismo necropolítico" al conjunto de acciones de corte bélico o de inspiración militar —coordinadas o no—, que responde a una lógica política representada y ejecutada por Estados con gobiernos de corte neoliberal que articulan la agenda de lo público en torno a sus sistemas de seguridad ante problemas asumidos como "riesgos de seguridad" globales o internos.

El resultado en ambos casos (guerra contra un enemigo global, como el terrorismo internacional, o guerra contra enemigos internos transnacionalizados, como los cárteles del narcotráfico u otras redes de crimen organizado) ha sido una actuación al límite de la normalidad democrática que no se libra desde el campo del estado de excepción tradicional, sino desde articulaciones parciales próximas a los estados de excepción complejos o institucionalizados de los que se habló en el apartado anterior, o bien experimentos en los que el derecho se vuelve contra el derecho democrático empleando, sin embargo, técnicas democráticas de producción normativa; es decir, parodiando el sentido del derecho moderno tradicional, a saber: que la regla son los derechos y los contrapesos democráticos al poder.

En este nuevo mundo posmoderno, posliberal e intermitentemente posjurídico, la decisión soberana es la regla, se pronuncia sobre la vida y la muerte de millones de personas, emplea el derecho para anular la efectividad del antiguo derecho de la modernidad, y finalmente tiene la extraña *mala suerte* de no rendir éxitos, ya que los problemas que afirma combatir se vuelven crónicos mientras las utilidades del dinero ilegal que producen sigue fluyendo e insertándose en los mercados legales, financiando proyectos políticos *legalizados* o nutriendo las arcas de la corrupción. El estado de excepción —y con ello la parte limítrofe del derecho moderno— se incorpora al mercado como valor altamente rentable, inversión de alto riesgo, pero utilidades garantizadas, en tanto que la democracia y los derechos humanos se marginan a la calidad de mermas comerciales.

La dislocación estructural que posibilitó esta necropolítica se halla en la imposibilidad del capitalismo global de seguir expandiéndose sin la puesta, en primera fila, de las potencias militares, conquistadoras y generadoras de

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

mercados, y la vuelta de Estados revigorizados aun a costa del discurso que les dio legitimidad durante la primera modernidad. Sabemos por la historia de los estados de excepción que esto no es novedad. El mito del "retorno del Estado" es históricamente cuestionable. En cambio, se advierten algunas novedades que marcan este giro necropolítico y le dan su *diferencia* al supuesto "retorno del Estado": 1) la intensificación del uso de *prima ratio* de las fuerzas armadas en las agendas públicas internacionales e internas, 2) el cinismo instrumental o la espectacularidad como arma de guerra (*shock and awe*), y 3) su escala planetaria.

La Estrategia de Seguridad Nacional de los Estados Unidos de América de septiembre de 2002, especie de *programa* de la "era de la seguridad", justifica con entusiasmo estas *novedades*. Por ejemplo, predica en tono pro-fético: "*La historia* juzgará severamente a aquellos que vieron venir este peligro pero no actuaron. En el *nuevo mundo* en que hemos entrado, *el único* camino hacia la paz y la seguridad es el de la *acción*".[21] También recurre a las viejas justificaciones retrospectivas:

> Hoy, la comunidad internacional tiene la mejor oportunidad que se ha presentado después del nacimiento del estado nación en el siglo XVII, para construir un mundo en el que las grandes potencias compiten en paz en lugar de prepararse continuamente para la guerra… Estados Unidos se basará en estos intereses comunes para promover la seguridad global.

Hablar del enemigo contra el que se erige este mundo nuevo parece ineludible. El estado de guerra permanente del "securitismo" se explica precisamente por la criminalización de este enemigo, su reducción a no-persona desde una objetividad jurídica trastornada, así como por el redimensionamiento del enemigo, que se convierte en global. La Estrategia de Seguridad Nacional de 2002 lo dice en estos términos: "La lucha contra el terrorismo global es diferente de cualquier otra en nuestra historia. Será librada en muchos frentes contra un enemigo particularmente elusivo, por un período extendido de tiempo. El progreso vendrá a través de la acumulación de éxitos —algunos visibles, otros no— visibles".[22]

Estas *peculiaridades* del enemigo, 1) permiten al autor del discurso de la seguridad *encarnarlo* en casi cualquier sujeto, Estado, región del mundo o campo de actividad humana; 2) lo facultan para combatirlo por un tiempo indefinido, y 3) le permiten emprender dos guerras: una visible y otra secre-

[21] US Government, "The National Security Strategy of the United States of America", 2002, disponible en: *http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/nsc/nss/2006/nss2006.pdf*.

[22] *Ibidem*, p. 5.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

ta (por la que, verosímilmente, no tendría que rendir cuentas). El enemigo está en el centro del mito fundante de la necropolítica global, que anuncia una inminente vuelta al estado de naturaleza hobbesiano. La enunciación de un mito tal tiene por efecto simbólico el representar al orden social bajo una especie de efecto de "naturalización" que *explica* la necesidad del establecimiento de una guerra permanente y, por tanto, la institucionalización de regímenes de derecho moldeables a la emergencia. El mito de una supuesta "naturaleza" humana preponderantemente maligna y peligrosa que amenaza a la civilización en su conjunto (lo que Agamben llama la "lupificación" del hombre y la "hominización" del lobo) se ha adaptado al imaginario social contemporáneo.

Para salvar la civilización del lobo que está siempre a la vuelta de la esquina, se construye un derecho internacional público del enemigo, particularmente evidente en el derecho de guerra y en el derecho penal internacional. El enemigo político ya no es una persona de derecho internacional público clásico, sino un "punto geoestratégico", un referente del mercado ilegal o una horda de individuos insospechados.

La criminalización del enemigo, interestatalmente hablando, significa que no hay un reconocimiento de la soberanía del otro, así como no puede haber, por tanto, apego a un derecho internacional que arbitre la guerra en última instancia. Visto así, la guerra no puede ya ser sólo un procedimiento jurídico-militar, como en los orígenes del Estado moderno, ni exclusivamente un mero "proceso-espectáculo", como dice Schmitt, "para la aniquilación política y física del enemigo político", sino el paradigma de gestión de recursos, bienes y valores en la globalidad, como son la vida, la muerte y el duelo.

Por ello, no hay tratado de paz ni cláusula de amnistía en las guerras neoliberales ni distinción clara entre guerra y paz, sino articulación de ramas de operación típicas del Estado o los mercados internos a la agenda de la pretendida "seguridad global", así como no hay distinción entre guerra civil, estado de excepción y "seguridad pública", ni entre *hostis* (enemigo público) y criminal, ya que las principales guerras securitistas, la de Afganistán, Paquistán e Iraq, y posteriormente Siria, por una parte, y la guerra contra las drogas en lugares como México y Colombia, se llevaron a cabo persiguiendo personas o redes criminales transnacionalizadas, supuestamente protegidas por sus respectivos Estados, o perseguidos a solicitud y con colaboración de ellos.

La "flexibilización del *concepto de enemigo desestatalizado*", como lo llama Ulrich Beck, introduce al menos cuatro desequilibrios globales:

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

> [P]rimero, el uso universal de la violencia armada con vistas a la "defensa interior" (caso de Estados Unidos y también de Rusia, Alemania, Israel, Palestina, India, China, etc.); segundo, la declaración universal de guerra contra Estados que no hayan atacado previamente; tercero, la normalización e institucionalización del "Estado de excepción" en el interior y en el exterior; cuarto, la deslegalización no sólo de las relaciones internacionales y los enemigos terroristas, sino también del propio Estado de derecho y de las democracias extranjeras.[23]

Bien leídas, estas cuatro posibilidades coinciden con los rasgos típicos de un estado de excepción subjetivo, cuyo sujeto, sin embargo, se haya condensado en un *consenso* global: el consenso neoliberal. Todos los rasgos del "securitismo" neoliberal que advertimos aquí (preventivismo, uso privilegiado de la fuerza en la resolución de conflictos, irracionalización del enemigo, supresión o restricción de derechos y valores democráticos) son habilitados por las dimensiones del nuevo "enemigo" global. Es la misma lógica que en el estado de excepción, de cualquier signo: una emergencia constitutiva de poderes que exceden y son capaces de eliminar el imperio del derecho (en nombre del derecho mismo).

Incluso se da el elemento de un sujeto que se arroga el derecho de disponer de los derechos de todas y todos, construyendo mediante la agenda de la seguridad global una especie de Estado global, con su correspondiente "política interior mundial" y su derecho penal internacional emitido por los órganos de un solo Estado, como ocurre con normatividades del tipo de la *Patriot Act* de 2001 o las sucesivas *Military Commissions Act*, que permitían al presidente de Estados Unidos formar tribunales militares para el juzgamiento de *alien illegal enemy combatants*; las cuatro leyes contraterroristas que ha emitido el Parlamento Británico en 2001, 2005, 2006 y 2008, que han contemplado plazos indefinidos de detención de presuntos terroristas y el uso de las fuerzas armadas en actividades policiales; o bien en los capítulos locales en que el enemigo puede ser el terrorismo o el narcotráfico, de manera intercambiable, el establecimiento de medidas de excepción, como la desmesurada prisión preventiva oficiosa o la militarización de la seguridad y la justicia penal en México, que despojan de todo estatuto jurídico a personas relacionadas con investigaciones de delitos de delincuencia organizada.

Las dimensiones y técnicas de la necropolítica de la excepción institucionalizada configuran velozmente —como sostiene Judith Butler— una especie de "versión contemporánea de la soberanía que animada por una agresiva

[23] Beck, Ulrich, *op. cit.*, pp. 308 y 309.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

nostalgia, busca abolir la división de poderes. [La ley es] una «táctica», algo con valor instrumental y no «obligatorio» a causa de su estatuto de ley".[24] Después del periodo de consolidación del derecho internacional de los derechos humanos no se registraba en el mundo un momento de tal debilidad jurídica como este que vivimos.

VI. Consideraciones finales

Como se discurrió en el texto, la *episteme* jurídica moderna se ha construido en torno a la dislocación entre el estado de excepción, por una parte, y los derechos humanos, por la otra. El estado de excepción es el límite que constituye, por exclusión, el sentido de *normalidad* del derecho democrático. Lo que excede de ese punto es violencia extrajurídica.

Ahora bien, por virtud de la positivación internacional de la figura del estado de excepción mediante los textos normativos del derecho internacional de los derechos humanos, se ha buscado domesticar jurídicamente la explosividad de la "necesidad" fundante de la suspensión de derechos, procurando que los que aquí llamo elementos objetivos del estándar en la materia (los derechos humanos insuspendibles y los controles formales y materiales a su ejecución) ganen terreno al elemento subjetivo, que es el derecho metajurídico del Estado a disponer del derecho para garantizar su propia conservación, a través de un accionar de decisión soberana nuda.

Ese intento de domesticación, sin embargo, se encuentra en proceso de regresión ante nuevas dinámicas globales de poder, acusadamente tras el establecimiento en 2001 de una red de estados o regímenes de excepción especiales, parciales, intermitentes, de carácter global, regional o nacional, que aquí hemos llamado "neoliberalismo necropolítico", articulado a través de una práctica que emplea al derecho contra el derecho moderno tradicional, coloca a la seguridad como valor axial del orden global —siempre subsidiariamente a un modelo económico hegemónico de corte capitalista—, y hace uso de la confección de enemigos públicos, el militarismo y el preventivismo penal como paquete operativo privilegiado.

Sigue siendo urgente —como lo era desde septiembre de 2001— construir un entendimiento de la realidad tal que nos ponga de frente ante la precipitada pérdida de vigencia de la *episteme* jurídica moderna sin ceder espacios a la ingenuidad o al cinismo; adecuarse a los tiempos confundiendo entre *necesidad* y *legitimidad* será el suicidio del derecho, al menos del que pro-

[24] Butler, Judith, *Vida precaria. El poder del duelo y la violencia*, Barcelona, Paidós, 2004, p. 91.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

metían las democracias modernas. Creo que la máxima tarea del derecho, hoy, es revertir en cada frente de *guerra* los voraces poderes de excepción *legalizados* que se han fugado de los precarios muros del constitucionalismo, reducido a fantasma legitimador de este espurio universo jurídico paralelo. Ojalá esta convicción halle cómplices en quienes leen este texto.

VII. Bibliografía

Agamben, Giorgio, *Estado de excepción,* Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editora, 2007.

Beck, Ulrich, *Poder y contrapoder en la era global*, Barcelona, Paidós, 2004.

Benjamin, Walter, *Para una crítica de violencia*, Buenos Aires, Terramar, 2007.

Butler, Judith, *Vida precaria. El poder del duelo y la violencia*, Barcelona, Paidós, 2004.

Correas, Óscar, *Acerca de los derechos humanos*, México, Fontamara, 2003.

Cruz Parcero, Juan Antonio, *El concepto de derecho subjetivo*, México, Fontamara, 2004.

Jakobs, Günther, "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, UAM-Ediciones-Civitas, 1997 (1985).

Jakobs, Günther, "El terrorismo internacional se puede combatir con el derecho penal del enemigo", *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, Lima, núm. 7, 2006.

Jakobs, Günther y Cancio Meliá, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, Civitas, 2007.

Questiaux, Nicole, "Informe presentado a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías sobre el estado de excepción y los derechos humanos" (E/CN.4/Sub.2/1982), 1982.

Schmitt, Carl, *El concepto de lo político*, Madrid, Alianza Editorial, 2006.

Us Government, "The National Security Strategy of the United States of America", 2002, disponible en: *http://georgewbush-whitehouse.archives.gov/nsc/nss/2006/nss2006.pdf*.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El enemigo en el derecho penal,* Buenos Aires, Ediar, 2007.

Zovatto, Daniel, *Los estados de excepción y derechos humanos en América Latina*, Caracas, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Editorial Jurídica Venezolana, 1990.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

CAPÍTULO CUARTO

BIOPOLÍTICA Y VIOLENCIA FEMINICIDA: LA GUBERNAMENTALIZACIÓN EN EL ACCESO A LA JUSTICIA PENAL DE LAS MUJERES EN TIJUANA

Janeth HERNÁNDEZ FLORES*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Biopoder, biopolítica y gubernamentalización*. III. *Economía de poder y capitalismo* gore. IV. *La violencia feminicida en Tijuana como tecnología de la biopolítica*. V. *Características del derecho de acceso a la justicia y los elementos del dispositivo de poder*. VI. *La violencia feminicida y la gubernamentalización en el acceso a la justicia penal de las mujeres en Tijuana*. VII. *Conclusiones*. VIII. *Bibliografía*.

I. INTRODCCIÓN

La intervención estatal en la vida de las mujeres es un tema de poder y beneficios económicos. A la dinámica capitalista le son útiles las mujeres, le interesa su control y dominio. Para funcionar, el capitalismo necesita producir clases, grupos, en este caso de mujeres que cumplen una función biológica de producir seres humanos, y a la vez, sirven como una fuente sustituible —desechable— de mano de obra y consumo. Las mujeres constituyen una valiosa mercancía, y en este sentido, señala Valencia, su cuidado conservación, libertad e integridad son también una mercancía.[1]

De hecho, para Foucault el poder consiste, en términos generales, en "conducir conductas y disponer de su probabilidad induciéndolas, apartándolas, facilitándolas, dificultándolas, limitándolas, impidiéndo-

* Doctora en Derecho Constitucional y en Ciencias Políticas y Sociales por la UNAM; becaria del Programa de Becas Posdoctorales en la UNAM, Centro de Investigaciones sobre América del Norte (CISAN), asesorada por la doctora Ariadna Estévez.

[1] Estévez, Ariadna, "Capitalismo *gore*, Sayak Valencia", *Frontera Norte*, México, vol. 25, núm. 50, julio-diciembre de 2013, pp. 229-233.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

las";[2] sirve para mantener determinadas relaciones de producción.[3] Además, la forma de poder es para este autor, en su sentido estrictamente moderno, una combinación compleja de técnicas de individualización y procedimientos totalizantes.[4]

Desde esta perspectiva, Foucault desarrolla la idea del biopoder. Señala que se trata, en definitiva, de la estatización de la vida biológicamente considerada, es decir, del hombre como ser viviente; no le interesa el control de la vida respecto de los individuos sino de la especie humana.[5] El biopoder se ejerce de manera estatal —gubernamentalidad— y también mediante sujetos privados —gubernamentalización—; inserta, en el ámbito neoliberal, una "economía de la muerte" en sus relaciones de producción y poder: los dirigentes *de facto* ejercen su autoridad mediante el uso de la violencia, y se arrogan el derecho a decidir sobre la vida de los gobernados.[6]

El biopoder a través de la violencia feminicida muestra, como lo señala Foucault, su doble faz,[7] como poder sobre la vida de las mujeres y como poder sobre su muerte. Esta violencia es intrínsecamente una estrategia biopolítica estatal que controla los procesos vitales.[8] No se encuentra en contraste con el crimen organizado; comparte con éste sus tecnologías de dominación. La violencia feminicida funciona como una tecnología biopolítica, constituye una forma extrema de violencia de género que, mediante conductas misóginas, puede culminar con la muerte violenta de las mujeres.

De esta manera, la violencia feminicida es útil al poder estatal, pues mediante ella someten, discriminan e intervienen cuerpos de mujeres cada vez más dóciles. Como lo sostiene Estévez

---

2 Foucault, Michel, "Poder", en Castro, Edgardo, *El vocabulario de Michel Foucault. Un recorrido alfabético por sus temas, conceptos y autores*, Buenos Aires, Universidad Nacional de Quilmes, 2004.

3 *Idem*.

4 Foucault, Michel, "Luchas", en Castro, Edgardo, *op. cit.* Por su parte, Fitzpatrick aduce que se trata de uniformar, construir una sociedad normalizadora, donde habita el individuo normal y se distingue constitutivamente del "anormal", "el mal", "el no normal". A éste se le atribuye un contenido positivo en la negación de que lo normal adquiere su contenido. La anormalidad generalizada se convierte en "otra gente dentro del misma gente". Véase Fitzpatrick, Peter, "Marking Time: Temporality and the Imperial Cast of Occidental Law", *Birkbeck Law Review*, Londres, vol. 1, 2013, pp. 63-80.

5 Foucault, Michel, "Biopoder", en Edgardo Castro, *op. cit.*, p. 60

6 Mbembe, Achille, *Necropolítica. Seguido por el gobierno indirecto*, trad. de Elisabeth Falomir Archambault, Tenerife, España, Melusina, p. 14.

7 Foucault, Michel, "Biopoder", en Castro, Edgardo, *op. cit.*, p. 59.

8 Lechuga-Solís, M. Graciela, "Comentarios de Agamben a la noción de biopolítica de Foucault", *Psicologia & Sociedade*, núm. 24, 2012, pp. 8-17, disponible en: *http://www.scielo.br/pdf/psoc/v24nspe/03.pdf*.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

> ...la naturaleza híbrida (criminal-legal) del poder estatal mexicano ha dislocado la dicotomía público/privado del discurso de los derechos humanos ya que lo que solía pertenecer claramente a la esfera privada —como la economía criminal y los delitos comunes— ahora se entremezclan con lo político debido en subjetividades masculinas hiperviolentas.[9]

Estas subjetividades se manifiestan de manera constante en Tijuana. En esta zona geográfica focalizada, dolosamente abandonada, existe violencia, migración y pobreza —que excluye el desarrollo que existe en la zona urbana debido, entre otros factores, al comercio, a la industria y al turismo—. Constituye un lugar propicio para analizar la biopolítica de la violencia feminicida, dado que en esta ciudad las mujeres son susceptibles y quedan expuestas a la muerte, a la prostitución, a la explotación laboral, a la drogadicción, etcétera.

Ante estas arbitrariedades, los procesos de competencia judicial son la vía idónea para hacer efectivos los derechos de las mujeres. De ahí que el derecho de acceso a la justicia es esencial para la realización de otros derechos protegidos en al ámbito nacional e internacional. Sin embargo, la dinámica estatal caracterizada por la violencia provee los agentes biopolíticos que intervienen en la gubernamentalización, los cuales operan controlando y limitando el acceso de las mujeres a esa prerrogativa.

En consecuencia, el presente artículo analiza el periodo 2015-2017; tiene como objetivo identificar el nexo y las técnicas de gobierno del Estado gubernamentalizado en la ciudad de Tijuana, Baja California, que producen y comparten con los privados la violencia feminicida, así como los dispositivos de poder, que impiden a las mujeres ejercer el derecho de acceso a la justicia. Esta prerrogativa constituye un derecho fundamental reconocido en los artículos 14, 17 y 20, apartados B y C, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en el artículo 8o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

II. Biopoder, biopolítica y gubernamentalización

A partir del siglo XVIII comienza a surgir una nueva idea de política: el poder se organiza en torno a la vida. El enfoque principal de esa política comienza a pasar de la idea del bien común a la población como un tema

[9] Estévez, Ariadna, "La gubernamentalización necropolítica del Estado y la masculinidad hegemónica: dislocación y recomposición ontológica de los derechos humanos", *Derecho y Crítica Social*, vol. 3, núm. 1, 2017, disponible en: *https://derechoycriticasocial.files.wordpress.com/2017/09/2-estevez.pdf*.", *cit.*, p. 45.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

de gestión e intervención.[10] Este cambio tiene dos implicaciones importantes. Primero, el poder soberano ya no se manifiesta únicamente como un poder de deducción, sino que se convierte también en una potencia de producción, cuyo principal objetivo es "incitar, reforzar, controlar, monitorear, optimizar y organizar las fuerzas que se encuentran bajo él".[11] En segundo lugar, este poder ya no se expresa exclusivamente a través de la ley.[12]

Por lo tanto, la centralidad del poder soberano se agrava progresivamente por el surgimiento de mecanismos disciplinarios y regulatorios. Estos mecanismos no se basan en el poder de hacer cumplir la ley y castigar su transgresión, sino en el poder disciplinario de una serie de instituciones que emergen a principios del siglo XIX: la policía, las escuelas, los talleres, los cuarteles, los hospitales, así como también a partir de las prácticas reglamentarias, como los sistemas de seguro de salud, las normas de higiene, los patrones de consumo, la reproducción y la educación.[13]

Estos regímenes no se promulgan directamente a través de una concepción del bien común resguardado por la ley —es decir, a través del ejercicio directo del poder soberano—, sino a través de procesos de internalización de normas, códigos, modelos de conducta que invierten directamente la vida.

De esta forma, el antiguo derecho del soberano de hacer morir o dejar vivir es reemplazado por un poder de hacer vivir o abandonar a la muerte. El poder convertido en biopoder, señala Foucault, trata la estatización de la vida biológicamente considerada, es decir, del hombre como ser viviente, no le interesa el control de la vida respecto de los individuos sino de la especie huma-

---

[10] Foucault, Michael, "Gubernamentalidad", en Faubion, James D. (ed.), *Power. The Essential Works of Foucault, 1954-1984*, Nueva York, Nueva Prensa, 2000, vol. 3, pp. 208 y 209.

[11] Foucault, Michel, *La historia de la sexualidad*, Nueva York, Libros de Pantheon, 1978, vol. 1, p. 136.

[12] No obstante, Vatter señala que lo que Foucault quiso decir cuando afirmó que el proyecto neoliberal introduce "el principio del Estado de derecho en el orden económico" es que el neoliberalismo requiere que la economía interiorice ciertas categorías jurisprudenciales y suposiciones normativas, de modo que el *homo oeconomicus* neoliberal esté siempre al mismo nivel y tiempo que un *homo legalis* neoliberal. Esta hipótesis es bastante diferente de decir que "el derecho se convierte en un medio para diseminar la racionalidad neoliberal más allá de la economía" porque este último punto de vista asume que la racionalidad neoliberal es esencialmente "exclusiva" y "económica" y sólo en un segundo momento invierte otras esferas y sus racionalidades. Entonces, su hipótesis es que la idea misma de *homo oeconomicus* no hubiera sido posible si no se hubiera interiorizado y reformulado la idea de *homo legalis*. Véase Vatter, Miguel, "Foucault and Becker: A Biopolitical Approach to Human Capital and the Stability of Preferences", en Golder, Ben y McLoughlin, Daniel (eds.), *The Politics of Legality in a Neoliberal Age*, Routledge, 2018, pp. 64-82.

[13] Foucault, Michael, *La sociedad debe ser defendida:.Conferencias en el Collège de France*, *1975-1976*, Nueva York, Picador, 2003.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

na. Así, el biopoder se muestra como poder sobre la vida —las políticas de la vida biológica, entre ellas las políticas de la sexualidad— y como poder sobre la muerte —el racismo—.[14] En este sentido, Ranciere sostiene que Foucault presenta a la biopolítica como una diferencia entre prácticas de poder y sus efectos, es decir, los medios por los cuales el poder produce efectos a través de la individualización de cuerpos y la socialización de las poblaciones.[15]

Según Achille Mbembe, el biopoder es un régimen inédito que toma como nuevo objetivo y vehículo de acción el bienestar de la población y la sumisión corporal y sanitaria de sus ciudadanos.[16] Por consiguiente, el biopoder ha sido un elemento indispensable para el desarrollo del capitalismo. Ha servido para asegurar la inserción controlada de los cuerpos en el aparato productivo y para ajustar los fenómenos de la población a los procesos económicos.[17]

Este régimen está diseñado para maximizar y extraer fuerzas,[18] e inscribir un orden específico en el cuerpo que pueda permitir "la optimización de sus capacidades, la extorsión de sus fuerzas, el aumento paralelo de su utilidad y su docilidad, y su integración en los sistemas de controles eficientes y económicos".[19]

Foucault argumenta que la biopolítica tiene como objeto el hombre como ser viviente, como perteneciente a una especie biológica; los fenómenos que estudia son de masa, en serie, de larga duración; los mecanismos de los que se ocupa son de previsión, de estimación estadística y de medidas globales; la biopolítica persigue el equilibrio de la población, su homeostasis, su regulación.[20]

Por primera vez, el hecho de vivir no constituye una base que emerge de tanto en tanto, en la muerte y la fatalidad; ingresa en el campo de control del saber y de las intervenciones del poder.[21] Así, la noción de biopolítica de Foucault expresa la transformación de las acciones políticas sobre la vida, tanto en cuerpos individuales cuanto en poblaciones, llevada a cabo cuando la vida empezó a ser incluida en los cálculos y estrategias del poder estatal.[22]

---

14 Foucault, Michel, "Biopoder", en Castro, Edgardo, *op. cit.,* p. 59.

15 Ranciere, Jacques, *Dissensus on Politics and Aesthetics*, trad. de Steven Corcoran, Londres, Continuum International Publishing Group, 2010, p. 93.

16 Mbembe, Achille, *op. cit.*, p. 14.

17 *Idem*.

18 Foucault, Michael, *La sociedad debe ser defendida..., cit.*, p. 246.

19 Foucault, Michael, *La historia de..., cit.*, p. 139.

20 Foucault, Michel, "Biopoder", en Castro, Edgardo, *op. cit.,* p. 62.

21 *Ibidem*, p. 59.

22 Foucault, Michel, *Estética, ética y hermenéutica*, trad. de Gabilondo, Á., Barcelona, Paidós Básica, 1976, pp. 235-254.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

Desde la perspectiva economicista, misógina y androcéntrica neoliberal, la sobrepoblación de mujeres requiere de tecnologías de dominación mediante las cuales algunos cuerpos son vulnerables a la violencia, la marginación, la objetificación e, incluso, la muerte. La biopolítica tiene, por lo tanto, como forma a la economía política y como instrumentos a los aparatos de seguridad.[23]

Sin embargo, para Esposito la biopolítica es producida por el poder soberano.[24] De acuerdo con esta idea, Agamben refuta la propuesta de Foucault sobre biopolítica y busca mostrar la convergencia de los modelos políticos de la soberanía y de la biopolítica,[25] con el fin de destacar el poder del soberano para decidir en cualquier situación normal o excepcional sobre la a vida, la cual se encuentra abandonada a la violencia de la soberanía. Señalan Coleman y Grove que Agamben sostiene el "retorno" del poder soberano al centro de la vida política.[26] A juicio de Agamben, Foucault no considera los peligros actuales de la *nuda vida*,[27] la que originalmente estaba al margen del orden jurídico, y que ahora va coincidiendo de manera progresiva con el espacio político, entrando en una zona "de irreductible indiferenciación", que pone en "juego la *nuda vida*".[28]

De esta forma, para el autor italiano el poder está vinculado a la ley. En efecto, que el soberano sea aquel que puede decidir sobre el estado de excepción,[29] significa que aquel que representa la máxima expresión de la ley es, a la vez, aquel que puede suspenderla. Así, en la medida en que la sus-

---

23 Estévez, Ariadna, "La gubernamentalización necropolítica…", *cit.*, p. 49.

24 Esposito, Roberto, "Toda filosofía es en sí política. Entrevista con Edgardo Castro", *Revista Ñ*, 2005, disponible en: *http://edant. clarin.com/suplementos/cultura/2005/03/12/u-936812.htm*.

25 Desde el punto de vista de Agamben, la política occidental no sólo se ha basado en el principio de la soberanía, sino que este principio ha tenido desde siempre, a su modo de ver, un carácter eminentemente biopolítico. Véase Quintana Porras, Laura, "De la *Nuda Vida* a la «Forma-de-vida». Pensar la política con Agamben desde y más allá del paradigma del biopoder", *Argumentos*, México, vol. 19, núm. 52, septiembre-diciembre de 2006, pp. 43-60.

26 Coleman, Mathew y Grove, Kevin, "Biopolitics, Biopower, and the Return of Sovereignty", *Environment and Planning D: Society and Space*, vol. 27, 2009, pp. 489-507.

27 La *nuda vida* —vida desnuda— es un concepto que surge de la reflexión de Agamben sobre la conceptualización de "lo humano" desde la política —y el derecho—. Puntualizando que el acercamiento político filosófico de Occidente reduce lo humano a un cuerpo con vida. Véase Quintana Porras, Laura, *op. cit.,* p. 47.

28 Lechuga-Solís, M. Graciela, *op. cit.*, p. 9.

29 De acuerdo con Schmitt, el estado de excepción se basa en la necesidad de proteger a la Constitución en contra de un ataque desde afuera o desde adentro; esto es, en contra de los enemigos externos o internos. Esto significa que la excepción se opone radicalmente a la

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

pensión de la ley por parte del soberano está autorizada por la ley misma, puede decirse que el soberano se encuentra dentro de la jurisdicción de la ley, pero en la medida en que puede suspenderla, se sitúa por fuera de ella. Así, el soberano se ubicaría en una zona de indistinción entre un afuera y un adentro de la ley.[30] En cambio, para Foucault, el poder "no debe pensarse como ley sino como estrategia. La ley no es más que una posibilidad estratégica entre otras".[31]

Aunque desde la perspectiva de Tadros, la ley moderna funciona entre los conceptos de Foucault de gobierno y disciplina; proporciona una forma clave en la que las decisiones del gobierno pueden ajustar las relaciones entre las instituciones disciplinarias. Esto introduce la idea de que la ley comienza a operar desde la perspectiva de la vida completa de las personas, en lugar de sólo prevenir ciertas acciones. La ley, entonces, opera de acuerdo con lo que Foucault llama biopoder.[32]

Ahora bien, la biopolítica racionaliza su poder mediante la gubernamentalidad. Foucault denomina gubernamentalidad al encuentro de las técnicas de dominación y las técnicas de sí.[33] De tal manera que mediante la gubernamentalidad se controla la conducta de los otros y se permite a los individuos, realizar ciertas operaciones sobre sí mismos: sobre el cuerpo, sobre el alma, sobre el pensamiento, etcétera. Esta gubernamentalidad constituye el andamiaje mediante el cual opera la biopolítica. Al respecto, señala Estévez:

> La racionalidad —gubernamentalidad— de la biopolítica es el liberalismo, o en su forma más contemporánea, el neoliberalismo. Según el estudio genealógico de Foucault, el neoliberalismo se opone a la intervención estatal en nombre de la libertad económica y a la expansión burocrática porque atenta contra los derechos individuales. El objetivo central del neoliberalismo es

---

norma, pues *necessitas non habet legem* —la necesidad no tiene ley—. Véase Dotti, Jorge y Pinto, Julio (comps.), *Carl Schmitt: su época y su pensamiento*, Buenos Aires, Eudeba, 2002.

30 *Ibidem*, p. 9.

31 Lechuga-Solís, M. Graciela, *op. cit.*, p. 9

32 Tadros, Victor, "Between Governance and Discipline: The Law and Michel Foucault", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 18, núm. 1, 1998, pp. 75-103.

33 Foucault distingue cuatro tipos de técnicas: de producción (que permiten producir, transformar y manipular objetos), de significación o comunicación (que permiten la utilización de signos y símbolos), de poder y de dominación (que permiten determinar la conducta de los otros) y técnicas de sí (aquellas que permiten a los individuos realizar ciertas operaciones sobre sí mismos: operaciones sobre el cuerpo, sobre el alma, sobre el pensamiento, etcétera). Véase Foucault, Michel, "Dominación", en Castro, Edgardo, *op. cit.*, p. 152.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

> aplicar el discurso económico —conceptos, objetos, lógicas y lenguaje—, al análisis social, borrando las diferencias entre los dos campos. El modelo de racionalidad económica se usa para justificar y limitar la acción gubernamental. El gobierno se vuelve un administrador de negocios a cargo de universalizar la competencia e inventar sistemas para la acción individual y social, mismos que se rigen por las leyes del mercado.[34]

Lo anterior denota la importancia del liberalismo desde el punto de vista de la racionalidad de las prácticas de gubernamentalidad. El "Estado gubernamentalizado" representa la última etapa de la evolución en la historia del Estado moderno. Este Estado se caracteriza porque tiene como objeto la población y no el territorio, gobierna a través de los saberes— economía, medicina, psiquiatría, por ejemplo— y se articula en torno a dispositivos de seguridad. La formación del Estado gubernamentalizado coincide con la formación de la biopolítica, con la racionalización de los fenómenos propios de un conjunto de vivientes constituidos como "población". La racionalización de estos problemas de la vida es un proceso que se inscribe en el cuadro de racionalidad política del liberalismo.[35]

La gubernamentalidad del Estado, de hecho, no es exclusiva del Estado. Para diferenciar la gubernamentalidad política de la privada, Foucault llamó a ésta "gubernamentalización del Estado".[36]

III. Economía de poder y capitalismo *gore*

La violencia feminicida es fundamental para el mantenimiento de la dominación patriarcal. Es resultado de la convergencia de lógicas de poder colonial, capitalista y patriarcal, que se benefician recíprocamente de las utilidades del expolio de vidas y cuerpos destinados al sustento de un orden social y económico, jerárquico y piramidal, asentado en la discriminación y en la desigualdad.[37]

La violencia feminicida se ejerce en diferentes niveles, es una producción diferenciada de dolor y sufrimiento, un ritual minuciosamente organizado

---

[34] Estévez, Ariadna, "La crisis de derechos humanos y el dispositivo, de administración del sufrimiento: necropolítica pública de víctimas, defensores y periodistas en México", *El Cotidiano*, México, núm. 194, noviembre-diciembre de 2015, pp. 7-17.

[35] Foucault, Michel, "Liberalismo", en Castro, Edgardo, *op. cit.*, p. 311.

[36] *Ibidem*, p. 238.

[37] Asociación de Mujeres de Guatemala (AMG), mesa redonda "Feminicidio: ante el desafío de la memoria y de la verdad", Madrid, AmecoPress, 28 de febrero de 2019, disponible en: *http://amecopress.net/spip.php?article19048*.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

que, previo al desenlace fatal, tortura, viola, golpea y marca el cuerpo de las víctimas para después exponerlos públicamente. Los verdugos —como lo indica Foucault— evocan explícitamente "una carnicería, la destrucción infinitesimal del cuerpo se integra aquí en el espectáculo: cada trozo queda expuesto como para la venta". En los "excesos" se manifiesta toda una economía del poder.[38]

Respecto a esa violencia extrema, Sayak Valencia aporta la idea del capitalismo *gore*. Éste se refiere al derramamiento de sangre explícito e injustificado, como precio a pagar por los tercermundizados de todo el orbe, que se aferran a seguir las lógicas hiperconsumistas del capitalismo, cada vez más exigentes. El altísimo porcentaje de vísceras y desmembramientos, frecuentemente mezclados con la precarización económica, el crimen organizado, la construcción binaria del género y los usos predatorios de los cuerpos, todo esto por medio de la violencia más explícita como herramienta de necroempoderamiento, son características del capitalismo *gore*.[39]

Bajo esas circunstancias, las prácticas capitalistas se sustentan en la violencia sobregirada y la crueldad ultraespecializada, se implantan como formas de vida cotidiana en ciertas localizaciones geopolíticas a fin de obtener reconocimiento y legitimidad económica. La crudeza en el ejercicio de la violencia obedece a una lógica concebida desde estructuras o procesos planeados en el núcleo mismo del neoliberalismo, la globalización y la política.[40]

Dada la tecnificación y racionalización de la violencia como herramienta de enriquecimiento, la vida y el cuerpo, como continente de ésta, se colocan en el centro del problema del capitalismo *gore*. Hay vidas que no tienen importancia; es la vida de todas aquellas personas que no detentan ni valía económica ni discursiva que pueda legitimarlas y posicionarlas en otro plano de legitimidad. Así, estos sujetos desvalorizados son entendidos como meros cuerpos vivos e irrelevantes, sólo emparentados por su apelación al derecho de seguir vivos y por su oposición a no ser invalidados por argumentos criptolingüísticos tan usados por las teorías patriarcalistas. En esta tesitura, los cuerpos del feminicidio deben entenderse en el contexto de las lógicas económicas neoliberales, acentuando el papel que juegan los agentes en estas interacciones violentas. Como bien lo indica Valencia: "lo

[38] Foucault, Michel, *La sociedad debe ser defendida...*, *cit.*, p. 34.

[39] Valencia, Sayak, "Capitalismo *gore* y necropolítica en México contemporáneo", *Relaciones Internacionales*, núm. 19, 2012.

[40] *Ibidem*, p. 6.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

único irreductible es el cuerpo, puesto que es el lugar en donde, en última instancia, se registran todas las formas de represión y de poder.[41]

En esta línea argumental, la canadiense Naomi Klein sostiene que los estados de *shock* colectivo o conmoción pública producidos por eventos violentos han sido utilizados en distintos países como medios para implementar medidas económicas de corte neoliberal.[42]

De lo asentado se puede concluir que si bien la violencia hacia la mujer no es potestativa del modelo capitalista neoliberal, la violencia feminicida sustentada en ideas patriarcales de poder y beneficio económico global sí forma parte de ese modelo occidental. Por ello, es común que en países en donde existen esas dinámicas de asimetría y desigualdad económica se gestione la vida de las mujeres, dirigiendo su conducta y haciéndola rentable para el modelo de consumo y poder hegemónico masculino, y sólo se administrará la muerte de aquéllas, cuando no les sean útiles a tal proyecto de producción económica.

IV. La violencia feminicida en Tijuana como tecnología de la biopolítica

La violencia feminicida en la ciudad fronteriza de Tijuana, Baja California, es un ejemplo de las intervenciones del poder mediante la gubernamentalidad. La biopolítica racionaliza su poder mediante diversas tecnologías y dispositivos. Las técnicas son las prácticas que dan una forma concreta a esta racionalidad política —gubernamentalidad— y a este tipo de relación entre la entidad social y el individuo.

Foucault indica que los términos "técnica" y "tecnología" —sinónimos— agregan a la idea de práctica los conceptos de "estrategia" y "táctica". En efecto, estudiar las prácticas como técnicas o tecnología consiste en situarlas en un campo que se define por la relación entre medios —tácticas— y fines —estrategia—. Abordar el estudio del poder en términos de estrategia y de táctica, y no en términos jurídicos, implica analizar el poder como una tecnología.[43] La tecnología implica la reflexión sobre los modos de vida, sobre la elección de la existencia, sobre la manera de regular la

[41] *Ibidem*, pp. 8-11.

[42] Klein, Naomi, *La doctrina del* shock, Buenos Aires, Paidós, 2008, citado por Iván Pincheira, "Miedo", en Estupiñan, Mary Luz (ed.), *El ABC del neoliberalismo*, Viña del Mar, Communes, 2016, pp. 167-182.

[43] *Ibidem*, p. 524.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

conducta, de fijarse a sí mismo los fines y los medios.[44] Su objetivo consiste en obtener cuerpos útiles y dóciles.[45]

De ahí que una de las tecnologías de biopolítica que existen en el área de Tijuana sea la violencia feminicida. La Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia para el Estado de Baja California, en su numeral 17, define a esta violencia en los siguientes términos: "Se entiende por violencia feminicida, la forma extrema de violencia de género en contra de las mujeres, producto de la violación de sus derechos humanos, en cualquier ámbito, que puede implicar impunidad y culminar en el homicidio o cualquier forma de muerte violenta de las mujeres".

En este contexto, el cuerpo de las mujeres es un campo de la biopolítica. Las relaciones de poder que operan sobre esos cuerpos los afectan y conllevan ciertos signos por decodificar. La violencia feminicida ejercida sobre las mujeres les inflige heridas, suplicio, marcas, etcétera. Se trata, en definitiva, de estrategias de sujeción. Para ello, se recurre a la violencia feminicida sustentada en ideologías androcéntricas y machistas, así como también en cálculos, en técnicas.

El biopoder maneja la ciencia del cuerpo, como el conocimiento de su funcionamiento y el manejo de sus fuerzas, así como la capacidad de doblegarlo. Este conocimiento y este manejo constituyen una tecnología política del cuerpo, difusa y multiforme, raramente formulada en discursos sistemáticos, que no se localiza ni en un tipo definido de institución ni en el aparato del Estado. Se trata, más bien, de una microfísica del poder. Por ello, el poder no es una propiedad, sino una estrategia constituida por disposiciones, maniobras, tácticas, técnicas, funcionamientos, etcétera.[46]

En Tijuana, la gubernamentalidad estatal sostiene a la violencia feminicida mediante la gubernamentalización, que es reconocida por las propias autoridades:

> …la violencia no es hecho aislado producto de la mente enferma del agresor, su naturaleza está íntimamente relacionada con el significado asociado a la jerarquía del varón al interior de la familia, posición que se traduce en "derecho" de controlar a otros por cualquier medio, desde gritos, insultos, amenazas y hasta golpes, que incluso conducen a la muerte o al homicidio.[47]

---

44 *Ibidem*, pp. 522 y 523.

45 *Idem*.

46 *Ibidem*, p. 77.

47 Instituto de la Mujer para el Estado de Baja California, "Diagnóstico del Protocolo de la Ruta Crítica para la Atención de las Mujeres Víctimas de la Violencia Familiar, a fin de dar cabal cumplimiento a la Norma Oficial Mexicana-190-SSA1-1999", disponible en: *http://www.bajacalifornia.gob.mx/inmujer/atencion_victimas.html*.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

La violencia feminicida en esta ciudad fronteriza, como proceso de biopoder, es sistemática. Es un lugar de riesgo para las mujeres. La violencia de género usualmente culmina en cuerpos estropeados, mutilados, que aparecen en el paisaje urbano, ante el asombro repentino y la apatía social posterior. Los casos de feminicidios, expuestos o transmitidos por medios, al hacerse cotidianos, ocultan la gravedad del fenómeno. El Mapa del feminicidio reporta en esta ciudad, entre el 1o. de marzo de 2010 y el 31 de julio de 2018, 221 avisos de feminicidios,[48] mientras que cifras oficiales indican que entre 2017 y 2018 en esta ciudad se han registrado 238 homicidios de mujeres.[49]

Durante 2015, en Tijuana se documentaron 74 asesinatos de mujeres (INEGI, 2016). De enero a septiembre de 2017, ocurrieron mil 181 homicidios en Tijuana. Aproximadamente el 10% del total de ellos fueron feminicidios.[50] Norma Iglesias sostiene que existe la percepción de que Tijuana "es un espacio de excepción", una ciudad con reglas flexibles, que funciona en diversas dimensiones.[51] Valencia ubica a Tijuana en el "Lado B" de la globalización, es decir, el lado oscuro de la economía global, lo contradictorio y fuera de control del neoliberalismo que es propio de las ciudades fronterizas.[52]

El aumento de violencia contra mujeres es extensivo a toda Baja California.[53] Esta entidad federativa ocupa el cuarto lugar en materia de violencia de género, compartiendo el sitio con Chihuahua.[54] De acuerdo con

---

48 Salguero, María, "Mapa del feminicidio", 2018, disponible en: *https://feminicidios.mx/*.

49 Maya, Antonio, "Registra Tijuana de 2017 a la fecha, 238 homicidios de mujeres; 6 son feminicidios", *La Jornada*, Baja California, 29 de mayo de 2018.

50 Borbolla, Kathia, "Las mujeres que murieron en Tijuana: entre amor y narco", *Debate*, 11 de noviembre 2017, disponible en: *https://www.debate.com.mx/mexico/Las-mujeres-que-murieron-en-Tijuana-entre-amor-y-narco-20171111-0328.html*.

51 Iglesias, Norma, Entrevista realizada como parte del Proyecto Violencia Social en Tijuana, Conavim-Incide Social-El Colef, 2009.

52 Estévez, Ariadna, "Capitalismo *gore*, Sayak Valencia", *Frontera Norte*, núm. 50, julio-diciembre de 2013, *cit.*, p. 231.

53 Pese a existir una solicitud de alerta por violencia de género en contra de las mujeres (AVGM), con información que justificaba la declaratoria, el 19 de mayo de 2016, se notificó la no procedencia de la AVGM. El Estado continúa implementando acciones. "Dictamen sobre la implementación de las propuestas contenidas en las conclusiones del informe elaborado por el Grupo de Trabajo conformado para atender la solicitud de alerta de violencia de género contra las mujeres en el Estado de Baja California", p. 2, disponible en: *https://alertadegenerobc.files.wordpress.com/2017/11/dictamen_baja_california_03-03-2016.pdf*.

54 Lamas, Lorena, "92% de feminicidios, impunes en BC: USD", *ZETA Libre Como el Viento*, 19 de febrero de 2018, disponible en: *http://zetatijuana.com/2018/02/92-de-feminicidios-impunes-en-bc-usd/*.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

datos del Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública, en enero pasado la entidad registró el mayor número de asesinatos, superando a estados como Guerrero, Estado de México, Guanajuato y Veracruz.[55] La titular de la Comisión Estatal de Derechos Humanos (CEDH), Melba Adriana Olvera Rodríguez, ha subrayado que en este estado "Hay un desprecio hacia lo femenino".[56]

Un grupo de activistas de la entidad se han manifestado en contra de la situación que prevalece en esta ciudad:

> Desapariciones de féminas, asesinatos por razones de género, feminicidios, acoso callejero, violaciones, violencia de género sistémica y generalizada, han sido históricamente invisibles para las autoridades e instituciones, a esos mismos a quienes les pagamos sus sueldos para que nos protejan… para las autoridades es más importante pseudo-proteger los ingresos generados por la inversión extranjera y el turismo, que a la población femenina.[57]

De tal forma, el biopoder mediante esta tecnología ha construido mujeres dóciles, generando un control inmediato sobre sus cuerpos, al herirlos, lastimarlos, entrenarlos y torturarlos. La violencia es una estrategia que permite afectar la conducta de las mujeres.

Desde la perspectiva foucaultiana, la búsqueda de objetivos económicos para los agresores que pertenecen a bandas delictivas en Tijuana no puede separarse de las prácticas de gubernamentalidad, que mediante la producción de normas jurídicas contribuyen a la construcción de subjetividades y órdenes políticos distintivos.

Bajo este esquema, en Tijuana la violencia excesiva se ejecuta, en gran medida, por los agentes no estatales. La gubernamentalización utiliza estratégicamente a la violencia feminicida como una tecnología, una herramienta de empoderamiento. Esta instrumentalización de la violencia con fines neoliberales, basada en un proyecto de hegemonía masculina, permite a los victimarios, al crimen organizado y los cárteles de la droga, participar en la regulación de la vida de las mujeres en Tijuana.

Efectivamente, los actores biopolíticos en esta zona utilizan la violencia feminicida para crear cuerpos dóciles capaces y dispuestos a sostener su sistema y reproducir su orden biosocial. Por ello, el perfil del delincuente es multifacético, no le preocupa sólo afectar o influir en la opinión pública; le

---

55 López, Alfonso, "BC es ya líder de homicidios en el país. Y matan más mujeres porque andan en el crimen, afirma «Kiko»", *Sin Embargo*, 24 de febrero de 2018, disponible en: *http://www.sinembargo.mx/24-02-2018/3389019*.

56 Lamas, Lorena, *op. cit.*

57 *Idem*.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

interesa realizar su tarea mercenaria y de sometimiento; su odio hacia las mujeres lo empodera.

Mientras que los cárteles de la droga, señala Valencia, realizan "un ejercicio ejemplificante para mantener a las poblaciones aterrorizadas".[58] Esta misma autora indica que los cárteles ejercen un poder de opresión análogo al del Estado, y se han convertido en un Estado paralelo que reconfigura la biopolítica y utiliza técnicas que denomina necroprácticas —acciones radicales dirigidas a infligir dolor, sufrimiento y muerte—. Al igual que el Estado legítimo, su contraparte criminal pretende tener el control tanto sobre el territorio como sobre la seguridad y la población; es decir, de gobernar a través de la explotación de las personas, y la venta de seguridad privada. Controlan los cuerpos de hombres y mujeres, haciéndolos mercancías de intercambio o consumidores de los bienes ofertados en el narcomercado.[59]

En este contexto, el gobernador de Baja California, Francisco Vega, ante la exigencia por esclarecer los crímenes, ha asegurado que los feminicidios registrados en la entidad se deben a que las mujeres participan en actos ilícitos.[60]

De hecho, autoridades municipales y estatales han manifestado que la mayor parte de los homicidios violentos se deben a la guerra que enfrentan cárteles rivales en su afán de ganar la "plaza" de Tijuana.[61] Las mujeres, en su mayoría, son víctimas de las relaciones de sus parejas con el narcotráfico; sin embargo, a la fecha se han registrado casos de féminas que se dedican a la distribución de estupefacientes.[62] Ahora bien, las causas por las que las mujeres son propensas a ser cooptadas por la delincuencia obedecen a distintos factores, como la pobreza, la migración, entre otros.

Valencia, en este sentido, afirma que los Estados no han desaparecido en la globalización, sino que juegan el rol de garantes de los mercados neoliberales a través del uso de la seguridad y la vigilancia fronteriza. Los Estados-nación se han convertido en mercados-nación que operan en una red que tiene como fin la protección del capital. En el caso de México, no existe un mercado-nación, sino una narco-nación —narco-Estado—, porque son

---

58 Muñoz, Gastón J., "La necropolítica y lo *cuir* chicano, según Sayak Valencia. Entrevista a Sayak Valencia", *Artishock, Revista de Arte Contemporáneo,* 13 de febrero de 2018, disponible en: *http://artishockrevista.com/2018/02/13/la-necropolitica-lo-cuir-chicano-segun-sayak-valencia/*.

59 Estévez, Ariadna, "La violencia contra las mujeres y la crisis de derechos humanos: de la narcoguerra a las guerras necropolíticas", *Estudios de Género de El Colegio de México*, vol. 3, núm. 6, julio-diciembre de 2017, pp. 69-100.

60 López, Alfonso, *op. cit.*

61 Borbolla, Kathia, *op. cit.*

62 *Idem*.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

los cárteles de la droga, en vez de las empresas legales, los que controlan el Estado. Los cárteles del narcotráfico incorporan la violencia y las leyes del mercado en su lógica de poder.[63]

Por su parte, el crimen organizado, muy activo en la ciudad de Tijuana, es una empresa criminal continua que trabaja racionalmente para beneficiarse económicamente de actividades ilegales. Ello permite el control androcéntrico del sistema y mantener el *statu quo* del modelo económico neoliberal. Así, la violencia feminicida como tecnología biopolítica es impulsada por los beneficios económicos que genera. Su existencia continua se mantiene mediante el uso de la fuerza, las amenazas, el control monopólico y/o la corrupción de los funcionarios públicos.[64] De hecho, la agencia de inteligencia criminal de la Unión Europea señala que el crimen organizado "tiene como objetivo central la búsqueda de ganancias o poder, y postula el poder como un objetivo potencialmente independiente del beneficio y podría decirse cayendo en el dominio de la política".[65]

En Tijuana, entre el 1o. de enero y el 31 de octubre de 2017 se registraron mil 434 homicidios, para establecer un nuevo récord de homicidios dolosos, que superan a 2016, cuando los occisos llegaron a ser 909. La mayoría de estas muertes están relacionadas con temas del crimen organizado.[66]

Para denominar a los agentes de la biopolítica feminicida, Valencia propone el término "endriago"; de esta manera, conceptualiza a los hombres que utilizan la violencia como medio de supervivencia, mecanismo de autoafirmación, y herramienta de trabajo. Los endriagos no sólo matan y torturan por dinero, sino que también buscan dignidad y autoafirmación a través de una lógica "kamikaze". Valencia afirma que, dadas las condiciones sociales y culturales imperantes en México, no debería ser una sorpresa que los endriagos usen prácticas *gore*[67] para satisfacer las demandas

---

63 Estévez, Ariadna, "Capitalismo *gore*, Sayak Valencia", *cit.*, pp. 229 y 230.

64 Roth, Michael P. y Sever, Murat, "The Kurdish Workers Party (PKK) as Criminal Syndicate: Funding Terrorism through Organized Crime, a Case Study", *Studies in Conflict and Terrorism*, vol. 30, núm. 12, 2007, pp. 901-920

65 Newburn, Tim, *Criminology*, Portland, Willan Publishing, 2007, p. 406.

66 Díaz, Pedro, "Tijuana, una vez más entre el crimen y la violencia", *Excelsior*, 2017, disponible en: *https://m.excelsior.com.mx*.

67 Valencia analiza las interacciones entre el mercado global del capitalismo contemporáneo y la cultura mexicana para explicar la aparición de prácticas ultraviolentas, que denomina "prácticas *gore*", así como los "sujetos endriagos" que las llevan a cabo. Véase Valencia, Sayak, "capitalismo *gore* y necropolítica en México contemporáneo", Morales Tovar, Lucía, *op. cit.*, disponible en: *https://estudioscultura.wordpress.com/2016/11/06/capitalismo-gore-y-necropolitica-en-mexico-contemporaneo-de-sayak-valencia-triana/* (fecha de consulta: 6 de noviembre de 2016).

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

consumistas, ya que con ello subvierten la sensación de fracaso causada por la frustración material.[68]

Foucault denomina la conducta de estos victimarios como monstruosa. Lo monstruoso no es la mezcla de elementos naturales, sino las conductas criminales que pueden originarse en una desviación de la naturaleza. Para ser más claros, la monstruosidad siempre fue percibida como la posibilidad de transgredir la ley.[69]

En cambio, Toros y Mavelli designan a la relación Estado-agresores como de mutualidad,[70] que "va más allá de la dimensión económica e invierte a la sociedad como un todo a través de la producción de normas, ideas, prácticas, valores, códigos de conducta y entendimientos específicos de lo que se considera verdadero o falso".[71] De esta manera, el capitalismo implementa una ideología, un discurso que hace viable el modelo económico neoliberal que utiliza a entes particulares para someter y administrar la muerte de las mujeres.

Lo cierto es que, ante el beneplácito de la gestión estatal, los sujetos de naturaleza privada ejercen una violencia exacerbada hacia las mujeres logrando el control de sus cuerpos y de sus vidas, sin que ello genere la intervención del poder punitivo del Estado. Mediante la impunidad el Estado externaliza un vínculo de complicidad y utiliza los dispositivos —como el derecho de acceso a la justicia— para paliar sus consecuencias y limitar las manifestaciones sociales. De esta forma, como señala Agamben, se implanta un régimen de excepcionalidad, que se convierte en permanente por la discrecionalidad y arbitrariedad del ente estatal soberano.

En efecto, estudiar las prácticas de la violencia feminicida del Estado gubernamentalizado como técnicas o tecnologías las sitúa en un campo que se define por la relación entre medios —tácticas de terror y miedo— y fines —estrategias que generan control, sumisión y docilidad de las mujeres—. En términos de Schmitt, el Estado no ve a las mujeres como enemigas —porque no las reconoce a éstas como alguien con igual valor que

68 Estévez, Ariadna, "Capitalismo gore, Sayak Valencia", *cit.*, p. 231.

69 Foucault, Michel, "Hermafroditismo", en Castro, Edgardo, *op. cit.*, p. 250.

70 La mutualidad es una institución que carece de fines de lucro y que está regida bajo los preceptos de confianza, solidaridad y asistencia mutua. Los integrantes de una mutual trabajan de manera coordinada y solidaria para brindar servicios a los miembros de la asociación. Véase Pérez Porto, Julián y Gardey, Ana, "Mutualismo", *Definición. DE*, 2014, disponible en: *https://definicion.de/mutualismo/*.

71 Toros, Harmonie y Mavelli, Luca, "Terrorism, Organized Crime and the Biopolitics of Violence", *Critical Studies on Terrorism*, vol. 6, núm. 1, 2013, pp. 73-91.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

él—; las mujeres son tratadas como un contrincante, y por ello mismo, deben ser destruidas.[72]

En este orden de ideas, Douzinas indica que, en el conflicto, el antagonismo surge como resultado de la tensión entre el cuerpo social estructurado, aquel donde cada grupo tiene un papel, una función y un lugar definido, y lo que Ranciere llama "la parte de ninguna parte". En estos términos, el grupo que forman las mujeres ha sido excluido radicalmente del orden social; ellas son invisibles al sentido establecido de lo que existe y es aceptable.[73]

V. Características del derecho de acceso a la justicia y los elementos del dispositivo de poder

La posibilidad de acceder a los órganos jurisdiccionales, con el propósito de que se reconozca un interés legítimo, es conocido como el derecho de acceso a la justicia.[74] El segundo párrafo del artículo 17 constitucional prevé este derecho, en los siguientes términos: "Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales".[75]

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México indica que el derecho de acceso efectivo a la justicia comprende, en adición a determinados factores socioeconómicos y políticos, el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva y los mecanismos de tutela no jurisdiccional, que también deben ser efectivos y estar fundamentados constitucional y legalmente. El máximo tribunal de México definió el acceso a la tutela jurisdiccional como:

> …el derecho público subjetivo que toda persona tiene, dentro de los plazos y términos que fijen las leyes, para acceder de manera expedita a tribunales inde-

[72] Benavides, Farid Samir, "Excepción, decisión y derecho en Carl Schmitt", *Argumentos*, México, vol. 19, núm. 52, septiembre-diciembre de 2006, pp. 125-145.

[73] Douzinas, Costas, *Las paradojas de los derechos humanos*, trad. de Ricardo Sanín Restrepo, s/f, p. 12, disponible en: *https://roxanarodriguezortiz.files.wordpress.com/2014/12/4-las-paradojas-de-los-derechos-humanos-costas-douzinas.pdf*.

[74] La Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del 2 de abril de 2013, en su artículo 5o. establece explícitamente el interés legítimo individual o colectivo.

[75] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, disponible en: *www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf*.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

> pendientes e imparciales, a plantear una pretensión o a defenderse de ella, con el fin de que, a través de un proceso en el que se respeten ciertas formalidades, se decida sobre la pretensión o la defensa y, en su caso, se ejecute tal decisión; de ahí que este derecho comprenda tres etapas, a las que corresponden tres derechos: (i) una previa al juicio, a la que le corresponde el derecho de acceso a la jurisdicción, que parte del derecho de acción como una especie del de petición dirigido a las autoridades jurisdiccionales y que motiva un pronunciamiento por su parte; (ii) una judicial, que va desde el inicio del procedimiento hasta la última actuación y a la que concierne el derecho al debido proceso; y, (iii) una posterior al juicio, identificada con la eficacia de las resoluciones emitidas. Ahora, los derechos mencionados alcanzan no solamente a los procedimientos ventilados ante Jueces y tribunales del Poder Judicial, sino también a todos aquellos seguidos ante autoridades que, al pronunciarse sobre la determinación de derechos y obligaciones, realicen funciones materialmente jurisdiccionales.[76]

Entonces, el derecho de acceso a la justicia está vinculado al principio *pro actione.* El gobernado debe tener garantizado el acceso ante la autoridad jurisdiccional con atribuciones legales para resolver una cuestión concreta prevista en el sistema legal, es decir, todo aquel que tenga necesidad de que se le administre justicia tendrá plena seguridad de recibirla por los órganos jurisdiccionales permanentemente estatuidos, con antelación al conflicto, sin más condición que las formalidades necesarias, razonables, y el poder público no puede condicionar o impedir el acceso a la administración de justicia, lo cual debe entenderse en el sentido de que la ley aplicable no deberá imponer límites a ese derecho, aunque sí la previsión de formalidades esenciales para el desarrollo del proceso, por lo que además de la normativa, los órganos encargados de administrar justicia deben asumir una actitud de facilitadores del acceso a la jurisdicción.[77]

Este derecho tiene características específicas cuando se trata de garantizarlo a las mujeres. La Recomendación General 33 sobre el Acceso de las Mujeres a la Justicia del Comité CEDAW, obligatoria para el Estado mexicano, establece una serie de directrices, entre ellas:

> El derecho de acceso de las mujeres a la justicia es esencial para la realización de todos los derechos protegidos en virtud de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Es un elemento fundamental del estado de derecho y la buena gobernanza, junto

[76] Tesis 1a./J.103/2017(10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 48, t. I, noviembre de 2017, p. 151.

[77] Tesis aislada: III.4o.(III Región) 6 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, libro VI, t. 2, marzo de 2012, p. 1481.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

> con la independencia, la imparcialidad, la integridad y la credibilidad de la judicatura, la lucha contra la impunidad y la corrupción, y la participación en pie de igualdad de la mujer en la judicatura y otros mecanismos de aplicación de la ley. El derecho de acceso a la justicia es pluridimensional. Abarca la justiciabilidad, la disponibilidad, el acceso, la buena calidad, el suministro de recursos jurídicos para las víctimas y la rendición de cuentas de los sistemas de justicia.[78]

Pese a que la recomendación es enfática en señalar que el acceso efectivo a la justicia optimiza el potencial de emancipación y de transformación del derecho, reconoce que, en la práctica, el Comité ha observado una serie de obstáculos y restricciones que impiden a la mujer realizar su derecho de acceso a la justicia. Esos obstáculos se producen en un contexto estructural de discriminación y desigualdad, debido a factores como los estereotipos de género, las leyes discriminatorias, los procedimientos interseccionales o compuestos de discriminación y las prácticas y los requisitos en materia probatoria, y al hecho de que el Estado no ha asegurado sistemáticamente que los mecanismos judiciales son física, económica, social y culturalmente accesibles a todas las mujeres. Todos estos obstáculos constituyen violaciones persistentes de los derechos humanos de las mujeres.[79]

El ámbito de esta recomendación general incluye los procedimientos y la calidad de la justicia para las mujeres a todos los niveles de los sistemas de justicia, incluidos los mecanismos especializados y cuasijudiciales. Los mecanismos cuasijudiciales comprenden todas las acciones de los órganos o dependencias administrativas públicas, similares a los que realiza la judicatura, que tienen efectos jurídicos y pueden afectar los derechos, deberes y prerrogativas jurídicos.[80]

Entonces, el derecho de acceso a la justicia es pluridimensional, e incluye otros derechos y principios que lo hacen complejo. Esta prerrogativa se erige como la contraparte de la impunidad e inequidad; revela, visualiza y empodera a las mujeres mediante su garantía y protección.

Ahora bien, para analizar las relaciones de poder implícitas en el derecho de acceso a la justicia se necesita examinar a este derecho como dispositivo de poder. El concepto de "dispositivo" es introducido por Fou-

---

[78] Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Naciones Unidas, "Recomendación General núm. 33 Sobre el Acceso de las Mujeres a la Justicia", 3 de agosto de 2015, p. 3.

[79] *Idem*.

[80] *Idem*.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

cault "como objeto de la descripción genealógica".[81] Él habla de dispositivos disciplinarios, dispositivo carcelar, dispositivos de poder, dispositivos de saber, dispositivo de sexualidad, dispositivo de alianza, dispositivo de subjetividad, dispositivo de verdad, etcétera.[82] Foucault delimita la noción de dispositivo como sigue:

> 1) El dispositivo es la red de relaciones que se pueden establecer entre elementos heterogéneos: discursos, instituciones, arquitectura, reglamentos, leyes, medidas administrativas, enunciados científicos, proposiciones filosóficas, morales, filantrópicas, lo dicho y lo no-dicho. 2) El dispositivo establece la naturaleza del nexo que puede existir entre estos elementos heterogéneos. Por ejemplo, el discurso puede aparecer como programa de una institución, como un elemento que puede justificar u ocultar una práctica, o funcionar como una interpretación a posteriori de esta práctica, ofrecerle un campo nuevo de racionalidad. 3) Se trata de una formación que en un momento dado ha tenido por función responder a una urgencia. El dispositivo tiene así una función estratégica... 4) Además de definirse por la estructura de elementos heterogéneos, un dispositivo se define por su génesis. Foucault distingue al respecto dos momentos esenciales: un primer momento del predominio del objetivo estratégico; un segundo momento de la constitución del dispositivo propiamente dicho. 5) El dispositivo, una vez constituido, permanece tal en la medida en que tiene lugar un proceso de sobredeterminación funcional: cada efecto, positivo o negativo, querido o no-querido, entra en resonancia o contradicción con los otros y exige un reajuste.[83]

De esta forma, el análisis del dispositivo es necesario para entender todo el andamiaje de la gubernamentalización que se ha construido alrededor del derecho de acceso de las mujeres a la justicia.

VI. La violencia feminicida y la gubernamentalización en el acceso a la justicia penal de las mujeres en Tijuana

En esta ciudad fronteriza existe una apropiación de espacios de poder, un despojo corporal-territorial que conlleva la violencia feminicida. Es un lugar donde los cuerpos de las mujeres se consideran desechables. La violencia

[81] Se habla de un periodo genealógico de Foucault para referirse a aquellas obras dedicadas al análisis de las formas de ejercicio del poder. Véase Foucault, Michel, "Genealogía", en Castro, Edgardo, *op. cit.*, 228 y 229.

[82] Foucault, Michel, "Dispositivo", en Castro, Edgardo, *op. cit.*, 147 y 148.

[83] *Idem*.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

en general no se constriñe a ciertas zonas o colonias de alto riesgo, aunque existen colonias que destacan por su peligrosidad, como son: Zona Centro, Camino Verde, Mariano Matamoros, norte y centro; Zona Urbana del Río Tijuana, El Pípila, Zona Norte, El Refugio, Libertad y Nueva Tijuana. De las casi novecientas colonias de Tijuana, más de 190 están incluidas dentro de las clasificadas por la Secretaria de Seguridad como de atención "prioritaria". De hecho, Tijuana, por cantidad, conserva su primer lugar como el municipio más violento de Baja California.[84]

Según cifras oficiales, de 2015 a la mitad de 2016, en Tijuana se registraron seis casos de feminicidios; considerando que la tipificación del delito de feminicidio fue aprobada en el Congreso local en febrero de 2015,[85] y que muchas muertes por este delito son consignadas como delito de homicidio. Asimismo, se debe tomar cuenta que, a nivel nacional, sólo en 2016, 2 mil 813 mujeres y niñas fueron asesinadas en México.[86]

El estudio de las formas de gubernamentalidad en la zona de Tijuana implica, entonces, el análisis de formas de racionalidad que se implementan a través de procedimientos técnicos, como el derecho de acceso a la justicia. Se trata en sí de descubrir cómo se vincula la violencia feminicida como tecnología del biopoder —incluyendo los medios como táctica y los fines como estrategia— y el derecho de acceso a la justicia como dispositivo de poder.

La gubernamentalidad construye mujeres sometidas, dóciles para su mejor regulación. Esta gubernamentalidad conlleva técnicas de poder y de dominación mediante violencia feminicida y técnicas de sí, mediante las cuales permiten a los sujetos privados generar miedo y terror a las mujeres, lo cual afecta su cuerpo, su alma, su pensamiento, su vida, etcétera. Así, el biopoder se ejerce hacia las mujeres a partir de distintos puntos —el poder soberano, la pareja, los criminales, etcétera— y en un juego de relaciones móviles y no igualitarias.[87]

En términos de Agamben, estas mujeres asumen, como *homo sacer*, una figura del derecho romano que se aplicaba a aquellos sujetos cuya vida, tras

---

[84] "Las zonas peligrosas (toda la ciudad es escena del crimen)", *Zeta Tijuana, Libre Como el Viento*, 29 de agosto de 2016, disponible en: *http://zetatijuana.com/2016/08/las-zonas-peligrosas-toda-la-ciudad-es-escena-del-crimen/*.

[85] *Idem*.

[86] "2 mil 813 feminicidios en México en 2016: ONU y UE", *Vanguardia*, 28 de septiembre de 2018, disponible en: *https://vanguardia.com.mx/articulo/2-mil-813-feminicidios-en-mexico-en-2016-onu-y-ue*.

[87] Foucault, Michel, *Historia de la sexualidad I. La voluntad de saber*, México, Siglo XXI, 1998, p. 56.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

haber cometido un delito, estaba expuesta al poder soberano. El *homo sacer* no podía ser sacrificado, pero podía ser asesinado sin impunidad, ya que su muerte no tenía valor alguno.[88] De esta forma, el *homo sacer* se encuentra entre la vida y la muerte, a disposición de la potestad del soberano, que puede decidir quién puede ser asesinado sin considerarse un delito.

De hecho, el grado de violencia hacia las mujeres es excesivo, tal como lo demuestra la siguiente nota periodística:

> María Guadalupe Ramírez, de 24 años, es una víctima más de su pareja sentimental. La joven fue rociada con líquido inflamable por Alberto "N", para después ser prendida en fuego. El hecho ocurrió el pasado jueves 26 de octubre, en un domicilio ubicado en la colonia Melchor Ocampo. Alrededor de las 13:50 horas, policías municipales recibieron el reporte de una mujer con quemaduras en el patio de su casa, por lo que se trasladaron de inmediato al lugar…La víctima fue trasladada al Hospital General, donde fue internada en estado crítico debido a las quemaduras de tercer grado que presentaba en el 100 por ciento del cuerpo. Dos días después, el día sábado 28 de octubre, María Guadalupe falleció.[89]

Mediante la gubernamentalidad también se han creado alrededor de la violencia feminicida una serie de subjetividades: "la mujer", víctimas de violencia, víctimas colaterales —hijos, familiares, amigos, etcétera—, cuya finalidad es que éstas sean y permanezcan dóciles, fáciles de dominar. Una de las técnicas de gobierno que se utilizan sobre las acciones de las víctimas se canalizan vía el derecho de acceso a la justicia como dispositivo para instaurar y seguir instaurando otras relaciones de poder.

Para contextualizar la problemática, a continuación se describen algunos casos de extrema violencia hacia las mujeres en la zona de Tijuana.

> Destiny González, había salido a un bar el día miércoles 7 de diciembre de 2016, pero no regresó a su hogar… El cuerpo de Destiny fue encontrado a un costado de unos campos de béisbol de la zona; tenía un disparo en el rostro. No hubo detenidos relacionados con el hecho.
>
> Leslie García tenía dos años viviendo en Tijuana… Al no tener noticias de ella, sus familiares la reportaron como desaparecida el martes 3 de enero de 2017. Días después, la joven de 20 años fue encontrada sin vida en la cajuela de un vehículo en la colonia Mineral de Santa Fe. Su cuerpo presentaba signos de violencia y estaba rodeado de algunas de sus pertenencias. No se registraron detenidos relacionados con el homicidio.

---

88 "Opinión: Homosacer", *La Razón*, 6 de mayo de 2011, disponible en: *https://www.larazon.es/historico/9514-opinion-homo-sacer-PLLA_RAZON_374162*.

89 Borbolla, Kathia, *op. cit.*

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

> La tarde del 30 de junio, una mujer fue acribillada mientras se encontraba en la avenida San Ángel, de la colonia San Ángel. Se trataba de Luz María González, de 37 años de edad. No hubo detenidos relacionados con el hecho.
>
> La noche del martes 4 de julio sobre el Corredor 2000, una mujer fue localizada sin vida. Su cuerpo presentaba heridas de bala y estaba atada de pies y manos, además de que cinta adhesiva le cubría el rostro.
>
> …eran las 23:00 horas del jueves 13 de julio, cuando el cadáver encobijado de una mujer fue encontrado en la colonia Camino Verde. La fémina de aproximadamente 25 años estaba atada de pies y manos con cinta gris, envuelta en una cobija y con huellas de violencia.
>
> Los pies desnudos de una mujer eran lo único que sobresalía de un tambo gris en la colonia Porvenir. Junto al cuerpo encobijado había un trozo de cartón con un "narcomensaje" escrito en él.
>
> …la mañana del 31 de octubre, el cuerpo de una mujer fue localizado dentro de una maleta en la colonia Anexa 20 de noviembre. Se desconoce la causa de la muerte, pero el cadáver presentaba huellas de violencia.
>
> La lista de feminicidios en Tijuana continúa, y son muy pocos los homicidas que han sido capturados y procesados por sus crímenes.[90]

Como se puede observar, la violencia feminicida está relacionada con la impunidad y, esta a su vez, con hacer nugatorio el derecho de acceso de la justicia. De hecho, el índice de impunidad en Tijuana, según un estudio elaborado por la Universidad de las Américas Puebla (UDLAP) y el Centro de Estudios sobre Impunidad y Justicia (CESIJ), es del 78.08%.[91]

En la etapa previa al juicio, a muchas de las víctimas se les impide, mediante distintas tácticas, el derecho de acceso a la jurisdicción por parte de las entidades gubernamentales de procuración de justicia. Por ejemplo, en los casos que existe denuncia o querella —cuando se trata de violencia—, o de oficio —en el caso de feminicidio—, las autoridades no detienen al probable responsable, archivan las carpetas de investigación por falta de elementos o determinan el no ejercicio de la acción penal. En Tijuana, los primeros seis meses de 2018, 110 mujeres han sido asesinadas de forma violenta, pero sólo se han emitido cuatro órdenes de aprehensión por el delito de feminicidio, y 28 casos cuentan con orden de aprehensión por homicidio de mujeres.[92]

---

90 *Idem*.

91 Martínez, Saúl D., "Es BC tercero en impunidad en todo el País", *Frontera Info*, 5 de abril de 2018, disponible en: *http://www.frontera.info/EdicionEnLinea/Notas/Noticias/05042018/1324740-Es-BC-tercero-en-impunidad-en-todo-el-Pais.html*.

92 Borbolla, Kathia, "110 homicidios de mujeres en 2018; solo 4 son considerados feminicidio", *Debate*, 29 de junio de 2018, disponible en: *https://www.debate.com.mx/mexico/feminicidios-tijuana-homicidio-de-mujeres-violencia-de-genero--20180629-0051.html*.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

Existen ciertos sectores más vulnerables a los delitos de violencia de género y feminicidio, como las mujeres migrantes, jóvenes, pobres, analfabetas o indígenas. Esta situación ha sido reconocida por el Comité CEDAW en los siguientes términos: "Las mujeres que pertenecen a esos grupos suelen no denunciar la violación de sus derechos a las autoridades por temor a ser humilladas, estigmatizadas, arrestadas, deportadas, torturadas o sometidas a otras formas de violencia contra ellas, incluso por los oficiales encargados de hacer cumplir la ley".[93]

En los casos de la segunda etapa, que se llevan a cabo, el proceso judicial, que va desde el inicio del procedimiento hasta la última actuación, y a la que concierne el derecho al debido proceso, hay muchos impedimentos para lograr el acceso a la justicia, como no contar con un asesoramiento jurídico de calidad o competente en cuestiones de género, así como las deficiencias que se suelen observar en la calidad de los sistemas de justicia; por ejemplo, decisiones o sentencias que no tienen en cuenta el género, demoras y tiempo excesivo de los procedimientos, la corrupción, etcétera.[94]

En relación con los recursos y medios de impugnación, pese al nuevo sistema de justicia penal, éstos también son tardados y onerosos. De ahí que es injusta toda "administración de justicia" que no se imparte en los términos previstos en ley, y de manera pronta y expedita como lo indica el artículo 17 constitucional. Demorar el acceso a la justicia condiciona en el tiempo y en el espacio el sufrimiento de las víctimas, posterga la tutela judicial efectiva y canaliza su dolor mediante un procedimiento burocrático, arduo y tardado, por lo que, en términos de Estévez, constituye un dispositivo de administración del sufrimiento.[95]

De ahí que, mediante la aplicación de tecnicismos legales, se llega a la incongruencia y simulación de acciones, lo cual deviene en dilación procesal, impunidad, y provoca frustración y descontento social.

En la última etapa, posterior al juicio, se puede sostener la poca efectividad y eficacia de las resoluciones emitidas. En muchas oportunidades existe impunidad, y las autoridades jurisdiccionales no emiten una sentencia condenatoria.

Entre las pocas resoluciones condenatorias emitidas, por ejemplo, se encuentra la primera sentencia por un feminicidio —asfixia por sofocación

---

93 "Recomendación General núm. 33 Sobre el Acceso de las Mujeres a la Justicia", *cit.* p. 5.

94 *Ibidem*, p. 6.

95 Estévez, Ariadna, "La crisis de derechos humanos y el dispositivo de administración del sufrimiento: necropolítica pública de víctimas, defensores y periodistas en México", *El Cotidiano*, noviembre-diciembre de 2015, p. 11, disponible en: *http://www.biopolitica.unsw.edu.au/sites/all/files/publication_related_files/ariadna.pdf*.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

en la entidad— suscitado el 26 de octubre de 2015, y que, debido al acuerdo para llevar un juicio abreviado —una posibilidad contemplada en el nuevo sistema de justicia penal—, el victimario de una joven de 21 años en Mexicali recibió sólo dieciocho años de prisión como pena, una amonestación y reparación del daño por 718 mil 661 pesos. De acuerdo con el Código Penal de Baja California, el castigo por el delito de feminicidio oscila entre veinte y cincuenta años de prisión. La fiscalía propuso reducir la pena en caso de que el imputado aceptara su culpabilidad.[96]

En esta tesitura, el derecho de acceso a la justicia está diseñado, pese a que se implementó el sistema acusatorio, para prolongar y hacer burocrático el procedimiento penal. Cabe señalar que la propia ONU Mujeres sostiene que en México los feminicidios tardan en resolverse hasta seis años.[97]

Los límites en estas etapas son múltiples y complejos; se originan a partir de derechos básicos que deberían tener todas las mujeres, como acceso a la educación y la información sobre sus derechos y sobre los recursos disponibles, y sobre cómo acceder a ellos, y a sistemas competentes y sensibles a las cuestiones de género para resolver las controversias, así como acceso en igualdad de condiciones a recursos eficaces y oportunos.[98]

Desafortunadamente, la proliferación de las regulaciones en el ámbito de la violencia[99] denota el protagonismo creciente del Estado y sus instancias, incluidas las de seguridad, procuración y administración de justicia, articuladas en aspectos más propagandísticos que efectivos.[100] Señala Douzinas que "la proliferación de la regulación biopolítica, la infinita

---

96 "Las zonas peligrosas (toda la ciudad es escena del crimen)", *cit.*

97 "Feminicidios en México tardan hasta seis años en resolverse; ONU Mujeres denuncia impunidad", *Animal Político,* 26 de diciembre de 2017, disponible en: *https://www.animalpolitico.com/2017/12/feminicidos-impunidad-onu-mujeres/*.

98 *Ibidem*, p. 5.

99 Por ejemplo, véase lo referente a las leyes de acceso de las mujeres a una vida libre de violencia, los protocolos para la atención de casos de violencia de género en instituciones universitarias, el Protocolo para Atender la Violencia Política contra las Mujeres, el Protocolo de Actuación Policial en Materia de Violencia de Género, el Protocolo para la Atención de Usuarias y Víctimas en los Centros de Justicia para las Mujeres en México, la Alerta de Violencia de Género contra las Mujeres (AVGM), etcétera.

100 Ben Golder subraya que por derecho moderno se entiende un fenómeno disperso e interconectado "existente en múltiples sitios, en registros múltiples y en el nivel de lo cotidiano, no solo la pompa de la sala del tribunal y la circunstancia de la legislatura". Golder, Ben, "Rethinking the Subject of Postmodern Feminist Legal Theory: Towards a Feminist Foucaultian Jurisprudence", *Southern Cross University Law Review*, vol. 8, Lismore, New South Wales, Australia, 2004, pp. 73-95.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

multiplicación de los derechos, lo que logran es incrementar exponencialmente el poder biopolítico sobre los cuerpos".[101]

La finalidad de todas estas estrategias de poder es utilizar el derecho de acceso a la justicia como un dispositivo de poder masculino. En términos de Incháustegui, se utiliza para restablecer o mantener, simultáneamente, tanto en lo individual como en lo colectivo, las posiciones de dominio varonil. Además, la violencia funciona como un instrumento de control para contener el cambio, las transgresiones de las mujeres a los tradicionales regímenes de género, que estarían experimentando marcadas transiciones producidas por la emergencia de las mujeres en el espacio cultural-simbólico, en la vida pública y en el mercado de trabajo.[102]

Pero también, el propósito de esas tácticas es obstaculizar el acceso a la justicia de las mujeres, perpetuar la dinámica capitalista neoliberal de impunidad en detrimento de ellas. Los cuerpos de estas mujeres son concebidos, en términos de Valencia, como productos de intercambio que alteran y rompen las lógicas del proceso de producción del capital, ya que subvierten los términos de éste al sacar de juego la fase de producción de la mercancía, sustituyéndola por una mercancía encarnada literalmente por el cuerpo y la vida humana, a través de técnicas predatorias de violencia extrema,[103] como la violencia feminicida.

Al respecto, es importante mencionar que el derecho a la vida, a la integridad personal y el derecho de acceso a la justicia son derechos humanos cuyo fin, según Douzinas, sería resistir la opresión y dominación pública y privada; pero estos derechos pierden ese propósito cuando se convierten en la ideología o idolatría política del capitalismo neoliberal y de su versión contemporánea de "misión" civilizadora. Con la falsa promesa de libertad, el giro biopolítico convierte a los derechos humanos en herramientas de absoluto control.[104]

Entonces, se puede asumir que el dominio y control premeditado y extremadamente violento de los cuerpos de las mujeres asegura que mediante la canalización del acceso a la justicia muchos de los delitos en estudio queden invisibilizados, normalizados e impunes.

---

101 Douzinas, Costas, *op. cit.*, p. 12.

102 Incháustegui Romero, Teresa, "Sociología y política del feminicidio; algunas claves interpretativas a partir de caso mexicano", *Revista Sociedade e Estado*, vol. 29, núm. 2, mayo-agosto de 2014, pp. 373-400.

103 Valencia, Sayak, "Capitalismo *gore*", *Debate Feminista*, vol. 50, enero de 2014, pp. 51-76.

104 Douzinas, Costas, *op. cit.*, pp. 3 y 4.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

VII. Conclusiones

Las condiciones particulares que predominan en la ciudad de Tijuana revelan formas específicas y situaciones de dominación hacia las mujeres por parte del biopoder. Asimismo, tales condiciones proveen el escenario ideal para que continúe el patrón sistemático de impunidad en contra de las mujeres, dado que en esta área se permite, intencionalmente, su exposición a la violencia feminicida.

El Estado gubernamentalizado auspicia la violencia feminicida, que constituye una estrategia de dominación, y en la que subyacen relaciones de poder. A través de estas relaciones, las autoridades estatales y los sujetos privados con los que comparte técnicas de dominación controlan y tratan de sujetar a las mujeres. Tal violencia forma parte de las condiciones de la vida cotidiana de muchas de ellas en esta ciudad fronteriza. De esta manera, el capitalismo impone a las mujeres ciertas formas de actuar, de pensar, de ser, de vivir.

Así, el biopoder asume a las mujeres como enemigas del sistema, el cual justifica su actividad mediante distintos dispositivos de poder; uno de ellos es el derecho de acceso a la justicia.

Las diversas prerrogativas que conlleva este derecho para las mujeres víctimas de violencia no se cumplen a cabalidad en la ciudad fronteriza en estudio. Las mujeres en este municipio encuentran impedimentos para acceder a los órganos de procuración y administración de justicia a reclamar sus derechos. Como género, las mujeres sufren de discriminación; en casos específicos, las mujeres sufren como migrantes, indígenas o en situación de pobreza, es decir, los sistemas de justicia no les son seguros, no cuentan con traductores, no pueden erogar los gastos que implica el procedimiento, entre otros obstáculos. La falta de calidad en el sistema de justicia, la falta de eficiencia, la impunidad, la falta de sensibilidad a las cuestiones de género son las crecientes demandas de justicia que plantean las mujeres.

El derecho de acceso a la justicia es utilizado como un dispositivo de poder. Con relación a él, se han construido diferentes elementos heterogéneos: discursos, instancias, niveles, conceptos, etcétera. A través de este derecho se condiciona a las víctimas de violencia feminicida a un proceso de juridización; aíslan a las mujeres de sus entornos vitales para constreñirlas a seguir procesos cuasijurisdiccionales —acciones de los órganos o dependencias administrativas públicas— y también jurisdiccionales, que representan distintos niveles del sistema de justicia penal.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

El derecho de acceso a la justicia establece un nexo con la violencia feminicida y con diferentes elementos heterogéneos preestablecidos. Mediante ese derecho se justifica la actividad e intervención judicial del Estado en procesos de violencia letal hacia las mujeres, se canaliza el sufrimiento de las mismas y de las víctimas "colaterales". Además, oculta una práctica violenta que favorece al poder androcentrista y al capitalismo *gore* que predomina en Tijuana.

De esta forma, el derecho en alusión como dispositivo de poder ha tenido como función, responder a una urgencia: la violencia feminicida; es decir, tiene una función estratégica. El punto estratégico es, principalmente, hacer nugatorio el derecho de acceso a la justicia, pero también invisibilizar y normalizar la violencia feminicida, así como que continúen impunes dichos delitos. En consecuencia, la gubernamentalización precariza la calidad de la impartición de justicia, rentabiliza los procesos del feminicidio y controla la conducta de las víctimas en el tiempo y en el espacio.

VIII. Bibliografía

Agamben, Giorgio, "Opinión: *homo sacer*", *La Razón*, 6 de mayo de 2011, disponible en: *https://www.larazon.es/historico/9514-opinion-homo-sacer-PLLA_RAZON_374162*.

Asociación de Mujeres de Guatemala, mesa redonda, "Feminicidio: ante el desafío de la memoria y de la verdad", Madrid, AmecoPress, 28 de febrero de 2019, disponible en: *http://amecopress.net/spip.php?article19048*.

Benavides, Farid Samir, "Excepción, decisión y derecho en Carl Schmitt", *Argumentos*, México, vol. 19, núm. 52, septiembre-diciembre de 2006.

Borbolla, Kathia, "110 homicidios de mujeres en 2018; solo 4 son considerados feminicidio", *Debate*, México, 29 de junio de 2018, disponible en: *https://www.debate.com.mx/mexico/feminicidios-tijuana-homicidio-de-mujeres-violencia-de-genero--20180629-0051.html*.

Borbolla, Kathia, "Las mujeres que murieron en Tijuana: entre amor y narco", *Debate*, México, 11 de noviembre de 2017, disponible en: *https://www.debate.com.mx/mexico/Las-mujeres-que-murieron-en-Tijuana-entre-amor-y-narco-20171111-0328.html*.

Coleman, Mathew y Grove, Kevin, "Biopolitics, Biopower, and the Return of Sovereignty", *Environment and Planning D: Society and Space*, vol. 27, 2009.

Díaz, Pedro, "Tijuana, una vez más entre el crimen y la violencia", *Excelsior*, México, 2017, disponible en: *https://m.excelsior.com.mx*.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

DOTTI, Jorge y PINTO, Julio (comps.), *Carl Schmitt: su época y su pensamiento*, Buenos Aires, Eudeba, 2002.

DOUZINAS, Costas, *Las paradojas de los derechos humanos*, trad. de Ricardo Sanín Restrepo, s/f, disponible en: *https://roxanarodriguezortiz.files.wordpress.com/2014/12/4-las-paradojas-de-los-derechos-humanos-costas-douzinas.pdf*.

ESPOSITO, Roberto, "Toda filosofía es en sí política. Entrevista con Edgardo Castro", *Revista Ñ*, 2005, disponible en: *http://edant. clarin.com/suplementos/cultura/2005/03/12/u-936812.htm*.

ESTÉVEZ, Ariadna, "Capitalismo *gore*, Sayak Valencia", *Frontera Norte*, México, vol. 25, núm. 50, julio-diciembre de 2013.

ESTÉVEZ, Ariadna, "La crisis de derechos humanos y el dispositivo de administración del sufrimiento: necropolítica pública de víctimas, defensores y periodistas en México", *El Cotidiano*, México, núm. 194, noviembre-diciembre de 2015.

ESTÉVEZ, Ariadna, "La gubernamentalización necropolítica del Estado y la masculinidad hegemónica: dislocación y recomposición ontológica de los derechos humanos", *Derecho y Crítica Social*, vol. 3, núm. 1, 2017, disponible en: *https://derecho,ycriticasocial.files.wordpress.com/2017/09/2-estevez.pdf*.

"Feminicidios en México tardan hasta seis años en resolverse; ONU Mujeres denuncia impunidad", *Animal Político,* México, 26 de diciembre de 2017, disponible en: *https://www.animalpolitico.com/2017/12/feminicidos-impunidad-onu-mujeres/*.

FITZPATRICK, Peter, "Marking Time: Temporality and the Imperial Cast of Occidental Law", *Birkbeck Law Review*, Londres, vol. 1, 2013.

FOUCAULT, Michel, "Gubernamentalidad", en FAUBION, J. D. (ed.), *Power. The Essential Works of Foucault, 1954-1984*, Nueva York, Nueva Prensa, 2000, vol. 3.

FOUCAULT, Michel, "La violencia contra las mujeres y la crisis de derechos humanos: de la narcoguerra a las guerras necropolíticas", *Estudios de Género de El Colegio de México*, México, vol. 3, núm. 6, julio-diciembre de 2017.

FOUCAULT, Michel, "Poder", en CASTRO, Edgardo, *El vocabulario de Michel Foucault. Un recorrido alfabético por sus temas, conceptos y autores*, Argentina, Universidad Nacional de Quilmes, 2004.

FOUCAULT, Michel, *Estética, ética y hermenéutica*, trad. de Gabilondo, Á., Barcelona, Paidós Básica, 1976.

FOUCAULT, Michel, *Historia de la sexualidad I. La voluntad de saber*, México, Siglo XXI Editores, 1998.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

FOUCAULT, Michel, *La historia de la sexualidad*, vol. 1, Nueva York, Libros de Pantheon, 1978.

FOUCAULT, Michel, *La sociedad debe ser defendida: conferencias en el Collège de France*, Macey, David (ed.), 1975-1976, Nueva York, Picador, 2003.

GOLDER, Ben, "Rethinking the Subject of Postmodern Feminist Legal Theory: Towards a Feminist Foucaultian Jurisprudence", *Southern Cross University Law Review*, New South Wales, Australia, Lismore, 2004, vol. 8.

IGLESIAS, Norma, *Entrevista realizada como parte del Proyecto Violencia Social en Tijuana*, Conavim-Incide Social-El Colef, México, 2009.

INCHÁUSTEGUI ROMERO, Teresa, "Sociología y política del feminicidio; algunas claves interpretativas a partir del caso mexicano", *Sociedade e Estado*, Brasil, vol. 29, núm. 2, mayo-agosto de 2014.

INSTITUTO DE LA MUJER PARA EL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA, *Diagnóstico del Protocolo de la Ruta Crítica para la Atención de las Mujeres Víctimas de la Violencia Familiar, a fin de dar cabal cumplimiento a la Norma Oficial Mexicana-190-SSA1-1999*, México, disponible en: *http://www.bajacalifornia.gob.mx/inmujer/atencion_victimas.html*.

LAMAS, Lorena, "92% de feminicidios, impunes en BC: USD", *Zeta Libre Como el Viento*, México, 19 de febrero de 2018, disponible en: *http://zetatijuana.com/2018/02/92-de-feminicidios-impunes-en-bc-usd/*.

"Las zonas peligrosas (toda la ciudad es escena del crimen)", *Zeta. Libre Como el Viento*, México, 29 de agosto de 2016, disponible en: *http://zetatijuana.com/2016/08/las-zonas-peligrosas-toda-la-ciudad-es-escena-del-crimen/*.

LECHUGA-SOLÍS, M. Graciela, "Comentarios de Agamben a la noción de biopolítica de Foucault", *Psicologia & Sociedade*, Brasil, núm. 24, 2012, disponible en: *http://www.scielo.br/pdf/psoc/v24nspe/03.pdf*.

LÓPEZ, Alfonso, "BC es ya líder de homicidios en el país. Y matan más mujeres porque andan en el crimen, afirma "Kiko", *Sin Embargo*, México, 24 de febrero de 2018, disponible en: *http://www.sinembargo.mx/24-02-2018/3389019*.

MARTÍNEZ, Saúl D., "Es BC tercero en impunidad en todo el País", *Frontera Info*, México, 5 de abril de 2018, disponible en: *http://www.frontera.info/EdicionEnLinea/Notas/Noticias/05042018/1324740-Es-BC-tercero-en-impunidad-en-todo-el-Pais.html*.

MAYA, Antonio, "Registra Tijuana de 2017 a la fecha 238 homicidios de mujeres; 6 son feminicidios", *La Jornada*, Tijuana, México, 29 de mayo de 2018.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

MBEMBE, Achille, *Necropolítica. Seguido por el gobierno indirecto*, trad. de Elisabeth Falomir Archambault, Tenerife, Melusina, 2014.

MUÑOZ, Gastón J., "La necropolítica y lo *cuir* chicano, según Sayak Valencia. Entrevista a Sayak Valencia", *Artishock, Revista de Arte Contemporáneo,* México, 13 de febrero de 2018, disponible en: *http://artishockrevista.com/2018/02/13/la-necropolitica-lo-cuir-chicano-segun-sayak-valencia/*.

NEWBURN, Tim, *Criminology*, Portland, Willan Publishing, 2007.

PÉREZ PORTO, Julián y GARDEY, Ana, "Mutualismo", *Definición. DE,* 2014, disponible en: *https://definicion.de/mutualismo/*.

QUINTANA PORRAS, Laura, "De la *Nuda Vida* a la «Forma-de-vida». Pensar la política con Agamben desde y más allá del paradigma del biopoder", *Argumentos*, México, vol. 19, núm. 52, septiembre-diciembre de 2006.

RANCIERE, Jacques, *Dissensus on Politics and Aesthetics*, trad. Steven Corcoran, Londres, Continuum International Publishing Group, 2010.

ROTH, Michael P. y SEVER, Murat, "The Kurdish Workers Party (PKK) as Criminal Syndicate: Funding Terrorism through Organized Crime, a Case Study", *Studies in Conflict and Terrorism*, vol. 30, núm. 12, 2007.

SALGUERO, María, "Mapa del feminicidio", México, 2018, disponible en: *https://feminicidios.mx/*.

TADROS, Victor, "Between Governance and Discipline: The Law and Michel Foucault", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 18, núm. 1, 1998.

TOROS, Harmonie y MAVELLI, Luca, "Terrorism, Organized Crime and the Biopolitics of Violence", *Critical Studies on Terrorism*, vol. 6, núm. 1, 2013.

VALENCIA, Sayak, "Capitalismo *gore* y necropolítica en México contemporáneo", *Relaciones Internacionales*, México, núm. 19, 2012.

VALENCIA, Sayak, "Capitalismo *gore*", *Debate Feminista*, México, vol. 50, enero de 2014.

VATTER, Miguel, "Foucault and Becker: A Biopolitical Approach to Human Capital and the Stability of Preferences", en GOLDER, Ben y MCLOUGHLIN, Daniel (eds.), *The Politics of Legality in a Neoliberal Age*, Routledge, 2018.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

Capítulo quinto
APROXIMACIÓN BIOPOLÍTICA DE LA TRATA DE PERSONAS

Pablo Armando González Ulloa Aguirre*

Sumario: I. *Introducción*. II. *La nueva esclavitud*. III. *El* homo sacer. IV. *La exclusión social de la migración*. V. *Conclusión*. VI. *Bibliografía*.

I. Introducción

La esclavitud parece un elemento de un pasado remoto, como los esclavos que no tenían presencia como ciudadanos en la antigua Grecia, o la población africana que era raptada y vendida como esclavos en América. Sin embargo, y a pesar de la larga lucha que diversos pensadores, gobiernos y organizaciones han tenido contra este atentado contra la dignidad humana, en la actualidad sigue siendo una realidad, poco conocida y desestimada, que se materializa en la trata de personas.

La lucha histórica contra la esclavitud ha quedado no sólo plasmada en leyes y tratados, sino también en los esfuerzos de filósofos, como el alemán Immanuel Kant, quien sustentó la libertad en la dignidad humana. Además, defendió la autonomía como base de la dignidad misma, lo que permite entender la humanidad como un fin, no como un medio. Cabe destacar que esta lucha no se dio en la Ilustración, sino que también filósofos del Renacimiento participaron en ella, reivindicando el humanismo desde su muy particular trinchera. Habrían de pasar algunas centurias antes de que se materializara esta idea en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, y con la paulatina prohibición de la esclavitud en todo el mundo, la cual tardó más de doscientos años.

Sin embargo, ahora la esclavitud se refleja en la trata de personas, lo que nos obliga a reflexionar sobre la autonomía, dignidad y libertad; debe-

* Doctor en Ciencias Políticas y Sociales y profesor-investigador adscrito al Centro de Estudios Políticos de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

mos poner énfasis en las mujeres y en los niños, que constituyen las principales víctimas, para definir un problema histórico que se presenta de manera diferente en el contexto del nuevo mundo interconectado; es decir, globalizado. Un mundo que a la vez que permite la libertad de tránsito, de igual forma criminaliza la condición de migrante, sobre todo si no tiene *papeles* que legalicen su estancia en el país al que llegan, en donde la exclusión social y la posibilidad de caer en las redes de trata es peor para las y los que tienen la desgracia de no ser residentes legales del territorio donde habitan o para aquellas personas que viven con sus derechos vulnerados.

II. La nueva esclavitud

El término "humanismo" es un concepto fundamental para entender la importancia del movimiento renacentista. "La designación de humanista, se aplicó en el Renacimiento, concretamente, a los profesores de humanidades, es decir, a aquellos que estudiaban y explicaban a los clásicos griegos y latinos, diferenciándolos, de este modo, de aquellos que explicaban jurisprudencia, artes, cánones y otras materias".[1] Es desde el siglo XIV que los humanistas del Renacimiento, como Manetti Giannozzo, Bartolomeo Facio, Marsilio Ficino, Giovanni Pico della Mirandola, entre otros, trataron de reivindicar el sentido de la dignidad del hombre.

El humanismo desarrollado por los filósofos antes señalados se definía como un programa cultural y educativo. El término que se empleaba era el de *studia humanitatis* a los temas que se abordaban. "El simple uso de ese término indica que los humanistas expresaban su interés fundamental y, por así decirlo, profesional por el hombre y su dignidad; aspiración que queda muy clara en muchos de sus escritos".[2]

De esta manera, se puede entender que la palabra "humanista" es utilizada en aquellos pensadores del Renacimiento que estudian al hombre y la naturaleza, exaltando su cualidad humana y su dignidad, que en la cultura medieval fue dejada de lado e incluso despreciada de muchas formas. Ahora, cabe preguntarse, ¿cómo es posible que tantos siglos después esta dignidad sea arrancada de tajo por gente que comercia con seres humanos?

Rescatando el pensamiento renacentista, la Ilustración, con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789,

[1] Rovira Gaspar, Carmen, *Historia de la filosofía II. Edad Media y Renacimiento*, México, UNAM, 2003, p. 45.

[2] *Ibidem*, p. 46.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

fue un hito fundante de las garantías básicas de los seres humanos, ya que considera que los derechos son universales, válidos en todo momento e inherentes a la condición humana. Asimismo, los preceptos e ideales de la Revolución francesa se agrupaban en esta Declaración, y la libertad fue uno de los principios más importantes.

La Declaración en su artículo 1o. señala que "Los hombres han nacido, y continúan siendo, libres e iguales en cuanto a sus derechos". En el artículo 2o. enfatiza que "La libertad política consiste en poder hacer todo aquello que no cause perjuicio a los demás. El ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los necesarios para garantizar a cualquier otro hombre el libre ejercicio de los mismos derechos; y estos límites sólo pueden ser determinados por la ley".

Todo lo anterior garantiza el principio de libertad. La libertad de conciencia y la libertad de expresión son fundamentos básicos para que nuestros sistemas políticos puedan ser considerados genuinamente como democráticos, y lo que es no menos importante, garantizar el pleno desarrollo de los individuos.

En el caso de México, una de las primeras acciones que realizó el cura Miguel Hidalgo durante la lucha por la independencia fue expedir un bando en favor de la abolición de la esclavitud, el 6 de diciembre de 1810, en Guadalajara. Otro referente es el caso de Estados Unidos de Norteamérica, donde la lucha en contra de la esclavitud provocó una guerra civil que culminó hasta su abolición, en la segunda mitad del siglo XIX.

Continuando con México, en la Constitución de 1857, la prohibición de la esclavitud quedó plasmada en el artículo 2o., en el que señala textualmente: "En la República todos nacen libres. Los esclavos que pisen el territorio nacional, recobran, por ese solo hecho, su libertad, y tienen derecho a la protección de las leyes". En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, que es la que aún rige en nuestro país, la esclavitud queda prohibida en el artículo 1o., que destaca la importancia de las antes nombradas garantías individuales, las cuales son hoy conocidas como derechos humanos, a partir de la reforma de 2011.

Se puede pensar que la esclavitud es cosa del pasado, con todos los tratados, pactos, leyes, y demás en contra de ésta; no obstante, en pleno siglo XXI somos testigos de lo que se ha dado por nombrar como la esclavitud moderna. Esta nueva forma de esclavitud está cambiando la percepción de lo que parecía inexistente desde hace varios años. Moisés Naím señala que la esclavitud "está proliferando bajo la forma del sexo forzoso, el trabajo doméstico y las labores agrícolas a que se ven aboca- dos los

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

inmigrantes ilegales para saldar las impagables deudas contraídas con los traficantes".[3]

Ante la problemática descrita, surge dentro de los Protocolos de Palermo en 2000, el Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que hasta el momento ha sido ratificado por 173 países, y es uno de los instrumentos universales que dan la pauta a la definición de "trata de personas". En su artículo 3o., inciso A, señala:

> Se entenderá por trata de personas la captación, el transporte, la acogida o la recepción de personas recurriendo al uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra para propósitos de explotación. Esa explotación incluirá como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o los servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos.

Como se ve, un punto básico en el artículo es la explotación, que según la Real Academia Española, el concepto "explotar", en su tercera acepción, hace referencia a "utilizar en provecho propio, por lo general de un modo abusivo, las cualidades o sentimientos de una persona, de un suceso o de una circunstancia cualquiera".[4] El establecer "de modo abusivo" dentro del concepto hace referencia a una relación desigual de poder entre dos personas. Para lograr la explotación de las personas, el tratante o el victimario echa mano de varios instrumentos, como son la violencia física, la moral, el engaño y el abuso de poder.

Cuando alguien es víctima de trata, la anulación paulatina o de tajo de su voluntad es la constante. Según el *Diagnóstico de las condiciones de vulnerabilidad que propician la trata de personas en México*: "La trata de seres humanos vulnera la dignidad de sus víctimas, afecta a familias y comunidades enteras, lastima la cohesión social y, sobre todo, fractura la condición de humanidad de quienes sufren este crimen".[5]

---

[3] Naím, Moisés, *Ilícito. Cómo traficantes, contrabandistas y piratas están cambiando el mundo*, México, Debate, 2006, p. 30.

[4] Real Académica Española, "Explotar", *Diccionario de la lengua española*, disponible en: *http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=explotaci%F3n*.

[5] Fuentes, Mario Luis *et al.*, *Diagnóstico de las condiciones de vulnerabilidad que propician la trata de personas en México*, México, CNDH/CEIDAS, 1999, p. 5.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

Un último referente, que es el más importante y que permite entender cómo se protege el valor y la dignidad de la persona como tal, es la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en la que se establece entre otras cosas:

— Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comprometerse fraternalmente los unos con los otros (declaración 1).
— Nadie estará sometido a esclavitud ni servidumbre (declaración 4).
— Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (declaración 5).
— Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica (declaración 12).
— Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social y a obtener… la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad (declaración 22).

Como se aprecia en la anterior Declaración, que es la base para un sinfín de declaraciones, pactos y otros instrumentos jurídicos, ésta no deja ningún tipo de ambigüedad sobre los derechos intrínsecos que tiene cada persona, haciendo cada uno de los derechos indivisibles e interdependientes, ya que la trata de personas viola de manera sistemática todos y cada uno de estos derechos, lo cual debe alentar a que gobiernos, organismos internacionales y toda la sociedad en general haga algo en contra el delito de la trata de personas.

Este delito viola el principio de autonomía declarado por Immanuel Kant en la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Para este filósofo de la Ilustración, el hombre debe ser un fin y no un medio, ya que si se le utiliza como medio se está cometiendo una violación al principio de la dignidad humana.

La *insociable sociabilidad* entre los hombres, incitada por el egoísmo, es uno de los principales obstáculos para el proyecto de la realización efectiva de la moralidad. Para Kant, las pasiones despertadas por otros: el ansia de dominio, la envidia, la codicia, son algunas de las fuentes de corrupción de la disposición moral: "…es bastante que estén ahí [los hombres], que lo rodeen, y que sean hombres para que mutuamente se corrompan en su disposición moral y se hagan malos unos a otros".[6]

[6] Kant, Immanuel, *La religión dentro de los límites de la mera razón*, Madrid, Alianza 1981, p. 94.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

Así, es necesaria la institución de leyes que regulen la libertad externa, favorezcan el desarrollo de la autonomía, y al mismo tiempo, mengüen la fuerza de las pasiones y del encono. Según Kant, todos los seres humanos buscan y prefieren su propia felicidad, aun a sabiendas del posible perjuicio a otros. Por esto mismo se ven *compelidos* por su propia naturaleza —la búsqueda egoísta de su felicidad— al entrar en una asociación civil que limite el salvaje estado en el que se encuentran sus relaciones. Por lo que, a pesar de estar constreñidos naturalmente a tal asociación definida por una constitución civil, ésta no puede estar fundada por la naturaleza, sino que debe ser obra de los seres humanos.

De esta manera, las personas como seres racionales pueden y deben establecer sus propias leyes y asociaciones civiles que medien entre su insociable sociabilidad, y que partiendo del imperativo moral que dice: "obra de modo tal que tus acciones puedan ser elevadas a una máxima universal, lleven al hombre a constreñirse a una ordenación externa y civil, basada en un principio moral interno y de carácter universal". Según Kant: "Un ser racional pertenece al reino de los fines como miembro de él, cuando forma en él como legislador universal, pero también como sujeto a esas leyes. Pertenece al reino como jefe, cuando como legislador no está sometido a ninguna voluntad de otro".[7] Particularmente, en la trata, el individuo está despojado completamente de su voluntad, violando todo principio kantiano de consideración del ser humano.

Este principio kantiano reivindica a la persona como un fin en sí mismo y no como un medio, postulando así uno de los principios básicos para pensar la autonomía y el respeto por ésta. Es la racionalidad, según Kant, lo que le permite ser entendido en el sentido de los fines, porque en la medida en la que todos somos seres racionales, podemos formar nuestra propia voluntad y autonomía:

> Nada menos que la participación que da al ser racional *en la legislación universal*, haciéndole por ello apto para ser miembro de un reino posible de los fines, al cual, por su propia naturaleza, estaba ya destinado, como fin en sí mismo y, por tanto, como legislador en el reino de los fines, como libre respecto de todas las leyes naturales y obedeciendo sólo a aquéllas que él mismo da y por las cuales sus máximas pueden pertenecer a una legislación universal (a la que él mismo se somete al mismo tiempo).[8]

---

[7] Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 1785, disponible en: *http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/56405052088148830176680/p0000001.htm#I_2_*.

[8] *Idem.*

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

En primer lugar, la racionalidad en el sentido de la legislación universal debe hacer al ser humano independiente, y en segundo lugar, la dignidad es lo que guía el reino de los fines; si no hay dignidad, entonces no puede desarrollarse como tal. "En el reino de los fines todo tiene o un *precio* o una *dignidad*. Aquello que tiene precio puede ser sustituido por algo *equivalente*; en cambio, lo que se halla por encima de todo precio y, por tanto, no admite nada equivalente, eso tiene una dignidad".[9]

Como se puede apreciar, la dignidad es una parte básica para desarrollar los fines.

> Pero la legislación misma, que determina todo valor, debe por eso justamente tener una dignidad, es decir, un valor incondicionado, incomparable, para el cual sólo la palabra *respeto* da la expresión conveniente de la estimación que un ser racional debe tributarle. La *autonomía* es, pues, el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional.[10]

Finalmente, para terminar esta disertación a través de Kant es importante abordar otro concepto clave, que es "libertad", debido a que con "la idea de la libertad hallase… inseparablemente unido el concepto de autonomía, y con éste el principio universal de la moralidad, que sirve de fundamento a la idea de todas las acciones de seres racionales, del mismo modo que la ley natural sirve de fundamento a todos los fenómenos".[11]

Entonces, autonomía y libertad son conceptos que parten de la constitución del ser humano, ya que sin estos no se puede desarrollar como ser racional ni tendría la oportunidad de servirse de su propia razón.[12] Es a través de la libertad, de acuerdo con Kant, como el individuo inevitablemente logra ilustrarse a sí mismo; sin embargo, en los albores del siglo XXI, con la trata de personas, se vuelve imposible que se desarrolle bajo su propia voluntad.[13]

La Constitución civil contiene leyes coactivas y públicas que garantizan el uso de la libertad externa de cada hombre, bajo la condición de no atentar

---

9 *Idem.*

10 *Idem.*

11 *Idem.*

12 Kant, Immanuel, "¿Qué es la ilustración?", *Filosofía de la historia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004. La frase clásica de este ensayo es la de "¡*Sapere aude*!" o "¡Ten valor de servirte de tu propia razón!".

13 Con base en los datos de la Organización Mundial del Trabajo, recuperados por Human Rights First, la trata de personas representó un ingreso de 150 mil millones de dólares en 2014. Véase Human Rights First, "Fact Sheet: September 2017. Human Trafficking by the Numbers", 2017, disponible en: *http://www.humanrightsfirst.org/sites/default/files/TraffickingbytheNumbers.pdf*.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

en contra de la libertad de los demás. Así, lo que se garantiza con la Constitución civil es la libertad de todos: "El derecho es la limitación de la libertad de cada uno a la condición de su concordancia con la libertad de todos, en tanto que esta concordancia sea posible según una ley universal".[14]

Para Kant, el principio sobre el que se debe fundar la asociación civil es el derecho, el cual constituye el criterio *a priori* para juzgar cualquier Constitución jurídica pública. La fuerza o vigencia de este principio no procede de la experiencia, es decir, no viene del estado presente de las relaciones políticas, sino de la ley práctica, ya que su validez debe ser universal. Por consiguiente, todos deben tener a esta unión de voluntades definida por el derecho como un deber incondicionado. Así, si se quiere garantizar la plena concordancia de la libertad de todos, la ley práctica es el principio sobre el cual debe fundarse el derecho público, entendido como el conjunto de leyes positivas.

De esta manera, la Constitución civil y las leyes positivas son esenciales para defender la libertad de los seres humanos en contra de las vejaciones que otros quieran imponer. Si no se establecen leyes adecuadas que puedan garantizar el libre desarrollo de las personas, las violaciones en contra del ser humano serán la constante.

Debido a la trata de personas, se puede decir que ahora estamos enfrentando una nueva crisis, ya que "bien puede afirmarse que toda época es crítica en algún sentido: la misión del filósofo de la historia consiste en averiguar y en definir la naturaleza real de la crisis de cada época. Y en lo que respecta a la nuestra, apenas cabe abrigar duda alguna: la crisis que ella entraña es la crisis de la libertad".[15] Aunque el autor anterior no piensa en la crisis de la libertad con relación a la trata de personas, sí nos hace reflexionar sobre el papel de los investigadores sociales y los pensadores en general para afrontar este gran problema que en la actualidad atañe a la grave crisis de la libertad, la cual afecta a todos a nivel global.

Al final, la libertad es intrínseca al hombre, es su esencia misma y, como ya se había apuntado, "la diferencia de las cosas, que tienen su fin fuera de sí, el hombre tiene un fin propio que cumplir por propia determinación".[16]

Complementando a la libertad, la dignidad, que también forma parte constitutiva del ser humano, tal como lo señalaba Kant, es "el rango de la persona como tal. «Ser persona es un rango, una categoría que no tienen lo seres irracionales. Esta prestancia o superioridad del ser humano

[14] Kant, Immanuel, *Teoría y práctica*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 26.
[15] Davenport, Russell W., *La dignidad del hombre*, Buenos Aires, Raigal, 1957, p. 35.
[16] González, Jesús, *La dignidad de la persona,* Madrid, Civitas, 1986, p. 23.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

sobre los que carecen de razón es lo que se llama la dignidad de la persona humana»".[17] En este orden de ideas, todos los seres humanos estamos dotados de razón; por lo tanto, ningún hombre puede ser superior a otro, y la dignidad es entonces una misma para todos.

Si algo es lo que debe identificar la conjunción de la sociedad es el concepto de "dignidad", que caracteriza a todos los individuos, e implica que todos seamos iguales ante la ley. Si la dignidad de todos se respeta, "la sociedad se desenvuelve del mejor modo y los hombres son más felices cuando se sustenta el supuesto de que el ser humano tiene una dignidad que le es inherente y que no debe violarse".[18] Por lo tanto, podemos afirmar que la dignidad es uno de los conceptos más importantes que se erigen para formar una buena sociedad y acercarnos más a los ideales de los humanistas y de la Ilustración.

III. El *homo sacer*

Hace algún tiempo, el filósofo italiano Giorgio Agamben recuperó un concepto muy interesante para nombrar a aquellas personas que se encuentran en una especie de limbo jurídico; este término se denomina *homo sacer*, y tiene sus raíces en la denominación romana de aquellos que no gozaban de ciudadanía ni derechos civiles.[19] "El *homo sacer* no se halla definido por ningún conjunto de leyes positivas ni es portador de derechos humanos que preceden a las reglas legales".[20]

Este término se utiliza para designar a los excluidos de derechos, como los refugiados políticos. Sin embargo, para efectos de este texto, este concepto se utilizará para reflexionar sobre las personas que, en general, están

[17] Millán-Puelles, Antonio, *Persona humana y justicia social*, Madrid, 1973, p. 15, citado por González, Jesús, *La dignidad de la persona*, Madrid, Civitas, 1986, p. 24.

[18] Davenport, Russell W., *op. cit.*, p. 204.

[19] "Festo, en su tratado *Sobre la significación de las palabras,* nos ha transmitido bajo el lema *sacer mons,* la memoria de una figura del derecho romano arcaico en que el carácter de la sacralidad se vincula por primera vez a una vida humana como tal. Inmediatamente después de haber descrito el monte sacro, que la plebe, en el momento de su secesión había consagrado a Júpiter añade: Hombre sagrado es, empero, aquél a quien el pueblo ha juzgado por un delito; no es lícito sacrificarle, pero quien le mate no será condenado por homicidio. En efecto, en la primera ley tribunicia se advierte que «si alguien mata a aquel que es sagrado por plebiscito, no será considerado homicida». De aquí viene que se suela llamar sagrado a un hombre malo e impuro". Agamben, Giorgio, Homo sacer. *El poder soberano y la nuda vida*, Valencia, Pre-Textos, 1998, pp. 93 y 94.

[20] Bauman, Zygmunt, *Vidas desperdiciadas. Los parias de la modernidad*, Barcelona, Paidós, 2005, p. 48.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

exentas de derechos, como las mujeres y los niños, quienes constituyen las principales víctimas en el ámbito de la trata de personas, principalmente con fines de explotación sexual.[21] Esta pérdida de derechos se da en el momento en que su dignidad es quebrada, que es precisamente cuando entran en las manos de una organización de trata de personas. Las personas que son enganchadas en estas organizaciones criminales sufren una suerte de "muerte civil", donde su libertad, su dignidad y su seguridad jurídica se ven mermadas.

Todo ser humano que sufre esta muerte civil se encuentra fuera de la norma, está en un estado de excepción, que en términos de Carl Schmitt, la figura del soberano se inserta en este estado de excepción, decidiendo cuándo aplicarlo. "El soberano no decide sobre lo lícito y lo ilícito, sino sobre la implicación originaria de la vida en la esfera del derecho".[22]

Es así que "la decisión soberana sobre la excepción es, en este sentido, la estructura político-jurídica originaria, sólo a partir de la cual adquiere su sentido lo que está incluido en el orden jurídico y lo que está excluido en él".[23] En el caso de la trata, el tratante o el cliente adquieren el estatus del soberano, ya que éstos deciden sobre las otras personas, como si éstas no fueran sujetos de ningún tipo de derechos, como si estuvieran fuera de toda norma, tratando al individuo como medio y no como fin.

Por ello, Agamben señala que "la excepción es una especie de exclusión. Es un caso individual que es excluido de la norma general",[24] por lo que entonces ésta es una de las mayores formas de exclusión y de denigración de la figura del ser humano, que ya se ha analizado a través de este texto.

> ...la dignidad de la persona, el rango de la persona como tal, impondrá al Estado el reconocimiento al hombre de la personalidad jurídica. El hombre tiene derecho "a ocupar el rango de la persona humana, con todas las pree-

[21] En el "Informe mundial sobre la trata de personas de 2018" se ponen en evidencia los principales afectados en este delito. Véase Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, "Global Report of Trafficking in Persons", 2018, pp. 25 y 33, disponible en: *https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_TIP/Publicacoes/GLOTiP_2018_BOOK_web_small.pdf*. También hay literatura que aborda este fenómeno con perspectiva de género a partir de la explotación sexual. Por ejemplo, Torres Falcón, Martha, "El nuevo rostro de un viejo fenómeno: la trata de personas con fines de explotación sexual y los derechos humanos", *Sociológica*, año 31, núm. 89, septiembre-diciembre de 2016, pp. 95-129; Rivers-Moore, Megan, "Los usos de la trata en Centroamérica: migración, género, sexualidad", *Anuario de Estudios Centroamericanos*, núm. 37, pp. 87-103, 2011, disponible en: *https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=15237016003*.

[22] Agamben, Giorgio, *op. cit.*, p. 50.

[23] *Ibidem*, p. 40.

[24] *Ibidem*, pp. 28 y 29.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

> minencias, consideraciones y prestigio inherentes a su naturaleza racional". El Estado respetará siempre la dignidad de la persona. Y no se limitará al respeto, sino que promoverá las condiciones que hagan posible y removerán los obstáculos que impidan su plenitud.[25]

El Estado, en tanto soberano de un territorio con fronteras delimitadas, en términos de Hobbes, en lugar de garantizar la seguridad de todas las personas, no garantiza su desarrollo de manera libre al estar expuestas a la trata de personas.

IV. La exclusión social de la migración

La trata de personas tiene como caldo de cultivo a las y los individuos vulnerados vía la discriminación, la exclusión y la pobreza. A nivel internacional, en países desarrollados, de acuerdo con la clasificación del *World Economic Situation and Prospects* (WESP),[26] en tanto receptores, es evidente que las condiciones de trata se dan en migrantes que llegan a buscar una vida mejor, por cualquier medio, se ven en condiciones de vulnerabilidad al momento en que llegan a un lugar desconocido. A nivel nacional, el fenómeno de la migración interna, ya sea del campo a la ciudad o debido a la violencia en determinados territorios, también es propicio para este fenómeno.

Un gran número de casos de trata que se dan en los diversos países desarrollados, aunque muchas veces son ignorados debido a que las personas que la sufren no son consideradas ciudadanos en pleno goce de derechos. El hecho que haya una escala en los derechos ciudadanos se transforma, en este contexto, en un gran problema y en una forma para propiciar las condiciones de explotación. En particular, la Organización de las Naciones Unidas reconoce que

> El delito de trata de personas afecta a prácticamente todos los países de todas las regiones del mundo. Entre 2010 y 2012 se identificaron víctimas de 152 nacionalidades diferentes en 124 países de todo el mundo. Además, las corrientes de la trata de personas, en forma de líneas imaginarias que conectan el mismo país de origen y de destino de al menos el 5% de las víctimas detectadas, atraviesan el mundo… La mayoría de las víctimas de la trata son

[25] Mendizábal, Luis y Mendizábal, Alfredo, *Tratado de derecho natural*, Madrid, 1929, p. 87, citado por González, *op. cit.*, p. 59.

[26] Organización de las Naciones Unidas, "Country Classification", 2014, disponible en: *http://www.un.org/en/development/desa/policy/wesp/wesp_current/2014wesp_country_classification.pdf*.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

> extranjeras en el país donde se identifican como víctimas. En otras palabras, esas víctimas —más de 6 de cada 10— son trasladadas cruzando al menos una frontera nacional.[27]

En el reporte de 2018 no hay un aumento sustancial en el número de países en los que se da noticia del delito de trata, pero sí en el número de víctimas, que aumentó en un 40% de 2011 a 2016.[28]

Todos estos seres humanos son catalogados como *homo sacer*; personas que no encajan dentro del diseño del ciudadano con goce de derechos, por lo que quedan fuera de este espacio de convivencia. Cuando las personas son catalogadas como de primera y segunda categoría, no hay ley que les alcance, pese a las pretensiones de universalidad de las leyes mismas.

El caso de los migrantes sigue siendo el ejemplo paradigmático, ya que al no ser totalmente reconocidos en los lugares a los que arriban, se convierten en los llamados *sans papiers* o sin papeles, lo que los orilla a sólo tener oportunidad en el mercado de trabajo ilegal o informal. El mundo está formado por migraciones constantes, las ciudades cosmopolitas han sido una constante en la historia, pero ahora estamos viendo una cada vez más férrea oposición a la migración, con el discurso populista antinmigrante, ante la incapacidad del Estado de dotar de derechos sociales a los ciudadanos, es más fácil el discurso de seguridad personal. Por lo que el peligro no llega con la migración, pero es más sencillo criminalizar lo diferente, para que el Estado gane cierta legitimidad.

Agamben hace notar sobre el grado de discriminación a la que se llega, en:

> ...el *USA Patriot act*, emanado del Senado el 26 de octubre del 2001, permitía al *Attorney general* "poner bajo custodia" al extranjero (*alien*) que fuera sospechoso de actividades que pusieran en peligro "la seguridad nacional de los Estados Unidos"... La novedad de la "orden" del presidente de Bush es que cancela radicalmente todo estatuto jurídico de un individuo, produciendo así un ser jurídicamente innominable e inclasificable.[29]

Hoy están las amenazas en contra de los *dreamers* como moneda de cambio del presidente Donald Trump, para impulsar ciertas agendas.

---

[27] Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, "Informe mundial sobre la trata de personas", 2014, pp. 7 y 8, disponible en: *https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/GLOTIP14_ExSum_spanish.pdf*.

[28] Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, "Global Report of Trafficking in Persons", *cit.*, 2018, p. 22.

[29] Agamben, Giorgio, *Estado de excepción*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo, 2003, p. 27.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

Esta nueva criminalización de la migración, es decir, del diferente, del extranjero, hace que un negocio ilícito se vuelva cada vez más especializado. Los países se defienden en contra del "diferente", del "enemigo", lo que propicia mayores controles sobre las fronteras, al grado de llegar a la militarización de las mismas, el impulso a la construcción de muros (como en el caso de la frontera de México con Estados Unidos), para evitar la llegada de "posibles terroristas".

La nueva oleada de discriminalización e intolerancia está produciendo que los migrantes sean más fácilmente enganchados en estas redes ilegales, controlados por el crimen organizado, y sometidos a medidas que atentan contra la libertad del individuo, en tanto aun no gozan de ningún tipo de derechos a transitar o a llegar a un país determinado, pues son considerados como ciudadanos de segunda. Este constante acoso se convierte en un campo fértil para la trata de personas.

Otro problema es el que se tiene con los campos de refugiados o con los desplazados, en donde se da una migración forzosa en pequeños espacios territoriales que se encuentran en el limbo jurídico, porque no se reconoce a los migrantes confinados a estos espacios ningún tipo de derechos, y su estatus se encuentra sujeto a la caridad internacional, en espera de que los conflictos en sus países de origen se normalicen, debido a que, además, no son aceptados en ningún otro país.[30]

V. Conclusión

Tal como se ha descrito, la trata de personas es esclavitud moderna, y vista desde cualquier punto (político, filosófico, legal), es uno de los crímenes más deleznables que viola la esencia del ser humano.

La revisión de las leyes, de las instituciones y del pensamiento mismo, es una herramienta fundamental para enfrentar y comprender el problema. Hacer conciencia de que las personas son portadoras de derecho implica ineludiblemente reconocer las luchas que permitieron esto; sin embargo, es una asignatura que ha quedado pendiente a través de los años, en la medida en que son los Estados y las diferentes instituciones a nivel internacional los encargados de garantizar lo anterior.

[30] El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) estima el número de refugiados en el mundo en 68.5 millones: 40 millones desplazados internos, 24.5 de refugiados y 3.1 en búsqueda de asilo. El 85% de los refugiados se encuentran en países en desarrollo. Hay diez millones de personas sin Estado. Véase Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, "Figures at a Glance", disponible en: *https://www.unhcr.org/figures-at-a-glance.html*.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

La idea de que la sola creación de la ley actuará en contra del problema que se quiere atacar se fusiona con la idea de que las instituciones que se crean ante un problema público son la solución última y nos permite, en tanto ciudadanos conscientes, tomar nuestra responsabilidad en el problema para proponer soluciones.

La racionalidad, la autonomía, la dignidad y la libertad son conceptos que permiten desde la teoría hacer una revisión de lo que está pasando en nuestros días, ya que éstos, en tanto principios básicos de la Ilustración, quedaron plasmados en las leyes y en el pensamiento universal, pero al parecer entre más avanza la humanidad son dejados de lado o asumidos como algo dado.

El tratar de adaptar el fenómeno de la esclavitud ante los nuevos horizontes de la modernidad permite recordar que aquélla aún existe, que es cambiante y que se adapta a las nuevas dinámicas de la sociedad. La criminalización de la migración, la exclusión social de los *sans papiers*, de las personas vulneradas, como las mujeres y los niños —quienes, como ya se ha dicho, constituyen las principales víctimas en el ámbito de la trata de personas—, y, en general, la poca o nula cooperación de los gobiernos para hacer frente a este problema, provocan que haya un desconocimiento generalizado, no sólo del problema, sino de sus víctimas y de sus consecuencias.

Aún no hemos perdido. Las nuevas oleadas de luchas por los derechos civiles, políticos y sociales, y en contra de la trata de personas, son una muestra de que seguimos conservando la capacidad de ponernos en los zapatos del otro y luchar por los derechos de todos.

VI. Bibliografía

Agamben, Giorgio, *Estado de excepción*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo, 2003.

Agamben, Giorgio, Homo sacer. *El poder soberano y la nuda vida*, Valencia, Pre-Textos, 1998.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, "Figures at a Glance", disponible en: *https://www.unhcr.org/figures-at-a-glance.html*.

Bauman, Zygmunt, *Vidas desperdiciadas. Los parias de la modernidad*, Barcelona, Paidós, 2005.

Davenport, Russell W., La *dignidad del hombre*, Buenos Aires, Raigal, 1957.

Fuentes, Mario Luis *et al.*, *Diagnóstico de las condiciones de vulnerabilidad que propician la trata de personas en México*, México, CNDH-CEIDAS, 1999.

González, Jesús, *La dignidad de la persona*, Madrid, Civitas, 1986.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

"Ingresos por trata de personas supera al del tráfico ilegal de armas", *Agencia DW*, 2005, disponible en: *https://www.dw.com/es/ingresos-por-trata-de-personas-supera-al-del-tr%C3%A1fico-ilegal-de-armas/a-1767145*.

HUMAN RIGHTS FIRST, "Fact Sheet: September 2017. Human Trafficking by the Numbers", 2017, disponible en: *http://www.humanrightsfirst.org/sites/default/files/TraffickingbytheNumbers.pdf*.

KANT, Immanuel, "¿Qué es la Ilustración?", *Filosofía de la historia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.

KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 1785, disponible en: *http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/56405052088148830176680/p0000001.htm#I_2_*.

KANT, Immanuel, *La religión dentro de los límites de la mera razón*, Madrid, Alianza Editorial, 1981.

KANT, Immanuel, *Teoría y práctica*, Madrid, Tecnos, 2000.

NAÍM, Moisés, *Ilícito. Cómo traficantes, contrabandistas y piratas están cambiando el mundo*, México, Debate, 2006.

OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, "Global Report of Trafficking in Persons", 2018, disponible en: *https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil//Topics_TIP/Publicacoes/glotip_2018_BOOK_web_small.pdf*.

OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, "Informe mundial sobre la trata de personas", 2014, disponible en: *https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/GLOTIP14_ExSum_spanish.pdf*.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, "Country Classification", 2014, disponible en: *http://www.un.org/en/development/desa/policy/wesp/wesp_current/2014wesp_country_classification.pdf*.

REAL ACADÉMICA ESPAÑOLA, *Diccionario de la alengua española*, disponible en: *http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=explotaci%F3n*.

RIVERS-MOORE, Megan "Los usos de la trata en Centroamérica: migración, género, sexualidad", *Anuario de Estudios Centroamericanos*, núm. 37, disponible en: *https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=15237016003*.

ROVIRA GASPAR, Carmen, *Guía de estudios. Historia de la filosofía II, Edad Media y Renacimiento*, México, UNAM, 2003.

TORRES FALCÓN, Martha, "El nuevo rostro de un viejo fenómeno: la trata de personas con fines de explotación sexual y los derechos humanos", *Sociológica*, año 31, núm. 89, septiembre-diciembre de 2016.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

CAPÍTULO SEXTO

BIOPOLÍTICA, RACISMO DE ESTADO Y MIGRACIÓN. PERSECUCIÓN DE LA VIDA COTIDIANA DE PERSONAS MIGRANTES IRREGULARES EN PAÍSES POSTINDUSTRIALES

Agustín MORALES MENA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Racismo de Estado contemporáneo*. III. *Racismo de Estado contemporáneo y la cotidianeidad migrante en Estados Unidos y Europa*. IV. *Consideraciones finales. Mirando al futuro, biopolítica, racismo y exclusión social*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La migración es un fenómeno vinculado a la historia de la humanidad sin importar las distancias o el tamaño de las barreras físicas, jurídicas y sociales. Una muestra de ello es que hoy día en el mundo más de 257 millones de personas habitan en un país diferente al de su origen.[1] Aunque, ciertamente, hay numerosas historias que dan cuenta de políticas de apertura, actitudes de hospitalidad y brazos abiertos, la diversificación en orígenes y destinos de la migración internacional de las últimas décadas ha revelado expresiones de racismo, que ha encontrado eco a nivel estatal, especialmente en países postindustriales, configurando así políticas y acciones que dan pauta al análisis de un racismo de Estado a inicios del siglo XXI.

El racismo de Estado que aborda el presente trabajo se materializa a partir de dispositivos de control biopolítico, es decir, de gestión de los cuerpos de las personas migrantes (en especial de las irregulares) y su vida co-

* Maestro en Estudios Políticos y Sociales por la UNAM; profesor en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM.

[1] Reportado por la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), disponible en: *https://www.iom.int/es*.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

tidiana. Entre éstos se encuentran leyes, políticas públicas, operativos, criminalización y securitización de los flujos migratorios, así como frecuentes declaraciones de políticos y funcionarios que estigmatizan la diversidad de fenotipos, lenguas y culturas. Los ejemplos que se retoman permiten comprender el acoso de la cotidianeidad migrante, donde el marco legal constituye el ejemplo por antonomasia de las distintas estrategias de gestión de la vida y la muerte de las personas migrantes, y que a su vez permite operacionalizar el estudio del racismo de Estado en democracias postindustriales.

El racismo, además del color de piel, tiene implicaciones en usos y costumbres, lengua, religión; en una palabra, involucra también a la cultura. Por ello, la presencia de otros, derivada de la migración, ha generado expresiones que se apuntalan en formas de exclusión social y discriminación impulsadas muchas de ellas desde el aparato institucional. De ahí que el marco del Estado sea determinante para la dispersión de ideas racistas, incluso en sociedades democráticas como las actuales, donde la biopolítica y sus dispositivos suelen ser negados bajo el cobijo de lo políticamente correcto. Por lo tanto, un fenómeno subjetivo como el racismo de Estado depende en gran medida del contexto y de la perspectiva con los que es analizado. Algunas posturas suelen inclinarse por cuestiones ideológicas, políticas, religiosas y culturales, donde se corre el riesgo de caer en extremos criminalizantes o paternalistas. Otras intentan reducirlo a un periodo histórico dejándolo en desuso, y también se encuentran aquellas que lo justifican reduciendo sus acciones a un normal ejercicio de soberanía, dando posibilidades a su velada transmisión. No obstante, para este trabajo, repensar la evidencia actual a la luz de la teoría resulta imprescindible a partir del relativo olvido y normalización del fenómeno que se presenta en un contexto occidental de exaltación de los derechos humanos.

Este trabajo trata por tanto de las creencias, actitudes y comportamientos racistas que son ejecutados desde el aparato del Estado hacia la población migrante, retomando algunos ejemplos de los casos estadunidense y europeo a inicios del siglo XXI. En un primer momento se realiza un recorrido teórico e histórico del racismo, y el racismo de Estado, para posteriormente enlistar ejemplos de dispositivos y acciones concretos en países postindustriales que retratan la política racial de Estado, que directa e indirectamente incide en la gestión de la vida y la muerte física, social, económica y política de las personas migrantes.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

II. Racismo de Estado contemporáneo

El racismo es un sistema jerárquico de privilegios y exclusión social hacia un grupo determinado por características físicas y culturales que se justifica a partir de creencias socializadas, las cuales, a través de diferentes mecanismos —prejuicio, discriminación, segregación y violencia—, operan, explícita o implícitamente, en todas las estructuras de la sociedad, subordinando a minorías raciales y culturales.[2] Otra definición amplia del racismo, que esta investigación comparte, es la de Tomás Calvo, quien lo interpreta como

> …relaciones sociales interétnicas, que suponen actitudes, creencias y comportamientos de un sistema y de otra cultura, que socializa a sus miembros dentro de una singular escala de preferencias, pautas y valores. Y esas jerarquizaciones (superior/inferior, mejor/peor, bueno/malo, desarrollado/subdesarrollado) pueden estar referidos a grupos humanos, diferenciados por el color, lengua, nación, religión, clase social, cultura, etc. En consecuencia, la raza como tal, en sentido biológico estricto, raramente es el objeto y razón única de la aversión-discriminación racial, sino que casi siempre va unida a otros rasgos diferenciadores de contenido cultural, étnico y social.[3]

En el caso específico del racismo de Estado, históricamente sus antecedentes se rastrean a partir del proceso colonizador en América, África y Asia por parte los distintos países europeos. Los ejemplos más representativos se dieron a partir de la esclavitud y discriminación racial en Estados Unidos, la *higiene genética* —prohibición de matrimonios entre razas diferentes, esterilización forzosa—, el exterminio o esclavitud de indígenas en toda América, aún después de sus procesos de independencia, los regímenes nazi y fascista, así como el *apartheid* en Sudáfrica. Sin embargo, están lejos de ser los únicos ejemplos donde el racismo, el derecho y la biopolítica se encuentran.

Distintas contribuciones realizadas durante el siglo XX dotan de marco analítico al racismo de Estado. Hannah Arendt aportó ideas sólidas sobre la necesidad del respeto a la diferencia, a la consolidación de la pluralidad y a la erradicación del racismo, escribiendo gran parte de su obra motivada por su experiencia de persecución y migración durante el nazismo debido a su origen judío. En *Los orígenes del totalitarismo* (1974) consideró que el surgimien-

---

[2] Wellman, David T., *Portraits of White Racism*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993.

[3] Calvo Buezas, Tomás, "Racismo", en Blázquez-Ruiz, F. Javier, *10 palabras clave sobre racismo y xenofobia,* Navarra, Verbo Divino, 1996, p. 56.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

to del racismo se da a partir de la necesidad de legitimar distintos procesos imperialistas, colonizadores y genocidas, marcando los orígenes de la ideología racista en Francia, Inglaterra, Italia y Alemania. Arendt señaló que a finales del siglo XVII e inicios del XVIII hubo una reducción del auge de las ideas racistas con la consolidación de la idea de humanidad en el sentido más amplio y con aportaciones como las de Tocqueville, quien proclamaba la unidad de la especie humana por encima de cualquier interés particular, reconociendo las posibles diferencias culturales y físicas;[4] no obstante, en los dos siglos posteriores las ideas racistas se apuntalarían de nuevo.

Por su parte, Michel Foucault señaló el comienzo del racismo de Estado biológico y centralizado a finales del siglo XIX y comienzos del XX, fundamentado en la construcción de un sentimiento nacional a partir del control biológico, eliminación del extranjero, utilización de la mitología popular para la exaltación de héroes nacionales y la negación del otro.[5] Foucault analizó el racismo de Estado buscando comprender las relaciones de dominación a través de los mecanismos de control de la vida cotidiana. Es decir, a través de lo que llamó "la microfísica del poder": aparatos de vigilancia, criminalización, persecución, castigo y control, ejecutados por políticos y trabajadores del Estado, muchas veces con el soporte del derecho y diversos aparatos de dominación; al respecto, señaló:

> Cuando digo derecho, no pienso simplemente en la ley, sino en el conjunto de los aparatos, instituciones, reglamentos que aplican el derecho, y cuando hablo de dominación, no entiendo tanto la dominación de unos sobre otros, o de un grupo sobre otros, sino de las múltiples formas de dominación que pueden ejercerse dentro de la sociedad.[6]

Para Foucault, el racismo de Estado más peligroso es aquel donde se ejerce el derecho de hacer vivir o matar. Cuando Foucault habla de muerte, no piensa "simplemente en el asesinato directo, sino en todo lo que puede ser también muerte indirecta: el hecho de exponer a la muerte o de multiplicar para algunos el riesgo de muerte, o más simplemente la muerte política, la expulsión".[7] Es decir, a partir de la nueva configuración de las migraciones, los Estados pueden y tienen los instrumentos de exclusión a través de los cuales pueden decidir quién debe vivir y quién debe morir sin la nece-

---

4 Arendt, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*, Madrid, Taurus, 1974, p. 74.

5 Foucault, Michel, *Genealogía del racismo. De la guerra de razas al racismo de Estado*, Madrid, La Piqueta, 1992, p. 91.

6 *Ibidem*, pp. 36 y 37.

7 *Ibidem*, p. 266.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

sidad del uso de la fuerza, pues estos objetivos se pueden cumplir a partir de la criminalización de la migración, hambrunas, persecución, abandono sanitario, fronteras naturales peligrosas, acoso a medios de subsistencia, cerco a ayuda humanitaria, entre otras estrategias. Así, Foucault va más allá y permite comprender la omisión y parálisis internacional ante las miles de muertes que hay cada año en fronteras naturales, que implican un alto riesgo, como es el caso del desierto de Arizona en la frontera entre México y Estados Unidos, el desierto del Sáhara y el mar Mediterráneo entre África y Europa. Tan sólo entre 2014 y 2018 la OIM registró 30,000 muertes y desapariciones de personas migrantes en trayectos de riesgo.[8]

Michel Wieviorka, por su parte, señala que la violencia racista puede ser de dos tipos: infrapolítica y política. La primera proviene de actores sociales, económicos y culturales exteriores al espectro político y sin organización. La violencia política, por su parte, está articulada por actores políticos y destinada a tener un impacto en la sociedad a través de los distintos mecanismos del Estado y sus instituciones.[9] El racismo institucional se ejerce a través de normas, actores y distintos mecanismos de orden social y organizativo. Se desarrolla en estructuras sociales, como la escuela, el mercado de trabajo, la vivienda y el aparato del Estado. No obstante, según él, la debilidad del racismo institucional radica en comprender que tiene mecanismos que funcionan sin actores sociales.

> En el fondo, la utilidad de la noción de racismo institucional consiste en subrayar las formas no flagrantes o brutales del racismo, es decir, sus expresiones veladas, al transitar por las instituciones; pero se vuelve insuficiente cuando se hace del racismo un fenómeno abstracto, que parece que se sustenta en mecanismos abstractos, sin actores.[10]

Por ello, es especialmente delicado, porque sus acciones y formas no son siempre perceptibles socialmente racismo. A nuestra consideración, el racismo de Estado se encuentra inserto en el racismo institucional, con particularidades aún más específicas, pues en el contexto gubernamental sus actores tienen nombre y apellido encabezando administraciones y apareciendo en medios de comunicación, al ser figuras públicas cuyas acciones influyen en la opinión pública. Igualmente, si bien puede ser escurridizo, el racismo institucional también es uno de los más visibles en el sentido que sus acciones, legislaciones y declaraciones pueden estar a la vista del público,

---

8 OIM.

9 Wieviorka, Michel, *El racismo. Una introducción*, Barcelona, Gedisa, 2009, pp. 89 y 90.

10 *Ibidem,* p. 41.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

por lo que la debilidad que menciona Wieviorka del racismo institucional, no se encuentra del todo presente en el caso concreto del racismo de Estado.

Por su parte, la propuesta de David Goldberg considera a los actuales Estados-nación como Estados raciales —*racial states*— al estar sistematizada la exclusión social a través de la segregación y negación sutil de la heterogeneidad, que tiene como objetivo consolidar una identidad. El Estado racial ejerce su poder a partir de mecanismos de exclusión, como Constituciones, controles fronterizos, leyes, políticas públicas, burocracia y categorizaciones gubernamentales en censos, tradiciones, historias inventadas, ceremonias, imaginarios colectivos, que en conjunto conforman su identidad, incluso por encima de derechos humanos. Los Estados modernos, cada uno a su manera, se definen por su poder para excluir e incluir, en términos raciales ordenados y clasificando jerárquicamente, argumentando, en términos de Weber, el uso legítimo de la fuerza. Así, la raza y la nación confluyen para producir una imagen coherente a la población evocando una homogeneidad inexistente.

Goldberg afirma que la transición de las ciudades-Estado a los Estados modernos es donde comienza a pensarse en estas grandes comunidades con una identidad propia y homogénea. Es entonces que la raza como tal se convierte en un símbolo de identidad y comunión, a la par de la lengua, los usos y costumbres. Por ello, cuando habla de los Estados raciales, uno de sus argumentos centrales es el incrustamiento —*embeddedness*— sociocultural de la raza en sus formas, contenidos, modos, efectos de rutinización y penetración, como elementos básicos para la configuración de los Estados modernos.[11]

En años recientes, Achille Mbembe ha colocado en el centro del debate la necesidad de partir del devenir histórico para comprender y analizar el actual aparato racial a la luz del proceso colonial, esclavista, exclusógeno y de la actual producción y extracción de plusvalor en el capitalismo neoliberal. Mbembe busca repensar el papel de los sujetos poscoloniales, el eurocentrismo y la necesidad de pensar en la violencia, en sus dimensiones y consecuencias en los cuerpos víctimas del *capitalismo racial*, donde se trafica con la administración de la muerte a gran escala, con la necropolítica. Ante este escenario, refrenda la necesidad de un análisis, de un saber que visibilice lo indecible y que contribuya a la emancipación, a la autodeterminación de los históricamente excluidos.[12]

En suma, después de este breve recorrido teórico, podemos definir al racismo de Estado como el conjunto de dispositivos biopolíticos, acciones y omisiones que, desde el aparato del Estado, discriminan, excluyen, segre-

[11] Goldberg, David T., *The Racial State,* Oxford, Blackwell, 2002, p. 246.
[12] Mbembe, Achille, *Crítica de la razón negra,* Barcelona, NED, 2016.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

gan espacialmente, persiguen, y/o violan los derechos humanos de sujetos o grupos sociales, basándose total o parcialmente en la raza o en la etnia. Sus acciones se vinculan a un conjunto de características explícitas o supuestas, interpretadas por el ejecutor como la vestimenta, el lenguaje, el acento, los usos, las costumbres, la religión, el origen nacional, la peligrosidad y el poder adquisitivo. El racismo de Estado contemporáneo se articula a través de leyes, instituciones, políticas públicas, discurso y acciones de actores políticos y trabajadores del Estado. Los grupos que son objeto del racismo de Estado suelen ser minorías raciales, étnicas, religiosas, lingüísticas, pobres y, especialmente en los últimos años, personas migrantes regulares e irregulares.

Cuando se habla de Estados-nación, suele pensarse en una unidad política homogénea, centralizada y coordinada. Sin embargo, la realidad práctica de todo gobierno demuestra que si bien puede existir una política central, las acciones de los Estados cuentan con múltiples, y no siempre coordinadas, acciones derivadas de su composición compleja. Por lo tanto, el racismo de Estado contemporáneo no involucra una política frontal coordinada; todo lo contrario. El racismo de Estado actualmente sólo puede tenerse como un diagnóstico después de dilucidar dispositivos e indicadores, generalmente vinculados a la vida cotidiana de las personas migrantes y su posible interacción con instituciones estatales. Pero el análisis del racismo de Estado en el siglo XXI no implica de manera alguna que sea equiparable al de la Alemania nazi o al de la Italia fascista. El racismo de Estado contemporáneo al conjugarse con un contexto de hipocresía organizada, en los términos de Krasner,[13] tiene que adaptarse a las reglas del discurso democrático y del supuesto respeto a los derechos humanos. Suele ser velado, por lo que sus acciones se justifican a través de objetivos relativamente legítimos para la sociedad, como consolidar la identidad o unidad de una nación o comunidad, el garantizar el bienestar de la mayoría homogénea, la defensa de la soberanía, la seguridad nacional y el combate al terrorismo.

En otras palabras, en el actual contexto de globalización, en el cual la política occidental se jacta de enaltecer valores democráticos, de derechos humanos y el multiculturalismo, es fundamental entender que el racismo de Estado contemporáneo no suele ser frontal ni explícito. Todo lo contrario, suele ser sutil, invisible a simple vista, discreto y especialmente atomizado a niveles locales y estatales, casi siempre en condiciones alejadas del horizonte público. Se desarrolla a partir de una obstaculización o persecución de las actividades propias del día a día, y busca, en el caso de las personas

[13] Krasner, Stephen, *Soberanía, hipocresía organizada*, Barcelona, Paidós, 2001.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

migrantes irregulares con fenotipos específicos, cercar su cotidianeidad. El racismo de Estado contemporáneo normaliza, deshumaniza y disfraza la discriminación como una estricta aplicación del Estado de derecho. Cada una de estas características hace que el fenómeno aquí planteado se encuentre profundamente ligado a la migración. En el caso específico de los inmigrantes, la vulnerabilidad a la exclusión social se conjuga con prácticas racistas y discriminatorias desde distintos frentes del aparato estatal, como se describe a continuación.

III. Racismo de Estado contemporáneo y la cotidianeidad migrante en Estados Unidos y Europa

Los procesos migratorios siempre han implicado cambios y contrastes de realidades que nunca han sido fáciles de conciliar. Sin embargo, analizar la migración como un problema nacional para las sociedades postindustriales de acogida es relativamente reciente. En los siglos XVIII, XIX y XX la cuestión migratoria era además de oportunidad, una necesidad de poblar nuevos territorios. Después, a mediados de siglo XIX, se dieron numerosos ejemplos de programas de trabajadores temporales que beneficiaban tanto a países receptores como a trabajadores.

Actualmente, el modelo de migración se caracteriza por estar inmerso en una economía globalizada en un mundo ampliamente desigual, coexistiendo dos tipos de movilidad humana, que Zygmunt, Bauman llama "vagabundos" y "turistas".[14] Los primeros buscan ir a países con mayores oportunidades, y quieren acceder a un nivel de vida que no les es posible en las comunidades de origen, y suelen enviar dinero a la familia. Las economías fuertes ven en esta migración un ejército laboral de reserva, que es fácilmente explotable y factible de aceptar condiciones económicas y laborales comúnmente inferiores a las estipuladas legalmente. La comunicación con la familia y amigos jamás se pierde gracias a la relativa desaparición de las distancias por la tecnología y abaratamiento de los costos de transporte. Los inmigrantes están así entre dos culturas al no integrarse del todo debido al

[14] En conjunto y en palabras de Bauman: "Los turistas se desplazan o permanecen en un lugar según sus deseos. Abandonan un lugar cuando nuevas oportunidades desconocidas los llaman desde otra parte. Los vagabundos saben que no se quedarán mucho tiempo en un lugar por más que lo deseen, ya que no son bienvenidos en ninguna parte. Los turistas se desplazan porque el mundo a su alcance (global) es irresistiblemente atractivo; los vagabundos lo hacen porque el mundo a su alcance (local) es insoportablemente inhóspito. Los turistas viajan porque quieren; los vagabundos, porque no tienen otra elección soportable". Bauman, Zygmunt, *La globalización. Consecuencias humanas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

rechazo, por lo que existe una tendencia a la guetización y al reforzamiento de identidades propias buscando un hogar entre sus comunes. La ciudadanía es difusa, y cuando ésta se consigue, pocas veces se da un trato de iguales. En contraste, los turistas, o *inmigrantes de primera*, como mencionan algunos, cuentan con los medios económicos suficientes para cambiar de residencia a placer, con relativa facilidad de conseguir trabajo en otros países. El mundo global y sus posibilidades están a la mano y acumulan experiencias de vida.

El auge migratorio también ha propiciado puentes culturales, originando mezclas que van desde el enriquecimiento musical, culinario, estético, medicinal y de formas distintas de entendimiento de lo social. No obstante, el otro lado de la moneda muestra que la migración, además de ser una experiencia traumática en el sentido personal, al tener que dejar atrás a la familia y a los amigos, cruzar fronteras artificiales y naturales arriesgando la vida, se ha convertido en un drama alimentado por las adversidades, como el racismo, el riesgo de muerte y la exclusión social.[15]

A inicios del nuevo siglo parecía difícil concebir espacio para el racismo en sociedades democráticas con el supuesto avance informativo, cívico y educativo. No obstante, en diversas latitudes del mundo se ha revelado como un fenómeno político y mediático socialmente expandido. Este regreso del racismo, como se ha mencionado, no involucra cabalmente las características que tuvo durante los procesos colonizadores ni aquel de la primera

[15] La exclusión social es un concepto de uso reciente en estudios políticos y sociológicos, que comenzó a expandirse a partir de la necesidad de explicar más allá de cifras, fenómenos como la pobreza, desigualdad, desempleo, crisis económica, rezago tecnológico, educación, competencia capitalista, alienación, marginación, segregación, estigmatización y discriminación. Su mapa muestra en un primer momento a la integración, como el estadio central donde se encuentran aquellos sujetos que cuentan con las condiciones suficientes de bienestar concebidas en una sociedad. Después se encuentra el cinturón de vulnerabilidad, que involucra a los que están cerca de ser excluidos por su frágil e inestable condición. Finalmente, está la exclusión social, que se entiende a partir de la dicotomía adentro/afuera, inclusión/exclusión que refiere a procesos a través de los cuales los sujetos son apartados de las condiciones de vida vitales. De esta forma, la exclusión social se caracteriza por ser un concepto dinámico que analiza las estructuras laborales, económicas, políticas, sociales y culturales que en su conjunto multidimensional explican la exclusión de las oportunidades más allá de estadísticas y variables estáticas. Los grupos más vulnerables son: personas migrantes, personas mayores, discapacitados, familias monoparentales, toxicómanos, minorías étnicas, exreclusos, mujeres maltratadas, personas sin hogar, jóvenes, pobres, desempleados, enfermos mentales, trabajadores precarios y con salarios bajos. Sin embargo, cada grupo tiene sus características y realidades concretas. En el caso específico de la población migrante, los factores exclusógenos que enfrentan en sociedades postindustriales, de acuerdo con Tezanos, son familiares, personales, culturales, laborales, sociales, ubicacionales y políticos. Tezanos, José Félix y Tezanos, Sergio, "La cuestión migratoria en España. Tendencias en inmigración y exclusión social", *Sistema*, Madrid, núm. 190 y 191, enero de 2006.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

mitad del siglo XX. Aunque su eje articulador es el mismo, ahora, además de las particularidades físicas, se configura más que nunca por el idioma, la cultura, el poder adquisitivo, las creencias religiosas, y usos y costumbres. Pero la principal diferencia con aquellos modelos históricos, es que en ámbitos de gobierno y político-institucionales en el contexto democrático actual, el racismo de Estado es difuso, silencioso y escurridizo.

A pesar de esto, sus acciones son visibles, y el racismo de Estado en países postindustriales ha revelado estrategias sistemáticas discriminatorias y exclusógenas que arremeten cada una de las particularidades de la vida del inmigrante: visados, trabajo, educación, vivienda, salud, entre otras. En este sentido, a continuación, se enlistan ejemplos de acciones y omisiones influidas por una política racial estatal, las cuales, aunque por sí mismas no acreditan en todos los casos la configuración de racismo institucional, desde una óptica de conjunto demuestran el grado de persecución a la vida cotidiana de personas migrantes en distintos países postindustriales a partir del marco legal, la securitización de flujos migratorios, la aplicación de políticas públicas y desde el discurso político.

Tabla 1
Dispositivos de persecución a la vida cotidiana de personas migrantes desde el aparato estatal en Europa y Estados Unidos

Marco legal	*Ejemplos*
Criminalización de la migración irregular	Arizona SB1070; Alabama HB 56; Italia Ley 94/2009[16]
Visados de trabajo y permisos de residencia de difícil acceso	Estados Unidos Immigration and Nationality Act
Penalización de asistencia a personas migrantes irregulares —incluso en peligro de muerte—	Italia Ley 94/2009;[17] España Ley de extranjería;[18] Francia; Alemania[19]
Penalización de renta o venta de inmuebles a migrantes irregulares	Arizona SB1070; Italia Ley 94/2009
Penalización de contratación laboral de migrantes irregulares	Estados Unidos Everify

[16] "El 28 de abril de 2011 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, decidió que la norma italiana que introdujo en 2009 el delito de inmigración ilegal es contraria al derecho comunitario". "El tribunal de la UE invalida el delito de inmigración ilegal que aprobó Italia", *El País*, 29 de abril de 2011, disponible en: *http://www.elpais.com/articulo/internacional/tribunal/UE/invalida/delito/inmigracion/ilegal/aprobo/Italia/elpepiint/20110429elpepiint_17/Tes*.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

Marco legal	*Ejemplos*
Obstaculización en el envío de remesas	Italia Ley 94/2009[20]
Endurecimiento de requisitos para matrimonio de nacionalidades diferentes y concesión de nacionalidad	Estados Unidos; España

[17] En Italia el paquete de seguridad aprobado en 2009 prohíbe dar asistencia a pateras, incluso en peligro de muerte para sus ocupantes, y ya ha sido aplicada en numerosas ocasiones contra pescadores italianos, que en un básico sentido de humanidad han ayudado a inmigrantes a la deriva cerca de costas italianas. Esto ha alimentado el miedo a ser detenidos desincentivando dichas acciones. Un ejemplo fue en agosto de 2009 cuando setenta y tres africanos murieron ahogados a pesar de que numerosos barcos pesqueros pasaron al lado de la patera que se hundía. Cinco sobrevivientes, que llegaron a la isla de Lampedusa dijeron que docenas de barcos pasaron a su lado reusándose a rescatarlos, aunque algunos arrojaron comida. Después de la tragedia en una encuesta de un programa de televisión, arrojó que el 71% estaba a favor que los supervivientes fueran juzgados por inmigración ilegal. Véase Fekete, Liz y Webber, Frances, "Foreign Nationals, Enemy Penology and the Criminal Justice System", *Race & Class*, s.l.i., núm. 51, abril de 2010, p. 17.

Este tipo de legislaciones que evitan el auxilio en aguas internacionales, violan flagrantemente leyes internacionales pues en el artículo 98 de la Convención de Naciones Unidas sobre el mar, exige a los gobiernos dar asistencia en caso de peligro a toda embarcación. En 1979, se firmó también la Convención Internacional para la Búsqueda y Rescate Marítimo, que obliga también a dotar de asistencia médica y refugio en un lugar seguro. Aunque el gobierno italiano justifica este tipo de legislación con mayor patrullaje, resulta difícil comprender cómo docenas de barcos pesqueros pasen a lado de pateras hundiéndose y que los buques del gobierno italiano solo aparezcan para recoger los cuerpos —en caso de presión internacional—.

[18] "…en España y en la reforma de la Ley de Extranjería… se recoge como infracción grave consentir la inscripción de un inmigrante sin permiso de residencia en el padrón por parte del titular de una vivienda cuando no es su domicilio real. En la práctica, esto va a dejar a muchos inmigrantes sin acceso a derechos fundamentales, como el acceso al sistema de salud y la escolarización de sus hijos e hijas ya que el padrón municipal es condición sine qua non para acceder a estos servicios…". Huma, "La red HUMA denuncia la penalización en Europa de la asistencia humanitaria a las personas inmigrantes sin permiso de residencia", 15 de junio de 2011, disponible en: *http://www.redxlasalud.org/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_DOC-121_3b819e9f%232E%23pdf*.

[19] "…En Francia, el Código que regula la entrada y estancia de los extranjeros (2005) establece en su artículo L622-1 que toda persona que «directa o indirectamente» facilite la estancia de un extranjero sin permiso de residencia en el país «será castigado con cinco años de prisión y una multa de 30.000 euros». Según la Comisión Nacional Consultiva Francesa de Derechos Humanos «una interpretación literal de este artículo lleva a considerar como sospechosos a todas las personas que ayudan a los inmigrantes sin permiso de residencia de buena fe». En Alemania, una legislación bastante ambigua también penaliza la asistencia sin fines lucrativos y, además, impone a las instituciones públicas administrativas el deber de denunciar a inmigrantes en situación irregular, con el riesgo de ser sancionados si no lo hacen. Esta obligación incluye a los centros de bienestar social, encargados de proporcionar la autorización para recibir atención sanitaria («Krankenschein») y de rembolsar el coste de la atención a los hospitales. Recientemente, el Parlamento alemán ha realizado una interpretación de esta disposición para excluir los casos en que los centros de bienestar social reciban información acerca de los inmigrantes indocumentados que se encuentren en urgencia". *Idem.*

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

Marco legal	*Ejemplos*
Obligatoriedad para mostrar permiso de residencia para trámites públicos —excepto sanitarios—	Alabama HB 56; Italia, Ley 94/2009
Criminalización por no portar permiso de residencia	Italia Ley 94/2009; Arizona SB1070
Montos elevados de dinero para reagrupación familiar	Unión Europea; Estados Unidos, Immigration and Nationality Act
Prohibición del uso del *niqab* y *burka* en espacios públicos	Francia 2011; Bélgica 2011; Austria 2017; Dinamarca 2018
Legalización y/o permisividad de patrullas ciudadanas cazamigrantes	Estados Unidos, Minuteman; Italia, Ronde Ley 94/2009
Deportación por desempleo	Italia, Ley 94/2009; España, Ley de extranjería
Verificación de condiciones de vidas higiénicas y sanitarias para conceder permisos de residencia	Italia, Ley 94/2009
Securitización de los flujos migratorios	*Ejemplos*
Deportaciones masivas exprés, sin proceso individual	Unión Europea, Directiva de Retorno; Estados Unidos[21]
Deportación a un país tercero	Unión Europea; Estados Unidos
Detención para el control inmigrante a partir de los rasgos físicos por parte de la policía local	Unión Europea; Estados Unidos[22]
Trato desigual en poder judicial entre ciudadanos e inmigrantes; altas tasas de población carcelaria migrante	Estados Unidos; Italia
Opacidad/violación de procesos en solicitudes de asilo	Estados Unidos; Unión Europea
Separación de menores con sus familias en centros de detención migratoria	Estados Unidos

[20] Se obliga a los servicios de transferencia de dinero, conservar por diez años la copia de los permisos de residencia de los extranjeros que efectúan operaciones, y la obligación de informar a policía en caso de que no se presente el permiso de residencia (Ley 94/2009).

[21] "El Gobierno de Estados Unidos reactivó un programa antiinmigrante que incluye deportaciones exprés por medio de vuelos directos hasta la capital de México, reportó hoy el diario The Arizona Republic. A un costo de 11 millones de dólares, el sistema está diseñado para que los indocumentados capturados en frontera sean inmediatamente subidos a aviones en un pequeño aeropuerto de Tucson. Según autoridades estadounidenses, este programa corta el ciclo de la inmigración ilegal, evita las muertes de emigrantes y que los individuos vuelvan a intentar otra entrada en el corto plazo". "Reactivan plan antiinmigrante con deportaciones exprés", *Primer Momento*, 14 de julio de 2011, disponible en: *http://primermomento.com/?p=94490*.

[22] Aunque legalmente muchas veces no se cuente con un sustento, en la práctica cotidiana es frecuente encontrar operativos para detectar inmigrantes en diversas ciudades de Estados Unidos y Europa, la cual se realiza esencialmente a partir de las características físicas.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

Securitización de los flujos migratorios	*Ejemplos*
Impunidad de crímenes cometidos por locales hacia personas migrantes	España; Estados Unidos
Repatriación de turistas justificada económicamente	Unión Europea[23]
Trato desigual en poder judicial entre ciudadanos e inmigrantes; altas tasas de población carcelaria migrante	Estados Unidos; Italia
Centros de detención migrante similares al sistema carcelario	Italia; España; Estados Unidos[24]
Uso indebido de la fuerza	Estados Unidos;[25] España

[23] "Suelen llegar emocionados a Barajas en Madrid o al Aeropuerto de Barcelona, pero la Policía Internacional les corta en seco el viaje y son reexpedidos a Chile. El procedimiento convierte a las personas libres en algo así como piezas de ganado, en paquetitos humanos devueltos a su remitente. ¿Las razones? No han logrado demostrar que son lo suficientemente ricos. No han reservado hotel para todos los días que hay entre la fecha de ida y la de vuelta. La bochornosa escena de la deportación exprés se repite una y otra vez para los chilenos o chilenas que viajan a España. Se terminaron los tiempos felices en los que ser sudamericano significaba algo para la Madre Patria". "Los chilenos en España y la deportación exprés", *Terra Magazine*, 21 de septiembre de 2007, disponible en: *http://www.co.terra.com/terramagazine/interna/0,,OI1926142-EI9843,00.html*, "...quiero contarles esto para que vean como somos tratados en el otro continente. Yo hoy 17/6/2010 llegue de España deportada. Es horrible, es un proceso jodido. Los policías son cabrones con mayúscula. Yo tenía todo, dinero, pasaporte en regla, reserva de hotel, etc. y siempre me mostré seria, sabiendo lo que hago y digo. De todas maneras, ellos una vez que te apartan ya te tienen en cuenta para que te vuelvas y más en estos tiempos de crisis. Lo único que no tenía era tarjeta de crédito y me la pidieron. Tenes que demostrar que la plata te sobra y que no necesitas de su país para trabajar. Vas a ver que cuando llegas a migración vas a ver las cajas donde te atienden. Vas a ver que separan en dos grupos. Uno es de los que tiene nacionalidad española, estadounidense, suiza, etc. y el otro grupo dice «demás nacionalidades». Así que al ver eso... me sentí muy mal... me sentí apartada con eso. ya una vez que me apartaron me hicieron preguntas e iban a ver que si todo era verdad. Un policía me dijo, «vamos a ver si es verdad que venís de turismo». Te hacen ir de cuartos en cuartos. Te sacan las pertenencias, solo te dejan con la billetera y agendas, etc. Así en otro cuarto grande vas y haces llamadas, ahí te dan de comer comida fría y horrible. Tenes cuchetas para dormir por si tenés que esperar mucho, y bueno... te tratan como si fueras un delincuente siendo que no hiciste nada malo. Y cuando subís al avión, diríamos que te hacen meter por otro lado, pero te ven la gente y la verdad te sentís humillada… Bueno, si te ponías a ver, las nacionalidades eran de Centroamérica hacia América del norte. Todos apartados por más que tengas todo en regla, y señoras con niños.... eso fue muy doloroso de ver. Muchas gracias por escuchar. Atte. Julieta". "Aumentan las deportaciones de Argentinos en España", *Indymedia*, 2 de abril de 2010, disponible en: *http://estrecho.indymedia.org/m%C3%A1laga/noticia/aumentan-las-deportaciones-argentinos-espa%C3%B1*.

[24] La privatización de centros de detención de inmigrantes ilegales ha generado ganancias millonarias a empresas como Corrections Corporation of América (CCA) y el Grupo

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

Políticas públicas y administración	*Ejemplos*
Prácticas dilatorias deliberadas en visados y permisos de residencia	Estados Unidos; Italia[26]
Políticas educativas restrictivas	Italia;[27] Alabama HB 56
Políticas laborales restrictivas	Estados Unidos; Unión Europea
Políticas de vivienda restrictivas	Italia; España
Políticas de segregación espacial / barrios con menor inversión en infraestructura y servicios	Estados Unidos; Unión Europea
Negación de asistencia médica incluso en caso de emergencia	Suecia; Estados Unidos
Políticas de desechos peligrosos en zonas de mayor concentración de minorías étnicas	Estados Unidos

GEO. Véase Macías, Jorge Luis, "Prisiones en EE.UU.: Un negocio multimillonario", *Aol Noticias*, 9 de julio de 2011, disponible en: *http://noticias.aollatino.com/2011/07/09/prisiones-en-ee-uu-un-negocio-multimillonario/*.

25 "Aumentan víctimas de acuerdo con la Cancillería, del año 2000 a la fecha se han reportado 383 incidentes de violaciones a los derechos humanos de migrantes por parte de la Patrulla Fronteriza. En esta administración se han documentado 98 casos, que involucran a los agentes de esa corporación y, 9 derivaron en la muerte de connacionales. Entre enero y junio se han registrado 29 incidentes —13 clasificados como graves—". "En EU crecen abusos a migrantes", *El Faro*, 16 de julio de 2010, disponible en: *http://elfaronoticias.com/?p=349*.

26 Desde la aprobación del paquete de seguridad, los inmigrantes que quieren pedir renovación de los permisos de residencia tienen que padecer deliberadas largas administrativas. La renovación del permiso de residencia tarda hoy entre siete meses y un año. Shukri Said, secretaria de la Asociación Migrare, afirma que es una estrategia premeditada del Gobierno. "Hace 20 años pasabas una noche en la cola y tenías tu permiso renovado. Luego… el plazo se amplió a 20 días. Ahora, con las oficinas informatizadas, tienen a la gente meses en vilo con un papelito que no sirve para nada. Es un escándalo que el Estado trate así a gente que en muchos casos lleva 20 años en Italia. Es un método macabro y xenófobo, destinado a humillar a los inmigrantes y a poner sus documentos y derechos bajo secuestro temporal". Las esperas suelen demorar incluso más, dando pie a que muchos inmigrantes tengan permiso de residencia caduco y sean objeto de expulsión en caso de control. "Huelga de hambre contra la «burocracia xenófoba» en Italia", *El País*, 7 de enero de 2010, disponible en: *http://www.elpais.com/articulo/internacional/Huelga/hambre/burocracia/xenofoba/Italia/elpepuint/20100107elpepiint_9/Tes*.

27 En enero de 2010 el gobierno italiano ha decidido suspender y reagrupar las clases en los cursos de enseñanza obligatoria en caso de que los alumnos extranjeros sean más del 30% del total. Esta medida supuestamente busca "*evitar la formación de guetos*". "Italia sólo permitirá un 30% de alumnos extranjeros en las aulas", *El País*, 9 de enero de 2010, disponible en: *http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Italia/solo/permitira/alumnos/extranjeros/aulas/elpepusoc/20100109elpepisoc_6/Tes*.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

Políticas públicas y administración	*Ejemplos*
Censos para detectar personas migrantes irregulares	Italia, Operativo Bianco Natale en Coccaglio[28]
Construcción de muros fronterizos	Estados Unidos, Secure Fence Act 2006/2017-2018 (sin presupuesto autorizado); UE/Italia en Libia[29]

Discurso político	*Ejemplos*
Inferioridad	Umberto Bossi, líder de la Liga Norte, exsenador y exministro de las reformas para el federalismo, nombra a personas migrantes africanas con el mote de "Bingo Bongo". Algunas expresiones: "Que vuelvan todos al desierto a hablar con los camellos o a la jungla a bailar con los monos" (19 de septiembre de 2005); "Permitir votar a los extracomunitarios no me parece apropiado, un país civilizado no puede dejar votar a los Bingo-Bongo que hasta hace pocos años estaban todavía sobre los árboles".[30] (10 de julio de 2006).
Peligrosidad / criminalidad	Jan Brewer, exgobernadora de Arizona, en julio de 2010, dijo a *Fox News*: "We cannot afford all this illegal immigration and everything that comes with it. Everything from the crime to the drugs and the kidnappings and extortion and the beheadings and the fact that people can't feel safe in their communities".[31]

[28] El alcalde de Coccaglio, Claretti, el cual pertenece a la Liga Norte lanzó en noviembre de 2009 el programa *bianco Natale* —blanca navidad—, cuyo objetivo era hacer un censo y detección de todos los extranjeros extracomunitarios para luego denunciar a los clandestinos ante la policía y expulsarlos. Claretti declaró que aunque en el pueblo de 8,500 habitantes no hay criminalidad, "solo queremos iniciar una limpia" antes de navidad. Este no se trata de un caso aislado pues desde entonces, las propuestas para la persecución de inmigrantes organizadas desde gobiernos locales se han multiplicado. "Un bianco Natale senza immigrati. Per le feste il comune caccia i clandestini", *La Repubblica*, 18 de noviembre de 2009, disponible en: *http://www.repubblica.it/2009/11/sezioni/cronaca/natale-a-coccaglio/natale-a-coccaglio/natale-a-coccaglio.html*.

[29] El Tratado de Amistad, Asociación y Cooperación firmado en entre Italia y Libia que contempla diversas medidas para contención de la migración africana. Patrullaje conjunto en aguas del mediterráneo. La construcción de un muro electrónico en Libia, con un costo de 300 millones de euros financiado el 50% por Italia, y la otra mitad por la Unión Europea —el proyecto ha sido adjudicado a una empresa italiana—. Por otro lado, se prevé el retorno y deportación masiva de pateras a penitenciarías en Libia, sin importar país de origen, caso particular o búsqueda de asilo, violando así la convención de Ginebra.

[30] Naletto, Grazia, *Rapporto sul razzismo in Italia*, Milán, Manifesto Libri, 2009.

[31] "Quotes: Politicians and Officials Comment on Border Security", *USA Today*, 15 de julio de 2011, disponible en: *http://www.usatoday.com/news/washington/2011-07-15-border-violence-quotes_n.htm*.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

Discurso político	*Ejemplos*
	Donald Trump, presidente de Estados Unidos, dijo: "When Mexico sends its people, they're not sending the best. They're not sending you, they're sending people that have lots of problems and they're bringing those problems with us. They're bringing drugs. They're bring crime. They're rapists… And some, I assume, are good people".[32]
Desempleo	Mariano Rajoy, ex presidente del gobierno de España: "Hay que reformar ya la política de inmigración. Ya empezamos a ver algunas cosas que no son buenas en algunos lugares de España. Hay 180.000 extranjeros cobrando el seguro de desempleo y ya volvemos a tiempos pasados: ya hay 20,000 andaluces que han pedido trabajo en la vendimia francesa".[33]
Pobreza	Nicolás Sarkozy, expresidente de Francia: "Francia, o Europa, no van a aceptar toda la miseria del mundo", citando una expresión del ex primer ministro francés Michel Rocard.[34]
Higiene	En 2008, Dino De Rubeis, exalcalde de Lampedusa —ciudad en la que desembarcan inmigrantes provenientes de África—: "No soy racista, pero la carne de un negro huele mal aún después de lavada".[35]
Amenaza cultural / identidad	Umberto Bossi, hablando sobre la victoria de Italia en el mundial de 2006: "Es una victoria de la identidad italiana, de un equipo que ha alineado lombardos, napolitanos, vénetos y calabreses y que ha vencido a un equipo, Francia, que para conseguir resultados ha sacrificado su identidad alineando negros, musulmanes y comunistas".[36]

FUENTE: elaboración propia.

Calificar de racista alguna ley, política pública o discurso implica un ejercicio analítico altamente subjetivo, por lo que es necesario subrayar que no toda lógica de diferenciación entre ciudadanos y migrantes regulares e irregulares involucra una política racial. Por su parte, si bien en términos

[32] "Donald Trump's False Comments Connecting Mexican Immigrants and Crime", *Washington Post*, 8 de julio de 2015, disponible en: *https://www.washingtonpost.com/news/fact-checker/wp/2015/07/08/donald-trumps-false-comments-connecting-mexican-immigrants-and-crime/?noredirect=on&utm_term=.ce023cd2d11b*.

[33] "Rajoy critica que 180,000 inmigrantes cobren el paro", *El País*, 16 de septiembre de 2008, disponible en: *http://www.elpais.com/articulo/espana/Rajoy/critica/180000/inmigrantes/cobren/paro/elpepunac/20080916elpepinac_7/Tes*.

[34] "Mercosur rechaza la política migratoria de Unión Europea", *Los Tiempos*, 2 de julio de 2008, disponible en: *http://www.lostiempos.com/actualidad/mundo/20080702/mercosur-rechaza-politica-migratoria-union-europea*.

[35] Naletto, Grazia, *op. cit.*

[36] *Idem.*

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

prácticos no es posible que los Estados permitan la entrada de todo aquel que quiera entrar a su territorio sin obstáculos, ante la evidencia reunida de persecución legal, discursiva y securitización de las medidas migratorias, resulta preciso confirmar el retorno del racismo de Estado contemporáneo, o incluso un racismo democrático,[37] como sugiere llamarle Salvatore Palidda.[38] Esto queda expuesto en varios de los ejemplos antes mencionados, que en su momento fueron medidas populares justificadas legítimamente para procurar un mayor control migratorio, seguridad, defensa de soberanía, las cuales, analizadas desde una perspectiva más amplia, exhiben que cada vez más países utilizan dispositivos para el acoso de la cotidianeidad migrante. Una particularidad de los ejemplos de la tabla anterior radica en que involucra una aplicación directa, y también una interpretación racista de las leyes, políticas públicas y operativos antiinmigrantes, donde el fenotipo y el juicio superioridad-inferioridad cultural fue parte de la discusión pública previa a la posterior implementación de las medidas, donde más que una xenofobia generalizada, los dispositivos van dirigidos a la cotidianeidad de grupos étnicos y nacionalidades específicas.

En el caso de la Unión Europea, en los últimos años se ha avanzado en múltiples acuerdos supranacionales para dinamizar el intercambio político, económico y su movilidad. El precio por la eliminación de fronteras internas ha sido el combate frontal de la migración extracomunitaria, llevando a sus gobiernos y legislaciones a desplegar mecanismos de exclusión. Pero también es cierto que hay apertura a la discusión del fenómeno, con distintas organizaciones civiles (OSC) y partidos políticos que realizan labor constante para señalar violaciones a los derechos humanos de las personas migrantes. La creciente política racial está vinculada visiblemente a las victorias de partidos de derecha y extrema derecha que han ganado elecciones, especialmente a partir de la crisis económica de 2008 y particularmente en los últimos años por la llegada de desplazados y refugiados por distintas crisis humanitarias en África y Oriente Medio. De esta forma, la Unión Europea vacila entre el discurso cosmopolita y la acción exclusógena-racista.

Por su parte, en Estados Unidos el debate migratorio parece que ha dejado de ser cíclico, para convertirse en una constante desde hace al menos un par de décadas. Aunque ciudades enteras dependen de la mano de obra,

---

37 El racismo democrático se explica a partir de la justificación que una anónima mayoría apoya la discriminación implícita o explícitamente, con el objetivo de un reforzamiento identitario. Así, los políticos que se escudan en la *democracia* para realizar toda clase de políticas y leyes racistas y/o exclusógenas. Véase Palidda, Salvatore, *Razzismo democratico. La persecuzione degli stranieri in Europa*, Milano, Agenzia X, 2009.

38 *Idem.*

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

del consumo y de la aportación social de las personas migrantes, se han multiplicado y fortalecido grupos de odio y políticos de extrema derecha, que para captar más votos han recurrido al recurso de señalar como culpables a las personas migrantes irregulares de los problemas sociales, económicos y de inseguridad. Si bien en la política y en la sociedad estadounidense el racismo está lejos de ser total, la Ley SB1070 en 2010 en Arizona, marcó la pauta para proyectos similares y acciones sistemáticas contra personas migrantes del sur con una postura implícita de inferioridad-superioridad racial, cultural y nacional. Esta tendencia fue señalada por distintos sectores de activistas, abogados, organismos y medios de comunicación, años antes de la llegada a la presidencia de Trump. Como ejemplo, una editorial del *New York Times* en 2011 titulada "It Gets even Worse", donde criticó la escalada legal antiinmigrante, que sin importar violaciones a la Constitución y posibles impactos negativos en las economías locales, atenta contra los derechos y la vida cotidiana de familias enteras de personas migrantes y ciudadanos de fenotipos minoritarios. "The laws vary in their details but share a common strategy: to make it impossible for people without papers to live without fear".[39] Lo cual demuestra que la biopolítica y el derecho se han convertido en una estrategia fundamental de persecución al contar con dos vías: la aplicación irrestricta de la ley o la omisión de su cumplimiento de forma deliberada, que, en términos de Agamben,[40] refleja un intermitente o permanente *estado de excepción*, en el que la norma es suspendida ante emergencias nacionales, reales o generadas ante la opinión pública.

De esta forma, Europa y Estados Unidos muestran dos caras. Por un lado, sus políticos pasean por los foros del mundo jactándose de su política social, juzgando si tal país es más o menos democrático, si respeta los derechos humanos, si su economía está bien dirigida o no. Todo esto mientras al interior se gesta, en diversos espacios mediáticos, políticos y sociales, una indiferencia a los problemas foráneos, individualismo exacerbado y estigmatización de la diferencia, que en conjunto han favorecido el acceso de políticos y partidos políticos nacionalistas, xenófobos y racistas, que arropados por la legitimidad democrática y el miedo violan derechos humanos, reprimen y discriminan a las personas migrantes que no cuentan con las condiciones económicas, raciales y socioculturales *suficientes* para estar en su territorio.

---

39 "It Gets Even Worse", *New York Times*, 4 de julio de 2011, disponible en: *http://www.nytimes.com/2011/07/04/opinion/04mon1.html?_r=1&scp=1&sq=It%20gets%20even%20worst&st=cse*.

40 Agamben, Giorgio, *Estado de excepción*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo, 2005.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

Ciertamente, aunque el racismo de Estado en Europa y Estados Unidos es un asunto delicado por su carga histórica y semántica, esto no debe evitar hablar de él cuando actualmente los gobiernos están implementando dispositivos de control biopolítico. Que el racismo actual y la exclusión social que conlleva cuenten con mecanismos que los maticen hasta el punto de justificarlos, es un asunto que lleva a cuestionar si los cimientos de derechos humanos y democráticos de Occidente son un simulacro que se remite a lo procedimental o a un verdadero punto de partida para la construcción de lo social. En suma, ejemplos como los antes referidos permiten ilustrar que la discusión del racismo contemporáneo es una necesidad no sólo social o científica, sino que busca evitar el olvido de la historia reciente.

IV. Consideraciones finales. Mirando al futuro, biopolítica, racismo y exclusión social

A lo largo de esta propuesta hemos revisado cómo el racismo y la migración son conceptos que han ido de la mano en el devenir social con un especial auge en los últimos años. No es sencillo escribir sobre categorías polémicas sin crear discusión y cuestionamientos. Algunos investigadores han dejado en el olvido al racismo y propuesto otros conceptos, como etnofobia, xenofobia, heterofobia, alterofobia. Pero la debilidad de estos es que, además de ser restrictivos respecto al sujeto de análisis, también se reducen a la fobia, es decir, al miedo,[41] por lo que la utilidad de racismo como concepto va más allá y se encuentra lejos de ser una categoría residual.

Al respecto, Wieviorka se pregunta: "¿hay que seguir hablando todavía de racismo cuando el rechazo y el odio se fundan en la diferencia cultural?".[42] Si bien al hablar de racismo se tiene la creencia generalizada de que el rechazo se fundamenta en el fenotipo, esto es impreciso, pues desde sus inicios conceptualmente el componente cultural es parte fundamental de la construcción del racismo social e institucional que se materializa en juicios y acciones al clasificar a grupos como interiores/superiores. Ahora

[41] "Los… miedos pueden ser de tres clases. Los hay que amenazan el cuerpo y las propiedades de la persona. Otros tienen una naturaleza más general y amenazan la duración y la fiabilidad del orden social del que depende la seguridad del medio de vida [la renta, el empleo] o la supervivencia [en el caso de invalidez o de vejez]. Y luego están aquellos peligros que amenazan el lugar de la persona en el mundo: su posición en la jerarquía social, su identidad [de clase, de género, étnica, religiosa] y, en líneas generales, su inmunidad a la degradación y la exclusión sociales". Bauman, Zygmunt, *Comunidad. En busca de seguridad en un mundo hostil*, Madrid, Siglo XXI, 2003, p. 12.

[42] Wieviorka, Michel, *op. cit.*, p. 45.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

más que nunca, lo cultural se encuentra incrustado —*embedded*— en el *racial profiling* institucionalizado de países postindustriales, a pesar de los esfuerzos por posicionar el discurso de la globalización, el respeto a los derechos humanos y el multiculturalismo.

A partir de la globalización, la idea de territorios soberanos y estables con ciudadanos homogéneos se ha desdibujado. Sin embargo, esto no involucra una pérdida total de la soberanía, pues es frecuente que gobiernos de todo el mundo pasen por alto sin mayores contratiempos tratados internacionales en derechos humanos firmados hace décadas, migración y discriminación. El alcance de las acciones gubernamentales en la vida cotidiana de ciudadanos y migrantes sigue siendo fundamental, a pesar de los embates neoliberales que han buscado disminuir su influencia.

En este sentido, resulta urgente dejar de ver sólo *los problemas* de las sociedades de acogida y adoptar una postura regional, más humana y empática respecto a la migración. Cada persona migrante tiene historia, nombre y apellido. No son exclusivamente una variable demográfica o económica ni mano de obra barata ni criminalidad o millones en remesas. No son números; tampoco son los que hablan o visten diferente. Dejar atrás familiares, amigos y entorno local por necesidad no es una experiencia grata. Tampoco lo es atravesar miles de kilómetros por desiertos y mares, muchas veces sin éxito, perdiendo todo —inclusive el patrimonio invertido de familias enteras— al ser deportados. Pero la situación más grave se da al arriesgar la vida, pues ya no es asombro para nadie escuchar noticias sobre hundimientos de pateras en el Mediterráneo o sobre los cientos de desaparecidos en el desierto de Arizona cada año. Al final del camino, a las personas que consiguen llegar al destino planeado o circunstancial les espera muchas veces un entorno de discriminación, violencia, estigmatización, exclusión y acoso en distintos espacios sociales e institucionales.[43]

Es por esto que no habrá mucho futuro de mantenerse las actuales condiciones de desigualdad y marginación. El crecimiento de la migración, si bien es producto de causas complejas y diversas, las más importantes siguen siendo la búsqueda de oportunidades para ganarse la vida y para salir de contextos de profunda pobreza y violencia. Por lo que parece necesaria la sensibilización a los políticos y ciudadanos tanto de países postindustriales como de países expulsores de personas migrantes. Aunque no se defiende

[43] "La raíz de los problemas [migratorios] está en las condiciones de pobreza y desarticulación política y económica que se dan en amplias zonas del mundo, mientras algunos privilegiados continuamos viviendo plácidamente en nuestros paraísos de prosperidad", Tezanos, *ibidem*, p. 15.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

una visión paternalista del desarrollo, gran parte de la desigualdad actual deviene de un proceso histórico de explotación colonial que después encontró mecanismos políticamente *más correctos* y económicamente más efectivos con el capitalismo y el periodo neoliberal, como refiere Mbembe. Algunos tímidos intentos, como la exigua y en retroceso cooperación al desarrollo, han demostrado ser absolutamente insuficientes. El problema es que se evade el fondo de la cuestión, es decir, cambia la forma en cómo interactúan las sociedades y las esferas de poder político y económico a nivel local e internacional.

Lo que queda claro es que de sostenerse la visión inmediatista y de corto plazo de acumulación por encima de cualquiera, no deberá ser sorpresa para nadie que el malestar social, los conflictos interculturales, la violencia y la desigualdad se mantengan en crecimiento como en los últimos años. Si bien cada país y empresa tienen intereses propios, no hay interés particular que esté por encima de la idea de humanidad, en términos de Arendt.[44] En suma, el fenómeno migratorio ha develado el lado racista, xenófobo, intolerante y discriminatorio de algunos gobiernos y ciudadanos receptores. Sin embargo, tampoco hay que asustarse, pues en lo político y en lo social el conflicto es el común denominador de las relaciones, por lo que esta propuesta únicamente busca resaltar el racismo de Estado no como un fenómeno superado, sino como uno que ha encontrado nuevos caminos. Se quiera o no, y sin importar la altura de los muros físicos, sociales y jurídicos, el camino es la diversidad.

V. Bibliografía

Agamben, Giorgio, *Estado de excepción*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo, 2005.

Arendt, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*, Madrid, Taurus, 1974.

Barker, M., *The New Racism: Conservatives and the Ideology of the Tribe*, Londres, Junction Books, 1981.

Bauman, Zygmunt, *Comunidad. En busca de seguridad en un mundo hostil*, Madrid, Siglo XXI, 2003.

Bauman, Zygmunt, *La globalización. Consecuencias humanas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999.

Beck, Ulrich, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Buenos Aires, Paidós, 1999.

[44] Arendt, Hannah, *op. cit.*, p. 225.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Paidós, 2002.

BONILLA-SILVA, Eduardo, *Racism without Racists: Color-Blind Racism and the Persistence of Racial Inequality in the United States*, Lanham, Rowman & Littlefield Publishers, 2006.

CALAVITA, Kitty, *Immigrants at the Margins: Law, Race, and Exclusion in Southern Europe*, Nueva York, Cambridge University Press, 2005.

CALVO BUEZAS, Tomás, "Racismo", en BLÁZQUEZ-RUIZ, F. Javier (dir.), *10 Palabras clave sobre racismo y xenofobia,* Navarra, Verbo Divino, 1996.

CEA D'ANCONA, M. Ángeles, "La exteriorización de la xenofobia", *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, s.l.i., núm. 112, 2005.

COLINO, César, "Racismo", en REYES, Román (dir.), *Diccionario crítico de ciencias sociales*, Madrid-México, Plaza y Valdés, 2009.

CONIGLIO, Nicola D., *Intentions to Return of Undocumented Migrants: Illegality as a Cause of Skill Waste,* Bonn, s. e., 2006.

CORSI, Marcella, *I sommersi e i sanati: le regolarizzazioni degli immigrati in Italia*, Bolonia, Il Mulino, 2004.

CRUSH, Jonathan y RAMACHANDRAN, Sujata, *Xenophobia, International Migration and Human Development*, United Nations Development Programme, Research Paper 2009/47, septiembre de 2009.

DALLA ZUANNA, Giampiero, *Nuovi Italiani: i giovani immigrati cambieranno il nostro paese?*, Bologna, Il Mulino, 2009.

DE GOBINEAU, Joseph Arthur, *Essai sur l'inégalité des races humaines,* París, Éditions Pierre Belfond, 1967.

FEKETE, Liz, "Europe: Crimes of Solidarity", *Race & Class*, s.l.i., núm. 50, 2009.

FEKETE, Liz, "Europe's Shame, a Report on 105 Deaths Linked to Racism or Government Migration and Asylum Policies", *European Race Bulletin*, núm. 66, 2009[a].

FEKETE, Liz y WEBBER, Frances,"Foreign Nationals, Enemy Penology and the Criminal Justice System", *Race & Class*, s.l.i., núm. 51, abril de 2010.

FOUCAULT, Michel, *Genealogía del racismo. De la guerra de razas al racismo de Estado*, Madrid, La Piqueta, 1992.

GOLDBERG, David T., *The Racial State,* Oxford, Blackwell, 2002.

HABERMAS, Jürgen, *La inclusión del otro*, Barcelona, Paidós, 1999.

HELD, David y MCGREW, Anthony, *Globalización/Antiglobalización. Sobre la reconstrucción del orden mundial*, Barcelona, Paidós, 2003.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

HELD, David, *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, Barcelona, Paidós, 1997.

HOBBES, Thomas, *El Leviatán*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992.

KRASNER, Stephen, *Soberanía, hipocresía organizada*, Barcelona, Paidós, 2001.

KUDNAMI, A., "In a Foreign Land: the New Popular Racism", *Race & Class*, s.l.i., núm. 43, 2001.

LEONARD, Annie, *La historia de las cosas*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2010.

MBEMBE, Achille, *Crítica de la razón negra,* Barcelona, NED, 2016.

MENGON, Giovanni, *Italiani, tramonto di una razza?*, Milán, Ancora, 2001.

NALETTO, Grazia, *Rapporto sul razzismo in Italia*, Milán, Manifesto Libri, 2009.

PALIDDA, Salvatore, *Razzismo democratico. La persecuzione degli stranieri in Europa*, Milán, Agenzia X, 2009.

Pnud, *Informe sobre Desarrollo Humano 2009, Superando barreras: Movilidad y desarrollo humanos,* Nueva York, Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, 2009.

RIVERA, Annamaria, *Estranei e nemici: discriminazione e violenza razzista in Italia*, Roma, DeriveApprodi, 2003.

SARTORI, G., *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Madrid, Taurus, 2001.

STRANGE, Susan, *La retirada del Estado. La difusión del poder en la economía mundial*, Barcelona, Icaria, 2003.

TEZANOS, José Félix y TEZANOS, Sergio, "La cuestión migratoria en España. Tendencias en inmigración y exclusión social", *Sistema*, Madrid, núm. 190-191, enero de 2006.

TEZANOS, José Félix, *Tendencias en desigualdad y exclusión social*, Madrid, Sistema, 2001.

TREPAGNIER, Barbara, *Silent Racism: How Well-Meaning White People Perpetuate the Racial Divide,* Boulder, Paradigm Publishers, 2006.

WEBER, Max, *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1969.

WELLMAN, David T., *Portraits of White Racism*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993.

WIEVIORKA, Michel, *El racismo. Una introducción*, Barcelona, Gedisa, 2009.

WITTE, Rob, *Racist Violence and the State: a Comparative Analysis of Britain, France, and the Netherlands*, Londres, Longman, 1996.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

WONG, Aliza S., *Race and the Nation in Liberal Italy, 1861-1911: Meridionalism, Empire, and Diaspora,* Nueva York, Palgrave-MacMillan, 2006.

ZABLUDOVSKY, Gina, "Globalización y participación política en el mundo moderno", *Sociología y política, el debate clásico y contemporáneo*, México, Miguel Ángel Porrúa-UNAM, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, 2002.

Otras fuentes

"Aumentan las deportaciones de argentinos en España", *Indymedia*, 2 de abril de 2010, disponible en: *http://estrecho.indymedia.org/m%C3%A1laga/noticia/aumentan-las-deportaciones-argentinos-espa%C3%B1*.

"Donald Trump's False Comments Connecting Mexican Immigrants and Crime", *Washington Post*, 8 de julio de 2015, disponible en: *https://www.washingtonpost.com/news/fact-checker/wp/2015/07/08/donald-trumps-false-comments-connecting-mexican-immigrants-and-crime/?noredirect=on*.

"El tribunal de la UE invalida el delito de inmigración ilegal que aprobó Italia", *El País*, 29 de abril de 2011, disponible en: *http://www.elpais.com/articulo/internacional/tribunal/UE/invalida/delito/inmigracion/ilegal/aprobo/Italia/elpepiint/20110429elpepiint_17/Tes*.

"En EU crecen abusos a migrantes", *El Faro*, 16 de julio de 2010, disponible en: *http://elfaronoticias.com/?p=349*.

Fidh, "Estados Unidos-México muros, abusos y muertos en las fronteras. Violaciones flagrantes de los derechos de los migrantes indocumentados en camino a Estados Unidos", 2008, disponible en: *http://www.womenontheborder.org/documents/USAMexiquemigran488esp.pdf*.

"HUELGA de hambre contra la «burocracia xenófoba» en Italia", *El País*, 7 de enero de 2010, disponible en: *http://www.elpais.com/articulo/internacional/Huelga/hambre/burocracia/xenofoba/Italia/elpepuint/20100107elpepiint_9/Tes*.

HUMA, "La red HUMA denuncia la penalización en Europa de la asistencia humanitaria a las personas inmigrantes sin permiso de residencia", 15 de junio de 2011, disponible en: *http://www.redxlasalud.org/index.php/mod.documentos/mem.descargar/fichero.documentos_DOC-121_3b819e9f%232E%23pdf*.

"It Gets Even Worse", *New York Times*, 4 de julio de 2011, disponible en: *http://www.nytimes.com/2011/07/04/opinion/04mon1.html?_r=1&scp=1&sq=It%20gets%20even%20worst&st=cse*.

"Italia sólo permitirá un 30% de alumnos extranjeros en las aulas", *El País*, 9 de enero de 2010, disponible en: *http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Italia/*

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

solo/permitira/alumnos/extranjeros/aulas/elpepusoc/20100109elpepisoc_6/Tes.

"Los chilenos en España y la deportación exprés", *Terra Magazine*, 21 de septiembre de 2007, disponible en: *http://www.co.terra.com/terramagazine/interna/0,,OI1926142-EI9843,00.html*.

MACÍAS, Jorge Luis, "Prisiones en EE.UU.: Un negocio multimillonario", *Aol Noticias*, 9 de julio de 2011, disponible en: *http://noticias.aollatino.com/2011/07/09/prisiones-en-ee-uu-un-negocio-multimillonario/*.

"Mercosur rechaza la política migratoria de Unión Europea", *Los Tiempos*, 2 de julio de 2008, disponible en: *http://www.lostiempos.com/actualidad/mundo/20080702/mercosur-rechaza-politica-migratoria-union-europea*.

"Quotes: Politicians and Officials Comment on Border Security", *USA Today*, 15 de julio de 2011, disponible en: *http://www.usatoday.com/news/washington/2011-07-15-border-violence-quotes_n.htm*

"Rajoy critica que 180,000 inmigrantes cobren el paro", *El País*, 16 de septiembre de 2008, disponible en: *http://www.elpais.com/articulo/espana/Rajoy/critica/180000/inmigrantes/cobren/paro/elpepunac/20080916elpepinac_7/Tes*.

"Reactivan plan antiinmigrante con deportaciones exprés", *Primer Momento*, 14 de julio de 2011, disponible en: *http://primermomento.com/?p=94490*.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, "Xenofobia", 2010, disponible en: *http://www.rae.es*.

"Un bianco Natale senza immigrati. Per le feste il comune caccia i clandestini", *La Repubblica*, 18 de noviembre de 2009, disponible en: *http://www.repubblica.it/2009/11/sezioni/cronaca/natale-a-coccaglio/natale-a-coccaglio/natale-a-coccaglio.html*.

Unesco, *International Migration, Racism, Discrimination and Xenophobia*, 2001, disponible en: *www.unesco.org/most/migration/imrdx.pdf*.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

CAPÍTULO SÉPTIMO

DESPOSESIÓN BIOPOLÍTICA DE DERECHOS HUMANOS FRENTE AL EXTRACTIVISMO MINERO EN MÉXICO

Mariana CELORIO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Desposesión biopolítica de DH en el capitalismo neoliberal*. III. *Aspectos centrales del extractivismo minero en México*. IV. *El derecho como regulador de la muerte*. V. *Obsolescencia programada y consumismo*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Al reflexionar en torno al título de este libro: *El derecho como regulación de la vida y de la muerte*, el Estado mexicano produce dos tipos de crisis en el ámbito de derechos humanos (DH). *La primera*, conocida por todos, es la violación de DH por acción, omisión o exclusión;[1] *la segunda*, es la desposesión de DH, categoría analítica que propongo para comprender la eliminación *de facto* de DH en el capitalismo neoliberal.

Con relación a las consecuencias humanas, sociales y ambientales, tanto la violación como la desposesión de DH tienen efectos similares: inducen precariedad, vulnerabilidad, caos, sufrimiento y, en casos más extremos, causan la muerte. Sin embargo, sus orígenes son opuestos. Mientras la primera crisis mencionada implica que el Estado atenta contra los DH contenidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en los protocolos y en las convenciones nacionales e internacionales de DH que ha firmado y

* Doctora en Ciencias Políticas, actualmente realiza una estancia de investigación posdoctoral en el Posgrado de Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Iberoamericana, y es docente en la misma institución. Agradezco a la doctora Marisol López y al doctor Jairo López sus valiosos comentarios a mi texto.

[1] Referida ampliamente en el informe "Situación de los derechos humanos en México 2016". Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de la Organización de Estados Americanos (OEA).

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

ratificado para proteger la vida y sus múltiples expresiones. En consecuencia, la violación de DH es una acción ilegal, inmoral y abominable, y, frente a ésta, existen instrumentos de exigibilidad, sanción y defensa; es decir, los individuos, las colectividades violentadas y las organizaciones de la sociedad civil, regionales, nacionales e internacionales que defienden DH pueden apelar a los instrumentos legales para su defensa.

A diferencia de la violación de DH, la desposesión de éstos, por el contrario, es una acción legal que implica despojar al individuo y a las colectividades de derechos conquistados históricamente a través de luchas sociales en ámbitos nacionales e internacionales; derechos reconocidos en las declaraciones, convenciones y protocolos nacionales e internacionales de DH; derechos pensados y reproducidos en los imaginarios sociales.

La desposesión de DH obedece a una regulación estatal basada en leyes que dan entrada "legal" a las políticas neoliberales que contradicen principios básicos propios de los DH. Esto significa políticas de regulación legal que acorazan al régimen de acumulación y eliminan *de facto* los DH que puedan acotarlo.

En este sentido, el derecho opera al servicio del capital como un dispositivo gubernamental legítimo, que lejos de proteger a las personas, las coloca en situación de vulnerabilidad, en tanto que extingue derechos que poseían, y con ello también anula instrumentos legales de exigibilidad. Normaliza en ciertos espacios y tiempos la ausencia de DH, y normaliza las consecuencias sociales que esto genera, como la precariedad laboral y económica, las migraciones domésticas e internacionales, la profundización de la pobreza, la exclusión del desarrollo y la represión policiaca en contra de comunidad en resistencia, etcétera.

En suma, en este artículo confronto la desposesión de DH que he trabajado teóricamente[2] con una realidad empírica. Para ello, retomo la propuesta epistemológica del conocimiento situado del feminismo de Donna Haraway,[3] y traslado de un lugar genérico y abstracto, que implica la especulación teórica sobre la desposesión de DH, a una realidad empírica: el extractivismo minero en México.

En términos metodológicos, para situar la desposesión de DH se requiere analizar cuatro elementos: *a)* un recurso o territorio en disputa; *b)* leyes y

[2] Celorio, Mariana, "Desposesión de derechos humanos en el capitalismo contemporáneo", en Estévez, Ariadna y Vázquez, Daniel (coords.), *9 razones para (des) confiar de las luchas por los derechos humanos*, México, UNAM-FLACSO, 2017, pp. 263-294.

[3] Haraway, Donna, "Situated Knowledges: The Science Question in Feminism and the Privilege of Partial Perspective", *Feminist Studies*, Nueva York, vol. 14, núm. 3, 1988, pp. 576-599, disponible en: *https://www.jstor.org/stable/3178066* (fecha de consulta: 11 de mayo de 2018).

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

reglamentos que la operan; *c)* colectividades o sectores sociales afectados, y *d)* actividades o acciones estratégicas para el régimen de acumulación.

Respecto al territorio en disputa, elegí a la República mexicana. A lo largo y ancho del país, tienen lugar acciones concretas de desposesión biopolítica de DH a través de la concesión de territorios y apropiación de recursos naturales.

Capitales extractivistas están interesados en la "oferta" minera que ofrece el gobierno mexicano; operan lotes mineros, y de manera permanente buscan nuevas concesiones para abrir y explotar más minas para construir plantas hidroeléctricas a fin de tener energía eléctrica y agua para los procesos de extracción y limpieza de minerales, y para el *fracking*[4] a fin de obtener gas; todo ello sin importar los ecocidios y los desplazamientos de poblaciones que produzca.

En cuanto al segundo elemento, las leyes a través de las cuales se opera la desposesión de DH en materia de extractivismo minero, primero analizo la conceptualización hegemónica de la categoría "nación", plasmada en la Constitución, y después examino aspectos centrales de la Ley Minera, de la Ley de Hidrocarburos y de la Ley Federal de Derechos, que permiten operacionalizar legalmente la desposesión de DH en torno a la minería en México.

El tercer elemento para situar la desposesión se refiere a colectividades o grupos afectados, y en este sentido, muchas comunidades indígenas y pueblos mestizos de todo el país están siendo vulnerados en mayor o menor medida por el extractivismo minero.[5] En México, el 20% del territorio nacional está concesionado a la minería: "La Secretaría de Economía (SE) indicó que la quinta parte del país está concesionada al sector minero y hasta este año (2014), había expedido más de 32 mil permisos para llevar a cabo actividades de exploración y explotación minera en un área de 36 millones de hectáreas".[6]

El cuarto elemento metodológico para situar la desposesión de DH es el extractivismo minero en México, actividad estratégica del capitalismo neoliberal.

---

[4] Para extraer de algunos hidrocarburos se recurre a la fracturación hidráulica. Esta técnica implica la perforación de un pozo vertical hasta alcanzar la formación que contiene gas o petróleo, y requiere de enormes volúmenes de agua. Véase Alianza Mexicana contra el Fracking, "¿Qué es el *fracking*?", México, 2016, disponible en: *https://www.nofrackingmexico.org/que-es-el-fracking/* (fecha de consulta: 22 de julio de 2018).

[5] Para mayor referencia consultar la Red Mexicana de Afectados por la Minería, Rema.

[6] "20% del territorio nacional le pertenece al sector minero: SE", *SDPNoticias*, 2014, disponible en: *www.sdpnoticias.com/economia/2014/09/14/20-del-territorio-nacional-le-pertenece-a-sector-minero-se* (fecha de consulta: 23 de junio de 2018).

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

Finalmente, respecto a la estructura de este artículo, cabe mencionar que tiene cuatro secciones: En la primera explico qué entiendo por desposesión de DH; en la segunda, ofrezco un panorama sobre el extractivismo minero en México; en la tercera, abordo la Ley Minera, la Ley de Hidrocarburos y la Ley de Derechos como andamiaje legal de la desposesión de DH en materia de vida, territorio, cultura e identidad; es decir, el derecho como regulador de la muerte tanto de comunidades y como de territorios y medio ambiente.

Para terminar, en la cuarta sección analizo la obsolescencia programada para explicar la insaciable extracción minera y enmarcar esta desposesión de DH en la tríada del régimen de acumulación: extracción, producción y consumo.

II. Desposesión biopolítica de DH en el capitalismo neoliberal

En el marco del capitalismo neoliberal, y frente a la violencia que éste genera en términos sociales, comunitarios, laborales y medioambientales, propuse en trabajos anteriores,[7] una categoría analítica que da cuenta de la cancelación *de facto* de DH en diferentes ámbitos y niveles de la vida.

Los operadores políticos del capitalismo neoliberal (gobiernos) operan la desposesión de DH a través de la construcción de nuevas leyes y la adecuación de leyes vigentes a fin de permitirle al capital reproducir el régimen de acumulación; en este sentido, como ya se apuntó, la lógica jurídica y el derecho son dispositivos biopolíticos y necropolíticos, según sea el caso, que le permiten a la clase política, realizar ajustes institucionales de acuerdo con las necesidades que el capital va teniendo para llevar a cabo sus procesos estratégicos de acumulación y plusvalor.

El derecho es una construcción hegemónica que ordena el poder disciplinario del que habla Foucault; "produce a los individuos como sujetos constituidos en relación con la norma y los compendios legales-normalizadores [funcionan] como rituales de verdad".[8] Se le otorga a las leyes una suerte de vida propia y de legitimidad *per se*, que parece que las leyes pueden hablar por sí mismas; con ellas, se producen y reproducen las condiciones para la extracción de materias primas, para la apropiación de recursos na-

[7] Celorio, Mariana, *op. cit.*

[8] Botticelli, Sebastián, "La gubernamentalidad del Estado en Foucault; un problema moderno", *Praxis Filosófica*, nueva serie, núm. 42, enero-junio de 2016, pp. 83-106.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

turales y para la producción de mercancías; se acepta socialmente lo que éstas protegen y se normalizan los efectos de lo que no protegen, como el calentamiento global a la luz de la debilidad de las leyes ambientales.

La desposesión de DH sólo puede ser factible mediante ordenamientos jurídicos que la avalan, y que son formulados con fines de dominación y acumulación desde las relaciones del poder político y económico de los Estados nacionales; es decir, a través de las interacciones de las elites políticas y económicas, con el propósito de adecuar las reglas de operación que fueron vigentes en el Estado de bienestar para crear las condiciones que el capitalismo neoliberal necesita para realizar los procesos estratégicos de producción y, de manera consecuente, mantener vigente la sociedad de consumo y los ciclos de reproducción y acumulación.

La razón de Estado, entendida como una racionalidad específica para gobernar, se sostiene en la reproducción de las condiciones de acumulación del capital. En esta lógica, las elites dominantes, luego del Consenso de Washington, invirtieron la pirámide donde se asentaban los DH. Mientras que el liberalismo encontró un fundamento central en el individualismo y en la urgencia de proteger a las personas y al mercado de monarquías absolutistas que prevalecieron antes de la formación del Estado moderno y después de regímenes autoritarios durante el siglo XX, que encontraron expresiones dramáticas en la Alemania Nazi, en la Italia de Mussolini, en la España de Franco y en la Rusia de Stalin.

Un fundamento medular del Estado liberal de fines del siglo XVIII, durante el XIX y parte del XX es su sentido limitado respecto al ejercicio absoluto del poder político del Estado feudal, absolutista y totalitario.

> El presupuesto filosófico del Estado Liberal… es la doctrina de los derechos del hombre elaborado por la escuela del derecho natural: iusnaturalismo, la doctrina, de acuerdo con la cual el hombre, todos los hombres indistintamente, tienen por naturaleza, y por tanto sin importar su voluntad, mucho menos la voluntad de unos cuantos o de uno solo, algunos derechos fundamentales, como el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad, a la felicidad, que el Estado o más concretamente aquellos que en un determinado momento histórico detentan el poder legítimo de ejercer la fuerza para obtener la obediencia a sus mandatos, deben respetar no invadiéndolos y garantizarlos frente a cualquier intervención posible por parte de los demás.[9]

[9] Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 11.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

La filosofía liberal, a través de los derechos del hombre y del ciudadano, basó su doctrina política en los incipientes, DH, que si bien fue una carta excluyente, funcionó como principio del Estado moderno y encontró su máxima expresión con la Declaración Universal de Derechos Humanos, emitida frente al totalitarismo europeo y el holocausto.

Al contrario del liberalismo, que en términos generales creó condiciones para proteger los DH de las personas durante el Estado de bienestar, el neoliberalismo asienta su doctrina política en transformar al Estado y limitar sus funciones en materia de seguridad social, y al mismo tiempo acota los DH en relación con el mercado y el capital. La noción que se vislumbra dentro del Estado neoliberal es proteger al capital de las personas y de los gobiernos; coloca, por ende, en la base de la pirámide al capital e identifica a los DH como elementos antagónicos a sus lógicas de rentabilidad económica y a sus tasas de ganancia y plusvalía.

El paso del liberalismo al neoliberalismo implicó un vuelco para los DH, vuelco que se puede constatar en dos niveles. El Estado de bienestar fue instituido por gobiernos que regulaban al mercado en resguardo de la población, y el Estado neoliberal está instituido por gobiernos que protegen al mercado de la población.

En otro orden de ideas, el hecho de que la desposesión de DH tenga lugar en el capitalismo neoliberal significa que ésta ocurre en todos los países acoplados al modelo económico y a la doctrina neoliberal. Esto implica que todas las personas que viven en países centrales y periféricos se encuentran bajo condiciones de precariedad y vulnerabilidad. Un ejemplo de ello son las legislaciones laborales vigentes en los Estados nacionales, donde fueron desposeídos derechos conquistados históricamente por el movimiento obrero, como son las jubilaciones, las pensiones, la huelga, la jornada de ocho horas, las vacaciones pagadas, los contratos colectivos, el sindicalismo y la atención médica pública y gratuita.

Las crisis de DH se agravan en Latinoamérica, particularmente en países como México, donde, por un lado, se cuenta con diversidad endémica de ecosistemas y una gran riqueza de recursos mineros y naturales que despiertan la codicia del capital, que insiste en el despojo y saqueo histórico vigente desde la Colonia, y ahora reglamentado e institucionalizado con el neoliberalismo; por el otro lado, donde el Estado de derecho es discrecional y conviven, en geografías en disputa, la obediencia y la desobediencia de las leyes; donde los binomios corrupción-impunidad y legalidad-castigo se operan a voluntad por elites gubernamentales y burocracias extensas; contextos que producen que la situación en materia de seguridad humana y de protección de las personas en México sea más precaria que en aquellos países

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

donde impera el Estado de derecho y donde la desposesión de DH, aunque está legalizada y sea vigente, no se suma a la violación de éstos, como ocurre en México.

Siguiendo con la conceptualización de la desposesión de DH,[10] ésta es una acción consciente que se debe comprender a la luz de una racionalidad biopolítica de gobiernos: una forma particular de gestión y administración de las poblaciones, basada en: *a)* las lógicas de rentabilidad del capital, y *b)* en el interés de las elites de quitarle a ciertas poblaciones parte de lo que poseen: sus bienes materiales y tangibles, como su trabajo y medios de subsistencia, sus recursos naturales, sus territorios; y sus bienes inmateriales e intangibles, como su identidad, su cultura, religión e ideología; encontrando su expresión más extrema en la determinación hegemónica de quiénes pueden vivir y bajo qué condiciones y de quiénes no pueden hacerlo, lo que Foucault establece como "el derecho de muerte y el poder sobre la vida".[11]

La perspectiva foucaultiana de biopolítica ayuda a explicar cómo en el capitalismo neoliberal, desde el imperio de la ley, se consolida un estado de excepción; desde la ley como un régimen de verdad, se excluye de la protección de derechos a poblaciones enteras; se desposeen derechos históricamente conquistados a través de luchas sociales, los derechos de la niñez y los derechos indígenas, el derecho a la vida,[12] a la unificación familiar, al patrimonio, a la identidad, al agua, a la propiedad colectiva del territorio.

En términos del derecho al territorio es conveniente mencionar que el capital conceptualiza a los territorios como suelos donde ubica sus procesos extractivos y productivos, y no como ecosistemas ni como espacios donde se asienta y reproduce tanto la cultura como la identidad de los pueblos, ni como áreas que se deben cuidar para garantizar la sustentabilidad a largo plazo, y con ello, el derecho a la vida de las siguientes generaciones. Para el capital, son espacios que instrumentaliza para el régimen de acumulación.

La desposesión de DH institucionaliza el despojo y el saqueo; su importancia no radica en términos de derechos constitucionales, que en última instancia son construcciones artificiales que obedecen a momentos histó-

---

[10] Esta sección es un extracto de mi trabajo "Desposesión de derechos humanos en el capitalismo contemporáneo", *cit*.

[11] Foucault, Michel, *Historia de la sexualidad 1. La voluntad de saber*, México, Siglo XXI, 1999, pp. 165-167

[12] Es importante distinguir que la desposesión de DH es, *de facto*, una desposesión jurídica e instrumental, y no *de jure*; las comunidades aún pueden reivindicar sus derechos de manera legítima, amparadas en el discurso tradicional de derechos humanos; que prospere su defensa o no es tema de otra discusión.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

ricos determinados, su trascendencia radica en que son DH producto de luchas sociales. Los DH no son abstracciones intangibles; sus principales significados se entienden a la luz de ser: *a)* instrumentos legales de exigibilidad de justicia y equidad; *b)* códigos éticos y morales; *c)* visiones particulares sobre futuros y reclamos sociales, y *d)* discursos de movilización, defensa y reivindicación social, refugio de la acción colectiva.

A partir de estos significados, desposeer DH representa quitarles a las poblaciones los instrumentos legales de exigibilidad y de justicia; cancelar cosmovisiones de pueblos originarios respecto a su vida, cultura, religión y futuro, y disminuir la capacidad para negociar el conflicto frente a la ocupación inmediata de territorios al liberarlos para el uso de concesiones; implica el ejercicio de violencias estatales y no estatales dentro de sistemas democráticos idealmente basados en DH; significa administrar la vida y el futuro de las personas con base en lógicas de rentabilidad; significa disciplinar al individuo mediante una racionalidad necropolítica que evade las consecuencias sociales y humanitarias que enfrentan las personas por las reconfiguraciones geoespaciales.

La desposesión de derechos no ocurre de manera aislada, se inserta en una compleja política global neoliberal para la producción del espacio; para negociar lo que Harvey llama arreglos institucionales capitalistas; es decir, reglas contractuales y esquemas de propiedad privada para la acumulación.

Pensar la desposesión no significa que dejan de existir los DH en el capitalismo neoliberal; significa que existen espacios digitales y territorios físicos donde extinguieron. Espacios normalizados de excepció, de acuerdo con Agamben.

En suma, con la desposesión se despojan derechos conquistados mediante la acción colectiva, una acción colectiva dialéctica que a partir de interacciones políticas entre antagónicos incidió en la producción social de leyes para regular los alcances del Estado y proteger DH de los pueblos. Estos antagonismos han sido históricos y suponen contradicciones sistémicas en términos económicos, políticos, sociales e ideológicos. De ahí que lo que se despoja con la desposesión de DH es también la memoria histórica de estas luchas.

III. Aspectos centrales del extractivismo minero en México

> Si el presente es miserable, con los proyectos de muerte quieren cancelar nuestro futuro. Si no luchamos por detener la muerte de nuestra Madre Tie-

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

> rra que pretende hacer el Estado y las empresas privadas, el futuro empieza a terminar hoy.
>
> Defendamos nuestra Madre Tierra, fuente de vida y sabiduría milenaria. No permitamos que nos la arrebaten los barones del dinero. Somos poseedores del Territorio Indígena llevando a cuestas la paradoja: montañas de riqueza, habitadas por pueblos en pobreza.[13]

De acuerdo con la Secretaría de Economía, "México ocupa el primer lugar del mundo en la producción de plata, es el primer destino en inversión para la exploración minera en América Latina".[14]

Según el informe *Where to Invest in Mining 2015*,[15] México es uno de los cinco mejores lugares a nivel mundial con el mejor ambiente para desarrollar la minería.

Esta clasificación la "presume" el gobierno de México como aval para la atracción de capitales multinacionales y para darle certeza a la inversión nacional. La considera como indicador de eficiencia en su gestión administrativa que publica en sus informes de crecimiento y desarrollo económico, de empleo y del mercado de divisas; pero omite explicar los criterios por los cuales dicha consultora establece la clasificación referida ni las consecuencias ambientales y sociales que genera. Estos criterios implican también "terribles" condiciones de trabajo para los mineros y tasas "irrisorias" de recaudación fiscal.

¿Por qué México tiene el mejor ambiente para hacer negocios mineros? Los criterios de Behre Dolbear Group para colocar a México en el quinto lugar de mejor ambiente para negocios mineros y menores riegos para la inversión minera son siete: corrupción, impuestos competitivos, estabilidad cambiaria; permisividad; licencia social; sistema económico y sistema político.

Si bien en el informe no se define cada criterio, a continuación los analizo: *primero*, colocar a la corrupción como cualidad, significa que el capital minero puede estar muy cómodo en México, puede comprar la condescendencia de la burocracia para operar libremente; puede operar paramilitares e ingenierías de conflicto étnico y sectorial; *segundo*, impuestos competitivos, bajas tasas tributarias, mayores ganancias; *tercero*, estabi-

---

[13] Serranos Unidos en Resistencia Indígena (SURI), "Luchar por la vida, oponerse a la muerte", manifiesto contra la minería, Zapotitlán de Méndez, Puebla, México, 2012.

[14] ProMéxico, "ProMéxico abre oportunidades al sector minero en el Latino America", México, Gobierno de México, 2017, disponible en: *www.gob.mx/promexico/articulos/promexico-abre-oportunidades-al-sector-minero-en-el-latin-america-down-under-2017?idiom=es* (fecha de consulta: 23 de mayo de 2018).

[15] Dolbear Behre Group, *Where to Invest in Mining, Denver, Colorado,* EUA, Minerals Industry Advisors, 2015, pp. 4-9.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

lidad cambiaria, si bien en los últimos seis años ha habido volatilidad cambiaría, este criterio aplica en términos de ganancias de inversión frente a una moneda depreciada; *cuarto*, permisividad, la flexibilidad en las regulaciones para las reglas de operación; conlleva a una tolerancia excesiva: significa dar facilidades para trabajar concesiones en territorios indígenas, en zonas protegidas, y en ecosistemas con alta biodiversidad endémica; la permisividad pretende cancelar disputas entre intereses económicos y derechos humanos; *quinto*, Licencia Social (*Social Licence to Operate*) es una práctica empresarial promovida desde 2004 por la ONU que busca que los procesos industriales tengan la aprobación de las comunidades o pueblos colindantes a estos; *sexto*, sistema económico: capitalismo [post] neoliberal; *séptimo*, sistema político, es decir, que el conjunto de instituciones administrativas, legislativas y judiciales constituyan el estado del capitalismo globalizado: el Estado Nacional de Competencia, entendido como una formación histórica estatal acorde con la atracción de capitales multinacionales, donde las lógicas de acumulación intensifican el despojo y la desposesión de DH.

> Se trata de un Estado cuya política y estructuras internas son determinadas decisivamente por las presiones de la "competencia internacional por el lugar óptimo" [para la inversión]… busca hacer óptimas las condiciones de rentabilidad del capital en relación con los procesos de acumulación globalizada en continua competencia con otros lugares óptimos nacionales.[16]

Es un Estado basado en la seguridad, autoritario y orientado a garantizar condiciones óptimas de rentabilidad para el capital. Es una formación donde ocurre una suerte de "desdemocratización dentro de los márgenes institucionales de la democracia liberal; las decisiones políticas… se desvinculan de los procesos democráticos de construcción de consensos… La política estatal queda sujeta a la imposición del mercado mundial".[17]

Las condiciones laborales tan precarias y los bajos salarios de los mineros son atributos que los discursos empresariales y gubernamentales enaltecen como mano de obra competitiva. Sin embargo, esta mano de obra está conformada por amplias capas de población empobrecida:[18] "En México

[16] Hirsch, Joachim, *Globalización, capital y Estado*, México, Universidad Autonoma Metropolitana, unidad Iztapalapa, 1996, pp. 110 y 111.

[17] *Idem*.

[18] La reforma laboral es un ordenamiento jurídico para desposeer derechos laborales y legalizar condiciones precarias de trabajo.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

los mineros que tienen un empleo fijo ganan en promedio de cinco a 10 dólares al día, mientras en Estados Unidos obtienen de 35 a 45 dólares por hora y en Canadá hasta 53 dólares [la hora]".[19] La disparidad de salarios hace de México un país óptimo para la inversión dentro del Estado Nacional de Competencia.

El ingreso de un minero o minera es de cien a doscientos pesos por día, o sea, de tres mil a seis mil pesos por mes; el tamaño de esta disparidad se puede comprender en comparación con Canadá, donde un minero o minera gana en promedio 424 dólares al día, lo que representa que gana ocho mil 480 dólares al mes; es decir, 169 mil 600 pesos al mes, contra los seis mil pesos que gana un minero mexicano.

Para dimensionar las ventajas fiscales que tiene la industria minera al invertir en México, destaca el informe *Las actividades extractivistas en México: minería e hidrocarburos hacia el fin del sexenio,* elaborado por Fundar, y citado por *Reporte Indigo*. "México, es el país que menos impuestos cobra a ese sector, comparado con otros países mineros de América Latina, de 2010 a 2014, en México el 1% de los ingresos fiscales provinieron de esta actividad, mientras que en Chile y Perú fue el 13.8% y 6.4%, respectivamente".[20]

En México, durante los gobiernos de Vicente Fox y Felipe Calderón, se concesionaron, en doce años, cerca de diez millones de hectáreas a la industria minera en todo el país.[21] Esto equivale a concesionar territorios que sumados son del tamaño de los estados de Veracruz y Colima y de la Ciudad de México. En total se operan minas asentadas en doscientos millones de hectáreas, lo que equivale, como ya se mencionó, a la quinta parte del territorio nacional.

En su conjunto, la industria minera tiene presencia en veintiséis estados; el mayor número de proyectos se encuentran en Sonora, con 202; Chihuahua, 117; Durango, 95; Sinaloa, 84; Zacatecas, 62; Jalisco, 54; Oaxaca, 33, y Guerrero, 33. Un dato que resulta alarmante es que la mayor parte de estos proyectos se ubican en los estados con menos agua del territorio nacional. El norte del país apenas cuenta con el 30% de la disponibilidad del líquido a escala nacional, pero concentra más de cuatrocientos proyec-

[19] Muñoz, Patricia, "Mineros en Canadá y Estados Unidos ganan por hora hasta cinco veces lo que un mexicano en un día", *La Jornada*, México, 2017, disponible en: *www.jornada.unam.mx/2017/09/11/politica/017n1pol* (fecha de consulta: 26 de mayo de 2018).

[20] Lemus, Jesús, "Mineras ganan millones, pero pagan impuestos simbólicos", *Reporte Índigo*, México, 2017.

[21] Garduño, Roberto, "Fox y Calderón cedieron casi 10 millones de hectáreas a mineras", *La Jornada*, México, 2015, disponible en: *www.jornada.unam.mx/2015/09/20/politica/005n1pol* (fecha de consulta: 22 de mayo de 2018).

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

tos mineros cuyos procesos de extracción de metales utilizan el agua como recurso principal:[22] "El 93% de las 345 empresas que operan en territorio nacional son de origen extranjero… de las cuales, el 65% son de origen canadiense, seguidas por las compañías estadounidenses. El resto de las mineras son, en su mayoría, de origen asiático, refiere el Informe Anual 2016 de la Cámara Minera de México (Camimex)".[23]

Por último, analizo tres indicadores importantes que hacen pensar que la situación de desposesión de DH con relación al extractivismo minero en México y los ecocidios que produce esta industria seguirán vigentes durante el gobierno federal de López Obrador, quien informó en conferencia de prensa que no se van a otorgar más concesiones, lo cual aparentemente es un acto de interés público que frena el impacto social y ambiental de la minería. En el mismo acto, el presidente aseguró que se respetarán los acuerdos anteriores a su gestión, y que no se revocará ninguna concesión (19 de marzo de 2019) para ello, "los únicos requisitos son que las empresas mineras, en particular las canadienses, lleven a cabo una explotación limpia, que se pague bien a los mineros, que se cubra la misma cantidad de impuestos que erogan allá en Canadá y, sobre todo, que no contaminen", dijo López Obrador.

Estos requisitos son por demás retóricos, en tanto que ninguna minera realiza una explotación limpia; todas contaminan e intervienen el territorio, sea construyendo puentes, presas y caminos o dinamitando montañas, o bien por el tipo de mina de que se trate, en subsuelos marinos o a cielo abierto, lo cual implica el desmonte de cerros y bosques y el corte de montañas. Además de que los procesos de extracción y limpieza de metales como el oro y la plata son a cielo abierto, en México operan 45 concesiones mineras con esta técnica. Lo mismo ocurre con el sueldo de las y los mineros. No se ha hecho público un incremento salarial por parte del sector.

El segundo indicador se basa en que no se vislumbran modificaciones a la Ley Minera ni una nueva ley en la materia, y el tercer indicador tiene relación con el respeto a las concesiones mineras que garantizó el presidente: *a)* no se revocarán concesiones aunque éstas produzcan ecocidios; *b)* no se revocarán concesiones aunque frente a éstas existan actualmente

[22] Cardenas, Jaime, "La minería en México: despojo a la nación", *Cuestiones Constitucionales*, núm. 28, 2013, 25 de marzo de 2019, pp. 35-74, disponible en: *http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932013000100002&lng=es&nrm=iso*.

[23] Rivera, Gabriela, "8 empresas que dominan la minería", *Manufactura*, 2017, disponible en: *https://manufactura.mx/industria/2017/07/11/extranjeros-dominan-la-mineria-mexicana-y-el-empleo*.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

en el país más de cien conflictos sociales,[24] en su mayoría indígenas en resistencia, y *c)* no se revocarán concesiones aunque éstas se hayan otorgado sin considerar el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, libre e informada.

IV. El derecho como regulador de la muerte

El derecho como eje que articula el contrato social funciona como dispositivo de muerte; como un dispositivo necropolítico. Entendiendo por dispositivo a una serie de elementos organizados para una función específica, que generalmente se integra a un conjunto más complejo. Las leyes que se desprenden de los ajustes institucionales de la política global están basadas en una ideología neoliberal que busca proteger el extractivismo estratégico que el capital impone en espacios locales. Estas leyes regulan la vida y la muerte. Matan lo que está en el suelo y le dan vida a lo que está en el subsuelo.

¿Qué significa esto?, por un lado, priorizan la extracción de gas, agua y minerales, sin importar las técnicas física y químicas que aplican. Trozar cerros a la mitad para la megaminería de cielo abierto, devastar cerros para abrir las bocas de las minas, instalar depósitos de materiales, excavar a grandes profundidades, estallar el subsuelo por medio de la fractura hidráulica, entubar y cambiar cauces de ríos, etcétera.

Con una atroz apropiación de la vida y del futuro de la persona individual y de la persona-comunidad-sociedad, a través de un capitalismo necropolítico, según Mbembe,[25] se cosifica al ser humano, es decir, se le quitan los atributos que lo hacen un ser sensible y racional, para convertirlo en un objeto de consumo cuya vida útil la establecen los ciclos de producción. Pero no sólo eso, cosificarlo también significa ver como objeto a quien se le sustraen sus subjetividades, a quien se desposee de sus derechos y se mata con relativa facilidad. La muerte es real, pero también simbólica. Si se despoja a las personas de sus territorios, de sus casas, de sus prácticas culturales y religiosas, se mata, se extermina y se extingue la razón de ser que los define.

Las poblaciones indígenas desplazadas por el capital y el Estado son muertos vivientes. Lo único que conservan son sus cuerpos, pero sus cuerpos están despoblados de su identidad colectiva.

Cosificar también implica asignar un precio a todo, desde el derecho se intenta mercantilizar el alma, la dignidad y la espiritualidad. Las elites po-

[24] Red Mexicana de Afectados por la Minería (Rema).
[25] Mbembe, Achille, *Necropolítica*, España, Melusina, 2011.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

líticas y económicas tasan la vida humana, animal y vegetal, desde la lógica de rentabilidad económica y no desde una lógica espiritual. Lo sagrado es el dinero y no la persona.

Los sectores dominantes que pactan leyes para desposeer territorios niegan la reproducción cultural, simbólica y vital. Frente a la extracción, en el más amplio sentido de la palabra, los ecocidios se trivializan con narrativas de reparación del daño, indemnizaciones y modernidad.

A continuación analizo la Ley Minera, la Ley Federal de Derechos y la Ley de Hidrocarburos a la luz de la desposesión de DH; todas ellas, ubicadas dentro del marco de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como máximo ordenamiento legal, frente a la cual queda subyugada cualquier otra ley, protocolo o reglamento.

Si bien estas leyes datan de varias décadas atrás, se han acoplado a la reforma energética de 2014 como política de Estado en materia de energía y de desarrollo, que funciona como ajuste institucional que da certeza y legalidad a la apropiación rapaz de territorios.

Es importante aclarar que para efectos de estas regulaciones, el gobierno federal no distingue entre minería y megaminería. Aborda igual ambas actividades, a pesar de que el impacto socioambiental tiene dimensiones distintas.

Cabe recordar que el argumento para hablar de desposesión de DH consiste en la creación de ordenamientos jurídicos como andamiajes legales necesarios para legalizar la intervención y ocupación de territorios; usarlos, explotarlos y reconfigurarlos de acuerdo con las lógicas de rentabilidad del capital. Como ya se mencionó, estos ajustes institucionales se promueven desde la óptica neoliberal para regular las actividades estratégicas del capitalismo a fin de mantener vigentes los ciclos de extracción, producción, consumo y acumulación.

1. *¿Quién es la nación?*

En México, el artículo 27 de la Constitución establece tres tipos de propiedad del suelo: *1)* la propiedad privada; *2)* la propiedad pública, y *3)* la propiedad ejidal o comunal. Sin embargo, esta propiedad queda supeditada a la propiedad del subsuelo; es decir, todo el subsuelo en México tiene un dueño: la nación.

Más allá de las relaciones de propiedad que se desarrollan en el suelo, aquello que se encuentra debajo de éste le pertenece a la nación. A partir de

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

esta conceptualización se opera la desposesión de DH en el país. La acumulación por desposesión que explica Harvey tiene lugar por medio de figuras jurídicas como la expropiación de lotes y la concesión de predios, y en su caso también, la privatización del subsuelo:

> ...la acumulación por desposesión incluye la mercantilización y privatización de la tierra y la expulsión forzosa de las poblaciones campesinas (indígenas y mestizas) la conversión de diversas formas de derechos de propiedad, común, colectiva, estatal, etc. —en derechos de propiedad exclusivos… y la supresión de formas de producción y consumo alternativas frente a procesos coloniales, neocoloniales e imperiales de apropiación de activos, incluyendo recursos naturales; El estado, con su monopolio de la violencia y sus definiciones de legalidad, juega un rol crucial al respaldar y promover estos procesos.[26]

Para saber cuál es el suelo y cuál el subsuelo, la geografía clásica instrumentalizada al derecho y establece que el suelo es la capa más superficial de la corteza de la tierra continental. Tiene un grosor escaso donde se asienta la vida. El subsuelo es todo lo que se ubica abajo de aquella capa delgada que es el suelo.

Desde la construcción hegemónica del sistema de leyes, con la transferencia del suelo y del subsuelo, se cancelan los territorios como espacios físicos y simbólicos de reproducción social, religiosa y espiritual. Se concibe al territorio de manera binaria, al que se le llama tierra. Se ve con tal simpleza, que solamente se considera un piso donde asentar la vida.

Esta visión implica una compleja problemática en materia de DH, de reproducción cultural y vital; produce tres problemas: *a)* quién es la nación y cuándo se fundó; *b)* la separación gubernamental del suelo y del subsuelo como si fueran espacios independientes. Al explotar el subsuelo, se cancela la vida, la cultura y los patrimonios de quienes viven en el suelo, y *c)* las concepciones antagónicas que se construyen en torno al suelo y al subsuelo detonan disputas; con la práctica biopolítica de cancelar DH anclados a los territorios, éstas se resuelven a favor de los sectores dominantes que reclaman el subsuelo.

El problema se complejiza cuando las disputas ocurren en términos de suelo; es decir, cuando actores antagónicos mediados por el gobierno se pelean la capa superficial: los ríos y sus cauces, las montañas, las playas, las praderas, etcétera.

---

[26] Harvey, David, "El nuevo imperialismo: acumulación por desposesión", *Socialist Register*, Buenos Aires, Clacso, 2005, p. 113.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

La nación como sujeto

En la Constitución y en otros ordenamientos legales se recurre, una y otra vez, al concepto de "nación". Pareciera que entre más se nombre, mayor legitimidad adquiere el concepto y lo que representa; como si la nación, en lugar de ser una abstracción fuera un actor social con capacidad de agencia.

En el artículo 27 de la Constitución se establece que "la propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación… La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público… el dominio de la Nación es inalienable e imprescriptible".[27]

Si bien el concepto de "nación" es polisémico y no tiene consenso, es necesario delimitarlo para comprender cómo coadyuva a reconfigurar territorios e intervenir comunidades, a erosionar identidades y culturas dentro de una mítica de nacionalismo y, cómo es útil para la desposesión biopolítica de DH en beneficio de capital y del mercado.

A diferencia de otras leyes y ordenamientos legales, en la Constitución no se incluye un glosario que defina los conceptos a los que alude, lo que dificulta comprender a quién se le ha adjudicado la agencia. El concepto "nación", en su sentido laxo, se suele utilizar como sinónimo de país, de pueblo, de etnia y de Estado, Sin embargo, estos sinónimos no se aplican cuando se afirma a la nación como dueña del subsuelo mexicano.

En el ámbito jurídico-político, se puede comprender a la nación como un sujeto político en quien recae la soberanía de un Estado, pero esto sigue siendo abstracto. Lo que se requiere es identificar al representante de la nación. Es decir, el gobierno de la República. Sus instituciones administrativas y legislativas son las que expropiaron, *de facto*, el subsuelo mexicano para enajenarlo, sin que necesariamente la sociedad mexicana tenga un beneficio colectivo como establece la narrativa retórica de la ley; al concesionar el subsuelo en nombre de la nación con fines extractivistas, se desposeen el derecho al territorio, al patrimonio, a la cultura, a la libertad, a la familia, a la felicidad, etcétera, de comunidades indígenas y pueblos mestizos.

La idea de nación plasmada en la Constitución y acompañada por la Ley Minera, la Ley de Expropiación y la Ley de Hidrocarburos, así como de las figuras de utilidad pública y servidumbre legal, son los mecanismos para

[27] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, *Diario Oficial de la Federación* del 5 de febrero de 1917, texto vigente, última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 15 de septiembre de 2017.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

instrumentalizar la desposesión por acumulación de la que habla Harvey, y la desposesión de DH.

2. *Ley Minera*

El ordenamiento de la materia señala:

> Artículo 1o. La presente Ley es reglamentaria del artículo 27 constitucional en materia minera y sus disposiciones son de orden público y de observancia en todo el territorio nacional. Su aplicación corresponde al Ejecutivo Federal por conducto de la Secretaría de Economía, a quien en lo sucesivo se le denominará la Secretaría.[28]

Cuando se habla de todo el territorio nacional, el gobierno federal niega la existencia y los derechos de los pueblos originarios que se asentaron en el territorio antes de la fundación del Estado-nación.

En el marco de la deuda histórica con ellos, en tratados internacionales se reconocen derechos originarios sobre sus territorios, por lo que estos territorios no debieran estar incluidos en esta ley; al incluirlos se les desposeen los derechos al patrimonio, al territorio y a la identidad.

La garantía del derecho a la propiedad territorial es una base fundamental para el desarrollo de la cultura, la vida espiritual, la integridad y la supervivencia económica de las comunidades indígenas. Es un derecho al territorio que incluye el uso y disfrute de sus recursos naturales. Se relaciona directamente, incluso como un prerrequisito, con los derechos a la existencia en condiciones dignas, a la alimentación, al agua, a la salud, a la vida, al honor, a la dignidad, a la libertad de conciencia y religión, a la libertad de asociación, a los derechos de la familia, y a la libertad de movimiento y residencia.[29]

El derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales se desposeyó desde el primer artículo de la Ley Minera. Este derecho implica, como apunta la cita anterior, la protección a la familia que fundamenta su vida económica, social y cultural en la relación con la tierra:

---

[28] Ley Minera de 1992, nueva ley publicada en el *Diario Oficial de la Federación* en 1992, texto vigente, última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 11 de agosto de 2014.

[29] Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), informe "Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales" (boletín de prensa), Washington, 2011, disponible en: *www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2011/013.asp* (fecha de consulta: 27 de mayo de 2018).

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

> Artículo 6o. La explotación, exploración y beneficio de los minerales o sustancias a que se refiere esta Ley son de utilidad pública, serán preferentes sobre cualquier otro uso o aprovechamiento del terreno, con sujeción a las condiciones que establece la misma y únicamente por ley de carácter federal podrán establecerse contribuciones que graven esta actividad.[30]

Este artículo habla tanto del suelo como del subsuelo. Con el *estandarte* de la utilidad pública, impone los usos preferentes. Si un pueblo está asentado en el terreno potencialmente minero tiene que irse o quedarse y permanecer dentro de las zonas ambientalmente afectadas por la minería, lo que produce enfermedades, o desplazamientos forzados; no importa si una iglesia o santuario puede dañarse con actividades de excavación, no importa si se trata de reservas naturales, si los mantos freáticos se secan por su irracional explotación o si se contaminan por el uso de sustancias toxicas, tanto para la explotación como para la exploración.

Bajo cualquier circunstancia, la extracción minera y de hidrocarburos siempre es preferente sobre la preservación y el cuidado del medio ambiente. Parece que el beneficio de los minerales se refiere a que la sociedad de consumo usa estos minerales para su operación y reproducción, y no a la ganancia económica que su extracción y comercialización significa.

El concepto de "utilidad pública" es el eje rector que da preferencia a la actividad minera frente a todas las demás actividades, excepto extracción de gas y petróleo; esto es importante, en virtud de que la minería es preferente a la agricultura, a la ganadería, a la vivienda, al recinto histórico o de culto religioso y reserva de la biosfera o área protegida.

Respecto a la interpretación del concepto de "utilidad pública" con relación a la expropiación de bienes y recursos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha fundamentado ciertos criterios. Primero indica que las causas que la originan no podrían sustentarse en dar a otro particular la propiedad del bien expropiado, sino que debía ser el Estado, en cualquiera de sus tres niveles, quien se constituyera como propietario del bien a fin de conseguir un beneficio colectivo. Sin embargo, esto se modificó en beneficio del Estado Nacional de Competencia arriba mencionado, y ahora comprende casos en donde particulares, previa autorización del gobierno, realicen acciones en beneficio de la colectividad. Aquí hay que evaluar lo que se entiende por beneficio de la colectividad y de qué colectividad se está hablando:

[30] Ley Minera de 1992, *cit.*, p. 3.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

> ...el concepto de utilidad pública... comprende tres causas: a) La pública propiamente dicha, o sea cuando el bien expropiado se destina directamente a un servicio u obra públicos; b) La social, que satisface de una manera inmediata y directa a una clase social determinada, y mediatamente a toda la colectividad; y c) La nacional, que satisface la necesidad que tiene un país de adoptar medidas para hacer frente a situaciones que le afecten como entidad política o internacional.[31]

La causa de la utilidad pública es un instrumento para operar la desposesión de DH:

> Artículo 13. Cuando el terreno se encuentre en un área habitada por un pueblo o comunidad indígena y dicho pueblo o comunidad indígena solicite dicho terreno simultáneamente con otra persona o personas, será preferida la solicitud del pueblo o comunidad indígena a efecto de que se le otorgue la concesión minera sobre dicho terreno, siempre y cuando cumpla con las condiciones y los requisitos que establecen la presente Ley y su reglamento.[32]

Este artículo parece una *broma* de la clase política mexicana, pero en realidad no lo es. Es una manera ofensiva y despectiva de no discriminar en apariencia, de protegerse, pues no les niega el derecho a los indígenas de ser concesionarios mineros, aunque sí les niega el derecho de conservar su territorio y su cultura. Les garantiza el derecho de primacía por vecindad a las comunidades más pobres y desposeídas del país para que inviertan en el negocio minero. Refleja el desconocimiento que tienen los actores políticos sobre la cultura de los pueblos indígenas. Ellos no matan a la tierra:

> Artículo 13 Bis. Los concursos mediante los cuales se otorguen las concesiones a las que se refiere el artículo anterior deberán garantizar las mejores condiciones económicas para el estado y se realizarán de acuerdo a lo siguiente: ...las bases del concurso incluirán como mínimo… b) los requisitos con los cuales los aspirantes acreditarán su capacidad jurídica, técnica y económica...[33]

Cuando el terreno se encuentre en un área habitada y ocupada por un pueblo o comunidad indígena, y dicho pueblo o comunidad indígena par-

---

[31] Suprema Corte de Justicia de la Nacional (SCJN), tesis sustentadas por el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nacional, que deben regir con carácter de jurisprudencia, México, pp. 71 y 72, disponible en: *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2762/6.pdf*.

[32] Ley Minera de 1992, *cit.*, p. 9.

[33] *Idem*.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

ticipe en el concurso, tendrá el derecho de igualar la mejor propuesta económica que presente otro concursante, y en caso de hacerlo tendrá derecho preferente la propuesta de dicho pueblo o comunidad indígena.

Para que los indígenas ganen la concesión, y transformen su "casa" en lote minero, tienen que demostrar conocimiento y experiencia probada en todas las áreas de la industria:

> Artículo 19. Las concesiones mineras confieren derecho a:… IV. Obtener la expropiación, ocupación temporal o constitución de servidumbre de los terrenos indispensables para llevar a cabo las obras y trabajos de exploración, explotación y beneficio, así como para el depósito de terreros, jales, escorias y graseros, al igual que constituir servidumbres subterráneas de paso a través de lotes mineros.[34]

Servidumbre legal

> Artículo 21. La Secretaría resolverá sobre la procedencia de las solicitudes de expropiación, ocupación temporal o constitución de servidumbre, previa audiencia de la parte afectada y dictamen técnico fundado. El monto de la indemnización se determinará por medio de avalúo practicado por la Comisión de Avalúos de Bienes Nacionales, con base en los criterios que fije el Reglamento de la presente Ley... Las expropiaciones de bienes ejidales y comunales se sujetarán a lo dispuesto por la legislación agraria.[35]

En este sentido, cabe mencionar que la lógica de la verdad del dinero que plantea el mundo occidental capitalista no es la misma que rige a las comunidades indígenas. Por más que vivan en situación de pobreza no les interesa enajenar sus tierras. Son comunidades arraigadas ancestralmente a sus territorios y ningún dinero puede comprar su cultura. El hecho de hacer automática la expropiación, previa indemnización, es un instrumento de desposesión legal de derechos humanos.

Aunado a lo anterior, el artículo 57, a la letra dice que "Se sancionarán con multa equivalente de diez a dos mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, las infracciones siguientes:… II. Impedir sin derecho la realización de las obras y trabajos previstos por la presente Ley...".[36]

---

34 *Ibidem*, p. 12.
35 *Ibidem*, p. 13.
36 *Ibidem*, p. 25.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

Aquí se prohíbe la defensa del territorio, del agua, del patrimonio y del trabajo; es decir, se desposeen los derechos referidos y se castiga la movilización social, se transforman los criterios de reclusión. Los presos políticos, en términos legales y discursivos, son delincuentes que se oponen a la verdad de la ley. De una u otra forma, los lotes mineros impactan a las comunidades vecinas que ahí viven, sean mestizas o indígenas.

Las mineras afectan las tierras de cultivo de campesinos, de ahí la inclusión de la desposesión del derecho al trabajo. Se penaliza la acción de líderes sociales y la acción colectiva de los grupos y comunidades indígenas y mestizas afectadas o que pueden verse afectadas por la minería y la megaminería; es decir, se legitima su criminalización.

La penalización económica va de 883 pesos (diez días de salario mínimo) a 176 mil 660 pesos (dos mil días de salario mínimo), Mientras que el pago de una concesión minera es de seis pesos con 77centavos por hectárea al semestre, la multa por defender la vida es de cuando menos 883 pesos, y cuando más 176 mil 660 pesos, lo que equivale a 26 mil 94 veces la cuota por pago por concesión.

3. *Ley Federal de Derechos*

A través de esta ley se establecen el pago por el uso o aprovechamiento de los bienes del dominio público de la nación, así como por recibir servicios que presta el gobierno:

El artículo 263 señala que "Los titulares de concesiones y asignaciones mineras pagarán cada semestre por cada hectárea o fracción concesionada o asignada", las siguientes cuotas: durante el primer y segundo año, seis pesos 77 centavos; el tercer y cuarto año: diez pesos 11 centavos; durante el quinto y sexto año: veinte pesos 92 centavos; el séptimo y octavo año: cuarenta y dos pesos 7 centavos; el noveno y décimo año: 84 pesos 13 centavos; a partir del décimo primer año: 148 pesos 6 centavos.[37]

Frente a las ganancias exorbitantes, el pago por derechos es realmente ínfimo, y no contribuye al desarrollo económico del país:

> Artículo 271. El Fondo para el Desarrollo Regional Sustentable de Estados y Municipios Mineros se integrará con los recursos por derechos sobre mi-

[37] Ley Federal de Derechos, nueva ley publicada en el *Diario Oficial de la Federación* en 1981, texto vigente, última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 7 de diciembre de 2016, México, 2016.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

> nería a que se refieren los artículos 268,[38] 269[39] y 270[40] de esta Ley y deberán ser empleados en inversión física con un impacto social, ambiental y de desarrollo urbano positivo...[41]

Para aplicar los recursos del Fondo para el Desarrollo Regional Sustentable de Estados y Municipios Mineros, se conformará en cada entidad federativa un comité de desarrollo regional para las zonas mineras, que estará integrado por un representante de la administración pública federal, en este caso, por parte del titular de la Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano a cargo del comité; un representante del gobierno del estado o del Distrito Federal; un representante del o de los municipios o demarcaciones en donde se localicen las actividades mineras; en los casos en donde éstas se realicen en comunidades indígenas o agrarias; un representante de dichas comunidades, así como un representante de las empresas mineras relevantes con actividades en la demarcación.

En este esquema, los afectados, indígenas y campesinos, sólo tienen un voto frente a una mayoría de cuatro votos, por lo que nunca tendrá mayor incidencia esta participación que la del resto. El Fondo está destinado sobre todo al desarrollo urbano y no rural, en contradicción directa a que la actividad minera básicamente tiene lugar en el territorio rural o en suelo virgen, y no en territorio urbano. Es importante señalar que es un solo fondo

---

38 "Los titulares de concesiones y asignaciones mineras pagarán anualmente el derecho especial sobre minería, aplicando la tasa del 7.5% a la diferencia positiva que resulte de disminuir de los ingresos derivados de la enajenación o venta de la actividad extractiva, las deducciones permitidas en este artículo… Los ingresos a que se refiere el párrafo anterior, se determinarán considerando los ingresos acumulables que tenga el concesionario o asignatario minero conforme a la Ley del Impuesto sobre la Renta...". Ley Federal de Derechos, *cit*.

39 "Los titulares de concesiones mineras que no lleven a cabo obras y trabajos de exploración o explotación debidamente comprobadas de acuerdo con la Ley Minera, durante dos años continuos dentro de los primeros once años de vigencia, contados a partir de la fecha de la expedición de su respectivo título de concesión minera, pagarán semestralmente el derecho adicional sobre minería conforme al 50% de la cuota señalada en la fracción VI del artículo 263 de esta Ley, por hectárea concesionada". Ley Federal de Derechos, *cit*.

40 "Los titulares de concesiones y asignaciones mineras pagarán anualmente el derecho extraordinario sobre minería, aplicando la tasa del 0.5% a los ingresos derivados de la enajenación del oro, plata y platino, mediante declaración que se presentará ante las oficinas autorizadas por el Sistema de Administración Tributaria. El derecho a que se refiere el presente artículo, se calculará considerando los ingresos totales del concesionario o asignatario minero por la enajenación o venta del oro, plata y platino, independientemente del número de concesiones o asignaciones de las que sea titular". Ley Federal de Derechos, *cit*.

41 *Idem*.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

aplicado a todos los municipios donde hay minería, y en México se desarrolla la minería en al menos el 50% de los municipios.

Este monto funciona como un instrumento discursivo, que más que sea útil para mitigar el impacto de la minería o para promover una mejor infraestructura en el país, es útil para respaldar la narrativa oficial de respeto al medio ambiente. En ningún momento opera como indemnización o como reparación del daño, y sí funciona para silenciar a los inconformes con una retórica de inversión.

Ni los gobiernos municipales ni los gobiernos estatales tienen atribuciones para establecer regulaciones ambientales ni impuestos a la minería y a la megaminería. Esto significa que donde se lleva a cabo la actividad y se produce el daño e impacto ambiental, sus pobladores no tienen derecho para endurecer las normas ni proponer políticas fiscales para minimizar el impacto.

4. *Ley de Hidrocarburos*

> Artículo 96. La industria de Hidrocarburos a que se refiere esta Ley es de utilidad pública. Procederá la constitución de servidumbres legales, o la ocupación o afectación superficial necesarias, para la realización de las actividades de la industria de Hidrocarburos… Las actividades de Exploración y Extracción se consideran de interés social y orden público, por lo que tendrán preferencia sobre cualquier otra que implique el aprovechamiento de la superficie o del subsuelo de los terrenos...[42]

Como se vio en la Ley Minera, la utilidad pública la define el gobierno, con el aval de la SCJN. La expropiación que acredita debe cubrir gastos de indemnización. Se define en función de una colectividad beneficiada, aunque no en todos los casos queda claro cuál es el beneficio ni la colectividad beneficiada. En todo caso, las comunidades indígenas avecindadas no son sujetos de derechos en relación con la extracción de hidrocarburos que benefician a la sociedad de consumo y al capital. La utilidad pública es un instrumento necropolítico para transferir la propiedad y posesión de los territorios indígenas vía la figura de concesión.

Si bien la concesión es un permiso finito de usar la tierra, en términos de industria extractivista, el impacto ambiental es de tales magnitudes, que pueden terminarse antes de que ésta venza los recursos, o bien contaminar-

[42] Ley de Hidrocarburos, nueva ley publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de agosto de 2014, México, texto vigente, última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 15 de noviembre de 2016, p. 48.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

los a tal grado que cuando venza la concesión la dejan, y los capitales golondrinos migran a otra parte, sin ninguna indemnización por parte del capital.

Por otro lado, cabe mencionar que la constitución de servidumbre legal de hidrocarburos es obligatoria, y se reglamenta de la siguiente manera:

Conforme al artículo 101, el propietario o titular del terreno debe recibir por escrito por parte del contratista o concesionario el interés que tiene sobre su terreno. La ley obliga al propietario a ceder sus derechos y entregar su terreno para los fines que le demanden: uso, renta, venta; también deberá tener el proyecto que se busca desarrollar: exploración y extracción, el concesionario tendrá que explicar las posibles afectaciones y, en su caso, los beneficios que le representaría en lo personal y/o en su comunidad o localidad; la modalidad de uso, goce, afectación y/o adquisición deberá ser idónea para el desarrollo del proyecto en cuestión, según sus características.[43]

Es decir, el propietario (indígenas) no puede conservar su terreno. Si el concesionario quiere comprarlo, el propietario está obligado a venderlo; entre las figuras legales para la apropiación del territorio se encuentran la ocupación temporal, la servidumbre voluntaria, el arrendamiento, la ocupación superficial, la permuta y la compraventa.

En cada uno de los casos los titulares de los terrenos tendrán derecho a recibir un pago. Sin embargo, ellos no quieren vender. Ellos quieren su territorio, es su tesoro, y es invaluable, porque les habla de sus raíces, de sus ancestros, y es su legado para las futuras generaciones:

> Artículo 103. El Instituto elaborará y mantendrá actualizados tabuladores sobre los valores promedio de la tierra y, en su caso, de sus accesorios, para uso, ocupación o adquisición, según sus características, así como demás tabuladores y mecanismos de referencia que determine. Dichos tabuladores servirán de base para el inicio de las negociaciones que se realicen conforme a los artículos anteriores.[44]

Si bien la indemnización aparentemente tiene un carácter de justicia en el sentido de que no es una confiscación arbitraria, la indemnización supone dos cosas: que al pagar por el bien se adquieren los derechos que avala el pago, es justo y es legal; y dos, que el afectado tendrá dinero para reiniciar lo que quiera.

En un mundo donde a todo se le pone precio, frente a la universalización de la mercantilización, parece irrisorio que los poblados no quieran rentar o vender sus tierras. La indemnización parece justa; no obstante, existen colec-

43 *Idem*.

44 *Idem*.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

tividades que no se mueven de acuerdo con las lógicas de rentabilidad ni con las lógicas de mercantilización. Aquí lo arbitrario es que se obligue al propietario a entregar su tierra, entregar, en el sentido de que no la vende; si la vendiera, el precio sería más alto que el de la indemnización, y al menos podría jugar la ley de la oferta y la demanda. Aquí, el propietario está obligado a entregarle la tierra a un particular, que previamente ya recibió la concesión por parte del estado. Es decir, primero obtiene el permiso o concesión, luego se constituye la figura de servidumbre y después se indemniza:

> Artículo 108. Si dentro de los treinta días naturales contados a partir de la sugerencia de contraprestación a que se refiere la fracción II del artículo (107), las partes no alcanzaren un acuerdo, la Secretaría de Energía podrá solicitar a la Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano que dé trámite ante el Ejecutivo Federal para la constitución de una servidumbre legal de hidrocarburos por vía administrativa.[45]

Este artículo refrenda la desposesión de todo derecho o posibilidad que pueda tener el propietario de la tierra de negarse, asentada en artículos anteriores. Por si cupiera duda, aquí se le da toda la jurisdicción al presidente para que decrete la transferencia del territorio:

> Artículo 109. La servidumbre legal de hidrocarburos comprenderá el derecho de tránsito de personas; el de transporte, conducción y almacenamiento de materiales para la construcción, vehículos, maquinaria y bienes de todo tipo; el de construcción, instalación o mantenimiento de la infraestructura o realización de obras y trabajos necesarios para el adecuado desarrollo y vigilancia de las actividades amparadas por virtud de un contrato o asignación, así como todos aquéllos que sean necesarios para tal fin.[46]

V. Obsolescencia programada y consumismo

En esta última sección analizo la obsolescencia programada como una práctica "perversa" de la empresa nacional y multinacional, que explica por qué en el capitalismo contemporáneo la extracción de hidrocarburos y de minerales es insaciable, y por qué el mercado continúa con la altísima demanda de minerales para la manufactura de mercancías de todo tipo.[47]

---

45 *Idem*.

46 *Idem*.

47 En especial de productos electrodomésticos, de cómputo, de telecomunicaciones y vehículos de transporte terrestre y aéreo.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

La obsolescencia programada es una "estrategia de manufactura implementada por las empresas para limitar la vida útil de los productos que fabrica, generando una expiración controlada en virtud de la cual dichos productos pasarán a ser inservibles y/o inútiles en una fecha conocida y planificada".[48]

Al programar desde su fabricación el fin de la vida útil de un producto, la obsolescencia programada explica por qué el consumidor participa del ciclo imparable de compra, desecho y reemplazo de los productos que adquiere, y que podrían servir por más tiempo.

La obsolescencia programada es una práctica del mercado en donde el gobierno es omiso al no acotarla; funciona como motor que impulsa a la economía, en tanto que las personas de todos los estratos sociales no paran de comprar, porque los productos que compraron se descomponen en un tiempo determinado, y ya no se pueden arreglar, o bien dejan de funcionar debido al *software*. Las elites económicas obligan a un consumismo imparable y calculado, lo cual implica una descomunal demanda de minerales y una gran producción de plásticos obtenidos de la industria de hidrocarburos, con una enorme exigencia a la industria extractivista.

Esta práctica tiene dos *terribles* consecuencias necropolíticas: En primer lugar, la extracción gigantesca e insaciable de minerales, lo que le exige al mercado y al gobierno, crear parques y zonas mineras en detrimento del medio ambiente, la construcción de parques eólicos y de plantas hidroeléctricas, con la consecuente apropiación de cauces de ríos y construcción de presas e inundación de poblaciones.[49]

En segundo lugar, la generación de residuos de aparatos eléctricos y electrónicos (RAEE), conocidos como chatarra o basura electrónica, que impacta el medio ambiente. Se destruye el medio ambiente para extraer minerales y procesarlos para la industria, y se contamina el medio ambiente cuando se desechan millones de toneladas a los vertederos a cielo abierto o se entierran los dispositivos eléctricos y electrónicos sin extraer los elemen-

---

[48] Soto, Jesús, "En torno a la relevancia jurídica de una estrategia empresarial consolidada y subyacente: la obsolescencia programada", Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, p. 4, disponible en: *http://works.bepress.com/jesusalfonsosoto/5/* (fecha de consulta: 24 de mayo de 2018).

[49] Los poblados de Temacapulín, Acasico y Palmarejo, en Jalisco, serán inundados con las aguas de la presa de El Zapotillo, anunció el gobernador estatal, Aristóteles Sandoval, quien permitirá que continúe la construcción del proyecto a pesar de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) la detuvo en 2015. Los habitantes de los poblados reaccionaron ante las declaraciones de Sandoval, a quien acusaron de "traidor". "No queremos reubicación", gritaron los pobladores mientras sostenían carteles para rechazar el proyecto, disponible en: *https://desinformemonos.org/aprueban-inundacion-pueblos-proyecto-presa-jalisco*.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

tos químicos y minerales que contienen. Éstos, además de ser un desperdicio porque se podrían reutilizar y disminuir la demanda, se filtran hacia los mantos freáticos y producen gases que se evaporan en la atmósfera.

> Una computadora de escritorio tiene: plástico, Plomo, Aluminio, Germanio, Galio, Hierro, Estaño, Rutenio, Cobalto, Paladio, Manganeso, Plata, Cobre, Bario, Níquel, Zinc, Tantalio, Indio, Vanadio, Terbio, Berilio, Oro, Europio, Titanio, Antimonio, Bismuto, Cromo, Cadmio, Selenio, Niobio, Litio, Rodio, Platino, Mercurio, Arsénico y Sílice...
>
> Además de los minerales que se usan, cabe mencionar la carga ecológica de los dispositivos que se producen. Esta carga se refiere a la cantidad de residuos que se generan para producir una unidad: "una computadora requiere de mil 500 kilos de residuos, una laptop genera 400 kilos de residuos y un teléfono celular 75 kilos de residuos.[50]

Aunado a lo anterior, cabe mencionar que "la basura electrónica generada en 2016 en el planeta ascendió a más de 44 millones de toneladas métricas, de las cuales 4 millones se produjeron en América Latina… se estima un incremento del 8% cada dos años".[51]

La tendencia mundial es reglamentar el desecho de los RAEE con miras al reciclaje. Sin embargo, las iniciativas que prohíban la obsolescencia programada aún son débiles.[52]

VI. Conclusiones

El derecho funciona como regulador de la muerte al contener leyes y reglamentos que la legalizan: al proveer a las elites políticas y económicas de instrumentos dotados de verdad y confianza, que permiten normalizar la desposesión de DH.

---

[50] Asociación de Ciudades y Regiones para el Reciclaje (ACRR), "La gestión de residuos de aparatos eléctricos y electrónicos. Una guía dirigida a autoridades locales y regionales", Bruselas, 2013, p. 10, disponible en: *www.residuoselectronicos.net/archivos/documentos/LaGestion-RAEE.pdf*.

[51] San Antonio Recycling, "Los países de América Latina que generan más basura electrónica", Lima, 2018, disponible en: *www.sar.pe/los-paises-de-america-latina-que-generan-mas-basura-electronica/*.

[52] El análisis no apunta hacia frenar el avance tecnológico, sino contar con mecanismos que permitan alargar su vida útil y contar con formas viables para la recuperación de minerales y el reciclaje de plásticos y otros componentes y corresponsabilizar al capital en el manejo y aprovechamiento de esta chatarra electrónica y generar acciones que demanden menos cantidad de minerales y plásticos.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

Esta desposesión tiene lugar en la mayoría de las democracias del mundo, pero sus impactos son diferentes de un país a otro. De ahí la importancia de poder identificar los elementos que interactúan en su entorno.

La desposesión de DH sobre los territorios nacionales es una desposesión en el ámbito local, tangible y con afectación inmediata y mediata. El primer impacto lo reciben los pueblos indígenas que viven bajo un estado de ocupación. Por sus resistencias al extractivismo, enfrentan violencia al ser amenazados, perseguidos, desplazados y algunos casos asesinados. Son comunidades que enfrentan la embestida del gobierno y el capital, y que no reciben beneficio de ningún tipo con el extractivismo.

Sin embargo, la afectación no sólo es para las comunidades indígenas y rurales, sino para todo el país; la sociedad mestiza y urbana enfrenta consecuencias climáticas frente a la devastación ambiental.

México es un territorio ocupado por el capital minero; en este territorio confluye el despojo ilegal por parte del crimen organizado y el despojo legal regulado por el gobierno. Al mismo tiempo, existen minerías que operan con apoyo de paramilitares, y que financian conflictos interétnicos para fracturar el tejido social y debilitar la resistencia.

Por otro lado, a la luz de este análisis, el incumplimiento de los acuerdos de San Andrés y la negación por parte del sistema político mexicano de la creación de la Sexta Circunscripción Electoral son mecanismos útiles para evitar la representación política indígena y evitar su injerencia en la producción de leyes y la defensa de la tierra. Esto implica una desposesión de derechos político-electorales de la nación indígena.

Entre las líneas de investigación en las que se puede profundizar respecto a la desposesión de DH se encuentra el análisis de las ciudades rurales modelo como dispositivo de desposesión de DH, la crisis de representatividad política de las grandes minorías, particularmente de los indígenas y la privatización del agua.

Finalmente, respecto a la relación que existe entre derechos y obsolescencia programada, es importante indagar sobre la desposesión de derechos del trabajador, del consumidor y los derechos del medio ambiente.

VII. Bibliografía

Alianza Mexicana contra el Fracking, "¿Qué es el *fracking?*", México, 2016, disponible en: *https://www.nofrackingmexico.org/que-es-el-fracking/* (fecha de consulta: 22 de julio de 2018).

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

ASOCIACIÓN DE CIUDADES Y REGIONES PARA EL RECICLAJE (ACRR), "La gestión de residuos de aparatos eléctricos y electrónicos, una guía dirigida a autoridades locales y regionales", Bruselas, 2013, disponible en: *www.residuoselectronicos.net/archivos/documentos/LaGestionRAEE.pdf*.

BOBBIO, Norberto, *El futuro de la democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.

BOTTICELLI, Sebastián, "La gubernamentalidad del Estado en Foucault; un problema moderno", *Praxis Filosófica*, nueva serie, núm. 42, enero-junio de 2016.

CÁRDENAS, Jaime, "La minería en México: despojo a la nación", *Cuestiones Constitucionales*, núm. 28, 2013, disponible en: *http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932013000100002&lng=es&nrm=iso* (fecha de consulta: 25 de marzo de 2019).

CELORIO, Mariana, "Desposesión de derechos humanos en el capitalismo contemporáneo", en ESTÉVEZ, Ariadna y VÁZQUEZ, Daniel (coords.), *9 razones para (des)confiar de las luchas por los derechos humanos*, México, UNAM-Flacso, 2017.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH), "Informe derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales", Washington, 2011, disponible en: *www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2011/013.asp* (fecha de consulta: 27 de mayo de 2018).

DOLBEAR BEHRE GROUP, *Where to Invest in Mining, Denver, Colorado*, Minerals Industry Advisors, 2015.

FOUCAULT, Michel, *Historia de la sexualidad 1. La voluntad de saber*, México, Siglo XXI, 1999.

GARDUÑO, Roberto, "Fox y Calderón cedieron casi 10 millones de hectáreas a mineras", *La Jornada*, México, 2015, disponible en: *www.jornada.unam.mx/2015/09/20/politica/005n1pol* (fecha de consulta: 22 de mayo de 2018).

HARAWAY, Donna, "Situated Knowledges: The Science Question in Feminism and the Privilege of Partial Perspective", *Feminist Studies*, Nueva York, vol. 14, núm. 3, 1988, disponible en: *https://www.jstor.org/stable/3178066*.

HARVEY, David, "El nuevo imperialismo: acumulación por desposesión", *Socialist register*, Buenos Aires, Flacso, 2015.

HIRSCH, Joachim, *Globalización, capital y Estado*, México, Universidad Autónoma Metropolitana, 1996.

LEMUS, Jesús, "Mineras ganan millones, pero pagan impuestos simbólicos", *Reporte Indigo*, México, 2017.

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Este libro forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
http://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
https://tinyurl.com/wvlbkut

MBEMBE, Achille, *Necropolítica*, España, Melusina, 2011.

MUÑOZ, Patricia, "Mineros en Canadá y Estados Unidos ganan por hora hasta cinco veces lo que un mexicano en un día", *La Jornada*, México, 2017, disponible en: *www.jornada.unam.mx/2017/09/11/politica/017n1pol* (fecha de consultado: 26 de mayo de 2018).

PROMÉXICO, "ProMéxico abre oportunidades al sector minero en el Latin America", México, 2017, disponible en: *www.gob.mx/promexico/articulos/promexico-abre-oportunidades-al-sector-minero-en-el-latin-america-down-under-2017?idiom=es* (fecha de consultado: mayo de 2018).

RIVERA Gabriela, "8 empresas que dominan la minería", *Manfactura*, 2017, disponible en: *https://manufactura.mx/industria/2017/07/11/extranjeros-dominan-la-mineria-mexicana-y-el-empleo*.

SAN ANTONIO RECYCLING, "Los países de América Latina que generan más basura electrónica", Lima, 2018, disponible en: *www.sar.pe/los-paises-de-america-latina-que-generan-mas-basura-electronica/*.

SERRANOS UNIDOS EN RESISTENCIA INDÍGENA (SURI), "Luchar por la vida, oponerse a la muerte", manifiesto, Zapotitlán de Méndez, Puebla, México, 2012.

SHANIK, David, "24 empresas operan concesiones mineras del estado de Puebla", *Tierra Baldía, Comunicación y Periodismo Ambiental*, México, 2016, disponible en: *http://tierrabaldia.com.mx/noticia/842/24-empresas-operan-concesiones-mineras-del-estado-de-puebla/#sthash.b1jZe9mB.dpuf* (fecha de consulta: 26 de mayo 2018).

SOTO, Jesús, "En torno a la relevancia jurídica de una estrategia empresarial consolidada y subyacente: la obsolescencia programada", *Libro Colección. Enrique Low Murtra*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013, disponible en: *http://works.bepress.com/jesusalfonsosoto/5/* (fecha de consulta: 24 de mayo de 2018).

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas