

CAPÍTULO SEGUNDO

TEORÍA JURÍDICA Y GLOBALIZACIÓN NEOLIBERAL

I. INTRODUCCIÓN. EL ESTADO-NACIÓN SOBERANO Y LA TEORÍA JURÍDICA PREVIA A LA GLOBALIZACIÓN NEOLIBERAL

La teoría jurídica que en occidente se construyó en los últimos cinco siglos es consecuencia de la conceptualización que muchos teóricos de la política y del derecho hicieron en torno al Estado-nación y a la soberanía, pues tradicionalmente se ha entendido que el derecho, principalmente el público, descansa en esos dos pilares.⁷⁸ En el tiempo en que esas categorías fueron dominantes, la soberanía interna del Estado-nación indicaba la incommensurabilidad del Estado frente a cualesquiera otros sujetos y, por tanto, la imposibilidad de entrar en relaciones jurídicas con ellos, pues frente al Estado soberano no podían existir más que relaciones de sujeción. En una perspectiva externa de la soberanía, los Estados se presentaban como fortalezas cerradas protegidas por el principio de la no injerencia y sólo eran posibles entre ellos relaciones de cooperación a través de los tratados o de conflicto por medio de la guerra.⁷⁹

En la concepción del Estado-nación y de la soberanía vinculada a él, son fundamentales para su comprensión, entre otras, las teorías de Vitoria, Bodino, Hobbes, Locke, Grocio, Hegel, Kant, Kelsen y Schmitt. Al describirlas brevemente encontraremos los elementos básicos que sirvieron para edificar al Estado-nación y sus elementos distintivos durante aproximadamente cinco siglos, es decir, hasta antes del desarrollo de la globalización neoliberal, la que ha minado este concepto político-jurídico que sirvió durante siglos como categoría explicativa del derecho público.

Por ejemplo, Vitoria aportó tres ideas básicas para explicar el papel del Estado y de la soberanía como conformadores del derecho moderno. Las tesis son: 1) la configuración del orden mundial como sociedad natural de Estados soberanos, iguales

⁷⁸ Jorge Carpizo dice que la idea de soberanía fue producto de la realidad; nació a finales de la Edad Media, cuando los reyes franceses derrotaron al imperio, al papado y a los señores feudales, y consolidaron un Estado nacional que no reconocía poderes superiores a él. Carpizo, Jorge, “Globalización y los principios de soberanía, autodeterminación y no intervención”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, IV, 2004, p. 118.

⁷⁹ Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, pp. 10 y 11.

entre sí; 2) la formulación teórica de una serie de derechos naturales de los pueblos y de los Estados, y 3) la reformulación de la doctrina cristiana de la “guerra justa” que entendió como sanción frente a las injurias recibidas por otros Estados.⁸⁰ Con estas bases se creó el derecho internacional público pero también el derecho público del Estado.

La obra de Bodino identificó la soberanía con la suprema autoridad y señaló que se trataba de un poder absoluto y perpetuo de la República, lo que los latinos llamaron majestad. Para Bodino la soberanía nunca constituyó un poder ilimitado, arbitrario o caprichoso porque el soberano estaba limitado por las leyes naturales y comunes a todos los pueblos. Las autoridades, especialmente el legislador, tienen límites que no puede romper y son, para Bodino, el derecho de gentes y la igualdad jurídica de los Estados.⁸¹ Bodino es por tanto, no sólo el máximo exponente de la teoría de la soberanía sino que también es un autor seminal del control del poder, es por tanto su obra un antecedente fundamental del concepto Estado de derecho.

El derecho pasa a derivar del hecho en el análisis de Grocio, es decir, de los intereses de los más fuertes de la comunidad internacional sobre los más débiles, lo que permite una justificación de los derechos de libre comercio, conquista y de colonización de los Estados más poderosos sobre los que tienen menos relevancia en la comunidad internacional.⁸² La posición de Grocio es una legitimación del poder ejercido por las grandes potencias, lo que favoreció la existencia entre los Estados de concepciones asimétricas que en el derecho internacional subsisten aún en la actualidad, aunque también conjugó el principio aristotélico de la sociabilidad con el contractualista del acuerdo como bases de la sociedad política.

La teoría de Hobbes prohió la metáfora antropomórfica del Estado. De la visión del Estado soberano como persona surge lo que hoy llamamos el positivismo jurídico: los principios de legalidad y de autonomía de la voluntad, la validez formal del derecho, el principio del monopolio del Estado en la producción del derecho, la unidad del ordenamiento y su independencia de las fuentes jurídicas extra o supra estatales. En el ámbito externo, según la teoría de Hobbes, los Estados se encuentran entre sí en la condición del estado de naturaleza.⁸³ Sólo al interior del Estado el derecho se tienen posibilidades de disciplinar al poder.

⁸⁰ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 128.

⁸¹ Bodino, Juan, *Los seis libros de la República*, Madrid, Aguilar, 1973, capítulo primero, pp. 47-73.

⁸² Grocio, Hugo, *Del derecho de la guerra y de la paz*, trad. de Jaime Torrubiano Ripoll, Madrid, Reus, 1925, t. I, pp. 15 y 16.

⁸³ Hobbes, Thomas, *Del ciudadano y Leviatán*, estudio preliminar de Enrique Tierno Galván, Madrid, Tecnos, 1987.

El partidario de lo que ahora llamamos Estado liberal es John Locke. Para él, el gobierno es el depositario de la confianza popular y está sometido a ciertos fines —la protección y garantía de la vida, la libertad y la propiedad— cuyo incumplimiento implica el cese de la obligación de obediencia, y el correlativo derecho de resistencia. El contractualismo de Locke no produce un Estado absoluto sino uno que está vinculado al respeto de los derechos humanos de los integrantes de la sociedad. El poder en esta teoría es limitado, divisible y resistible.⁸⁴ Si en Hobbes la teoría del contrato ha servido para explicar y justificar el absolutismo, en Locke es empleada para fundamentar un Estado liberal en su versión de monarquía constitucional que defiende principalmente la propiedad privada.

La teoría del contrato de Kant no es propuesta como fundamento del Estado realmente existente sino como el sustento de un ideal del Estado de derecho. En sus obras: “En torno al tópico: tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica”,⁸⁵ *La paz perpetua*,⁸⁶ y en la *Metafísica de las costumbres*,⁸⁷ Kant expone que el contrato no es un concepto empírico sino racional, una idea a priori, una idea regulativa de la razón. La finalidad del Estado es salvaguardar la libertad humana, la que sólo se puede limitar cuando el libre albedrío de una persona infrinja el libre albedrío de otra. El gobernante por su parte debe respetar un cuarto imperativo categórico: “dictar sus leyes como si éstas pudieran haber emanado de la voluntad unida de todo un pueblo, y a que considere a cada súbdito, en la medida que éste quiera ser ciudadano, como si hubiera expresado su acuerdo con una voluntad tal”.⁸⁸ Kant promueve, como idea regulativa y no empírica, la formulación de un Estado universal para garantizar la paz entre los Estados. La obra kantiana por sus énfasis en los derechos de libertad es un antecedente muy importante para la construcción del concepto Estado de derecho en el siglo XIX.

El pensamiento de Hegel rechaza las posiciones de Hobbes, Locke y Kant por basarse en el contrato y por ser individualistas, pero idealiza al Estado.⁸⁹ Hegel consi-

⁸⁴ Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, Madrid, Ediciones y Distribuciones Alba, 1987, capítulo VII, p. 115.

⁸⁵ Kant, Immanuel, “En torno al tópico: tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve en la práctica”, *Teoría y práctica*, Madrid, Tecnos, 1986.

⁸⁶ Kant, Immanuel, *La paz perpetua*, Madrid, Tecnos, 1985.

⁸⁷ Kant, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, Madrid, Tecnos, 1989.

⁸⁸ *Ibidem*, pp. 139-165.

⁸⁹ Hegel entendió al Estado como la realización de la libertad y como la entrada de Dios en el mundo. En Hegel el Estado es un lugar ético para la superación y sublimación de lo individual. Lo criticable de la posición hegeliana reside en no poner el Estado al servicio de la sociedad civil. López Calera, Nicolás M., “Derechos individuales y derechos del Estado”, *Discurso de apertura Universidad de Granada*, curso académico 1986-1987, Granada, Universidad de Granada, 1986, pp. 49-51.

dera que el Estado es el depositario exclusivo del interés general de la comunidad. El Estado alcanza con Hegel el máximo nivel de exaltación, al grado de que desconoce la existencia de un auténtico derecho internacional, pues éste es un ordenamiento derivado formado por las normas estatales que regulan la relación del Estado con otros Estados. Las posturas hegelianas recuperan y actualizan en clave idealista las teorías de los monarcómacos sobre la razón de Estado y son el antecedente del nacionalismo agresivo y expansionista europeo de los siglos XIX y XX pero también son por sus énfasis en el interés y bien común y general independiente de los derechos de las personas el antecedente de las teorías comunitaristas contemporáneas.⁹⁰

En el siglo XX, Schmitt reflexionó, al finalizar la primera guerra mundial, que la era de la estatalidad nacional estaba acabada, pues había sido destruida por el ideal humanista del universalismo. Los Estados dejaron de ser los actores centrales del derecho internacional y del derecho público europeo.⁹¹ La visión de Schmitt nunca fue condescendiente con el universalismo humanista en tanto que lo consideraba un instrumento del imperialismo económico que abría sus puertas a guerras discriminatorias y de aniquilación como en efecto ocurrió con la Segunda Guerra Mundial y posteriormente.⁹² Schmitt sostenía que en el derecho anterior a la primera guerra mundial su base eran los Estados-nación y que en el nuevo derecho de su época, el de la Sociedad o Liga de las Naciones —hoy diríamos de la ONU y demás organismos internacionales—, se carece de una base o fundamento claro que propicie un nuevo Estado mundial que comprendiera a las soberanías estatales. Nuestro autor señalaba que con la organización internacional que se tiene en nuestros días se promueve el desorden, la incoherencia jurídica y se alientan las pretensiones imperiales a favor de los Estados e intereses más poderosos. Schmitt pensaba que el fundamento del derecho del Estado y del internacional es la ordenación del espacio y del territorio. Además, coincidiendo con las teorías geopolíticas contemporáneas, agregaba que el núcleo del derecho internacional es la guerra y su finalidad es acotarla.⁹³

Kelsen entendió a diferencia de Schmitt y desde una visión formalista del derecho, alejada de consideraciones políticas, que los ordenamientos estatales y el ordenamiento internacional constituían un solo derecho —el monismo kelseniano internacionalista—. El derecho estatal es el que forma parte del internacional, al ser su norma fundamental el principio de efectividad, que no es más que la norma del

⁹⁰ Nino, Carlos, “Liberalismo versus comunitarismo”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 1, septiembre-diciembre de 1988.

⁹¹ Schmitt, Carl, *El concepto de lo político*, Madrid, Alianza Editorial, 2009, p. 40.

⁹² Tripolone, Gerardo, “La doctrina de Carl Schmitt sobre el derecho internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, XIV-2014, pp. 352 y 353.

⁹³ Schmitt, Carl, *El nomos de la tierra en el derecho de gentes del “Jus publicum europaeum”*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1979.

ordenamiento internacional que establece que sólo son válidas, y por tanto existentes, las constituciones y los correspondientes ordenamientos dotados de efectividad. La construcción de Kelsen se criticó porque los ordenamientos estatales fueron durante un buen tiempo ordenamientos originarios y no derivados del internacional, y porque la efectividad no es una norma, sino un hecho que no puede regular ni formal ni sustancialmente el ejercicio de los poderes constituyentes de los ordenamientos estatales. Sin embargo, la teoría kelseniana es muy importante porque concluye que la soberanía externa del Estado no es absoluta y se encuentra subordinada a dos normas fundamentales que son la tutela de la paz y la de los derechos humanos.⁹⁴ No obstante esos altos fines previstos por Kelsen, la Carta de la ONU del 10 de diciembre de 1948 y, a partir de ella, el derecho internacional de los derechos humanos subsiguiente, han promovido un orden jurídico mundial aún muy imperfecto.

En el ordenamiento jurídico mundial de nuestra época son sujetos del derecho no solo los Estados sino también los pueblos y las personas. Sin embargo, el nuevo escenario internacional de la globalización neoliberal muestra profundas diferencias entre Estados, pueblos e individuos debido a que las desigualdades sociales, económicas y políticas son cada vez más grandes y son causadas al propio modelo de dominación neoliberal. Las abismales asimetrías sociales y económicas son origen de la crisis de legitimidad que afecta al sistema jurídico internacional y nacional, y hacen casi imposible la realización del ideal de una comunidad mundial tal como la anunciaron Vitoria, Kant o Hans Kelsen.

Por eso, el pensamiento jurídico contemporáneo reclama un constitucionalismo mundial consistente en llevar los avances del constitucionalismo estatal al plano internacional. Ese constitucionalismo debe no sólo proclamar derechos humanos sino establecer garantías en su defensa, lo que no necesariamente supone para muchos apoyadores de esta tesis un gobierno mundial. Ferrajoli así propone una efectiva limitación de la soberanía de los Estados mediante el establecimiento de garantías jurisdiccionales contra las violaciones a la paz en el exterior y de los derechos humanos en el interior. Para empezar, insiste en cuatro medidas que atañen a la Corte Internacional de Justicia y que son: 1) la extensión de la competencia de la Corte Internacional de Justicia de La Haya para que ésta tenga facultades en los juicios de responsabilidad en materia de guerras, amenazas a la paz y violaciones a los derechos fundamentales; 2) determinar el carácter obligatorio de la jurisdicción internacional para no someterla al reconocimiento previo por parte de los Estados; 3) incluir en la competencia de la Corte Internacional de Justicia atribuciones para conocer de asuntos relacionados con violaciones a derechos humanos realizadas por particulares

⁹⁴ Kelsen, Hans, *La paz por medio del derecho*, Madrid, Trotta, 2008.

y poderes fácticos, y 4) establecer la responsabilidad personal de los gobernantes por crímenes contra el derecho internacional los que deben estar tipificados en un código penal internacional. Además de lo anterior, insiste en la prohibición de la guerra y en la existencia de garantías jurídicas efectivas para abolirla. También abunda en que los derechos fundamentales de los pueblos e individuos no deben estar constreñidos por la ciudadanía sino ser accesibles a todas las personas sean ciudadanas o no, sobre todo de los países más ricos. Finalmente reivindica el papel de la filosofía y de la teoría del derecho para darle un carácter normativo al nuevo derecho, el que no debe desconocer que éste, como cualquier otro derecho, no sólo es consecuencia de la razón y de la reflexión jurídica, sino de las relaciones concretas de poder y de la correlación de fuerzas existentes.⁹⁵

La teoría jurídica y del Estado que hemos conocido en los últimos siglos ha llegado a su fin porque sus categorías básicas, el Estado-nación y la soberanía, están en crisis. La pérdida de centralidad del Estado y de la soberanía es consecuencia de distintos y múltiples factores. Internamente, el pluralismo jurídico, el fortalecimiento de poderes fácticos nacionales que disputan el poder con el Estado y la creciente integración de los Estados a entidades supranacionales propician que la soberanía desde su dimensión interna no le brinde al Estado la prevalencia que anteriormente tenía. Externamente, la globalización y el desarrollo de poderes fácticos e institucionales internacionales, han acabado con el principio de no injerencia en los asuntos internos de los Estados. Hoy en día, las grandes corporaciones económicas y las instituciones internacionales conformadas para la integración, condicionan la vida interna de los países y parecen aniquilar los principios de no intervención y de autodeterminación nacional produciendo un derecho globalizado, que con la excepción —aunque con reservas lo digo— del derecho internacional de los derechos humanos, no parece ser el producto de un proyecto ilustrado sino un derecho al servicio de los más poderosos, principalmente en los ámbitos del comercio, la inversión, la libre circulación de los capitales y la apertura desregulada de los mercados.

II. LAS VARIABLES JURÍDICAS DE LA GLOBALIZACIÓN NEOLIBERAL

Como dice Boaventura de Sousa Santos, el nuevo derecho de la globalización jurídica no es producto del impulso intelectual de juristas bien intencionados sino de los poderes de dominación mundial y de abogados, burócratas estatales, instituciones internacionales, transnacionales, algunos movimientos populares y organismos no gubernamentales que proponen un nuevo derecho para las nuevas realidades. El proceso de

⁹⁵ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías...*, cit., pp. 125-175.

construcción del nuevo derecho no se monolítico sino muy diverso, aunque en él han ido ganando los intereses de las grandes corporaciones mundiales y de las potencias más importantes sobre las organizaciones no gubernamentales que defienden los derechos humanos, el *ius humanitatis* o el medio ambiente.⁹⁶

Es muy difícil explicar, describir y teorizar el desarrollo de este nuevo derecho por su carácter complejo y heterogéneo. Conviven en su construcción múltiples expectativas, reclamos e intereses. Por una lado están las demandas de inclusión, igualdad o reclamos de identidad de los pueblos, individuos y grupos sociales, por otro están la desigualdad creciente en el mundo, la explosión demográfica, la catástrofe ambiental, la proliferación de armas de destrucción masiva, los intereses de las grandes corporaciones internacionales y los intereses geopolíticos de las principales potencias.

La globalización neoliberal puede, desde una visión de poder —con la complicidad de los intereses geopolíticos—, explicarse por la existencia de una triple alianza entre las empresas transnacionales, el capital local y la burguesía estatal.⁹⁷ Los tres factores o elementos de esta alianza comparten su situación común de privilegio socio-político y su interés por incrementar su influencia no sólo en los ámbitos económicos, sino en los sociales y políticos de todas las naciones y en los procesos de integración mundial y regional. Para ello, se auxilian de la política y del derecho a fin de lograr sus objetivos.

Sobre la manera de encarar teóricamente las nuevas realidades de la globalización neoliberal existen múltiples interpretaciones. Una de ellas postula el fin del Estado-nación y de las tradicionales concepciones teóricas del derecho, pues los acontecimientos globales producirán nuevas formas de organización política y jurídica. Otra lectura entiende que los procesos de globalización neoliberal no significarán el fin del Estado-nación ni de la organización jurídica que hemos conocido en los dos últimos siglos, sino que sus estructuras y categorías se adaptarán a las nuevas realidades.

Aunque aún desconocemos las consecuencias definitivas de la globalización neoliberal para el Estado y el derecho —si desaparecerá el Estado-nación o se adaptará a las nuevas circunstancias— los teóricos que han buscado entender los fenómenos vinculados a ella destacan distintas maneras jurídicas de analizarla y éstas son: la transnacionalización de la regulación del Estado-nación; el derecho de la integración regional; el resurgimiento de la *lex mercatoria*; el derecho de las personas que atraviesan fronteras; el derecho de los pueblos indígenas; el cosmopolitismo subalterno e

⁹⁶ Santos, Boaventura de Sousa, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid, Trotta, 2009, pp. 292 y ss.

⁹⁷ Evans, Peter, *Dependent Development: the Alliance of Multinational, State and Local Capital in Brazil*, Princeton, PUP, 1979.

insurgente y los derechos humanos, y derecho de los recursos naturales globales de propiedad común.⁹⁸ A estas variables debemos sumar de manera destacada la crisis del principio de soberanía, el desmantelamiento del Estado del bienestar, la opacidad e ilegitimidad con la que se crea y aplica el derecho de la globalización neoliberal y el despojo de los recursos naturales por parte de los Estados hegemónicos a los Estados débiles o periféricos.

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

Estudiosos como David Held sostienen que la operación de los Estados-nación en este sistema mundializado o globalizado limita su autonomía y las posibilidades de la soberanía estatal como se entendió en el pasado.⁹⁹ ¿Por qué? Porque las decisiones nacionales más importantes no se adoptan por las sociedades locales sino en instancias externas; porque la regulación jurídica nacional se debe adecuar a las necesidades del capitalismo mundial; porque la regulación trasnacional se considera jerárquicamente superior a la nacional y, por tanto, esa regulación no puede ser transgredida sin gra-

⁹⁸ Santos, Boaventura de Sousa, *Sociología jurídica crítica...*, cit., pp. 329 y ss.

⁹⁹ Held, David y McGrew, Anthony, *Globalización-antiglobalización...*, cit.

ves consecuencias para el Estado-nación, y porque las redes de regulación jurídica mundial complejizan y obstaculizan el funcionamiento de las autoridades locales que aparecen desconcertadas ante las realidades del nuevo derecho trasnacional.

En cuanto a la pervivencia del Estado del bienestar, como dice José Eduardo Faria, cuanto más veloz es la integración de los mercados en un “sistema mundo” o en una “economía-mundo”, más se reduce la capacidad de coordinación macroeconómica de los Estados-nación, pues mediante las recomendaciones de los organismos financieros internacionales se llega a impedirseles establecer políticas keynesianas de altas tasas de gasto público para sustentar el empleo o el crecimiento económico.¹⁰⁰ De esta suerte, las posibilidades del Estado se reducen para garantizar o contribuir a garantizar los derechos sociales. El modelo jurídico neoliberal de la globalización se caracteriza por la reducción sustancial en la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales. En este modelo, los ciudadanos del Estado nación tienen menos acceso al empleo, a la salud, a la educación, a la vivienda y otros derechos sociales que en el viejo modelo del Estado del bienestar.

El derecho de la globalización neoliberal es un derecho opaco e ilegítimo. La opacidad es evidente porque las normas jurídicas del *soft law* son producidas por instancias supranacionales gubernamentales y no gubernamentales, sin el concurso de la sociedad, sin rendición de cuentas. Los procedimientos de generación de ese derecho se toman por unos cuantos funcionarios y empresarios —la tecnocracia de la globalización— y las sociedades nacionales desconocen las razones, motivos o argumentos que esgrimen esas personas para producir ese derecho, a quién beneficia y por qué no beneficia o se produce bajo criterios alternativos. El proceso legislativo de creación del derecho de la globalización se realiza sin luz ni taquígrafos, sin debates parlamentarios en las instituciones planetarias y sin que los sectores sociales involucrados o afectados por esas normas puedan exponer sus puntos de vista en esos procedimientos. Es ilegítimo el derecho de la globalización neoliberal porque se trata de un derecho conformado por personas que no han sido electas por el pueblo, que no le rinden cuentas al pueblo, que no pueden ser removidas de sus funciones por el pueblo y porque el derecho producido no responde a los intereses del pueblo ni a los derechos fundamentales sino a los intereses y deseos de las grandes corporaciones internacionales y de los poderes políticos y económicos que están detrás de ellas. El derecho de la globalización no se somete en muchos casos a la aprobación de los parlamentos de los Estados-nación y mucho menos al referéndum ciudadano. Es además, un derecho que no puede ser derogado o abrogado por los ciudadanos de los Estados-nación.

La globalización neoliberal impulsa una nueva regulación del Estado-nación, la que implica que el Estado nación realiza ajustes al derecho interno para que éste sea

¹⁰⁰ Faria, José Eduardo, *op. cit.*, p. 30.

compatible con las exigencias de la globalización neoliberal.¹⁰¹ Los ajustes principalmente ocurren en el derecho económico, comercial y social, aunque se pueden extender a otros ámbitos como el del derecho electoral a fin de configurar democracias formales, no siempre auténticas, que no fortalecen la construcción de ciudadanía. Las finalidades de esos ajustes jurídicos son la liberalización del comercio, la privatización de industrias o sectores, la liberalización agrícola, el desmantelamiento de las agencias reguladoras, la flexibilización del mercado laboral, la privatización de los servicios sociales vinculados a la salud o a la educación, la menor preocupación por los asuntos ambientales, entre otros.

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

El derecho a la integración regional que entraña la globalización neoliberal significa que los Estados-nación crean instituciones y competencias jurídicas supranacionales. Las nuevas entidades asumen competencias que antes tenían los Estados. Los procesos de integración no suelen ser votados, se realizan sin la participación de las sociedades locales y por ello existe un serio déficit de legitimidad democrática. Casi siempre los responsables de las entidades supranacionales no son electos democráticamente y el procesamiento de sus decisiones no se acostumbra a ventilar públicamente. La ilegitimidad democrática y la opacidad son las características distintivas de los procesos de integración.¹⁰²

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

¹⁰¹ *Idem.*

¹⁰² Hernández Cervantes, Aleida, *op. cit.*, p. 185.

La *lex mercatoria* constituye un elemento distintivo de la globalización neoliberal. Es un conjunto de principios y reglas consuetudinarios que son aplicados en las transacciones internacionales. Sus antecedentes son medievales, posiblemente surgió en el siglo XI de nuestra era con las transacciones entre comerciantes y banqueros. Sin embargo, con el desarrollo del Estado-nación, la *lex mercatoria* medieval se eclipsó porque se incorporó al derecho comercial de los Estados. En la globalización neoliberal la *lex mercatoria* vuelve a resurgir porque existen transacciones comerciales, financieras y bancarias propias de la globalización neoliberal que no pueden ser resueltas desde el derecho interno. La nueva *lex mercatoria* permite a las grandes trasnacionales realizar actos jurídicos de manera flexible y está compuesta de principios generales de derecho reconocidos por los ordenamientos jurídicos nacionales, reglas de organizaciones internacionales, costumbres y usos, contratos tipo y laudos arbitrales.¹⁰³

Es importante señalar que la *lex mercatoria* aunque tiene la pretensión de neutralidad no lo es. Su aplicación puede ser efímera y depende de la relación de poder entre los contratantes.¹⁰⁴ Así, un contrato tipo diseñado por una trasnacional puede ser empleado por única vez ante una contraparte débil, y en el siguiente caso análogo, si la fuerza del contratante es equivalente o superior la convención tipo se modifica. Las disputas sobre los contratos regidos por la *lex mercatoria* se resuelven, no ante las instancias nacionales o supranacionales, sino ante instancias arbitrales que también son expresión del poder entre las partes contratantes.

Los derechos de los migrantes muestran la manifestación más dura de la globalización neoliberal en términos de derechos humanos.¹⁰⁵ Los migrantes legales pero aún más los ilegales carecen de derechos equiparables a los nacionales de cualquier país: los migrantes ilegales son los más explotados y sus derechos son inexistentes. En similares circunstancias encontramos a los refugiados y desplazados. La variable derechos de los migrantes, refugiados y desplazados muestra con claridad que la globalización neoliberal no tiene como objetivo central la garantía de los derechos de todos los individuos que componen la humanidad, su finalidad fundamental es la de proteger los intereses económicos y políticos de la elite trasnacional y nacional.

¹⁰³ Trakman, Leon, *The Law Merchant: The Evolution of Commercial Law*, Littleton, Rothman and Co., 1983.

¹⁰⁴ Teubner, Gunther, *op. cit.*; Santos, Boaventura de Sousa, *La globalización del derecho...*, *cit.*; Faria, José Eduardo, *op. cit.*

¹⁰⁵ Bustamante, Jorge A., *Migración internacional y derechos humanos*, México, UNAM, 2002.

Los desplazamientos masivos de personas del tercer mundo a los países desarrollados, ya sea por razones económicas, políticas o sociales no aseguran que esas personas tendrán los derechos de los habitantes de los países desarrollados. En los países de acogida se les negará la ciudadanía y derechos fundamentales necesarios para su desarrollo como la salud o la educación. La globalización neoliberal es una conceptualización para los negocios y la especulación comercial y financiera, no es una construcción para el establecimiento de un cosmopolitismo en el que los derechos de todos se garanticen.

Respecto a los derechos de los pueblos originarios, podemos decir que ello implica entender la globalización neoliberal desde una visión alternativa.¹⁰⁶ Los pueblos indígenas se han visto amenazados en sus estilos de vida tradicionales, sus derechos consuetudinarios y sus economías por el avance económico de las grandes trasnacionales que destruyen su hábitat e invaden sus territorios para explotar los recursos naturales que en ellos se encuentran. La importancia de la cuestión indígena ha propiciado el surgimiento de una coalición transformadora y trasnacional compuesta de ONG indígenas y no indígenas que exigen la condena a las violaciones de los derechos de los pueblos originarios, se detenga la destrucción de los territorios y culturas, y se tomen medidas para corregir las nuevas injusticias.

Las posibilidades de esta variable dependen del cumplimiento del Convenio 169 de la OIT y de la Declaración Universal sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU, lo que no es tarea fácil. Las diferencias de poder entre los pueblos originarios y las grandes empresas trasnacionales hacen difícil que los resultados se decanten a favor de los derechos de los pueblos indígenas. Sin embargo, todo dependerá de la capacidad de movilización de los pueblos originarios y del respaldo que reciban por parte de las autoridades y sociedades nacionales así como de los organismos internacionales de protección de los derechos fundamentales.

El cosmopolitismo subalterno insurgente y los derechos humanos plantean, como en el caso de los derechos de los pueblos originarios, una globalización desde abajo, desde los intereses populares y desde los derechos humanos. Se trata de una globalización insurgente que lucha en contra de los intereses de las grandes potencias hegemónicas, de los intereses de las empresas trasnacionales y en contra de las lógicas elitistas de muchos organismos supranacionales. Para que triunfe esta forma alternativa de globalización es necesaria la creación de una gran coalición trasnacional progresista que pueda visibilizar sus demandas para posteriormente diseñar instituciones y normas, nacionales y supranacionales, que sean coincidentes con los derechos

¹⁰⁶ Rodríguez, Gloria Amparo, “La consulta previa a pueblos indígenas”, en Parra Dussán, Carlos y Rodríguez, Gloria Amparo, *Comunidades étnicas en Colombia. Cultura y jurisprudencia*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2005, pp. 121 y ss.

humanos.¹⁰⁷ Es lo que algunos teóricos neoconstitucionalistas del derecho denominan mundializar el constitucionalismo.¹⁰⁸

Esta globalización alternativa y desde abajo presenta muchos problemas para ser concretada. En especial se ve dificultada por el poder de la elite económica mundial y por los intereses políticos de los Estados hegemónicos que subordinan la defensa de los derechos humanos a sus objetivos económicos y políticos. Esas circunstancias promueven estándares dobles y a menudo contrapuestos sobre los derechos humanos. Por ejemplo, los gobiernos de los Estados Unidos mantienen en el discurso una prédica a favor de los derechos humanos pero sus prácticas militares y políticas desmienten su retórica.

Existen derechos como el derecho al desarrollo que los intereses de la globalización neoliberal niegan porque son antitéticos con los intereses que esa globalización formula y promueve. Según la Comisión Internacional de Juristas, el derecho al desarrollo debe aplicarse en todos los niveles (municipal, local, nacional, regional y global) y todos los derechos humanos son interdependientes e inseparables de él.¹⁰⁹

Los recursos naturales globales de propiedad común —o el *ius humanitatis*— pretende que los recursos naturales del planeta —el lecho, el suelo, el subsuelo oceánico, el espacio exterior, la región antártica— sean de toda la humanidad para su aprovechamiento y disfrute. El *ius humanitatis* choca en contra de la globalización neoliberal y en contra de los intereses de las grandes potencias hegemónicas, y por eso ha tenido escaso desarrollo teórico.¹¹⁰ El *ius humanitatis* está compuesto de cinco elementos que se asocian con el concepto de herencia común de la humanidad: no apropiación, administración por todos los pueblos, participación internacional en los beneficios obtenidos de la explotación de los recursos naturales, uso pacífico y conservación para las generaciones futuras.¹¹¹

El *ius humanitatis* debe ser un horizonte de lucha para oponerlo a la globalización neoliberal aunque por el momento se vea irrealizable. El *ius humanitatis* se aleja del individualismo de la tradición liberal y toma a la humanidad como un todo titular de los derechos humanos. Este derecho adopta una concepción no capitalista de la propiedad, pues el *ius humanitatis* rompe con la reciprocidad entre derechos y deberes. La única vía para compartir el derecho al patrimonio común de la humanidad es un deber global de respetar los derechos de la humanidad.

¹⁰⁷ Zygmunt, Bauman, *La globalización: consecuencias humanas*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002.

¹⁰⁸ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías...*, cit., pp. 125-175.

¹⁰⁹ Díaz Müller, Luis T., *El derecho al desarrollo y el nuevo orden mundial*, México, UNAM, 2004.

¹¹⁰ Brus, Marcel, "Ius Humanitatis and the Right to Reparation for International Crimes in Foreign Domestic Courts", *International Criminal Law Review*, vol. 14, núm. 2, 2014, pp. 358-376.

¹¹¹ Santos, Boaventura de Sousa, *Sociología jurídica crítica...*, cit., p. 437.

Sin embargo, el *ius humanitatis* se enfrenta a los intereses de las grandes empresas trasnacionales y a las consideraciones geopolíticas de las potencias hegemónicas que se apropian de los recursos naturales tanto de los países periféricos como de los recursos que según el *ius humanitatis* deben ser patrimonio de la humanidad. Recursos como los hidrocarburos, la minería, el agua, la flora y la fauna son expoliados en beneficio de los grandes intereses mercantiles supranacionales sin tener en cuenta los derechos de los pueblos originarios y sin garantizar beneficios a las sociedades locales. La globalización neoliberal presenta condiciones de expolio para las naciones débiles.

La revisión de las variables anteriores muestra que se ha impuesto la globalización desde arriba, lo que denominamos globalización neoliberal. De las dos globalizaciones, la que se construye desde arriba y la que lucha desde abajo, ha prevalecido la que destaca: la crisis o debilitamiento del principio de soberanía nacional; el desmantelamiento del Estado del bienestar; la opacidad e ilegitimidad con la que se crea y aplica el derecho de la globalización neoliberal; el despejo de los recursos naturales por parte de los Estados hegemónicos a los Estados débiles o periféricos; la trasnacionalización de la regulación del Estado-nación; la conformación del derecho de la integración regional, y el resurgimiento de la *lex mercatoria*. Éstas variables están muy por encima del derecho de las personas que atraviesan las fronteras nacionales; del derecho de los pueblos indígenas; del cosmopolitismo subalterno e insurgente y los derechos humanos, y del derecho de los recursos naturales globales de propiedad común. Lo que significa que las variables a favor de los intereses hegemónicos sobresalen sobre las variables a favor de las sociedades, pueblos y personas.

Los fundamentos jurídicos de la globalización neoliberal y las variables que anteriormente hemos comentado se expresan en cuatro dimensiones que manifiestan los consensos básicos de los sostenedores del modelo globalizador neoliberal. Los cuatro consensos son: 1) el económico neoliberal conocido como consenso de Washington que se apoya en las prohibiciones para que el Estado intervenga en la economía, en el reconocimiento de nuevos derechos internacionales de propiedad para los inversionistas extranjeros y para los creadores intelectuales, y en la subordinación de los Estados al Banco Mundial, al FMI y a otros organismos multilaterales —el consenso de Washington se puede aplicar a los Estados de manera estricta o de manera flexible, según convenga a las instituciones multilaterales o a los intereses de las grandes potencias—;¹¹² 2) el consenso sobre el Estado débil para ir disminuyendo sus competencias a favor de las instancias supranacionales y para ampliar los espacios de la sociedad civil representada por el empresariado nacional e internacional sobre el

¹¹² Williamson, John, *op. cit.*

propio Estado —el Estado se entiende pernicioso y divorciado de la sociedad civil—; 3) el consenso democrático liberal para generar democracias formal-liberales de baja intensidad, sin mecanismos vigorosos de democracia participativa y deliberativa, y sin capacidad para enfrentar a los poderes fácticos, tanto nacionales como supranacionales, y 4) el consenso sobre el Estado de derecho y el sistema judicial para que los tribunales garanticen las transacciones comerciales y protejan las inversiones a favor de las grandes empresas trasnacionales; se requiere un sistema judicial eficiente y predecible para garantizar el cumplimiento de los contratos y convenios.¹¹³

La finalidad de los consensos anteriores es fortalecer el mercado a costa de los derechos de los más débiles, reducir al Estado para beneficiar a la “sociedad civil” que está representada por los intereses económicos de las grandes empresas trasnacionales, contar exclusivamente con una democracia electoral para que no ponga en crisis el modelo de desarrollo globalizador neoliberal y vaya a la saga de él, y promover un Estado de derecho que no garantiza los derechos económicos, sociales y culturales y que sí provee de suficientes instrumentos de coerción para hacer cumplir los contratos. En el modelo globalizador neoliberal el orden jurídico es una herramienta, un instrumento para favorecer la acumulación capitalista de las empresas trasnacionales. Jamás en este modelo la democracia irá primero y el capitalismo después. La realidad es la inversa: primero el capitalismo después la democracia —la mínima, la que sea posible— y los derechos humanos de igualdad.

III. ANÁLISIS DE ALGUNAS TEORÍAS JURÍDICAS FRENTE A LA GLOBALIZACIÓN NEOLIBERAL

Tanto en la familia jurídica anglosajona como en la teoría jurídica continental los conceptos y categorías fundamentales de la teoría del derecho se han construido a partir del Estado y del derecho nacional. En el caso de la teoría jurídica anglosajona, y como señalan Keith Culver y Michael Giudice, la teoría jurídica, incluyendo a autores como Hart, ha tenido un fundamento estatal y fundamentalmente ha sido de naturaleza local y aún de carácter municipal,¹¹⁴ por eso urgen a pensar una teoría jurídica que conciba el análisis del derecho desde una perspectiva global, lo que es más que pertinente, pues los ordenamientos jurídicos nacionales no pueden explicarse ni teorizarse desde las viejas bases nacionales de antaño.

¹¹³ Santos, Boaventura de Sousa, *Sociología jurídica crítica...*, cit., pp. 454-505.

¹¹⁴ Culver, Keith y Giudice, Michael, “Legal System, Legality, and the State: An Inter-Institutional Account”, *Revista Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, núm. 2, 2008, pp. 85-125.

En el ámbito del derecho continental, la mayor parte de las teorías jurídicas tienen una impronta estatalista en donde toda la teoría jurídica y la dogmática se explican y justifican principalmente desde el Estado y su soberanía. Algunos autores como Kelsen plantearon que el fundamento del derecho del Estado se encontraba en el derecho internacional. Kelsen señaló que:

...ningún Estado es soberano, puesto que todos se hallan sometidos en la misma medida al orden de la comunidad jurídica internacional, en la cual recae toda la soberanía... la validez del Derecho interno radica en el orden jurídico internacional, en la voluntad de la comunidad jurídica internacional... lo que desde el punto de vista del orden estatal es una hipótesis de la ciencia del Derecho, desde el punto de vista del primado del orden internacional es una proposición jurídica positiva... La proposición que constituye el fundamento de validez del Derecho interno y, por tanto, su principio de individuación, se encuentra, de hecho en toda norma jurídica internacional que determina bajo qué condiciones debe considerarse existente un Estado de Derecho... el reconocimiento de un Estado que ingresa a la comunidad jurídica internacional no se verifica mediante la declaración individual de las voluntades de los Estados que ya forman parte de ella, sino mediante una norma jurídica general... suele formularse así: existe un Estado en el sentido de la comunidad jurídica internacional cuando se establece un poder independiente de dominación sobre los hombres que habitan en un determinado territorio; con otras palabras: cuando adquiere eficacia real, dentro de cierto ámbito, un orden coactivo de la conducta humana, que no tiene sobre sí otro orden que el del Derecho internacional... queda establecido y regulado aquel hecho fundamental que constituye la base de todos los hechos jurídicos, dentro del sistema total del Derecho... Es una norma de Derecho internacional, universalmente admitida, que la revolución triunfante o el usurpador victorioso se convierten en poder legítimo...¹¹⁵

La teoría jurídica kelseniana reconoce el fundamento del derecho del Estado en el derecho internacional, ese fundamento no es una norma hipotética como la que Kelsen propone de fundamento de validez en el derecho interno, sino que es una norma de derecho internacional positivo. La norma de derecho internacional, prevé que existe un Estado en el sentido de la comunidad jurídica internacional al establecerse un poder independiente de dominación sobre las personas que habitan en un determinado territorio. Lo importante es que el poder de dominación adquiera eficacia real dentro de cierto ámbito territorial, que sea un orden coactivo de la conducta humana, ya sea de origen revolucionario o establecido a través de la usurpación, pues poco importa la vía para que exista el Estado. A partir de ese fundamento sociológico e histórico basado en el poder de dominación sobre una población en un

¹¹⁵ Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, México, Editora Nacional, 1979, pp. 162-167.

territorio, es que la norma de derecho internacional da origen a los Estados nación, es ella la que dota de existencia y validez al Estado y, a partir de ahí, a los órganos por él constituidos que proporcionan validez jurídica al ordenamiento, el que es producido después mediante los procedimientos previamente establecidos por normas superiores del Estado.

La teoría jurídica keleseniana sólo explica el fundamento de validez jurídica del derecho interno en la norma positiva y empírica de derecho internacional, que dice que existe Estado y éste está autorizado para crear normas válidas a partir de que hay un poder de dominación sobre una población en un territorio. En Kelsen como en los demás autores canónicos de la teoría del derecho no existe una construcción, no hay una elaboración teórica completa de una teoría del derecho de carácter universal. Los elementos de la teoría pura son esencialmente estatales con excepción de la explicación y fundamento de la validez internacional del derecho del Estado-nación.

Lo dicho anteriormente respecto a Kelsen es bastante explicable porque el fenómeno de la globalización neoliberal como hoy lo vivimos no se presentaba en el pasado en sus características contemporáneas. En el siglo XX, se edificaron paulatinamente las construcciones supranacionales que conocemos, tales como la ONU, pero los Estados-nación aún eran los actores fundamentales en la escena internacional y obviamente al interior de los territorios que tenían bajo su poder de dominación. No se generalizaba aún, sino hasta las décadas finales del siglo XX, la posibilidad de que las decisiones nacionales pudiesen ser revisadas por instancias supranacionales, y en esa época, las empresas trasnacionales que participan en el comercio internacional estaban sometidas al derecho interno de los Estados y no a las regulaciones supranacionales que hoy conocemos en materia de comercio internacional y de inversiones.

Frente a Kelsen, tenemos a la concepción dualista que indica la coexistencia de los derechos estatales y el internacional.¹¹⁶ Según este paradigma que ya está de salida por la crisis del Estado-nación, el ordenamiento internacional y los ordenamientos estatales no sólo son distintos, sino que permanecen separados e independientes entre sí, teniendo cada uno su sistema de fuentes y su autónomo fundamento de validez en su propio acto y poder constituyente. En las posiciones extremas de esta categorización, los derechos internos y el internacional son excluyentes entre sí para marcar su diferenciación.

En la obra de Carl Schmitt, como ya dijimos anteriormente, se advierte al finalizar la Primera Guerra Mundial, que la era de la estatalidad estaba acabada, pues había sido destruida por el ideal humanista del universalismo. Los Estados dejaron de ser los actores centrales del derecho internacional y del derecho público europeo.¹¹⁷

¹¹⁶ Triepel, Carl Heinrich, *Völkerrecht und Landesrecht*, Alemania, Nabu Press, 2010; Anzilotti, Dionisio, *Il diritto internazionale nei giudizi interni*, Bologna, 1905.

¹¹⁷ Schmitt, Carl, *El concepto de...*, cit., p. 40.

Sin embargo, las organizaciones internacionales que se constituyeron en Europa, en remplazo del Estado-nación, al finalizar la Primera Guerra Mundial, como la Sociedad de las Naciones —Liga de Ginebra—, fracasaron porque no ordenaron el espacio y ningún sistema de normas, aunque sea proyectado e interpretado de la manera más minuciosa, puede compensar ese defecto. En la época en que Schmitt escribía estas ideas, se discutía acerca de la existencia de un monopolio global de una sola potencia o de un pluralismo de grandes espacios coexistentes y ordenados entre sí. Según Schmitt, antes que él, Maurice Hauriou había hablado de un gran espacio unido bajo un sistema federalista. Para Schmitt es absurdo plantear un sistema normativo si antes no se ha resuelto el problema del territorio en donde regirán esas normas.¹¹⁸

Según Schmitt, el universalismo normativo e institucional que sustituye al Estado-nación no puede apoyarse en ambigüedades sobre el espacio terrestre, marítimo y ultraterrestre. Cuando no resuelve el derecho sobre el territorio, como ocurrió después de la primera guerra mundial, el derecho global o mundial está incapacitado para atender los dos fines más importantes del derecho de gentes: impedir la guerra de aniquilamiento y garantizar la paz. Schmitt reprocha que los juristas positivistas piensen el derecho como ordenamiento y que remitan toda la legalidad a la Constitución o a la voluntad del Estado pensado como una persona, sin interrogarse acerca del origen del Estado o de la Constitución y sin preguntarse que el territorio es la base de cualquier ordenamiento. Para Schmitt, el derecho no es más que la ordenación del territorio, pues todo nuevo ordenamiento se basa sobre nuevas divisiones del espacio, nuevas delimitaciones y nuevas ordenaciones espaciales de la tierra.¹¹⁹

En el nuevo derecho que surge con el fin del Estado-nación, la ordenación del espacio es, según Schmitt, el primer proceso que debe definirse, ya que de otra forma los sistemas normativos carecerán del suficiente carácter vinculante y no podrán atender los dos principales objetivos del derecho de gentes: reducir o limitar la guerra de aniquilamiento y garantizar la paz. Para ello será fundamental preguntarse si en el futuro habrá un Estado mundial o diversas confederaciones o federaciones de Estados en permanente lucha entre sí. El derecho de la globalización neoliberal no ha definido aún éste futuro con claridad y al parecer vivimos en una etapa de transición hacia ordenaciones territoriales futuras que condicionarán el nuevo derecho.

La obra de Schmitt propone sin explicitarla una alternativa: un nuevo constitucionalismo mundial o un sistema normativo pluriglobal —podrían ser varios— consecuencia de la dominación de una o más potencias sobre las demás. Lo importante es, diría Schmitt, cómo se ordenará el espacio y a favor de quién: de las grandes

¹¹⁸ Schmitt, Carl, *El nomos de la tierra ...*, cit., pp. 306 y ss.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 65.

potencias e intereses transnacionales o a favor de las sociedades. En el primer caso hablamos de un derecho de la globalización neoliberal desde arriba y elitista y, en el segundo caso, podemos hablar de un derecho de la globalización alternativo, desde abajo y popular. Por los acontecimientos y evidencias de nuestra época prevalece el modelo del derecho de la globalización neoliberal desde arriba, que a pesar de esa prevalencia, aún no consigue ordenar totalmente los espacios de la tierra, del mar o del espacio aéreo y sideral en su beneficio.

En las épocas de la globalización, y como dice Ferrajoli, se alude al pluralismo de los ordenamientos más que a monismo o dualismo. Lo anterior significa que los derechos estatales forman una pluralidad de ordenamientos, y el derecho internacional está formado por una pluralidad de instituciones y de ordenamientos. Esas pluralidades de ordenamientos y de instituciones de carácter internacional y estatal se relacionan mediante vínculos de distinta naturaleza —de coordinación, subsidiariedad, subordinación, integración— que son determinadas por distintas normas de derecho positivo. En muchos casos, los ordenamientos e instituciones no son derivados sino originarios, aunque ello no significa la existencia de ordenamientos soberanos o ilimitados por provenir de un poder constituyente originario, sino de ordenamientos e instituciones restringidas en su soberanía según lo establezca cada concreta disciplina del derecho positivo.¹²⁰

Ferrajoli advierte la progresiva pérdida de relieve de los Estados, que se han, como dice él, revelado demasiado grandes para las cosas pequeñas y demasiado pequeños para las cosas grandes. El Estado nacional pierde su autosuficiencia y exclusividad normativa en el plano jurídico, su soberanía en el plano político y su centralidad en el económico. La crisis tiene que ver con la globalización y ha generado problemas de carácter supraestatal. Entre esos problemas se señalan el retorno de la guerra como instrumento de solución de controversias entre Estados, el desarrollo de la criminalidad internacional, del terrorismo internacional, del profundo crecimiento de las desigualdades, y con ellas del hambre y las enfermedades que afligen a millones de seres humanos, al igual que las perturbaciones ecológicas que amenazan el futuro de la humanidad. Según Ferrajoli, las realidades del modelo globalizador neoliberal sólo pueden enfrentarse con un nuevo paradigma jurídico, el que tendrá que basarse en tres elementos: la limitación jurídica de todos los poderes supranacionales y estatales, la garantía de la paz a nivel mundial y nacional, y por medio de un reforzamiento y ampliación de los derechos humanos en todas las instituciones y organizaciones relevantes de las sociedades nacionales e internacionales, incluyendo a las grandes corporaciones económicas.¹²¹

¹²⁰ Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Trotta, 2011, t. 2, p. 473.

¹²¹ *Ibidem*, p. 471.

Las nuevas formas de organización jurídica mundial del neoliberalismo globalizador se debaten entre la construcción de un federalismo mundial integrado por los actuales Estados-nación, de esquemas de integración mixta en donde convivan modelos federales y confederales entre los Estados o, por la vía de una gran confederación mundial. La suerte y prevalencia de cada uno de estos posibles escenarios dependerá de la voluntad de los Estados y, desde luego, de los intereses de las grandes corporaciones transnacionales que buscarán las formas de organización jurídica política que más les convengan. En estos procesos de integración supranacional, las sociedades nacionales pueden tener un papel relevante si se organizan y apuestan por estructuras de organización política orientadas por los derechos humanos, la paz y la limitación de los poderes supranacionales. El futuro, por tanto, está en manos de la lucha política y de la correlación de las fuerzas existentes.

Sin embargo, el planteamiento de Ferrajoli tiene, desde mi punto de vista, un flanco muy débil que es común a todas las teorías de su tipo, que podemos llamar neo-constitucionalistas. La concepción de la llamada democracia constitucional ferrajoliana desdeña el papel de las mayorías, del pueblo. Ferrajoli considera que el poder de las mayorías desemboca en construcciones fascistas y, por eso, los derechos humanos no deben pertenecer al ámbito de la democracia, forman parte de un ámbito no sujeto al regateo, a la negociación o a la discusión de las mayorías. El alcance de los derechos, su extensión y sus garantías de protección no son parte de la deliberación democrática. Los derechos humanos pertenecen al ámbito de lo indecible para las mayorías. El pueblo soberano no puede en contra de los derechos humanos de las minorías o aún respecto a los derechos humanos de una sola persona.¹²²

La cuestión es quién define el alcance, extensión y garantía de los derechos humanos. En las sociedades contemporáneas el espacio de los derechos humanos lo determina una elite de funcionarios internacionales o nacionales que son designados por las autoridades estatales o supranacionales, y que en ocasiones tienen vínculos ya sea con las corporaciones económicas supranacionales o con movimientos de la sociedad civil supranacional. Ellos son los que dicen cuándo estamos en presencia de un derecho humano, qué extensión tiene el derecho humano y cómo se debe proteger y garantizar. Casi siempre estos funcionarios no son electos por el pueblo —por ejemplo los jueces constitucionales— y sus decisiones, muchas veces, no se adoptan mediante deliberación pública y transparente. Sin embargo, les conferimos el inmenso poder de definir lo qué es un derecho humano y lo qué no lo es.

La circunstancia expuesta obliga a replantear las tesis de Ferrajoli y de buena parte de la teoría jurídica contemporánea. Las sociedades nacionales y supranacionales deben tomar parte no sólo en el debate de los derechos humanos sino en su de-

¹²² *Ibidem*, p. 478.

finición. Los derechos humanos no tienen sólo fundamento en una moral objetiva¹²³ sino en las luchas políticas y en las conquistas históricas de los pueblos. No es nada justo sustraer el alcance, extensión y garantías de los derechos humanos a los pueblos. Éstos deben tener amplia y permanente intervención en el debate de los derechos humanos. Es verdad que los pueblos se pueden equivocar y pueden reducir derechos o hasta negarlos, tal como la elite internacional y nacional que ahora los define. Sin embargo, los derechos humanos son en estos tiempos un instrumento de lucha para oponerse a los excesos de la globalización neoliberal y por ello resulta imprescindible que su defensa y definición esté en manos de las personas, las sociedades nacionales y las supranacionales. Los derechos humanos deben ser privados del elitismo que hoy en día los delimita para ponerlos al alcance del debate y deliberación de todos.

En nuestro tiempo y para tener la capacidad de lucha y oposición al neoliberalismo globalizador, debemos comenzar por reconocer, como lo hace Ferrajoli, lo siguiente: 1) que los derechos humanos siguen siendo una promesa no realizada en muchos lugares del mundo, principalmente los derechos económicos, sociales y culturales, y que esa ineficacia de los derechos tiene que ver fundamentalmente con las características del modelo económico neoliberal que no está interesado en el desarrollo de sociedades libres e igualitarias; 2) que las soberanías de los Estados son profundamente desiguales, que existen soberanías casi absolutas como la de Estados Unidos frente a las soberanías de los demás Estados y que entre las soberanías de los Estados existen niveles y grados diversos de desigualdad; 3) que las ciudadanías también están desequilibradas, pues existen ciudadanos “optimo iure” con todos los derechos y semiciudadanos con permisos de residencia, refugiados, irregulares y clandestinos; situaciones jurídicas que en el mundo globalizado son fuente de exclusión y de discriminación entre las personas; 4) que las normas y las instituciones del derecho internacional son aún muy débiles e imperfectas, tanto desde sus ilegitimidades democráticas de origen y de ejercicio como de las vías para exigir su acatamiento, pues en el ámbito supranacional aún nos encontramos en muchos sentidos en un estado de naturaleza hobbesiano, en el que por un lado hay ausencia o imperfección de reglas y, por otro, existencia de la influencia de los más poderosos, sean las grandes potencias o los intereses económicos más relevantes, los que imponen la ley del más fuerte, y 5) que no hemos ideado hasta el momento un derecho internacional que traslade los fines del constitucionalismo a la esfera mundial y que el propio constitucionalismo nacional recibe los embates de la globalización neoliberal.¹²⁴

¹²³ Dworkin, Ronald, *Justicia para erizos*, trad. de Horacio Pons, México, Fondo de Cultura Económica, 2014, pp. 22-27.

¹²⁴ Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris...*, cit., pp. 480-485.

Ferrajoli sostiene que la *lex mercatoria* se afirma como la nueva *Grundnorm* del orden internacional y nacional con las consiguientes inversiones de las relaciones entre Estado y mercado, pues ya no son la política ni el derecho los que gobiernan y controlan a la economía sino que ocurre exactamente al revés: el derecho y la política están al servicio de la economía neoliberal globalizadora. Para argumentar su tesis identifica cinco dimensiones del nuevo derecho de la economía neoliberal globalizadora: 1) concentración y confusión de poderes, en donde los poderes privados nacionales y supranacionales se colocan por encima de la esfera pública e institucional para subordinarla y ponerla a su servicio a fin de beneficiar al mercado, y para que el orden jurídico deje de promover el interés general para concentrarse en la defensa de los intereses privados, principalmente en la defensa del derecho de propiedad de las grandes corporaciones; 2) la reducción del derecho a mercancía en tanto que se da una competencia entre ordenamientos nacionales para que los ordenamientos con menor protección y garantía de los derechos laborales, medioambientales y que menos protegen los recursos naturales nacionales resulten más atractivos económicamente para las grandes corporaciones supranacionales, las que irán a invertir en los Estados menos garantistas; 3) la existencia de un mercado trucado que favorece los intereses de las empresas de las grandes potencias por encima de los intereses económicos de las empresas de los países más débiles, es decir, en el concierto mundial no existe un auténtico mercado entre iguales; 4) la explotación ilimitada del trabajo, en donde éste deja de ser considerado un derecho humano y pasa a ser la mercancía por antonomasia, lo que permite una acumulación capitalista ilimitada que transfiere enormes riquezas de los trabajadores a las empresas, por lo que el derecho de nuestro tiempo promueve la reducción de los salarios, la disminución de las garantías jurídicas laborales y el debilitamiento de la tutela sindical, y 5) la destrucción del medio ambiente porque la economía neoliberal globalizadora es fundamentalmente extractiva y uno de sus pilares consiste en el saqueo y expoliación de los recursos naturales al costo que sea necesario para acrecentar la acumulación capitalista.¹²⁵

Para hacer frente a las características nocivas de la *lex mercatoria* del neoliberalismo globalizador, Ferrajoli desbroza sus propuestas. Así insiste en: 1) un constitucionalismo mundial que prohija un federalismo global multinivel, en donde los ordenamientos nacionales e internacionales estén coordinados de suerte que se limite cualquier poder arbitrario, se garanticen los derechos humanos y se preserve la paz; 2) los derechos civiles de autonomía que dan fundamento al mercado deben quedar subordinados a los derechos humanos, tanto de libertad como a los de carácter social; 3) la orientación de todo derecho debe estar enmarcado en la garantía de la paz y

¹²⁵ *Ibidem*, pp. 516-521.

de los derechos humanos; 4) las funciones de garantía de los derechos humanos, tanto nacionales como internacionales, deben subordinar cualquier acción de gobierno nacional e internacional que se pretendan colocar por encima de ellas, y 5) se deben articular las competencias del nivel federal mundial con los estatales, de suerte que se produzca un nuevo federalismo cooperativo, capaz de subordinar la economía al derecho, a través, entre otras medidas, de la democratización y perfeccionamiento jurídico de las actuales instituciones internacionales.¹²⁶

Las propuestas de Ferrajoli pueden ser consideradas utópicas por muchos, por eso él en su descargo insiste que estimar el constitucionalismo global como no realista equivale a una falacia semejante a la naturalista, que confunde lo que acaece con lo que no puede acaecer y, por tanto, ese pensamiento constituye una abdicación de la razón y de la política. La conclusión de Ferrajoli, que recuerda a la izquierda hegeliana —todo lo racional es real— no carece de fundamentos, aunque la creación de las condiciones de un nuevo constitucionalismo mundial que enfrente los excesos e injusticias del neoliberalismo globalizador, no sólo depende exclusivamente de la razón sino también de la voluntad y de la lucha política democrática de las sociedades para llevar a cabo ese proyecto jurídico-político, pues siempre estarán en duda las posibilidades de lo jurídico para transformar el *statu quo*.

Desde otras posturas críticas, diversas al actual Ferrajoli, y que provienen o reciben influencia del marxismo, tales como la escuela del uso alternativo del derecho¹²⁷ o los partidarios del Critical Legal Studies,¹²⁸ siempre se ha sostenido: 1) el uso ideológico del derecho por sus operadores en respaldo de las clases o de los intereses dominantes, y 2) el histórico papel instrumental del derecho en apoyo al *statu quo*, y la necesidad, a partir de los planteamientos críticos, para que éste sea en adelante un medio a favor de la transformación social. Es verdad que esas posturas teóricas hasta recientemente no habían llevado sus categorías al estudio del derecho de la globalización neoliberal, sin embargo, hoy en día comienzan a realizarlo de manera persistente para advertir como la estructura económica de dominación mundial neoliberal exige un análisis no sólo desde esa estructura económica sino desde las superestructuras, entre ellas la del derecho.¹²⁹

¹²⁶ *Ibidem*, pp. 540-544.

¹²⁷ Poulantzas, Nicos, “Marx y el derecho moderno”, en *Hegemonía y dominación en el Estado moderno*, Buenos Aires, Cuadernos de Pasado y Presente, Siglo XXI Argentina, 1975; Cerroni, Umberto, *Introducción al pensamiento político*, México, Siglo XXI, 1994; López Calera, Nicolás *et al.*, *Sobre el uso alternativo del derecho*, Valencia, Fernando Torres Editor, 1975.

¹²⁸ Kennedy, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Bogotá, Universidad de los Andes-Pontificia Universidad Javeriana-Ediciones Uniandes-Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores, 1999.

¹²⁹ Cabo Martín, Carlos de, *Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico*, Madrid, Trotta, 2014.

Para las posturas críticas, la superestructura jurídica no es un simple reflejo o instrumento, sino que es una instancia que proporciona las condiciones generales y contextuales de la existencia de la estructura misma. En este sentido el derecho expresa las contradicciones de la lucha mundial de las clases sociales y aunque generalmente juega a favor de los intereses de las clases dominantes también puede jugar a favor de las clases dominadas cuando éstas imponen condiciones en la estructura y en el funcionamiento de los aparatos del Estado. Es verdad que entre los sostenedores de las posturas críticas no existen unanimidades y existen visiones pesimistas que estiman que el derecho nunca puede colocarse del lado de los débiles, pero también están los que consideran que el derecho, sobre todo la teoría pero también la práctica jurídica, pueden aportar contribuciones esenciales para la emancipación de clase. En este sentido las teorías críticas tienen mucho que aportar en la construcción de un derecho alternativo al derecho neoliberal de la globalización.¹³⁰

Carlos de Cabo expone las siguientes características del derecho, según la teoría crítica: 1) ser el derecho del conflicto, básicamente del conflicto socioeconómico pero también de otras aproximaciones como las del poder; 2) asumir que el derecho es uno de los mecanismos básicos de legitimación y de ocultamiento de la realidad, y 3) desbloquear el positivismo jurídico: no acudir a la pureza metódica, romper con la neutralidad jurídica, y asumir el papel crítico que le corresponde realizar al derecho. De Cabo insiste que en el derecho de la globalización es muy importante desenmascarar el rol ideológico y de manipulación que juega el ordenamiento jurídico a favor de los poderes fácticos nacionales y transnacionales.¹³¹ Uno de los asuntos cruciales para la teoría crítica consiste en reelaborar, no solo sociológica o políticamente el concepto de pueblo,¹³² sino de también realizar esa tarea jurídicamente.¹³³

¹³⁰ Bernal, Angélica M., “The Meaning and Perils of Presidential Refounding in Latin America”, *Constellations. An International Journal of Critical and Democracy Theory*, Nueva York, vol. 21, núm. 4, 2014; Finchelstein, Federico, “Returning Populism to History”, *Constellations. An International Journal of Critical and Democracy Theory*, Nueva York, vol. 21, núm. 4, 2014; Stavrakakis, Yannis, “The Return of the People: Populism in the Shadows of the European Crisis”, *Constellations. An International Journal of Critical and Democracy Theory*, Nueva York, vol. 21, núm. 4, 2014.

¹³¹ Cabo Martín, Carlos de, *op. cit.*, pp. 52 y ss.

¹³² Laclau, Ernesto, *La razón populista*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2005, pp. 91 y ss.; Hardt, Michael y Negri, Antonio, *Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 2000.

¹³³ El profesor portugués Gomes Canotilho afirma que una de las características que tiene el pueblo como titular del poder constituyente es la de entenderlo desde su grandeza pluralista formada por individuos, asociaciones, grupos, iglesias, comunidades, personalidades, instituciones, vehículos de intereses, ideas, creencias y valores plurales convergentes y conflictuales. Sólo ese pueblo concebido como comunidad abierta de sujetos constituyentes que pactan y consienten, tiene el poder de disponer y de conformar el orden político-social. Gomes Canotilho, J. J., *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra, Almeida, 1998, pp. 71 y 72.

IV. LA NECESARIA REVISIÓN DE LAS TEORÍAS CONSTITUCIONALES CONTEMPORÁNEAS PARA RESPONDER AL NEOLIBERALISMO GLOBALIZADOR

Si una posible solución jurídica existe para enfrentar las incorrecciones del neoliberalismo globalizador es la mundialización del constitucionalismo. Cuando se habla de constitucionalismo, no podemos dejar de lado las versiones más influyentes de nuestro tiempo: el neoconstitucionalismo, el constitucionalismo popular y el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Por eso, conviene reflexionar sobre cada una de ellas para situar sus límites y para entender si con alguna de las mencionadas podemos efectivamente hacer frente a las consecuencias negativas del neoliberalismo globalizador.

El neoconstitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo ha sometido a crítica y revisión todas las tesis tradicionales del positivismo tradicional.¹³⁴ La Constitución ha rematerializado el ordenamiento, es decir, supone un orden de valores que condicionan la validez de las normas infraconstitucionales. La Constitución es el origen inmediato y directo de los derechos y obligaciones, y no sólo la fuente de fuentes. La tesis de la separación entre derecho y moral no puede señalarse de manera absoluta porque la Constitución ha incorporado los valores de justicia en sus principios jurídicos constitucionales. El legislador ya no es la viva voz del soberano, pues debe acomodar su actuación a la Constitución. El principio de legalidad ha cedido a un principio de juridicidad y de constitucionalidad.¹³⁵ La interpretación y aplicación del derecho se ha trastocado por la inclusión de los principios constitucionales, y el peso de la argumentación retórica sobre una argumentación lógico formal del derecho.¹³⁶ Las normas constitucionales no tienen la estructura clásica de las reglas legales y, por tanto, no se prestan a la subsunción. Sin embargo, ello no debe desembocar en un puro decisionismo arbitrario del juez, sino en la necesidad que éste tiene de justificar adecuadamente sus fallos recurriendo a las técnicas más variadas de la argumentación, según teorías como las de Viehweg, Perelman, Toulmin, McCormick, Alexy, Aarnio, Peczenick, etcétera.¹³⁷

Según Guastini, el neoconstitucionalismo tiene como notas distintivas las siguientes: 1) la rigidez de la Constitución; 2) el control de constitucionalidad de las leyes; 3) la fuerza vinculante de la Constitución; 4) la sobreinterpretación de las disposiciones constitucionales; 5) la aplicación directa de tales disposiciones por parte de los jueces; 6) la interpretación conforme de la ley ordinaria, y 7) la influencia directa

¹³⁴ Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007.

¹³⁵ Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, pp. 144-153.

¹³⁶ Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 32 y ss.

¹³⁷ *Idem.*

de la Constitución en las relaciones políticas.¹³⁸ En el neoconstitucionalismo, la interpretación de y desde la Constitución¹³⁹ y los tratados es tan importante que se sitúa en el núcleo mismo de la teoría jurídica y constitucional. A consecuencia de lo anterior, los jueces constitucionales han adquirido un papel inusitado que logra desplazar en muchas ocasiones al legislador democrático.

Es sobre todo por el impacto de los principios constitucionales que se modifica la interpretación jurídica al estimular nuevas formas de razonamiento jurídico. El uso de la proporcionalidad y el configurar el caso de forma abierta y no cerrada como en las reglas. El juicio de proporcionalidad obliga al intérprete al desarrollo de una racionalidad material o sustantiva mucho más compleja que la subsunción, una racionalidad cercana a la manera de argumentación de la moral. Los principios exigen también el análisis de las reglas a la luz de los propios principios, la argumentación por principios obliga al intérprete a utilizar pautas de interpretación que colocan en su fin a la discrecionalidad del juez a la manera como lo habían entendido Kelsen o Hart.

Estas notas del neoconstitucionalismo significan una evolución y una alteración del positivismo tradicional. Como dice Prieto:

...el legislador ha dejado de ser el dueño absoluto del derecho; el juez ha salido de la alternativa entre “boca muda” o “juez legislador”; y la moral ya no penetra en el Derecho exclusivamente a través de las decisiones legales, sino que aparece mucho más difusamente en una simbiosis entre Constitución y jurisdicción, es decir, entre los valores y principios constitucionales y la racionalidad práctica de su aplicación.¹⁴⁰

La reforma constitucional mexicana en materia de derechos humanos publicada el 10 de junio de 2011 en el *Diario Oficial de la Federación*, principalmente, cuando esta modificación constitucional prevé la obligación para todas las autoridades de realizar interpretación conforme a la Constitución y *pro homine* (párrafo segundo del artículo 1o. de la Constitución), y cuando el párrafo tercero del artículo 1o. de la Constitución se refiere a los métodos y criterios de interpretación en materia de derechos fundamentales: interdependencia, universalidad, indivisibilidad y progresividad, confirma su impronta neoconstitucionalista. Lo mismo podemos decir de las resoluciones del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el expediente varios 912/2010 (*caso Rosendo Radilla*) que previó el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad para las diversas autoridades del país y la resolución que resolvió la contradic-

¹³⁸ Guastini, Riccardo, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 49-57.

¹³⁹ Vigo, Rodolfo Luis, *Interpretación constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, pp. 81-104.

¹⁴⁰ Prieto Sanchis, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997, p. 23.

ción de tesis 293/2011 que estableció con claridad bastante definitiva los conceptos de bloque de constitucionalidad y de parámetro de constitucionalidad.

El cambio en la cultura jurídica que significan las transformaciones constitucionales anteriores entraña que algunos métodos y argumentos jurídicos —como el sistemático o todos los derivados de la interpretación y argumentación de principios— podrían cobrar en cuanto a su eficacia, una importancia mayor a la que tradicionalmente han tenido en la vida cotidiana de autoridades y jueces, así como también el empleo de los métodos y argumentos surgidos del derecho de los tratados, incluyendo la vinculación de los tribunales internos a resoluciones de órganos supranacionales. En esta misma tesitura estaría la interpretación constitucional *ex officio* para que los tribunales y autoridades analicen, independientemente del planteamiento de las partes, si las normas secundarias que piensan aplicar tienen o no fundamentos constitucionales y convencionales y, en su caso, puedan desaplicarlas, expulsarlas del sistema o realizar una interpretación conforme, previo reconocimiento en todos los supuestos de su constitucionalidad y convencionalidad o de su inconstitucionalidad e inconvencionalidad.

Lo anterior que parece muy innovador e importante para el derecho porque constitucionaliza y convencionaliza a todo el ordenamiento jurídico para proteger y garantizar derechos humanos, presenta, sin embargo, varios defectos. Enumero con apoyo en al trabajo de Alterio los siguientes: 1) se da al juez, principalmente al juez constitucional un papel inusitado, por encima de los demás poderes establecidos, incluyendo al legislativo; 2) el juez constitucional carece de legitimidad democrática de origen, porque los integrantes de los máximos tribunales de cada país no son electos por los ciudadanos; 3) el juez constitucional suele ser designado por las fuerzas políticas mayoritarias de alguna de las cámaras del Congreso y por tanto reproduce las concepciones del *statu quo* que son afines a esas fuerzas políticas mayoritarias; 4) el juez constitucional representa las concepciones elitistas de la sociedad, pues sus miembros son integrantes de esos sectores; 5) el modelo neoconstitucionalista desconfía de la participación popular y estima como Ferrajoli o Dworkin que los derechos humanos no forman parte del debate democrático, en tanto que los derechos humanos son cartas de triunfo, integran el ámbito de lo no decidible, son un coto vedado; 6) la democracia electoral se modifica por una democracia llamada sustancial —la de los derechos humanos y principios— que subordina a la democracia política; 7) el control de constitucionalidad y convencionalidad está por encima de la voluntad mayoritaria; 8) la política se subordina a la Constitución, los tratados y la interpretación; 9) los derechos humanos forman parte de una moral objetiva que existe más allá de la voluntad de las personas y por tanto no pueden estar limitados por las decisiones

mayoritarias, y 10) el neoconstitucionalismo tiene un fundamento iusnaturalista indudable.¹⁴¹

Aunque el modelo neoconstitucionalista puede resultar muy atractivo y, en algunos casos como en la teoría de Ferrajoli, se proponga mundializar el constitucionalismo para enfrentar los elementos nocivos del neoliberalismo globalizador, resulta para los efectos de este análisis que las teorías neoconstitucionalistas en general son ajenas al derecho de la globalización neoliberal. Bien podemos decir, que se trata en su mayor parte de teorías jurídicas ancladas en el esquema del Estado-nación, que no han percibido aún las complejidades del nuevo derecho del mundo globalizado. Además, y esto tal vez sea lo que resulta más grave para las nuevas condiciones del planeta, son teorías que apuestan por un modelo elitista del derecho y de la democracia,¹⁴² muchas veces opaco porque la mayoría de los ciudadanos desconocen las razones y el procesamiento de las decisiones de los tribunales o los motivos que los dirigentes políticos tuvieron para aceptar acuerdos y tratados internacionales que no pasan por el referéndum ciudadano. Es decir, las teorías neoconstitucionalistas que prohíjan una llamada democracia constitucional, carecen de elementos democráticos fundados en la participación y en la amplia deliberación de los ciudadanos.¹⁴³ Las teorías neoconstitucionalistas son esquemas conceptuales que dotan a ciertos funcionarios no elegidos ni supeditados al control de los ciudadanos del poder de definir qué es o no es un derecho humano y que alcance o extensión tiene éste.

Como hemos insistido en estas páginas, si hay una vía para moldear la globalización del derecho a favor de las personas, ésta pasa por la participación activa de todas las personas y sectores sociales de las sociedades contemporáneas. Quién puede ponerle un hasta aquí al neoliberalismo globalizador sólo son los ciudadanos a través de su amplia participación y de la deliberación de los asuntos públicos. Por eso, las notas más negativas del derecho de la globalización neoliberal, que son su ilegitimidad democrática y opacidad, sólo pueden ser superadas por la construcción de un nuevo constitucionalismo y de teoría democrática radical que devuelva a las personas la capacidad de determinar cuáles son sus derechos humanos y cuáles deben ser sus

¹⁴¹ Alterio, Ana Micaela, “Corrientes del constitucionalismo contemporáneo a debate”, *Revista Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, núm. 8, enero-diciembre de 2014, pp. 227-306.

¹⁴² Cabo Martín, Carlos de, *op. cit.*

¹⁴³ Como dice Ian Shapiro al referirse a la democracia estadounidense, el sistema competitivo shumpeteriano ha sido sustituido por el papel del dinero que desplaza la competencia de los votos por la competencia por las aportaciones y gastos de campaña, por las bajas tasas de renovación entre los cargos políticos, por el dominio bipartidista de las instituciones electorales y por un modelo que en el fondo es anticompetitivo y antipluralista. Shapiro, Ian, *El estado de la teoría democrática*, Barcelona, Bellaterra, 2005, p. 207.

alcances y extensiones.¹⁴⁴ La teoría jurídica que requerimos debe desde luego apostar por la democratización radical de todas las instituciones nacionales y supranacionales, pero principalmente, debe apostar por el poder ciudadano. Se debe dejar atrás el miedo ferrajoliano a la soberanía popular.

El constitucionalismo popular está integrado por aportaciones, principalmente del ámbito norteamericano pero que han tenido impacto en América Latina, principalmente en Sudamérica.¹⁴⁵ Sus notas distintivas son: 1) flexibilizar la Constitución y excederla; 2) desafiar la supremacía judicial y en ciertos casos impugnar cualquier forma de control judicial de constitucionalidad; 3) proponer la interpretación extra-judicial de la Constitución; 4) sostener la democratización de todas las instituciones políticas y económicas, y 5) recuperar la relación entre derecho y política.¹⁴⁶ Entre las finalidades destacadas de esta corriente teórica están, el cuestionar el papel del juez constitucional como monopolio máximo intérprete de la Constitución y del ordenamiento,¹⁴⁷ y promover al máximo la participación ciudadana en las decisiones colectivas, pues la legitimidad democrática de las mismas depende del grado de participación de las personas en ellas.¹⁴⁸

El derecho en el constitucionalismo popular es cambiante y dinámico. Los ciudadanos participan en su procesamiento y en su definición. El control judicial de las leyes debe ser eliminado a favor del control ciudadano de las mismas. Los autores que reivindican esta posición son conscientes de los “riesgos” de la participación popular: el fascismo, el anti intelectualismo, la persecución de minorías impopulares, la exaltación de la mediocridad y la romántica exageración de las virtudes de la masa.¹⁴⁹ Sin embargo, consideran que sólo el pueblo puede dotar de legitimidad a los gobiernos y que el miedo a la sociedad o a la mayoría de ella implica mantener los intereses del *statu quo*.

La finalidad del derecho es la de promover la regla de la mayoría y otras formas de participación y deliberación ciudadana para que la totalidad del entramado institucional y la definición de los derechos humanos dependa de la sociedad y no de

¹⁴⁴ Sanín Restrepo, Ricardo, *Teoría crítica constitucional. La democracia a la enésima potencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

¹⁴⁵ Gargarella, Roberto, “Acera de Barry Friedman y el «constitucionalismo popular mediado»”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Buenos Aires, año 6, núm. 1, 2005.

¹⁴⁶ Alterio, Ana Micaela, “Corrientes del constitucionalismo...”, *op. cit.*, pp. 254 y 255.

¹⁴⁷ Kramer, Larry D., *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, trad. de Paola Bergallo, Madrid, Marcial Pons, 2011.

¹⁴⁸ Tushnet, Mark, *Taking the Constitution Away From the Courts*, Princeton, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1999.

¹⁴⁹ Balkin, Jack M., “Populism and Progressivism as Constitutional Categories”, *Faculty Scholarship Series*, Paper 268, 1995, pp. 1950 y 1951.

una élite de ilustrados —los jueces constitucionales— que representan los intereses del *statu quo*. Los constitucionalistas populares se dividen entre los que sostienen que las decisiones trascendentes de la Corte Suprema de los Estados Unidos deben ser revisadas por el Congreso de ese país, y los que de plano estiman que la revisión de la constitucionalidad en los asuntos fundamentales —inconstitucionalidad de leyes y de normas generales— debe corresponder al pueblo mismo.¹⁵⁰

Los constitucionalistas populares han propuesto diversos cambios en el derecho norteamericano para alentar la participación ciudadana en la definición de los derechos humanos. Estas modificaciones implicarían: 1) alentar en los Estados Unidos los procedimientos de reforma constitucional; 2) elegir popularmente, por voto ciudadano, a los jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos; 3) facultar a los ciudadanos y a ciertos poderes públicos a revisar las decisiones de la Corte Suprema; 4) a revocar popularmente los nombramientos de los jueces de la Corte Suprema, y 5) a desobedecer socialmente las decisiones judiciales.¹⁵¹ Todas estas medidas están fundadas en el valor axiológico y no sólo técnico de la regla de la mayoría, en la importancia constitucional de la soberanía popular como origen y fin de las instituciones y normas, en la trascendencia de la deliberación de los asuntos públicos, y en la idea de que el proceso democrático debe definir el sentido y el alcance del derecho, incluyendo a los derechos humanos.

Es evidente que el constitucionalismo popular no desarrolla nociones, conceptos o categorías para enfrentar los elementos nocivos del derecho de la globalización neoliberal. No obstante esta importante ausencia, encontramos en él, lo que no existe en el neoconstitucionalismo, que es la recuperación del papel de los ciudadanos como definidores del derecho y determinadores últimos de los derechos humanos. La insistencia del constitucionalismo popular en democratizar las instituciones y el derecho, aunque se promueva en sus parámetros, que son los del Estado-nación, puede perfectamente extenderse a escala planetaria. Si consideramos que existen posibilidades para mundializar el constitucionalismo, éstas necesariamente pasan por la participación y deliberación ciudadana de las sociedades nacionales y de la sociedad mundial. El derecho del neoliberalismo globalizador sólo puede ser desenmascarado desde la legitimidad democrática que pueden brindar los ciudadanos a través de su participación en los asuntos públicos, y desde su poder para transparentar y poner coto a los intereses de las grandes corporaciones transnacionales.

¹⁵⁰ Post, Robert y Siegel, Reva, “Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy”, *California Law Review* 92, 2004.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 1039.

El nuevo constitucionalismo latinoamericano que teoriza en torno a las Constituciones de Venezuela de 1999, de Ecuador de 2008 y de Bolivia de 2009, contiene rasgos deplorables pero posee otros que son luminosos. Entre los deplorables está el hiperpresidencialismo que ha fomentado, pero tiene, entre sus facetas positivas las siguientes notas: 1) busca construir realidades más igualitarias;¹⁵² 2) amplía los mecanismos de democracia participativa; 3) establece fórmulas democráticas al control de constitucionalidad; 4) rescata el papel del Estado en la economía para superar las desigualdades económicas y sociales, y 5) plantea una integración internacional más simétrica que la que se predica en otras latitudes.¹⁵³ Podemos decir que es un constitucionalismo en el que la voluntad constituyente de las clases populares se manifiesta en una vasta movilización social y política que configura un constitucionalismo desde abajo, protagonizado por los excluidos y sus aliados, con el objetivo de expandir el campo de lo político más allá del horizonte liberal, mediante una institucionalidad nueva (plurinacionalidad), una territorialidad nueva (autonomías asimétricas), una legalidad nueva (pluralismo jurídico), un régimen político nuevo (democracia intercultural) y nuevas subjetividades individuales y colectivas (individuos, comunidades, naciones, pueblos, nacionalidades), en donde todos esos cambios constitucionales buscan garantizar la realización de políticas anticapitalistas y anticoloniales.¹⁵⁴

Uno de los rasgos del nuevo constitucionalismo latinoamericano, que ha provocado un fuerte debate, tiene que ver con la legitimidad democrática directa de los

¹⁵² Gargarella, Roberto, “El constitucionalismo latinoamericano de ayer a hoy: promesas e interrogantes”, mimio. Véase, también, Gargarella, Roberto, “El nacimiento del constitucionalismo popular”, en Gargarella, Roberto, *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2008, t. I, pp. 249- 262.

¹⁵³ Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Quito, Corte Constitucional, 2010, pp. 9-43. En este trabajo se distinguen entre características formales y materiales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Entre sus características formales señalan que los nuevos textos se distinguen por: 1) incorporar nuevas categorías jurídicas que el viejo constitucionalismo latinoamericano no preveía; 2) proponer una nueva institucionalidad basada en la aparición de nuevos órganos e instituciones; 3) son Constituciones extensas; 4) son Constituciones complejas, y 5) son Constituciones más rígidas que las tradicionales. Entre las características materiales, los rasgos que mencionan para el nuevo constitucionalismo latinoamericano son: 1) formas amplias de participación ciudadana; 2) son Constituciones con extensos catálogos de derechos fundamentales; 3) son Constituciones que proponen vías para la integración de sectores históricamente marginados, como los indígenas; 4) son Constituciones que dotan de legitimidad democrática directa a los tribunales constitucionales, y 5) son Constituciones que rescatan el papel del Estado en la economía, es decir, son Constituciones antineoliberales.

¹⁵⁴ Santos, Boaventura de Sousa, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, México-Guatemala-Buenos Aires, Universidad de los Andes-Siglo del Hombre Editores-Siglo Veintiuno Editores, 2010, p. 85.

titulares de algunos órganos constitucionales autónomos,¹⁵⁵ tales son los casos, de la elección mediante sufragio universal de los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional que se prevé en la Constitución de Bolivia y la elección por sufragio universal de los titulares del Consejo de la Magistratura en Argentina. Los artículos 197 y 198 de la Constitución de Bolivia indican que el Tribunal Constitucional Plurinacional estará integrado por magistradas y magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena ordinario campesino, y que las magistradas y los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional se elegirán mediante sufragio universal, según el procedimiento, mecanismo y formalidades de los miembros del Tribunal Supremo de Justicia que también se eligen mediante sufragio universal. En Argentina, la presidenta Cristina Fernández envió al Congreso de la Nación, el 8 de abril de 2013, seis proyectos para reformar al Poder Judicial de ese país. Una de las propuestas implicaba la elección por sufragio universal de los titulares del Consejo de la Magistratura. Las leyes fueron aprobadas en el Congreso argentino, pero el 18 de junio de 2013 la Corte Suprema de ese país declaró la inconstitucionalidad de la ley, argumentando que el artículo 114 de la Constitución argentina alude a los “estamentos” de jueces y “abogados de la matrícula”, lo que implica una representación corporativa que debe ser observada.

El nuevo constitucionalismo latinoamericano promueve amplísimos medios de democracia participativa y deliberativa, incluyendo al reconocimiento del derecho de resistencia y la democracia intercultural. Es un constitucionalismo que libera a los constituyentes originarios de las ataduras que puedan imponer a su desarrollo los tratados y acuerdos internacionales firmados con anterioridad a las elaboraciones de las Constituciones respectivas. Es una teoría que desconfía del poder elitista de los tribunales constitucionales, y por eso intenta mitigar el poder de éstos con fórmulas participativas, como explicamos en el párrafo anterior. En la Constitución se determinan criterios expresos para la interpretación constitucional a fin de evitar la discrecionalidad judicial,¹⁵⁶ y, en algunos casos, se establecen las acciones populares de inconstitucionalidad para que los ciudadanos, sin acreditar legitimación procesal específica, puedan plantear cuestiones de inconstitucionalidad ante los tribunales constitucionales.¹⁵⁷

¹⁵⁵ Salazar, Pedro, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica)”, en González Pérez, Luis Raúl y Valadés, Diego, *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM, 2013, pp. 345-387.

¹⁵⁶ Villabella, Carlos, *Nuevo constitucionalismo latinoamericano. ¿Un nuevo paradigma?*, México, Grupo Editorial Mariel-Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla-Universidad de Guanajuato-Juan Pablos Editor, 2014.

¹⁵⁷ Alterio, Ana Micaela y Niembro Ortega, Roberto, “¿Qué es el constitucionalismo popular? Una breve referencia al uso de las fuerzas armadas en México como fuerzas de seguridad”, en Alterio, Ana Micaela y Niembro Ortega, Roberto, *Constitucionalismo popular en Latinoamérica*, México, Porrúa, 2013, p. 178.

Además, el nuevo constitucionalismo latinoamericano afirma la soberanía nacional por encima de los intereses del derecho de la globalización neoliberal. Así se recuperan para las respectivas naciones el control sobre sus recursos naturales, se insiste en la renacionalización de todos esos recursos que han sido privatizados, y se exige que sean los respectivos Estados-nación los que exploten esos recursos en beneficio de las sociedades nacionales. En este tenor, la teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano recupera a favor del Estado la rectoría de las economías nacionales para promover la igualdad material entre los ciudadanos. Es un constitucionalismo respetuoso y garante de las culturas originarias, y por ello algunas Constituciones, como la de Bolivia, reconocen el carácter plurinacional del Estado boliviano. Igualmente se añaden al catálogo de los derechos fundamentales derechos de origen indígena como el derecho de la madre tierra y el derecho al buen vivir. Son Constituciones que promueven todas las formas de cooperación y solidaridad entre las personas, se alienta la autogestión, la cogestión, las cooperativas, las cajas de ahorro y las empresas comunitarias.

La teoría democrática del nuevo constitucionalismo latinoamericano reconoce diferentes formas de deliberación democrática para respetar a las culturas de los pueblos originarios, asume por tanto diferentes criterios de representación democrática, reconoce los derechos fundamentales de carácter colectivo de los pueblos como condición del ejercicio de los derechos individuales, amplía el catálogo de derechos fundamentales de carácter social e identitario, y sostiene una educación compatible con las diversas culturas a fin de despojar a la cultura de elementos neocolonialistas. En el nuevo constitucionalismo latinoamericano, la política, es decir, la soberanía popular, determina el alcance de la Constitución y de los derechos humanos.

Seguramente, el nuevo constitucionalismo latinoamericano puede recibir críticas, porque como he señalado, ha alentado el hiperpresidencialismo en América Latina, pero debe ser tomado en serio, como una vía para enfrentar las consecuencias nocivas del modelo jurídico del neoliberalismo globalizador. Su carácter alternativo, su insistencia en la igualdad material, su énfasis en los derechos de los pueblos originarios, la recuperación de las distintas formas de participación democrática, la defensa de los recursos naturales a favor de la nación, la rectoría económica que promueve a favor del Estado-nacional, la ampliación de los derechos sociales y colectivos desconocidos en el derecho occidental, y la orientación de una política basada en la solidaridad y en la cooperación frente al individualismo posesivo del neoliberalismo globalizador, son, a todas luces, poderosos instrumentos para superar los profundos elementos negativos del neoliberalismo globalizador.

V. CONCLUSIONES

Para elaborar una teoría jurídica alternativa al neoliberalismo globalizador que esté a favor de los más débiles debe mundializarse el constitucionalismo como lo propone Ferrajoli, cuando éste señala que se requiere: 1) un constitucionalismo mundial que prohíba un federalismo global multinivel, en donde los ordenamientos nacionales e internacionales estén coordinados de suerte que se limite cualquier poder arbitrario, se garanticen los derechos humanos y se preserve la paz; 2) los derechos civiles de autonomía que dan fundamento al mercado deben quedar subordinados a los derechos humanos, tanto de libertad como a los de carácter social; 3) la orientación de todo derecho debe estar enmarcado en la garantía de la paz y de los derechos humanos; 4) las funciones de garantía de los derechos humanos, tanto nacionales como internacionales, deben subordinar cualquier acción de gobierno nacional e internacional que se pretenda colocar por encima de ellas, y 5) se deben articular las competencias del nivel federal mundial con los estatales, de suerte que se produzca un nuevo federalismo cooperativo, capaz de subordinar la economía al derecho, a través, entre otras medidas, de la democratización y perfeccionamiento jurídico de las actuales instituciones internacionales.

Además, y en contra de Ferrajoli, debe ampliarse la participación y la deliberación social, política y jurídica para que sean los ciudadanos los que definan el sentido, contenidos y alcance de los derechos humanos, tanto a nivel interno como externo. En las cuestiones fundamentales para una sociedad, la decisión última no debe estar en manos de los tribunales constitucionales, sino que debe corresponder a las personas que componen la comunidad. Las características elitistas del neoconstitucionalismo deben ser eliminadas para que la soberanía regrese al pueblo. Para ello se debe pensar vías democráticas de elección de los jueces constitucionales, así como en instrumentos de auditoría social y de revocación de mandato que permitan que la función de control constitucional esté supervisada por el pueblo.

Es imprescindible para construir un derecho alternativo al del neoliberalismo globalizador, consolidar en los Estados-nación los medios de democracia participativa y deliberativa. Sin ellos, las sociedades no cuentan con instrumentos procesales de carácter horizontal para garantizar adecuadamente los derechos humanos ni los procedimientos democráticos. Toda cuestión importante —una reforma a la Constitución o la aprobación de un tratado (sobre todo de los tratados que comprometen la soberanía nacional)— debe pasar por el referéndum popular. Los integrantes de la sociedad requieren contar con instrumentos como la acción ciudadana o popular de inconstitucionalidad y la revocación del mandato respecto a todas las autoridades que hayan sido electas popularmente para que éstas tengan siempre presente en dónde descansa la soberanía y el poder para definir el ordenamiento jurídico.

En sintonía con el nuevo constitucionalismo latinoamericano, la teoría jurídica debe propender a fortalecer el carácter alternativo del derecho frente al *statu quo*, a garantizar la igualdad material de las personas, a realizar los derechos de los pueblos originarios, a introducir las distintas formas de participación democrática y deliberativa, a defender los recursos naturales a favor de la nación, a garantizar la rectoría económica a favor del Estado-nacional, a ampliar la garantía de los derechos sociales y colectivos, y a basar la organización social y jurídica en la solidaridad y en la cooperación frente al individualismo posesivo del neoliberalismo globalizador.

El logro de los anteriores objetivos no es simple, las luchas jurídicas y sociales de las sociedades en las próximas décadas pondrán a la luz las enormes contradicciones de la globalización neoliberal.¹⁵⁸ Desde la teoría jurídica, nuestro papel es el desenmascarar la injusta faz del derecho que ha producido el proceso político-económico del neoliberalismo y proponer las formas alternativas de un nuevo derecho para el siglo XXI. Como dice Boaventura de Sousa Santos, los fines de ese nuevo derecho alternativo son: desmercantilizar las relaciones jurídicas y sociales; democratizar radicalmente las instituciones y los procesos de creación y aplicación normativa, y descolonizar el derecho para ponerlo al servicio de los más débiles, principalmente de los pueblos originarios.¹⁵⁹

¹⁵⁸ En contra del punto de vista que expongo sobre las posibilidades de cambio véase Byung-Chul Han, “¿Por qué hoy no es posible la revolución?”, *El País*, Madrid, 3 de octubre de 2014.

¹⁵⁹ Santos, Boaventura de Sousa, *Refundación del Estado...*, cit., pp. 157-163.