

Capítulo 3. Estado neoliberal versus Estado constitucional¹

Al profesor Rodolfo Vázquez, con gran aprecio.

3.1. INTRODUCCIÓN

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

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

EL SIGNIFICADO JURÍDICO DEL NEOLIBERALISMO

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

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

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

Estado neoliberal versus Estado constitucional

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

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

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

EL SIGNIFICADO JURÍDICO DEL NEOLIBERALISMO

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

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

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

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

Estado neoliberal versus Estado constitucional

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

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

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

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

EL SIGNIFICADO JURÍDICO DEL NEOLIBERALISMO

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

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

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

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

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

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

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

Estado neoliberal versus Estado constitucional

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

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

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

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

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

EL SIGNIFICADO JURÍDICO DEL NEOLIBERALISMO

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

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

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

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

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

Estado neoliberal versus Estado constitucional

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

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

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

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

EL SIGNIFICADO JURÍDICO DEL NEOLIBERALISMO

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

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

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

Estado neoliberal versus Estado constitucional

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

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

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

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

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

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

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

EL SIGNIFICADO JURÍDICO DEL NEOLIBERALISMO

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

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

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

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

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

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

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

Estado neoliberal versus Estado constitucional

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

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

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

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

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

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

EL SIGNIFICADO JURÍDICO DEL NEOLIBERALISMO

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

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

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

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

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

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

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

Estado neoliberal versus Estado constitucional

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

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

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

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

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

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

EL SIGNIFICADO JURÍDICO DEL NEOLIBERALISMO

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

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

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

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

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

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

Estado neoliberal versus Estado constitucional

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

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

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

EL SIGNIFICADO JURÍDICO DEL NEOLIBERALISMO

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

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

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

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

³⁴ *Idem*.

Estado neoliberal versus Estado constitucional

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

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

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

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

EL SIGNIFICADO JURÍDICO DEL NEOLIBERALISMO

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

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

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

Estado neoliberal versus Estado constitucional

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

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

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

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

EL SIGNIFICADO JURÍDICO DEL NEOLIBERALISMO

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

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

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

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

Estado neoliberal *versus* Estado constitucional

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

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

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

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

EL SIGNIFICADO JURÍDICO DEL NEOLIBERALISMO

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

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

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

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

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

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

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

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

Estado neoliberal versus Estado constitucional

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

Por mi parte, sostengo lo siguiente:

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

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

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

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

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

EL SIGNIFICADO JURÍDICO DEL NEOLIBERALISMO

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

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

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

Estado neoliberal versus Estado constitucional

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

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

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

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

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

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

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

EL SIGNIFICADO JURÍDICO DEL NEOLIBERALISMO

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

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

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

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

Estado neoliberal versus Estado constitucional

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

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

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

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

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

EL SIGNIFICADO JURÍDICO DEL NEOLIBERALISMO

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

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

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

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

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

Estado neoliberal *versus* Estado constitucional

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

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