

ESTADO NEOLIBERAL *VERSUS* ESTADO CONSTITUCIONAL

Jaime CÁRDENAS GRACIA*

Al profesor Rodolfo Vázquez, con gran aprecio

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El Estado neoliberal se impone al Estado constitucional. ¿Por qué?* III. *A modo de conclusión.*

I. 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 por 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, en especial 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 sólo debemos conocerla e incorporarla a nuestros razonamientos morales y jurídicos—, pues aunque aceptamos que existen elementos morales que se desprenden de nuestra naturaleza biológica y síquica, lo fundamental es que lo estimado 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

* Universidad Nacional Autónoma de México.

esta suerte la moralidad que importa social y jurídicamente —la ética— tiene a nuestro juicio tres componentes: *a)* la naturaleza biológica y síquica 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, así como 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 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 sólo 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.

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

El Estado del 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, exigen de 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 la cogestión o, al menos, en la intervención de los trabajadores para determinar las inversiones, si no se garantiza la independencia de los sindicatos, si la política económica no tiene orientación social, etcétera, 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, la protección y la eficacia de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, precisan 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; y, 13) expansión y diversificación de las exportaciones.¹

Esas condiciones hoy en día no existen, el modelo económico dominante no es keynesiano, es neoliberal, y éste se caracteriza por favorecer 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, garantizar su buen funcionamiento y enfrentar las barreras e impedimentos regulatorios a la libre competencia.² Las medidas económicas del neoliberalismo consisten en desregular la economía, liberalizar el comercio y la industria, así como privatizar las empresas estatales. Específicamente sus tendencias económicas se distinguen por lo siguiente: desmantelamiento 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; además de la liberalización de los flujos de comercio y capital entre países.³

Tal vez sea pedirle mucho a la teoría del Estado constitucional para que desarrolle un modelo económico compatible con sus tesis principales, pero

¹ Hernández, Armando, *Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el nuevo modelo constitucional de derechos humanos en México*, México, CNDH, 2015, pp. 49 y 50.

² Steger, Manfred B. y Roy, Ravi K., *Neoliberalismo. Una breve introducción*, Madrid, Alianza, 2011, pp. 29-34.

³ Pikkety, Thomas, *El capital en el siglo XXI*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014, pp. 129 y ss.; *id.*, *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.

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—. ⁴ 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 del bienestar. De preferencia, debieran buscarse otros caminos económicos que fueran construyendo esquemas de análisis económico que propiciaran modos y relaciones de producción cercanas al socialismo democrático.

No comparto ni acepto, como lo hace Antonio Negri, que la concepción teórica que hoy tenemos sobre los derechos humanos, de libertad y de igualdad, sólo sea posible dentro de los límites del desarrollo capitalista en su fase actual. ⁵ 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, ⁶ 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 extra-territorial 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. ⁷

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— ⁸ un análisis sobre el rol que los poderes

⁴ Wallerstein, Immanuel *et al.*, *¿Tiene futuro el capitalismo?*, México, Siglo XXI Editores, 2015.

⁵ Negri, Antonio, *La forma-Estado*, Madrid, Akal, 2003, pp. 386 y 387.

⁶ Stiglitz, Joseph E., *El malestar en la globalización*, Madrid, Santillana, 2002, pp. 51-80; Bauman, Zygmunt, *La globalización. Consecuencias humanas*, México, Fondo de Cultura Económica, 2015, pp. 13-38.

⁷ Bauman, Zygmunt, *La globalización. Consecuencias humanas*, *cit.*, p. 89.

⁸ Ferrajoli, Luigi, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2011.

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 la poca atención que la teoría del Estado constitucional brinda al 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.⁹

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.¹⁰ Esa hegemonía dota de legitimidad transitoria a las instituciones y gobernantes, y puede ser sustituida por nuevas hegemonías si éstas 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.¹¹

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 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

⁹ Laclau, Ernesto y Mouffe, Chantal, *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2011.

¹⁰ 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, Universidad Autónoma Metropolitana, 1995, pp. 107-120.

¹¹ Gramsci, Antonio, *La política y el Estado moderno*, Barcelona, Península, 1971.

intelectuales orgánicos —los de la burguesía y del proletariado—, además del desarrollo de una política cultural que apoye y cohesionese esa alianza.¹²

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 solamente los tribunales constitucionales y los mecanismos de control de constitucionalidad y convencionalidad deben ser el objeto del análisis de las teorías constitucionales sino también lo son 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 tal sentido, se podrían crear y diseñar nuevas instituciones que no tuviesen esos defectos para mejor garantizar los derechos humanos. Gargarella, que más bien proviene del constitucionalismo popular, propone las siguientes transformaciones institucionales, las siguientes: *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 para garantizar derechos, principalmente los sociales, y *h)* reconocimiento del interés difuso, etcétera.¹³

Por mi parte, considero que el entramado institucional debe ser revisado para garantizar los derechos, y 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 derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

¹² Paoli Bolio, Francisco José, *Teoría del Estado*, México, Trillas, 2009, p. 152.

¹³ Gargarella, Roberto, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Madrid, Katz, 2014.

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—.
6. Los instrumentos anticorrupción deben dirigirse fundamentalmente en contra de las grandes corporaciones transnacionales.
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; y, sobre todo,
10. 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 igualdad¹⁴ 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 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

¹⁴ Cárdenas Gracia, Jaime, *El modelo jurídico del neoliberalismo*, México, UNAM-Flores Editor y Distribuidor, 2016.

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 aliado al poder transnacional 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 transnacionales. Las posibilidades de transformación que se han abierto en América Latina no se pueden realizar sin un programa socialista democrático y una izquierda organizada.¹⁵

Uno de los problemas para la radicalización de la democracia en el mundo, es que existen muchos grupos y particularismos —ecologistas, feministas, indigenistas, multiculturalistas, etcétera— y cada quien defiende su agenda intensamente, sin una concepción universal que comprenda a todos esos grupos. Ésta 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.¹⁶

Además, se trata no sólo 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 realización de ciertos derechos humanos, pero no pueden hacer milagros, si los individuos

¹⁵ Robinson, William I., *América Latina y el capitalismo global. Una perspectiva crítica de la globalización*, México, Siglo XXI Editores, 2015, p. 355.

¹⁶ Harvey, David, *Espacios de esperanza*, Madrid, Akal, 2012, pp. 276 y 277.

y la sociedad no luchan por más altos niveles de igualdad y de libertad.¹⁷ La democracia política, si no viene acompañada por la democracia económica y social, aunque sea muy radical, no es capaz de llevar a cabo la emancipación humana.¹⁸

En la propuesta contrahegemónica que debieran elaborar las teorías del Estado constitucional sería muy importante que se supiera por lo que 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.¹⁹ 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,

se 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 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.²⁰

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 resisten-

¹⁷ López Calera, Nicolás María, *Yo, el Estado*, Madrid, Trotta, 1992, p. 114.

¹⁸ Esposito, Roberto, *Diez pensamientos acerca de la política*, México, Fondo de Cultura Económica, 2012, p. 70.

¹⁹ Laclau, Ernesto y Mouffe, Chantal, *Hegemonía y...*, cit., p. 20.

²⁰ Douzinas, Costas, *El fin de los derechos humanos*, Antioquia, Legis Editores, 2008, p. 456.

cia, uno o varios proyectos de derechos humanos diversos a los nuestros. La concepción de los derechos humanos no es occidental, ni se encuentra sólo 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 sociales y culturales— están reclamando la vigencia de derechos humanos que no necesariamente son 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,

la persona no es un individuo sin atributos, incluye la conciencia de su propia identidad como miembro de una colectividad y ésta 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” sólo puede contarse entre los derechos humanos fundamentales, en la medida en que el “pueblo” sea una condición para la autonomía de la persona.²¹

En tal 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.²² 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 ésta 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 realizado se pueda volver a poner en cuestión.²³

²¹ Villoro, Luis, “Sobre derechos humanos y derechos de los pueblos”, *Revista Isonomía*, México, ITAM, núm. 3, octubre de 1995, p. 10.

²² Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, UNAM-ITAM, 2015, pp. 167-171.

²³ Douzinas, Costas, *El fin de... cit.*, 2008, p. 462.

Los liberales a ultranza suelen insistir en la superioridad de los derechos humanos en occidente sobre oriente u otras latitudes, porque los derechos se apoyan en la autonomía y dignidad humanas. Sin embargo, ese punto de vista no acepta que, por ejemplo, los comunitaristas asuman que el individuo sólo 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,²⁴ y esas diferencias culturales, como 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.²⁵ Manuel Atienza en polémica con Ferrajoli, en torno a 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.²⁶ Otros como Laporta sostienen que la globalización neoliberal no afecta las estructuras jurídicas nacionales.²⁷ 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 po-

²⁴ Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, pp. 244 y 245.

²⁵ Ferrajoli, Luigi, “La crisis de la democracia en la era de la globalización”, *Law and Justice in a Global Society*, Granada, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 2005, pp. 50 y 51.

²⁶ Atienza, Manuel, “Constitucionalismo, globalización y derecho”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (coords.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010, pp. 264-281.

²⁷ Laporta, Francisco, “Globalización e imperio de la ley. Un texto provisional del debate con algunas dudas y perplejidades de un viejo westfaliano”, en Ferrajoli, Luigi, *Law and Justice in a Global Society*, cit., pp. 235 y 236.

tencias más importantes sobre las organizaciones no gubernamentales que defienden los derechos humanos, el *ius humanitatis* o el medio ambiente.²⁸

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, 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.²⁹ Los tres factores o elementos de esta alianza comparten su situación común de privilegio sociopolítico 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.

Aunque aún desconocemos las consecuencias definitivas de la globalización neoliberal para el Estado y el derecho —si desapareciera el Estado-nación o se adaptara a las nuevas circunstancias— los teóricos que han buscado entender los fenómenos vinculados a ella destacan distintas maneras jurídicas de analizarla; 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 insurgente y los derechos humanos, así como el derecho de los recursos naturales globales de propiedad común.³⁰ 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, además del 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 go-

²⁸ Boaventura de Sousa, Santos, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid, Trotta, 2009, pp. 292 y ss.

²⁹ Evans, Peter, *Dependent Development: the Alliance of Multinational, State and Local Capital in Brazil*, Princeton, PUP, 1979.

³⁰ Boaventura de Sousa, Santos, *Sociología jurídica...*, cit., pp. 329 y ss.

bierno 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, así como, 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 ajusta a las necesidades del capitalismo mundial, los poderes extra nacionales no están legitimados democráticamente, aunque 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.³¹ ¿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 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, según postulan las teorías del Estado constitucional—, como dice José Eduardo Faria, cuanto más veloz es la integración de los mercados en un “sistema mundo”

³¹ Held, David y McGrew, Anthony, *Globalización-Antiglobalización. Sobre la reconstrucción del orden mundial*, Barcelona, Paidós, 2003.

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.³² De esta suerte, las posibilidades del Estado se reducen para garantizar o contribuir a garantizar los derechos de igualdad. El modelo jurídico neoliberal de la globalización se caracteriza por la reducción sustancial en la satisfacción de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. 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 éste sea compatible con las exigencias de la globalización neoliberal.³³ 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.

A su vez, 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 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

³² Faria, José Eduardo, *El derecho en la economía globalizada*, Madrid, Trotta, 2001, p. 30.

³³ *Idem.*

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.³⁴

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 instrumento 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, culturales y ambientales recibe menor respaldo que la salvaguarda de los derechos de la llamada primera generación.

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— de las estructuras e instituciones tradicionales del Estado constitucional, a la par que debemos construir y realizar una teoría económica y social 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, 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 democracia son también los derechos humanos y no sólo la regla de la mayoría, hay que admitir en cuanto a exigibilidad, que existen algunos derechos: los económicos, sociales, culturales y ambientales,

³⁴ 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.

- 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 demuestra, 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, ¿cuándo hablamos de derechos, de cuáles estamos hablando?, de los establecidos en Constituciones y tratados creados por burocracias 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, son los que resultan de procedimientos deliberativos, participativos y democráticos, que se debieran 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,³⁵ pero muy equivocado porque carece de sustento histórico, social y económico y de

³⁵ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2010, p. 25.

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, ésta, se dice, no es asimilable ni a las mayorías ni a las unanimidades, tanto las mayorías como las unanimidades o las 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 éstas las que suelen violar los derechos de las mayorías.³⁶

Las minorías a las que se dice proteger por medio de los derechos no son sociológicamente las más débiles, sino que son las más poderosas de las naciones y del planeta, como lo demuestran las teorías críticas con el neoliberalismo globalizador. Esas minorías poderosísimas cuentan con los derechos para oponerlos a las amplísimas mayorías que habitan las naciones y el planeta; 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, los cuales 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, los motivos o los 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

³⁶ Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional: una radiografía teórica*, Madrid, Fondo de Cultura Económica de España, 2007.

exponer extensamente sus puntos de vista en esos procedimientos y reconocimientos. Es ilegítimo el reconocimiento de los derechos porque muchas veces en su definición, ésta 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. Son, además, derechos que no pueden 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 sobre la manera específica en la que éste debe legislar materias concretas.³⁷

¿Cuál es la justificación para tal intervención?, ¿no se pone en riesgo la democracia?, ¿a quién representan los jueces? Estas preguntas como las primeras ponen en cuestión al sistema democrático, al grado que algunos hablan ya de un gobierno de jueces.³⁸ La dificultad contramayoritaria que significa la interpretación de Constituciones conformadas preponderantemente por principios³⁹ 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

³⁷ Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, 2005, pp. 155-199.

³⁸ Águila, Rafael del, *La senda del mal, política y razón de Estado*, Madrid, Taurus, 2000, pp. 293 y ss.

³⁹ Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch*, Nueva Haven, Yale University Press, 1962, p. 16.

antiguo, pero sobre todo ahora, que existe una muy clara conciencia en el papel que los principios desarrollan en el modelo constitucional de derecho, se han dado respuestas diversas sobre la principal cuestión que señala:

si 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?⁴⁰

Algunas de las soluciones proponen una interpretación que asuma los presupuestos democráticos como es el caso del Ely,⁴¹ otras aluden a la soberanía constitucional,⁴² otras plantean la reducción de los poderes interpretativos del juez —Kelsen y los originalistas estadounidenses—, unas más sostienen la legitimidad judicial a partir de las garantías orgánicas y funcionales de independencia e imparcialidad judicial,⁴³ algunas hacen consistir la legitimidad del juez en la calidad de su argumentación para vislumbrar la única respuesta correcta en los casos difíciles,⁴⁴ otras proponen nuevos diseños institucionales en el Poder Judicial que propendan a una democracia más deliberativa y participativa,⁴⁵ y así, un largo etcétera de soluciones en un ámbito en donde algunos son muy pesimistas.⁴⁶

⁴⁰ Ferreres, Víctor, “Justicia constitucional y democracia”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa-UNAM, 2002, pp. 247 y 248.

⁴¹ Ely, John, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1980.

⁴² Hamilton, A., Madison, J. y Jay, J., *El Federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987; véase 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, 2002.

⁴³ Ibáñez, Perfecto Andrés, “Democracia con jueces”, *Claves de Razón Práctica*, núm. 128, diciembre de 2002, pp. 4-11.

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

⁴⁵ Nino, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional, análisis jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, pp. 657 y ss.; *id.*, “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, *Cuadernos y Debates*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, núm. 29, 1991, 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.

⁴⁶ Troper, Michel, “El Poder Judicial y la democracia”, en Malem, Jorge *et al.* (comps.), *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona, Gedisa, 2003, pp. 209-233; Troper, Michel, *Por una teoría jurídica del Estado*, Madrid, Dykinson, 2001; Pintore, Anna, “Derechos insaciables”,

III. A MODO DE CONCLUSIÓN

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.
5. No suele haber pluralismo jurídico, político o ideológico entre los titulares de estos órganos porque 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 quién los nombró, ya sea el Ejecutivo, el Congreso o cualquier otra instancia de autoridad o conjunción de éstas.
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 por los representantes de éstas.
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; y
10. Sus titulares resuelven de espaldas a la sociedad y, por lo mismo, no sienten que estén allí para garantizar las necesidades, los intereses y los derechos de los ciudadanos, sino los intereses y los privilegios de los dirigentes y beneficiarios del *statu quo*.

en Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 243-265.

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 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...⁴⁷

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..."⁴⁸

En este sentido, la vía de nominación o de selección de los titulares de los órganos constitucionales autónomos no es indiferente, sino que es fundamental. La nominación, si 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,⁴⁹ 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, reci-

⁴⁷ Castillo Velasco, José María del, *Apuntamientos para el estudio del derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, ed. facsimilar, 2007, p. 203.

⁴⁸ Cosío Villegas, Daniel, *La Constitución de 1857 y sus críticos*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica-Clío, 2007, p. 102.

⁴⁹ Waldron, Jeremy, *The Dignity of Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

ben 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 a 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 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 tener a su juicio 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, sólo hay que exponer las críticas de autores reconocidos y alguna propia.⁵⁰ 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 a 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.⁵¹

⁵⁰ 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.

⁵¹ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, p. 278; Habermas, Jürgen, *La inclusión del otro*, Barcelona, Paidós, 1999, pp. 55; Arango, Rodolfo, “Concepciones

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 salomónicos⁵² 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 los principios constitucionales entre sí 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* — e incapaz de generar criterios generales, lo que desdora la seguridad jurídica del ordenamiento.⁵³

Enlazadas con las anteriores críticas, se dice también que al ponderar los tribunales constitucionales, que carecen de legitimidad democrática, intervienen ilegítimamente en las competencias que la Constitución confiere a otros poderes del Estado, principalmente al Poder Legislativo.⁵⁴ 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

deontológicas y teleológicas de los derechos fundamentales”, en Clérico, Laura *et al.* (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación*, Granada, Comares, 2011, pp. 73-90.

⁵² Jiménez Campo, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999, p. 73.

⁵³ Véase 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 y 229.

⁵⁴ Véase Waldron, Jeremy, *The Dignity of Legislation*, *cit.*, pp. 158-160. Sobre esta discusión véase Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, *cit.*, pp. 155-199.

legislador ha tomado. El principio de proporcionalidad es una herramienta que se 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.

Existen además otro tipo de críticas 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 son, no sólo discrecionales sino incluso irracionales.⁵⁵

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 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 este principio 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,

⁵⁵ 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”, *Berbiquí*, núm. 30, 2005, pp. 14 y ss.

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 es para salvaguardar los derechos de los débiles, cuando en realidad con él, protegen los derechos de los poderosos, que son la 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 capitalista neoliberal 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.