

EL NEOLIBERALISMO Y LAS GRIETAS DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

Jaime CÁRDENAS GRACIA

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La respuesta neoconstitucionalista al neoliberalismo.* III. *La revisión de las teorías neoconstitucionales contemporáneas para responder al neoliberalismo globalizador.* IV. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

El neoliberalismo tiene sus fundamentos en la teoría neoclásica de la economía que se desarrolló en Inglaterra, Estados Unidos y el resto de Europa a finales del siglo XIX y principios del siglo XX. La teórica neoclásica sostiene como principales tesis que: el estudio de la economía debe concentrarse en la utilización óptima de los recursos disponibles y que son escasos para satisfacer las necesidades y deseos de los agentes económicos; la utilidad de los bienes y de los servicios, no es otra que la que representa, en el margen, para los consumidores; el equilibrio general corresponde a la utilización óptima de los recursos escasos, y se le puede identificar como un conjunto de valores para todas las variables, precios y cantidades que prevalecen de manera simultánea; los precios tienen significado como indicadores de la escasez (en relación a las preferencias de los consumidores); y, la distribución del ingreso se determina por la contribución, que en el margen hacen los factores de la producción¹.

Para los autores neoclásicos, el tema central de la economía está relacionado con la utilización óptima de los escasos recursos disponibles para satisfacer las necesidades y deseos que los agentes económicos experimentan en lo individual. El valor de las mercancías y de los servicios depende de la utilidad que les reporta a los consumidores. Estas visiones conceptuales

¹ TELLO, Carlos e IBARRA, Jorge, *La Revolución de los Ricos*, México, UNAM, 2012, p. 45.

fueron dominantes en el mundo económico hasta antes de la Gran Depresión y fueron sustituidas por el pensamiento keynesiano –hasta las crisis de los años setentas y ochentas del siglo XX- porque la teoría neoclásica no ofrecía una explicación adecuada de lo que estaba ocurriendo en esa etapa, principalmente porque no tomaba en cuenta los aspectos contextuales en su análisis, en particular el peso del Estado y sus regulaciones en la economía, así como el papel de las clases sociales.

El neoliberalismo económico que reformuló a la teoría neoclásica, constituye una visión extrema de esa teoría. Apuesta 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.

El neoliberalismo, sin embargo, no sólo es una estructura económica sino un esquema integral geopolítico que conjuga la violencia política, militar, ideológica, jurídica y estatal, para que las transformaciones estructurales de carácter económico que promueve, pongan a las anteriores variables de su lado, con el propósito de modificar en beneficio de las clases dominantes los elementos que conforman la convivencia social y la nueva forma de dominación política de carácter planetario pero con anclajes nacionales².

Jurídicamente el neoliberalismo consiste en dismantelar o diluir la soberanía de los Estados-nación. Un elemento fundamental de éstos, el más importante sin duda desde Bodin, es la soberanía. Como lo señala Gustavo Zagrebelsky la soberanía en los nuevos Estados neoliberales se ha transformado. En el Estado nación del siglo XIX y buena parte del siglo XX, la soberanía interna indicaba la incommensurabilidad del Estado frente a cualesquiera otros sujetos y, por tanto, la imposibilidad de entrar en relaciones jurídicas con ellos, pues frente al Estado soberano no podían existir más que relaciones de sujeción. Desde una perspectiva externa, los Estados se presentaban como fortalezas cerradas protegidas por el principio de la no injerencia³.

En el Estado contemporáneo del neoliberalismo, ambas dimensiones de la soberanía se han modificado. Internamente, el pluralismo jurídico, el

² HARVEY, David, *Breve historia del neoliberalismo*, Madrid, Akal, 2007; HARVEY, David, *El nuevo imperialismo*, Madrid, Akal, 2004; HARVEY, David, *El enigma del capital y la crisis del capitalismo*, Madrid, Akal, 2012; y, HARVEY, David, *Seventeen Contradictions and the End of Capitalism*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2014.

³ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 10-11.

fortalecimiento de poderes fácticos nacionales que disputan con el Estado el poder y, la creciente integración de los Estados a entidades supranacionales propician que la soberanía desde su dimensión interna no le brinde al Estado la prevalencia que tuvo anteriormente. Externamente, la globalización y el desarrollo de poderes fácticos e institucionales internacionales, han acabado con el principio de no injerencia nacional. Hoy en día, las grandes corporaciones económicas y las instituciones internacionales condicionan la vida interna de los países y parecen aniquilar el principio de autodeterminación nacional.

En el nivel interno de los Estados, los cambios jurídicos de la globalización neoliberal se perciben claramente. Gerardo Pisarello, advierte la aparición de procesos deconstituyentes en las naciones que falsean el sentido garantista –maximizador de los derechos humanos y de la democracia- de los marcos constitucionales y destaca también el desarrollo de un constitucionalismo liberal oligárquico que responde a la vigencia de las redes jurídicas internacionales y a la importancia que en ellas tiene la nueva “lex mercatoria” vinculada a los intereses de las grandes empresas transnacionales, a los organismos financieros y comerciales internacionales y, por supuesto a las grandes potencias que están detrás de todos esos procesos. Al interior de los Estados, los órganos de defensa de la Constitución –ejecutivos, parlamentos, tribunales constitucionales- han asistido impotentes, cuando no han alentado, el vaciamiento normativo nacional, el que es promovido desde instancias estatales y supraestatales. Las Constituciones y los marcos jurídicos nacionales se vuelven flexibles frente a las presiones antisociales de la globalización y rígida frente a las exigencias democratizadoras provenientes de las sociedades locales, principalmente de los sectores más desfavorecidos⁴.

Las características del derecho interno paulatinamente van modificándose. El Estado ya no concentra el monopolio de la producción jurídica sino que lo comparte con las instancias supranacionales, tanto públicas como privadas. La “Lex mercatoria” implica la existencia de un ordenamiento espontáneo de los negocios del comercio internacional al margen del Estado. Se comienza a transformar el esquema piramidal y jerárquico de las normas del derecho interno y se sustituye por la pluralidad de redes normativas internacionales. En el derecho internacional con consecuencias jurídicas internas se manifiesta un “soft law” que carece de sanciones explícitas, por ejemplo, la pluralidad creciente en el derecho interno de lineamientos, directrices, códigos de conducta y normas técnicas. Vinculado a lo expuesto

⁴ PISARELLO, Gerardo, *Procesos constituyentes. Caminos para la ruptura democrática*, Madrid, Trotta, 2014, pp. 16-17.

se presenta en los Estados-nación el vaciamiento normativo del derecho público y el avance de un derecho privado orientado por los criterios de la globalización. Con lo anterior, el ordenamiento jurídico interno pierde certeza jurídica porque compite con el de las redes jurídicas de la globalización y, principios como el de supremacía se diluyen; se trastocan las viejas virtudes de generalidad y abstracción, pues el derecho de la globalización neoliberal es casuístico y fugaz y, las características de unidad y coherencia del ordenamiento, por la fuerza de las redes jurídicas de la globalización, obligan a que el sistema jurídico se fragmente, aumenten las lagunas y las antinomias jurídicas.

II. LA RESPUESTA NEOCONSTITUCIONALISTA AL NEOLIBERALISMO

En las épocas de la globalización, y como dice Ferrajoli, se alude al pluralismo de los ordenamientos más que a monismo o dualismo. Lo anterior significa que los derechos estatales forman una pluralidad de ordenamientos y, el derecho internacional está formado por una pluralidad de instituciones y de ordenamientos. Esas pluralidades de ordenamientos y de instituciones de carácter internacional y estatal se relacionan mediante vínculos de distinta naturaleza —de coordinación, subsidiariedad, subordinación, integración— que son determinadas por distintas normas de derecho positivo. En muchos casos, los ordenamientos e instituciones no son derivados sino originarios, aunque ello no significa la existencia de ordenamientos soberanos o ilimitados por provenir de un poder constituyente originario, sino de ordenamientos e instituciones restringidas en su soberanía según lo establezca cada concreta disciplina del derecho positivo⁵.

Ferrajoli advierte la progresiva pérdida de relieve de los Estados, que se han, como dice él, revelado demasiado grandes para las cosas pequeñas y demasiado pequeños para las cosas grandes. El Estado nacional pierde su autosuficiencia y exclusividad normativa en el plano jurídico, su soberanía en el plano político, su centralidad en el económico. La crisis tiene que ver con la globalización neoliberal y ha generado problemas de carácter supraestatal. Entre esos problemas se señalan el retorno de la guerra como instrumento de solución de controversias entre Estados, el desarrollo de la criminalidad internacional, del terrorismo internacional, del profundo crecimiento de las desigualdades, y con ellas del hambre y las enfermedades

⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Trotta, tomo 2, 2011, p. 473.

que afligen a millones de seres humanos, al igual que las perturbaciones ecológicas que amenazan el futuro de la humanidad. Según Ferrajoli, las realidades del modelo globalizador neoliberal sólo pueden enfrentarse con un nuevo paradigma jurídico, el que tendrá que basarse en tres elementos: la limitación jurídica de todos los poderes supranacionales y estatales, la garantía de la paz a nivel mundial y nacional y, por medio de un reforzamiento y ampliación de los derechos humanos en todas las instituciones y organizaciones relevantes de las sociedades nacionales e internacionales, incluyendo a las grandes corporaciones económicas⁶.

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

Sin embargo, el planteamiento de Ferrajoli tiene, desde mi punto de vista, un flanco muy débil que es común a todas las teorías de su tipo, que podemos llamar neoconstitucionalistas. La concepción de la llamada democracia constitucional ferrajoliana desdeña el papel de las mayorías, del pueblo. Ferrajoli considera que el poder de las mayorías desemboca en construcciones fascistas y, por eso, los derechos humanos no deben pertenecer al ámbito de la democracia, forman parte de un ámbito no sujeto al regateo, a la negociación o a la discusión de las mayorías. El alcance de los derechos, su extensión y sus garantías de protección no son parte de la deliberación democrática. Los derechos humanos pertenecen al ámbito de lo indecible para las mayorías. El pueblo soberano no puede en contra de los derechos humanos de las minorías o aún respecto a los derechos humanos de una sola persona⁷.

⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Trotta, tomo 2, 2011, p. 471.

⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Trotta, tomo 2, 2011, p. 478.

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

La circunstancia expuesta obliga, desde mi punto de vista, a replantear las tesis de Ferrajoli y de buena parte de la teoría jurídica contemporánea. Las sociedades nacionales y supranacionales deben tomar parte no sólo en el debate de los derechos humanos sino en su definición. Los derechos humanos no tienen sólo fundamento en una moral objetiva⁸ sino en las luchas políticas y en las conquistas históricas de los pueblos. No es nada justo sustraer el alcance, extensión y garantías de los derechos humanos a los pueblos. Éstos deben tener amplia y permanente intervención en el debate de los derechos humanos. Es verdad que los pueblos se pueden equivocar y pueden reducir derechos o hasta negarlos, tal como la élite internacional y nacional que ahora los define. Sin embargo, los derechos humanos son en estos tiempos un instrumento de lucha para oponerse a los excesos de la globalización neoliberal y por ello resulta imprescindible que su defensa y definición esté en manos de las personas, las sociedades nacionales y las supranacionales. Los derechos humanos deben ser privados del elitismo que hoy en día los delimita para ponerlos al alcance del debate y deliberación de todos.

En nuestro tiempo y para tener la capacidad de lucha y oposición al neoliberalismo globalizador, debemos comenzar por reconocer, como lo hace Ferrajoli, lo siguiente: 1) que los derechos humanos siguen siendo una promesa no realizada en muchos lugares del mundo, principalmente los derechos económicos, sociales y culturales, y que esa ineficacia de los derechos tiene que ver fundamentalmente con las características del modelo económico neoliberal que no está interesado en el desarrollo de sociedades libres e igualitarias; 2) que las soberanías de los Estados son profundamente

⁸ DWORKIN, Ronald, *Justicia para erizos*, traducción de Horacio Pons, México, Fondo de Cultura Económica, 2014, pp. 22-27.

desiguales, que existen soberanías casi absolutas como la de Estados Unidos frente a las soberanías de los demás Estados y que entre las soberanías de los Estados existen niveles y grados diversos de desigualdad; 3) que las ciudadanías también están desequilibradas, pues existen ciudadanos “optimo iure” con todos los derechos y semiciudadanos con permisos de residencia, refugiados, irregulares y clandestinos; situaciones jurídicas que en el mundo globalizado son fuente de exclusión y de discriminación entre las personas; 4) que las normas y las instituciones del derecho internacional son aún muy débiles e imperfectas, tanto desde sus ilegitimidades democráticas de origen y de ejercicio como de las vías para exigir su acatamiento, pues en el ámbito supranacional aún nos encontramos en muchos sentidos en un estado de naturaleza hobbesiano, en el que por un lado hay ausencia o imperfección de reglas y, por otro, existencia de la influencia de los más poderosos, sean las grandes potencias o los intereses económicos más relevantes, los que imponen la ley del más fuerte; y, 5) que no hemos ideado hasta el momento un derecho internacional que traslade los fines del constitucionalismo a la esfera mundial y que el propio constitucionalismo nacional recibe los embates de la globalización neoliberal⁹.

Ferrajoli sostiene que la “lex mercatoria” se afirma como la nueva “Grundnorm” del orden internacional y nacional con las consiguientes inversiones de las relaciones entre Estado y mercado, pues ya no son la política ni el Derecho los que gobiernan y controlan a la economía sino que ocurre exactamente al revés: el Derecho y la política están al servicio de la economía neoliberal globalizadora. Para argumentar su tesis identifica cinco dimensiones del nuevo Derecho de la economía neoliberal globalizadora: 1) Concentración y confusión de poderes, en donde los poderes privados nacionales y supranacionales se colocan por encima de la esfera pública e institucional para subordinarla y ponerla a su servicio a fin de beneficiar al mercado y, para que el orden jurídico deje de promover el interés general para concentrarse en la defensa de los intereses privados, principalmente en la defensa del derecho de propiedad de las grandes corporaciones; 2) La reducción del Derecho a mercancía en tanto que se da una competencia entre ordenamientos nacionales para que los ordenamientos con menor protección y garantía de los derechos laborales, medioambientales y que menos protegen los recursos naturales nacionales resulten más atractivos económicamente para las grandes corporaciones supranacionales, las que irán a invertir en los Estados menos garantistas; 3) La existencia de un mercado

⁹ FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Trotta, tomo 2, 2011, pp. 480-485.

trucado que favorece los intereses de las empresas de las grandes potencias por encima de los intereses económicos de las empresas de los países más débiles, es decir, en el concierto mundial no existe un auténtico mercado entre iguales; 4) La explotación ilimitada del trabajo, en donde éste deja de ser considerado un derecho humano y pasa a ser la mercancía por antonomasia, lo que permite una acumulación capitalista ilimitada que transfiere enormes riquezas de los trabajadores a las empresas, por lo que el Derecho de nuestro tiempo promueve la reducción de los salarios, la disminución de las garantías jurídicas laborales y el debilitamiento de la tutela sindical; y 5) La destrucción del medio ambiente porque la economía neoliberal globalizadora es fundamentalmente extractiva y uno de sus pilares consiste en el saqueo y expoliación de los recursos naturales al costo que sea necesario para acrecentar la acumulación capitalista¹⁰.

Para hacer frente a las características nocivas de la “lex mercatoria” del neoliberalismo globalizador, Ferrajoli desbroza sus propuestas. Así insiste en: 1) Un constitucionalismo mundial que prohija un federalismo global multinivel, en donde los ordenamientos nacionales e internacionales estén coordinados de suerte que se limite cualquier poder arbitrario, se garanticen los derechos humanos y se preserve la paz; 2) Los derechos civiles de autonomía que dan fundamento al mercado deben quedar subordinados a los derechos humanos, tanto de libertad como a los de carácter social; 3) La orientación de todo Derecho debe estar enmarcado en la garantía de la paz y de los derechos humanos; 4) Las funciones de garantía de los derechos humanos, tanto nacionales como internacionales, deben subordinar cualquier acción de gobierno nacional e internacional que se pretendan colocar por encima de ellas; y 5) Se deben articular las competencias del nivel federal mundial con los estatales, de suerte que se produzca un nuevo federalismo cooperativo, capaz de subordinar la economía al Derecho, a través, entre otras medidas, de la democratización y perfeccionamiento jurídico de las actuales instituciones internacionales¹¹.

Las propuestas de Ferrajoli pueden ser consideradas utópicas por muchos, por eso él en su descargo insiste que estimar el constitucionalismo global como no realista equivale a una falacia semejante a la naturalista, que confunde lo que acaece con lo que no puede acaecer y, por tanto, ese pensamiento constituye una abdicación de la razón y de la política. La conclusión de Ferrajoli, que recuerda a la izquierda hegeliana –todo lo racional es real-

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Trotta, tomo 2, 2011, pp. 516-521.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Trotta, tomo 2, 2011, pp. 540-544.

no carece de fundamentos, aunque la creación de las condiciones de un nuevo constitucionalismo mundial que enfrente los excesos e injusticias del neoliberalismo globalizador, no sólo depende exclusivamente de la razón sino también de la voluntad y de la lucha política democrática de las sociedades para llevar a cabo ese proyecto jurídico-político, pues siempre estarán en duda las posibilidades de lo jurídico para transformar el “estatus quo”.

Desde otras posturas críticas, diversas al actual Ferrajoli, y que provienen o reciben influencia del marxismo, tales como la escuela del uso alternativo del Derecho¹² o los partidarios del Critical Legal Studies¹³, siempre se ha sostenido: 1) el uso ideológico del Derecho por sus operadores en respaldo de las clases o de los intereses dominantes y, 2) El histórico papel instrumental del Derecho en apoyo al status quo, y la necesidad, a partir de los planteamientos críticos, para que éste sea en adelante un medio a favor de la transformación social. Es verdad que esas posturas teóricas hasta recientemente no habían llevado sus categorías al estudio del derecho de la globalización neoliberal, sin embargo, hoy en día comienzan a realizarlo de manera persistente para advertir como la estructura económica de dominación mundial neoliberal exige un análisis no sólo desde esa estructura económica sino desde las superestructuras, entre ellas la del Derecho¹⁴.

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

¹² POULANTZAS, Nicos, “Marx y el Derecho moderno”, en *Hegemonía y dominación en el Estado moderno*, Buenos Aires, Cuadernos de Pasado y Presente, Siglo XXI Argentina, 1975; CERRONI, Umberto, *Introducción al Pensamiento Político*, México, Siglo XXI, 1994; LÓPEZ CALLERA, Nicolás y otros, *Sobre el uso alternativo del Derecho*, Valencia, Fernando Torres Editor, 1975.

¹³ KENNEDY, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Bogotá, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores, 1999.

¹⁴ DE CABO MARTÍN, Carlos, *Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico*, Madrid, Trotta, 2014.

clase. En este sentido las teorías críticas tienen mucho que aportar en la construcción de un derecho alternativo al derecho neoliberal de la globalización¹⁵.

Carlos de Cabo expone las siguientes características del Derecho, según la teoría crítica: 1) Ser el Derecho del conflicto, básicamente del conflicto socioeconómico pero también de otras aproximaciones como las del poder; 2) Asumir que el Derecho es uno de los mecanismos básicos de legitimación y de ocultamiento de la realidad; y 3) Desbloquear el positivismo jurídico: no acudir a la pureza metódica, romper con la neutralidad jurídica, y asumir el papel crítico que le corresponde realizar al Derecho. De Cabo insiste, que en el Derecho de la globalización es muy importante desenmascarar el rol ideológico y de manipulación que juega el ordenamiento jurídico a favor de los poderes fácticos nacionales y transnacionales¹⁶. Uno de los asuntos cruciales para la teoría crítica consiste en reelaborar, no solo sociológica o políticamente el concepto de pueblo,¹⁷ sino de también realizar esa tarea jurídicamente¹⁸.

III. LA REVISIÓN DE LAS TEORÍAS NEOCONSTITUCIONALES CONTEMPORÁNEAS PARA RESPONDER AL NEOLIBERALISMO GLOBALIZADOR

Si una posible solución jurídica existe para enfrentar las incorrecciones del neoliberalismo globalizador es la mundialización del constitucionalismo.

¹⁵ BERNAL, Angélica, M., “The Meaning and Perils of Presidential Refounding in Latin America”, *Constellations. An International Journal of Critical and Democracy Theory*, Volume 21, No. 4, New York, 2014; FINCHELSTEIN, Federico, “Returning Populism to History”, *Constellations. An International Journal of Critical and Democracy Theory*, Volume 21, No. 4, New York, 2014; y, STAVRAKAKIS, Yannis, “The Return of the People: Populism in the Shadows of the European Crisis”, *Constellations. An International Journal of Critical and Democracy Theory*, Volume 21, No. 4, New York, 2014.

¹⁶ DE CABO MARTÍN, Carlos, *Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico*, Madrid, Trotta, 2014, pp. 52 y ss.

¹⁷ LACLAU, Ernesto, *La razón populista*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2005, pp. 91 y ss; y, HARDT, Michael-NEGRI, Antonio, *Empire*, Cambridge Massachussets, Harvard University Press, 2000.

¹⁸ El profesor portugués Gomes Canotilho afirma que una de las características que tiene el pueblo como titular del poder constituyente es la de entenderlo desde su grandeza pluralista formada por individuos, asociaciones, grupos, iglesias, comunidades, personalidades, instituciones, vehículos de intereses, ideas, creencias y valores plurales convergentes y conflictuales. Sólo ese pueblo concebido como comunidad abierta de sujetos constituyentes que pactan y consienten, tiene el poder de disponer y de conformar el orden político-social. GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito constitucional e teoria da Constituaico*, Coimbra, Almedina, 1998, pp. 71 y 72.

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

El neoconstitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo ha sometido a crítica y revisión todas las tesis tradicionales del positivismo tradicional¹⁹. La Constitución ha rematerializado el ordenamiento, es decir, supone un orden de valores que condicionan la validez de las normas infraconstitucionales. La Constitución es el origen inmediato y directo de los derechos y obligaciones, y no sólo la fuente de fuentes. La tesis de la separación entre Derecho y moral no puede señalarse de manera absoluta porque la Constitución ha incorporado los valores de justicia en sus principios jurídicos constitucionales. El legislador ya no es la viva voz del soberano, pues debe acomodar su actuación a la Constitución. El principio de legalidad ha cedido a un principio de juridicidad y de constitucionalidad²⁰. La interpretación y aplicación del Derecho se ha trastocado por la inclusión de los principios constitucionales, y el peso de la argumentación retórica sobre una argumentación lógico formal del Derecho²¹. Las normas constitucionales no tienen la estructura clásica de las reglas legales y, por tanto, no se prestan a la subsunción. Sin embargo, ello no debe desembocar en un puro decisionismo arbitrario del juez, sino en la necesidad que éste tiene de justificar adecuadamente sus fallos recurriendo a las técnicas más variadas de la argumentación, según teorías como las de Viehweg, Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy, Aarnio, Peczenick, etcétera²².

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

¹⁹ CARBONELL, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007.

²⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 2008, pp. 144-153.

²¹ ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 32 y ss.

²² ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, obra citada, 1991.

ciones políticas²³. En el neoconstitucionalismo, la interpretación de y desde la Constitución²⁴ y los tratados, es tan importante que se sitúa en el núcleo mismo de la teoría jurídica y constitucional. A consecuencia de lo anterior, los jueces constitucionales han adquirido un papel inusitado que logra desplazar en muchas ocasiones al legislador democrático.

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

Estas notas del neoconstitucionalismo significan una evolución y una alteración del positivismo tradicional. Como dice Prieto: "...el legislador ha dejado de ser el dueño absoluto del Derecho; el juez ha salido de la alternativa entre "boca muda" o "juez legislador"; y la moral ya no penetra en el Derecho exclusivamente a través de las decisiones legales, sino que aparece mucho más difusamente en una simbiosis entre Constitución y jurisdicción, es decir, entre los valores y principios constitucionales y la racionalidad práctica de su aplicación"²⁵.

La reforma constitucional mexicana en materia de derechos humanos publicada en el día 10 de junio de 2011 en el Diario Oficial de la Federación, principalmente, cuando ésta modificación constitucional prevé la obligación para todas las autoridades de realizar interpretación conforme a la Constitución y pro homine (párrafo segundo del artículo primero de la Constitución) y, cuando el párrafo tercero del artículo 1 de la Constitución se refiere a los métodos y criterios de interpretación en materia de derechos fundamentales: interdependencia, universalidad, indivisibilidad y progresividad, confirma su impronta neoconstitucionalista. Lo mismo podemos decir de las resoluciones del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la

²³ GUASTINI, Ricardo, "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 49-57.

²⁴ VIGO, Rodolfo Luis, *Interpretación constitucional*, editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, pp. 81-104.

²⁵ PRIETO SANCHÍS, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997, p. 23.

Nación en el expediente varios 912/2010 (caso Rosendo Radilla) que previó el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad para las diversas autoridades del país y la resolución que resolvió la contradicción de tesis 293/2011 que estableció con claridad bastante definitiva los conceptos de bloque de constitucionalidad y de parámetro de constitucionalidad.

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

Lo anterior que parece muy innovador e importante para el Derecho porque constitucionaliza y convencionaliza a todo el ordenamiento jurídico para proteger y garantizar derechos humanos, presenta, sin embargo, varios defectos. Enumero con apoyo en al trabajo de Alterio los siguientes: 1) Se da al juez, principalmente al juez constitucional un papel inusitado, por encima de los demás poderes establecidos, incluyendo al legislativo; 2) El juez constitucional carece de legitimidad democrática de origen, porque los integrantes de los máximos tribunales de cada país no son electos por los ciudadanos; 3) El juez constitucional suele ser designado por las fuerzas políticas mayoritarias de alguna de las Cámaras del Congreso y por tanto reproduce las concepciones del “status quo” que son afines a esas fuerzas políticas mayoritarias; 4) El juez constitucional representa las concepciones elitistas de la sociedad, pues sus miembros son integrantes de esos sectores; 5) El modelo neoconstitucionalista desconfía de la participación popular y estima como Ferrajoli o Dworkin que los derechos humanos no forman parte del debate democrático, en tanto que los derechos humanos son cartas de triunfo, integran el ámbito de lo no decidible, son un coto vedado; 6) La democracia electoral se modifica por una democracia llamada sustancial –la de los derechos humanos y principios- que subordina a la democracia polí-

tica; 7) El control de constitucionalidad y convencionalidad está por encima de la voluntad mayoritaria; 8) La política se subordina a la Constitución, los tratados y la interpretación; 9) Los derechos humanos forman parte de una moral objetiva que existe más allá de la voluntad de las personas y por tanto no pueden estar limitados por las decisiones mayoritarias; y, 10) El neoconstitucionalismo tiene un fundamento iusnaturalista indudable²⁶.

Aunque el modelo neoconstitucionalista puede resultar muy atractivo y, en algunos casos, como en la teoría de Ferrajoli, se proponga mundializar el constitucionalismo para enfrentar los elementos nocivos del neoliberalismo globalizador, resulta para los efectos de este análisis, que las teorías neoconstitucionalistas en general son ajenas al derecho de la globalización neoliberal. Bien podemos decir, que se trata en su mayor parte de teorías jurídicas ancladas en el esquema del Estado nación, que no han percibido aún las complejidades del nuevo derecho del mundo globalizado. Además, y esto tal vez sea lo que resulta más grave para las nuevas condiciones del planeta, son teorías que apuestan por un modelo elitista del Derecho y de la democracia²⁷, muchas veces opaco porque la mayoría de los ciudadanos desconocen las razones y el procesamiento de las decisiones de los tribunales o los motivos que los dirigentes políticos tuvieron para aceptar acuerdos y tratados internacionales que no pasan por el referéndum ciudadano. Es decir, las teorías neoconstitucionalistas que prohíjan una llamada democracia constitucional, carecen de elementos democráticos fundados en la participación y en la amplia deliberación de los ciudadanos²⁸. Las teorías neoconstitucionalistas son esquemas conceptuales que dotan a ciertos funcionarios no elegidos ni supeditados al control de los ciudadanos del poder de definir qué es o no es un derecho humano y que alcance o extensión tiene éste.

Como hemos insistido en estas páginas, si hay una vía para moldear la globalización del Derecho a favor de las personas, ésta pasa por la participación activa de todas las personas y sectores sociales de las sociedades

²⁶ ALTERIO, Ana Micaela, “Corrientes del Constitucionalismo contemporáneo a debate”, en *Revista Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, número 8, enero-diciembre de 2014, pp. 227-306.

²⁷ DE CABO MARTÍN, Carlos, *Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico*, Madrid, Trotta, 2014.

²⁸ Como dice Ian Shapiro al referirse a la democracia estadounidense, el sistema competitivo shumpeteriano ha sido sustituido por el papel del dinero que desplaza la competencia de los votos por la competencia por las aportaciones y gastos de campaña, por las bajas tasas de renovación entre los cargos políticos, por el dominio bipartidista de las instituciones electorales y por un modelo que en el fondo es anticompetitivo y antipluralista. SHAPIRO, Ian, *El estado de la teoría democrática*, Barcelona, ediciones Bellaterra, 2005, p. 207.

contemporáneas. Quién puede ponerle un hasta aquí al neoliberalismo globalizador sólo son los ciudadanos a través de su amplia participación y de la deliberación de los asuntos públicos. Por eso, las notas más negativas del derecho de la globalización neoliberal, que son su ilegitimidad democrática y opacidad, sólo pueden ser superadas por la construcción de un nuevo constitucionalismo y de teoría democrática radical que devuelva a las personas la capacidad de determinar cuáles son sus derechos humanos y cuáles deben ser sus alcances y extensiones²⁹. La teoría jurídica que requerimos debe desde luego apostar por la democratización radical de todas las instituciones nacionales y supranacionales, pero principalmente, debe apostar por el poder ciudadano. Se debe dejar atrás el miedo ferrajoliano a la soberanía popular.

El constitucionalismo popular está integrado por aportaciones, principalmente del ámbito norteamericano pero que han tenido impacto en América Latina, principalmente en Sudamérica³⁰. Sus notas distintivas son: 1) Flexibilizar la Constitución y excederla; 2) Desafiar la supremacía judicial y en ciertos casos impugnar cualquier forma de control judicial de constitucionalidad; 3) Proponer la interpretación extrajudicial de la Constitución; 4) Sostener la democratización de todas las instituciones políticas y económicas; y, 5) Recuperar la relación entre derecho y política³¹. Entre las finalidades destacadas de esta corriente teórica están, el cuestionar el papel del juez constitucional como monopolístico máximo intérprete de la Constitución y del ordenamiento³² y, promover al máximo la participación ciudadana en las decisiones colectivas, pues la legitimidad democrática de las mismas depende del grado de participación de las personas en ellas³³.

El Derecho en el constitucionalismo popular es cambiante y dinámico. Los ciudadanos participan en su procesamiento y en su definición. El control judicial de las leyes debe ser eliminado a favor del control ciudadano de las mismas. Los autores que reivindican esta posición son conscientes de los

²⁹ SANÍN RESTREPO, Ricardo, *Teoría crítica constitucional. La democracia a la enésima potencia*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2014.

³⁰ GARGARELLA, Roberto, "Acerca de Barry Friedman y el "constitucionalismo popular mediado", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Buenos Aires Argentina, año 6, número 1, 2005.

³¹ ALTERIO, Ana Micaela, "Corrientes del Constitucionalismo contemporáneo a debate", en *Revista Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, número 8, enero-diciembre de 2014, pp. 254-255.

³² KRAMER, Larry D., *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, Madrid, Marcial Pons, traducción de Paola Bergallo, 2011.

³³ TUSHNET, Mark, *Taking the Constitution Away From the Courts*, Princeton, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1999.

“riesgos” de la participación popular: el fascismo, el anti intelectualismo, la persecución de minorías impopulares, la exaltación de la mediocridad y la romántica exageración de las virtudes de la masa³⁴. Sin embargo, consideran que sólo el pueblo puede dotar de legitimidad a los gobiernos y que el miedo a la sociedad o a la mayoría de ella implica mantener los intereses del “status quo”.

La finalidad del Derecho es la de promover la regla de la mayoría y otras formas de participación y deliberación ciudadana para que la totalidad del entramado institucional y la definición de los derechos humanos dependa de la sociedad y no de una élite de ilustrados –los jueces constitucionales- que representan los intereses del status quo. Los constitucionalistas populares se dividen entre los que sostienen que las decisiones trascendentes de la Corte Suprema de los Estados Unidos deben ser revisadas por el Congreso de ese país y, los que de plano estiman que la revisión de la constitucionalidad en los asuntos fundamentales –inconstitucionalidad de leyes y de normas generales- debe corresponder al pueblo mismo³⁵.

Los constitucionalistas populares han propuesto diversos cambios en el derecho norteamericano para alentar la participación ciudadana en la definición de los derechos humanos. Estas modificaciones implicarían: 1) Alentar en los Estados Unidos los procedimientos de reforma constitucional; 2) Elegir popularmente, por voto ciudadano, a los jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos; 3) Facultar a los ciudadanos y a ciertos poderes públicos a revisar las decisiones de la Corte Suprema; 4) A revocar popularmente los nombramientos de los jueces de la Corte Suprema; y, 5) A desobedecer socialmente las decisiones judiciales³⁶. Todas estas medidas están fundadas en el valor axiológico y no sólo técnico de la regla de la mayoría, en la importancia constitucional de la soberanía popular como origen y fin de las instituciones y normas, en la trascendencia de la deliberación de los asuntos públicos y, en la idea de que el proceso democrático debe definir el sentido y el alcance del Derecho, incluyendo a los derechos humanos.

Es evidente que el constitucionalismo popular no desarrolla nociones, conceptos o categorías para enfrentar los elementos nocivos del derecho de la globalización neoliberal. No obstante esta importante ausencia, encontramos en él, lo que no existe en el neoconstitucionalismo, que es la

³⁴ BALKIN, Jack M., “Populism and Progressivism as Constitutional Categories”, *Faculty Scholarship Series*, Paper 268, 1995, pp. 1950-1951.

³⁵ POST, Robert y SIEGEL, Reva, “Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy”, *California Law Review* 92, 2004.

³⁶ POST, Robert y SIEGEL, Reva, “Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy”, *California Law Review* 92, 2004, p. 1039.

recuperación del papel de los ciudadanos como definidores del Derecho y determinadores últimos de los derechos humanos. La insistencia del constitucionalismo popular en democratizar las instituciones y el Derecho, aunque se promueva en sus parámetros, que son los del Estado-nación, puede perfectamente extenderse a escala planetaria. Si consideramos que existen posibilidades para mundializar el constitucionalismo, éstas necesariamente pasan por la participación y deliberación ciudadana de las sociedades nacionales y de la sociedad mundial. El Derecho del neoliberalismo globalizador sólo puede ser desenmascarado desde la legitimidad democrática que pueden brindar los ciudadanos a través de su participación en los asuntos públicos y, desde su poder para transparentar y poner coto a los intereses de las grandes corporaciones transnacionales.

El nuevo constitucionalismo latinoamericano que teoriza en torno a las Constituciones de Venezuela de 1999, de Ecuador de 2008 y de Bolivia de 2009, contiene rasgos deplorables pero posee otros que son luminosos. Entre los deplorables está el hiperpresidencialismo que ha fomentado, pero tiene, entre sus facetas positivas las siguientes notas: 1) Busca construir realidades más igualitarias³⁷; 2) amplía los mecanismos de democracia participativa; 3) establece fórmulas democráticas al control de constitucionalidad; 4) rescata el papel del Estado en la economía para superar las desigualdades económicas y sociales; y, 5) plantea una integración internacional más simétrica que la que se predica en otras latitudes³⁸. Podemos decir, que es un constitucionalismo, en el que la voluntad constituyente de las clases populares se

³⁷ GARGARELLA, Roberto, “El constitucionalismo latinoamericano de ayer a hoy: promesas e interrogantes”, mimeo. Ver también: GARGARELLA, Roberto, “El nacimiento del constitucionalismo popular”, en GARGARELLA, Roberto, *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, tomo I, 2008, pp. 249- 262.

³⁸ VICIANO PASTOR, Roberto y MARTÍNEZ DALMAU, Rubén, “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Quito, Ecuador, Corte Constitucional, 2010, 9-43. En este trabajo se distinguen entre características formales y materiales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Entre sus características formales señalan que los nuevos textos se distinguen por: 1) Incorporar nuevas categorías jurídicas que el viejo constitucionalismo latinoamericano no preveía; 2) Proponer una nueva institucionalidad basada en la aparición de nuevos órganos e instituciones; 3) Son constituciones extensas; 4) Son constituciones complejas; y, 5) Son constituciones más rígidas que las tradicionales. Entre las características materiales, los rasgos que mencionan para el nuevo constitucionalismo latinoamericano, son: 1) Formas amplias de participación ciudadana; 2) Son constituciones con extensos catálogos de derechos fundamentales; 3) Son constituciones que proponen vías para la integración de sectores históricamente marginados como los indígenas; 4) Son constituciones que dotan de legitimidad democrática directa a los tribunales constitucionales; y, 5) Son constituciones que rescatan el papel del Estado en la economía, es decir, son constituciones anti neoliberales.

manifiesta en una vasta movilización social y política que configura un constitucionalismo desde abajo, protagonizado por los excluidos y sus aliados, con el objetivo de expandir el campo de lo político más allá del horizonte liberal, mediante una institucionalidad nueva (plurinacionalidad), una territorialidad nueva (autonomías asimétricas), una legalidad nueva (pluralismo jurídico), un régimen político nuevo (democracia intercultural) y nuevas subjetividades individuales y colectivas (individuos, comunidades, naciones, pueblos, nacionalidades), en donde todos esos cambios constitucionales buscan garantizar la realización de políticas anticapitalistas y anticoloniales³⁹.

Uno de los rasgos del nuevo constitucionalismo latinoamericano, que ha provocado un fuerte debate, tiene que ver con la legitimidad democrática directa de los titulares de algunos órganos constitucionales autónomos⁴⁰, tales son los casos, de la elección mediante sufragio universal de los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional que se prevé en la Constitución de Bolivia y la elección por sufragio universal de los titulares del Consejo de la Magistratura en Argentina. Los artículos 197 y 198 de la Constitución de Bolivia indican que el Tribunal Constitucional Plurinacional estará integrado por magistradas y magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena ordinario campesino y, que las magistradas y los magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional se elegirán mediante sufragio universal, según el procedimiento, mecanismo y formalidades de los miembros del Tribunal Supremo de Justicia que también se eligen mediante sufragio universal. En Argentina, la presidenta Cristina Fernández envió al Congreso de la Nación, el día 8 de abril de 2013, seis proyectos para reformar al poder judicial de ese país. Una de las propuestas implicaba la elección por sufragio universal de los titulares del Consejo de la Magistratura. Las leyes fueron aprobadas en el Congreso argentino pero el 18 de junio de 2013 la Corte Suprema de ese país declaró la inconstitucionalidad de la ley, argumentando que el artículo 114 de la Constitución Argentina, alude a los “estamentos” de jueces y “abogados de la matrícula”, lo que implica una representación corporativa que debe ser observada.

El nuevo constitucionalismo latinoamericano promueve amplísimos medios de democracia participativa y deliberativa, incluyendo al recono-

³⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, México, Guatemala y Buenos Aires, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores y Siglo Veintiuno Editores, 2010, p. 85.

⁴⁰ SALAZAR, Pedro, “El nuevo constitucionalismo latinoamericano (Una perspectiva crítica)”, en GONZÁLEZ PÉREZ, Luis Raúl y VALADÉS, Diego, *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM, 2013, pp. 345-387.

cimiento del derecho de resistencia y la democracia intercultural. Es un constitucionalismo que libera a los Constituyentes originarios de las ataduras que puedan imponer a su desarrollo los tratados y acuerdos internacionales firmados con anterioridad a las elaboraciones de las Constituciones respectivas. Es una teoría que desconfía del poder elitista de los tribunales constitucionales y por eso intenta mitigar el poder de éstos con fórmulas participativas como explicamos en el párrafo anterior. En la Constitución se determinan criterios expresos para la interpretación constitucional a fin de evitar la discrecionalidad judicial⁴¹ y, en algunos casos, se establecen las acciones populares de inconstitucionalidad para que los ciudadanos, sin acreditar legitimación procesal específica, puedan plantear cuestiones de inconstitucionalidad ante los tribunales constitucionales⁴².

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

La teoría democrática del nuevo constitucionalismo latinoamericano reconoce diferentes formas de deliberación democrática para respetar a las culturas de los pueblos originarios, asume por tanto diferentes criterios de representación democrática, reconoce los derechos fundamentales de carácter colectivo de los pueblos como condición del ejercicio de los dere-

⁴¹ VILLABELLA, Carlos, *Nuevo constitucionalismo latinoamericano. ¿Un nuevo paradigma?*, México, Grupo Editorial Mariel, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, A.C., Universidad de Guanajuato, Juan Pablos Editor, 2014.

⁴² Alterio, Ana Micaela y NIEMBRO ORTEGA, Roberto, “¿Qué es el constitucionalismo popular? Una breve referencia al uso de las fuerzas armadas en México como fuerzas de seguridad”, en ALTERIO, Ana Micaela y NIEMBRO ORTEGA, Roberto, *Constitucionalismo popular en Latinoamérica*, México, Porrúa, 2013, p. 178.

chos individuales, amplía el catálogo de derechos fundamentales de carácter social e identitario y, sostiene una educación compatible con las diversas culturas a fin de despojar a la cultura de elementos neocolonialistas. En el nuevo constitucionalismo latinoamericano la política, es decir, la soberanía popular determina el alcance de la Constitución y de los derechos humanos.

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

IV. CONCLUSIONES

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

Es imprescindible para construir un derecho alternativo al del neoliberalismo globalizador consolidar en los Estados-nación los medios de democracia participativa y deliberativa. Sin ellos, las sociedades no cuentan con instrumentos procesales de carácter horizontal para garantizar adecua-

damente los derechos humanos ni los procedimientos democráticos. Toda cuestión importante —una reforma a la Constitución o la aprobación de un Tratado (sobre todo de los tratados que comprometen la soberanía nacional)- debe pasar por el referéndum popular. Los integrantes de la sociedad requieren contar con instrumentos como la acción ciudadana o popular de inconstitucionalidad y, la revocación del mandato respecto a todas las autoridades que hayan sido electas popularmente para que éstas tengan siempre presente en donde descansa la soberanía y el poder para definir el ordenamiento jurídico.

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

El logro de los anteriores objetivos no es simple, las luchas jurídicas y sociales de las sociedades en el mundo entero pondrán a la luz las enormes contradicciones de la globalización neoliberal⁴³. Desde la teoría jurídica nuestro papel es el desenmascarar la injusta faz del Derecho que ha producido el proceso político-económico del neoliberalismo y, proponer las formas alternativas de un nuevo Derecho para el siglo XXI. Como dice Boaventura de Sousa Santos, los fines de ese nuevo Derecho alternativo son: desmercantilizar las relaciones jurídicas y sociales; democratizar radicalmente las instituciones y los procesos de creación y aplicación normativa; y, descolonizar el Derecho para ponerlo al servicio de los más débiles, principalmente de los pueblos originarios⁴⁴.

⁴³ En contra del punto de vista que expongo sobre las posibilidades de cambio ver: BYUNG-CHUL Han, “¿Por qué hoy no es posible la revolución?”, Madrid, periódico *El País*, 3 de octubre de 2014.

⁴⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, México, Guatemala y Buenos Aires, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores y Siglo Veintiuno Editores, 2010, pp. 157-163.