

CAPÍTULO CUARTO

EL ESTADO CONSTITUCIONAL

I. ¿QUÉ ES EL ESTADO CONSTITUCIONAL?

Lo que denominamos Estado constitucional es una construcción de los juristas que comenzó a elaborarse en los años setenta del siglo pasado, y que hoy en día, en el discurso jurídico se mantiene como elaboración teórica dominante. Se trata del análisis y propuestas diversas que se han sucedido tanto en el mundo jurídico anglosajón, como en el continental europeo y latinoamericano.¹⁹⁷ Los enfoques y preocupaciones de los autores dependen del contexto de su cultura jurídica y de los énfasis, mayores o menores, a alguno de los elementos o variables de Estado constitucional. Entre ellos podemos mencionar a Ronald Dworkin, Peter Häberle, Ernst Wolfgang Böckenförde, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli, Luis Prieto Sanchís, Manuel Atienza, Carlos Santiago Nino y Miguel Carbonell, entre otros.¹⁹⁸

Este tipo de Estado de nuestros días expresa, a diferencia de otras maneras de concebir al Estado, una concepción muy fuerte de los derechos humanos como fundamento y fin del Estado y del orden jurídico; un reforzamiento de la noción de Constitución normativa porque la Constitución, no sólo debe reconocer los derechos, sino garantizarlos plenamente —unir deber ser con el ser—; una propuesta de democracia constitucional que no está basada en la regla de las mayorías ni en las unanimidades, sino en el respeto pleno de los derechos humanos —es una formulación a la vez pro-

¹⁹⁷ En México, además de la teoría jurídica elaborada en los últimos años en el ámbito constitucional, podemos decir que la reforma constitucional en materia de derechos humanos, publicada el 10 de junio de 2011 en el *Diario Oficial de la Federación*, y algunas resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como la dictada en el expediente varios 912/2010 (caso *Rosendo Radilla*), y la que atendió la contradicción de tesis 293/2011, que distinguió entre bloque y parámetro constitucional, son parte del proceso iniciado pero no consolidado ni mucho menos acabado, de constitucionalización del ordenamiento enmarcado en la lógica del Estado constitucional.

¹⁹⁸ Carbonell, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003; mismo autor y García Jaramillo, Leonardo (coords.) *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010.

cedimental y sustantiva—; en algunos autores es una insistencia de lograr a través del Estado constitucional la inclusión, el igualitarismo y la justicia, es decir, un Estado justo; una creciente aceptación de los tratados sobre derechos humanos y de las resoluciones de los organismos supranacionales que los tutelan; una importancia destacada al razonamiento judicial y a la argumentación jurídica, al grado de que se considere el derecho como práctica interpretativa, y el entendimiento que el Estado constitucional representa un orden jurídico sin soberano y que su papel es expresar la pluralidad jurídica de todos los proyectos jurídicos, políticos y sociales existentes.¹⁹⁹

El Estado constitucional asume la ductilidad constitucional; es decir, la Constitución no puede representar a ningún proyecto particular, tanto jurídico como político, pues la Constitución es un marco que contiene todos los proyectos y principios de una sociedad pluralista. La norma fundamental acepta principios liberales y sociales, individualistas y comunitarios, a la libertad pero también la igualdad, a los derechos individuales y a los derechos colectivos, etcétera, por lo que ninguno de esos principios, valores y derechos prevalece *a priori* sobre los demás. En caso de conflicto entre ellos, se acude a métodos de solución jurídica que se aplican caso por caso y para esa situación específica. El principio de proporcionalidad o de ponderación, que es el método de resolución de colisiones, nunca implica que el principio perdido en el caso concreto pierda relevancia definitiva, en tanto que se tratará de protegerlo en la mayor medida posible, aunque otro sea el principio ganador. De esta suerte, los principios constitucionales están obligados a convivir y a enfrentarse pacífica e institucionalmente entre ellos, tanto en la arena política como en la jurídica, y dependerá de cada elección democrática o de la solución de algún caso que se ventile ante los tribunales, que algunos tengan una significación mayor, pero sólo transitoriamente.²⁰⁰

También el Estado constitucional entiende que, en las sociedades contemporáneas, el ordenamiento jurídico no es uniforme, sino contradictorio con múltiples lagunas y ambigüedades. Los ordenamientos se expresan como consecuencia de la pluralidad y heterogeneidad de nuestras sociedades. El papel de la Constitución es importante porque resuelve las incoherencias y dificultades que plantea el ordenamiento secundario a través de los principios y los valores que reconoce. Éstos representan una vía de unión social y jurídica entre los diferentes grupos de la comunidad, que aunque

¹⁹⁹ Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo, “Desafíos y retos del canon neoconstitucional”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (coords.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010, pp. 11-27.

²⁰⁰ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia, op. cit.*, pp. 9-20.

opuestos entre ellos, han dado un respaldo a elementos destacados del sistema jurídico, tales como la libertad, la vida, la igualdad, la seguridad o la propiedad, sobre los que al menos en principio, debido a la indeterminación semántica de los principios y valores, existe convergencia y consenso. Sin embargo, la unidad que plantea el Estado constitucional es pluralista porque no se adscribe a la defensa o promoción de un principio o segmento de principios sobre los demás. Es una unidad en tensión entre los principios y los valores que contiene; no se trata de una unidad mecánica y absoluta, sino fluida y siempre relativa.²⁰¹

El Estado constitucional reelabora el sistema de las fuentes jurídicas. Las Constituciones y los tratados sobre derechos humanos, tanto de libertad como de igualdad, ocupan un lugar de preponderancia respecto al resto del ordenamiento jurídico para determinar la validez jurídica. Lo que hacen la Constitución y los tratados es reconocer a los derechos humanos y expresarlos normativamente a través de principios y valores. A diferencia del viejo positivismo, las Constituciones no otorgan o dan derechos humanos a las personas, sino que positivizan unos derechos humanos que son inherentes a cada ser humano y son preexistentes al Estado y a la Constitución. El ordenamiento jurídico, en su producción, aplicación, interpretación y argumentación, debe ajustarse a las normas superiores del sistema; concebirse conforme al texto constitucional y al de los tratados, y orientarse a la protección más amplia de las personas bajo los criterios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos. Además, en el Estado constitucional, todas las autoridades del Estado deben promover en sus actuaciones, garantizar, proteger, y en su caso, reparar las violaciones a los derechos humanos; así como entender que los fundamentos del edificio jurídico son, entre otros, la dignidad humana y la prohibición, por variables injustificadas, de la discriminación entre ellas.

En el Estado constitucional, sus guardianes últimos son los tribunales constitucionales. Ellos tienen la obligación de preservar y ampliar los derechos humanos mediante la interpretación y argumentación constitucional y convencional. Cada Estado es el encargado de ampliar o reducir las competencias de los tribunales constitucionales, pero no puede obviarse, que si el marco de competencias es mayor, su compromiso con los derechos humanos también deberá serlo. Por eso, debe buscarse que los tribunales constitucionales tengan una gran independencia y suficientes atribuciones para garantizar y maximizar a la totalidad de los derechos humanos.²⁰² Los

²⁰¹ *Ibidem*, pp. 39 y 40.

²⁰² Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, México, UNAM, 2001, pp. 159-161.

tribunales constitucionales suelen plantear el problema de su legitimidad democrática. La tendencia general en la teoría y en la práctica, es la de valorar su legitimidad por su ejercicio, pero no por el origen de sus titulares; es decir, se señala que su justificación democrática se determina por la calidad y contenido de sus sentencias y no por los mecanismos de nombramiento o designación de sus jueces y magistrados.

El Estado constitucional igualmente implica una manera nueva de entender el ordenamiento jurídico. En éste existen distintos tipos de normas, entre otras, las reglas, los principios y los valores.²⁰³ Cada tipo distinto de normas tienen un significado para su debido tratamiento jurídico, pues no es lo mismo interpretar o argumentar una regla que un principio o un valor. No es casual que en el Estado constitucional, la interpretación y argumentación del derecho tengan la importancia que ahora tienen, y se considere totalmente superada la vieja equiparación entre interpretación y aplicación, y además, se estime que la interpretación mecánica y silogística, aún presente en los casos fáciles, no sea ya relevante para la solución de los casos difíciles.

En el Estado constitucional se reelaboran conceptualmente muchas de las categorías jurídicas tradicionales: la ciencia jurídica; la validez jurídica; la relación entre norma y caso; el papel de los operadores jurídicos; la nueva concepción de la interpretación y la argumentación, y sobre todo, el carácter cuspide que tienen ahora, en el sistema jurídico, los derechos humanos, sus garantías y los fines y valores superiores del ordenamiento, que irradian y conforman a todas las instituciones y normas jurídicas.²⁰⁴

Para el Estado constitucional, asemejándose a la tradición anglosajona, son muy importantes los contextos de los casos. Existe una fuerte impronta contextual y hermenéutica en la comprensión del derecho. Ni la norma jurídica ni el ordenamiento son ya los elementos nodales del derecho. Lo es la argumentación jurídica y los procedimientos deliberativos y pragmáticos que se desarrollan en torno de ella. El derecho es una práctica interpretativa más que un conjunto de normas y de instituciones jurídicas.²⁰⁵

La construcción del Estado constitucional recurre a los ordenamientos e instancias supranacionales de derechos humanos para resolver los conflictos del Estado nación, y por eso, acepta la crisis de la soberanía del Estado nación, no para indicar la muerte del Estado sino para promover que los derechos humanos deben globalizarse en todas las instancias mundiales; así

²⁰³ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.

²⁰⁴ Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos*, Madrid, Trotta, 2013.

²⁰⁵ Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1988.

como en el derecho interno de los países desarrollados existe un cierto nivel de Estado constitucional, el mismo debe tener vigencia en el orden internacional: el Estado constitucional debe ser mundializado,²⁰⁶ además de constituirse en realidad en los Estados-nación donde aún no existe.

Podemos decir que el Estado constitucional es una cultura jurídica nueva, un paradigma teórico e ideológico que postula un Estado nación surgido de y para los derechos humanos y el desarrollo de los principios democráticos. En él, las instituciones y las leyes, así como el actuar de las autoridades y de los ciudadanos, se orientan a esos fines. En el Estado constitucional, las consideraciones sobre el poder, la población, el territorio, el gobierno, y el orden jurídico, no tienen relevancia jurídica si no son vistas con el prisma de los derechos humanos y de los fines del Estado Constitucional.

II. LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

Las bases filosóficas del Estado constitucional son siempre debatidas y sobre ellas existen matices diversos, pero podemos destacar cinco, que considero muy importantes para el desarrollo jurídico de esta forma de Estado. Éstas son:

- 1) Las relaciones entre moral y derecho, en donde la moral, suele tener una trascendencia que en el positivismo jurídico tradicional no tenía.
- 2) La consideración de la democracia constitucional que se aparta de las concepciones pluralistas de la regla de la mayoría, en tanto que la democracia tiene que ver con el respeto irrestricto a los derechos humanos y ni decisiones de mayoría o unánimes pueden ir en contra de ellos.
- 3) El poder de los jueces constitucionales que tienen las facultades para establecer los alcances y límites de los derechos humanos, además de resolver caso por caso —aunque a veces de manera general— las colisiones entre los principios constitucionales y convencionales; sin embargo, los jueces constitucionales no tienen legitimidad democrática de origen; ésta, se dice, se construye con las decisiones de los mencionados tribunales.
- 4) El principio de proporcionalidad como método privilegiado de la solución de conflictos entre los derechos, que no obstante, deslava, disminuye y relativiza el carácter fuerte de los derechos humanos.
- 5) Una pretensión o aspiración de globalización constitucional.

²⁰⁶ Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2010, pp. 303 y ss.

El primer fundamento, las relaciones entre moral y derecho, es muy problemático. Algunos autores señalan la existencia de ese vínculo de manera fuerte —Dworkin y Alexy—, otros lo aceptan de manera débil —la mayoría de ellos— mientras que algunos lo rechazan tajantemente —Ferrajoli—. ¿Qué argumentan unos y otros?

La teoría de Dworkin tiene, entre uno de sus fines, criticar la tesis positivista de la discrecionalidad judicial. Para él, aún en los casos difíciles, sólo cabe una respuesta correcta. ¿Por qué? Porque ante un caso difícil el juez consulta a la moral y a la filosofía política si el sistema jurídico de entrada no brinda la solución. Dworkin piensa que el derecho no sólo se integra con las normas formalmente jurídicas sino que son parte del derecho también las normas morales y las teorías de la filosofía jurídica. Así, el juez interroga a estos vastos ordenamientos y a través de su racionalidad será capaz de encontrar los principios que mejor se adecuen al caso dentro de la tradición institucional de ese país, y que desde el punto de vista ético, ofrezcan la solución más justa. La coherencia de las resoluciones requiere de esquemas de prioridad entre los principios para los casos, pero ésta se obtiene a través de razonamientos objetivos y racionales. En Dworkin, la apelación a los principios morales para resolver los casos no es fuente de discrecionalidad, sino un fundamento de unidad, pues siempre es posible racionalmente, encontrar el principio moral adecuado al caso concreto si se tiene considerada la justeza de la decisión. El derecho en la concepción de Dworkin depende fuertemente de la moralidad que forma parte de lo jurídico.²⁰⁷

Dworkin está convencido de que existe una moralidad objetiva, independiente de nosotros, que es captada por nuestra racionalidad cuando adscribimos a un principio moral las propiedades o características adecuadas. Esta noción la explica a través de la diferenciación entre conceptos y concepciones. Los conceptos son contenidos morales no sujetos a discusión —absolutos—, en cambio, las concepciones obligan a un análisis racional para determinar en cada caso concreto cuál es el significado actual de un concepto, tomando en cuenta las circunstancias jurídicas y sociales vigentes; además de las prácticas interpretativas que mejor provean o se orienten a la solución más justa. Por ejemplo, el *debido proceso* es un concepto absoluto, que puede tener alcances y significados diversos, dependiendo del tiempo histórico, del contexto social y de la práctica social. Las concepciones del debido proceso pueden variar histórica y socialmente, pero el juez en cada

²⁰⁷ Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, *op. cit.*, p. 193.

momento escogerá de conformidad con la práctica jurídica la significación que sea más justa.²⁰⁸

Robert Alexy tiene una posición más matizada que Dworkin sobre las relaciones entre moral y derecho. Alexy está de acuerdo con Dworkin en la idea de que en los casos difíciles, el juez sólo tiene una única respuesta correcta. Sin embargo, la respuesta correcta es un fin al que se debe aspirar. Alexy no admite —como Dworkin— una teoría fuerte de los principios de forma que determine para cada caso la respuesta correcta. Su postura asume que los participantes en discurso jurídico argumentativo deben presuponer la respuesta correcta como idea regulativa —aquí encontramos una influencia grande de la ética discursiva de Habermas—,²⁰⁹ pero éstos nunca saben en qué casos lo lograrán, aunque deben hacer todo lo posible para alcanzarla. La teoría jurídica argumentativa de Alexy surge de una teoría previa de la argumentación moral, y no duda en la argumentación jurídica, que la argumentación moral es una forma o vía aplicable en la jurídica para la solución de los casos difíciles.²¹⁰ Podemos decir que en Alexy, por la influencia de Habermas, la construcción de la ética que impacta en el derecho, es producto de un procedimiento discursivo que responde a las condiciones de un procedimiento deliberativo justo. La moralidad es un elemento ideal de corrección de la argumentación jurídica y del derecho.

Un buen número de autores, por ejemplo Luis Prieto Sanchís en nuestra lengua o Gustavo Zagrebelsky en Italia,²¹¹ aceptan la influencia de la moral en el derecho, pero su manera de entender ese vínculo se distancia del de Dworkin o Alexy. Para ellos, los conceptos morales están incorporados en las Constituciones y en los tratados, por lo que los actos de interpretación, aplicación y argumentación de los jueces, así como la actitud de los teóricos y dogmáticos del derecho, no pueden estimarse de neutralidad ni de simple conocimiento de los principios, sino que las autoridades asumen un punto de vista interno y fuerte con su derecho, de suerte que se acepta que la moral forma parte del derecho, lo que supone que no puede haber conocimiento jurídico sin compromiso con los principios y valores incardinados en el orden jurídico. Luis Prieto, quien recoge esta visión de manera crítica, así lo dice: “...el punto de vista interno es algo más que un género de aproxi-

²⁰⁸ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, *op. cit.*, pp. 214-216.

²⁰⁹ Habermas, Jürgen, *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Buenos Aires, Amorrortu editores, 1973.

²¹⁰ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1989, p. 302; mismo autor, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Revista Doxa*, Alicante, núm. 5, 1988, pp. 148-151.

²¹¹ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, *op. cit.*, pp. 114-126.

mación al conocimiento, es un compromiso moral con las instituciones que describe y contribuye a construir; es la justificación de la presunta fuerza obligatoria del Derecho, que irremediablemente tiene carácter moral”.²¹²

Luigi Ferrajoli, por el contrario, no acepta una relación fuerte entre moral y derecho, ni comparte que la moral integre el punto de vista interno del derecho. Ferrajoli sí piensa que la moral crítica puede ser un elemento de cuestionamiento y de evaluación externa del derecho positivo, pero que ésta no está incardinada en el derecho, al positivarse pasa al ámbito de la juridicidad: cuando un principio moral se incorpora al derecho deja de ser moral para entenderse como principio jurídico positivado. La actitud tajante de separación entre moral y derecho que defiende Ferrajoli deviene del carácter crítico de su teoría garantista. Desde esa perspectiva, si aceptamos una íntima relación entre moral y derecho, entonces hay sobrados fundamentos para justificar todo orden jurídico; es decir, será correcto afirmar que se debe obediencia moral al derecho en todos los casos. Ferrajoli no comparte esa tesis porque el derecho y el Estado son construcciones artificiales que dependen de la política y de la correlación de fuerzas sociales, son creadas por los seres humanos, y en este sentido, los sistemas constitucionales no pierden en principio su carácter de ilegitimidad originaria con el fin de que los ciudadanos y autoridades puedan cuestionarlos constantemente. El jurista no puede ser complaciente con su orden jurídico aunque éste haya incorporado grandes valores y principios morales a sus normas, su disposición debe estar orientada a la crítica permanente, interna y externa, de ese orden jurídico y en la aplicación del mismo.²¹³

La democracia constitucional es uno de los fundamentos filosóficos más importantes del Estado constitucional. Existe una forma distinta de entender la democracia. En el Estado del bienestar, la democracia se concibió como competencia entre elites para alcanzar el poder mediante la regla de las mayorías —la concepción pluralista o poliárquica—. Para los teóricos del Estado constitucional la democracia no equivale al poder de la mayoría. La democracia es ante todo un arreglo institucional para garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos.²¹⁴ No puede hablarse de democracia sin una protección fuerte, sustantiva, de los derechos. Las mayorías pueden violar derechos humanos de las minorías o de una persona, y por

²¹² Prieto Sanchís, Luis, “Sobre las relaciones entre el derecho y la moral: una crítica del constitucionalismo ético”, en Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, p. 125.

²¹³ Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Trotta, vol. 1, pp. 16 y 72.

²¹⁴ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías: La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2010, p. 25.

eso, no pueden ser equivalentes a la democracia. La democracia constitucional también nos previene en contra del concepto de soberanía, ésta no es asimilable ni a las mayorías ni a las unanimidades, tanto las mayorías como las unanimidades o las 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.²¹⁵

La concepción de democracia constitucional es un ideal complejo compuesto por dos ingredientes, uno relativo a la distribución del poder (quién y cómo decide), y otro concerniente a su limitación (qué no se puede decidir o dejar de decidir). El primero de los elementos lo podemos caracterizar como el derecho de todos los miembros del cuerpo político a participar en la toma de decisiones públicas, lo que implica que cada uno ha de disponer, directamente o por medio de sus representantes, del más amplio poder posible en cuanto a la determinación del resultado de esos procesos de decisión, exigencia que se satisface en parte con la regla de la mayoría. El segundo ingrediente es el del respeto de los derechos que garantizan la autonomía individual y los derechos sociales de las personas.²¹⁶ En caso de conflicto o tensión entre los dos ingredientes, la regla de la mayoría puede ser derrotada a favor de la vigencia y prevalencia de un derecho fundamental. El binomio no guarda equilibrio, se decanta a favor de los derechos por encima de las reglas de la mayoría, aunque ésta sea la vía para poder decidir.

Gran parte de los autores del Estado constitucional recogen esta idea de democracia constitucional. Alexy sostiene que no se puede dejar en manos de la mayoría la garantía y protección de los derechos humanos.²¹⁷ Ferrajoli expone que:

Ni siquiera por unanimidad puede un pueblo decidir (o consentir que se decida) que un hombre muera o sea privado sin culpa de su libertad, que piense o escriba, o no piense o escriba, de determinada manera, que no se reúna o no se asocie con otros, que se case o no se case con cierta persona o permanezca indisolublemente ligado a ella, que tenga o no tenga hijos, que haga o no haga tal trabajo u otras cosas por el estilo. La garantía de estos derechos

²¹⁵ Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional: una radiografía teórica*, Madrid, Fondo de Cultura Económica de España, 2007.

²¹⁶ Bayón, Juan Carlos, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (coords.), *El canon neo-constitucional, op. cit.*, pp. 285-355.

²¹⁷ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993, p. 412.

vitales es la condición indispensable de la convivencia pacífica. Por ello, su lesión por parte del Estado justifica no simplemente la crítica o el disenso, como para las cuestiones no vitales en las que vale la regla de la mayoría, sino la resistencia a la opresión hasta la guerra civil.²¹⁸

Los guardianes de la democracia y del Estado constitucionales son los jueces constitucionales, que carecen de legitimidad democrática de origen porque no son electos, y que pueden expulsar definitivamente del sistema jurídico, normas que se oponen a la Constitución y/o a los tratados en contra de lo decidido por las mayorías legislativas.²¹⁹ ¿Cómo resuelve el Estado constitucional el argumento contramayoritario?

La respuesta no es sencilla. Podemos comenzar diciendo que estos jueces deben poseer características especiales. Por eso, dice Joseph Raz, que las normas que se refieren a la independencia del poder judicial —métodos de designación de jueces, garantía de inamovilidad, procedimientos de fijación de salarios y otras condiciones de su función— están hechas para garantizar que los jueces procedan libres de presiones extrañas y sean independientes de toda autoridad, salvo la autoridad del derecho. Dichas normas son, por tanto, esenciales para preservar el Estado de derecho.²²⁰

Sin embargo, no bastan esas normas, suponiendo que existe la independencia de los jueces constitucionales respecto a los poderes formales y fácticos para salvaguardar el argumento contramayoritario —porque suelen ser designados por el poder político—. Se requiere también, entre otras cosas, que tales jueces no tengan una influencia fuerte y autoritaria sobre el resto de la estructura judicial como la tienen en México, a través, entre otros medios, de la jurisprudencia obligatoria y de las facultades disciplinarias del Consejo de la Judicatura, que es presidido por el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Es decir, sería necesario que los jueces inferiores sirvieran de contrapeso deliberativo y social al poder de los jueces constitucionales —la jurisprudencia no debiera ser obligatoria—,²²¹ que en muchos lugares no ocurre, y aunque se diese, tampoco sería una razón sólida contra el argumento contramayoritario, porque en casi todos los sis-

²¹⁸ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2009, p. 859.

²¹⁹ Fioravanti dice que los jueces constitucionales lo hacen porque los legisladores y los políticos no tienen el coraje de hacerlo. Fioravanti, Maurizio, *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, Madrid, Trotta, 2014, p. 153.

²²⁰ Raz, Joseph, *La autoridad del derecho*, México, UNAM, 1982, pp. 271 y 272.

²²¹ Ansolabehere, Karina, *La política desde la justicia. Cortes supremas, gobierno y democracia en Argentina y México*, México, FLACSO-Fontamara, 2007, p. 124.

temas jurídicos, la estructura judicial no es electa a través de procedimientos democráticos.

Así, el argumento contramayoritario queda sin resolver. ¿Por qué once personas no electas, suponiendo que son independientes y sensibles a los reclamos sociales, pueden invalidar leyes o porciones normativas que son aprobadas por las mayorías legislativas electas, bajo el argumento que defienden o garantizan derechos humanos, siendo que ellos además, determinan el significado y alcance de los derechos humanos?²²²

Autores como Ferrajoli, presuponen que los derechos humanos son derechos a favor de los más débiles, de las minorías, y por eso, se legitiman los tribunales constitucionales porque protegen y garantizan los derechos de los excluidos,²²³ pero esto no siempre es así en los países subdesarrollados o en vías de desarrollo. En nuestros países, las minorías suelen ser las personas con mayor poder económico, político, mediático o social, y no los más débiles o los excluidos del sistema socio-económico. Por eso, ese argumento no es aceptable. Al razonamiento que se recurre y que tiene mayor solvencia para superar el argumento contramayoritario, es que los jueces constitucionales tienen una representación argumentativa, lo que obliga a los tribunales constitucionales, en palabras de Alexy, a cumplir con dos condiciones fundamentales: 1) elaborar argumentos correctos y razonables, y 2) asumir que existen personas racionales —la sociedad, la comunidad académica, los medios de comunicación— dispuestas a aceptar argumentos correctos y razonables.²²⁴ De esta suerte, la legitimidad democrática de los jueces constitucionales descansaría en la corrección argumentativa que es aceptada o coincide con la mayor parte de la ciudadanía.

Carlos Nino, yendo un poco más allá, propone un mecanismo de reenvío del juez constitucional al legislador, para señalarle a éste que el proceso político de elaboración de la ley fue deficiente, y para mostrarle que se requieren condiciones de mayor participación y deliberación en la determi-

²²² Bayón, Juan Carlos, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación en el constitucionalismo”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (coords.), *El canon neoconstitucional*, *op. cit.*, pp. 285-355; Ferreres Comella, Víctor, “El control judicial de la constitucionalidad de la ley. El problema de su legitimidad democrática”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (coords.), *op. cit.*, pp. 356-380; Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, UNAM-ITAM-Centro de Estudios de Actualización en Derecho, 2015, pp. 129-161; y Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, *op. cit.*, pp. 155-199.

²²³ Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, *op. cit.*, p. 28.

²²⁴ Alexy, Robert, “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, en *Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2004*, México, Fontamara, 2005, pp. 102 y 103.

nación del texto legal, sin que necesariamente exista un pronunciamiento sobre el fondo del asunto. En otras palabras, el juez constitucional interactuaría con el legislador en la búsqueda de razones o en el mejoramiento de las mismas.²²⁵ Al igual que Ely,²²⁶ Nino piensa que los jueces constitucionales no deben ser los últimos custodios de los derechos, sino que es el proceso democrático —más deliberativo y participativo— el que debe ofrecer el escudo final frente a las violaciones de tales derechos. Gargarella, en este tenor, propone reformas al juez constitucional para que éste obtenga legitimidad democrática: 1) introducir el reenvío al legislador para que el juez constitucional no tenga la última palabra; 2) estrechar la vinculación entre las minorías sociales y el juez constitucional a través de nuevos medios de derecho procesal constitucional, y 3) una reforma política que acompañe a la reforma judicial para promover un modelo más participativo y deliberativo, más transparente y orientado a la sociedad.²²⁷

Un fundamento jurídico filosófico del Estado constitucional es el método o regla privilegiada que utilizan los jueces constitucionales, y que sirve para resolver los conflictos entre derechos y principios constitucionales: el principio de proporcionalidad. ¿En qué consiste este método? Es un procedimiento para interpretar y argumentar principios constitucionales cuando, ante situaciones jurídicas de colisión, se hace necesario determinar cuál de los principios constitucionales en conflicto debe prevalecer.²²⁸ *Lato sensu* comprende tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Es obvio que en *stricto sensu*, sólo atendemos al tercero de los subprincipios. Cuando la teoría jurídica y la jurisprudencia aluden al principio de proporcionalidad, lo hacen *lato sensu* y cuando se refieren al tercer subprincipio indican que es en estricto sentido.²²⁹

Robert Alexy dice que los tres subprincipios expresan la idea de optimización; lo que significa que interpretar los derechos fundamentales, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, es tratar a éstos como requi-

²²⁵ Nino, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional, análisis jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, pp. 657 y ss.

²²⁶ Ely, John, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

²²⁷ Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 173 y ss.; mismo autor, “¿Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales?”, en Arango, Rodolfo (ed.), *Filosofía de la democracia. Fundamentos conceptuales*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes-Ceso, 2007, pp. 393 y 394.

²²⁸ Cárdenas Gracia, Jaime, *Manual de Argumentación jurídica, op. cit.*, pp. 189-220.

²²⁹ Clérico, Laura, *El examen de proporcionalidad en derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009, pp. 39-161.

sitos de optimización. Es decir, como principios y no como reglas. Los principios son normas que requieren que algo se realice con la mayor amplitud posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas.²³⁰ Los subprincipios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización vinculada a las posibilidades fácticas. El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto alude a la optimización de los derechos fundamentales dentro de sus posibilidades jurídicas.

Los tres subprincipios que componen el principio de proporcionalidad en un sentido *lato* pueden analizarse en abstracto y en concreto cuando se trata de afectaciones en los derechos fundamentales por acción o por omisión de las autoridades. Casi siempre se suele explicar el principio de proporcionalidad por las intervenciones de las autoridades que afectan derechos fundamentales por sus acciones y muy poco por las omisiones e insuficiencias de las autoridades en la protección o garantía de los derechos fundamentales.

Desde el punto de vista de la afectación mediante acciones de la autoridad, definimos así los tres subprincipios:

- 1) El de idoneidad entraña que toda intervención²³¹ legislativa o de autoridad sobre un derecho fundamental, para que sea correcta, debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.
- 2) El de necesidad significa que la intervención sobre un derecho fundamental, para que sea correcta, debe ser la más benigna —la que le afecte menos— de entre todas las posibles medidas de intervención.
- 3) El de proporcionalidad en estricto sentido, o ley de ponderación, precisa que la intervención en un derecho fundamental sólo se justifica por la importancia de la intervención de la autoridad para satisfacer otro derecho fundamental o principio; es decir, debe ser de tanto peso o trascendencia esa intervención para satisfacer otros derechos o principios, que la afectación o insatisfacción al derecho fundamental quede compensada por la importancia de la satisfacción del otro derecho fundamental o principio satisfecho.

²³⁰ Alexy, Robert, “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, en Andrés Ibañez, Perfecto y Alexy, Robert, *Jueces y ponderación argumentativa*, México, UNAM, 2006, p. 2.

²³¹ El concepto de intervención es una noción neutra que se prefiere a expresiones como violación, vulneración, conculcación, invalidez, etcétera. La intervención legislativa o de otra autoridad en un derecho fundamental sólo será considerada inconstitucional después de que aplique el principio de proporcionalidad y se estime indebida la intervención.

Desde el punto de vista de la afectación de derechos fundamentales, mediante omisiones o acciones insuficientes de la autoridad —lo que es muy importante en materia de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales—, podemos definir así los tres subprincipios:

- 1) El de idoneidad nos dirá que la omisión o actuación insuficiente de la autoridad en la protección o garantía de los derechos fundamentales es correcta si contribuye a la obtención de algún otro fin constitucionalmente legítimo.
- 2) El de necesidad entraña que la omisión o actuación insuficiente de la autoridad es correcta si produce consecuencias más benignas que su intervención activa.
- 3) El de proporcionalidad en sentido estricto debe implicar que la omisión o actuación insuficiente de la autoridad que afecta derechos fundamentales —para que sea correcta— quede compensada por la importancia que éstas tienen para la satisfacción de otro u otros derechos fundamentales o principios satisfechos.

Se puede decir que la teoría discursiva de Alexy basada en reglas, principios y procedimientos —especialmente el principio de proporcionalidad—, produce una teoría del derecho que genera un jurista que debe estar atento al derecho injusto y que debe al mismo tiempo denunciarlo para que pueda imponerse el verdadero derecho. Es una teoría que favorece las actividades de resistencia frente al derecho injusto que no provocaría una concepción positivista tradicional o formalista del derecho. No obstante, hay quien opina que se trata de una teoría conservadora porque la pretensión de corrección en el derecho infravalora logros históricos como la lucha por el Estado de derecho y no facilita cambios en el sistema normativo, esto es, concluye en una teoría legitimadora del *status quo* porque el principio de proporcionalidad tiene como fin equilibrar los intereses contrapuestos que existen en la sociedad, sin modificar los modos y formas de producción capitalista.²³²

Finalmente, existe como fundamento filosófico-jurídico del Estado constitucional, la pretensión de extender las bondades de esta forma de Estado al mundo globalizado. El autor de esta corriente que se ha atrevido a formular cambios en la esfera global es Ferrajoli.²³³ Según este autor, las realidades

²³² García Figueroa, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pp. 408 y 409.

²³³ Existen otros como Atienza o Prieto Sanchís, que ven con preocupación el impacto de la globalización, pero no avanzan lo suficiente en sus propuestas. Atienza, Manuel, “Consti-

del modelo globalizador sólo pueden enfrentarse con un nuevo paradigma jurídico, el que tendrá que basarse en tres elementos: la limitación jurídica de todos los poderes supranacionales y estatales; la garantía de la paz a nivel mundial y nacional, y por medio de un reforzamiento y ampliación de los derechos humanos en todas las instituciones y organizaciones relevantes de las sociedades nacionales e internacionales, incluyendo a las grandes corporaciones económicas.²³⁴

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. La concepción de la llamada democracia constitucional ferrajoliana desdeña el papel de las mayorías, del pueblo. Ferrajoli considera que el poder de las mayorías desemboca en construcciones fascistas, y por eso, los derechos humanos no deben pertenecer al ámbito de la democracia, forman parte de un ámbito no sujeto al regateo, a la negociación o a la discusión de las mayorías. El alcance de los derechos, su extensión y sus garantías de protección no son parte de la deliberación democrática. Los derechos humanos pertenecen al ámbito de lo indecible para las mayorías. El pueblo soberano no puede en contra de los derechos humanos de las minorías o aún respecto a los derechos humanos de una sola persona.²³⁵

En nuestro tiempo y para tener la capacidad de lucha y oposición a la globalización, 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 ambientales, y que esa ineficacia de los derechos tiene que ver fundamentalmente con las características del modelo económico neoliberal que no está interesado en el desarrollo de sociedades libres e igualitarias; 2) que las soberanías de los Estados son profundamente desiguales, que existen soberanías casi absolutas como la de Estados Unidos frente a las soberanías de los demás Estados, y que entre las soberanías de los Estados, existen niveles y grados diversos de desigualdad; 3) que las ciudadanías también están desequilibradas, pues existen ciudadanos *optimo iure* con todos los derechos y *semiciudadanos* con permisos de residencia, refugiados, irregulares y clandestinos; situaciones jurídicas que en el mundo globalizado son fuente de exclusión y de discriminación entre las personas;

tucionalismo, globalización y derecho”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (coords.), *El canon neoconstitucional*, op. cit., pp. 264-281; Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, op. cit., pp. 225 y ss.

²³⁴ Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Trotta, vol. 2, 2011, p. 471.

²³⁵ *Ibidem*, p. 478.

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.²³⁶

Para hacer frente a las características nocivas de la globalización, Ferrajoli desbroza sus propuestas. Así, insiste en: 1) un constitucionalismo mundial que prohíje 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 de nivel federal mundial con las estatales, de suerte que se produzca un nuevo federalismo cooperativo, capaz de subordinar la economía al derecho, a través, entre otras medidas, de la democratización y perfeccionamiento jurídico de las actuales instituciones internacionales.²³⁷

Sin embargo, esas propuestas y otras, son irrealizables si no se modifican las hoy dominantes bases económicas de la globalización. En las condiciones actuales del neoliberalismo, la extensión del constitucionalismo a las esferas supranacionales es impensable. La debilidad mayor del Estado constitucional y de sus teóricos, es haber elaborado una concepción del Estado sin asideros en los sistemas económicos, sociales e ideológicos que conforman la hegemonía mundial. Así, el Estado constitucional debe ser visto como una construcción jurídica que puede funcionar prevalentemente en

²³⁶ *Ibidem*, pp. 480-485.

²³⁷ *Ibidem*, pp. 540-544.

lo que queda de los Estados-nación pero no en el mundo globalizado, y que además, carece de respaldos provenientes de otras disciplinas y ciencias.

III. EL MODELO JURÍDICO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

Existen diversas caracterizaciones del modelo jurídico del Estado constitucional. Si seguimos a Guastini, podemos mencionar las siguientes: *a)* una constitución rígida; *b)* la garantía jurisdiccional de la Constitución; *c)* la fuerza vinculante de la Constitución; *d)* la sobreinterpretación de la Constitución; *e)* la aplicación directa de las normas constitucionales; *f)* la interpretación conforme de las leyes, y *g)* la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.²³⁸

La Constitución rígida entraña dos cuestiones: que en la Constitución existen principios expresos e implícitos que no pueden ser modificados ni siquiera por una reforma constitucional, y que la Constitución *constitucionaliza* o irradia al resto del ordenamiento jurídico.

En cuanto a la garantía jurisdiccional de la Constitución, ello conlleva que la Constitución y los tratados sobre derechos humanos se protegen mediante el control jurisdiccional de constitucionalidad y convencionalidad por tribunales nacionales y supranacionales, y a través de las distintas vías de control de constitucionalidad y convencionalidad que están previstas en cada sistema jurídico y cada tratado.

La fuerza vinculante de la Constitución significa que todas las normas de la Constitución son obligatorias para todas las autoridades del Estado. No son programas de acción política ni recomendaciones; las autoridades de los distintos niveles del Estado están obligadas a acatarlas.

En el Estado constitucional, la Constitución se sobreinterpreta; es decir, no se acude a los métodos tradicionales de interpretación de las normas como el gramatical, más bien los contenidos de las normas constitucionales extienden todos los significados posibles para optimizar la protección de los derechos humanos y los principios democráticos. La sobreinterpretación de la Constitución impacta en las relaciones de los gobernados con los poderes públicos, pero también en las relaciones entre los particulares.

Existe aplicación directa de la Constitución, de lo que se deduce por lo menos dos situaciones: *a)* la Constitución rige para los particulares y no sólo

²³⁸ Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 153; Carbonell, Miguel, “El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo, (coords.), *El canon neoconstitucional*, *op. cit.*, pp. 153-164.

para los poderes públicos, y *b*) todas las autoridades deben aplicar la Constitución, aunque no exista ley secundaria de desarrollo con el propósito de salvaguardar derechos humanos y principios democráticos.

La interpretación conforme, que recoge el segundo párrafo del artículo 1o. de nuestra Constitución, se vincula a que todas las normas del ordenamiento secundario deben interpretarse a partir de lo establecido en la Constitución, lo que es tarea de todas las autoridades. También significa que en caso de posibles interpretaciones opuestas, debe preferirse la que sea más consecuente con los principios de la Constitución.

En cuanto a la influencia política de las Constituciones en las relaciones políticas, ello tiene que ver con tres cuestiones: *a*) La existencia de métodos constitucionales para resolver conflictos entre poderes y órganos —la controversia constitucional—; *b*) la imposibilidad de que existan decisiones de autoridad sin la consecuente revisión de constitucionalidad, y *c*) los sujetos políticos deben orientar su acción política hacia la maximización de los principios constitucionales. En fin, toda la vida pública y privada está bajo el paraguas de la Constitución y de los tratados sobre derechos humanos.

Luis Prieto Sanchís elabora para el Estado Constitucional el siguiente modelo:

Primero, carácter normativo o fuerza vinculante. La Constitución no es un catecismo político o una guía moral dirigida al legislador virtuoso, sino una norma como cualquier otra que incorpora la pretensión de que la realidad se ajuste a lo que ella prescribe. Segundo, supremacía o superioridad jerárquica en el sistema de fuentes. La Constitución no es sólo una norma, sino que es la norma suprema y ello significa que condiciona la validez de todos los demás componentes del orden jurídico y que representa frente a ellos un criterio de interpretación prioritario. Tercero, eficacia o aplicación directa. En consecuencia de lo anterior, si la Constitución es una verdadera norma suprema ello supone que no requiere la disposición de ningún otro acto jurídico —singularmente de una ley— para desplegar su fuerza vinculante; por eso, en la medida que los preceptos constitucionales sean relevantes en un proceso cualquiera, su aplicación resultará obligada. Cuarto, garantía judicial. Como sabemos... las posibilidades son muy amplias: control concreto y abstracto, *a priori* o *a posteriori*, encomendado a los jueces superiores o a los jueces ordinarios. Pues bien, con independencia de que resulten viables distintas formas de articulación, creo que un rasgo típico del constitucionalismo contemporáneo es la competencia que corresponde a los jueces ordinarios para que resuelvan a la vista de todo el ordenamiento jurídico, incluida por tanto la Constitución. Quinto, presencia de un denso contenido normativo que tiene como destinatarios a los ciudadanos en sus relaciones con el poder y también con

las modulaciones que requieran y que nacen de la propia Constitución, en sus relaciones horizontales de derecho privado; contenido normativo que está formado por principios, derechos y directrices, más o menos precisos, pero siempre que resulten relevantes, están llamados a su aplicación en los casos concretos. Y en sexto y último lugar, la rigidez constitucional. No cabe duda de que el constitucionalismo resulta tanto más fuerte como más costosa es la alteración del texto, cuando más inaccesible se muestre frente a las mayorías legislativas...²³⁹

Por mi parte estimo, a la luz de lo que en estas páginas hemos comentado y descrito, que las notas fundamentales del Estado Constitucional son:²⁴⁰

- 1) Conexión en diversos grados, según el autor y corriente, entre el derecho y la moral.
- 2) Los derechos humanos son el fundamento y el fin del Estado y el derecho.
- 3) Las Constituciones expresan principios y proyectos jurídicos y políticos contrapuestos. Ninguno prevalece *a priori* sino en la aplicación de los casos concretos.
- 4) Reconocimiento de que el derecho está conformado por multitud de materiales normativos, fundamentalmente por reglas, principios y valores.
- 5) Orientación hacia la Constitución normativa; es decir, a la unión entre el deber ser de la norma y la realidad.
- 6) El derecho no sólo consiste en una estructura normativa, sino también argumental, contextual y procedimental.
- 7) La legalidad y el resto de las fuentes jurídicas se supedita a la convencionalidad y a la constitucionalidad en un sentido fuerte.
- 8) Las normas que no son reglas no se pueden interpretar por los métodos tradicionales. Es preciso acudir al principio de proporcionalidad y a otras formas de argumentación para resolver las colisiones entre principios opuestos.
- 9) El ordenamiento jurídico se interpreta desde la Constitución para maximizar los derechos fundamentales.
- 10) La certeza jurídica se vuelve más exigente y difícil; se apoya, principalmente en la calidad de la argumentación.

²³⁹ Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 116 y 117.

²⁴⁰ Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, op. cit., pp. 51 y 52.

- 11) La Constitución es una norma directamente aplicable por todas las autoridades y rígida. Existen principios que no pueden reformarse utilizando el procedimiento constitucional de revisión constitucional.
- 12) El juez constitucional es el garante del Estado constitucional y carece de legitimidad democrática de origen. La busca suplir a través de la calidad argumentativa de sus resoluciones.
- 13) Se pretende globalizar el constitucionalismo, pero sin éxito, porque el Estado constitucional no tiene una teoría económica que le otorgue fundamento.
- 14) La democracia constitucional no se origina en la regla de la mayoría, sino en el respeto y garantía de los derechos humanos. Las mayorías son un fragmento de la soberanía popular.
- 15) Se trata de un Estado que no es neutral ni avalorativo. Su ideología es la de los principios y valores contrapuestos que se contienen en la Constitución y en los tratados sobre derechos humanos. Sin embargo, éstos no siempre son realizados, principalmente los que expresan derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

IV. LAS CRÍTICAS AL ESTADO CONSTITUCIONAL

El Estado constitucional es una construcción exclusivamente jurídica, ideada por dogmáticos y por los tribunales constitucionales. Como tal, presenta muchas deficiencias sobre las que no me voy a pronunciar. Una de ellas 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, sobre todo cuando los principios y valores de la Constitución y de los tratados sobre derechos humanos y principios democráticos, son expresión de concepciones morales que se han positivado. Cuando aludimos a la moral y sus vínculos con el derecho, no estamos pensando en la moral objetiva fuerte, según el punto de vista de autores como Dworkin —que sostiene que la moralidad es externa al ser humano y 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 psíquica, lo fundamental es que lo que estimamos como moral sea consecuencia de un proceso deliberativo y discursivo en el seno de la sociedad bajo reglas de imparcialidad. La moralidad no puede entenderse sin pasar por la prueba de la racionalidad discursiva de carácter colectivo, y sin que se entienda su evolución y alcances desde contextos histó-

ricos y culturales concretos. De esta suerte, la moralidad que importa socialmente y jurídicamente —la ética— tiene a nuestro juicio tres componentes: *a*) la naturaleza biológica y psíquica del ser humano; *b*) los procedimientos discursivos —bajo condiciones democráticas, de transparencia y simetría— de carácter social, político y jurídico, sobre los principios que se promuevan como éticamente aceptables en el seno de una sociedad particular y que se incorporan posteriormente al orden jurídico y a las resoluciones de los tribunales, y *c*) los fundamentos históricos y culturales, que propician la deliberación y la participación en el discurso colectivo, a partir de las necesidades e intereses humanos.

Las deficiencias y críticas del Estado constitucional que exploro en esta parte del ensayo son las siguientes: 1) las teorías del Estado constitucional prescindien 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 *status 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 capacidades transformadoras.

El Estado del bienestar tuvo una base económica: la del keynesianismo. El Estado constitucional no tiene ninguna —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 en la determinación de 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, protección y eficacia de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, precisa de algunas metas económicas básicas para su consecución, entre otras, las siguientes:

- 1) Incremento sustancial y autosustentable del producto nacional per cápita;
- 2) Distribución equitativa del ingreso nacional;
- 3) Sistemas impositivos adecuados y equitativos;
- 4) Modernización de la vida rural y reformas que conduzcan a regímenes equitativos y eficaces de tenencia de la tierra, mayor productividad agrícola, expansión del uso de la tierra, diversificación de la producción y mejores sistemas para la industrialización y comercialización de productos agrícolas;
- 5) Industrialización acelerada y diversificada, especialmente de bienes de capital intermedios;
- 6) Estabilidad del nivel de precios internos en armonía con el desarrollo;
- 7) Salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos;
- 8) Erradicación rápida del analfabetismo y ampliación para todos de oportunidades en el campo de la educación;
- 9) Defensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica;
- 10) Vivienda adecuada para todos los sectores de la población;
- 11) Condiciones urbanas que hagan posible una vivienda sana, productiva y digna;
- 12) Promoción de la iniciativa y la inversión privada en armonía con la acción del sector público, y
- 13) Expansión y diversificación de las exportaciones.²⁴¹

²⁴¹ Hernández, Armando, *Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el nuevo modelo constitucional de derechos humanos en México*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, pp. 49 y 50.

Esas condiciones hoy en día no existen, el modelo económico dominante no es keynesiano, es neoliberal; se caracteriza por apostar por la economía irrestricta del mercado y por un Estado que intervenga, no para enfrentar las desigualdades sociales y económicas que provoca el mercado como lo hacía el keynesianismo, sino para salvaguardar y extender la presencia del mercado, para garantizar su buen funcionamiento y para enfrentar las barreras e impedimentos regulatorios a la libre competencia.²⁴² Las medidas económicas del neoliberalismo consisten en desregular la economía, liberalizar el comercio y la industria y privatizar las empresas estatales. Específicamente sus tendencias económicas se distinguen por lo siguiente:

- 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.
- Liberalización de los flujos de comercio y capital entre países.²⁴³

²⁴² Steger, Manfred B. y Roy, Ravi K., *Neoliberalismo. Una breve introducción*, Madrid, Alianza, 2011, pp. 29-34.

²⁴³ Pikkety, Thomas, *El capital en el siglo XXI*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014, pp. 129 y ss.; mismo autor, *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.

Tal vez sea pedirle mucho a la teoría del Estado constitucional para que desarrolle un modelo económico compatible con sus tesis principales, pero al menos sus autores relevantes debieran ser conscientes de que la teoría jurídica que han construido no descansa en bases económicas sólidas. Es verdad que el modelo económico neoliberal o neoclásico hoy imperante puede modificarse —de hecho está en una profunda crisis mundial—. ²⁴⁴ 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 y tampoco 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. ²⁴⁵ 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, ²⁴⁶ 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. ²⁴⁷

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

²⁴⁴ Wallerstein, Immanuel *et al.*, *¿Tiene futuro el capitalismo?*, México, Siglo XXI Editores, 2015.

²⁴⁵ Negri, Antonio, *La forma-Estado*, Madrid, Akal, 2003, pp. 386 y 387.

²⁴⁶ 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.

²⁴⁷ Bauman, Zygmunt, *La globalización. Consecuencias humanas*, *op. cit.*, p. 89.

del poder formal y fáctico juegan un papel menos importante, diríamos secundario. En esas teorías constitucionales no encontramos con suficiente profundidad —tal vez con la excepción de Ferrajoli—²⁴⁸ un análisis sobre el rol que los poderes fácticos o salvajes desempeñan en el constreñimiento de los derechos humanos. Hoy, los derechos humanos se ven amenazados por esos poderes no regulados que existen a nivel planetario y nacional, que imponen sus lógicas y sus intereses por encima de los derechos de las personas. Las teorías del Estado constitucional no pueden seguir explicando al Estado exclusivamente desde los esquemas de los poderes formales, sino que deben advertir que los poderes fácticos tienen la capacidad de dinamitar —porque no existen desarrollados por las teorías constitucionales los controles políticos y jurídicos suficientes— todos los postulados y las tesis del Estado constitucional. En el mismo sentido, es de resaltar 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.²⁴⁹

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.²⁵⁰ 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 cuestionamiento por legitimidades o hegemonías emergentes.²⁵¹

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. Así, Gramsci construye la categoría de bloque históri-

²⁴⁸ Ferrajoli, Luigi, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2011.

²⁴⁹ Laclau, Ernesto y Mouffe, Chantal, *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2011.

²⁵⁰ 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*, op. cit., 1995, pp. 107-120.

²⁵¹ Gramsci, Antonio, *La política y el Estado moderno*, Barcelona, Península, 1971.

co para explicar el conjunto de fuerzas y relaciones que se conjugan para ejercer la dominación; se trata de crear una coalición política que sirva para promover las relaciones de clase, los vínculos entre las organizaciones sociales, con los partidos y el Estado, en donde es indispensable el trabajo de los intelectuales orgánicos —los de la burguesía y del proletariado—, además del desarrollo de una política cultural que apoye y cohesione esa alianza.²⁵²

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 sólo 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 ese sentido, se podrían crear y diseñar nuevas instituciones que no tuviesen esos defectos para garantizar mejor los derechos humanos. Gargarella, que más bien proviene del constitucionalismo popular, propone las siguientes transformaciones institucionales:

- a) Formas directas de democracia y reformulación de los sistemas representativos; b) fortalecimiento del poder legislativo en sus facultades de control al ejecutivo; c) rechazo al hiperpresidencialismo; d) reducción de los poderes del Senado para que se constituya exclusivamente como Cámara de defensa del Estado federal; e) quitar a la Corte Suprema la “última palabra” en las decisiones sobre la constitucionalidad de las leyes; f) inclusión de todos los sectores políticos y sociales en las instituciones y en otras esferas de la sociedad; g) introducción de acciones de inconstitucionalidad por omisión de las autoridades para garantizar derechos, principalmente los sociales, h) reconocimiento del interés difuso, etcétera.²⁵³

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

²⁵² Paoli Bolio, Francisco José, *Teoría del Estado*, México, Editorial Trillas, 2009, p. 152.

²⁵³ Gargarella, Roberto, *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Madrid, Katz, 2014.

- 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.
- 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.
- 10) Sobre todo, es imprescindible modificar el actual modelo económico neoliberal globalizador y sustituirlo por otro de naturaleza social que permita promover la industrialización interna y que fortalezca los mercados nacionales bajo criterios de igualdad²⁵⁴ 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 de sus autores, 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.

²⁵⁴ Cárdenas Gracia, Jaime, *El modelo jurídico del neoliberalismo*, México, UNAM, 2016.

Las potencialidades de la democracia participativa han sido estudiadas, entre otros, por Leonardo Avritzer y Boaventura de Sousa Santos en el contexto brasileño.²⁵⁵ Para estos autores la democracia participativa implica darle poder permanente a los ciudadanos en las etapas interelectorales para que puedan participar en ellas para decidir cuestiones fundamentales del Estado —por ejemplo, aprobando mediante referéndum reformas constitucionales y leyes—, supervisando o vigilando autoridades permanentemente a través de auditorías ciudadanas, o proponiendo a éstas políticas públicas por medio de la iniciativa legislativa. Los autores citados explican que la Asamblea Constituyente en Brasil aumentó la influencia de distintos actores sociales en las instituciones políticas a través de nuevos arreglos participativos. El artículo 14 de la Constitución de 1988 de Brasil garantizó la iniciativa popular como iniciadora de procesos legislativos, el artículo 29 de esa ley fundamental requiere de la participación de los representantes de asociaciones populares en el proceso de organización de las ciudades, y otros artículos constitucionales, demandan la participación de las asociaciones civiles en la aplicación de las políticas de salud y asistencia social. Santos y Avritzer insisten en cómo el presupuesto participativo adquirió preeminencia en la vida municipal, y cómo la participación es parte de una herencia común del proceso democratizador que llevó a actores sociales democráticos, especialmente aquellos oriundos del movimiento comunitario, a disputarse el significado del término participación —en el caso de la ciudad de Porto Alegre esa disputa se articuló para lograr la apertura de espacios reales de participación de los ciudadanos en todas las decisiones—. El presupuesto participativo de Porto Alegre y de otras ciudades brasileñas surgió con esa intención, y según Boaventura de Sousa Santos, se manifiesta en tres de sus características principales: 1) participación abierta a todos los ciudadanos sin ningún *status* especial atribuido a cualquier organización, inclusive las comunitarias; 2) combinación de democracia directa y representativa, cuya dinámica institucional atribuye a los propios participantes la definición de las reglas de actuación, y 3) colocación de los recursos para inversiones basada en la combinación de criterios generales y técnicos, o sea, compatibilidad de las decisiones y reglas establecidas por los participantes con las

²⁵⁵ Sousa Santos, Boaventura de, “Presupuesto participativo en Puerto Alegre: para una democracia redistributiva”, *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004, pp. 391-486; Avritzer, Leonardo, “Modelos de deliberación democrática: un análisis del presupuesto participativo en Brasil”, *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa, op. cit.*, pp. 487-518.

exigencias técnicas y legales de la acción gubernamental y con respeto a los límites financieros.²⁵⁶

Para Avritzer,²⁵⁷ las tres características anteriores se traducen en tres formas de institucionalidad participativa: 1) asambleas regionales en donde la participación es individual, abierta a todos los miembros de las comunidades y cuyas reglas de deliberación y decisión son definidas por los propios participantes; 2) un principio distributivo capaz de revertir las desigualdades en relación con la distribución de bienes públicos; en Porto Alegre y Belo Horizonte se llama “lista de carencias”, y 3) un mecanismo de compatibilidad entre el proceso de participación y deliberación y el poder público, proceso que abarca, en el caso de Porto Alegre, el funcionamiento de un Consejo que delibera sobre el presupuesto y que negocia las prioridades con la autoridad local.

El presupuesto participativo de Porto Alegre, Belo Horizonte y de 140 ámbitos municipales en Brasil, combina la democracia representativa con la participativa en por lo menos tres niveles: los ciudadanos participan en un proceso de negociación y deliberación sobre prioridades en la distribución de bienes públicos; las listas de carencias y el Consejo del Presupuesto Participativo son ámbitos ciudadanos que amplían a nivel regional el debate público sobre las reglas de la participación, deliberación y distribución; finalmente, se negocian las prioridades presupuestales con la autoridad. Es importante señalar, que año con año, se incorporan más ciudadanos y ciudades en la gestión del presupuesto participativo. En la actualidad asumen este proceso 127 ciudades de más de 500,000 habitantes.

Las formas de participación ciudadana en Brasil, y en aquellos países del mundo que las reconocen, cuestionan sobre todo la exclusión social, y tienen como finalidad el combate a la pobreza mediante mecanismos en donde la ciudadanía determina las prioridades de las decisiones fundamentales o del gasto público. La participación ciudadana tiene muchas ventajas, entre otras, señalo: 1) involucra a los ciudadanos permanentemente y no sólo en las elecciones en los asuntos públicos, con lo que se legitima el

²⁵⁶ Existen, no obstante, críticas al presupuesto participativo. Recientemente, el sábado 29 de enero de 2005, el diario *El País* publicó un reportaje en donde se señala que sólo el 5% de los habitantes de Porto Alegre toman parte en las asambleas ciudadanas que han hecho famosa a esa ciudad por haber originado el presupuesto participativo. Peregil, Francisco, “El mito del presupuesto participativo”, *El País*, 29 de enero 2005, p. 12.

²⁵⁷ Avritzer, Leonardo, “Modelos de deliberación democrática: un análisis del presupuesto participativo en Brasil”, *Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa*, *op. cit.*, pp. 487 y ss.

sistema político y las decisiones que se adoptan con y a partir de la sociedad; 2) permite, como en el caso de Brasil, redistribuir la riqueza mediante el señalamiento de las prioridades sociales en el gasto; 3) es un mecanismo que vuelve a unir a gobernados con gobernantes; 4) auxilia en el combate a la corrupción a través de mecanismos de control ciudadano; 5) puede conciliarse con la democracia representativa; 6) existen formas posibles de combinación entre democracia participativa y representativa, por ejemplo, dejar la democracia representativa en el nivel nacional o central y combinarla con elementos participativos en lo local y municipal, y otra, mucho más plausible, presupone el reconocimiento por el gobierno de que el proceduralismo participativo, las formas públicas de monitoreo y los procesos de deliberación pública, pueden sustituir parte del proceso de representación y deliberación tradicional.²⁵⁸

Además de las formas anteriores de participación existen los mecanismos tradicionales de democracia semi-directa, como el referéndum, la iniciativa legislativa popular, la consulta ciudadana, la revocación de mandato, las acciones ciudadanas de inconstitucionalidad, entre otras, que proveen las válvulas de escape frente al descontento popular; posibilitan el control de los funcionarios corruptos, y lo más importante, permiten que las voces que no son normalmente tomadas en cuenta sean escuchadas.²⁵⁹ La democracia participativa tiene por propósito no excluir la participación ciudadana bajo ninguna forma y no privilegiar la participación de los ciudadanos sólo a través de los partidos. Sus mecanismos son deseables para limitar las consecuencias inaceptables de todo sistema representativo basado exclusivamente en los partidos: elitismo, restricción de movilidad de élites políticas y falta de transparencia en la deliberación y publicidad de los asuntos públicos.

El ejemplo suizo demuestra el papel que han desempeñado en ese país las distintas formas de referéndum, la revocación del mandato, y los procedimientos de iniciativa popular para la revisión de la Constitución y las leyes para la toma de otras decisiones. El objetivo de estas figuras es permitir la intervención del pueblo en las decisiones políticas clave y oponerse a sus élites. La experiencia de ese país demuestra que lejos de ser instrumentos nocivos al desarrollo social o económico, las figuras de democracia semi-

²⁵⁸ Cortina, Adela, “Ética del discurso y democracia participativa”, *Revista Sistema*, núm. 112, enero de 1993, pp. 25-40.

²⁵⁹ Cronin, Thomas E., *Direct Democracy: The Politics of Initiative, Referendum and Recall*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, pp. 126 y 127, 225 y 226; Krause, Martín y Molteni, Margarita (cords.), *Democracia directa*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997.

directa han ampliado las libertades y reforzado la cohesión y la integración social en un Estado dividido por sus etnias y lenguas.²⁶⁰

En el debate actual sobre la calidad de la democracia se incluye a la participación ciudadana entre sus elementos, y se le vincula con la rendición de cuentas y desde luego con el Estado de derecho y la lucha contra la corrupción. Frances Hagopian dice, por ejemplo, que:

La calidad de una democracia no sólo implica protección de las libertades, de los derechos básicos, de la supremacía del Estado de derecho y de una igualdad básica, sino también de gobiernos que rindan cuentas (accountable) ante otros agentes del Estado y ante los ciudadanos, que sean responsivos (responsive) a las preferencias de éstos, que haya una competencia significativa por el poder y que los ciudadanos participen en la vida política. En otras palabras, que también se tenga en cuenta la participación, la competencia, la responsividad (responsiveness) y la rendición de cuentas (accountability) a simplemente conformarse con la representación política.²⁶¹

Esta autora llega a decir de manera mesurada, que a largo plazo la competencia, la responsividad y la rendición de cuentas, estimulan más la participación y la lealtad a la democracia, que los buenos resultados gubernamentales. El problema del sistema representativo tradicional, como aquí se ha sostenido, es que aleja a los ciudadanos de la política y la elitiza. Para darle vigor nuevamente, se requieren entre otros elementos, el abrir los cauces a la participación ciudadana, ésta producirá ciudadanos de alta intensidad, preocupados por el sistema normativo, las decisiones públicas, y desde luego, la lucha contra la corrupción.

Dentro del debate sobre la calidad de la democracia, Leonardo Morlino señala que una democracia es de calidad cuando:

Primero. Presenta una estructura institucional estable que hace posible la libertad e igualdad de los ciudadanos mediante el funcionamiento legítimo y correcto de sus instituciones y mecanismos. Una buena democracia es, por tanto y ante todo, un régimen ampliamente legitimado, que satisface completamente a los ciudadanos, cuando las instituciones tienen el completo apoyo de la sociedad civil... Segundo, una buena democracia es aquella en la que los ciudadanos, asociaciones y comunidades que la componen disfrutan de li-

²⁶⁰ Ferriz Sánchez, Remedios y García Soriano, María Vicenta, *Suiza. Sistema político y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 93.

²⁶¹ Hagopian, Frances, “Derechos, representación y la creciente calidad de la democracia en Brasil y Chile”, *Política y gobierno*, México, vol. XII, núm. 1, primer semestre de 2005, p. 43.

bertad e igualdad. Tercero, en una buena democracia los propios ciudadanos tienen el poder de verificar y evaluar si el gobierno trabaja por los objetivos de libertad e igualdad de acuerdo al gobierno de la ley. Monitorean la eficiencia de la aplicación de las leyes vigentes, la eficacia de las decisiones tomadas por el gobierno, la responsabilidad y la rendición de cuentas políticas de los gobernantes electos en relación con las demandas expresadas por la sociedad civil.²⁶²

Las características de la calidad democrática tienen que ver con correcciones muy importantes a la democracia representativa porque ésta es insuficiente; una de las principales correcciones consiste en la amplia participación de los ciudadanos en los asuntos públicos.

Si no corregimos lo que se denomina en América Latina *democracias delegativas*, no tendremos democracias de calidad, aunque las democracias delegativas lleven a cabo elecciones relativamente limpias y los partidos, el parlamento y la prensa gocen de libertad y las cortes bloqueen políticas anticonstitucionales. Si en la práctica los ciudadanos no son tratados como personas, si delegan en otros las decisiones, si sólo participan en el momento en que votan y después no tienen oportunidad de verificar y evaluar la labor de sus gobernantes una vez electos, y si además, los órganos que deben realizar el control horizontal no funcionan debidamente, habrá una deslegitimación del sistema.²⁶³ Por ello debe ser potenciada la participación con mecanismos de democracia semidirecta y con fórmulas como las descritas por Boaventura de Sousa Santos o Avritzer, entre otros. Se debe asumir que los ciudadanos deben tener la oportunidad de evaluar la responsabilidad del gobierno en términos de la satisfacción de sus necesidades y requerimientos; solamente los ciudadanos son capaces de hacerlo, y saben más que los gobernantes acerca de sus necesidades. La participación, por tanto, es un correctivo a las deficiencias de la democracia representativa tradicional y un instrumento poderoso para enfrentar la corrupción.

En cuanto a la deliberación de los asuntos públicos, ésta es un elemento fundamental de una democracia avanzada. Como dice Joshua Cohen, la democracia deliberativa implica un marco de condiciones sociales e institucionales que facilita la discusión libre entre ciudadanos iguales y provee

²⁶² Morlino, Leonardo, “Calidad de la democracia. Notas para su discusión”, *Metapolítica*, México, enero-febrero de 2005, pp. 38 y 39.

²⁶³ O’Donell, Guillermo, “Delegative Democracy”, *Journal of Democracy*, vol. 5, núm. 1, 1994.

condiciones favorables para la participación, asociación y la expresión.²⁶⁴ La democracia deliberativa demanda que la autorización para ejercer el poder sea la consecuencia de una permanente discusión, mediante el establecimiento de un esquema de disposiciones que garantizan la responsabilidad y la rendición de cuentas ante los ciudadanos por parte de quienes ejercen el poder público; no sólo a través de las elecciones, aunque también de esa manera, sino con procedimientos amplios de publicidad de los asuntos públicos, supervisión al trabajo de las legislaturas y de otros poderes y órganos del Estado por parte de los ciudadanos.

En el esquema de democracia deliberativa se advierte que la democracia no se limita únicamente al proceso de agregación política por el voto y las elecciones, sino que implica un proceso público de argumentación, que disputa con el sistema político, las prerrogativas de la decisión política.²⁶⁵ A través de esa disputa se pretende ampliar la práctica democrática. ¿De dónde nace el esquema deliberativo? En su versión contemporánea de la obra de Habermas, elaboró el importantísimo concepto de esfera pública.²⁶⁶ Ese ámbito, llamado esfera pública, es un lugar para la libre interacción de grupos, asociaciones y movimientos sociales; dicha esfera supone la posibilidad de una relación crítico-argumentativa con la política. Para que funcione la democracia deliberativa se requieren varias condiciones o presupuestos, éstos son: a) los procesos de deliberación se realizan de forma argumentativa, o sea, a través del intercambio regulado de informaciones y razones entre pares que introducen y examinan críticamente propuestas; b) las deliberaciones son inclusivas y públicas, nadie en principio debe ser excluido, todos aquellos que posiblemente sean afectados por las decisiones tienen la misma oportunidad para entrar y tomar parte en ellas; c) las deliberaciones están libres de cualquier coerción externa, los participantes son soberanos en la medida en que se encuentran vinculados a los presupuestos de la comunicación y a las reglas procedimentales de la argumentación; d) las deliberaciones están libres de cualquier coerción interna capaz de afectar la igualdad de los participantes, cada uno de ellos tiene la misma oportunidad de ser oído, de introducir tópicos, de hacer contribuciones, de sugerir y criticar propuestas; e) las deliberaciones objetivan, en general, un acuerdo racionalmente motivado y pueden ser, en principio, desarrolladas sin res-

²⁶⁴ Cohen, Joshua, “Procedimiento y sustancia en la democracia deliberativa”, *Metapolítica*, vol. 4, núm. 14, abril-junio de 2000, p. 29.

²⁶⁵ Avritzer, Leonardo, “Teoría democrática, esfera pública y deliberación”, *Metapolítica*, vol. 4, núm. 14, abril-junio de 2000, p. 86.

²⁶⁶ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998, pp. 363 y ss.

tricciones o retomadas en cualquier momento; *f*) las deliberaciones políticas deben concluirse contrastando la decisión de la mayoría y ésta justifica el presupuesto de que la opinión falible de la mayoría puede ser considerada una base razonable para una práctica común hasta que la minoría convenza a la mayoría de lo contrario; *g*) las deliberaciones políticas abarcan todos los asuntos posibles de regulación, en particular aquellas cuestiones relevantes, teniendo en cuenta el interés igual de todos, y *h*) las deliberaciones políticas se extienden también a la interpretación de necesidades y la transformación de preferencias y enfoques prepolíticos.²⁶⁷

Desde luego, la obra de Habermas junto con otros autores como Rawls o Nino, ha insistido en los elementos deliberativos. Rawls sostiene que la verdad moral se constituye por la satisfacción de presupuestos formales inherentes al razonamiento práctico de cualquier individuo, en particular el presupuesto de acuerdo al cual, un principio moral es válido si es aceptable para todas las personas que se encuentren bajo condiciones ideales de imparcialidad, racionalidad y conocimiento de los hechos relevantes.²⁶⁸

En el caso de Nino, la insistencia en la deliberación es más evidente. Nino dice que la verdad moral se constituye por la satisfacción de presupuestos formales o procesales de una práctica discursiva dirigida a lograr cooperación, evitar conflictos, y la discusión y la decisión intersubjetiva constituyen el procedimiento más confiable para tener acceso a la verdad moral. El intercambio de ideas y la necesidad de ofrecer justificaciones frente a los otros no sólo incrementa el conocimiento que uno posee, sino también, detecta defectos en el razonamiento y ayuda a satisfacer el requerimiento de atención imparcial a los intereses de todos los afectados; sin embargo, esto no excluye la posibilidad de que a través de la reflexión individual alguien pueda tener acceso al conocimiento de soluciones concretas, aunque debe admitirse que este método es mucho menos confiable que el colectivo, debido a la dificultad de permanecer fiel a la representación de los intereses de otros y ser imparcial.²⁶⁹

La democracia deliberativa es consciente que la regla de la mayoría no garantiza la imparcialidad. Una decisión apoyada por una mayoría y no por todos los involucrados en el conflicto puede ser muy parcial. La unanimidad tampoco es ideal, en buena medida por las necesidades reales de tomar una decisión en un tiempo limitado: la unanimidad como regla exclusiva condu-

²⁶⁷ *Ibidem*, pp. 382 y 383.

²⁶⁸ Rawls, John, *La justicia como equidad. Una reformulación*, Barcelona, España, Paidós, 2002.

²⁶⁹ Nino, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 154-198.

ciría indefectiblemente a la defensa del *status quo*. Según Nino, como la regla de la mayoría y la regla de la unanimidad no son por sí mismas suficientes, debe recurrirse a otros elementos como:

1) El conocimiento de los intereses y necesidades de otros, lo que implica la inclusión de todos los sectores de la sociedad en la deliberación pública con el propósito de que los individuos tengan oportunidad de tomar decisiones que les ayuden a dar un orden de preferencias a sus intereses; 2) La necesidad de no presentar ante los demás exclusivamente desnudos intereses egoístas sino intereses, necesidades y, preferencias en un marco argumentativo de justificación permanente de cada punto de vista; 3) La discusión con otros contribuye a detectar errores fácticos y lógicos, pues no es común que la mayoría de la gente cometa el mismo error; 4) La exigencia de ponernos “en los zapatos de los demás” conociendo no sólo sus intereses sino sus emociones, lo que supone poseer la facultad intelectual de la imaginación y el atributo de la empatía; 5) El atributo del consenso —por encima de la mera negociación que se lleva a cabo sobre la base de puros intereses—, y 6) La tendencia colectiva hacia la imparcialidad derivada de la colegiación de las decisiones en un proceso de participación incluyente y de deliberación.²⁷⁰

El sistema representativo no responde a un esquema deliberativo,²⁷¹ por eso Habermas propuso el modelo deliberativo mediante los presupuestos antes señalados y la definición de la política deliberativa a través de dos vías: primero, la formación de la voluntad democráticamente constituida en espacios institucionales, y segundo, la construcción de la opinión informal en espacios extra-institucionales. Según Habermas, a partir de la interrelación entre esos dos espacios es que se encuentra la posibilidad de un gobierno legítimo.²⁷²

La esfera pública captaría los impulsos generados en la vida cotidiana y los transmitiría a los colegiados competentes de carácter institucional para que se articulen formalmente. Avritzer dice que el papel de la esfera pública, no es producir deliberación, sino demandarla a las instituciones del Estado, y en ese sentido, la teoría habermasiana es mucho más una teoría de los modos informales de democratización de la democracia que de la institucionalización de formas ampliadas de ejercicio de la democracia.²⁷³ En otras

²⁷⁰ *Ibidem*, pp. 166-180.

²⁷¹ Porras Nadales, Antonio, *Representación y democracia avanzada, Cuadernos y Debates*, Madrid, núm. 50, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1994.

²⁷² Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez...*, *op.cit.*, pp. 407 y ss.

²⁷³ Avritzer, Leonardo, “Teoría democrática, esfera pública y deliberación”, *op. cit.*, pp. 83 y 84.

palabras, Habermas no resuelve el problema de la conexión entre el mundo de la esfera pública informal y social con el sistema político formal; no propone soluciones claras para que el flujo de comunicación entre la esfera pública y el sistema político no se paralice o desconecte.

Ante la insuficiencia del planteamiento habermasiano, Cohen y James Bohman intentan dar una respuesta al problema de la desconexión entre la esfera pública y las instituciones. Cohen insiste en incardinar la esfera pública en el ámbito institucional;²⁷⁴ es decir, institucionalizar soluciones de problemas directamente por los ciudadanos y no simplemente promover la discusión informal con promesas de influencias posibles en la arena política formal. No obstante, Cohen no enfatiza con suficiencia que el lugar de la deliberación debe ser la propia esfera pública y que la democracia deliberativa debe pensar el proceso de construcción de instituciones para la deliberación pública,²⁷⁵ por ejemplo, los foros públicos deben ser el lugar de la democracia deliberativa y no las instituciones políticas, pues en opinión de Avritzer, la deliberación debe ocurrir al interior del propio espacio público.

Bohman pone el acento en el hecho de que la deliberación es más una actividad cooperativa y pública y menos una forma de discurso.²⁷⁶ Los objetivos del acto deliberativo son resolver las situaciones problemáticas (conflicto) y restaurar la cooperación entre los actores y coordinar sus resultados. Propone el control público a través de las diversas esferas públicas que deben formarse en torno a cada una de las instituciones; atribuye la legitimidad de una ley al resultado de un proceso participativo justo y abierto a todos los ciudadanos y que, como tal, incluye todas las razones públicamente accesibles de esas personas, lo que no presupone un acuerdo unánime entre ciudadanos o legisladores sobre todas las leyes, objetivos o decisiones, sino una cooperación continua a pesar de las diferencias de posición propias de una sociedad pluralista. La construcción del consenso, en esta versión, dependerá de la participación en el proceso político y legislativo, independientemente del desacuerdo en relación con cualquier decisión particular alcanzada deliberativamente. Lo que califica al procedimiento como deliberativo es su inclusividad. Acepta la institucionalización de la soberanía popular por medio de la regla de la mayoría y cualquier flaqueza que por casualidad llegara a presentar será corregida por instituciones *contra-mayoritarias*, como la re-

²⁷⁴ Cohen, Joshua, "Procedimiento y sustancia en la democracia deliberativa", *op. cit.*, pp. 40-47.

²⁷⁵ Avritzer, Leonardo, "Teoría democrática, esfera pública y deliberación", *op. cit.*, p. 85.

²⁷⁶ Bohman, James, "La democracia deliberativa y sus críticos", *Metapolítica*, vol. 4, núm. 14, abril-junio de 2000, pp. 48-57.

visión judicial. Bohman hace crítica a las instituciones públicas del Estado, y por eso, subraya que las instituciones públicas, burocráticas y administrativas, deben crear sus propias esferas públicas con el objetivo de llevar a cabo la deliberación. Sin la construcción de esas esferas públicas al interior de las instituciones, éstas no podrán controlarse y perderán la posibilidad de volverse más reflexivas y democráticas, gobernadas por la razón pública.

La crítica de Cohen y de Bohman a Habermas es justificable. Se trata de conectar la esfera pública con las instituciones, democratizar la esfera pública, pero también incorporar a la sociedad a las instituciones. El problema es que las instituciones burocráticas no permiten tal control público y están estructuradas de forma jerárquica, no democrática, y actúan frente a los ciudadanos de forma autoritaria como si fuesen clientes pasivos y no la fuente de la legitimidad, de la información y del juicio público. Los ciudadanos deben recuperar una actitud ofensiva frente a las instituciones.

En este sentido, como aquí se ha sostenido, la crisis está en el sistema representativo, el que debe ser corregido. Algunos proponen que la representación se conciba como una delegación para continuar la discusión a partir del punto alcanzado por los electores durante el debate que condujo a la elección de representantes en todas las sedes políticas de decisión: gobierno, parlamento y esfera judicial. En algunos casos es importante no delegar el mandato a los representantes, de modo que la gente pueda discutir por sí misma en forma directa lo que debe hacerse. Los partidos políticos pueden ayudar a materializar la visión deliberativa si funcionan de manera interna con democracia, si cuentan ellos mismos con procedimientos deliberativos, y si se encuentran organizados alrededor de posiciones ideológicas, sistemas de valores y modelos de sociedad, y no sobre la base de puros intereses de grupos económicos o sociales. El sistema representativo exige la inclusión del mayor número de sectores y de personas; así no está justificado, por ejemplo, hacer exclusiones basadas en la comisión de crímenes, pues la comisión de un delito no puede justificar la exclusión de la representación de los intereses del criminal del proceso político. Además, el sistema representativo debe ser modificado en las cuatro etapas clásicas del proceso: debate, mandato, control y actuación gubernamental, para incrementar sus componentes deliberativos y participativos.²⁷⁷

Carlos Nino considera que el elemento clave está en la implementación de la democracia deliberativa a través de cambios institucionales como:

²⁷⁷ Porras Nadales, Antonio, *Representación y democracia avanzada*, op. cit.

...la inclusión de métodos de participación directa (plebiscito, referéndum, iniciativa popular, recall, etcétera); mecanismos capaces de revertir la apatía política como el voto obligatorio; modificar las reglas del debate público para que éste se centre en programas, plataformas electorales, y no en candidatos respaldados con apoyos mercadotécnicos; limitar el papel de la televisión en el debate público, pues ésta transforma casi todos los hechos y debates en espectáculos superficiales preparados para entretener, y esos espectáculos no intentan iluminar las controversias políticas y hacer reflexionar a la gente seriamente acerca de las consecuencias de las políticas en disputa, sino que buscan sorprender a los espectadores con el último escándalo, los medios, en fin, alimentan una espiral de demagogia e impactan negativamente sobre la racionalidad en el diseño de las políticas —son la respuesta a la falta de representación adecuada de la sociedad—; reformular los sistemas federales para descentralizar el poder, de tal suerte que los temas de crucial importancia sean discutidos y decididos a nivel provincial o incluso local y municipal, de lo que se trataría es de alentar la deliberación colectiva en unidades políticas pequeñas, llevadas a cabo por aquellos que se hallan directamente afectados por las cuestiones de mayor relevancia, adoptando mecanismos que aseguren la eficiencia y apertura, tales como la aprobación de leyes en las comisiones parlamentarias, convertir en públicas las reuniones de las comisiones y permitir la sanción de una ley con la aprobación de una de las cámaras, si la otra no toma intervención dentro de un determinado periodo de tiempo; democratizar la vida interna de los partidos; transformar el sistema electoral para fortalecer su proporcionalidad y así insiste en la conveniencia de un sistema mixto como el alemán y que la lista de representación no sea diseñada totalmente desde los partidos, que el orden lo fijen los ciudadanos; igualmente apuesta por un sistema parlamentario sobre el presidencial porque el primero es más inclusivo y no es de suma cero.²⁷⁸

Aunque su apuesta mayor está a favor de los sistemas semi-parlamentarios (Francia y Portugal), pues en éstos el presidente es el centro del poder mientras goza del suficiente apoyo popular, y cuando se debilita la popularidad del presidente tendrá que negociar con los legisladores; igualmente,

²⁷⁸ Según Juan Linz, el sistema parlamentario tiene frente al sistema presidencial las siguientes ventajas: la flexibilidad, existen soluciones constitucionales para la confrontación entre el Legislativo y el Ejecutivo, no se produce parálisis del Legislativo o los impasses entre los poderes, fortalece el sistema de partidos, favorece los juegos de suma positiva, se trata de un modelo diseñado para la cooperación y genera estabilidad política. Linz, Juan, “Presidential or Parliamentary Democracy: Does It make a Difference?”, *The Failure of Presidential Democracy. Comparative Perspectives*, Baltimore y Londres, The Johns Hopkins University Press, vol. 1, 1994.

se decanta por tribunales constitucionales más abiertos a la sociedad y en diálogo con el resto de los poderes.²⁷⁹

En otros trabajos hemos hecho propuestas en el sentido de Nino²⁸⁰ y consideramos la necesidad de una democracia participativa y deliberativa diferente a la que existe en algunos países del mundo caracterizada por ser elitista.²⁸¹ El modelo participativo-deliberativo destaca el control del representante por el representado y la deliberación pública y abierta de los asuntos en donde los ciudadanos pueden tomar parte en muchas decisiones de la autoridad. La deliberación implica la seria y atenta ponderación de razones a favor y en contra de alguna propuesta, es un proceso en virtud del cual un individuo sopesa razones a favor y en contra de determinados cursos de acción.²⁸² La deliberación y participación producen una serie de virtudes en los ciudadanos y en el propio modelo. Se corrigen sesgos cognitivos, pues en ocasiones no basta con saber que existe un problema para calibrarlo; por ejemplo, en Estados Unidos un jurado compuesto por blancos no dispone de toda la información para entender la conducta de una madre hispana, dado que la sabiduría práctica no es sólo cuestión de disponer de buena información sino de sensibilidad para sopesarla. Se incrementa la producción de la virtud, pues cómo se puede reivindicar lo que se ignora, tal como ocurre con las mujeres de la India o de Afganistán que no demandan lo que no conocen.

El modelo deliberativo fomenta la participación ciudadana, acerca los políticos a los ciudadanos, les permite fiscalizarlos, conocer por qué tomaron unas decisiones y no otras, incluye a los ciudadanos en los procedimientos de toma de decisiones para poder determinar el nivel de justificación de cada punto de vista, y saber sobre la calidad normativa de cada decisión y cada paso en la construcción de decisiones públicas. Es obvio que incorpora a los ciudadanos en el terreno de lo público y los educa en las virtudes cívicas.

La Constitución en este modelo es un proceso abierto, una tarea que debe irse realizando, y coincide con el principio de que la democracia es

²⁷⁹ Nino, Carlos Santiago, *La Constitución de la democracia deliberativa*, *op. cit.*, pp. 202-295.

²⁸⁰ Cárdenas Gracia, Jaime, *Transición política y reforma constitucional en México*, México, UNAM, 1994; mismo autor, *Una Constitución para la democracia*, México, UNAM, 1996; mismo autor, “El modelo participativo y deliberativo”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 11, 2004, pp. 55-89.

²⁸¹ Ovejero, Félix, “Democracia liberal y democracias republicanas”, *Claves de Razón Práctica*, Madrid, núm. 111, abril de 2001, pp. 18-30.

²⁸² Fearon, James D., “La deliberación como discusión”, en Elster, Jon, *La democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2001, p. 88.

un proceso que garantiza la configuración de múltiples alternativas a favor de los diversos grupos de la sociedad. Se valora a los procedimientos democráticos en la medida que aumenta la complejidad para hacer posible el surgimiento del mayor número de alternativas políticas, sociales, culturales y económicas; se trata de la legislación del procedimiento democrático por la inclusión de muchos sectores sociales, por el activismo de los mismos, por el nivel de deliberación en la esfera pública y en la esfera institucional.

Es obvio, como dice Avritzer, que la deliberación debe ocurrir sobre todo al interior del propio espacio público; pero también deben existir los canales y las instituciones para que la esfera político-institucional se abra a la sociedad y a la deliberación que ésta propone en la esfera societal. Muchas propuestas existen para promover la deliberación en el ámbito institucional y social. Basta mencionar por el momento, entre otras, las siguientes: inclusión amplia de los mecanismos de democracia semi-directa, inclusión de prácticas participativas como el mecanismo de presupuesto participativo en todos los poderes y niveles de gobierno, la dinamización y activismo de los tribunales en la defensa a los derechos humanos, más y mejores mecanismos de rendición de cuentas, juridificación de la objeción de conciencia y aceptación política de la desobediencia civil, reconocimiento del derecho de resistencia frente a la opresión, democracia interna en los partidos, sindicatos y organizaciones empresariales, promoción de los movimientos sociales, la descentralización del poder, disciplinar en términos ecológicos al mercado y a las burocracias administrativas.²⁸³

Respecto a la democracia comunitaria, ésta entraña el reconocimiento de los derechos humanos individuales y colectivos de los pueblos originarios;²⁸⁴ fundamentalmente, se debe aceptar su autonomía, que es el medio existente para asegurarles el ejercicio con independencia de sus derechos políticos, sociales, económicos, jurídicos, culturales, territoriales y medioambientales. Los pueblos originarios tienen el derecho a la libre determinación; esto es, a definir libremente su condición política, jurídica y a establecer libremente su desarrollo económico, social y cultural. De ahí que tengan derecho a la consulta previa, libre e informada; como señala el artículo 6o. de la Convención 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en todo lo que les afecte.

²⁸³ Pisarello, Gerardo, "Constitución y gobernabilidad: razones de una democracia de baja intensidad", *Las sombras del sistema constitucional español*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 129-149.

²⁸⁴ Díaz Polanco, Héctor, *Elogio de la diversidad: globalización, multiculturalismo y etnofagia*, México, Siglo XXI Editores, 2007.

La democracia comunitaria implica instituir ámbitos territoriales con facultades de autogobierno en aquellas porciones territoriales en las que se encuentran asentados los pueblos originarios. La demarcación de estos territorios se debe basar en las características históricas, culturales, sociales e identitarias de los miembros de los pueblos originarios y en su voluntad expresada en asamblea o en consulta. En el caso mexicano se ha demandado el reconocimiento de los pueblos originarios como sujetos y entidades de derecho público, con personalidad jurídica y patrimonio propio; además, con formas autónomas de organización política y administrativa, sin que ello se lograra plenamente en la reforma constitucional de 2001 al artículo 2o. de la Carta Magna.

La democracia comunitaria significa, entonces, el autogobierno de los pueblos, la que debe fundarse en la expresión de la voluntad mayoritaria de su población a través de plebiscitos y consultas organizados según sus usos y costumbres. Los gobiernos, autoridades y representantes de los pueblos originarios son elegidos de acuerdo con sus propios sistemas normativos y procedimientos. En el caso de nuestro país, el gobierno de los pueblos originarios está conformado por:

- 1) La Asamblea Comunitaria. Es el órgano máximo de autoridad de los pueblos originarios en su respectivo ámbito territorial.
- 2) Las autoridades administrativas. Elegidas y encargadas de ejecutar las acciones emanadas de la Asamblea.
- 3) Las autoridades agrarias ejidales y comunales. Elegidas de acuerdo con las normas agrarias.
- 4) Las autoridades tradicionales. Elegidas por procedimientos internos para distintas actividades, tales como: mayordomías, comisiones de festejos, cofradías, patronatos, comisiones de panteón y otras determinadas por los propios pueblos.

Cuando existe democracia comunitaria se transfieren a los ámbitos territoriales de los pueblos indígenas competencias y facultades en materia política, administrativa, económica, social, cultural, educativa, judicial, y de manejo de los recursos y del medio ambiente; además de que son competentes para:

- a) Elaborar su Estatuto a través de sus órganos de decisión, de forma participativa y de acuerdo con sus normas y procedimientos.

- b) Promover y reforzar sus propios sistemas, instituciones y formas de organización política, económica, social, jurídica y cultural; así como fortalecer y enriquecer sus propias identidades y prácticas culturales.
- c) Organizar las consultas en torno a las medidas legislativas, administrativas o de cualquier otro tipo, susceptibles de afectación de los derechos de los pueblos originarios.
- d) Decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo y de controlar su propio desarrollo económico, social y cultural.
- e) Participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo de los diversos niveles de gobierno.
- f) Administrar justicia en su jurisdicción a través de sus propias instituciones y sistemas normativos en la regulación y solución de los conflictos internos, respetando la interpretación intercultural de los derechos humanos y los principios generales de la Constitución.
- g) Administrar sus bienes comunitarios: mercados, panteones, plazas, casas de cultura, museos, bibliotecas y otros.
- h) Salvaguardar los espacios públicos y de convivencia comunitaria, así como la imagen urbana de sus pueblos, y vigilar y proteger sus edificios e instalaciones.
- i) Adquirir, operar y administrar sus propios medios y sistemas de comunicación y difusión, así como radios comunitarias.
- j) Establecer programas para preservar, controlar, reconstituir y desarrollar su patrimonio cultural (tangible e intangible), biológico, natural, artístico, lingüístico, saberes, conocimientos y sus expresiones culturales tradicionales, así como la propiedad intelectual colectiva de los mismos.
- k) Participar activamente, en coordinación con las autoridades del Estado, en la elaboración y determinación de los programas especiales de salud, educación, vivienda y demás programas económicos y sociales que les conciernen, así como en la ejecución de esos programas mediante sus propias instituciones y/o vigilar colectivamente su cumplimiento.
- l) Establecer programas para preservar y fortalecer sus propias medicinas tradicionales y prácticas de salud, incluida la conservación de sus plantas medicinales, animales y minerales de interés vital, así como promover los sistemas de salud comunitaria.
- m) Participar colectivamente en el diseño, ejecución y evaluación de los programas económicos en sus ámbitos territoriales, así como partici-

- par, a través de sus autoridades o representantes, en la planificación de las políticas de desarrollo económico del resto de la sociedad.
- n) Acceder al uso, gestión y protección de sus lugares religiosos, ceremoniales y culturales, encargándose de la seguridad y el respeto hacia los mismos.
 - o) Mantener, proteger y enriquecer las manifestaciones pasadas y presentes de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, objetos, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas; utilizar y controlar sus objetos de culto; transmitir a las generaciones futuras sus historias, idiomas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de escritura y literaturas. Asimismo, tienen derecho a la restitución, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales, de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus tradiciones y costumbres.
 - p) Establecer programas de investigación, rescate y aprendizaje de su lengua, cultura y artesanías.

La importancia de la democracia integral —representativa, participativa, deliberativa y comunitaria— como precondition del Estado constitucional es fundamental. Sin una activa participación de los ciudadanos y de los movimientos sociales, más allá de los momentos electorales, el Estado constitucional no es posible. ¿Por qué? Porque los ciudadanos y los movimientos sociales pueden supervisar, controlar, proponer y reclamar permanentemente a los gobernantes la satisfacción de los derechos. No se puede confiar exclusivamente en los mecanismos e instituciones de fiscalización del Estado, que en su mayor parte se encuentran cooptados por los poderes fácticos y formales. El ciudadano y los movimientos sociales tienen un papel importante para evitar el divorcio entre gobernante y gobernado, y exigir 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 norteamericano:

...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.²⁸⁵

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 quién 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.²⁸⁶

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 o 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 saber que el Estado y el derecho pueden aproximarse a la realización de ciertos derechos humanos, pero no pueden hacer milagros, si los individuos y la sociedad no luchan por más altos niveles de igualdad y de libertad.²⁸⁷ La democracia política sino viene acompañada por la democracia económica y social, aunque sea muy radical, no es capaz de llevar a cabo la emancipación humana.²⁸⁸

En la propuesta contrahegemónica que debieran elaborar las teorías del Estado constitucional, sería muy importante que se supiera por lo qué se está luchando, qué clase de sociedad nacional y mundial es la que se quiere establecer. Es fundamental tener una comprensión de las relaciones de poder nacionales y transnacionales vigentes para entender la dinámica de la política

²⁸⁵ Robinson, William I., *América Latina y el capitalismo global. Una perspectiva crítica de la globalización*, México, Siglo XXI Editores, 2015, p. 355.

²⁸⁶ Harvey, David, *Espacios de esperanza*, Madrid, Akal, 2012, pp. 276 y 277.

²⁸⁷ López Calera, Nicolás María, *Yo, el Estado*, Madrid, Trotta, 1992, p. 114.

²⁸⁸ Espósito, Roberto, *Diez pensamientos acerca de la política*, México, Fondo de Cultura Económica, 2012, p. 70.

y el papel del derecho en esos esfuerzos alternativos.²⁸⁹ 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.²⁹⁰

Para entender los derechos humanos desde el comunitarismo y multiculturalismo debemos entender al otro, al diferente, al que pertenece a culturas distintas a las occidentales, y que reclama, en sus luchas de resistencia, uno o varios proyectos de derechos humanos diversos a los nuestros. La concepción de los derechos humanos no es occidental, ni se encuentra 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 fundamental-

²⁸⁹ Laclau, Ernesto y Mouffe, Chantal, *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2011, p. 20.

²⁹⁰ Douzinas, Costas, *El fin de los derechos humanos*, Antioquia Colombia, Legis Editores, 2008, p. 456.

mente 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.²⁹¹

En ese sentido es muy discutible sostener, como lo hace nuestra Constitución y algunos teóricos, que no son derechos humanos aquéllos derechos colectivos que violentan derechos individuales de sus miembros.²⁹² 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.²⁹³

Los liberales a ultranza suelen insistir en la superioridad de los derechos humanos en occidente sobre oriente o respecto a otras latitudes, porque los derechos se apoyan en la autonomía y dignidad humanas. Sin embargo, ese punto de vista no asume que, por ejemplo, los comunitaristas consideran 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 diferencias²⁹⁴, y esas diferencias culturales, como también sus fundamentos,

²⁹¹ Villoro, Luis, “Sobre derechos humanos y derechos de los pueblos”, *Revista Isonomía*, México, núm. 3, octubre de 1995, p. 10.

²⁹² Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, UNAM-ITAM-Centro de Estudios de Actualización en Derecho, 2015, pp. 167-171.

²⁹³ Douzinas, Costas, *El fin de los derechos humanos*, *op. cit.*, p. 462.

²⁹⁴ Prieto Sanchíz, Luis, *El constitucionalismo de los derechos*, *op. cit.*, p. 244 y 245.

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.²⁹⁵ 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.²⁹⁶ Otros, como Laporta, sostienen que la globalización neoliberal no afecta las estructuras jurídicas nacionales.²⁹⁷ En fin, salvo el punto de vista más elaborado de Ferrajoli, existen pocas referencias en las teorías del Estado constitucional sobre lo que implica la globalización para esa forma de Estado, que se supone vigente y que entraña el mayor riesgo para toda su construcción epistémica y materialización.

Dice Boaventura de Sousa Santos, que el nuevo derecho de la globalización jurídica no es producto del impulso intelectual de juristas bien intencionados, sino de los poderes de dominación mundial y de abogados, burócratas estatales, instituciones internacionales, transnacionales, algunos movimientos populares y organismos no gubernamentales que proponen un nuevo derecho para las nuevas realidades. El proceso de construcción del nuevo derecho no es monolítico sino muy diverso, aunque en él han ido ganando los intereses de las grandes corporaciones mundiales y de las potencias más importantes sobre las organizaciones no gubernamentales que defienden los derechos humanos, el *ius humanitatis* o el medio ambiente.²⁹⁸

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

²⁹⁵ 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.

²⁹⁶ Atienza, Manuel, “Constitucionalismo, globalización y derecho”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo, (coords.), *El canon neoconstitucional*, *op. cit.*, pp. 264-281.

²⁹⁷ Laporta, Francisco, “Globalización e imperio de la ley. Un texto provisional para el debate con algunas dudas y perplejidades de un viejo westfaliano”, *Law and Justice in a Global Society*, *op. cit.*, pp. 235 y 236.

²⁹⁸ Sousa Santos, Boaventura de, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid, Trotta, Madrid, 2009, pp. 292 y ss.

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 la existencia de una triple alianza entre las empresas trasnacionales, el capital local y la burguesía estatal.²⁹⁹ 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 desaparecerá el Estado-nación o se adaptará a las nuevas circunstancias— los teóricos que han buscado entender los fenómenos vinculados a ella destacan distintas maneras jurídicas de analizarla, y éstas son: la trasnacionalización de la regulación del Estado-nación; el derecho de la integración regional; el resurgimiento de la *lex mercatoria*; el derecho de las personas que atraviesan fronteras; el derecho de los pueblos indígenas; el cosmopolitismo subalterno e insurgente y los derechos humanos, y derecho de los recursos naturales globales de propiedad común.³⁰⁰ A estas variables debemos sumar de manera destacada la crisis del principio de soberanía; el desmantelamiento del Estado del bienestar; la opacidad e ilegitimidad con la que se crea y aplica el derecho de la globalización neoliberal; y, el despojo de los recursos naturales por parte de los Estados hegemónicos a los Estados débiles o periféricos.

Sobre la crisis de la soberanía, podemos decir que el modelo de Estado westfaliano, que creó el Estado-nación caracterizado por la centralización del poder en un gobierno que controla un territorio, la expansión del gobierno administrativo, la legitimación del poder a través de la teoría representativa, y el monopolio de la fuerza concentrado en las fuerzas armadas y cuerpos de seguridad pública, ha sido sustituido por una nueva forma de Estado que se podría denominar trasnacional. La característica principal de este nuevo Estado es que las principales decisiones que afectan a las sociedades nacionales no se adoptan por los representantes electos de cada nación, sino en sedes extra nacionales. Esas decisiones tienen que ver, prin-

²⁹⁹ Evans, Peter, *Dependent Development: the Alliance of Multinational, State and Local Capital in Brazil*, Princeton, PUP, 1979.

³⁰⁰ Sousa Santos, Boaventura de, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, *op. cit.*, pp. 329 y ss.

cialmente, 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 transnacionales y nacionales, y en su caso, responder a lógicas geopolíticas que benefician a las grandes potencias mundiales, las que, por otra parte, están al servicio de los intereses económicos mundiales. De esta suerte, el poder ya no está centralizado en el Estado, sino que se encuentra deslocalizado en instituciones y agentes económicos supranacionales, el gobierno administrativo de cada Estado se reduce, flexibiliza y se ajusta a las necesidades del capitalismo mundial, los poderes extra nacionales no están legitimados democráticamente, y el poder militar fundamental se localiza en las grandes potencias mundiales o en instituciones supranacionales controladas por esas potencias.

Estudiosos, como David Held, sostienen que la operación de los Estados-nación en este sistema mundializado o globalizado limita su autonomía y las posibilidades de la soberanía estatal como se entendió en el pasado.³⁰¹ ¿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 transnacional 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 transnacional.

En cuanto a la pervivencia de cualquier forma de bienestar —garantía de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, tal como postulan las teorías del Estado constitucional—, como dice José Eduardo Faria, cuanto más veloz es la integración de los mercados en un *sistema mundo* o en una *economía-mundo*, más se reduce la capacidad de coordinación macroeconómica de los Estados-nación, pues mediante las recomendaciones de los organismos financieros internacionales llega a impedirseles establecer políticas keynesianas de altas tasas de gasto público para sustentar el empleo o el crecimiento económico.³⁰² De esta manera, las posibilidades del Estado se reducen para garantizar o contribuir a garantizar los derechos de igual-

³⁰¹ Held, David, y McGrew, Anthony, *Globalización-antiglobalización. Sobre la reconstrucción del orden mundial*, Barcelona, Paidós, 2003.

³⁰² Faria, José Eduardo, *El derecho en la economía globalizada*, Madrid, Trotta, 2001, p. 30.

dad. 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.³⁰³ Los ajustes principalmente ocurren en el derecho económico, comercial y social, aunque se pueden extender a otros ámbitos, como el del derecho electoral, a fin de configurar democracias formales, no siempre auténticas, que no fortalecen la construcción de ciudadanía. Las finalidades de esos ajustes jurídicos son la liberalización del comercio, la privatización de industrias o sectores, la liberalización agrícola, el desmantelamiento de las agencias reguladoras, la flexibilización del mercado laboral, la privatización de los servicios sociales vinculados a la salud o a la educación, la menor preocupación por los asuntos ambientales, entre otros.

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

El derecho a la integración regional que entraña la globalización neoliberal significa que los Estados-nación crean instituciones y competencias jurídicas supranacionales. Las nuevas entidades asumen competencias que antes tenían los Estados. Los procesos de integración no suelen ser votados, se realizan sin la participación de las sociedades locales, y por ello, existe un serio déficit de legitimidad democrática. Casi 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.³⁰⁴

³⁰³ *Idem.*

³⁰⁴ Hernández Cervantes, Aleida, *La producción jurídica de la globalización económica*, México, UNAM-Universidad Autónoma de San Luis Potosí-Centro de Estudios Jurídicos y Sociales

Las entidades supranacionales se construyen y desarrollan generalmente para promover dos objetivos: 1) la integración económica y comercial, y 2) la protección de los derechos humanos. De esos dos objetivos prevalece el económico y el comercial, que es el que recibe el mayor impulso. La integración para la salvaguarda de los derechos humanos se utiliza como 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— y de las estructuras e instituciones tradicionales del Estado constitucional, a la par que debemos construir y realizar una teoría económica y social que sea capaz de justificar, costear y respaldar las propuestas y proyectos constitucionales y de derechos que las sociedades hagan desde las esferas jurídicas y políticas locales e internacionales. El Estado constitucional, tal como hoy se manifiesta, sin una transformación en el modelo capitalista de dominación, y sin un rediseño nacional y mundial de las instituciones vigentes de carácter representativo, será incapaz de satisfacer en un sentido fuerte a los derechos humanos que se pretende salvaguardar y proteger, y que teóricamente, le dan razón a su existencia.

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

- 1) Si 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, 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 re-

Mispat, 2014, pp. 203-216.

- nunciar pero no abandonar; sin embargo, el alcance y significado de los derechos depende de las concepciones filosóficas y culturales que están detrás de ellos, como lo demuestran, por ejemplo, el análisis de las corrientes filosóficas, el comunitarismo y el multiculturalismo.
- 3) Los derechos humanos surgen de las aspiraciones de grupos en resistencia frente al poder, ¿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 actualmente, 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,³⁰⁵ pero muy equivocado porque carece de sustento histórico, social y económico, así como de una base deliberativa y participativa. Se sostiene, lo que no dudo, que las mayorías pueden violar los derechos humanos de las minorías o de una persona, y por eso, no pueden ser equivalentes a la democracia, pero son principalmente las minorías del mundo neoliberal, las que infringen los derechos. La democracia constitucional también nos previene en contra del concepto de soberanía como equivalente a mayorías, ésta, se dice, no es asimilable ni

³⁰⁵ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías: La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2010, p. 25.

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.³⁰⁶

Las minorías a las que se dice proteger por medio de los derechos, no son sociológicamente las más débiles, son las más poderosas de las naciones y del planeta, como lo demuestran las teorías críticas 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, tiene de su lado la estructura institucional de protección, pues los guardianes de los derechos son burócratas no electos, que muchas veces dependen de esos grandes y minoritarios intereses, y definen en total opacidad lo qué son y no son los derechos.

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

³⁰⁶ Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional: una radiografía teórica*, Madrid, Fondo de Cultura Económica de España, 2007.

fundamentales de las minorías —las grandes corporaciones internacionales y de los poderes políticos y económicos que están detrás de ellas—. Los derechos humanos reconocidos no se aprueban en muchos países mediante el referéndum ciudadano. Además son derechos que no 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, pero sobre todo, con los jueces constitucionales que en los sistemas de control concentrado o mixto anulan o invalidan leyes, y en algunos ordenamientos, determinan al legislador sobre la manera específica en la que éste debe legislar materias concretas.³⁰⁷

¿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.³⁰⁸ La dificultad contramayoritaria que significa la interpretación de constituciones conformadas preponderantemente por principios³⁰⁹ 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 hace mucho tiempo, pero sobre todo ahora, 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

³⁰⁷ Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, op. cit., pp. 155-199.

³⁰⁸ Del Águila, Rafael, *La Senda del Mal, Política y Razón de Estado*, Madrid, Taurus, 2000, p. 293 y ss.

³⁰⁹ Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch*, New Haven, Yale University Press, 1962, p. 16.

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?³¹⁰

Algunas de las soluciones proponen una interpretación que asuma los presupuestos democráticos, como es el caso de Ely;³¹¹ otras aluden a la soberanía constitucional;³¹² otras plantean la reducción de los poderes interpretativos del juez —Kelsen y los originalistas norteamericanos—; otras sostienen la legitimidad judicial a partir de las garantías orgánicas y funcionales de independencia e imparcialidad judicial,³¹³ algunas hacen consistir la legitimidad del juez en la calidad de su argumentación para vislumbrar la única respuesta correcta en los casos difíciles,³¹⁴ y otras proponen nuevos diseños institucionales en el poder judicial que propendan a una democracia más deliberativa y participativa,³¹⁵ y así, un largo etcétera de soluciones en un ámbito en donde algunos son muy pesimistas.³¹⁶

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

³¹⁰ Ferreres, Víctor, “Justicia constitucional y democracia”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, México, Porrúa-UNAM, 2002, pp. 247 y 248.

³¹¹ Ely, John, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980.

³¹² Hamilton, Alexander *et al.*, *El federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987. También 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.

³¹³ Andrés Ibáñez, Perfecto, “Democracia con jueces”, *Claves de razón práctica*, Madrid, núm. 128, diciembre 2002, pp. 4-11.

³¹⁴ Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1988, pp. 44-71.

³¹⁵ Nino, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional, análisis jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, pp. 657 y ss.; mismo autor, “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, *Cuadernos y debates*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y 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.

³¹⁶ 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; mismo autor, *Por una teoría jurídica del Estado*, Madrid, Dykinson, 2001; Pintore, Anna, “Derechos insaciables”, en Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 243-265.

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 éstos 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 privilegios de los dirigentes y beneficiarios del *status quo*.

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

Mientras el poder judicial se considere...como ramo de la administración pública, bien podría confiarse el nombramiento de los jueces al ejecutivo, ya por sí solo, ya con intervención del legislativo; pero desde el instante en que el ejercicio de las funciones judiciales se ha considerado como un verdadero poder público; desde el momento en que a ese poder se ha confiado la inviolabilidad de 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...³¹⁷

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 éstos últimos eran, entre otras cosas, debido al método de elección ciudadano, "...independientes, fiera, altanera, soberbia, insensata, irracionalmente independientes..."³¹⁸

En este sentido, la vía de nominación o de selección de los titulares de los órganos constitucionales autónomos no es indiferente, 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 país³¹⁹, y por eso, insiste en que la revisión de constitucionalidad debe permanecer en el Congreso.

La elección por sufragio universal de los titulares de las cortes constitucionales podría comportar críticas e inconvenientes, sobre todo si los candidatos a ocupar esos cargos son postulados por los partidos políticos, reciben financiamiento público o privado o realizan campañas. Para evitar esos inconvenientes es importante que los candidatos a ocupar las titularidades de las cortes constitucionales no sean postulados por los partidos políticos, para que no exista dependencia respecto 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 a su juicio tener la corte constitucional, y 3) elección por voto ciudadano al

³¹⁷ Castillo Velasco, José María del, *Apuntamientos para el estudio del derecho constitucional Mexicano*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2007, p. 203.

³¹⁸ Cosío Villegas, Daniel, *La Constitución de 1857 y sus críticos*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica-Clío, 2007, p. 102.

³¹⁹ Waldron, Jeremy, *The Dignity of Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

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.³²⁰ Habermas cuestiona a Alexy, al señalar 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.³²¹

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 salomónicos³²² 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

³²⁰ Cárdenas Gracia, Jaime, *Manual de argumentación jurídica, op. cit.*, 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.

³²¹ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez...op. cit.*, p. 278; mismo autor, *La inclusión del otro*, Barcelona, Paidós, 1999, p. 55; Arango, Rodolfo, “Concepciones deontológicas y teleológicas de los derechos fundamentales”, en Clérico, Laura *et al.* (coords.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación*, Granada, Comares, 2011, pp. 73-90.

³²² Jiménez Campo, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999, p. 73.

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*—, es incapaz de generar criterios generales, lo que desdora la seguridad jurídica del ordenamiento.³²³

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.³²⁴ Según esas críticas el tribunal constitucional sustituye y ocupa el lugar de la Constitución —la Constitución dice lo que quiere que diga el tribunal constitucional— y las diversas y hasta contradictorias decisiones subjetivas que emite el tribunal constitucional anulan las decisiones democráticas que el legislador ha tomado. El principio de proporcionalidad es una herramienta que 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

³²³ Para mayor profundidad sobre el tema: 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-Reinard (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.

³²⁴ Por ejemplo, véase Waldron, Jeremy, *The Dignity of Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 158-160. Sobre esta discusión véase Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, 2005, pp. 155-199.

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 irracionales.³²⁵

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 *status 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, 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 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 alcan-

³²⁵ 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”, *Berbiqú*, núm. 30, 2005, pp. 14 y ss.

ce 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.