

CONSTITUCIONALISMO Y CONTROL SOCIAL

CONSTITUTIONALISM AND SOCIAL CONTROL

Jaime CÁRDENAS GRACIA

Investigador de tiempo completo del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM

jaicardenas@aol.com

<https://orcid.org/0000-0001-7566-2429>

Fecha de recepción: 3 de diciembre de 2024.

Fecha de aceptación: 28 de enero de 2025.

Resumen:

En este ensayo señalamos que las teorías jurídicas, incluidas las del neopositivismo o neoconstitucionalismo, sirven para legitimar el modelo de dominación política prevaleciente, justifican al neoliberalismo globalizador. Las teorías críticas que son alternativas a las anteriores no han podido tener hasta ahora incidencia en el mundo académico ni en la realidad. Sin embargo, existen ciertos cambios constitucionales como los producidos en México respecto a la elección popular de jueces que, de ser exitosos, podrían implicar una transformación teórica y práctica en el Derecho de Latinoamérica, y entrañan que lo jurídico no siempre tiene que ser entendido como instrumento de control social.

Summary:

In this essay we point out that legal theories, including those of neopositivism or neoconstitutionalism, serve to legitimize the prevailing model of political domination, justify globalizing neoliberalism. Critical theories that are alternatives to the previous ones have so far not been able to have an impact in the academic world or in the reality. However, there are certain constitutional changes such as those produced in Mexico regarding the popular election of judges that, if successful, could imply a theoretical and practical transformation in Latin American Law, and would imply that the legal does not always have to be understood as instrument of social control.

Palabras clave: Teorías neoconstitucionales, teorías críticas, neoliberalismo, derecho de Latinoamérica, y control social.

KEYWORDS: Neoconstitutional theories, Critical theories, Neoliberalism, Latin American Law and social control.

I. Introducción

Las Constituciones son ordenamientos contruidos desde fines políticos y económicos y fundamentos teóricos precisos, y la de 1917 no es la excepción. Nuestra carta magna tuvo como elementos teóricos primigenios los que correspondieron a su época: el positivismo jurídico, el liberalismo político, y el liberalismo social. Durante buena parte del siglo XX, por las características del régimen político autoritario nacional que se mantuvo vivo hasta finales de ese siglo, la Constitución además de positivista y formalista, se vio influida por elementos económicos, políticos y sociales, como el hiperpresidencialismo, el corporativismo, el clientelismo y el populismo.

Con el inicio de la transición a la democracia o liberalización del régimen autoritario en los años ochenta del siglo XX,¹ más el desenvolvimiento de la globalización neoliberal, nuevos aires epistemológicos y metodológicos llegaron a la Constitución. Es obvio, que la reforma constitucional publicada el 10 de junio de 2011 en materia de derechos humanos, más las resoluciones dictadas en el expediente varios 912/2010 y en la contradicción de tesis 293/2011 cambiaron formalmente el paradigma anterior que, por usar la expresión de Ferrajoli, podemos denominar paleopositivista. Hoy en día el marco epistemológico y metodológico de la Constitución -al menos en el discurso y en las altas instancias judiciales- es lo que podemos denominar neoconstitucionalismo garantista. Este paradigma, sin embargo, presenta luces y sombras, pues teórica y normativamente está, tal vez sin proponérselo, al servicio del neoliberalismo -no ha logrado reducir sustancialmente la desigualdad social, pero brinda la esperanza de que sí lo hará por medio de garantías de protección a los derechos fundamentales- y, en los hechos, el modelo no puede lograrse porque carece de base económica mundial y nacional que posibilite su realización. El discurso jurídico de nuestro tiempo es, así lo pienso, un discurso de legitimación del modelo de dominación capitalista -globalizador neoliberal-.²

¹ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Transición política y reforma constitucional en México*, México, UNAM, 1994.

² He desarrollado estas ideas previamente en: CÁRDENAS GRACIA, Jaime, “El constitucionalismo en las teorías críticas en el Derecho latinoamericano”, en CÁRDENAS GRACIA, Jaime, HERNÁNDEZ CERVANTES, Aleida, y NIEMBRO ORTEGA, Roberto, *Teorías críticas y Derecho mexicano*, México, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 19-51.

I. ¿Por qué no puede realizarse el paradigma neoconstitucional?

Son distintas las razones, principalmente económicas, pero también políticas y jurídicas, y de ellas daremos cuenta en las páginas que siguen, no sin antes explicar brevemente qué se entiende por neoconstitucionalismo. Según Guastini, el neoconstitucionalismo implica: 1) La rigidez de la Constitución; 2) El control de constitucionalidad de las leyes; 3) La fuerza vinculante de la Constitución; 4) La sobre interpretación de las disposiciones constitucionales; 5) La aplicación directa de tales disposiciones por parte de los jueces; 6) La interpretación conforme de la ley ordinaria; y, 7) La influencia directa de la Constitución en las relaciones políticas.³ En el neoconstitucionalismo, la interpretación de y desde la Constitución y los tratados, es tan importante que se sitúa en el núcleo mismo de la teoría jurídica y constitucional. Los jueces constitucionales interpretan principios y valores, normas indeterminadas, y distinguen entre casos fáciles y difíciles, lo que les confiere enorme poder frente al resto de los poderes.

Para Alterio, el neoconstitucionalismo presenta los déficits siguientes: 1) Se da al juez, principalmente al juez constitucional un papel inusitado, por encima de los demás poderes establecidos, incluyendo al legislativo; 2) El juez constitucional carece de legitimidad democrática de origen, porque los integrantes de los máximos tribunales de cada país no son electos por los ciudadanos; 3) El juez constitucional suele ser designado por las fuerzas políticas mayoritarias de alguna de las Cámaras del Congreso y por tanto reproduce las concepciones del “status quo” que son afines a esas fuerzas políticas mayoritarias; 4) El juez constitucional representa las concepciones elitistas de la sociedad, pues sus miembros son integrantes de esos sectores; 5) El modelo neoconstitucionalista desconfía de la participación popular y estima como Ferrajoli o Dworkin que los derechos humanos no forman parte del debate democrático, en tanto que los derechos humanos son cartas de triunfo, integran el ámbito de lo no decidible, son un coto vedado; 6) La democracia electoral se modifica por una democracia llamada sustancial –la de los derechos humanos y principios- que subordina a la democracia política; 7) El control de constitucionalidad y convencionalidad está por encima de la voluntad mayoritaria; 8) La política se subordina a la Constitución, los tratados y la interpretación; 9) Los derechos humanos forman parte de una moral objetiva que existe más allá de la

³ GUASTINI, Ricardo, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 49-57.

voluntad de las personas y por tanto no pueden estar limitados por las decisiones mayoritarias; y, 10) El neoconstitucionalismo tiene un fundamento iusnaturalista indudable.⁴

Por mi parte, estimo que las deficiencias del neoconstitucionalismo son las siguientes: 1) Las teorías neoconstitucionalistas prescinden de las condiciones económicas vigentes y de las teorías económicas que las analizan; 2) Las teorías neoconstitucionales eluden a una teoría sobre el poder que dé cuenta del papel contemporáneo de los poderes fácticos, de la hegemonía cultural, ideológica y mediática, y, de la organización y diseño del poder formal; 3) Las teorías neoconstitucionales 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 neoconstitucionalistas son poco exigentes con realidades contemporáneas como la plurinacionalidad y, el multiculturalismo; 5) Aunque existen autores, como Ferrajoli que, se han preocupado por la globalización del constitucionalismo, las teorías del neoconstitucionalismo, no abundan sobre las ventajas, desventajas y posibilidades que para el constitucionalismo tiene la globalización neoliberal; 6) Las teorías neoconstitucionales 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 neoconstitucionales 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 y relativiza a los derechos humanos y promueve la discrecionalidad, sino que es un método que mantiene el “status quo”; y, 10) Las teorías neoconstitucionales son una ficción jurídica, sin asideros en la realidad.⁵

En nuestro tiempo el modelo económico dominante se caracteriza por apostar a la economía irrestricta del mercado y por un Estado que intervenga, no para enfrentar las desigualdades sociales y económicas que provoca la libre competencia como lo hacía el keynesianismo, sino para salvaguardar y extender su presencia, para garantizar su buen funcionamiento, para enfrentar las barreras e impedimentos regulatorios, y proteger las inversiones nacionales y trasnacionales.⁶ El modelo

⁴ ALTERIO, Ana Micaela, “Corrientes del Constitucionalismo contemporáneo a debate”, en *Revista Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, UNAM, IJ, número 8, enero-diciembre de 2014, pp. 227-306.

⁵ CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Del Estado absoluto al Estado neoliberal*, México, UNAM, IJ, 2017, p. 125.

⁶ STEGER, Manfred B. y ROY, Ravi K., *Neoliberalismo. Una breve introducción*, Alianza Editorial, Madrid, 2011, pp. 29-34.

neoliberal abandona la política fiscal macroeconómica que, en el modelo keynesiano, servía para redistribuir la riqueza, y estimula la liberalización de los flujos de comercio, inversiones, y capital entre países.⁷

Tal vez sería pedir mucho que el neoconstitucionalismo desarrolle un modelo económico compatible con él, 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-.⁸ Sin embargo, para que el neoconstitucionalismo fuese posible sería necesario que existiesen condiciones económicas semejantes a las que se tuvieron durante el esplendor o consolidación del Estado del Bienestar en los países desarrollados y occidentales. 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. Con el neoliberalismo globalizador se acrecientan las desigualdades socio-económicas como nunca antes había ocurrido en la historia del capitalismo moderno.

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 se monolítico sino muy diverso, aunque en él han ido ganando los intereses de las grandes corporaciones mundiales y de las potencias más importantes sobre las organizaciones no gubernamentales que defienden los derechos humanos, el “ius humanitatis” o el medio ambiente.⁹

La globalización neoliberal puede, desde una visión de poder, –con la complicidad de los intereses geopolíticos- explicarse por la existencia de una triple alianza entre las empresas transnacionales, el capital local y la burguesía estatal.¹⁰ Los tres factores o elementos de esta alianza comparten su situación común de privilegio sociopolítico y su interés por incrementar su influencia

⁷ PIKETTY, Thomas, *El capital en el siglo XXI*, México, FCE, 2014, pp. 129 y ss.; y, PIKETTY, Thomas, *La crisis del capital en el siglo XXI. Crónicas de los años en que el capitalismo se volvió loco*, México, Siglo Veintiuno editores, 2015, pp. 99 y ss.

⁸ WALLERSTEIN, Immanuel y otros, *¿Tiene futuro el capitalismo?*, México, siglo XXI editores, 2015.

⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid, Editorial Trotta, Madrid, 2009, pp. 292 y ss.

¹⁰ EVANS, Peter, *Dependent Development: The Alliance of Multinational, State and Local Capital in Brazil*, Princeton, PUP, 1979.

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.

El neoliberalismo impulsa una nueva regulación para que el Estado nación sea compatible con las exigencias de la globalización neoliberal.¹¹ 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 protección de las inversiones, 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 derechos humanos 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,¹²

¹¹ FARIA, José Eduardo, *El derecho en la economía globalizada*, Madrid, Trotta, 2001.

¹² HERNÁNDEZ CERVANTES, Aleida, *La producción jurídica de la globalización económica*, México, UNAM, Universidad Autónoma de San Luis Potosí, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales, Mispat, A.C., 2014, pp. 203-216.

Las entidades supranacionales se construyen y desarrollan generalmente para promover dos objetivos: 1) La integración económica y comercial y, 2) La protección de los derechos humanos. De esos dos objetivos prevalece el económico y el comercial, que es el que reciben el mayor impulso. La integración para la salvaguarda de los derechos humanos se utiliza como instrumentos de legitimación del primer objetivo y va a la zaga 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 debiera obligar, 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 neoconstitucionales 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 renunciar pero no abandonar; sin embargo, el alcance y significado de los derechos depende de las concepciones filosóficas y culturales que están detrás de ellos, como lo demuestran, por ejemplo, el análisis de las corrientes filosóficas, el comunitarismo y el multiculturalismo. 3) Los derechos humanos surgen de las aspiraciones de grupos en resistencia frente al poder, ¿cuándo hablamos de derechos, de cuáles estamos hablando?, de los

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

La democracia constitucional es un arreglo para garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos en un sentido muy fuerte,¹³ pero muy equivocado porque carece de sustentos históricos, culturales, sociales y económicos y de una base deliberativa y participativa. Se sostiene que, las mayorías pueden violar los derechos humanos de las minorías o de una persona, pero son principalmente las minorías del mundo neoliberal, las que infringen los derechos. La democracia constitucional también nos previene en contra del concepto de soberanía como equivalente a mayorías, ésta se dice, no es asimilable ni a las mayorías ni a las unanimidades, tanto las mayorías como las unanimidades o las mismas minorías son “fragmentos” de la soberanía. La soberanía termina o concluye cuando se postula, es una idea regulativa, que propone una noción de salvaguarda de los derechos de todos. La democracia constitucional constituye una limitación al poder de las mayorías, y supone falsamente, que lo hace a nombre de las minorías desvalidas y excluidas, cuando son las minorías de los poderosos las que suelen violar los derechos de las mayorías.¹⁴

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

¹³ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías: La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2010, p. 25.

¹⁴ SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia constitucional: una radiografía teórica*, Madrid, Fondo de Cultura Económica de España, 2007.

críticas con el neoliberalismo globalizador. Esas minorías poderosísimas cuentan con los derechos para oponerlos a las amplísimas mayorías que habitan las naciones y el plantea, y tienen además 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 que definen en total opacidad lo que son y no son los derechos.

Existe una fuerte discusión académica pero también política sobre el problema de la legitimidad democrática de los jueces constitucionales, por eso se propone, entre otras medidas que, se les elija por voto ciudadano, lo que en México ya fue aprobado mediante una modificación constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 15 de septiembre de 2024. Las preguntas que se plantean son, entre otras, las siguientes: ¿Cuál es la justificación para que los jueces anulen leyes, reformas constitucionales, o definen las políticas públicas?, ¿no se pone en riesgo la democracia?, ¿a quién representan los jueces? Estos interrogantes ponen en cuestión al sistema democrático, al grado que se habla ya de un gobierno de jueces.¹⁵ La dificultad contramayoritaria que significa lo anterior y la interpretación de constituciones conformadas preponderantemente por principios¹⁶ se ha intentado afrontar acudiendo a múltiples teorías. En algunas de ellas, existe un pesimismo evidente, en otras, se intenta conciliar a la democracia con el papel que en ella juegan los jueces. Desde antiguo, pero sobre todo ahora, que existe una muy clara conciencia en el papel que los principios desarrollan en el modelo constitucional de Derecho, se han dado respuestas diversas sobre la principal cuestión que señala: “sí el principio democrático establece que las decisiones que afectan a la colectividad deben ser adoptadas a través de un procedimiento en el que todos puedan participar con su voz y con su voto, bajo la regla de la mayoría; y si en las condiciones actuales 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?”.¹⁷ Algunas de las soluciones proponen una interpretación que asuma los presupuestos democráticos como es el caso del Ely,¹⁸ otras aluden a la soberanía constitucional,¹⁹ otras plantean la reducción de los poderes interpretativos del juez -Kelsen

¹⁵ DEL ÁGUILA, Rafael, *La Senda del Mal, Política y Razón de Estado*, editorial Taurus, Madrid, 2000, p. 293 y ss.

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

¹⁷ FERRERES, Víctor, “Justicia Constitucional y Democracia”, en *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, CARBONELL, Miguel, comp., México, Porrúa, UNAM, 2002, pp. 247 y 248.

¹⁸ ELY, John, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1980.

¹⁹ HAMILTON, A., MADISON, J., y JAY J., *El federalista*, editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1987. también ver la selección de artículos federalistas y antifederalistas en: SÁNCHEZ CUENCA, Ignacio y LLEDÓ, Pablo, *Artículos federalistas y antifederalistas. El debate sobre la Constitución americana*, Alianza editorial, Madrid, 2002.

y los originalistas norteamericanos-, otras sostienen la legitimidad judicial a partir de las garantías orgánicas y funcionales de independencia e imparcialidad judicial,²⁰ algunas hacen consistir la legitimidad del juez en la calidad de su argumentación para vislumbrar la única respuesta correcta en los casos difíciles,²¹ otras proponen nuevos diseños institucionales en el poder judicial que propendan a una democracia más deliberativa y participativa,²² y así, un largo etcétera de soluciones en un ámbito en donde algunos son muy pesimistas.²³

Se dice también que, al usar la ponderación 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.²⁴ 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.

Además de lo dicho, cabe agregar que las teorías neoconstitucionales o neopositivistas son 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 los derechos –los de igualdad- no pueden ser realizados sin trastocar el modelo capitalista de dominación. Son teorías que desconfían

²⁰ IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, “Democracia con jueces”, en *Claves de razón práctica*, España, Universidad de La Rioja, Progres, diciembre 2002, núm. 128, pp. 4-11.

²¹ DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, editorial Gedisa, Barcelona, 1988, pp. 44-71.

²² NINO, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional, análisis jurídico y politológico de la práctica constitucional*, editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, pp. 657 y ss. También ver: NINO, Carlos, “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, en *Cuadernos y debates*, número 29, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 97 y ss. GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, editorial Ariel, Barcelona, 1996, pp. 173 y ss.

²³ TROPER, Michel, “El poder judicial y la democracia”, en MALEM, Jorge, OROZCO, Jesús y VÁZQUEZ Rodolfo compiladores, *La función judicial. Ética y democracia*, editorial Gedisa, Barcelona, 2003, pp. 209-233. También ver: TROPER, Michel, *Por una teoría jurídica del Estado*, editorial Dykinson, Madrid, 2001. PINTORE, Anna, “Derechos insaciables”, en FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, editorial Trotta, Madrid, 2001, pp. 243-265.

²⁴ WALDRON, Jeremy, *The Dignity of Legislation*, Cambridge University Press, 1999, pp. 158-160. CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, IJ, 2005, pp. 155-199.

de las posibilidades de una democracia radical, de la importancia de un nuevo diseño de las instituciones, que no atienden al modelo de dominación vigente –el neoliberal globalizador–, que ven por encima del hombro a las concepciones comunitarias y multiculturalistas, que ingenuamente piensan que el concepto de democracia constitucional es para salvaguardar los derechos de los débiles, cuando en realidad con él, protegen los derechos de los poderosos, que son la minoría en las naciones y en el planeta. Son teorías profundamente elitistas, oligárquicas y antidemocráticas, porque confían a grupos tecnocráticos de expertos en derechos humanos la determinación y el alcance de los mismos. En fin, son teorías, que no tocan el nervio de los modelos de dominación capitalista neoliberal y globalizadores vigentes, pero tristemente les brindan un servicio de legitimación jurídica para mantener la ilusión de que a través del Derecho son posibles las transformaciones sociales que erradiquen los peores elementos de control social en lo jurídico.

II. Las teorías jurídicas no dominantes en el neoliberalismo

Me refiero a las teorías críticas, al constitucionalismo popular, al nuevo constitucionalismo latinoamericano, y a las teorías críticas al neoliberalismo. Todas ellas, en distintos grados, no son compatibles con el capitalismo neoliberal. Realizan cuestionamiento al modelo de dominación capitalista y sus mecanismos e instrumentos de control social, y por tanto no forman parte ni de los planteamientos teóricos ni normativos del Derecho de nuestro tiempo, principalmente de las naciones de occidente más desarrolladas.

La teoría crítica del Derecho se propone develar a los poderes económicos, políticos y sociales que elaboran y aplican el Derecho para conseguir sus fines o perpetuar el modelo de dominación capitalista neoliberal vigente pero también pretende generar propuestas liberadoras y transformadoras de la realidad.²⁵

Algunas características de las teorías críticas consisten en lo siguiente:

1. Señalar el carácter ideológico del Derecho: instrumento de legitimación del orden existente; ocultador de las relaciones de dominación y de las contradicciones existentes entre las clases y grupos de cualquier sociedad.

²⁵ WOLKMER, Antonio Carlos, *Teoría crítica del Derecho desde América Latina*, México, Akal, 2017, p. 23.

2. Las distintas concepciones del Derecho, ya sean normativistas, realistas o iusnaturalistas, tienen fines políticos e ideológicos para mantener los esquemas de dominación a favor de las clases o grupos dominantes. La pretensión de separar Derecho de Política, Derecho de Moral, Derecho de Ideología, etcétera, es utópica.

3. Las categorías jurídicas, los conceptos jurídicos fundamentales, los métodos argumentativos, y las principales instituciones del Derecho al ser ideológicos, se utilizan para desvirtuar los conflictos sociales y para auxiliar aún por las vías represivas en la pacificación y control de las sociedades.

4. El Derecho es una red de prácticas sociales que suelen estar en conflicto porque representan intereses antagónicos.

5. El estudio del Derecho debe hacerse a partir de esas prácticas sociales con el fin de lograr mayores niveles de igualdad, libertad y justicia en las sociedades, sin pretender armonizaciones artificiales.

6. Los juristas no deben entenderse como agentes del Estado sino como agentes de los grupos sociales con el objetivo de proponer formas de convivencia más justas.

7. La epistemología jurídica debe poner el acento en el conocimiento alternativo, decolonial y contrahegemónico del Derecho.

8. La enseñanza del Derecho debe trascender el estudio de las relaciones de poder y exponer representaciones alternativas de relaciones humanas fraternas, comunitarias y solidarias.²⁶

Desde 1970 las tendencias críticas más importantes han sido:

1. Critical Legal Studies con teóricos como Duncan Kennedy.
2. Association “Critique du Droit” que se ha desarrollado en Francia y con influencias en Brasil y México.
3. Uso alternativo del Derecho que inició en Italia y ha influido en España y en diversos países de América Latina.
4. Enfoques epistemológicos de crítica jurídica que han sido muy importantes en América Latina.
5. El modelo belga de la interdisciplinariedad.

²⁶ WOLKMER, Antonio Carlos, *Teoría crítica del Derecho desde América Latina*, México, Akal, 2017, pp. 42-43.

6. La revisión crítica del Derecho en Alemania.
7. La sociología jurídica de la emancipación nacida en Portugal.
8. La crítica jurídica neomarxista.
9. La crítica psicoanalítica del Derecho. Y,
10. La semiología jurídica.

En las teorías críticas de nuestro tiempo, el antagonismo con el neoliberalismo es preponderante, por ser esa ideología-doctrina de carácter económico, un instrumento dogmático de preservación de la dominación extrema y extractiva de nuestro tiempo, la que produce desigualdad, pobreza, colonialismo, exclusión y saqueo de los recursos nacionales.

La importancia de las teorías críticas hoy en día consiste en resistir los embates del neoliberalismo y sus influencias en el Derecho, ponerlas al descubierto, desenmascararlas, y al mismo tiempo intentar concebir, producir y practicar un Derecho distinto, desde los de abajo, desde los que se encuentran dominados y excluidos de cualquier modalidad de poder económico, político o social.

Desde las posturas críticas del Derecho que provienen o reciben influencia del marxismo, tales como la escuela del uso alternativo del Derecho²⁷ o los partidarios del Critical Legal Studies,²⁸ siempre se ha sostenido: 1) el uso ideológico del Derecho por sus operadores en respaldo de las clases o de los intereses dominantes y, 2) El histórico papel instrumental del Derecho en apoyo al status quo, y la necesidad, a partir de los planteamientos críticos, para que éste sea en adelante un medio a favor de la transformación social.

Para las posturas críticas, la superestructura jurídica no es un simple reflejo o instrumento, sino que es una instancia que proporciona las condiciones generales y contextuales de la existencia de la estructura misma. En este sentido el Derecho expresa las contradicciones de la lucha mundial de las clases sociales y aunque generalmente juega a favor de los intereses de las clases dominantes también puede jugar a favor de las clases dominadas cuando éstas imponen condiciones en la estructura y en el funcionamiento de los aparatos del Estado, incluyendo los locales. Es verdad que entre los sostenedores de las posturas críticas no existen unanimidades y existen visiones pesimistas que estiman

²⁷ POULANTZAS, Nicos, “Marx y el Derecho moderno”, en *Hegemonía y dominación en el Estado moderno*, Buenos Aires, Cuadernos de Pasado y Presente, Siglo XXI Argentina, 1975; CERRONI, Umberto, *Introducción al Pensamiento Político*, México, Siglo XXI, 1994; LÓPEZ CALERA, Nicolás y otros, *Sobre el uso alternativo del Derecho*, Valencia, Fernando Torres Editor, 1975.

²⁸ KENNEDY, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Bogotá, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores, 1999.

que el Derecho nunca puede colocarse del lado de los débiles, pero también están, los que consideran que el Derecho, sobre todo la teoría, pero también la práctica jurídica, pueden aportar contribuciones esenciales para la emancipación de clase. En este sentido las teorías críticas tienen mucho que aportar en la construcción de un derecho alternativo al que proporcionan las teorías neoconstitucionalistas.²⁹

Carlos de Cabo expone las siguientes características del Derecho, según la teoría crítica: 1) Ser el Derecho del conflicto, básicamente del conflicto socioeconómico pero también de otras aproximaciones como las del poder; 2) Asumir que el Derecho es uno de los mecanismos básicos de legitimación y de ocultamiento de la realidad; y 3) Desbloquear el positivismo jurídico: no acudir a la pureza metódica, romper con la neutralidad jurídica, y asumir el papel crítico que le corresponde realizar al Derecho. De Cabo insiste, que en el Derecho es muy importante desenmascarar el rol ideológico y de manipulación que juega el ordenamiento jurídico a favor de los poderes fácticos nacionales y transnacionales.³⁰ Uno de los asuntos cruciales para la teoría crítica consiste en reelaborar, no solo sociológica o políticamente el concepto de pueblo,³¹ sino de también realizar esa tarea jurídicamente.³²

En cuanto al constitucionalismo popular, éste está integrado por aportaciones, principalmente del ámbito norteamericano pero que han tenido impacto en América Latina, principalmente en Sudamérica.³³ Sus notas distintivas son: 1) Flexibilizar la Constitución y excederla; 2) Desafiar la supremacía judicial y en ciertos casos impugnar cualquier forma de control judicial de constitucionalidad; 3) Proponer la interpretación extrajudicial de la Constitución; 4) Sostener la democratización de todas las instituciones políticas y económicas; y, 5) Recuperar la relación entre derecho y política.³⁴ Entre las finalidades destacadas de esta corriente teórica están, el cuestionar el papel del juez constitucional como monopolio máximo intérprete de la Constitución y del

²⁹ BERNAL, Angélica, M., “The Meaning and Perils of Presidential Refounding in Latin America”, *Constellations. An International Journal of Critical and Democracy Theory*, New York, Volume 21, No. 4, 2014; FINCHELSTEIN, Federico, “Returning Populism to History”, *Constellations. An International Journal of Critical and Democracy Theory*, Volume 21, No. 4, New York, 2014; y, STAVRAKAKIS, Yannis, “The Return of the People: Populism in the Shadows of the European Crisis”, *Constellations. An International Journal of Critical and Democracy Theory*, Volume 21, No. 4, New York, 2014.

³⁰ DE CABO MARTÍN, Carlos, *Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico*, Madrid, Trotta, 2014, pp. 52 y ss.

³¹ LACLAU, Ernesto, *La razón populista*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2005, pp. 91 y ss; y, HARDT, Michael-Negri, Antonio, *Empire*, Cambridge Massachusetts, Harvard University Press, 2000.

³² GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito constitucional e teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 1998, pp. 71 y 72.

³³ GARGARELLA, Roberto, “Acerca de Barry Friedman y el “constitucionalismo popular mediado”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Buenos Aires Argentina, año 6, núm. 1, 2005.

³⁴ ALTERIO, Ana Micaela, “Corrientes del Constitucionalismo contemporáneo a debate”, en *Revista Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, UNAM, IJ, núm. 8, enero-diciembre de 2014, pp. 254-255.

ordenamiento³⁵ y, promover al máximo la participación ciudadana en las decisiones colectivas, pues la legitimidad democrática de las mismas depende del grado de participación de las personas en ellas.³⁶

El Derecho en el constitucionalismo popular es cambiante y dinámico. Los ciudadanos deben participar en su procesamiento y en su definición. El control judicial de las leyes debe ser eliminado a favor del control ciudadano de las mismas. Los autores que reivindican esta posición son conscientes de los “riesgos” de la participación popular: el fascismo, el anti intelectualismo, la persecución de minorías impopulares, la exaltación de la mediocridad y la romántica exageración de las virtudes de la masa.³⁷ Sin embargo, consideran que sólo el pueblo puede dotar de legitimidad a los gobiernos y que el miedo a la sociedad o a la mayoría de ella implica mantener los intereses del “status quo”.

La finalidad del Derecho es la de promover la regla de la mayoría y otras formas de participación y deliberación ciudadana para que la totalidad del entramado institucional y la definición de los derechos humanos dependa de la sociedad y no de una élite de ilustrados –los jueces constitucionales- que representan los intereses del status quo. Los constitucionalistas populares se dividen entre los que sostienen que las decisiones trascendentes de la Corte Suprema de los Estados Unidos deben ser revisadas por el Congreso de ese país y, los que de plano estiman que la revisión de la constitucionalidad en los asuntos fundamentales –inconstitucionalidad de leyes y de normas generales- debe corresponder al pueblo mismo.³⁸

Los constitucionalistas populares han propuesto diversos cambios en el derecho norteamericano para alentar la participación ciudadana en la definición de los derechos humanos. Estas modificaciones implicarían: 1) Alentar en los Estados Unidos los procedimientos de reforma constitucional; 2) Elegir popularmente, por voto ciudadano, a los jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos; 3) Facultar a los ciudadanos y a ciertos poderes públicos a revisar las decisiones de la Corte Suprema; 4) A revocar popularmente los nombramientos de los jueces de la Corte Suprema; y, 5) A desobedecer socialmente las decisiones judiciales.³⁹ Todas estas medidas están fundadas en el

³⁵ KRAMER, Larry D., *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, Madrid, Marcial Pons, traducción de Paola Bergallo, 2011.

³⁶ TUSHNET, Mark, *Taking the Constitution Away From the Courts*, Princeton, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1999.

³⁷ BALKIN, Jack M., “Populism and Progressivism as Constitutional Categories”, *Faculty Scholarship Series*, Paper 268, 1995, pp. 1950-1951.

³⁸ POST, Robert y SIEGEL, Reva, “Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy”, *California Law Review* 92, 2004.

³⁹ POST, Robert y SIEGEL, Reva, “Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy”, *California Law Review* 92, 2004, p. 1039.

valor axiológico y no sólo técnico de la regla de la mayoría, en la importancia constitucional de la soberanía popular como origen y fin de las instituciones y normas, en la trascendencia de la deliberación de los asuntos públicos y, en la idea de que el proceso democrático debe definir el sentido y el alcance del Derecho, incluyendo a los derechos humanos.

El nuevo constitucionalismo latinoamericano que teoriza en torno a las Constituciones de Venezuela de 1999, de Ecuador de 2008 y de Bolivia de 2009, contiene rasgos deplorables, pero posee otros que son luminosos. Entre los deplorables está el hiperpresidencialismo que ha fomentado, pero tiene, entre sus facetas positivas las siguientes notas: 1) Busca construir realidades más igualitarias;⁴⁰ 2) Amplía los mecanismos de democracia participativa; 3) Establece fórmulas democráticas al control de constitucionalidad; 4) Rescata el papel del Estado en la economía para superar las desigualdades económicas y sociales; y, 5) Plantea una integración internacional más simétrica que la que se predica en otras latitudes.⁴¹ Podemos decir, que es un constitucionalismo, en el que la voluntad constituyente de las clases populares se manifiesta en una vasta movilización social y política que configura un constitucionalismo desde abajo, protagonizado por los excluidos y sus aliados, con el objetivo de expandir el campo de lo político más allá del horizonte liberal, mediante una institucionalidad nueva (plurinacionalidad), una territorialidad nueva (autonomías asimétricas), una legalidad nueva (pluralismo jurídico), un régimen político nuevo (democracia intercultural) y nuevas subjetividades individuales y colectivas (individuos, comunidades, naciones, pueblos, nacionalidades), en donde todos esos cambios constitucionales buscan garantizar la realización de políticas anticapitalistas y anticoloniales.⁴²

El nuevo constitucionalismo latinoamericano promueve amplísimos medios de democracia directa, participativa y deliberativa, incluyendo al reconocimiento del derecho de resistencia y la democracia intercultural. Es un constitucionalismo que libera a los Constituyentes originarios de las ataduras que puedan imponer a su desarrollo los tratados y acuerdos internacionales firmados con anterioridad a las elaboraciones de las Constituciones respectivas. Es una teoría que desconfía del poder elitista de los tribunales constitucionales y por eso intenta mitigar el poder de éstos con fórmulas

⁴⁰ GARGARELLA, Roberto, “El constitucionalismo latinoamericano de ayer a hoy: promesas e interrogantes”, mimeo. Ver también: GARGARELLA, Roberto, “El nacimiento del constitucionalismo popular”, en GARGARELLA, Roberto, *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, tomo I, 2008, pp. 249- 262.

⁴¹ VICIANO PASTOR, Roberto y MARTÍNEZ DALMAU, Rubén, “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Quito, Ecuador, Corte Constitucional, 2010, 9-43.

⁴² SANTOS, Boaventura de Sousa, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, México, Guatemala y Buenos Aires, Universidad de los Andes, Sigo del Hombre Editores y Siglo Veintiuno Editores, 2010, p. 85.

participativas. En la Constitución se determinan criterios expresos para la interpretación constitucional a fin de evitar la discrecionalidad judicial⁴³ y, en algunos casos, se establecen las acciones populares de inconstitucionalidad para que los ciudadanos, sin acreditar legitimación procesal específica puedan plantear cuestiones de inconstitucionalidad ante los tribunales constitucionales.⁴⁴

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

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

Seguramente, el nuevo constitucionalismo latinoamericano puede recibir críticas, porque ha alentado el hiperpresidencialismo en América Latina, pero debe ser tomado en serio, como una vía

⁴³ VILLABELLA, Carlos, *Nuevo constitucionalismo latinoamericano. ¿Un nuevo paradigma?*, México, Grupo Editorial Mariel, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, A.C., Universidad de Guanajuato, Juan Pablos Editor, 2014.

⁴⁴ ALTERIO, Ana Micaela y NIEMBRO, Roberto, “¿Qué es el constitucionalismo popular? Una breve referencia al uso de las fuerzas armadas en México como fuerzas de seguridad”, en ALTERIO, Ana Micaela y NIEMBRO, Roberto, *Constitucionalismo popular en Latinoamérica*, México, Porrúa, 2013, p. 178.

para enfrentar las consecuencias nocivas del neoliberalismo globalizador. Su carácter alternativo, su insistencia en la igualdad material, su énfasis en los derechos de los pueblos originarios, la recuperación de las distintas formas de participación democrática, la defensa de los recursos naturales a favor de la nación, la rectoría económica que promueve a favor del Estado-nacional, la ampliación de los derechos sociales y colectivos desconocidos en el derecho occidental y, la orientación de una política basada en la solidaridad y en la cooperación frente al individualismo posesivo del neoliberalismo globalizador son, a todas luces poderosos instrumentos para superar los profundos elementos negativos del neoliberalismo globalizador expresado en el neoconstitucionalismo débil.

La crítica al neoliberalismo globalizador de nuestro tiempo es consecuencia del impulso al gran capital en el ámbito jurídico mundial. Los Estados-nación en función de su fuerza política y económica en el concierto mundial pueden, en algunos casos, negociar y disputar el contenido de su propio Derecho, aunque generalmente éste es recibido por los Estados nación como algo ya dado que sólo debe formalizarse por los canales internos de cada país para que en los territorios nacionales y sobre las poblaciones respectivas tenga vigencia. De esta suerte, el Derecho del Estado responde a concepciones externas, de carácter elitista, que obedecen a intereses económicos de unos cuantos y que muy pocas veces tienen que ver con los derechos, intereses y necesidades de las sociedades.⁴⁵

Los poderosos del mundo requieren de sistemas jurídicos y estatales compatibles con el modelo neoliberal.⁴⁶ Por tanto, existe un modelo jurídico y estatal del neoliberalismo que proporciona servicio a los dogmas neoliberales para que los más ricos, el 1% de la población mundial, se siga distanciando social, económica, política y jurídicamente, del 99% de la población más pobre del planeta.

Una importante característica del derecho del neoliberalismo consiste en ser un derecho opaco e ilegítimo. La opacidad es evidente porque las normas jurídicas del “soft law” son producidas por instancias supranacionales gubernamentales y no gubernamentales, sin el concurso de la sociedad, sin rendición de cuentas. Es ilegítimo el derecho de la globalización neoliberal porque se trata de un derecho conformado por personas que no han sido electas por el pueblo, que no le rinden cuentas al pueblo, que no pueden ser removidas de sus funciones por el pueblo y, porque el derecho producido no responde a los intereses del pueblo ni a los derechos fundamentales, sino a los intereses y deseos

⁴⁵ HERNÁNDEZ CERVANTES, Aleida, *La producción jurídica de la globalización económica*, México, UNAM, Universidad Autónoma de San Luis Potosí-Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát, A.C., 2014, pp. 203-216.

⁴⁶ KAPLAN, Marcos, *Estado y globalización*, México, IJ, UNAM, primera reimpresión, 2008.

de las grandes corporaciones internacionales y de los poderes políticos y económicos que están detrás de ellas. El derecho de la globalización no se somete en muchos casos a la aprobación de los parlamentos de los Estados-nación y mucho menos al referéndum ciudadano.

III. Conclusiones

Los que estudiamos la teoría y práctica del Derecho tenemos mucho que decir. El noble sueño de juristas como Ferrajoli, que insisten y piden un constitucionalismo mundial, debe ser rescatado, pero con plenitud de conciencia. La globalización del constitucionalismo no será posible sin grandes luchas, tanto jurídicas como económicas, sociales y políticas. Las instituciones internacionales que definen la marcha económica, política y militar del mundo requieren ser democratizadas. A nivel interno de los Estados, no puede transformarse la realidad vigente sin una profunda democratización de las sociedades nacionales y de las instituciones políticas.

Las aspiraciones nacionales y mundiales del constitucionalismo pueden ser realidad en algún momento, pero ello exige cambiar el modelo económico neoliberal vigente, tanto en sus facetas ideológicas e institucionales como en las económicas. El neoliberalismo como ideología implica asumir que sus piezas y elementos básicos constituyen el discurso dominante de nuestro tiempo, que las élites económicas y políticas lo consideran como dogma verdadero. La ideología neoliberal sostiene una imagen idealizada del libre mercado, del comercio e inversiones y estima que los individuos son seres descontextualizados y egoístas que sólo persiguen su interés y satisfacción mediante el consumo. El neoliberalismo como ideología recela de la intervención económica del Estado en la economía a menos que sea para favorecer al gran capital especulativo y financiero, condena a las empresas públicas, rechaza el rol del sindicalismo reivindicativo, descarta las negociaciones colectivas obrero-patronales, desconfía de las normas medioambientales y fiscales que entorpecen el funcionamiento del libre mercado. Cualquier esquema institucional y jurídico que entrañe sustituir o limitar el desempeño individual es reputado como una afectación a la libertad y el progreso.

El neoliberalismo en sus versiones actuales conduce a profundas desigualdades nacionales y planetarias. Por eso, muchas voces, exigen un neoliberalismo global con rostro humano,⁴⁷ lo que de suyo parece difícil de conseguir, ya que está en juego la acumulación constante y expansiva del capital

⁴⁷ STIGLITZ, Joseph E., *El malestar en la globalización*, Madrid, Santillana ediciones, 2002, pp. 307 y ss.

y el poder de los centros hegemónicos. Un neoliberalismo global con rostro humano implicaría reducir los grandes beneficios de las transnacionales y limitar el poderío militar y político de las grandes potencias.

Desde luego que ello sería posible mediante la toma de conciencia y las luchas de las sociedades. Tal como ocurrió a finales del siglo XIX, sectores sociales proactivos en las naciones pueden conseguir el milagro de la matización de los efectos más nocivos del neoliberalismo globalizador y hasta podrían obtener su sustitución pacífica por otras formas de organización política, económica y jurídica –tal vez la instauración de un constitucionalismo mundial mediante la participación de la sociedad planetaria-. Sin embargo, ello no se ve nada fácil, y el camino, así como el futuro, parecen ser muy inciertos.

IV. Bibliografía

- ALTERIO, Ana Micaela y NIEMBRO, Roberto, “¿Qué es el constitucionalismo popular? Una breve referencia al uso de las fuerzas armadas en México como fuerzas de seguridad”, en ALTERIO, Ana Micaela y NIEMBRO, Roberto, *Constitucionalismo popular en Latinoamérica*, México, Porrúa, 2013.
- ALTERIO, Ana Micaela, “Corrientes del Constitucionalismo contemporáneo a debate”, en *Revista Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 8, enero-diciembre de 2014.
- BALKIN, Jack M., “Populism and Progressivism as Constitutional Categories”, *Faculty Scholarship Series*, Paper 268, 1995.
- BERNAL, Angélica, M., “The Meaning and Perils of Presidential Refounding in Latin America”, *Constellations. An International Journal of Critical and Democracy Theory*, Volume 21, No. 4, New York, 2014.
- BICKEL, Alexander, *The Least Dangerous Branch*, New Haven, Yale University Press, 1962.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Transición política y reforma constitucional en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, “El constitucionalismo en las teorías críticas en el Derecho latinoamericano”, en CÁRDENAS GRACIA, Jaime, HERNÁNDEZ CERNTES, Aleida, y NIEMBRO ORTEGA, Roberto, *Teorías críticas y Derecho mexicano*, México, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2019.

- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *Del Estado absoluto al Estado neoliberal*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
- CERRONI, Umberto, *Introducción al Pensamiento Político*, México, Siglo XXI, 1994.
- DE CABO MARTÍN, Carlos, *Pensamiento crítico, constitucionalismo crítico*, Madrid, Trotta, 2014.
- DEL ÁGUILA, Rafael, *La Senda del Mal, Política y Razón de Estado*, editorial Taurus, Madrid, 2000.
- DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, Barcelona, editorial Gedisa, 1988.
- ELY, John, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1980.
- EVANS, Peter, *Dependent Development: The Alliance of Multinational, State and Local Capital in Brazil*, Princeton, PUP, 1979.
- FARIA, José Eduardo, *El derecho en la economía globalizada*, Madrid, Trotta, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, editorial Trotta, Madrid, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías: La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2010.
- FERRERES, Víctor, “Justicia Constitucional y Democracia”, en *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, CARBONELL, Miguel comp., Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002.
- FINCHELSTEIN, Federico, “Returning Populism to History”, *Constellations. An International Journal of Critical and Democracy Theory*, vol. 21, No. 4, New York, 2014.
- GARGARELLA, Roberto, “Acerca de Barry Friedman y el “constitucionalismo popular mediado”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Buenos Aires Argentina, año 6, núm. 1, 2005.
- GARGARELLA, Roberto, “El constitucionalismo latinoamericano de ayer a hoy: promesas e interrogantes”, mimeo.
- GARGARELLA, Roberto, “El nacimiento del constitucionalismo popular”, en GARGARELLA, Roberto, *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, tomo I, 2008.
- GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona, editorial Ariel, 1996.
- GOMES CANOTILHO, J. J., *Direito constitucional e teoria da Constituicao*, Coimbra, Almedina, 1998.

- GUASTINI, Ricardo, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.
- HAMILTON, A., MADISON, J., y JAY J., *El federalista*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987.
- HARDT, Michael-Negri, Antonio, *Empire*, Cambridge Massachussets, Harvard University Press, 2000.
- HERNÁNDEZ CERVANTES, Aleida, *La producción jurídica de la globalización económica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Universidad Autónoma de San Luis Potosí-Centro de Estudios Jurídicos y Sociales. Míspat, A. C., 2014.
- IBÁÑEZ, Perfecto Andrés, “Democracia con jueces”, en *Claves de razón práctica*, España. Universidad de La Rioja, Progres, diciembre 2002, núm. 128.
- KAPLAN, Marcos, *Estado y globalización*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, primera reimpresión, 2008.
- KENNEDY, Duncan, *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Bogotá, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores, 1999.
- KRAMER, Larry D., *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, Madrid, Marcial Pons, traducción de Paola Bergallo, 2011.
- LACLAU, Ernesto, *La razón populista*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2005.
- LÓPEZ CALERA, Nicolás y otros, *Sobre el uso alternativo del Derecho*, Valencia, Fernando Torres Editor, 1975.
- NINO, Carlos, “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, en *Cuadernos y debates*, número 29, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- NINO, Carlos, *Fundamentos de derecho constitucional, análisis jurídico y politológico de la práctica constitucional*, editorial Astrea, Buenos Aires, 1992.
- PIKETTY, Thomas, *El capital en el siglo XXI*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014.
- PIKETTY, Thomas, *La crisis del capital en el siglo XXI. Crónicas de los años en que el capitalismo se volvió loco*, México, Siglo Veintiuno editores, 2015.
- PINTORE, Anna, “Derechos insaciables”, en FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, editorial Trotta, Madrid, 2001.
- POST, Robert y SIEGEL, Reva, “Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy”, *California Law Review* 92, 2004.
- POULANTZAS, Nicos, “Marx y el Derecho moderno”, en *Hegemonía y dominación en el Estado moderno*, Buenos Aires, Cuadernos de Pasado y Presente, Siglo XXI Argentina, 1975.

- SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia constitucional: una radiografía teórica*, Madrid, Fondo de Cultura Económica de España, 2007.
- SÁNCHEZ CUENCA, Ignacio y LLEDÓ, Pablo, *Artículos federalistas y antifederalistas. El debate sobre la Constitución americana*, Alianza editorial, Madrid, 2002.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*, México, Guatemala y Buenos Aires, Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores y Siglo Veintiuno Editores, 2010.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid, Editorial Trotta, Madrid, 2009.
- STAVRAKAKIS, Yannis, “The Return of the People: Populism in the Shadows of the European Crisis”, *Constellations. An International Journal of Critical and Democracy Theory*, vol. 21, No. 4, New York, 2014.
- STEGER, Manfred B. y ROY, Ravi K., *Neoliberalismo. Una breve introducción*, Alianza Editorial, Madrid, 2011.
- STIGLITZ, Joseph E., *El malestar en la globalización*, Madrid, Santillana ediciones, 2002.
- TROPER, Michel, “El poder judicial y la democracia”, en MALEM, Jorge, OROZCO, Jesús y VÁZQUEZ, Rodolfo, compiladores, *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona, editorial Gedisa, 2003.
- TROPER, Michel, *Por una teoría jurídica del Estado*, editorial Dykinson, Madrid, 2001.
- TUSHNET, Mark, *Taking the Constitution Away From the Courts*, Princeton, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1999.
- VICIANO PASTOR, Roberto y MARTÍNEZ DALMAU, Rubén, “Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano”, en *El nuevo constitucionalismo en América Latina*, Quito, Ecuador, Corte Constitucional, 2010.
- VILLABELLA, Carlos, *Nuevo constitucionalismo latinoamericano. ¿Un nuevo paradigma?*, México, Grupo Editorial Mariel, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, A.C., Universidad de Guanajuato, Juan Pablos Editor, 2014.
- WALDRON, Jeremy, *The Dignity of Legislation*, Cambridge University Press, 1999.
- WALLERSTEIN, Immanuel y otros, *¿Tiene futuro el capitalismo?*, México, Siglo XXI editores, 2015.
- WOLKMER, Antonio Carlos, *Teoría crítica del Derecho desde América Latina*, México, Akal, 2017.

