

APROXIMACIONES A LAS INCONSISTENCIAS TEÓRICAS DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO*

FABIO ENRIQUE PULIDO ORTIZ, LILIANA SANABRIA MARTÍNEZ
JENNY CAROLINA BURGOS CASAS, GRACE LORENA RAMÍREZ
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE COLOMBIA

Resumen

En este trabajo se pretende aclarar y encarar algunos aspectos teóricos entre el Estado social de Derecho y el neoconstitucionalismo, con el fin de no incurrir en los reiterados equívocos de la dogmática constitucional. Para ello, primero se describen los elementos esenciales del concepto de Estado moderno y el impacto de la globalización en ellos. Luego se explica la teoría estándar en torno a diferencias entre el Estado legal de Derecho y el Estado social de Derecho. En la tercera parte del trabajo se presentan los diferentes modelos de ciudadanía, es decir, los modelos acerca del reconocimiento de los derechos de las personas. Por último, a manera de conclusión, se presentan las características generales del constitucionalismo contemporáneo en torno a la Constitución y los derechos humanos y se plantea que los enunciados normativos “tal como aparecen en las Constituciones y tratados internacionales” no son suficientes para regular los comportamientos de las personas, por lo que se requiere la interpretación e implementación judicial de los derechos en los casos concretos con el fin de adaptar el Derecho a la realidad social.

Palabras clave: Estado social, neoconstitucionalismo, globalización, ciudadanía.

Los autores: Fabio Enrique Pulido Ortiz, investigador de la Universidad Católica de Colombia, director del semillero Observatorio de Justicia Constitucional. Correo electrónico: fepulido@ucatolica.edu.co
Liliana Sanabria Martínez, investigadora de la Universidad Católica de Colombia, directora del semillero Observatorio de Justicia Constitucional. Correo electrónico: lsanabria62@ucatolica.edu.co
Jenny Carolina Burgos Casas, estudiante de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, miembro del semillero Observatorio de Justicia Constitucional. Correo electrónico: jcburgos34@ucatolica.edu.co

Grace Lorena Ramírez, estudiante de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, miembro del semillero Observatorio de Justicia Constitucional. Correo electrónico: glramirez52@ucatolica.edu.co

* Este trabajo forma parte de las actividades de investigación formativa desarrolladas en el semillero de investigación Observatorio de Justicia Constitucional y Derechos Humanos.

AN APPROACH TO THE THEORETICAL INCONSISTENCIES OF THE SOCIAL RULE OF LAW

FABIO ENRIQUE PULIDO ORTIZ

LILIANA SANABRIA MARTÍNEZ

JENNY CAROLINA BURGOS CASAS

GRACE LORENA RAMÍREZ

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE COLOMBIA

Abstract

This paper is intended to clarify and face some of the theoretical aspects of Social Rule of Law and neo-constitutionalism in order to avoid incurring the usual equivocal statements of constitutional dogmatics. To that effect, we first describe the overriding elements of the Modern State concept and how globalization has had an impact on it. Next, we explain the standard theory regarding the differences between the Rule of Law and the Social Rule of Law. The third part of the paper presents the various models of citizenship, that is, models related to the acknowledgment of people's rights. To conclude, we present the general characteristics of contemporary constitutionalism with regard to Constitution and Human Rights. There we suggest that the normative statements \rightarrow —the way they appear in Constitutions and international treaties— are not enough to regulate people's behaviors which makes it a requirement to make a legal interpretation and implementation of rights in the specific cases in order to adapt Law to social reality.

Keywords: rule of law, neo-constitutionalism, globalization, citizenship.

The authors: Fabio Enrique Pulido Ortiz, researcher at Universidad Católica de Colombia, director of the research group Observatorio de Justicia Constitucional (Constitutional Justice Observatory)

Liliana Sanabria Martínez, researcher at Universidad Católica de Colombia, director of the research group Observatorio de Justicia Constitucional (Constitutional Justice Observatory)

Jenny Carolina Burgos Casas, undergraduate Law student at Universidad Católica de Colombia, member of the research group Observatorio de Justicia Constitucional (Constitutional Justice Observatory)

Grace Lorena Ramírez, undergraduate Law student at Universidad Católica de Colombia, member of the research group Observatorio de Justicia Constitucional (Constitutional Justice Observatory)

Introducción

En 1991, las empresas públicas de Cartagena iniciaron la construcción de un alcantarillado en la ciudad. Después de un año la obra no había sido terminada, lo cual generó desbordamiento de aguas negras y malos olores que afectaban a los residentes de un barrio campestre cercano al lugar. Mediante acción de tutela, un ciudadano solicitó la terminación de la obra. El Tribunal Administrativo de Bolívar falló en contra de las pretensiones del ciudadano, tras argumentar que “la acción de tutela sólo es procedente para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales” y no para la protección del derecho a la salubridad pública contemplado en el Artículo 88 de la Constitución Nacional, el cual “no se encuentra expresamente señalado como fundamental en la Constitución Nacional”. Por el contrario, la Corte Constitucional decidió tutelar el derecho considerando que “el derecho al servicio de alcantarillado, en aquellas circunstancias en las cuales afecte de manera evidente derechos y principios constitucionales fundamentales” como la dignidad humana o la vida, “debe ser considerado como derecho susceptible de ser protegido por la acción de tutela”. Esta tesis fue fundamentada por la Corte Constitucional en el carácter normativo de la Constitución como principio esencial del Estado social de Derecho, según lo cual “la Constitución es una norma jurídica que debe ser aplicada y respetada de inmediato”.¹ La decisión de la Corte Constitucional y la tesis en la que se fundamenta se convirtieron en un hito de la historia constitucional contemporánea, tanto, que es por regla incorporada en cursos de Derecho Constitucional y en prestigiosa literatura jurídica colombiana.²

Así, para quienes han estudiado Derecho Constitucional en los últimos veinte años, no es extraña la idea de que el constitucionalismo contemporáneo se fundamenta en el Estado social de Derecho (en adelante ESD), del cual se deriva la tesis del valor normativo de la Constitución y, por ende, el deber de los jueces de aplicar directamente los principios y derechos constitucionales. Esta idea, entre otras cosas, puede considerarse como el núcleo central del neoconstitucionalismo (en adelante NC). En otras palabras, puede identificarse en el discurso actual un matrimonio conceptual entre NC y ESD.

¹ Corte Constitucional, *Sentencia T-406 de 1992*. M. P. Ciro Angarita Barón.

² Véase, por ejemplo, Manuel Fernando Quinche, *Derecho Constitucional colombiano. De la Carta de 1991 y sus reformas*, 4a. ed. (Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2010). Jacobo Pérez Escobar, *Derecho Constitucional colombiano*, 8a. ed. (Bogotá: Temis, 2010).

Para el caso colombiano, se dice que a partir de la Constitución Política de 1991 el país es un Estado social de Derecho. En efecto, el Artículo 1 de la Constitución Política define a Colombia como tal y la doctrina y la jurisprudencia no paran de recordarlo. A pesar de la popularidad del concepto, el ESD está cargado de ambigüedades e inexactitudes. En muchas ocasiones, incluso, no se va más allá del uso emotivo del ESD. Tal situación no pasaría de ser una anécdota más de las curiosas funciones del lenguaje jurídico y político, si no fuera porque del ESD surgen cuestiones normativas de cardinal importancia. Así, por ejemplo, se nos dice que del hecho de que Colombia sea un ESD se deriva que los jueces –sobre todo la Corte Constitucional– tienen la última palabra sobre el contenido y el alcance de las normas constitucionales. ¿Qué es lo que caracteriza al ESD y lo distingue de otros modelos? ¿Es el intervencionismo económico? ¿Es la positivización de derechos, los mecanismos de exigibilidad y la judicialización de la constitución? ¿Es el NC una ideología particular para defender los postulados del Estado social de Derecho? O, al revés, ¿es el ESD la consagración institucional de los postulados del NC? Además, el problema del ESD y el NC se agudiza con la entrada de un nuevo componente teórico: la globalización. En efecto, si se concibe el ESD como el punto de llegada institucional de los postulados del NC, resulta que la globalización pone en crisis el concepto mismo de Estado y, por ende, del ESD.

En este trabajo se pretenden aclarar algunos de los aspectos teóricos involucrados en la problemática planteada y, de esta manera, encararla sin incurrir en los reiterados equívocos en la dogmática constitucional. Para ello, primero se describen los elementos esenciales del concepto de Estado moderno y el impacto de la globalización en ellos. Luego, se explica la teoría estándar en torno a diferencias entre el Estado legal de Derecho y el Estado social de Derecho. En la tercera parte del trabajo se presentan los diferentes modelos de ciudadanía, es decir, los modelos acerca del reconocimiento de los derechos de las personas. Por último, a manera de conclusión, se presentan las características generales del constitucionalismo contemporáneo en torno a la Constitución y los derechos humanos.

Estado moderno y globalización

El concepto moderno de Estado se define por los siguientes elementos esenciales: territorio, soberanía, humano o personal y económico. El territorio es el espacio físico en la que el Estado ejerce su soberanía. La soberanía, por su parte, se distingue entre interna o doméstica y externa o internacional. En otras palabras, para que una organización política sea considerada Estado, debe existir un poder que

ejerce dominio sobre una población y territorio delimitados y exclusivos y que subsiste gracias a unos recursos que consigue y distribuye. Concretamente, el Estado moderno se distingue de otras organizaciones políticas existentes por la relación soberanía-territorio-población, en el sentido de que el poder público se ejerce monopólicamente sobre un segmento-territorio determinado. La soberanía implica, según la visión moderna, que los poderes territoriales cuenten con el monopolio del poder estatal (creación de normas jurídicas, coacción-coerción y adjudicación).³ En este orden de ideas, los modelos de Estado se pueden distinguir según la concepción en torno al fundamento y organización del poder.

Por su parte, el elemento humano define “la membrecía” de quienes podrán ser considerados ciudadanos, sujetos a las cargas y beneficios de pertenecer a la organización política o, lo que es lo mismo, define la ciudadanía. De conformidad con T. H. Marshall⁴, la ciudadanía se compone de tres elementos: 1) Un elemento civil, relacionado con los derechos y obligaciones referentes a la libertad individual. 2) Un elemento político, concerniente a los derechos y obligaciones relativas al ejercicio del poder político. 3) Un elemento social, tocante al bienestar social, económico y cultural de los ciudadanos.

Tabla 1. Elementos del Estado

| Elementos del Estado | | |
|---|--|--|
| Poder | Humano | Económico |
| Fundamento: naturalista, teocrático, racionalista, etc. | Civil: derechos y obligaciones relacionados con la libertad individual. | Adquisición y administración de recursos, cargas beneficios. |
| Organización/estructura. | Político. Derechos y obligaciones relativas al ejercicio y control del poder político. | |
| Límites. ¿El poder tiene límites? ¿Quién los establece? | | |
| Producción normativa y de solución de conflictos. | Social: derechos y obligaciones de bienestar. | |

Fuente: elaboración propia

³ Laura Saldívia, “Estudio preliminar” en *Estado, soberanía y globalización* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar, 2010), 121-123.

⁴ T. H. Marshall, *Ciudadanía y clase social* (Madrid: Alianza, 1998), 144-145.

Globalización y su impacto en los elementos del Estado moderno

Se han reconocido tres fases en el proceso moderno de globalización. La primera, iniciada en 1870 e interrumpida hacia 1913 por la Primera Guerra Mundial, se caracterizó por gran movilidad de capital, de mano de obra (grandes migraciones) y por el auge del comercio internacional gracias a la reducción de costos del transporte. La segunda fase inició al término de la Segunda Guerra Mundial en 1945, con el régimen macroeconómico establecido en Bretton Woods y se extendió hasta la caída del mismo. Esta fase se caracterizó por el esfuerzo de crear instituciones internacionales de cooperación financiera y comercial, la variedad de modelos económicos, la escasa movilidad de capital y mano de obra y por ser una época de prosperidad económica (la edad de oro), aunque concentrada en los países desarrollados, principalmente Estados Unidos, Japón, Alemania, Francia, Italia y Reino Unido. Por último, la tercera y actual fase del proceso moderno de globalización, que abarca los últimos treinta años.⁵ Es preciso aclarar que la globalización es un proceso lineal con un resultado predestinado. Las fases que hemos descrito se deben más a los caprichos del orden económico internacional, es decir, “un proceso histórico contingente, abierto y diferenciado sin un destino fijo determinado”.⁶ La fase actual del proceso moderno de globalización económica⁷ se caracteriza por una generalización del neoliberalismo, la aparición de numerosas empresas transnacionales con procesos de producción integrados y la “homogenización de los modelos de desarrollo”⁸ (que no es otra cosa que el fundamentalismo del mercado o neoliberalismo), pero la principal característica de la actual globalización es la hegemonía de la economía financiera sobre la real.

Se inicia con la caída del régimen de Bretton Woods. Con este nombre se conoce el marco institucional creado tras la Segunda Guerra Mundial para regular las relaciones financieras internacionales y en el cual se conciliaba la liberalización del comercio y las finanzas internacionales con cierta independencia de los Estados para atender su desarrollo y pleno empleo. Se creía que una economía al estilo *laissez-faire* era impensable y por ello era justificable la acción institucional en determinados objetivos

⁵ Comisión Económica para América Latina y el Caribe [Cepal], “El carácter histórico y multidimensional de la globalización” en *Globalización y desarrollo* (Brasilia: Autor, 2002), 17-21.

⁶ Cepal, “El carácter histórico y multidimensional”, 17-21.

⁷ David Held, Anthony McGrew, David Goldblatt y Jonathan Perraton, *Transformaciones globales. Política, economía y cultura* (Oxford: Oxford University Press, 2002), XXX-XLVII.

⁸ Cepal, “El carácter histórico y multidimensional”, 17-21.

políticos, sociales y económicos. De esta manera, en Bretton Woods se ideó un régimen económico internacional que buscaba, por una parte, garantizar paridades cambiarias fijas, permitiendo control en los movimientos de capital que no obstaculizaran el desarrollo del comercio internacional y, por otra, la reconstrucción de las economías europeas devastadas por la guerra. El resultado fue la implementación de dos instituciones para facilitar la intervención internacional: primero, el Fondo Monetario Internacional, cuya función era atender cuestiones macroeconómicas para mantener la estabilidad económica mundial con el objetivo de impedir una nueva depresión global; segundo, el Banco para la Reconstrucción y el Desarrollo (posteriormente el Banco Mundial) que, como su nombre lo indica, propendía en sus inicios por la recuperación económica de una Europa devastada por la guerra y atendía cuestiones estructurales, como el gasto público, las instituciones financieras de los países, los mercados laborales y las políticas comerciales.⁹ Asimismo, se contempló una institución que manejara las relaciones comerciales internacionales, que fomentara el libre movimiento de bienes y servicios, la negociación de concesiones internacionales y el arreglo de disputas.¹⁰ Esta última institución vino a consolidarse solo hasta 1995, con la Organización Mundial del Comercio (OMC).

Sin embargo, el sistema de Bretton Woods no duró mucho. La debilidad del dólar como patrón monetario, Estados Unidos en problemas de competitividad con Japón, Europa en plena reconstrucción económica y los gastos de Estados Unidos en la guerra de Vietnam, entre otros, son hechos que determinaron que el régimen de Bretton Woods finalizara a poco menos de treinta años de su implementación. Pero es, sin duda, el crecimiento del mercado financiero el que determina en mayor medida la caída del antiguo régimen. Volvió a imperar un sistema monetario hegemónico centrado en el poder económico y financiero de Estados Unidos y de donde resulta un rápido crecimiento de los movimientos mundiales de capital sin regulación.¹¹

Por otra parte, desde un comienzo las instituciones económicas creadas en Bretton Woods fueron dominadas por las potencias industrializadas, sobre todo por Estados Unidos, con lo cual la idea de regulación imparcial de la economía global fue tan solo una ilusión que fue tomando tintes hegemónicos cuando cambiaron

⁹ Joseph Stiglitz, *El malestar en la globalización* (Madrid: Taurus, 2003), 40-42.

¹⁰ Stiglitz, *El malestar*, 44-45; Joel R. Paul, ¿Es realmente libre el libre comercio? (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2006), 124-126.

¹¹ El ejemplo más notorio de la desregulación son las instituciones financieras sin control ni regulación (offshore). Benjamin Hopenhayn y Alejandro Vanoli, *La globalización financiera. Génesis, auge, crisis y reformas* (Buenos Aires: FCE, 2002), 24.

las economías objeto de las actividades de estas instituciones. Ya no son los países europeos devastados por la guerra (pues se habían recuperado), sino las economías socialistas en transición al capitalismo y los países en desarrollo de África, Asia y América Latina.

En la década del ochenta, con el Consenso de Washington –entre el FMI, el BM y Estados Unidos–, los principios económicos surgidos después de la Segunda Guerra y plasmados en los acuerdos de Bretton Woods cambiaron radicalmente. Los puntos cardinales de dicho consenso en los que se basó la nueva política económica que iría a dirigir al mundo en los siguientes años, se fundamentó en tres puntos: austeridad fiscal, privatización y liberalización del mercado, con énfasis en los dos últimos.

El fracaso y la incoherencia de estos postulados han sido evidentes. La privatización no funcionó, porque las actividades que desarrollaba el Estado no pudieron ser asumidas por el sector privado (lo que aparentemente pensaba el FMI), lo que trajo –en especial a los países en desarrollo, carentes de estructurados sistemas de seguridad social– un aumento del desempleo, de la pobreza y de la delincuencia, pues, si se acaba con una fuente principal de empleo sin prever una alternativa, los altos costos sociales serían cuestión de tiempo.¹²

Se pensó que con la liberalización comercial se crearían empleos más productivos y se eliminarían los ineficientes creados detrás de la regulación, se fomentaría el desarrollo de las empresas nacionales y se potenciarían las ventajas competitivas de cada país.¹³ Sin embargo, los resultados no podían ser los esperados, si consideramos que la creación de empresas prósperas requería de un Estado con elevada educación y un consistente apoyo de financiación, que en la mayoría de los países no existía; además, se limitó el acceso de los productos de los países en desarrollo a los mercados de los países centrales, mientras se abrieron prematuramente los de los primeros. De forma similar, las inversiones extranjeras directas (IED) han aumentado en número, aunque concentradas en diez países en desarrollo –China, Brasil, México, Singapur, Argentina, Malasia, Bermudas, Chile, Islandia y República de Corea–. A pesar de que

¹² Stiglitz, *El malestar*, 90-96.

¹³ Las ventajas comparativas son características de la doctrina económica del liberalismo clásico mediante la cual lo importante es que un país se especialice en la producción eficiente y a menor costo de determinado bien, en lugar de invertir en productos para los cuales no tiene los elementos suficientes para su producción competitiva. Así, se favorece el intercambio y el acceso a productos que, de otra manera, serían más costosos, fomentándose la riqueza de las Naciones. Helena Alviar García, *La búsqueda del desarrollo, estudio preliminar a Paul, ¿Es realmente libre el libre comercio?*, Nuevo Pensamiento Jurídico (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2006), 156.

la expansión de las IED ha favorecido en cierta forma un sistema de producción global en industrias de alta tecnología e industrias de consumo, las diferencias Norte-Sur no han cambiado y continúan siendo una relación dominante-dominado, al observarse que las industrias de alta tecnología de los países en desarrollo son filiales de empresas multinacionales, donde la mayor parte de la investigación y el desarrollo tecnológico se realizan en los países centrales. En el caso de las industrias de consumo, las multinacionales diseñan el producto para luego subcontratar en empresas locales de países en desarrollo; por eso, su monopolio en el mercado sigue siendo manifiesto, dado que las novedades tecnológicas tienen origen en el Norte, lo que constituye una indudable fuente de poder, sobre todo de las empresas multinacionales y se aumenta su “capacidad de negociación frente a los gobiernos en desarrollo”.¹⁴ Un ejemplo irónico y hasta aberrante de la hipocresía con que se maneja la economía mundial lo vemos cuando Estados Unidos insistió en que China se ajustara al sistema financiero en el menor tiempo posible como si fuera un país desarrollado, mientras él mismo exigía ser tratado como un país menos desarrollado que China, para que le concedieran un mayor tiempo para rebajar sus barreras a las importaciones de textiles. Otra “hipocresía”¹⁵ en la liberalización del comercio se aprecia en el mercado de mano de obra. Los comercios se abrieron para los servicios exportados por los países centrales (tecnológicos y financieros), mientras se cerraban para aquellos en que las ventajas las tenían los trabajadores de países en desarrollo (construcción y marítimos).¹⁶

La OMC, institución encargada de vigilar el libre comercio, en realidad protege un liberalismo que camufla un fuerte rol de los Estados en el mercado y de los intereses de los países industrializados y sus grandes multinacionales en contra de las personas y sectores menos favorecidos del mundo.¹⁷

En el campo de la liberalización financiera el diagnóstico no es más alentador. Las economías sanas han aprendido que una excesiva desregulación provoca graves problemas en el mercado de capitales, incluso de los países desarrollados. De esta manera, mientras los países desarrollados no abrieron sus mercados de capitales sino hasta bien avanzado su desarrollo, el sistema económico mundial exige a los países menos desarrollados abrir su mercado financiero en poco tiempo. El distanciamiento de la globalización financiera con la economía de producción intercambio

¹⁴ Organización de las Naciones Unidas, “Globalización: naturaleza e impacto” en *Por una globalización justa: crear oportunidades para todos* (Nueva York, Autor, 2004), 186.

¹⁵ Stiglitz, *El malestar*, 101.

¹⁶ Stiglitz, *El malestar*, 99-101.

¹⁷ Paul, ¿Es realmente libre el libre comercio?, 142-143.

y empleo (economía real). En efecto, cuanto más lejana esté la economía financiera de la economía real, menos podrá servir como herramienta social y, si bien es cierto que la globalización financiera permite que el dinero circule más fácil, los hechos han demostrado que la globalización de los mercados financieros no ha solucionado y hasta ha empeorado las necesidades de grandes sectores sociales. Más aún si tenemos en cuenta que especialmente en América Latina y sus economías débiles e indebidamente desregularizadas, la “globalización financiera” influye sobre un poder político proclive hacia la corrupción y en donde los “dineros negros” (por el tráfico de drogas, por ejemplo) dan pie a Gobiernos ilegítimos.¹⁸ El problema se ve oscurecido al observarse que esos dineros no pueden ser utilizados para crear empresa y empleos y hace menos atractivo realizar inversiones a largo plazo en un país subdesarrollado.¹⁹

Las políticas económicas que imperan en el proceso de globalización actual han fracasado como estrategia de desarrollo. El neoliberalismo no cumple con el ideal de reducir la pobreza ni fomentar el desarrollo.²⁰ Aunque hay bastantes argumentos teóricos acerca de que el libre comercio²¹ ni siquiera fomenta el crecimiento económico, lo que queremos demostrar es la hipocresía que domina el debate y la implementación de las políticas económicas (fundamentalismo de mercado) en la globalización.

De los repetidos fracasos del FMI, de las instituciones económicas globales y, en general, de toda la doctrina y la práctica librecambista del régimen neoliberal, la pregunta que nos surge es: ¿Por qué los repetidos errores? ¿Por qué, a pesar de que la renta mundial aumenta, la pobreza también lo hace? ¿Por qué la incoherencia de las políticas del sistema económico mundial? Creemos que la respuesta es evidente: el sistema y la teoría económica neoliberal están al servicio de intereses particulares, sobre todo de la comunidad financiera y el tesoro de Estados Unidos como su mayor defensor.²²

¹⁸ Hopenhayn y Vanoli, *La globalización financiera*, 35.

¹⁹ Stiglitz, *El malestar*, 104.

²⁰ El presidente de los Estados Unidos, George W. Bush, al defender y solicitar apoyo ante el Congreso de dicha Nación expresó que: “El libre comercio prende los motores del crecimiento económico generando nuevos empleos y nuevos ingresos. En efecto, utiliza el poder de los mercados para satisfacer las necesidades de los pobres”. Paul, ¿Es realmente libre el libre comercio?, 66.

²¹ El liberalismo que se predica en el discurso económico internacional es un liberalismo mentiroso. En teoría, se pretende un liberalismo clásico, donde se aplique la teoría de la ventaja comparativa. Sin embargo, los hechos han demostrado que el liberalismo actual no ha fomentado el desarrollo ni la reducción de la pobreza.

²² Stiglitz ha señalado que la falta de coherencia (y yo diría que la hipocresía también) del FMI se debe a que, además de perseguir su mandato expreso (proteger la economía mundial), la defensa del libre mercado esconde que está “defendiendo los intereses de la comunidad financiera”. Stiglitz, *El malestar*, 288-297.

Así, la actual globalización económica dista de ser la globalización del libre mercado pregonado por el neoliberalismo; más bien, podríamos decir que es la globalización de las políticas económicas que convienen a la comunidad financiera y comercial de los países industrializados, en especial de Estados Unidos. De allí la incoherencia de las políticas del FMI, el Banco Mundial, la OMC y las demás instituciones multilaterales. Por lo tanto, las más sobresalientes características de la actual fase de globalización son el fracaso de los postulados del consenso de Washington y de las políticas de las instituciones multilaterales como políticas de desarrollo, la marcada incoherencia e hipocresía de dichas políticas –explicables si se entienden como políticas de favorecimiento al mercado financiero y al comercio de grandes empresas multinacionales en donde los costos sociales son soportados por los países más pobres y sus habitantes desaventajados– y sus beneficios a un reducido sector privado.

Como vemos, la globalización ha tenido una interpretación reduccionista dirigida solo al ámbito económico, en razón a que las decisiones del Estado se han centrado en a medir sus consecuencias en términos económicos y financieros, desconociendo sus implicaciones sociales, políticas, organizativas y fundamentalmente jurídicas. Algo que se debe, en parte, al debate que está surgiendo sobre la crisis de la soberanía estatal, fundado en la pérdida de la voluntad de los Estados para autodeterminarse, debido a la demanda del modelo económico actual para que los Estados se ajusten a los rangos de competencia mundial. Sin embargo, esta posición es bastante criticada por pretender limitar todo a términos económicos y creer que la influencia de los Estados en la dinámica mundial es mínima e irrelevante gracias a la presión que ejerce el capital globalizado “sobre los gobiernos para que adopten políticas económicas neoliberales que implica transferencia de autoridad política hacia corporaciones privadas u organizaciones e instituciones locales, regionales, internacionales o globales”.²³ Se niega, entonces, el potencial de influencia de las multiplicidades sociales al interior de un Estado que no se conectan directamente con la complejidad actual del sistema económico mundial, sino a enfrentamientos y profundas contradicciones históricas entre los sectores de la sociedad. Por tanto, es indiscutible la visión miope que maneja esta postura del concepto de soberanía, al entenderla solo como libertad de autodeterminación de un Estado y desconocer que la soberanía también hace referencia a la capacidad jurídica de reconocimiento mutuo.

Esta mirada no es la única postura que se ha venido desarrollando en relación con la globalización; también existe el caso de quienes la consideran como un proceso transformista, mas no revolucionario, que ha redefinido la soberanía de los Estados

²³ Saldivia, “Estudio preliminar”, 167-168.

y ha reducido su capacidad de acción, pero no los ha sacado del panorama global, pues siguen siendo actores relevantes tras la reubicación y reconfiguración de su funcionamiento.²⁴

Por otro lado, encontramos posiciones escépticas en torno a la globalización y sus efectos en la soberanía estatal. Estas consideran que hay una percepción equivocada sobre la existencia de un período en donde la soberanía era inquebrantable y estaba bien definida. De por sí, la globalización entendida como interacción internacional, ha sido un fenómeno constante que ha enfrentado a los Estados, como un reto endémico no novedoso. Por tanto, “no es evidente que los retos actuales sean cualitativamente diferentes de los que existían en el pasado”, porque “los niveles de integración de los mercados de capital internacional no son mayores hoy de lo que eran en el siglo XIX”.²⁵ Esta posición ha sido criticada porque no incorpora las singularidades que caracterizan a esta época y la intervención de nuevos actores no estatales.

Aclaradas las posturas que se han venido consolidando en el análisis de la globalización, para efectos de este trabajo es necesario acoger una definición sobre el concepto de globalización tendiente a dar una respuesta respecto a si los diálogos transnacionales deben ser entendidos como una forma de globalización.

Para David Held²⁶ la “Globalización es un fenómeno multidimensional que involucra diversos dominios de actividad e interacción, incluyendo los dominios económicos, políticos, tecnológicos, militares, jurídicos, culturales y medioambientales. Cada una de estas esferas involucra diferentes patrones de relaciones y actividades”.

La globalización, entonces, puede ser definida en función del “desmantelamiento de las barreras artificiales a los flujos de bienes, servicios capitales, conocimientos, y (en menor grado) personas a través de las fronteras”.²⁷ Por ello, la globalización implica una deconstrucción de la noción tradicional de las fuentes de creación y validez del Derecho, como consecuencia de la insuficiencia de las normas nacionales “para garantizar las expectativas de los particulares y la solución de los conflictos”²⁸, es decir, un desplazamiento del centro de creación de las normas hacia actores o

²⁴ Sakia Sassen, “Reubicar la ciudadanía, posibilidades emergentes” en *La nueva Geografía Política, contrageografías de la globalización* (Madrid: Traficantes de sueños, 2003), 87-94.

²⁵ Stephen Krasner, *Globalización y soberanía* (Bogotá, Siglo del hombre editores, 1999), 87-92.

²⁶ Christian Joerges, Inger-Johanne Sand y Gunther Teubner eds., *Transnational Governance and Constitutionalism* (Oxford: Hart Publishing, 2004), 53.

²⁷ Stiglitz, *El malestar*, 34.

²⁸ Joerges, Sand y Teubner eds., *Transnational Governance*, 71.

regímenes privados, posición que no deja de ser criticable y centrada en prospectos económicos.²⁹

En este punto, creemos que la transformación de las instituciones jurídicas y de poder resulta perjudicial para los países que no forman parte de la hegemonía mundial, porque los países del centro no han dado a los países periféricos un tiempo prudencial o suficiente para la adaptación cultural y para los cambios exigidos por ellos³⁰, situación evidente en la región latinoamericana, que no ha podido responder con eficiencia a la demanda hegemónica y cuya consecuencia ha sido la continuidad de un pensamiento legal restringido a la esfera local, a los trasplantes y préstamos del pensamiento jurídico externo a la región, sin una interpretación circunstanciada y distintiva de su realidad y de la nuestra.

En la actualidad, la tradicional concepción del Estado ha sido puesta en entre dicho por los procesos de la globalización. En el modelo tradicional de la relación entre Estados, conocido como el “modelo de Westefalia” (siglo XVII), se afirmaba que el mundo se componía de Estados territoriales soberanos sin autoridad superior a ellos mismos, con el monopolio del poder estatal interno (tradicionalmente producción legislativa, solución de conflictos y ejecución de la ley), subordinación del Derecho Internacional (dualismo) y predominio de la fuerza en las relaciones internacionales (principio de poder efectivo).³¹ Dado que tras la Segunda Guerra Mundial el principio de poder efectivo se ha visto mermado, aunque no excluido, los elementos que ahora se discuten son, en definitiva, la soberanía territorial y la subordinación del Derecho Internacional.

No hay duda de que la soberanía, en especial la de los países con poco poder económico, ha sido minada por la globalización económica. Las diferencias entre política interna-externa han sido desafiadas por la política global, en donde las decisiones políticas tomadas en algún lugar del mundo tienen la facultad de repercutir en un Estado territorial, con lo cual la teoría dualista del Derecho Internacional viene a ser más un ideal normativo, pues los hechos hasta acá descritos hacen ver a la política en general y al Derecho en particular como una unidad (monismo). Por otra parte, los actores políticos no son únicamente los Estados y las entidades gubernamentales; ahora el campo político global es compartido con diferentes actores y organizaciones intergubernamentales, corporaciones transnacionales,

²⁹ Joerges, Sand y Teubner eds., *Transnational Governance*, 72.

³⁰ Stiglitz, *El malestar*, 34.

³¹ Held, McGrew, Goldblatt y Perraton, *Transformaciones globales*, 1-21.

grupos de presión transnacionales, movimientos sociales transnacionales, etc., así como también actores y grupos de presión nacionales que se involucran en la arena internacional. La gran variedad de actores políticos se suma a la también extensa cantidad de asuntos que asume la política global, pues además de los tradicionales intereses geopolíticos de seguridad y asuntos militares, se agregan aspectos, sociales, jurídicos, culturales, ecológicos y, como ya vimos, económicos.

Por ejemplo, en la segunda mitad del siglo XX, dada la inestabilidad política y legal en relación con los convenios internacionales de inversión que dieron lugar a las IED, se idearon y elaboraron tratados bilaterales de inversión (TBI) entre los Estados de los inversionistas y los “países anfitriones”. De esta manera, con el fin de minimizar los riesgos de la inversión, se exigió el mismo trato que el dado a las empresas nacionales y se adoptó un régimen de solución de controversias. Con la intención de atraer inversionistas, los países en desarrollo suscribieron una amplia variedad de dichos tratados. Posteriormente, con el florecimiento del “fundamentalismo de mercado”, se incluyó en los convenios de inversión la liberalización de las inversiones, eliminando las restricciones que se imponen a las inversiones extranjeras y los requisitos de desempeño que imponen condiciones a las actividades de inversión. Con todo esto se configuró el piso jurídico necesario para exigir “judicialmente” los compromisos adquiridos en los convenios de inversión, lo que favorecía a los países desarrollados de donde venían los inversores y en desmedro de los intereses de los países anfitriones, por lo general en desarrollo. Cuando surge un conflicto a razón de dichos convenios, que en principio parecen ser de interés privado, adquieren naturaleza pública, pues al ser sometidos ante tribunales extranjeros (el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones [CIADI], por ejemplo), que aplican una legislación de naturaleza privada y comercial, determinan en sus decisiones materias de política pública como tasas impostitas o regímenes arancelarios y hasta políticas ambientales o sociales.³²

Sin embargo, el papel de los Estados como principal actor de la relaciones internacionales sigue incólume, aunque su soberanía (como independencia, si esto alguna vez existió) haya sido transformada en forma radical. Se ha entendido que la soberanía implicaba independencia y autonomía en las decisiones políticas (leyes y actos políticos gubernamentales) legislativas y en la resolución de conflictos derivados de dichas decisiones. Esta tradicional forma de ver las funciones del Estado ha sido reevaluada, no solo en sus dimensiones internas-externas, sino también en

³² Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable y World Wildlife Fund, *Derechos privados, problemas públicos* (Manitoba: Autor, 2001), 5-27 y 43-56.

la distinción económica-política, público-privado y política-judicial, con todos los inconvenientes de legitimidad democrática y de soberanía que esto conlleva. Los Estados se han convertido en una prenda de garantía. En efecto, mientras por un lado se pregona la liberalización de los mercados de capital y del comercio, con todos los déficits e hipocresías que marcamos, por el otro se tiene que el Estado permanece como el último garante de los compromisos comerciales y financieros, por ejemplo, soportando las decisiones adversas de los tribunales internacionales en materia de inversión extranjera y garantizando el derecho de propiedad y la efectividad de los contratos.³³

Es paradójico observar cómo, mientras de alguna forma los países en desarrollo van en progresiva transición hacia regímenes democráticos, el campo para las decisiones políticas es más reducido.³⁴ En otras palabras, para qué optar por una democracia cuando las decisiones finales las toman otros (como vimos en el caso de los procesos por los convenios de inversión), en beneficio de un reducido número de actores privados.

Pero, pensamos, se debe tratar de afianzar estructuras estatales adaptadas a las nuevas circunstancias. Los Estados no pueden perder la batalla contra la contradictoria realidad económica. Como vimos, la liberalización, en especial cuando es acometida en forma prematura, sin instituciones financieras sólidas y sin equidad, ha incrementado los riesgos en la economía global, cuyos efectos son soportados por los más pobres. Una liberalización consciente y productiva requiere de una actitud eficiente del Estado. Podemos tomar como ejemplo el caso de China que, con prudencia, impidió la liberalización del mercado hasta tanto fuera competitivo y beneficioso. En definitiva, la adecuada política económica que se adopte requiere un trabajo eficiente y arduo del Estado, pues este no puede ser desplazado tan a la ligera, sin que ello se manifieste en una derrota del desarrollo.

Un elemento de la tradicional concepción del Estado que ha sido transformado en los procesos de globalización es el ciudadano. La ciudadanía ha sido entendida como la relación entre el Estado y sus asociados y que implica deberes y derechos. La legitimidad democrática de cualquier Estado viene dada por la interacción directa que exista entre el Estado y su pueblo, sus ciudadanos. No obstante, ese elemento se

³³ Sakia Sassen, "El Estado y la ciudad global: notas para una concepción de Gobierno localmente concentrado" en *Los espectros de la globalización* (Buenos Aires: FCE, 2003), 219-225.

³⁴ Manuel Antonio Garretón, "Globalización y contratendencias" en *La dinámica global/local* (Bogotá: Ediciones Ciccus La Crujía, 1999), 98-103.

hace cada vez más abstracto y es difícil identificarlo. Movimientos multiculturales y pluralización de identidades, entre otros fenómenos, hacen que se exija una devolución del poder del orden nacional al subnacional.³⁵ En el elemento humano del Estado, o sea, la ciudadanía, ocurre un fenómeno similar al del mundo económico financiero, a saber, la propagación de la ficción gracias a los sistemas electrónicos e informáticos de la “civilización global.com”.³⁶ En definitiva, la conexión unitaria entre Estado-Nación y ciudadano se ha perdido y los Estados deben afrontar no solo el hecho de la aceptación de la doble y múltiple nacionalidad, que sigue reconociendo al concepto de Nación como fundamental para el reconocimiento de ciudadanía, sino la desnacionalización de la ciudadanía.³⁷

Hay un claro vínculo entre los efectos de los procesos de globalización económica y la fragmentación de la noción de ciudadanía. El concepto medular de la ciudadanía es la igualdad material.³⁸ Ser ciudadano es pertenecer a un Estado en condiciones iguales a los demás conciudadanos. Una generalizada decadencia social a causa del desempleo, la pobreza, la inseguridad, etc. en donde el Estado, por su debilitamiento político, no cumple con sus básicos deberes dentro del contrato social, donde un mínimo de igualdad material no es garantizado, hace que la ciudadanía, como concepto de lealtad, se destruya. El mercado no debía resolver los problemas sociales. Estos son asuntos del Estado y no los ha atendido, entonces, ¿por qué cumplir con los correspondientes deberes ciudadanos si la contraparte no lo ha hecho?

En conclusión, si la ciudadanía es el elemento central de una concepción antropocéntrica del Estado –como es pregonada por las modernas sociedades democráticas– y el concepto medular de dicho concepto es la igualdad material, la tarea central del Estado es contraponerse a los efectos desintegradores y de exclusión (desigualdad) de los procesos de globalización económica.

³⁵ Seyla Benhabib, *Las reivindicaciones de la cultura* (Buenos Aires: Katz, 2006), 292-293.

³⁶ “En esta civilización global.com, las personas se reducirán a una dirección de correo electrónico en el espacio y sus vidas políticas y culturales proliferarán en gran medida en el universo electrónico, en tanto sus vínculos temporales serán de corta duración, cambiantes y superficiales”. Benhabib, *Las reivindicaciones de la cultura*, 295.

³⁷ Sassen, “Reubicar la ciudadanía”, 87-94.

³⁸ No creemos que la igualdad material sea igualdad numérica de bienes y servicios, sino una igualdad de oportunidades y del reconocimiento y estímulo de capacidades.

Del Estado legal de Derecho al Estado social de Derecho

Por Estado legal de Derecho (o Estado de Derecho) se ha entendido aquel surgido de las revoluciones liberales (por ello su designación, también, como Estado legal de Derecho). La ideología liberal burguesa, caracterizada la filosofía racionalista, estableció las bases fundamentales de la organización del poder del Estado liberal. Para lo que interesa a este trabajo, la organización liberal del poder implicaba: 1) Una separación estricta de poderes, en especial, la producción normativa general monopolizada por el legislador y la solución de conflictos, confiada a los jueces, debía someterse exclusivamente a la decisión legislativa general. 2) La Constitución entendida como un programa político que debía interpretar y poner en ejecución exclusivamente el legislador. En este sentido, la Constitución es, en todo caso, una norma jurídica que solo es interpretada y aplicada por el legislador en la creación normativa general.

En relación con la ciudadanía, el Estado liberal se caracterizaba por un reconocimiento –si se quiere, fundamentalista– de los derechos de libertad y propiedad y del reconocimiento de derechos políticos. Se debe tener en cuenta, sin embargo, que si bien el liberalismo pregonaba una protección de los derechos de libertad, de propiedad y políticos, negaba dichos derechos a las mujeres y a los pobres. Incluso, en pleno esplendor de los ideales liberales se justificaron y mantuvieron estructuras esclavistas. El elemento social no era considerado como derecho, porque dicho reconocimiento implicaba la intervención del Estado en el elemento económico, lo cual, según los dogmas económicos liberales, era imposible. En efecto, la distribución de beneficios y cargos sociales debía quedar liberada a la sociedad y sus reglas de competencia, lo cual redundaba en un beneficio para esta como grupo, toda vez que se fomentaba la creación y acumulación de riquezas.

El Estado social de Derecho es el modelo resultante de las crisis políticas y económicas acaecidas entre el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX (Revolución Industrial, la crisis económica y dos guerras mundiales). Es definido, sobre todo, como un acomodamiento o adaptación del Estado de Derecho a las distintas crisis (económicas) y amenazas (políticas) que lo tenían acorralado. Las crisis económicas y la irrupción de las influentes teorías económicas de Keynes llevaron a que el Estado interviniera en la economía para asegurar las condiciones mínimas de bienestar económico de las personas y de estabilidad macroeconómica; esto desencadenó la necesidad de encontrar nuevas formas de producción jurídica y de solución de conflictos. En consecuencia, el dogma de separación de poderes fue abandonado

ante las nuevas funciones estatales y trajo consigo la creación de nuevos órganos, por ejemplo, la Banca Central.

La teoría jurídica había desnudado las falacias de los dogmas liberales de interpretación, creación y aplicación del Derecho. Los jueces —se demostró— no son los actores pasivos de aplicación del Derecho, como lo defendían los dogmáticos liberales. Así, se evidenció que la producción normativa no puede desligarse por completo de la solución de conflictos. Recuérdese, incluso, que las teorías críticas llegaron a afirmar que la única fuente real de creación normativa son las decisiones judiciales.

A partir de la segunda mitad del siglo XX se comenzó a forjar un nuevo paradigma en el concepto de Constitución. El neoconstitucionalismo, como ahora se conoce, defiende la positivización de una carta robusta de derechos y el establecimiento de una organización política democrática deliberativa y limitada por un texto constitucional. El neoconstitucionalismo defiende, además, que para asegurar el contenido constitucional es necesaria la existencia de alguna forma de control constitucional.

Las crisis sociales, económicas y culturales ocurridas en el siglo XX llevaron al reconocimiento de nuevos derechos en el elemento ciudadano, entre ellos, los derechos sociales y culturales y se propugnó por una materialización de las promesas del constitucionalismo, mediante la positivización de tales derechos y la instauración de garantías judiciales. El nuevo modelo de Estado se vio favorecido con la creación de nuevos textos constitucionales a partir de la segunda mitad del siglo XX, y particularmente en Hispanoamérica. En ellos es común el reconocimiento del Estado social de Derecho como principio constitucional y la positivización de una carta robusta de derechos y garantías judiciales.

El concepto de Estado social de Derecho se ha visto inmerso en distintos equívocos, sobre todo en lo referente a la teoría del carácter normativo de la Constitución. Según esta teoría, en el Estado legal de Derecho la Constitución era un “simple mandato o programa” para el legislador, mientras que para el Estado social de Derecho, la Constitución es norma jurídica, toda vez que puede ser aplicada por los jueces, quienes, además, pueden dejar de utilizar las normas que la contradigan.³⁹ De acuerdo con lo anterior, el moderno Estado social de Derecho o, con mayor exactitud, el Estado constitucional de Derecho, se caracteriza porque, por fin, la Constitución es una norma jurídica, puesto que es susceptible de uso directo por parte de los jueces. Empero, la

³⁹ Eduardo García Enterría, *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*, 3a ed. (Madrid: Civitas, 1994), 45-48.

situación no es tan clara: ¿Cuál es la teoría de las normas inmersa en esta idea? ¿Qué quiere decir que en el Estado constitucional de Derecho se consagra la Constitución como norma jurídica? En los párrafos que siguen se presenta la concepción estándar acerca del Estado social de Derecho y la Constitución como norma jurídica, siguiendo para ello la tesis de la Corte Constitucional sentada en la Sentencia T-406 de 1992, para luego ofrecer una presentación crítica de los alcances de dicha teoría.

Tabla 2. Modelos de Estado

| | | Estado liberal de Derecho | Estado social de Derecho |
|--------------|------------|---|---|
| Antecedentes | | Revoluciones burguesas | Crisis del capitalismo y amenaza del comunismo/ intento de adaptación |
| | | Ilustración y racionalismo | Crisis económicas y guerras mundiales |
| | | Dogmas liberales | Derechos que se constitucionalizan |
| | | Idealización del Derecho | Crisis del concepto de Estado |
| Elementos | Poder | Racionalismo/Ilustración/filosofía liberal | Neoconstitucionalismo/discursos de derechos |
| | | Separación de poderes/idealización del legislador | Confusión de poderes Aparición de nuevas funciones |
| | | Constitución: mandato al legislador | Judicialización de la Constitución |
| | | Por mayorías | Consensual |
| | Ciudadanía | Derechos individuales Libertad, seguridad y propiedad Igualdad formal | Derechos sociales Dignidad humana Nuevos y proliferación de derechos Igualdad real Bienestar: ampliación ciudadanía |
| | Económico | <i>laissez faire</i> : intervención correctiva | Dirección permanente y programada |

Fuente: elaboración propia

El Estado social de Derecho según la Sentencia T-406 de 1992

La Corte Constitucional distingue entre aspectos cuantitativos y cualitativos del Estado social de Derecho. Los aspectos cuantitativos están dados por la aparición del Estado de bienestar, el cual exige la intervención del Estado en la economía

con el objeto de garantizar mínimos estándares de calidad de vida y el aumento de la creación jurídica, principalmente por parte del Ejecutivo. De otro lado, el Estado social de Derecho implica, según la Corte, un cambio cualitativo, “debido al surgimiento de una nueva manera de interpretar el Derecho”, acorde con la cual existe una “pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular” y, en consecuencia, “una mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos”. De lo anterior la Corte deriva “la enorme importancia que adquiere el juez constitucional en el Estado social de Derecho”. En este orden de ideas, la concepción del Derecho propia del Estado social tiene los siguientes elementos: 1) La pérdida de valor de los textos normativos. 2) La corrección de las decisiones judiciales en función de la justicia material y no de su pertenencia formal a un sistema jurídico o de la formulación lingüística de las normas. 3) La importancia de las características específicas de los hechos concretos de cada caso. Desde esta tesis, las normas jurídicas identificables en los textos legales no constituyen el Derecho, pues este depende, en definitiva, de las circunstancias específicas de cada caso y deben ser adaptadas e incluso corregidas por los jueces, para cumplir con las exigencias de justicia.

En la Sentencia comentada, la Corte afirma que, como consecuencia de las complejidades propias de los Estados contemporáneos, se ha presentado un agotamiento de la capacidad reguladora de las normas jurídicas como pautas de comportamiento general y abstracto y así “la ley pierde su tradicional posición dominante y las decisiones judiciales adquieren una importancia excepcional”. En este contexto, se hace necesaria la aparición del juez constitucional, por una parte, para controlar al órgano legislativo y, por la otra, para evitar “las dificultades derivadas del crecimiento desbordante del poder ejecutivo”. Además, la idea de control judicial resulta esencial “para lograr una adaptación del derecho a la realidad social”, toda vez que “en la realidad viviente de los litigios, el juez está en plena capacidad, como ningún otro órgano del régimen político de desempeñar ese papel”. En definitiva, concluye la Corte, en el nuevo paradigma “los derechos son aquello que los jueces dicen a través de las sentencias”.

Por último, de conformidad con el giro cualitativo que implica el Estado social de Derecho en la interpretación, enfatiza en el proceso de aplicación de las normas jurídicas, más que en la formulación de las mismas. Para la Corte, en vez de la preocupación por la formulación de los derechos, resulta fundamental determinar cuál es el derecho aplicable en casos conflictivos. Esta tarea debe ser adelantada

por el juez constitucional puesto que “la relación entre los derechos es un dato que viene de los hechos” que se ponen en su conocimiento en cada proceso.

La teoría de la Constitución como norma jurídica

Una primera interpretación sugiere que solo es norma jurídica aquella aplicable por los jueces. ¿Están defendiendo entonces una teoría realista crítica del Derecho? Recordemos que las teorías realistas críticas del Derecho entienden que no existen normas previas a las decisiones judiciales, por lo que el estudio del Derecho no debe tener por objeto las normas ni los sistemas normativos, sino el comportamiento efectivo de quienes están en posición de tomar decisiones concretas y de resolver casos. De plano, esta primera interpretación debe ser rechazada. Las teorías que defienden el carácter normativo de la Constitución (neoconstitucionalistas) no niegan que el Derecho esté conformado por normas y sea, en definitiva, un sistema normativo; incluso defienden que la Constitución se ha convertido en el criterio material de validez de todas las normas jurídicas, con lo cual están lejos de adherir a una tesis escéptica de las normas.

Una segunda interpretación posible diría que solo son normas aquellas susceptibles de aplicación en casos concretos (reales) por parte los jueces. Este sentido tiene la idea de Constitución como norma jurídica que se aplica en casos concretos; no toda norma requiere aplicación concreta para ser jurídica. Siguiendo la clásica definición de Alchourron y Bulygin,⁴⁰ se entiende por norma jurídica aquella proposición (conjunto de símbolos) que correlaciona un hecho con una solución (prohibiciones, facultades, obligaciones y competencias). Por supuesto que todas las normas deben tender a su aplicación, pero de ello no se sigue que deba hacerse por medio de los jueces. De este modo, la teoría que estamos analizando olvida la distinción entre normas primarias y normas secundarias.⁴¹ Las primarias son aquellas que establecen derechos y obligaciones para las personas. Las secundarias, por su parte, definen las competencias para crear y modificar reglas primarias (reglas de cambio), para administrar los conflictos que se susciten en su aplicación (reglas de adjudicación) y los criterios para identificar normas jurídicas (reglas de reconocimiento). Afirmar que la Constitución es norma jurídica porque se puede aplicar en casos parece sugerir que solo está constituida por normas primarias y que solo ellas pueden llamarse jurídicas.

⁴⁰ Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico del Derecho* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991).

⁴¹ Herbert Hart, *Derecho y moral, contribuciones a su análisis* (Buenos Aires: De Palma, 1963).

Se podría contestar, en todo caso, que la teoría normativa de la Constitución no sugiere que la Constitución está conformada en exclusiva por normas primarias o que solo estas sean jurídicas, sino que, como conjunto de normas primarias y secundarias, es norma jurídica porque su contenido, en caso de ser desconocido, puede ser exigido judicialmente. En términos simples, lo que nos dice la teoría normativa de la Constitución no es otra cosa sino que no existe Constitución sin control judicial de la Constitución⁴² y, por tanto, una reformulación del argumento del juez Marshall en el famoso caso de Marbury frente a Madison; según este, en caso de conflicto entre una norma jurídica y la Constitución, el juez debe aplicar esta última. Acorde con el argumento, es incompatible el reconocimiento de la Constitución como norma superior con la negación de la competencia de los jueces de no aplicar una norma contradictoria a ella. Carlos Nino⁴³ puso al desnudo las falacias de este argumento, demostrando que, a pesar de su apariencia lógica, no pasa de ser un argumento persuasivo, toda vez que: 1) Es imposible realizar un control *erga omnes* a todas las normas jurídicas, por lo que es inevitable la existencia de leyes que, siendo inconstitucionales, son obligatorias. 2) Existen normas cuya constitucionalidad nunca es planteada ante la justicia. 3) Los jueces pueden equivocarse y declarar constitucional una norma que objetivamente no lo es. 4) Una norma objetivamente inconstitucional puede mantener su fuerza obligatoria cuando los jueces se niegan a revisar su constitucionalidad por razones procesales.

Los modelos de ciudadanía

Como ya se explicó, la ciudadanía se compone de tres elementos: el primero, un elemento civil, referente a los derechos individuales de libertad; el segundo, un elemento político, sobre los derechos relacionados con el ejercicio del poder político tanto como votante como miembro de las autoridades públicas y, por último, un elemento social, concerniente a la medida de bienestar social, económico y cultural. Cada uno de los elementos se sustenta en tres ideales diferentes: el primero, libertad individual; el segundo, libertad política y el tercero, igualdad social, económica y cultural, en correspondencia con cada uno de los tres elementos de la ciudadanía y con la respectiva institución propia para su producción y protección.

En este orden de ideas, los modelos constitucionales pueden ubicarse según se acerquen o se alejen del ideal liberal individualista o del ideal igualitario o, lo que

⁴² Podríamos atrevernos a concluir que “la Constitución como norma jurídica”, no es más que un recurso retórico mediante el aprovechamiento de su significado emotivo.

⁴³ Carlos Nino, *Fundamentos de Derecho Constitucional* (Buenos Aires: Astrea, 1994).

es lo mismo, se acerquen o alejen su foco de atención del elemento social o del elemento civil. Es así como, por ejemplo, Gargarella entiende que el compromiso hacia el elemento individual (ética personal) y la justicia distributiva (elemento social de la ciudadanía) son los elementos definitorios de los modelos constitucionales. En esta clave son distinguibles dos modelos límite: el modelo individualista y el modelo igualitario.⁴⁴

El modelo individualista

El modelo individualista enfatiza en el elemento civil y en la ética personal; protege y garantiza las decisiones privadas de las personas y deja al “destino” las condiciones distributivas propias del tercer ideal. Para este modelo, la igualdad no es otra cosa que no definir excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias y que se aplique la ley según las diferencias que los constituyen y lo caracterizan, siendo cualquier otra acepción a este derecho contraria a su propia naturaleza y al interés social. Así, cualquier otro tipo de igualación es contraria al modelo y vuelve impensable siquiera intentar mitigar las diferencias naturales de condiciones de aptitudes, de inteligencia y de riqueza.

En definitiva, la igualdad que se predicaba era la del elemento civil; la igualdad del elemento social era dejada a la suerte del mercado y de la ética individualista.

El modelo igualitario

En este modelo se combina la libertad de cada individuo para escoger su propia concepción del bien con una participación y control colectivo de la vida pública, en especial, de la justicia distributiva, rechazando el postulado individualista de que la vida pública y la justicia distributiva debían tomar la forma que las partes competentes prefirieran, mediante los contratos y acuerdos que entre ellas se celebren. El modelo individualista entendía la igualdad solo en la medida en que se refiriera a igualdad del elemento civil; en otras palabras, igualdad de libertades individuales. Por el contrario, el modelo igualitario pretende incluir el elemento social en la discusión igualitaria, es decir, ya no solo debemos ser iguales en libertades civiles y políticas; ahora se debe procurar la igualdad social, económica y cultural.

⁴⁴ En este trabajo solo dejamos de lado el modelo determinista y el colectivista, pensando, quizá con ingenuidad, que esos modelos hayan desaparecido del panorama latinoamericano. Los caudillismos y personalismos populistas que se siguen presentando en América Latina (caso Colombia-Uribe o Venezuela-Chávez) son prueba de nuestra ingenuidad.

El modelo igualitario pone énfasis en el elemento social, pero no desconoce los otros elementos. Seyla Benhabib⁴⁵ argumenta que la ciudadanía puede desagregarse en tres componentes: identidad colectiva, privilegios de la membresía política y derechos y reivindicaciones sociales. Consideramos que el componente que ella denomina membresía política es el elemento político en palabras de Marshall y los otros dos se refieren al elemento social. Sin duda, el problema es darle contenido al elemento social, definir los instrumentos, las instituciones, los derechos y las garantías para hacerlo efectivo. El elemento civil, dentro del modelo igualitario del Estado constitucional de Derecho, es constituido por el principio de respeto a la autonomía de la persona, de conformidad con el principio de no discriminación.

Es necesario aclarar que el principio de no discriminación, con la igualdad referida al elemento civil, no es el mismo del principio de igualdad del modelo individualista. Para este modelo, cualquier tipo de distinción era reprochable, pues se estaría interfiriendo indebidamente en el curso natural de la vida política. Por el contrario, el principio de no discriminación de la forma, como lo han pretendido la Corte Interamericana, los tribunales nacionales y la doctrina, admite distinciones siempre y cuando sean suficientemente justificadas y razonables, creando y aplicando la doctrina de las categorías sospechosas.

En cuanto al elemento social, el modelo igualitario se preocupa por el contenido de justicia distributiva que debe girar en torno a él. Como dijimos, este elemento se refiere a la condición económica, social y cultural de las personas, cuestión indiferente para el elemento civil. No debe ser puesto en duda que el Estado, dentro del modelo igualitario, debe dar contenido al elemento social e igualar de acuerdo con el principio moral que sobre este principio se elija, de manera tal que se tienda a terminar con las tradicionales injusticias de este tipo. El modelo individualista esperaba que la justicia fuera realizada por la gracia del mercado y las acciones privadas; el Estado igualitario actúa directamente en el foco de las injusticias: el elemento social, de conformidad con los principios de justicia distributiva que se hayan elegido.

Conclusiones

Los derechos humanos, entre otras cosas, han sido considerados tradicionalmente como límites al poder. Ahora bien, si el poder actual es dominado en un amplio

⁴⁵ Benhabib, *Las reivindicaciones de la cultura*, 67-68.

margen por la globalización económica, en donde las decisiones de los organismos económicos y jurídico-económicos determinan políticas nacionales que reconocen o no derechos a los ciudadanos y donde los Estados continúan siendo garantes de las condiciones favorables a los procesos de globalización, los derechos humanos vienen a desempeñar el papel de límites a ese poder real. Si lo vemos de esta forma, no es que la globalización de derechos humanos vaya en un camino diferente al de la globalización económica. En otras palabras, la globalización económica y la de los derechos humanos se enfrentan en una relación dialéctica donde la primera lleva la batuta y la segunda la detiene y limita. Cuando la relación dialéctica se presentó con el poder estatal, no se decía que fueran por caminos diferentes: los derechos aparecieron para limitar los abusos de aquel poder y ahora deben cumplir el mismo cometido. La función de los derechos humanos sigue siendo la misma; son sus actores los que han cambiado o, mejor, ampliado.

No creemos que la tensión entre derechos humanos y globalización económica sea solo en cuanto a los de segunda y tercera generación.⁴⁶ La tensión dialéctica se presenta en todas las esferas de los derechos humanos, incluso en los de primera generación, en donde la lucha de la ciudadanía por sus derechos políticos y civiles también debe ser contra actores privados como los actores de la economía global. El Estado debe ser garante de las condiciones políticas favorables para hacer efectivos los derechos políticos, como por ejemplo, la representación en la toma de decisiones económicas trascendentales y los derechos individuales, como la libertad o la vida, cuando son amenazados y vulnerados por las actuaciones y decisiones de entidades privadas internacionales y organismos multilaterales.

Los derechos humanos, esto tampoco es nuevo, tienen que enfrentarse con tres problemas: las indeterminaciones propias de los lenguajes jurídicos, la falta de legitimidad democrática y su ineficacia.⁴⁷ El primer problema se refiere al de interpretación, que es general a cualquier rama del Derecho y del cual los derechos humanos no escapan. Hay contradicciones, incoherencias, vaguedades, ambigüedades, lagunas y redundancia. Pero no podía ser de otra forma. Las declaraciones internacionales de derechos humanos deben ser vagas y esto no es un defecto; deben ser así para

⁴⁶ Boaventura de Souza Santos, *Por una concepción multicultural de los derechos humanos* (Bogotá: ILSA, 2002).

⁴⁷ Amartya Sen considera que las críticas a los derechos humanos se sintetizan en: crítica de legitimidad, crítica de coherencia y problemas culturales. Amartya Sen, *Desarrollo y libertad* (Madrid: Planeta, 2000), 277-284. No consideramos el problema cultural porque estamos pensando en América Latina con patrones éticos y culturales similares y, en cambio, le sumamos el problema de la eficacia de los derechos humanos especialmente cuando deban ser oponibles a actores privados o contra el Estado con efectos redistributivos.

que cada Estado desarrolle su política legislativa respetando, en alguna forma, la legitimidad democrática de los legisladores estatales.

El problema de la falta de legitimidad democrática se centra en que las cartas internacionales de derechos humanos son adoptadas sin una representación democrática suficiente y los litigios resultantes de las presuntas violaciones de derechos humanos son resueltos por tribunales internacionales sin vinculación democrática con las comunidades ante las cuales van a ser oponibles. Además, las disposiciones constitucionales latinoamericanas adoptadas en los últimos veinte años han conferido un estatus constitucional a los tratados sobre derechos humanos, con lo cual los límites a la democracia se acrecientan por decisiones propias. Sin embargo, existe la idea de que el principio de la soberanía supedita a los tratados internacionales de derechos humanos. El problema es otro: esos tratados y tribunales, ¿definen y aplican derechos humanos o forman parte de otro tipo de intereses? Así, el debate sería otro.

El problema de la eficacia es el más radical de todos, en especial si los derechos humanos deben ser oponibles a las estructuras de los procesos de globalización económica. Los derechos económicos sociales y culturales, de contenido claramente redistributivo, han sido resistidos por la globalización económica por el fundamentalismo de mercado que espera que el Estado no actúe, salvo para garantizar la propiedad y la efectividad de contratos y convenios. Parece que quienes dirigen las políticas económicas olvidan que los derechos sociales emergieron para proteger al mundo capitalista occidental de su caída. La debilidad del fundamentalismo del mercado no es solo una posición teórica, sino una revelación práctica, como fue demostrado en la Gran Depresión y en las sucesivas crisis financieras.⁴⁸ Una inteligente regulación económica y financiera, unas políticas sociales acertadas y un consciente respeto por derechos humanos no son obras de caridad; son una política económica viable. Consideramos que la amalgama de derechos humanos y economía es el concepto de desarrollo humano. Si cambiamos la perspectiva del desarrollo como una simple cifra y se toma en serio el crecimiento de libertades básicas y derechos sociales como parámetro del crecimiento podemos tener más esperanzas. De nuevo se necesita una actividad consciente y valiente de los Esta-

⁴⁸ Este hecho ha sido retratado por el historiador Eric Hobsbawm en las siguientes palabras: “Para aquellos de nosotros que vivimos los años de la Gran Depresión todavía resulta incomprensible que la ortodoxia del mercado libre, tan patentemente desacreditada, haya podido presidir nuevamente un período general de depresión a finales de los años ochenta y comienzos de los años noventa, en el que se ha mostrado igualmente incapaz de aportar soluciones [...]”. Eric Hobsbawm, *Historia del siglo XX* (Buenos Aires: Crítica-Grijalbo Mondadori, 2006), 110.

dos en desarrollo para que tengan la entereza de hacer viable la aplicación de los contenidos redistributivos de los derechos.

Referencias

- Alchourrón Carlos y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico del Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- Alviar García, Helena. *La búsqueda del desarrollo, estudio preliminar a Paul, ¿Es realmente libre el libre comercio?*, Nuevo Pensamiento Jurídico. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2006.
- Benhabib, Seyla. *Las reivindicaciones de la cultura*. Buenos Aires: Katz, 2006.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe [Cepal]. “El carácter histórico y multidimensional de la globalización” en *Globalización y desarrollo*. Brasilia: Autor, 2002.
- Corte Constitucional. *Sentencia T-406 de 1992*. M. P. Ciro Angarita Barón.
- De Souza Santos, Boaventura. *Por una concepción multicultural de los derechos humanos*. Bogotá: ILSA, 2002.
- García Enterría, Eduardo. *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*, 3a ed. Madrid: Civitas, 1994.
- Garretón, Manuel Antonio. “Globalización y contratendencias” en *La dinámica global/local*. Bogotá: Ediciones Ciccus La Crujía, 1999.
- Hart, Herbert. *Derecho y moral, contribuciones a su análisis*. Buenos Aires: De Palma, 1963.
- Held, David, Anthony McGrew, David Goldblatt y Jonathan Perraton. *Transformaciones globales. Política, economía y cultura*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- Hobsbawm, Eric. *Historia del siglo XX*. Buenos Aires: Crítica-Grijalbo Mondadori, 2006.
- Hopenhayn, Benjamín y Alejandro Vanoli. *La globalización financiera. Génesis, auge, crisis y reformas*. Buenos Aires: FCE, 2002.
- Instituto Internacional para el Desarrollo Sustentable y World Wildlife Fund. *Derechos privados, problemas públicos*. Manitoba: Autor, 2001.
- Joerges, Christian, Inger-Johanne Sand y Gunther Teubner, eds. *Transnational Governance and Constitutionalism*. Oxford: Hart Publishing, 2004.
- Krasner, Stephen. *Globalización y soberanía*. Bogotá: Siglo del Hombre editores, 1999.
- Marshall, T.H. *Ciudadanía y clase social*. Madrid: Alianza, 1998.
- Nino, Carlos. *Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 1994.
- Organización de las Naciones Unidas. “Globalización: naturaleza e impacto” en *Por una globalización justa: crear oportunidades para todos*. Nueva York, Autor, 2004.
- Paul, Joel R. *¿Es realmente libre el libre comercio?* Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2006.
- Pérez Escobar, Jacobo. *Derecho Constitucional colombiano*, 8a. ed. Bogotá: Temis, 2010.
- Quinche, Manuel Fernando. *Derecho Constitucional colombiano. De la Carta de 1991 y sus*

- reformas*, 4a. ed. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2010.
- Saldivia, Laura. "Estudio preliminar" en *Estado, soberanía y globalización*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes y Pontificia Universidad Javeriana, 2010.
- Sassen, Saskia. "El Estado y la ciudad global: notas para una concepción de Gobierno localmente concentrado" en *Los espectros de la globalización*. Buenos Aires: FCE, 2003.
- Sassen, Saskia. "Reubicar la ciudadanía, posibilidades emergentes" en *La nueva Geografía Política, contrageografías de la globalización*. Madrid: Traficantes de Sueños, 2003.
- Sen, Amartya. *Desarrollo y libertad*. Madrid: Planeta, 2000.
- Stiglitz, Joseph. *El malestar en la globalización*. Madrid: Taurus, 2003.