

*Virtudes y Dilemas del Constitucionalismo en la Economía Globalizada**

José Eduardo Faria*

La división de poderes entre los siglos XVIII y XIX es una de las obras de la ingeniería política burguesa-liberal más conocida.

La primacía de esta división, originalmente destinada a contener el absolutismo de los primeros tiempos del Estado moderno cuya principal característica es el monopolio del uso de la fuerza, atribuye la iniciativa legislativa a los parlamentos soberanos, restringe el campo de acción del Ejecutivo a los estrictos límites de la ley y da al sector judicial la competencia exclusiva

para arbitrar y juzgar los conflictos. De este modo, aunque el Estado detente el poder total, no puede ejercerlo de un modo absoluto. La constitucionalidad cristalizó esa importante obra de la ingeniería jurídico-política, afirmando las facciones institucionales de la democracia representativa moderna.

La democracia representativa, en su matriz liberal, puede verse como una técnica que busca absorber por medio de sus procedimientos electorales, de decisión y concesión, los diferentes reclamos y las diferentes ansias de una sociedad plural. Sus elementos estructurales básicos —como la regla de la mayoría, la soberanía popular y la certeza jurídica— dependen de la armonía y de la intercomplementariedad de los poderes interdependientes. Gracias a esa ingeniosa distribución de prerrogativas y obligaciones el proyecto jurídico-político de inspiración liberal-burguesa logró enfrentar la creciente complejidad socioeconómica del siglo XIX, afirmando un mínimo de

* Tomado de: BOLETÍN PORTAVOZ, N.º 46, Junio 1996, Programas de Servicios Legales en Latinoamérica y el Caribe. Bogotá, Colombia.
• Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo y autor de la Eficacia jurídica y la violencia simbólica, São Paulo USP, 1988, Justicia y Conflicto. São Paulo, Editorial Revista de los Tribunales, 1991; Derecho y economía en la democratización brasileña, São Paulo, Malheiros, 1993, y Derechos humanos, derechos sociales y justicia, São Paulo, Malheiros, 1994.

seguridad y de legitimidad en un período histórico en que los cambios internos y profundos provocados por el desarrollo capitalista modificaron todas las estructuras socioeconómicas hasta entonces conocidas.

En el siglo XVII con la secularización del conocimiento y en el siguiente con la aparición de la revolución industrial, el orden político-institucional de la aristocracia fue perdiendo energía y eficacia mientras una burguesía mercantil emergente exigía dispositivos formales capaces de establecer equilibrios duraderos entre el poder del Estado y la libertad de los ciudadanos, entre el poder central y los poderes locales.

Surgido del vientre de las revoluciones inglesa (1688), norteamericana (1776) y francesa (1789), el constitucionalismo ofrece esos dispositivos, consolidando la idea del Estado de derecho como uno de los conceptos políticos fundamentales del mundo contemporáneo. Se trata de un Estado que resulta de un determinado patrón histórico de relaciones entre el sistema político y la sociedad civil, a través de un orden constitucional de rasgos legales-relacionales desarrollado en torno a un concepto de poder público en el cual se diferencian la esfera pública y el sector privado, los actos del imperio de los actos de gestión, el nivel político y el nivel económico, el individual y el colectivo.

Este patrón de relaciones, elemento básico del constitucionalismo y de la primacía del equilibrio entre poderes, comienza a presentar problemas operativos con la expansión de las luchas sindicales a finales del siglo XIX y comienzos del XX, entrando en franco colapso con la crisis estructural del sistema financiero del capitalismo competitivo en la década de los veinte. Ante la necesidad de dar respuestas rápidas a interrogantes económicos, administrativos, comerciales y financieros concretos no previstos y por eso

mismo sin reglamentación dentro del orden jurídico-constitucional de inspiración clásica liberal, el Ejecutivo fue asumiendo gradualmente parte de las funciones detentadas por los sectores legislativo y judicial.

De otra parte, con la disminución de la capacidad autorreguladora del mercado y de la propia sociedad el Ejecutivo asume un papel cada vez más directivo, coordinador, inductor y de planificación. De simple proveedor de servicios básicos pasa a actuar como productor directo de bienes y servicios, llegando al punto de volverse árbitro de los conflictos en los cuales también es parte.

En este momento es cuando el Estado liberal se convierte en Estado-benefactor cuya función básica es promover el crecimiento económico y dar protección a los ciudadanos más desfavorecidos. Como vector del progreso material como de la justicia social, el ejecutivo se convierte en un instrumento de consecución de objetivos concretos; su sistema jurídico es concebido como técnica de gestión y regulación de la sociedad y, bajo la forma clásica de las reglas generales, abstractas e impersonales, la legislación favorece o protege determinados intereses privados erigidos como intereses públicos. De este modo, el Estado deja de ser aquella asociación "ordenadora" típica del Estado de derecho clásico que tenía la legitimidad del uso de la coacción jurídica, renunciando en contrapartida a intervenir en el campo económico y social. Pasa a ser una asociación eminentemente "reguladora", según la perspectiva de un Estado Social de derecho. Este tipo de Estado llegará a su apogeo en los años cincuenta y sesenta, comenzando a declinar en la década de los setenta.

Las dos crisis petroleras ocurridas en 1973 y 1979, que provocan una nueva crisis estructural del sistema financiero con la

consecuente desorganización del modelo económico de inspiración socialdemócrata forjado en la posguerra, provocan una enorme recesión en los países desarrollados y generan una revolución tecnológica con el propósito de reducir el impacto del costo de la energía y del trabajo en el precio final de los bienes y servicios; además ponen en jaque los engranajes de decisión y el sistema político-jurídico del Estado benefactor. Con esto acaban minando aún más la primacía del equilibrio entre los poderes y los dispositivos formales del constitucionalismo clásico. Frente al desafío de responder a interrogantes técnicos nuevos y cada vez más complejos, el Ejecutivo se ve obligado a editar sucesivas normas programáticas de comportamiento y organización que al intercruzarse de manera continua acaban produciendo innumerables microsistemas legales y distintas cadenas normativas.

A causa de esas transformaciones y de esa producción desordenada de normas, la concepción del derecho como un sistema cerrado, jerarquizado y axiomático —típica del constitucionalismo del siglo XIX— se va sustituyendo por la visión del derecho como una organización de reglas bajo la forma de una “red”, dadas las múltiples cadenas normativas con sus interrelaciones esenciales aptas para atrapar, de forma pragmática, la complejidad de la realidad socioeconómica. Mientras la concepción del sistema jurídico, forjada por el Estado liberal, hace de lo completo, de la coherencia formal y de la lógica interna los corolarios básicos del orden legal, el sistema normativo bajo la forma de “red” se destaca por la multiplicidad de sus reglas, la variedad de sus fuentes y por lo provisional de sus estructuras normativas que son casi siempre parciales, mutables y contingentes.

Fruto de una sociedad cada vez más diferencial, fragmentada y conflictiva y de

un Estado obligado a desempeñar múltiples tareas a veces contradictorias, ese sistema normativo emergente, crece y se consolida a partir de una tensa e intrincada pluralidad de pretensiones materiales. La distinción entre intereses privados y comunes o colectivos— fundamental para la ingeniería jurídico-política de corte liberal burgués— no es capaz de ocultar más la tutela legal de algunos, que es obstáculo para la protección de otros. En la medida en que ese sistema normativo parece tener un potencial ilimitado incesante de nuevas reglas y materias de regulación, la tendencia es hacia un agotamiento de la propia función de las leyes. En un sistema jurídico “inflado” por un sinnúmero de “leyes de circunstancias” y “reglamentos de necesidad”, condicionados a su vez por coyunturas específicas y transitorias, la velocidad y la intensidad en la producción de nuevas normas constitucionales y de leyes ordinarias llevan al Estado a perder la dimensión exacta del valor jurídico tanto de las reglas que emite como de los actos que rige.

Además, condicionado por dos principios conflictivos —el de la legalidad (típico del Estado liberal) y de la eficiencia de las políticas públicas en los campos social y económico (típico del Estado benefactor)—, el Estado contemporáneo reacciona de un modo paradójico, provocando en nombre de la estabilidad monetaria, del combate a la inflación y del crecimiento económico, una inflación jurídica corrosiva. Este tipo de inflación se traduce en el crecimiento desenfrenado del número de normas, códigos y leyes, de tal modo que, la excesiva acumulación de esos textos legales, hace prácticamente imposible su aplicación efectiva, produciendo así la “desvalorización” progresiva del derecho positivo e impidiéndole ejercer de manera satisfactoria sus funciones de control y regulación.

Ese proceso, en sus límites, puede llevar a la propia anulación del sistema jurídico, ya que cuando los derechos se multiplican, también se multiplican en la misma proporción las obligaciones y éstas, al multiplicar los créditos, multiplican también los deudores, en un círculo vicioso cuya continuidad culminaría en la absurda situación de que existan solo deudores y todos sin ningún derecho. Ese es el potencial corrosivo de la inflación jurídica, el riesgo de la propia muerte del derecho.

Al provocar la desvalorización del instrumental normativo que el Estado tiene a su disposición, la inflada legislación descrita antes se convierte en uno de los principales factores responsables tanto del agravamiento de las tensiones entre la estructura del proceso de las negociaciones colectivas y el conflicto distributivo agudizado por la crisis económica, como del creciente grado de ineficacia del poder de regulación, de la dirección e intervención del Estado. En el primer caso, los sindicatos, movimientos comunitarios, entidades representativas, asociaciones religiosas y corporaciones exponen esas tensiones por el hecho de que a pesar de sus esfuerzos para ver sus reclamos consagrados como derechos y convertidos en obligaciones del Estado, muchas veces ven sus conquistas consagradas formalmente en textos legales, pero reducidas a polvo, o sea agotadas por un sistema jurídico que de tanto haber ampliado su número de normas se hace pesado, ineficaz e impotente.

En el segundo caso, ese ordenamiento jurídico muy "inflado" según la cantidad de reglas y variedad de sus formas que está dotado de un formalismo de mera "fachada" (gracias al creciente recurso del legislador, a los conceptos jurídicos indeterminados, a las normas programáticas y a las cláusulas generales), cuanto más busca reglamentar y

regular todos los espacios, dimensiones y temporalidad del sistema económico convertido en una intrincada tela reguladora y en una compleja red de microsistemas normativos, el Estado parece menos capaz de expandir su radio de acción y de movilizar los instrumentos de que dispone formalmente para exigir respeto a sus órdenes.

El deterioro de la organización de su sistema jurídico, el colapso del constitucionalismo y la superación del equilibrio entre los poderes no son, a pesar de todo, las únicas facetas de erosión de la efectividad y de la autoridad del Estado contemporáneo. Con el fenómeno de la globalización económica surgido de la revolución tecnológica, generado por las crisis petroleras y expuestos por la caída tanto del muro de Berlín como de las dictaduras del Este europeo, surgen otras rupturas institucionales importantes en las estructuras jurídicas y políticas, legadas por el Estado liberal del siglo XIX y por el Estado social del siglo XX. **Las rupturas más importantes son las siguientes:**

1. Internacionalización de la economía mediante la internacionalidad de los mercados de insumos, consumo y financiación, rompiendo con las fronteras geográficas clásicas y limitando de forma creciente la ejecución de las políticas cambiaria, monetaria y tributaria de los Estados nacionales.
2. Descentralización del aparato estatal descentrando sus obligaciones, haciendo informales sus responsabilidades, privatizando las empresas públicas y haciendo "ilegal" su legislación social.
3. Internacionalización del Estado mediante la introducción de los procesos de integración, formalizados por los bloques regionales y por los tratados de libre

comercio, con la consiguiente anulación de los topes de las tarifas, de las reservas del mercado y de los mecanismos para incentivos y subsidios fiscales.

4. Eliminación de territorialidad y reorganización del espacio de la producción mediante la sustitución de las plantas industriales rígidas y de carácter "fordista", aparecidas a comienzos del siglo XX, por plantas industriales "flexibles" de carácter "toyotista". Dicha sustitución está seguida por la merma reglamentaria de la legislación laboral y por la consiguiente "flexibilidad" de las relaciones contractuales.
5. Fragmentación de las actividades productivas en los distintos territorios y continentes, lo cual permite a los conglomerados multinacionales practicar el comercio interempresarial, acatando de manera selectiva las diferentes legislaciones nacionales y concentrando sus inversiones en los países donde estas le son favorables.
6. Expansión de un derecho paralelo al de los Estados, de naturaleza mercantil (*lex mercatoria*), como resultado de la proliferación de los foros de negociaciones descentralizadas establecidos por los grandes grupos empresariales.

El denominador común de estas rupturas es, como se ve, la pérdida de la soberanía de la autonomía de los Estados nacionales. Por un lado, el Estado ya no puede anhelar más una regulación de la sociedad civil nacional por medio de sus instrumentos jurídicos tradicionales, dada la creciente reducción de su poder de intervención, control y dirección. Por otro, el Estado está obligado a compartir su soberanía con otras fuerzas que trascienden el espacio nacional. Por eso, los Estados nacionales al promulgar sus leyes están obligados a tomar en cuenta el contexto

internacional para saber lo que pueden regular y cuales de sus normas serán efectivamente respetadas. Las consecuencias de este proceso son paradójicas: al tiempo que se observa un movimiento de internacionalización de los derechos nacionales, también se constata la expansión de normas privadas a nivel infranacional en la medida en que cada organización empresarial crea las reglas que necesita y hace jurídicas las áreas que más le interesan y según su conveniencia.

El Estado contemporáneo incapaz de asegurar una efectiva regulación social, impotente ante la multiplicación de las fuentes materiales del derecho y sin las condiciones para detener la dilución de su orden normativo, producida por la llegada de un efectivo pluralismo jurídico, se encuentra en crisis de identidad. Esa crisis puede verse a partir de su evidente ineptitud estructural en relación con los hechos sociales complejos, que a su vez exigen del sector público la instrumentación de un número cada vez más grande de mecanismos de decisión y control para asegurar el cumplimiento de sus funciones básicas. Tal ineptitud estructural se expresa bajo la forma de aquello que la sociología alemana ha llamado "trilema regulable", o sea un triple dilema formado por: a) la progresiva indiferencia recíproca entre el derecho y la sociedad, b) el desprecio de ciertos segmentos socioeconómicos por las reglas del derecho positivo y c) la creciente autonomía de las organizaciones empresariales ante los Estados nacionales.

Veamos, aunque rápidamente, las principales características de cada uno de esos dilemas.

El primer dilema surge del hecho de que a causa del alto grado de diferenciación estructural y funcional de las sociedades contemporáneas cada subsistema social tendería al respeto básico de las reglas

forjadas en su interior, despreciando las normas jurídicas emanadas del poder central del Estado. Esto quiere decir que mientras más complejos son los sistemas sociales, menor será la autoridad institucional del Estado en el control directo de las innumerables interacciones entre individuos, grupos, clases y colectividades.

El segundo dilema señala que el derecho positivo, a causa de su dimensión cada vez más teleológica y de su naturaleza tan especializada, tendería a tratar por categorías muy "particulares" las relaciones sociales básicas, destruyendo así su autenticidad y minando su identidad. Por eso mientras el derecho positivo sustituye más sus tradicionales normas abstractas, genéricas e impersonales por normas bastante técnicas y específicas, compromete más las relaciones vitales de la así llamada "Lebenswelt", las cuales constituyen la espina dorsal de una determinada sociedad.

Ya el tercer dilema proviene del hecho de que un derecho positivo de carácter cada vez más "finalista", a causa de la alta movilidad social y de los profundos cambios ocurridos en los sistemas político-administrativos y socioeconómicos, acabaría siempre enfrentando problemas de racionalidad sistémica. Es decir, mientras ese derecho positivo multiplica más sus normas y leyes específicas para intervenir "técnicamente" en la dinámica de una sociedad heterogénea y compleja, menor será su coherencia interna y su organización lo que con el tiempo revelaría su progresiva incapacidad para tomar en cuenta las tensiones y los conflictos sociales a partir de un conjunto articulado mínimamente con "premisas decisivas".

Acorde con esa amplia y profunda crisis estructural del Estado contemporáneo y con su instrumental jurídico, surge de ahí el agotamiento de la ingeniería jurídico-política de naturaleza liberal, en la cual se destacan

el equilibrio de poderes y el constitucionalismo, lo mismo que la urgente necesidad de una racionalidad legal nueva; una racionalidad forjada a partir de la conciencia de que las formas de las relaciones sociales condicionadas por la interconexión entre las grandes organizaciones hoy exigen del Estado una serie de papeles originales que intermedian y que solamente pueden ejercerse con la colaboración de aquéllas. Por eso, una racionalidad normativa responsable por una legislación más pragmática, apta para renunciar a la regulación exhaustiva de los procesos sociales, se dirige menos a la consecución de resultados concretos (mediante la regulación "patronal" y "tipificada" de los comportamientos individuales) y más hacia la coordinación de las diferentes formas de legalidad formadas y desarrolladas dentro de los distintos subsistemas sociales.

En ese contexto de "interlegalidades", generado por los diferentes poderes, procedimientos y valores de los grandes conglomerados, entidades sindicales, corporaciones profesionales y grupos de interés también surge la exigencia de nuevas condiciones operativas para el funcionamiento de un derecho que formula nueva y enteramente su concepción y sus procedimientos; un derecho cuyas reglas, a semejanza de las normas y normas aproximadas utilizadas por el derecho internacional para lanzar las bases de coexistencia y cooperación entre las naciones, sean capaces de servir como técnicas de gestión y neutralización de las tensiones, inseguridades, contingencias e indeterminaciones presentes siempre en todo proceso social, económico y político; un derecho en condiciones de promover el gancho o acoplamiento estructural (structural coupling) de la pluralidad de los sistemas

jurídicos diferenciales y de sus respectivos “espacios sociolegales” con su impacto social, cultural e institucional muy diversificado en terminos sectoriales, locales, regionales y nacionales.

En suma, un derecho preparado para afirmar el equilibrio organizado de interrelación, que garantiza un mínimo de gobierno por parte del Ejecutivo y neutraliza la propensión natural de los grupos situados en los sectores estratégicos de la economía y de la política para reaccionar sobre los demás de manera imperialista y colonial, lo que comprometería el equilibrio “ecológico” del sistema social considerado globalmente. En fin, de ahí surge la necesidad de

reflexionar de manera doctrinaria sobre algunas de las categorías clásicas de la política (como la regla de la mayoría, la soberanía popular y el equilibrio de poderes) y esto a partir de paradigmas originales y sensibles tanto por la tendencia de las organizaciones hacia la autonomía y la independencia en proporción directa a su capacidad de movilización, enfrentamiento y trueque, como por la emergencia de nuevos institutos jurídicos volcados especialmente hacia los sectores sociales marginales: aquellos que no tienen condiciones de integrarse en el proceso de “modernización” económica dirigido por esas “complejas organizaciones”.