

El Estado constitucional ante un mercado global

Fernando Babi Ruiz *

1. LA GLOBALIZACIÓN COMO FENÓMENO MODELADOR DE LA POLÍTICA Y LA ECONOMÍA.

Pese a lo transcurrido del s. XXI y lo abundante de su empleo, la globalización continúa siendo un fenómeno difícil de definir y acotar. Y ello, por cuanto que su esencia pluridimensional provoca que sus efectos se desarrollen en todos los ámbitos de la vida moderna ofreciendo un sinfín de perspectivas.

De este modo, podemos hablar de una globalización informativa caracterizada por el desarrollo de los de comunicación como consecuencia de la aparición de Internet (Prieto Sanchís, 2007, 45). Los avances tecnológicos y comunicativos han posibilitado un acceso inmediato y popular a diferentes medios y fuentes de información de todas zonas del mundo, multiplicando su accesibilidad para los usuarios y dificultado su control por parte de los Estados. La información de vuelve viral e instantánea participando en la difusión actores distintos de los tradicionalmente concebidos medios de comunicación.

Así mismo, encontramos una indudable globalización tecnológica de gran protagonismo en las últimas décadas, de la que son buenos ejemplos las mejoras en el transporte, la informática, la medicina, la agricultura o la industria. La mecanización de los procesos productivos y la innovación ha cambiado los modos de producción y consumo de las sociedades desarrolladas.

* Es abogado y asistente honorario en el Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla, España.

Siguiendo a Prieto Sanchís (Ibíd. 46), encontramos también una globalización humana caracterizada por grandes flujos migratorios de personas en busca de unas mejores condiciones de vida, de disponibilidad de medios materiales y de reconocimiento de sus derechos. El aspecto humano del fenómeno globalizador es uno de los más censurados a la vista del aumento de la desigualdad que se está produciendo en las últimas décadas respecto de la distribución de la riqueza y el acceso a unas condiciones de vida dignas.

De este modo, los parámetros geográficos, temporales, relacionales, comunicativos, tecnológicos etc. de la primera modernidad se han visto redefinidos en pocas décadas mediante el fenómeno de la globalización, dando lugar a nuevos modelos más acordes a las actuales sociedades interconectadas y en constante desarrollo.

Pero sin duda, el ámbito más determinante del fenómeno globalizador es el económico. El desarrollo de la tecnología ha posibilitado la aparición de nuevos modelos de empresas multinacionales, de gran dimensión, caracterizadas por el fraccionamiento de la producción. Fraccionamiento de las fases de la producción que conlleva la ubicación de cada una de estas fases en países diferentes, desvinculándose este modelo de empresa de una ubicación geográfica concreta y, en consecuencia, de un Estado y del sometimiento a un ordenamiento jurídico concreto. En consecuencia, se produce un efecto deslocalizador de este modelo de empresa multinacional, de suerte que quedan desvinculadas del territorio y estructurándose como grandes grupos corporativos. Esta circunstancia, unida a la gran concentración de medios, influencias, riqueza y, en definitiva, poder de estas empresas multinacionales, le permiten competir en el panorama internacional con los propios Estados. Así, los mecanismos del Estados se muestran ineficaces ante esos nuevos poderosos competidores de carácter privado, minorando su capacidad en campos como la fiscalidad o los derechos laborales.

Como puede intuirse, la globalización no camina pareja en los ámbitos económico y jurídico-político. El modelo de Estado-nación de origen westfaliano se presenta ineficaz para rivalizar en el actual panorama global. De este modo, la deslocalización propia del fenómeno globalizador resulta contraria a la naturaleza del Estado y a su vinculación geográfica a un territorio concreto. El carácter estanco de su ordenamiento jurídico se revela vano ante las exigencias de flexibilidad de los nuevos centros de poder. En consecuencia, el Estado pierde protagonismo ante los nuevos actores del panorama internacional. Estos nuevos centros de poder, tanto públicos (UE) como privados (Lex Mercatoria), convergen con el Estado en ámbitos decisorios de tipo económico, político,

sociales, etc., erigiéndose el centros alternativos al Estado. Y en tanto que sujetos con poder, tienden a dotarse de su propia normativa diferente de la regulación del ordenamiento jurídico estatal, lo que supone una alteración del sistema de fuentes del Derecho. Se pasa así de la tradicional exclusividad y protagonismo del Estado en la una creación normativa jerarquizada, al pluralismo característico del actual sistema de fuentes del Derecho (Pérez Luño, 2011, 57). La consecuencia de este modelo de producción normativa es la falta de participación ciudadana, con las lógicas implicaciones que ello conlleva para la soberanía. En consecuencia, estas normas no van encaminadas a conceptos como la justicia social o el interés general sino, por el contrario, obedecen con frecuencia a intereses privados.

Paralelamente, estos intereses privados se entremezclan en este entorno globalizado con la esfera pública, difuminando las fronteras entre las políticas públicas y privadas, favoreciéndose el papel de los lobbies y produciéndose diferentes formas de especulación y corrupción. Como señala Mercado, al desdibujarse las fronteras entre lo público y lo privado y ante la pérdida del protagonismo estatal, “se privilegian aquellos mecanismos de gobierno que no necesitan de la autoridad del Estado, ni siquiera su sanción para funcionar, y se tiende a la creación de estructuras resultantes de la interacción múltiple”, con nuevos esquemas de gobierno propios de la gobernanza en los que los actores no estatales asumen funciones reguladoras (Mercado Pacheco, 2012, 39).

Al presentarse el Estado como un competidor surge el instinto de domeñarlo. Así, con la primacía del mercado sobre la esfera pública se produce una confusión de los poderes públicos y privados que culmina con la subordinación de los poderes del gobierno a los grandes poderes e intereses económicos privados (Ferrajoli, 2005, 38-39). De esta suerte, se rompe el equilibrio de poderes propios del sistema democrático, sucumbiendo al absolutismo del mercado provocado por la falta de controles sobre los poderes económicos.

2. LOS MERCADOS Y LA GLOBALIZACIÓN.

El mercado global se presenta como una miscelánea de actores, en combinación de intereses públicos y privados, deslocalizados territorialmente y provistos de su propia regulación, en un entorno en que confluyen crisis financieras, situaciones de monopolio y abusos de posiciones dominantes, problemas en la financiación pública de los Estados, quiebras bancarias, rescates con fondos públicos de empresas privadas, contaminación, precariedad laboral y aumento de la desigualdad, entre otros factores.

Ante este horizonte auspiciado por sectores neoliberales partidarios del laissez faire, esto es, de la abstención de regulación e interferencia del Estado en el plano económico, no son pocas las voces autorizadas que destacan la importancia de la regulación pública para el correcto funcionamiento de los mercados. Ya hace dos décadas, lo había expresado el economista Mancur Olson, señalando que “para hacer efectivas todas las ventajas del comercio tiene que haber un sistema jurídico y un orden político que aplique los contratos por la fuerza, proteja los derechos de propiedad, ejecute los acuerdos de las hipotecas, suministre el marco para las sociedades de responsabilidad limitada, y facilite un mercado de capital duradero y amplio que haga que las inversiones y los préstamos sean más líquidos de lo que lo serían de otro modo. También tiene que darse la expectativa de que estas ordenaciones duren algún tiempo”. (Olson 2000, 185).

Más recientemente, uno de los protagonistas de este discurso ha sido el premio Nobel Joseph Stiglitz, planteando la necesidad de una adecuada normativa gubernamental como requisito indispensable para el correcto funcionamiento de los mercados (2012, 31). En palabras de Stiglitz, “el reconocimiento de las limitaciones del Estado implica que éste debe intervenir únicamente en los campos en los que son más importantes los fallos del mercado y en los que existen pruebas de que su intervención puede suponer una gran mejora” (2015, 40).

Para ello, Stiglitz desarrolla la idea de que los mercados desprovistos de regulación estatal arrojan resultados ineficaces e injustos, mostrando diferentes escenarios que denomina fallos de mercado, como son: a) los fallos de competencia, provocados por la existencia de sectores con competencia monopolística y oligopolística se aleja del ideal de competencia perfecta, dando lugar a influencia en los precios y a situaciones de posición dominante; b) la existencia de bienes públicos puros, caracterizados porque su disfrute por una persona más no conlleva ningún coste y porque este disfrute es difícil de impedir. Los bienes públicos puros no son suministrados por el mercado o lo hace de manera insuficiente, por lo que se hace necesaria la participación del Estado para su correcto suministro (es recurrente el ejemplo de un faro empleado por Stiglitz como bien público puro; c) externalidades como la contaminación, que generan perjuicios para terceros que nada tienen que ver con la oferta y la demanda los cuales no son compensados revelando la ineficacia del mercado, de modo que se necesita de la regulación estatal para la fijación de estándares, controles y sanciones; d) mercados incompletos como aquellos en los que no se suministre un bien o servicio aun cuando su coste de producción sea inferior al precio por el que los clientes están dispuestos a pagar

de modo que la intervención del Estado se presenta como la única alternativa en la producción de esos bienes; e) fallos de información en la comercialización del producto, del que han aparecido numerosos ejemplos en los últimos años relacionados con productos de inversión y préstamos hipotecarios de modo que la regulación estatal debe imponer la información a suministrar en la comercialización del producto ya que el mercado por sí mismo no la ofrece y, por último, f) el paro y la inflación, como datos macroeconómicos que requieren la participación pública para su corrección y que en un escenario de funcionamiento perfecto del mercado no podrían existir (Ibíd., 126-136).

En similar sentido, Krugman (2011) coincide con Stiglitz en la identificación de los “fallas catastróficas en la economía de mercado”, propugnando la intervención del Estado para su corrección, reabriendo el debate sobre la función del Estado en la economía de mercado (Krugman, 2008).

Estos fallos conllevan una inestabilidad de los ciclos económicos, aumentan la concentración de la riqueza y por ende la desigualdad y suponen, en última instancia, un deterioro del Estado del bienestar y de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Lejos de derivar en planteamientos keynesianos que no son el propósito de este trabajo, la regulación y control del Estado en el ámbito de la economía debe entenderse como una proyección más de la soberanía ciudadana de la que es depositaria el Estado. Así, la regulación del plano económico por lo público debe concebirse como uno más de los aspectos encomendados por la ciudadanía soberana para favorecer la justicia social y equilibrio de poderes. Como indica Heller, “la sumisión de la economía a las leyes bajo el Estado de Derecho no es otra cosa que el sometimiento de los medios a los fines de la vida, y con ello, la condición previa para una renovación de nuestra cultura”. (Heller, 2006, 134-135)

En consecuencia, la economía necesita de la regulación estatal no sólo para la defensa de los derechos fundamentales de las personas que, de uno u otro modo, participan en la misma, sino para su propio funcionamiento. Y es que, con el Coloquio Lippmann (1938) la doctrina neoliberal rompió con las teorías del laissez-faire, reclamando del Estado un papel activo en la regulación del mercado en la regulación de la competencia.

De este modo, la visión neoliberal requiere de un sustento normativo que garantice conceptos tales como la propiedad, la contratación o la competencia, sin las cuales el funcionamiento del mercado sería inimaginable, pero se resiste a una regulación que sirva de garantía a los ciudadanos. De esto se colige que el

funcionamiento de la economía no es natural y espontáneo como sugiere la teoría liberal clásica y el *laissez faire*. Sobre ello, resulta oportuna la cita de Zagrebelsky:

“La economía abierta de mercado es una institución no menos artificial que cualquier forma de economía dirigida y, para ser construida y defendida, incluso contra ese derecho «privado» constituido por los acuerdos de negocios estipulados en los estudios legales de las grandes empresas comerciales y de las financieras internacionales, necesita también de un castillo de normas imponente”. (Zagrebelsky, 2004, 14)

Por tanto, si la doctrina neoliberal –más concretamente ordoliberal– demanda una regulación del mercado por parte del Estado para su eficaz funcionamiento, la controversia no se limita a la conveniencia o de la regulación, sino a qué tipo de regulación. Es decir, si debe priorizarse la flexibilidad y el desarrollo económico a cualquier precio, o si debe priorizarse la equidad, la justicia social, la redistribución de la riqueza y, en definitiva, los derechos humanos como expresión de los derechos de los más débiles.

3. LA OBSOLESCENCIA DEL MODELO CONSTITUCIONAL Y POSIBLES ITINERARIOS.

Como decíamos, el modelo del Estado constitucional se muestra incapaz de regular los problemas propios del mundo globalizado contemporáneo. La confusión de los ámbitos e intereses públicos y privados, política y economía, nacional e internacional, propia del actual panorama globalizado, exige repensar la teoría de separación de poderes. Y es que, ante la convergencia de nuevos centros de poder distintos al Estado, en una miscelánea que sujetos públicos y privados, la clásica teoría de separación de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial resulta inadecuada para la realidad actual. De este modo, el nuevo paradigma debe contemplar el establecimiento de equilibrios y límites a estos nuevos poderes del panorama global, incluyendo a los poderes privados en cuanto que poderes absolutos.

Ahora bien, constatada la necesidad de la intervención pública en el ámbito económico, a la vista del escenario que ofrece el fenómeno globalizador, surge la pregunta de si deben rehabilitarse las competencias estatales como rector de la política económica o debe buscarse una fórmula alternativa más acorde al panorama internacional.

En este sentido, el protagonismo del Estado-nación según los parámetros de mediados del s. XX parece tener poco recorrido. Para encontrar respuestas jurídico-políticas globales ya no sirve únicamente el sistema jurídico-político estatal, visiblemente limitado por acotación territorial. Así, además de imposibilitado en el ámbito internacional, el Estado debe afrontar las demandas ciudadanas en pos de una mayor descentralización de la Administración, de manera que las estructuras estatales se ven exigidas de manera externa, por mor de la globalización, y de manera interna, por mor de las exigencias descentralizadoras de los ciudadanos.

Por tanto, el nuevo constitucionalismo requiere superar su concepción rousseauiana fundamentada en Estado, pueblo y Constitución, y ampliarla a nuevas fórmulas encaminadas a la limitación del poder y la garantía de los derechos. La actual concepción del derecho internacional descansa en la soberanía nacional de los Estados, una soberanía interior que no coincide el carácter global de las cuestiones actuales. Por este motivo, surgen nuevas fórmulas jurídico-políticas de tipo supranacional de cuyo ejemplo puede ser la Unión Europea, a par que acuerdos de cooperación entre Estados. Se busca así superar “la tensión constitucional entre un poder político estatal cada vez más limitado, un poder económico global cada vez más desenfrenado y unas estructuras supranacionales, cada vez más desconcertadas e incapaces” (Balaguer, 2013, 99).

En este sentido, el constitucionalismo multinivel (internacional, europeo, estatal y autonómico) se plantea como una alternativa sugestiva en la búsqueda de la flexibilización y colmatación de los espacios a los que los diferentes ordenamientos jurídico-políticos de los estados no pueden llegar. El constitucionalismo multinivel no supone una ruptura con el actual orden internacional ni la supresión del protagonismo de los Estados, sino el establecimiento de nuevas estructuras de gobierno complementarias a las formas existentes (Pernice, 2012). Sobre el constitucionalismo multinivel resulta interesante el planteamiento de Habermas, según el cual nos encontramos en una situación transitoria del derecho internacional al derecho cosmopolita. A este propósito, identifica evidencias del debilitamiento de la soberanía de los Estados como son: a) riesgos transfronterizos que requieren respuestas globales, como el medio ambiente; b) interdependencia de los Estados de modo que la garantía de los derechos no solo depende de las decisiones soberanas; c) traslación de los espacios de toma de decisiones a ámbitos supranacionales que son compartidos también por entes no estatales y d) una especulación económica. En este escenario, el derecho cosmopolita implica un sistema multinivel compuesto por los ámbitos nacional, supranacional y transnacional, actuando este último de forma complementaria.

Esta concepción de diferentes niveles constitucionales frente a la única figura estatal, conlleva que algunas de las normas planteadas en el constitucionalismo multinivel recaigan en sujetos distintos al Estado. Habermas abre así la puerta a un constitucionalismo sin Estado, toda vez que la clave de la Constitución es la limitación del poder, en lugar del Estado podrían plantearse otros sujetos para el desempeño de ese rol en el ámbito internacional como la ONU o la UE (Núñez Donald, 2018, 1134-1147).

Esta senda del constitucionalismo cosmopolita de origen kantiano, pretende la superación de la fragmentación estatal. Los presupuestos sociales del Estado nacional, es decir, la identidad de espacio, pueblo y Estado, dejan de ser tales (Beck, 2005, 124) ante la difuminación de fronteras y de los conceptos nacional e internacional, dejando paso a un nuevo realismo de carácter cosmopolita.

Posiblemente, algunos avances en este sentido se han producido en el seno de la Unión Europea en las últimas décadas. Así, de una unión limitada a cuestiones económicas entre los Estados, se fue produciendo una ampliación sobre diferentes materias a la par que se conformaba una estructura jurídico-política a la par que se eliminaban las fronteras entre los Estados miembros. De esta manera, la actual configuración de la UE es un buen ejemplo de la armonización de los diferentes sujetos políticos y de sus ordenamientos jurídicos, cuyo modelo puede resultar inspirador para nuevas fórmulas. Y ello, pese a la ausencia a nivel comunitario de un prototípico texto constitucional debido a las reticencias de los Estados que provocó su limitación a los avances concretados en el Tratado de Lisboa. No obstante, el importante contenido constitucional del Tratado contribuirá al desarrollo del espacio constitucional europeo y al control de sus instituciones políticas.

Con independencia de las diferentes fórmulas planteadas hasta el momento, la rehabilitación del Estado como espacio público de toma de decisiones y control de las mismas se antoja fundamental. Y ello, sin perjuicio de su armonización con las estructuras supranacionales que se muestren suficientemente asentadas y organizadas. Y es que, no son pocos los problemas que pueden derivarse de la armonización de ambas organizaciones, como demuestra el ejemplo europeo en que, pese al trasvase de competencias realizadas del Estado a la UE y al desarrollo del derecho comunitario, siguen estando pendientes la participación democrática de los ciudadanos en sus instituciones y su control sobre las mismas (Prieto Sanchís, 2007, 49).

Estas nuevas proyecciones del constitucionalismo deberán ir acompañadas de una reivindicación de la universalidad de los derechos

humanos y de su apertura hacia el futuro, estableciendo mecanismos para su tutela que posibiliten su respeto y ejercicio sin la necesidad de parámetros espacio-temporales y frente a cualquier poder que los hostigue, ya que “los derechos no pueden ser el fruto de las conquistas mercantiles en el ring de la economía, porque éste es un combate ominoso, asimétrico, desigual e inicuo” (Julios Campuzano, 2002, 27). De este modo, los próximos itinerarios del constitucionalismo no puede omitir la fuerza normativa de los derechos. Más al contrario, debe potenciar la garantía de los mismos.

En este sentido, el llamado garantismo ferrajoliano, desarrollada en un primer momento en el ámbito del derecho penal y posteriormente como Teoría del Derecho, postula el establecimiento en la democracia constitucional de un sistema de garantías, de límites y vínculos, prohibiciones y obligaciones a cargo de la esfera pública en garantía de los derechos humanos. Límites a los poderes públicos pero también a los poderes privados. Respecto de los derechos de libertad y de los derechos sociales. Así, Ferrajoli plantea el constitucionalismo como un sistema de vínculos sustanciales, esto es, de prohibiciones y de obligaciones impuestas por la Constitución, de suerte que en el Estado de Derecho todos los poderes están sujetos a la ley, incluso el poder de la mayoría, tras el nuevo paradigma surgido a raíz de la Declaración de los Derechos Humanos y su consideración como indisponibles. Así, para tutelar de un derecho como fundamental se lo sustrae, de un lado, de la política, es decir, de los poderes de la mayoría y, por otro lado, al mercado, como derecho inviolable, indisponible e inalienable (Ferrajoli, 2007, 85). En este sentido, Ferrajoli destaca como los límites propios del paradigma constitucional han sido establecidos frente al poder político y no frente a poder poderes económicos y privados que el pensamiento liberal ha confundido con los derechos de libertad. En consecuencia, un itinerario del constitucionalismo mediante la articulación y evolución: “hacia un constitucionalismo social, junto al liberal; hacia un constitucionalismo de derecho privado, junto al de derecho público; hacia un constitucionalismo internacional, junto al estatal” (Ibíd. 85).

Las diferentes propuestas esbozadas tienen algunos rasgos comunes, como son: a) la intervención estatal en el ámbito económico y su regulación y control, b) la superación de la crisis del modelo constitucional provocada por el fenómeno globalizador, c) la proyección supranacional del constitucionalismo, d) el establecimiento de garantías y técnicas para hacer efectiva la universalidad de los derechos humanos, e) la ampliación de los derechos humanos a nuevas conquistas de tipo social y f) la reformulación del sistema de separación de poderes de mediados del s. XVIII y su articulación frente a poderes privados y económicos.

De su éxito dependerá la garantía y efectividad de los derechos en un mundo globalizado, interconectado y convulso, que exige de transformaciones de calado en los paradigmas constitucionales para adaptarse a sus nuevas dimensiones. Ese nuevo constitucionalismo, deberá forjarse sobre los cimientos de los derechos humanos y su esencia de universalidad, proyectándose hacia futuras conquistas. Un constitucionalismo solidario y cosmopolita como futuro de una democracia global.

4. REFERENCIAS

BALAGUER CALLEJÓN, F. (2013): "*Crisis económica y crisis constitucional en Europa*", en Revista Española de Derecho Constitucional, nº 98, Mayo/Agosto 2013, pp. 91-107.

BECK, U. (2005): "*La mirada cosmopolita o la guerra es la paz*", Barcelona, Paidós.

HELLER, H. (2006): "*¿Estado de Derecho o Dictadura?*", en H. HELLER, Europa y el fascismo, CONDE, F. J. (Trad.) y MORENO PÉREZ, J. L. (estudio preliminar), Granada, Comares.

FERRAJOLI, L. (2005): "*La crisis de la democracia en la era de la globalización*", Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 39, 37-51.

FERRAJOLI, L. (2007): "*Sobre los derechos fundamentales*" en CARBONELL, M. (Ed.) "*Teoría de los neoconstitucionalismos*", Madrid, Trotta.

JULIOS CAMPUZANO, A. (2002): "*Globalización y modernidad. La vía del constitucionalismo cosmopolita*". Anuario de filosofía del derecho, 19, 13-36.

KRUGMAN, P.; WELLS, R.; OLNEY, M. L. (2011): "*Introducción a la Economía*", Barcelona, Reverté.

KRUGMAN, Paul (2008). "*¿Cómo pudieron equivocarse tanto los economistas?*", Ensayos de Economía, No. 33, Vol. 18, pp. 209-218.

MERCADO PACHECHO, P. (2012): “*Experimentalismo democrático, nuevas formas de regulación y legitimación del Derecho*”, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, 46 (2012), 37-68.

NÚÑEZ DONALD, C. (2018): “*Habermas y el constitucionalismo cosmopolita: una reconstrucción argumentativa*”, Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de La Plata (UNLP), Año 15/Nº 48-2018, pp. 1129-1159.

OLSON MANCUR (2000): “*Power and Prosperity. Outgrowing Communist and Capitalist Dictatorships*”, New York, Basic Books.

PÉREZ LUÑO, A. E. (2011): “*Las fuentes del Derecho y su problemática actual*”, en BARRANCO AVILÉS, M. C., CELADOR ANGÓN, O. y VACAS FERNÁNDEZ, F. (coord.): *Perspectivas actuales de las fuentes del Derecho*, Colección Gregorio Peces-Barba, nº 1, Madrid, Dykinson, pp. 39-67.

PERNICE, I. (2012): “*El constitucionalismo multinivel en la Unión Europea*”. Revista de Derecho Constitucional Europeo, Número 17, Enero-Junio de 2012.

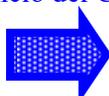
PRIETO SANCHÍS, L. (2007): “*Constitucionalismo y globalización*” en JULIOS CAMPUZANO, A. (coord.): *Dimensiones jurídicas de la globalización*, Madrid, Dykinson, pp. 41-54.

STIGLITZ J. E., & ROSENGARD, J. K. (2015): “*La economía del sector público*” (4a. ed.), Barcelona, Antoni Bosch editor.

STIGLITZ, J. E. (2012): *El precio de la desigualdad. El 1% de la población tiene lo que el 99% necesita*, Madrid, Taurus.

ZAGREBELSKY, G. (2004): “*La ley, el derecho y la Constitución*”, Revista española de Derecho Constitucional nº 72 (Septiembre /Diciembre 2004).

(Ir al inicio del Capítulo)



(Ir al Índice)

