

**LA DEMOCRATIZACIÓN DEL “ESTADO DE DERECHO”
ARGUMENTOS A FAVOR DEL CONTENIDO SUSTANCIAL DE
LA DEMOCRACIA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL**

Luiz González Placencia*

Introducción

El tema que abordo en este artículo ha sido ampliamente tratado por juristas y politólogos, así como por otros actores sociales con presencia mediática. Sin embargo, siguiendo una tendencia que he intentado plasmar en recientes intervenciones públicas, la diferencia que planteo en este abordaje respecto de otras aproximaciones al tema, es que pretendo hacerlo no desde una perspectiva “experta”, sino desde el punto de vista de un gobernado, específicamente de un “ciudadano informado”, categoría que he empleado antes para distinguir el predominio de la dimensión “civil” por sobre la “profesional” de una persona que ciertamente posee esta última cualidad dada su formación universitaria, su empleo en algún área del estado o de la iniciativa privada, o cualquier otra posición que le provea información “especializada” sobre determinados aspectos de la vida común, pero que no le exime de su corresponsabilidad como miembro del amplio sector de los gobernados, principales destinatarios y eventuales afectados de las políticas públicas.

Digamos que, en concordancia con la posición que he expresado en algún artículo anterior (1997), esa condición de “ciudadano informado” califica como competente, en principio, el punto de vista de quien, potencialmente afectado por el problema sobre el que se pretende aportar una perspectiva, busca agregarse a la discusión pública sobre el tema del que se trate.

En el caso de este artículo, en tanto que potencialmente afectado por un “estado de derecho” que, concebido como lo está, y desde la perspectiva que asumo en este artículo mi punto de vista, implica un modelo social excluyente amenaza los derechos y garantías del gobernado, intento discutir la posibilidad de un modelo menos lesivo, o en todo caso, fundado en principios más o menos sólidos, en términos de su capacidad para garantizar la custodia de los derechos de las personas.

* Instituto de la Judicatura Federal – México.

146 LA DEMOCRATIZACIÓN DEL “ESTADO DE DERECHO” - ARGUMENTOS A FAVOR
DEL CONTENIDO SUSTANCIAL DE LA DEMOCRACIA
EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

I

En el centro de los debates en torno a la inacabada reforma del estado, la discusión respecto del alcance que han tenido los más o menos recientes procesos democratizadores en la vida política mexicana ha determinado la intensidad con la que los “transitólogos” aceptan o no el ansiado arribo a la democracia. “Transición”, en México, se convirtió en la palabra clave para designar el proceso histórico que da cuenta de la paulatina caída de un modelo político con más de setenta años de vigencia y consecuencias sumamente discutibles en torno al proyecto de país que emergiera de la revolución, y el paso a otro modelo, incierto en cuanto al contenido mismo de lo que se esperaría fuese un nuevo modelo de país, pero deseable al menos por lo que tuvo de inédito, para casi una decena de generaciones de mexicanos, el que la voluntad de la mayoría fuese respetada, al menos en lo que atañe a su derecho a elegir sus propios gobernantes.

Si se la ve desde ese punto de vista, habría que estar de acuerdo con quienes afirman que la transición cumplió su propósito, no sólo porque la dimensión electoral de la democracia es hoy un hecho aparentemente irreversible, sino porque en el mosaico político del país se aprecian interesantes cambios respecto de la que se ha denominado “era del partido de estado”: relaciones de tensión nunca antes explicitadas entre el Congreso y el Ejecutivo, entre los estados y la federación, e incluso entre los miembros del propio gabinete de gobierno; niveles de crítica al régimen más abiertos y frecuentes, particularmente en los medios de comunicación, pero también en otros sectores influyentes como es el caso del empresariado, los partidos políticos y la iglesia; y una participación más autónoma e independiente del Poder Judicial Federal en la solución de controversias que afectan incluso decisiones tomadas en el seno del Poder Ejecutivo.¹ Un efecto esperado, aunque quizá no suficientemente dimensionado, de la ansiada apertura política tiene que ver, como queda cada vez más claro, con que el relajamiento de los controles ejercidos por el régimen priísta sobre los sectores que hoy tienen un rol protagónico (particularmente la industria, la iglesia, los medios) ha dado paso a un reposicionamiento de tales sectores, los cuales, en el espectro de las libertades de las que ahora gozan, buscan un lugar de predominio para la realización legítima de sus intereses.²

¹ Paradigmáticas son, a este respecto, las recientes resoluciones de la Suprema Corte de Justicia respecto de la denominada “Ley Robles”, como en lo que se refiere a la exigencia al Ministerio Público de la Federación para que investigue los sucesos de octubre de 1968. También lo son la declaración de inconstitucionalidad de los ordenamientos que prohíben la formación de más de un sindicato en las dependencias de gobierno, resuelta en mayo del 99, y la que determina que el derecho a la salud incluye el suministro de los medicamentos adecuados a los padecimientos, relacionada con un amparo promovido por un enfermo seropositivo, entre otras. Como se argumenta en algunos sectores, las resoluciones citadas admiten críticas en el sentido de que la Corte pudo haber actuado de manera más radical y democrática, pero es innegable que la orientación de estos fallos es inédita. En torno a algunas de estas decisiones consideradas paradigmáticas confróntese SCJN (2000) *100 decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Novena época)*. México: SCJN.

² En esta dinámica pueden entenderse, por ejemplo, los reclamos hechos por el empresariado nacional respecto de la “eficiencia” del poder legislativo, materializados en un estudio que se difundió en la prensa nacional en enero de 2002; también así el fenómeno mediático desatado alrededor de la figura presidencial y que derivó en cuestionamientos altamente criticados por los propios medios a finales del año anterior.

El que esta nueva condición política haya sido bienvenida como un signo de avance democrático es, sin duda, una muestra fehaciente del cambio significativo operado en los últimos quince años: en efecto, es muestra de que el tránsito a al modelo que estamos experimentando en el presente ha ocurrido ya.³ No obstante, ese proceso de cambio ha sido acompañado por otro proceso que no sólo no acusa modificaciones sino que advierte una continuidad asombrosa: tiene que ver con la mistificación del que por ahora, en términos muy ambiguos, llamaré interés por “lo social”, con lo que me refiero a un espacio simbólico que incluye las necesidades jurídicas, económicas, sociales y culturales de una parte de los gobernados a quienes identificaré como “no representados”, para referirme a la situación de “abandono” - jurídico, económico, social y/o cultural - que para ellos implica el no ser considerados “sujetos” sino “objeto” de las políticas públicas.⁴ Hago referencia con dicho proceso a dos fenómenos empíricamente verificables: el primero de ellos, vinculado al hecho conocido de que los partidos políticos difícilmente representan otra cosa que no sea los intereses de sus propias plataformas políticas, lo que, en términos de la participación de sus miembros en el Congreso, se traduce en un uso instrumental y en ciertos casos francamente demagógico del poder de legislar, de modo tal que sus definiciones frente a determinadas tendencias en el diseño de políticas públicas vienen dadas, no por la defensa del interés de sus representados - formalmente hablando -, sino por la conveniencia coyuntural del partido de que se trate. El segundo fenómeno tiene que ver con la ausencia - o con la presencia *disminuida*, por decirlo más suavemente- de una sociedad civil consolidada en México, pues en efecto, los niveles de participación social están condicionados, ya sea por la falta de información pública suficiente en calidad y cualidades como para determinar un debate social amplio e incluyente, o bien por que el acceso al debate público está monopolizado por los sectores que poseen un mayor poder de influencia -nuevamente: los medios, los empresarios, la iglesia... Las posibilidades efectivas de participación quedan entonces limitadas a los sectores políticamente “representativos”, aunque de pronto haya momentos para la expresión atomizada y disgregada de otros sectores sociales.⁵

En la convergencia de estos fenómenos, la definición del espacio de “lo social” asume la forma de un interés abstracto por temas como la educación, la justicia social y la salud, que no escapa a la vieja concepción de los derechos “programáticos”, en la

³ En estos términos ha sido planteado por ejemplo por Silva Herzog Márquez.

⁴ No abundo sobre esta idea ahora, pero avanzo que se trata de sectores simbólicamente constituidos de los que forman parte, no sólo quienes pertenecen a los estratos económicamente desfavorecidos, sino los marginados y/o excluidos en sentido lato, respecto de sus posibilidades de ejercicio, o necesidades de protección en cualquiera de las esferas que he planteado. Ello implica que un “no representado” puede serlo, en las circunstancias que abordaré más adelante, por ejemplo, cualquier ciudadana de clase media alta, aunque no obvio el hecho real de que son los más pobres quienes por antonomasia cubren mejor esta categoría.

⁵ Naturalmente, es innegable la presencia creciente de organizaciones sociales que cubren ciertas “representaciones”, como es el caso de las protectoras de derechos de víctimas, de mujeres, de niños, de los ambientalistas y de las minorías en general, sin embargo, salvo algunos casos específicos, en los que esta defensa ha sido “gubernamentalizada” -lo que tiene implicaciones importantes en términos del espacio en el debate y de la presencia mediática más o menos garantizada- no me parece que el común denominador, en términos de presencia efectiva en el proceso de creación de leyes, lo sea el peso específico de estas organizaciones frente a otros sectores políticamente más “representativos”.

148 LA DEMOCRATIZACIÓN DEL “ESTADO DE DERECHO” - ARGUMENTOS A FAVOR
DEL CONTENIDO SUSTANCIAL DE LA DEMOCRACIA
EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

que no se niega importancia o compromiso del estado en su realización, pero donde importancia y realización efectivas quedan supeditadas a las posibilidades de definición y de posterior éxito de los “programas” gubernamentales en cada materia. Lo “social” en esta concepción no tiene nombre ni cuerpo porque no tiene “representados”; deviene mistificada en la medida en la que hace abstracción de unos destinatarios cuya identidad colectiva en los términos tradicionales se ha transformado: el campesinado, el sector obrero, el sector popular, no son más una masa con rostro de dirigente sindical, sino *pobres, mujeres, indígenas, niños, vecinos, enfermos, pacientes...* Lo “social” queda entonces reducido a los dichos “grandes” temas, dejando del lado otras consideraciones de importancia central en la que estos nuevos actores tienen un lugar predominante: las asimetrías existentes entre el estado y los gobernados en términos de género, edad y de clase social, la necesidad de sistemas normativos convergentes con la tradición y la costumbre de importantes grupos étnicos, la ausencia y la necesidad de mecanismos de *accountability* inter, intra y extra estatales., el fomento mismo de una participación informada de los ciudadanos en la definición de sus necesidades y en el planteamiento de sus problemas, el cuestionamiento y la eventual supresión de los fueros, entre los que podrían agregarse muchos más.

Desde este *otro* punto de vista, el que la transición haya cumplido sus objetivos políticos no implica que hayan sido resuelto ciertos otros temas que en el planteamiento de un proyecto de país más igualitario resultan prioritarios. Ello implica aceptar, o bien que la transición a la democracia está todavía a medio camino, o bien que una vez superada la fase del cambio, es necesario pensar seriamente en una transformación profunda y radical, capaz de sentar al menos un horizonte normativo que sirva para garantizar que incluso el beneficio del país, no tiene lugar a costa de los “no representados”.

Es en este punto, no me queda duda, que la llevada y traída discusión en torno a la reforma del estado debe asumir una dimensión “fundante”. No pretendo, ni podría tampoco, agotar aquí las aristas de lo que ello implica, pero mi intención al menos es la de meter en debate la necesidad de definir un mínimo normativo que haga las veces de *Grundnorm*, de modo que se inocule, con base en ella, toda posible pretensión autoritaria. Asumo la elevada dosis de idealidad que lo que pretendo lleva consigo, pero también reconozco que, a partir de unos pocos de los grandes relatos que sobreviven de la modernidad, es posible plantearse seriamente la posibilidad de esos acuerdos mínimos, particularmente si se toma en serio una realidad que, en los cálculos más conservadores, registra un 40% de personas que viven en extrema necesidad. Sobre este reconocimiento hago del concepto “estado de derecho” el punto de partida de mi reflexión. No sólo porque ha sido este el referente occidental más invocado para expresar la existencia de un horizonte normativo laico para las actividades humanas, sino porque, precisamente por ello, representa también la base para revisar sus contenidos ideológicos, sus alcances formales y sus limitaciones materiales.

2

“Estado de derecho” es, juzgado por sus consecuencias, un concepto multívoco. Como tal se ha identificado al estado liberal clásico, al *Welfare State* e inclusive al *Rechtsstaat* de la Alemania nazi. No obstante sus diferencias, que ciertamente no son

pocas, el común denominador en éstos modelos, que por cierto es el que les hace distintos a otras formas de gobierno fundadas en razones de orden trascendental, radica en su confianza en un gobierno que se define y se sostiene en un marco de leyes producidas por los propios seres humanos, a través de sistemas de legitimación que las hacen válidas y que les dan un carácter obligatorio, sobre la base de un consenso social supuesto alrededor de tales sistemas de legitimación. No obstante, la historia ha documentado que la idea básica de la pertinencia del “gobierno de las leyes” por encima del “gobierno de los hombres”, no agota por sí misma, las posibilidades de realización al abuso o al autoritarismo. Como ha sido apreciado por diversos autores, el contenido del concepto “estado de derecho” viene dado, entonces, por el modelo social en el que es invocado y aplicado, lo que genera sin duda, importantes consecuencias para la vida cotidiana de quienes viven bajo las reglas que fijan dichos modelos (*Inter alia*: Ferrajoli, 1996; Bobbio, Habermas, 1999).

Esta consideración plantea, al menos, dos dimensiones formales que deben ser tomadas en cuenta a la hora de discutir el concepto “estado de derecho”. La primera tiene que ver con lo que le caracteriza como un modelo distinto a otras formas de estado; la segunda la que, una vez planteado el cerco de los estados de derecho, los hace sin embargo diferentes entre sí.

2.1

Sobre el primer aspecto en realidad hay que decir bien poco; aunque debe destacarse la relevancia histórica y política de este proceso, que no es otro que el de la afirmación de un horizonte normativo laico de carácter positivo que, a la vez que marca el *adentro* para las reglas que norman la vida cotidiana de las personas en el moderno estado occidental, determina el *afuera*, respecto de aquéllos discursos que, sostenidos en la contingencia o en la trascendencia, plantean un integrismo, es decir, una identificación concéntrica entre derecho, moral y religión. Y es que, en efecto, la importancia de reconocer un límite formal entre estas esferas normativas, radica en que sólo así es posible ofrecer al destinatario de las normas, la seguridad respecto de cuándo y en qué casos, le serán aplicadas. Como señala Ferrajoli (1995), «Este proceso se fue dando en la medida en la que se consolidó el monopolio estatal sobre las fuentes de producción y convalidación del derecho, proceso que implicó a la vez: a) un sistema de normas cuyos criterios de validez, vigencia y efectividad quedaron constreñidos a la propia sistemática de la ley, y b) una norma de reconocimiento que diera validez a todas las leyes producidas en las formas, en las condiciones y por los poderes establecidos para ello: *auctoritas et non veritas facit legem*, que señala el proceso y los límites a la *creación* de la legalidad que en este sentido funciona como principio a la vez, constitutivo y organizativo del estado de derecho.

Hasta este punto esta dimensión formal del estado de derecho está resuelta: un estado de derecho es, en principio, un estado que se rige, es decir, que queda controlado y limitado, conforme a leyes cuya validez es predicable respecto de otras normas del propio sistema, y que han sido dictadas por el órgano designado para tal tarea. Pero, como ha sido señalado por el propio Ferrajoli, así como, desde otras perspectivas por autores como Bobbio, Nino y Habermas, no se resuelve en esta dimensión, sin embargo, la “sustancia” que define la legitimidad, ni de la autoridad, ni del sistema de leyes a que se hace referencia. Siempre en el plano formal, la respuesta a

150 LA DEMOCRATIZACIÓN DEL “ESTADO DE DERECHO” - ARGUMENTOS A FAVOR DEL CONTENIDO SUSTANCIAL DE LA DEMOCRACIA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

esta cuestión se da remitiendo la legitimidad de la ley a la constitución, y la de la autoridad a la soberanía, conceptos ambos íntimamente relacionados alrededor de un debate que tiene lugar a lo largo de toda la modernidad y que da cuenta de la tensión de fondo en la definición de un estado de derecho, el de su connotación como modelo específico, políticamente determinado.

2.2

La legalidad, en sentido lato, plantea para el estado de derecho, se ha dicho antes, su principio constitutivo y organizativo, pero no su naturaleza sustancial. En principio, cualquier sistema de leyes emanado de cualquier autoridad democráticamente electa constituye formalmente un estado de derecho y su custodia con base en el principio de legalidad es posible siempre que la validez del propio sistema quede referida a normas sobre su producción, lo que involucra a quienes crean y aplican al derecho, como al derecho mismo. Una visión ascéptica, estrictamente positiva o pura del derecho es teóricamente posible y aún más, factible. Pero supóngase la viabilidad del conocido ejemplo de clase en el que una comunidad dada elige de forma democrática a un dictador y que éste, con respeto absoluto de las formas y los procedimientos legales vigentes pasa al legislativo una reforma, respetuosa también de los continentes, pero con contenidos autoritarios, el congreso la revisa, ajusta la sistemática de la ley para evitar contradicciones y, de ser necesario, modifica incluso la constitución para garantizar la legalidad. Esa ley se convierte en derecho positivo y su aplicación es legal y constitucional; incluso si algún gobernado se inconformara, el poder judicial tendría que refrendar la constitucionalidad de dicha norma y con ello su vigencia.⁶

Qué autoridad y qué leyes, por tanto, da lugar a un debate muy otro, que hace referencia a la segunda de las dimensiones citadas más arriba, que es la que connota al estado de derecho y que señala el terreno político, la arena de debate, entre las distintas actitudes políticas que, sin contradecir el nivel formal, dan contenido, como se ha dicho, al “estado de derecho”.

No obstante el riesgo de resultar superficial, me parece que esta cuestión puede explicitarse si se utiliza como recurso argumentativo el diseño hipotético de modelos de estado, basados en las posibilidades combinatorias que dan, por una parte, en una perspectiva diacrónica, las dos más importantes tradiciones de estado que sobre la base del debate en torno a la soberanía y la democracia a lo largo de la modernidad, emergen en el siglo XX bajo los nombres genéricos de “*Rule of Law*” y de “*Rechtsstaat*”; por la otra, desde una óptica sincrónica, las cuatro actitudes políticas con mayor peso específico en las sociedades contemporáneas: el utilitarismo, el comunitarismo, el estatismo, el liberalismo y el egalitarismo (Lukes). Valga decir que, a las tradiciones de estado como a las actitudes enunciadas, las refiero en tanto que modelos, y que comprendo que tales modelos no se presentan –no se han presentado históricamente,

⁶ Ejemplos diversos de situaciones similares se encuentran en la práctica del estado mexicano. Por citar sólo un ejemplo, ténganse en cuenta las reformas que a la constitución se hicieron respecto de la necesidad de crear un modelo de seguridad útil para combatir el delito y en particular a la delincuencia organizada, mismas que produjeron fenómenos jurídicos tales como la constitucionalización de la intervención telefónica o la aceptación por constitucional de la participación del ejército en labores de seguridad pública.

ni lo harán- en forma pura o empíricamente decantable, aunque en la mayoría de los estados modernos, en mayor o menor medida, y de acuerdo con variables sociopolíticas de naturaleza contingente, si que han tenido expresión en tanto que máximas de gobierno, leyes y/o políticas públicas.

En términos muy genéricos, entonces, encontramos por una parte, la tradición de la *rule of law*, de raíces en la organización política medieval (el *common law*, el contrato, y el *stare decisis*, el *fair trail* y el *due process* entre otros) más claramente delineado por Locke y los teóricos de la nación nortamericana, concebida más bien como un concierto de voluntades particulares en el que la legalidad es producto de acuerdos destinados a reconocer los derechos naturales de todos quienes se atienen a ella, y donde las instituciones poseen por tanto un carácter instrumental (Melossi). Se trata entonces de una tradición de estado “débil”, solidamente sostenido, sin embargo, en la certeza de que la soberanía le pertenece al pueblo y que es éste, a través de representantes electos por el propio pueblo en un parlamento, el que dicta las leyes a las que debe someterse el poder público. La autoridad por tanto se construye de modo ascendente, lo que garantiza la autonomía de la sociedad civil frente al estado y la prevalencia de sus derechos, que son los derechos de propiedad, de modo tal que el sentido del pacto social no es otro que la tutela de la vida, la libertad y las posesiones. La “*rule of law*”, sintetiza así la convicción de que la naturaleza fundante de la constitución abreva directamente del reconocimiento de los derechos naturales y de su aprobación consensual, garantizada a la vez por un mecanismo de control difuso de la constitucionalidad de la ley que es parte sustancial de la actividad de los jueces (Marshall, Nelson). En términos generales, el modelo de la “*rule of law*” es identificable con el liberalismo (Habermas, *cit.*).

En el segundo, con raíces en Hobbes, el republicanismo francés y configurado más claramente en la concepción hegeliana del *Rechtsstaat*, el estado cobra una dimensión reificada, limitadora de las potestades medievales que al amparo de los derechos se tornan sin embargo, poderes salvajes. El estado aquí es un fin en sí mismo y los poderes públicos son sus instrumentos. El derecho público es el derecho del estado y las instituciones son la vía mediante la cual se lo hace valer. A diferencia del modelo de la “*rule of law*”, la autoridad se construye aquí en sentido descendente, con base en una concepción racional del acuerdo social que expresa, no un concierto de voluntades, sino la “voluntad general”, que no es otra cosa que el interés público que, reificado en el estado, actúa como catalizador de los “intereses facciosos”. El estado es por tanto, la encarnación de la racionalidad y su sistemática, la mejor garantía de esa racionalidad: el poder legislativo es el interprete del poder constituyente cuya legitimidad emana de la conjunción en un todo racional que es la Constitución, de la confluencia de los poderes políticos de los que esta última es expresión; el ejecutivo es el mandatario de esa voluntad general racional y los jueces, que por la naturaleza propia de una concepción de la soberanía concentrada en el representante popular que es el legislador, resuelve las controversias como un poder nulo, haciendo su función de *bouche de la loi* (Latorre). De acuerdo con sus rasgos genéricos, el modelo del *Rechtsstaat* es identificable con la tradición republicana (Habermas, *cit.*).

Ambos modelos poseen, como es evidente, virtudes y defectos importantes, y a tal grado imbricados que lo que es virtud en uno, lo es en función del defecto del otro. Así, en términos genéricos, frente a la reificación del estado republicano, el estado

152 LA DEMOCRATIZACIÓN DEL “ESTADO DE DERECHO” - ARGUMENTOS A FAVOR DEL CONTENIDO SUSTANCIAL DE LA DEMOCRACIA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

liberal aporta una importante visión de los derechos y de las particularidades, que hace del gobierno y del sistema de poderes un organismo enderezado a la protección de esos derechos; frente a la entronización, por otra parte, de la voluntad particular y de la supremacía del contrato, el estado republicano ofrece límites del todo relevantes a sus posibilidades de expresión como poderes salvajes. Frente a la elevada dosis de burocratismo y estatismo del estado republicano, el estado liberal plantea la tesis de la soberanía compartida y permite el control difuso de la constitucionalidad a cargo del poder judicial; por su parte, frente a la incertidumbre del *stare decisis* y del *common law*, el estado republicano antepone la certeza jurídica que ofrece en su conjunto el *statutory law*.

2.3

Si se ha dicho que los dos modelos de estado caracterizados más arriba han ido consolidándose en una perspectiva diacrónica; las posibilidades de potenciar o neutralizar sus defectos y virtudes se da, sin embargo, en perspectiva sincrónica, de acuerdo con el matiz que al modelo le imprimen las diversas actitudes políticas que, en el juego democrático, suelen tener lugar en el seno de ambos modelos.

Siguiendo una caracterización de Stephen Lukes, estas actitudes pueden representarse según se describe a continuación. Tres de ellas han probado su viabilidad histórica, la cuarta sólo ha mostrado una dimensión que da cuenta más de sus limitaciones que de sus virtudes, y la quinta es, sin duda todavía un ideal. Así:

- a) utilitarismo.- cuyo interés se centra en una valoración a ultranza del bien común, en términos económicos: la mayor felicidad al menor costo. Naturalmente, se trata de una posición que considera que el sacrificio de algunos por el bien de todos vale la pena siempre que lo que se busque sea maximizar la utilidad global de la mayoría.
- b) comunitarismo.- que expresa un apego básico a las raíces culturales, y a la nación; admite el multiculturalismo y promueve la discriminación positiva para afirmar el derecho de las minorías.
- c) libertarismo.- que pone el énfasis en la propiedad y en el mercado como articuladores de la vida social y que promueve una visión meritocrática del éxito y de la capacidad para participar en el mercado.
- d) estatismo.- del que empíricamente se conoce lo que ha dado en llamarse “socialismo real”, actitud que da cuenta de una tendencia a la abolición de las clases sociales, al control del mercado y a la omnipresencia del estado en los asuntos públicos e incluso en ciertas esferas del ámbito privado (el laboral, por ejemplo).
- e) egalitarismo.- tendencia figurada en el reconocimiento de la equidad como el principal motor de la actividad pública

Todas estas actitudes se expresan con dosis distintas de pureza en el amplio espectro de los partidos políticos y suponen la posibilidad de representar los intereses del gobernado; en un ejercicio hipotético, pero factible, de combinación diacrónica y sincrónica de tradiciones de estado y actitudes políticas, el resultado podría ser el siguiente:

	Utilitaria	Comunitaria	Libertaria	Socialismo	Egalitarismo
Rule of Law	Liberalismo utilitarista	Liberalismo comunitarista	Liberalismo Liberalista	Liberalismo Estadista	Liberalismo Egalitarista
Rechtsstaat	Republica Utilitarista	Republica Comunitarista	Republicanismo Libertario	Republica Socialista	Republicanismo Egalitarista

De las diez combinaciones posibles, dos son absolutamente antitéticas, por lo que en realidad quedan ocho posibilidades. Analicemos las combinaciones y veamos que “estado de derecho” se plantea en cada una de ellas.

La posibilidad de un liberalismo utilitarista es claramente cierta. La combinación mostraría - ha demostrado - un crisol político en el que se aprecia un estado retraído frente al mercado y en el que el objetivo sería el de maximizar las posibilidades de expansión a favor de la libre empresa, aún si ello implica el sacrificio, por ejemplo, de los derechos sociales, que afectan sólo a una parte de la población que, aunque puede ser mayoritaria en términos numéricos, no lo es, en términos de peso específico. Naturalmente favorece un tipo de sociedad que, en nombre del bien común, acepta ceder algunos de sus derechos, con la finalidad de proteger su vida, su libertad y sus posesiones, aún cuando ello signifique el sacrificio de aquéllos que, en esta perspectiva son vistos como “prescindibles”. En términos generales las actitudes laborales, sociales y familiares que reportan un problema para el desarrollo utilitario de la sociedad admiten ser intervenidas en nombre del bien común.

Un liberalismo comunitarista, por su parte, también es factible. Hablamos aquí nuevamente de un estado retraído a favor del mercado y la libre empresa que simbólicamente se afianza en el reconocimiento de su tradición y de su proyecto de nación. Familia, democracia, identidad, son sus valores centrales. A pesar de su reconocimiento tácito de la diferencia (*pluribus unum*), pondera sin embargo la unidad a costa de la definición de los desviados, quienes lo son por razones étnicas, pero también, y con frecuencia coinciden, por su “rechazo” al modelo social imperante. Se trata sin duda de un modelo que fomenta una visión conservadora y segregacionista de la sociedad centrada paradójicamente en un reconocimiento *sui generis* de la diferencia. La admisión de prácticas discriminatorias y abusivas en los niveles familiar, cultural, escolar y laboral, es planteada como efecto de la tradición y si no es abiertamente fomentada, es ampliamente tolerada

Un liberalismo de corte libertario, finalmente, es también posible. Se trata de la versión más radical del liberalismo, coincidente con lo que hoy se denomina neoliberalismo: un mercado hipertrofiado, un estado guardián mínimo promotor de los derechos vinculados a la propiedad, aderezado sin embargo por un énfasis especial en los derechos humanos que son reconocidos para todos, aún cuando las condiciones económicas y sociales plantean un escenario de desigualdad material que dificulta su realización. La centralidad del contrato es básica y se pondera aún por encima del derecho establecido; de hecho, en aras del respeto a la libertad de los particulares, se hace abstracción de las condiciones en las que se realizan los contratos, por lo que los problemas de abuso de poder son vistos como asuntos dados “entre particulares”. El

154 LA DEMOCRATIZACIÓN DEL “ESTADO DE DERECHO” - ARGUMENTOS A FAVOR DEL CONTENIDO SUSTANCIAL DE LA DEMOCRACIA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

modelo social fomentado es el de la sociedad civil atomizada, a la que corresponde organizarse en función de sus problemas particulares para garantizar sus derechos.

En los tres casos anteriores hay denominadores comunes y de hecho, se da la posibilidad de que el crisol social del liberalismo admita las tres actitudes descritas, en plena convivencia. No hay problema con la ley ni con la autoridad, pues ninguna de las tres actitudes pone en riesgo ni los fundamentos, ni los procedimientos que legitiman tanto a la ley como a la autoridad; en todo caso, incluso, la libertad de elección democrática que es también compatible con todas las combinaciones descritas, ofrece la oportunidad de garantizar un procedimiento de *accountability*, que funciona como termómetro para evaluar el desempeño de los gobernantes en turno.

Hagamos ahora el ejercicio con las posibilidades que ofrece la tradición republicana.

Una tradición republicana, por su parte, también puede tener un matiz utilitario. Tanto como en la versión liberal, la política del mayor beneficio al menor costo es planteada, pero a diferencia del primer caso, la utilidad se piensa aquí para el beneficio del propio estado. Esto es claro en varios sentidos, pero se me ocurre ahora que lo es sin duda en la política tributaria que implica el sacrificio de unos con miras a fortalecer el potencial económico de la república, aún si es necesario, por ejemplo gravar el consumo en condiciones de desigualdad económica notorias, dado que el argumento es el de beneficiar la política social. La seguridad del estado es esencial y también allí la visión utilitarista plantea esquemas destinados a garantizarla, aún por encima de los derechos humanos: prisiones de máxima seguridad, retenes, y mucha policía, siempre con el argumento del beneficio de la seguridad pública. La ley y la dogmática legal están diseñadas para garantizar la unidad del estado, de modo que la división de poderes es más formal que efectiva. En la medida en la que la decisión judicial está acotada, entre otras posibilidades, es posible calcular el costo de políticas francamente anticonstitucionales, pero útiles, sobre la base, por ejemplo, de que, del número total de afectados, sólo un porcentaje mínimo recurrirá y obtendrá un amparo. La política legislativa también tiene un corte utilitario de modo que aprueba leyes con arreglo a fines y no con base en principios. En fin, este modelo fomenta un modelo social acrílico y sometido a una visión legalista del estado, donde el derecho positivo juega un papel fundamental aún por encima de los derechos sociales y de las libertades.

Un republicanismo de corte comunitarista podría expresarse en dos vertientes históricamente verificadas: el estatismo y el nacionalismo. En su acepción más tolerante, el estado es la nación y la patria al mismo tiempo, haciendo abstracción de las particularidades culturales, sociales, jurídicas, lingüísticas y étnicas de los pueblos que conforman el territorio del estado. La política busca uniformar: una lengua nacional, un himno nacional, una bandera, un derecho patrio; y al mismo tiempo, suprimir toda muestra de particularismo: las lenguas originarias, las costumbres jurídicas, a las que reduce a su dimensión de *folklore*. Como se aprecia, el modelo social que se produce desde esta visión es el de una nación mistificada, sostenida en mitos acerca de la historia y de sus caudillos.

En su acepción nacionalista, por el contrario, pondera la nación, la lengua y la raza. Es romántico por antonomasia y tiende a suprimir al diferente, quien es definido precisamente por no compartir, de naturaleza, las características de la comunidad. En este caso, se fomenta una sociedad de corte racista e intolerante.

Una republica socialista es, finalmente la versión radical del republicanismo. Se trata de un modelo de intervención total del estado en la vida pública y en gran

medida en la vida privada, sobre la base de la igualdad social y el florecimiento del propio estado como un todo. El mercado es sujeto de control y la propiedad privada es, preferentemente, acotada. El estado decide las prioridades nacionales y naturalmente, los derechos civiles, las libertades, es decir, quedan por debajo de esas prioridades. Esta visión fomenta una sociedad habituada al paternalismo y por ende, desactivada frente a una certidumbre ideológica de que los derechos del pueblo ya fueron conquistados.

Así, como en el caso de la tradición liberal, en este también se aprecia que las actitudes en lo general podrían convivir y dar lugar a versiones más o menos cercanas al autoritarismo. Tampoco aquí hay problema con la ley o con la autoridad, pues su legitimidad queda garantizada, por la dogmática constitucional y por la certeza de la racionalidad del estado.

Como se ve, todas las combinaciones anteriores, de cuño liberal o republicano, de tendencia utilitaria o socialista, son posibles bajo una concepción formal de estado de derecho; pero en todas ellas se plantan preguntas importantes. Si se adopta una visión liberal ¿es posible admitir la validez de un contrato que ofrece mayores ventajas a una de las partes sobre la base de que se trata de un acuerdo “entre particulares”? ¿es válido anteponer el desarrollo del mercado a la satisfacción de las necesidades básicas de los más pobres?, ¿es posible admitir que la libertad tiene que darse a costa del sacrificio de otros?, ¿basta con proclamar los derechos, aún si las condiciones para su realización se dejan libres a las vicisitudes del mercado?. O bien, si se adopta una visión republicana ¿es dable aceptar la intervención del estado “*tout court*” en nombre del beneficio público? ¿tiene sentido la “*raison d’etat*”? ¿qué ventajas ofrece un nacionalismo mistificado?, ¿puede admitirse la expropiación de tierras comunitarias en nombre del estado?, ¿es dable una política de unidad de lengua, de historia y del derecho por encima de la interculturalidad y el pluralismo jurídico?.

3

La respuesta a estas preguntas, en sentido estricto, depende del horizonte que nos planteemos, siempre que dicho horizonte no salga de lo modelos políticos que han sido esquematizados. El juego de la política democrática diría que todas estas cuestiones son debatibles y que su viabilidad y el convencimiento público de su carácter benéfico o perjudicial debe someterse a prueba y demostrar, en las elecciones y en la legitimación pública su nivel de aceptación social.

Sin embargo, si el ejercicio de reducción al absurdo que he intentado tiene éxito, habrá caído por su propio peso el que todas estas preguntas y el modelaje extremo de tradiciones y actitudes políticas ensayados en el párrafo anterior, encierran un denominador común: todos los descritos, son proyectos políticos excluyentes. Todos, en la medida en la que se centran en la identificación de intereses comunes, producen “no representados”, todos, de un modo u otro, violentan derechos. Y es que el estado de derecho así planteado es un estado de injusticias que quedan cubiertas bajo el eufemismo de la igualdad ante la ley, la fuerza del contrato, la noción de bien común o la pretensión de racionalidad del estado, según se trate.

La primera lección importante de este breve análisis, según aprecio las cosas, es por tanto, que la desigualdad, el abuso y el autoritarismo existen, son hechos, y que, de no asumirlos como tales, todos pueden quedar –han quedado- justificados bajo la

156 LA DEMOCRATIZACIÓN DEL “ESTADO DE DERECHO” - ARGUMENTOS A FAVOR DEL CONTENIDO SUSTANCIAL DE LA DEMOCRACIA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

esta concepción formal del “estado de derecho”. Más todavía, tal como ha sido descrito hasta ahora, el tema del “estado de derecho” implica una retórica que no sólo no inocula, sino que potencia la exclusión. Y es que, esta puede ser la segunda lección, la experiencia histórica demuestra que, no obstante su carácter moderno, el estado contemporáneo no escapa a dosis importantes de fundamentalismo, donde el Dios es la ley hipostasiada, los políticos y funcionarios públicos son como sacerdotes, y los dogmas son el contrato, el bien común, el mercado, la sociedad y el propio estado, y que son esos reductos de fundamentalismo los que hacen posible que pasen por democráticas ciertas prácticas que en su afán siempre formal de alcanzar o garantizar alguno de esos dogmas, se tornan altamente lesivas de derechos. La tercera lección conduce a aceptar que, precisamente por todo lo anterior, al final del camino, lo que se plantea es un problema moral, que tiene que ser resuelto a través de una actitud valorativa moralmente orientada.

Si se acepta entonces que a) vivimos en un contexto de elevada desigualdad y de prevalencia global de intereses orientados al mercado, b) que dicho contexto produce necesariamente víctimas, c) que esas víctimas lo son entre otras razones porque carecen de representación en la discusión pública y porque en todo caso, son sólo vistas como objeto y no como sujetos de la política, d) que este gran proceso de *victimización* demuestra inequidad y e) que la inequidad a su vez es demostración de la producción de sujetos débiles, los que se construyen a partir de la relación de poder con los sujetos fuertes, la cuestión moral radica en decidir si se está o no de acuerdo con que ello sea como hasta ahora ha sido.

Naturalmente, en la medida en la que la cuestión se aprecia desde el punto de vista del gobernante y del político, la actitud que se asuma matizará la decisión, que se moverá entonces en el *continuum* que se plantea entre las diversas actitudes reseñadas que teóricamente se define entre el libertarismoalismo a ultranza y el socialismo “real”, con la desventajas que implica cada una de sus posibilidades, que en términos llanos conduce decidir a quien se excluye: a los débiles o a los poderosos. Si se la aprecia en cambio desde el punto de vista de los representados –empresarios, clero, medios, partidos- la decisión adoptará una dimensión “técnica”, interesada por la posición de cada uno frente al problema.

Vuelvo ahora a mi punto de partida y planteo: ¿qué significado tendría el apreciar el problema desde la perspectiva de un gobernado? Tengo la impresión de que es esa la única posibilidad de construir el tema con una visión distinta: la del “no representado”. La decisión quedaría marcada entonces en función del interés del gobernado, no sólo como miembro de la sociedad civil, lo que no haría ninguna diferencia respecto de los liberalismos tradicionales, sino a partir de las condiciones de *sujetación* que en relaciones concretas de poder lo convierten en un sujeto vulnerable: en tanto que víctima del propio estado –de la policía, de las instituciones, de la ley incluso- pero también en tanto que víctima del abuso de los particulares –de los contratos, de la violencia intrafamiliar, de los intereses del mercado-, e incluso en tanto que víctima de ciertas corrientes culturales –patriarcalismo, consumismo, sexismo, homofobia. Desde esta visión, paradójicamente, se abre un interesante abanico de posibilidades inclusivas, precisamente al reconocer que la igualdad no existe, que somos en efecto diferentes y que lo somos por razones de género, de propiedad, de ingreso, de posibilidades de acceso a la discusión pública y a la justicia, entre muchas otras diferencias, y que por tanto, el mejor camino para plantearse el tema del reconocimiento de estas diferencias,

es el de la equidad, que en términos llanos implica reconocer que la necesidad común de todos quienes por alguna razón son víctimas, es la de ser tratados *como si fuésemos* iguales.

En función de esta posibilidad es que se plantea un modelo de “estado de derecho” que no es excluyente. De vuelta al cuadro de las combinaciones, este espacio está definido, no por casualidad, en la parte izquierda del mismo, hasta ahora ignorada - y no sólo en mi propio texto. Se trata de un “estado de derecho” de izquierdas que matiza sensiblemente y equilibra las dos tradiciones de estado sobre las que he trazado mi argumento. Es un estado de derecho porque se basa en los mismos criterios formales de legalidad que los modelos anteriores y porque se distancia de cualquier forma de sustancialismo metajurídico; es de izquierdas porque toma partido, sin reificarlo, por el sujeto de la dominación en la era posindustrial: el “vulnerable”, el “no representado”, el “débil” (Ferrajoli, 1999), quien no es por cierto un sujeto abstracto, sino una persona concreta en situación de desventaja que puede ser hombre o mujer, propietario o no propietario, indígena, mestizo o criollo, liberal o republicano, dependiendo de su posición de desventaja en la relación de fuerza de la que participa. La apuesta política de esta actitud tendría que ser, parafraseando a Tamar Pitch la siguiente: “si el sujeto de la desventaja está bien, el resto está bien”. Se trata, en fin, de una apuesta por los derechos, pues en la medida en la que se afianzan los derechos de las personas más vulnerables, se afianzan también los derechos de todos.

4

Cómo formalizar un estado de derecho sostenido en la equidad es un problema que, si en términos doctrinales está bastante desarrollado, en términos práctico-jurídicos se está apenas construyendo. Se ha dicho antes que en fondo lo que está a discusión es un problema moral que implica, en términos llanos, decidir de parte de quien se está y con base en qué fundamentos se justifica esta decisión. Y me parece también que es esa la razón por la que el camino señalado por quienes se han planteado esta cuestión es uno que conduce de algún modo también a la moral, o a las relaciones internas entre el derecho y la moral; me refiero, por una parte, a Habermas y Apel respecto de la racionalidad procedimental de tipo ético, a Kohlberg y el *ideal role taking*, al propio Rawls y la “*public reason*”, o a Carlos Santiago Nino respecto de la concepción de democracia procedimental; por la otra parte a Ferrajoli, en términos de lo que él llama un “derecho del derecho”, o un deber ser del derecho, que con base en los derechos fundamentales, se anida en el principio de estricta legalidad.

No puedo agotar ahora la discusión que articula los distintos puntos de vista de estos autores, algunos inclusive no necesariamente concordantes, aunque en mi perspectiva, convergentes; tratare sin embargo, a manera de conclusión, de plantear las cuestiones más relevantes que, en los términos del modelo de lo que podría denominarse “estado de derechos” y que esas aproximaciones han contribuido a problematizar.

- a) la primera y más relevante me parece tiene que ver con la necesidad de generar un horizonte de legitimidad para el derecho mismo que trascienda la lógica intrasistémica de la pirámide Kelseniana y se plantee seriamente los vínculos entre el derecho y la moral, en términos meta e intrajurídicos (Habermas, 1991; 1998).

158 LA DEMOCRATIZACIÓN DEL “ESTADO DE DERECHO” - ARGUMENTOS A FAVOR
DEL CONTENIDO SUSTANCIAL DE LA DEMOCRACIA
EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

- b) en torno a la legitimidad de la ley, la necesidad de discutir una dimensión sustancial que de cabida al planteamiento fundante respecto de, como afirma Ferrajoli (1999), lo que “no puede decidirse” y lo que “no puede dejar de decidirse” en un estado de derecho, sobre la base de un referente para la equidad que, me parece, no puede ser otro que el de los derechos. Ello es convergente con una noción meta-convencional de constitucionalismo que admita al menos una revisión de los conceptos de soberanía y de ciudadanía, en tanto que obstáculos para la equidad, no solo a nivel del derecho de los estados, sino incluso en escala global (Ibid, 1998). Una vez definido este nivel sustancial, la propia ley debe establecer las condiciones procedimentales que definen qué autoridades pueden crear nuevos ordenamientos, quienes los ponen en ejercicio y quienes tienen el poder de la decisión última en los casos en los que se actualiza una controversia -por ejemplo en el sentido elaborado, entre otros, por Wróblewski. Estas condiciones actúan como garantías orgánicas que proveen de legitimidad de origen a las instituciones.
- c) en torno a la legitimidad de la autoridad y sobre la base de los principios *auctoritas et non veritas facit legem* y su limitante *veritas et non auctoritas facit legem*, plantear la necesidad de construir en el nivel constitucional un esquema de diferenciación funcional y de interpenetración orgánica que garantice poderes públicos democráticos teniendo en cuenta la racionalidad que le es propia a cada uno de ellos en razón de sus potestades (el poder de crear leyes, el poder de administrarlas y el poder de decidir en última instancia sobre las controversias que el proceso genera) y de la necesidad de *accountability* que su ejercicio comporta (O'Donnell). Democratizar a los poderes no significa sin duda basar su legitimidad en la aceptación mayoritaria por la vía electoral o por la vía de la legitimación. La elección debe concebirse como una condición para el ejercicio de los poderes legislativo y ejecutivo de forma tal que se inocule la perpetuidad de un grupo en el poder, y en todo caso, como uno de los componentes de la legitimidad de origen de quienes los ejercen, garantizada también en la constitución. La legitimación, por su parte, no puede descansar en la aceptación pública de imágenes de eficiencia deliberadamente difundidas por los propios poderes, desconectada de la cuestión relativa a la legitimidad.
- d) Así, la separación funcional de poderes implica el reconocimiento de límites externos a sus potestades y en ese sentido es garantía de seguridad jurídica para el conjunto de los gobernados, en términos de una legalidad de tipo formal. De este modo... *dl*) el poder legislativo, que no puede naturalmente quedar sometido a una concepción tal que cancele la posibilidad de la deliberación política de los representados en las cámaras, en tanto que dichos representados constituyen la base electoral que permite a quienes ejercen este poder, tener presencia parlamentaria, *debe* sin embargo constreñir el propio proceso deliberativo, como ha sugerido Habermas (1991), a una racionalidad procedimental moralmente finalizada hacia una ética de las responsabilidades. Esa racionalidad procedimental somete al proceso deliberativo a requerimientos de argumentación que

están destinados a justificar la decisión política y en ese sentido a legitimarla por la vía de la legalidad; d2) el poder ejecutivo, por su parte, obedece a una racionalidad de tipo instrumental destinada a maximizar el beneficio público y a minimizar las molestias al gobernado. En ese sentido, queda sometido a una lógica utilitaria que no obstante encuentra límites ético-jurídicos en la ley, en la constitución y en los derechos; d3) el poder judicial, por su parte, queda vinculado a una racionalidad de tipo jurídico que encuentra respaldo directo en la sistemática de la ley y en la constitución. Justo al contrario de lo que ocurre en el parlamento, y para garantizar la autonomía, la independencia, la naturalidad y la responsabilidad de los jueces, el poder de decisión no puede quedar sujeto a la elección popular, pero sí *debe* atenerse a un criterio sustancial que dé legitimidad al discurso jurídico. En este sentido, el juez no le responde al pueblo, sino al sistema de derechos que sostiene el edificio legal, a la legalidad estricta, es decir (Ferrajoli, 1995).

- e) Si la separación funcional de poderes es relevante, la interpenetración orgánica entre ellos, por su parte, es fundamental como garantía orgánica de responsabilidad (*accountability*) intraestatal. Esta interpenetración requiere del diseño de un delicado mecanismo de pesos y contrapesos que a su vez necesita un referente específico que garantice la sujeción del estado a criterios de racionalidad, sobre la base de que el funcionamiento estrictamente formal del estado de derecho implica efectos contraproducentes, entre los que pueden señalarse los siguientes: e1) en tanto que sometido al condicionamiento electoral, el legislador opera, se ha dicho, con base en una racionalidad de tipo político orientada naturalmente a la satisfacción de intereses que, aun cuando puedan sintetizarse en un beneficio común, producirán, por *mor* de la dialéctica misma del proceso, sujetos “no representados”. Los efectos de esta cuestión se justifican, pero no se resuelven por la vía de la racionalidad procedimental. Ejemplo de este problema lo constituye la prohibición del aborto, que aunque puede satisfacer los intereses de la iglesia y de ciertos grupos de la sociedad con peso específico como electores, deja del lado a mujeres y hombres que promueven su despenalización y que constituyen una minoría; e2) en tanto que sometido a una racionalidad orientada a fines, sujeta también al escrutinio electoral, el ejecutivo administrará en términos de utilidades bajo una lógica de gestión vinculada a la ley; pero igualmente, la dialéctica del proceso producirá excluidos. En aras, por ejemplo, de satisfacer un déficit de ingresos en las arcas públicas, se elimina el subsidio a un servicio que representa un derecho; o bien, se presupuesta poco para áreas tales como educación, salud, vivienda o justicia, en relación con lo que se invierte en seguridad, en mantenimiento del aparato gubernamental, etc.

Dados tales problemas, que implican en términos genéricos controversias entre el gobernado y el propio estado, se requiere una decisión última que la resuelva; en tanto que orientado por una racionalidad jurídica atendida a la dimensión sustancial de la constitución, esa decisión compete sin duda al poder judicial, quien debe revisar la constitucionalidad de leyes y procedimientos que, en la visión de los afectados,

160 LA DEMOCRATIZACIÓN DEL “ESTADO DE DERECHO” - ARGUMENTOS A FAVOR
DEL CONTENIDO SUSTANCIAL DE LA DEMOCRACIA
EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

conculquen sus derechos. Naturalmente, en la medida en la que la inconstitucionalidad se verifica, la decisión tiene que tener efectos *erga omnes*, como una condición que garantiza que la función del estado está sometida a la propia constitución. Si esto ha sido visto –sigue siéndolo– como una violación de la soberanía de los poderes legislativo y ejecutivo, en la visión de un estado constitucional de derecho el acto constituye más bien una afirmación de ese carácter constitucional y un procedimiento que garantiza la legitimidad de ejercicio del poder público en beneficio del gobernado. Naturalmente, ello implica también la rendición de cuentas, en términos de la dicha ética de las responsabilidades, del ejecutivo y el judicial al legislativo; así como la vigilancia de agencias del ejecutivo en torno a transgresiones –específicamente penales– de los poderes legislativo y judicial (O’Donell). El equilibrio, como se ha dicho, es sumamente delicado y supone normas claras de funcionamiento sujetas a su vez a la condición de racionalidad procedimental y a la estricta legalidad.

Si lo anterior vale para el derecho público, no hay razón para que no valga también en el ámbito del derecho privado. Si como se ha sugerido, el estado de derechos equilibra las tradiciones liberal y republicana, su componente liberal implica un estado retraído para garantizar el ámbito de libertades del gobernado, pero su componente republicano implica límites serios en función de la equidad. La capacidad para contratar, las relaciones interpersonales, el acceso a empresas que ofrecen servicios públicos que involucran derechos, por ejemplo, regulado en principio por la libre voluntad de “los particulares” no puede quedar exenta, sin embargo, del ámbito vinculatorio de los derechos garantizados en la constitución, de modo tal que las relaciones entre trabajadores y empleadores, entre maridos y esposas, entre prestadores de servicios –por ejemplo, escuelas y clubes privados– y usuarios, no constituyan, como afirma Ferrajoli (1996), poderes salvajesilimitados.

En un carril paralelo a la democratización del espacio público, la democratización de la vida privada tiene que ser también objetivo fundamental de un estado de derechos (Giddens, 2002) con la mirada puesta, naturalmente, en la equidad y con la ayuda de dispositivos que faciliten el acceso a la justicia.

5

Queda aún por discutir el papel de la sociedad en todo este proceso de construcción de un estado de derechos. Naturalmente, la participación del gobernado está sujeta a una gran cantidad de variables que involucran toda una pedagogía de los derechos que, dadas las actitudes políticas prevalecientes, se mira, como suele decirse “cuesta arriba”. De ello depende la discusión, a su vez, del escrutinio social del ejercicio del poder público, de la posibilidad de intermediación estado-sociedad civil a través del llamado tercer sector y de las agencias de segundo nivel (Chambres), entre muchos otros temas. La agenda está abierta, y en México especialmente, la oportunidad de promover un debate en torno a ellos, se hace exigible en la medida en la que vivimos en un país donde, como se ha dicho, la pobreza extrema, la crisis de representación y el nivel de autoritarismo hacen que asumir una posición de derechas sea, por lo menos, reprochable.

BibliografíaReferencias Bibliograficas

- Aparicio Pérez, Miguel Angel, 1996. Modelo Constitucional de Estado y Realidad Política, en Andrés Ibáñez, Perfecto. *Corrupción y Estado de Derecho. El Papel de la jurisdicción*. Madrid, Trotta: 30-39
- Bobbio, Norberto. 1996. *El futuro de la democracia*. 2ª. ed., México: Fondo de Cultura Económica
- Chambres, Douglas, 2001. Vínculos de la sociedad civil con la política. Las instituciones de segundo nivel. *Nueva Sociedad*, 171, pp. 60 a 100.
- Fioravanti, Maurizio. 2001. *Constitución*. Madrid: Trotta
- García Herrera, Miguel Ángel, 1996. Poder judicial y estado social: legalidad y resistencia constitucional, en Andrés Ibáñez, Perfecto. *Corrupción y Estado de Derecho. El Papel de la jurisdicción*. Madrid, Trotta: 59-84
- Garzón Valdés, Ernesto, 2001. Derecho y Democracia en América Latina. *Isonomía*, 14: 33-63
- Habermas, Jürgen. 1991. *Escritos sobre moralidad y eticidad*. España: Paidós
- Habermas, Jürgen. 1996. *La inclusión del otro*. España: Paidós
- Habermas, Jürgen. 1998. *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta
- Ferrajoli, Luigi, 1995. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta.
- Habermas, Jürgen. 1998. *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*. Buenos Aires: Amorrortu
- Kelsen, Hans. 2001. *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*. México: Universidad Autónoma de México.
- Luigi Ferrajoli, Luigi, 1996. El Estado Constitucional de Derecho Hoy; El modelo y su divergencia de la realidad, en Perfecto Andrés Ibáñez, Perfecto., *Corrupción y Estado de Derecho. El Papel de la jurisdicción*. Madrid, Trotta:15-29
- Ferrajoli, Luigi, 1998. Más allá de la ciudadanía y de la soberanía. Un constitucionalismo global. *Isonomía*, 9, octubre, pp. 173-184.
- Ferrajoli, Luigi, 1999. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta
- Ferrajoli, Luigi, 2000. *Derechos fundamentales*. Madrid: Trotta
- González Placencia, Luis (1997) El desafío ético de la política, *Nexos*, julio, pp. 5-7.
- Habermas, Jürgen. 1991. *Escritos sobre moralidad y eticidad*. España: Paidós
- Habermas, Jürgen. 1996. *La inclusión del otro*. España: Paidós
- Habermas, Jürgen. 1998. *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta.
- Latorre, Máximo, 1999. Il potere ambiguo. La figura del giudice tra la democrazia francese e il rechtsstaat tedesco. *Sociología del derecho*, XXVI, 2, pp. 37-80.
- Lukes, Stephen, 1998. Cinco fábulas en torno a los derechos humanos, en Stephen Shute y Susan Hurley. *De los derechos humanos*. Madrid: Trotta.
- SCJN (2000) *100 decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Novena época)*. México: SCJN.
- Mascott, Ma. Angeles, 1997. Cultura política y nuevos movimientos sociales en América Latina. *Metapolítica*, Vol. 1, N° 2: 227-239
- O'Donnell, Guillermo, 2001. Accountability Horizontal. La Institucionalización legal de la desconfianza política, *Isonomía*, 14:7-31
- O'Donnell, Guillermo. 1998. Accountability horizontal. *La Política. Revista de estudios sobre el Estado y la sociedad*. No. 4:161-188
- Pardo, María Laura y Rojo, Luisa Martín. 2001. Revista Iberoamericana de Discurso y Sociedad. Lenguaje en contexto desde una perspectiva crítica y multidisciplinaria, Vol. 3, N° 3: 151
- Rentería, Adrián. 2001. *Discrecionalidad Judicial y Responsabilidad*. México: Fontamara
- Senese, Salvatore, 1996. Democrática pluralista, pluralismo institucional y gobierno del poder judicial, en Andrés Ibáñez, Perfecto. *Corrupción y Estado de Derecho. El Papel de la jurisdicción*. Madrid, Trotta: 40-58
- Serrano Gómez, Enrique. 1994. *Legitimación y racionalización*. España: Anthropos en coedición con la Universidad Autónoma Metropolitana
- Silveira Gorski, Héctor Claudio. 1998. *El modelo político italiano*. Barcelona: Universidad de Barcelona
- Wróblewski, Jerzy. 2001. *Sentido y hecho en el derecho*. México: Fontamara