

308909



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

37

FACULTAD DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

EL ESTADO DE BIENESTAR COMO EXPRESIÓN
ERRÓNEA EN LA CONSTRUCCIÓN DEL ESTADO DE
DERECHO EN MÉXICO

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

FABIOLA GUADALUPE VERGARA RIVAS

DIRECTOR DE LA TESIS: LIC. MIGUEL ÁNGEL LUGO GALICIA

MÉXICO, D. F.

2000

286622



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Dedico este estudio y todo el tiempo empleado en su realización:

A DIOS

Por ser el principio y fin
de mi existencia.

A MI ABUELO JUAN L.

RIVAS AGUILAR

Por el amor y la
confianza que siempre
me brindó.

A MIS PAPAS

Por todo el amor,
esfuerzo, sacrificio y
dedicación.

A CLAUDIA

De quien he aprendido a
vivir una amistad sincera
y duradera, y por
esperarme hasta el
último.

AL LIC. MIGUEL ANGEL

LUGO

Por su inagotable
paciencia y apoyo en la
realización de este
trabajo.

A GLORIA

Por todo el empeño y la
ayuda brindada en la
conclusión de este
trabajo.

A TODOS MIS AMIGOS

Aun a los que creían que
no concluiría este
trabajo.

A JOAQUIN

Por cuidarme y
acompañarme siempre y
en todo.

A JAVIER

Por compartir conmigo
tus conocimientos en el
ejercicio profesional del
Derecho.

A DIEGO RAMOS GONZALEZ
DE CASTILLA

Por permitirme ser parte
de su grupo de trabajo y
forzarme a concluir este
trabajo

Índice

Introducción.....	1
--------------------------	----------

Capítulo I

Del Estado de derecho al Estado de bienestar

1.- El Estado de derecho.....	1
2.- Del <i>rule of law</i> al <i>Welfare State</i>	73
3.- El Estado de bienestar.....	85
3.1. Estado de bienestar y bien común.....	102

Capítulo II

Los nuevos liberalismos y neoliberalismos

1.- El liberalismo social.....	118
2.- Los neoliberalismos.....	131

Capítulo III

Coyuntura del cambio de gobierno en el año 2000

1.- ¿Un Estado ultramínimo o un Estado liberal con visión empresarial?.....	139
---	-----

2.- La transición democrática.....	144
3.- La construcción del Estado de Derecho y las instituciones políticas.....	152
3.1. El camino al Estado de derecho en la visión liberal-empresarial, algunas experiencias de Derecho comparado.....	157
3.2. Reflexiones de Juan J. Linz en la construcción de la democracia.....	170
3.3. Alternativas de la memoria: Amnistía y olvido....	187
CONCLUSIONES.....	191
BIBLIOGRAFIA.....	194

Introducción

El presente trabajo esbozará una hipótesis general apoyada en el estudio, análisis y comparación de distintas acepciones, teorías y observaciones de lo que llamamos Estado de Derecho y de su realidad, así como de las múltiples concreciones en diversas circunstancias temporales.

La respuesta del Estado liberal ante las crisis cíclicas que algunos de sus factores provocan, lo han conducido u obligado a transformarse en un Estado asistencial.

En este sentido, afirmo que la noción generalizada y reduccionista que ve en el Estado de derecho sólo su sentido literal es errónea.

Parece que el Estado de bienestar es la respuesta obligada para solucionar la cuestión social, que sirve para mitigar la contradicción entre los principios de igualdad de los modernos y las “viejas y nuevas” desigualdades económicas y sociales.

No obstante, este tránsito “obligado” trastoca el principio subsidiariedad, subsumiéndolo en un asunto de Estado. Como este Estado Asistencial adquiere numerosos matices tanto en la Europa del Este como en América Latina; e inclusive son diferentes los carices en Centro América y Sudamérica.

En el caso de México, el Estado proveedor es un Estado populista basado en el corporativismo estatal, que ha intentado suplir y casi lo ha conseguido a la democracia representativa; no obstante la falta de

actuación de facto ha acarreado un vacío de legitimidad en el Sistema Político.

México se debate en el reto de hacer una reconversión de esa base corporativa-estatal hacia una base corporativo-empresarial, en pro de una economía abierta, que permita la liberalización de la política y la reconstitución de los tres poderes.

El colapso del bloque socialista y la crisis reiterada del autoritarismo latinoamericano se ha debido a la eliminación de dos características de las sociedades abiertas: la economía de mercado y el sistema de democracia representativa.

Este intervencionismo estatal concluye inhibiendo la participación de la sociedad civil, y anquilosando al Estado; para salir de este círculo vicioso se han de reducir las prerrogativas del Estado a su mínima expresión, instaurar un Estado de derecho, cimentar el desarrollo del libre mercado y promover una organización social constituida por cuerpos naturales básicos o intermedios.

Capítulo I

Del Estado de derecho al Estado de bienestar

1.- El Estado de derecho

Muchos han visto en su imaginación repúblicas y principados que jamás existieron en la realidad y que nunca existiran Tanta es la distancia entre como se vive y como se debería vivir, que quien prefiere a lo que se hace lo que debería hacerse, mas camina a su ruina que a su preservacion necesitando el principe que quiere conservarse, aprender a ser o no bueno, segun la necesidad .

Maquiavelo

Por "Estado de derecho"¹ (*Rule of law*² para los juristas angloamericanos) se entiende, básicamente aquel Estado cuyos

¹ Aun cuando existen antecedentes, más o menos imprecisos sobre la idea del "Estado de derecho" desde los griegos y los romanos en la antigüedad, se puede afirmar que correspondió al alemán Roberto von Mohl utilizar por primera vez tal expresión *-Rechtsstaat-*, en su sentido moderno, durante el tercer decenio del siglo pasado. **Diccionario Jurídico Mexicano;** Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México; México: Ed. Porrúa, 1989, vol. D-H, *sub voce* Estado de derecho, p. 1328.

² *Rule of law*, concepto que es bastante difícil de definir así como de traducir: ¿gobierno de la ley o regla de derecho? La expresión se afirma en la Inglaterra del siglo XVII, pero retoma ampliamente temas medievales, para afirmar la igualdad de los ciudadanos ingleses frente a la ley y para combatir todo arbitrio que perjudique sus derechos legales. En la base del *Rule of law* se encuentra una experiencia cultural y política del derecho que es típica de Inglaterra. Mientras que la cultura alemana y la continental estaban dirigidas por sus propios supuestos teóricos a unificar estado y derecho (ordenamiento jurídico), la inglesa ignora el concepto de estado, usando más que nada el de "gobierno", que comprende las tres funciones clásicas, o por lo menos la ejecutiva y la legislativa.

diversos órganos e individuos miembros se encuentran regidos por el derecho y sometidos al mismo; esto es, Estado de derecho alude a aquel Estado cuyo poder y actividad están regulados y controlados por el derecho.³

Los problemas centrales de esta definición son dos; en primer lugar que los estudiosos del *common law* no entienden por *Rule of law*,⁴ lo mismo que los estudiosos del derecho con tradición romano-canónica,

Diccionario de Política; bajo la dirección de Norberto Bobbio, Nicola Matteucci y Gianfranco Pasquino; redacción en español: José Aricó, Martí Soler y Jorge Tula, 7a. Ed. corregida y aumentada; México: Siglo XXI Editores, 1991, vol. a-j, *sub voce* *Rule of law*, pp. 341 y 342.

³ **Diccionario Jurídico Mexicano; Ibídem.**

⁴ La idea de libertad política falta en cambio en el ideal alemán de estado de derecho, un ideal que nace en la Prusia del siglo XVIII en contacto con distintas experiencias culturales y políticas. Ante todo, el despotismo ilustrado afirma la impersonalidad del poder: soberano no es el rey, y tampoco lo será el pueblo, sino sólo y únicamente el estado que los sintetiza y los supera. Todos, desde el rey hasta el funcionario más bajo, son servidores del estado, contra el cual los ciudadanos no pueden oponer sus derechos originarios, justamente porque su soberanía no conoce límites. Por otro lado, la codificación promovida por Federico II difunde el ideal de la certeza de la ley, justamente cuando la formación de una compleja máquina burocrática pone cotidianamente al ciudadano en contacto con la administración pública y por lo tanto con sus posibles abusos. Según esta teoría dado que el estado persigue sus fines sólo en las formas y en los límites del derecho, éste debe garantizar a los ciudadanos la certeza de su libertad jurídica, una libertad sin embargo siempre concebida con el estado. Por tanto el estado, por un lado, puede interferir en los derechos subjetivos de los individuos sólo si justifica su acción con una ley general, por el otro, debe mantener rigurosamente distinguida la función ejecutiva de la legislativa, que ejerce por medio de decretos que deben estar en conformidad con las leyes generales: nace así la exigencia de un control constante de la acción del ejecutivo, es decir de la administración, con el fin de que no viole las normas abstractas y generales establecidas por el legislativo. ... Sin embargo, al limitar la "justicia" al campo administrativo, excluyendo el constitucional, presenta el grave inconveniente de que el poder del estado del poder no conoce ningún límite que sea de carácter procedural: los derechos de los individuos, teorizados por Georg Jellinek en su *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (1892), son sólo el fruto de una autolimitación por parte del estado. ... si el estado de derecho es sólo un modo de ejercer la fuerza, el derecho no constituye un verdadero y eficaz límite de esta fuerza, el derecho no constituye un verdadero límite de esta fuerza sino que sólo es su modo de manifestarse, por lo que, y no paradójicamente, se puede llevar a una forma de despotismo jurídico. **Diccionario de Política; Op. Cit.**, vol. a-j, *sub voce* Constitucionalismo, pp. 340 y 341.

por *Rechtsstaat*; puesto que son conceptos con claras diferencias, aunque con paralelismos que posteriormente abordaré; y en segundo término, el inconveniente radica en qué se entiende por derecho, toda vez que éste es un término que ha sido considerado equívoco, adjudicándosele diversas acepciones, sin embargo la definición de derecho no está sujeta a disquisiciones *ad hoc*.

Para efectos del presente estudio y como sustento del mismo por derecho entiendo: "... el bien que, respecto de una persona, es suyo, o sea, aquel bien respecto del cual la persona tiene una relación de dominio; por eso le es debido."⁵

"El 'Estado de Derecho' Esta expresión significó originalmente el 'Estado' constituido para defender los 'derechos naturales del hombre', a saber: igualdad, libertad y propiedad."⁶

Descolla el hecho de que a pesar de que quién utilizó el término *-Rechtsstaat-* en su dimensión contemporánea fue Roberto von Mohl⁷ (1799-1875), profesor de Derecho Político de la Universidad de Tubinga (Cf. *infra* p. 1),⁸ el autor que algunos consideran como progenitor de la

⁵ **Javier Hervada**; Introducción Crítica al Derecho Natural; México: Ed. Minos, 1988, p. 63.

⁶ **Francisco Carpintero**; Apuntes del curso de Posgrado de Derecho; México: Universidad Panamericana, 1996

⁷ "Para von Mohl el poder del Estado es indivisible; rechaza la teoría de la separación de poderes considerándola errónea, lo que ha sido criticado como aspecto contrario al Estado de Derecho. Von Mohl nos da un concepto material del Estado de Derecho a saber: un Estado liberal." **Pablo Lucas Verdú**; La lucha por el Estado de derecho; Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1975, p. 21.

⁸ En palabras del jurista alemán Heinrich Triepel: "Robert von Mohl -dentro de una total positividad también pensador «político»- significó tan poco para la teoría constructiva del Estado ." **Heinrich Triepel**; Derecho Público y Política; trad. José Luis Carro; Madrid. Ed. Civitas, 1986, pp. 39 y 40.

tesis del Estado de derecho es Samuel Pufendorf (1632-1694) quien había dejado "... clara la vinculación del Poder político a unos derechos y leyes, ... Pufendorf no hizo afirmaciones apodícticas acerca de la defensa de los 'derechos naturales' en la sociedad política, pero cualquiera reconoce claramente esta finalidad en su obra; él trató de conformar una mentalidad según la cual el poder político existe 'para' ... Nos indica Solari que 'El Estado, una vez formado, adquiere una voluntad y personalidad propia, distinta de aquella de los individuos que lo han generado con sus pactos. El Estado deviene así la fuente de un nuevo Derecho que puede llamarse civil o positivo. ...' El mismo Solari añade que, según las doctrinas de este pensador alemán, las leyes civiles están respecto de las leyes naturales como Derecho perfecto frente al Derecho imperfecto en el estado de naturaleza. El Estado es más el órgano formal que material del Derecho, porque su función no es tanta la de crear el Derecho como hacerlo cumplir. Curiosamente, este mérito histórico no suele ser atribuido a Pufendorf, sino más bien a John Locke. ..."⁹

No obstante, en Thomas Hobbes (1588-1679) encuentro atisbos tanto de un incipiente Estado de derecho -bueno, en términos del mismo Hobbes un Estado de leyes; toda vez que el considera al derecho como una "amenaza a la ley, que es la que confiere seguridad al ciudadano al garantizarle que sólo el soberano podrá imponerle su voluntad-";¹⁰ así como de un Estado de bienestar, en su obra el Leviathan o la Materia, Forma y Poder de una República Eclesiástica y Civil; publicada en 1651; en la cual, empero de que el soberano "... sólo está obligado ante sí mismo carece de compromiso». Todo poder legislativo está

⁹ **Ibidem.**

forzosamente *legibus solutus*, exento de las leyes. Pero no por ello deja el soberano de estar mantenido *por* la ley que ha hecho mientras no haya decidido abrogarla. En esta medida, su poder absoluto no es un poder arbitrario, y se puede hablar, sin abuso de los términos, del reinado de la ley."¹¹ Sin perjuicio de que este imperio de la ley nace del pacto¹² "*Que los hombres cumplan los pactos que han celebrado*. Sin ello, los pactos son vanos, y no contienen sino palabras vacías ...".¹³

¹⁰ **Andrés Ollero**; Interpretación del derecho y positivismo legalistas; Madrid: Ed. Editoriales de Derecho reunidas, 1982, p. 56.

¹¹ **Jean-Jacques Chevallier**; Los Grandes Textos Políticos (Desde Maquiavelo a nuestros días), trad. del francés por Antonio Rodríguez Huescar; Madrid: Ed. Aguilar, 1980, p. 61.

¹² " . la definición que Hobbes hace del Estado: es 'una persona única cuya voluntad, en virtud de los pactos contraídos recíprocamente por muchos individuos, debe considerarse como la voluntad de todos estos individuos; por lo cual puede servirse de las fuerzas y de los bienes de los individuos para la paz y la defensa comunes' (*De cive*, V, 9, p. 15)." **José F. Fernández Santillán**; Hobbes y Rousseau Entre la autocracia y la democracia; México: Ed. Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 34. Este razonamiento inscribe a Hobbes en la teoría contractualista, al igual que Locke; sin embargo, entre ambos autores se pueden matizar algunas diferencias y algunas semejanzas, a saber:

Hobbes	Locke
Diferencias	
1.- Impulso efectivo de una autoridad absoluta, sin fisuras	1.- Deseo profundo de acabar con el absolutismo
2.- Estado de naturaleza donde hay voluntad de guerra, no hay paz y el hombre es un lobo para hombre <i>homo homini lupus</i> (Pensamiento de Plauto (<i>Asinaria</i> , II, 4, 88) repetido por Bacon y Hobbes, que expresa que a veces el hombre es para su semejante peor que las fieras. En la misma idea abunda Gracián)	2.- Estado de naturaleza regulado por la razón, donde reina la gentileza y la benevolencia
3.- Renuncia total de los derechos naturales	3.- Renuncia parcial de los derechos naturales, que no desaparecen por la soberanía, en el estado social subsisten para limitar el poder social y fundar la libertad
4.- Contrata bajo pena de destrucción de la propia especie humana, por ende es menester que el hombre salga de este estado	4.- Contrata por consentimiento, dicho contrato permite la afirmación del principio de legitimidad basado en el consenso. El poder político se fundamenta en el consenso de los individuos manifestado en el contrato social. José F. Fernández Santillán ; <u>Locke y Kant Ensayos de filosofía política</u> , México Ed. Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 39
5.- Se funde en un solo contrato tanto el <i>pactum unionis</i> o <i>societatis</i> y el <i>pactum subjectionis</i> o de sumisión	5.- Sólo existe el <i>pactum unionis</i> o <i>societatis</i> , no hay contrato de sumisión
6.- Estado civil constituido por una tricotomía (estado de naturaleza-estado de guerra-sociedad civil)	6.- Estado civil formado por una dicotomía (estado de naturaleza-sociedad civil)

<p>7.- No existe el derecho de insurrección, lo único posible es que por disolución del Estado [cuando en una guerra (exterior o intestinal) los enemigos logran una victoria final, de tal modo que no logrando las fuerzas del Estado mantener sus posiciones por más tiempo] no existe ulterior protección de los súbditos en sus haciendas, entonces el Estado queda disuelto, y cada hombre en libertad de protegerse a sí mismo por los expedientes que su propia discreción le sugiera. En efecto, el soberano es el alma pública que da vida y moción al Estado, cuando expira, los miembros ya no están gobernados por él, [<u>Thomas Hobbes, Leviathan o la materia, forma y poder de una República Eclesiástica y Civil</u>, trad. Manuel Sánchez Sarto, México: Ed. Fondo de Cultura Económica, 1994, II (29) p. 273</p>	<p>7.- Derecho de insurrección, el "derecho de apelar al cielo"</p>
<p>Semejanzas</p>	
<p>1.- Estado de naturaleza</p>	<p>1.- Estado de naturaleza.</p>
<p>2.- Contrato originario</p>	<p>2.- Contrato originario</p>
<p>3.- Estado civil</p>	<p>3.- Estado civil</p>
<p>6.- Modelo "usnaturalista racionalista" al sostener una lógica oposicional en donde cada término es antitético al anterior o al siguiente o a ambos. [<u>José F. Fernández Santillán; Op. Cit.</u>, p. 19</p>	<p>6.- Modelo "usnaturalista racionalista"</p>

* Respecto de la postura de John Locke, concerniente a que contrata por consentimiento; el filósofo del derecho John Rawls, interpreta " que tal teoría sostiene que uno ha de representarse una serie de acuerdos en la forma siguiente: en primer lugar, los hombres han de ponerse de acuerdo sobre los principios de justicia en la posición original. A continuación han de avanzar hacia una convención constitucional en la que eligen una constitución que satisfaga los principios de justicia ya elegidos. Finalmente, asume el papel de un cuerpo legislativo y guiados por los principios de justicia promulgan leyes sujetas a las restricciones y procedimientos de la constitución justa." John Rawls; Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia; trad. Miguel Angel Rodilla; España: Ed. Tecnos, 1986, p. 92.

El contractualismo, que parecía haber salido de escena, ha ocupado recientemente un lugar central en el ámbito de la filosofía política: partiendo del pacto social, o sea de las reglas del juego que deben establecerse antes de empezar el juego, se quiere volver a encontrar un fundamento en la obligación política y en el respeto de la ley. Sin embargo, los principales exponentes de esta corriente llegan a conclusiones políticas distintas: John Rawls busca una maximación de la igualdad, James Buchanan readequar los principios liberal-democráticos para el estado de bienestar, Robert Nozick representar de manera radical la libertad individual, defender a la anarquía. Diccionario de Política; Op. Cit., vol. a-j, *sub voce* Contractualismo; p. 364.

¹³ Thomas Hobbes; Leviathan o la Materia, Forma y Poder de una República Eclesiástica y Civil; trad. Manuel Sánchez Sarto; México: Ed. Fondo de Cultura Económica, 1994, I (15) p. 118.

De igual forma, y retomando la definición que hace Hobbes de Estado se advierte que es deber -hago hincapié "deber" y no obligación del soberano para con sus súbditos- garantizar la paz, pese a que sea origen de su investidura soberana; "... una persona de cuyos actos una gran multitud, por pactos mutuos, realizados entre sí, ha sido instituida por cada uno como autor, al objeto de que pueda utilizar la fortaleza y medios de todos, como lo juzgue oportuno, para asegurar la paz y defensa común."¹⁴ "El soberano debe procurar a sus súbditos aquello para lo cual el Estado fue instituido: la seguridad. *Salus populi suprema lex*: el autor del Leviathan renueva el sentido del viejo adagio: Salud del pueblo no es solamente la conservación de la vida de los súbditos contra todos los peligros; es también el goce de las satisfacciones legítimas de esta vida. Los hombres se han unido voluntariamente en sociedad política para vivir también en ella felices, o lo menos desdichados que la condición humana permita."¹⁵ Es esencialmente aquí donde se exteriorizan indicios de un rudimentario Estado de bienestar; pese a esto, "cualquier cosa que el soberano haga no puede constituir injuria para ninguno de sus súbditos, ni debe ser acusado de injusticia por ninguno de ellos."¹⁶

Sin perjuicio de lo que consideren algunos doctrinarios, el innegable autor de la doctrina del Estado de derecho es John Locke (1632-1704); si bien, éste no ilustra nada inédito, toda vez que Samuel Pufendorf había dejado." Clara la vinculación del Poder político a unos derechos y leyes"; Sí "... estableció rigurosamente la vinculación del gobernante a las leyes del estado. El párrafo 142 del "Segundo ensayo" nos

¹⁴ **Ibídem**, p. 141.

¹⁵ **Jean-Jacques Chevallier; Op. Cit.**, p. 61.

¹⁶ **Thomas Hobbes; Op. Cit.**, II (18) p. 145.

explica que "He aquí los límites que la misión que ha sido encomendada por la sociedad y por la ley de Dios y la ley natural imponen al poder legislativo en toda comunidad política, cualquiera que sea su forma de gobierno: 1º Tiene que gobernar de acuerdo con las leyes establecidas y promulgadas, que no deberán ser modificadas en casos particulares, y tendrán que ser idénticas para el rico y para el pobre, para el favorito que está en la corte y para el labrador que empuña el arado..."¹⁷ ¹⁸

El autor inglés presenta una explicación de la vida jurídica más diáfana y llana, con esa "sed"¹⁹ de acabar con el absolutismo al establecer que existen 2 facultades esenciales que *de motu proprio* abandona y sucede en beneficio del Estado (gobierno civil), "Así, la sociedad, heredera de los hombres libres del estado de naturaleza, posee, a su vez, dos poderes esenciales. Uno es el *legislativo*, que regula cómo las fuerzas de un Estado deben ser empleadas para la conservación de la sociedad y de sus miembros. El otro es el *ejecutivo*, que asegura la ejecución de las leyes positivas en el interior. En cuanto al exterior, los tratados, la paz y la guerra constituyen un tercer poder, ligado, por lo demás, normalmente al ejecutivo, y que Locke llama *federativo*."²⁰

El coto de las facultades del legislativo y de la discrecionalidad del soberano estriba en que de ningún modo se distienda allende de lo que el bien público exige.

¹⁷ **John Locke**; Ensayo sobre el gobierno civil; México: Ed. Gernika, 1995, p. 134.

¹⁸ **Francisco Carpintero**; Op. Cit.

¹⁹ " . Es decir, su deseo profundo, su impulso efectivo, del cual las ideas no son más que la traducción intelectual." **Maurice Barrès**, citado por **Jean-Jacques Chevallier**; Op. Cit., p 91.

²⁰ **Jean-Jacques Chevallier**; Op. Cit., p 96.

La interrogante es ¿quién vigilará al ejecutivo y al legislativo? ... el pueblo mismo, a título de depositante.²¹

Por otro lado, la Comisión Internacional de Juristas de la Haya²² ha precisado dos aspectos en la concepción del Estado de derecho:

- 1.- El Estado de derecho dimana de los derechos del hombre, según se han desenvuelto históricamente en la lucha eterna del hombre en busca de libertad.
- 2.- Los medios de hacer efectivo el respeto a estos derechos son: independencia del poder judicial, responsabilidad de la administración por sus propios actos, derecho del ciudadano de elegir abogado y sistema policial controlado por la ley.²³

Sin definir que es Estado de derecho, remarca tres elementos básicos para la existencia del Estado de derecho: las garantías individuales, la observancia por parte del Estado de las mismas y la división de poderes; todo dentro del margen de la legalidad.

²¹ "El poder es un depósito (*trust, trusteeship*) confiado a los gobernantes en provecho del pueblo. Si los gobernantes, cualesquiera que sean, Parlamento o rey, obran de manera contraria al fin para el que recibieron la autoridad -bien público-, el pueblo retira su confianza, retira el depósito y recobra su soberanía inicial, para confiarla a quien estima a propósito. ... Así se justifica que, contra la fuerza -tanto del legislativo como del ejecutivo- «que ha perdido la autoridad», el pueblo pueda emplear la fuerza. Hemos llegado a la conclusión de toda la teoría de Locke. . . : la justificación del *derecho de insurrección*, que el autor del *Ensayo*, en su lenguaje púdico, califica de derecho de apelar al cielo." **Ibidem**, pp. 98 y 99.

²² Citada por **Andrés Serra Rojas**; *Ciencia Política*; México: Ed. Porrúa, 1985, pp. 234.

²³ **Francisco López Nieto**, citado por **Andrés Serra Rojas**; **Op. Cit.** p. 234.

Otro aspecto relevante de dicha acepción es el que se refiere a legalidad en la impartición y administración de justicia, que permiten conforme a derecho al individuo ser escuchado y vencido en juicio (derecho de audiencia), en igualdad de condiciones de las imposiciones del Estado que quebranten el principio de "el Estado sólo puede hacer aquello que le está permitido", cuando su intervención es en perjuicio del individuo.

Asimismo, Serra Rojas afirma que "... el Estado de derecho se caracteriza por el imperio de la ley, el principio de la división de poderes, el mantenimiento del régimen de legalidad de la administración y el reconocimiento a nivel nacional e internacional de los derechos fundamentales del hombre."²⁴

Sin embargo, difiero con la última afirmación del Doctor Serra, en particular de la referente al reconocimiento internacional de los derechos fundamentales del hombre, toda vez que no supone la inexistencia del Estado de derecho por la falta de este reconocimiento, porque como postularé en el transcurso del presente estudio, si bien es *conditio sine qua non* para la existencia de un Estado de derecho la observancia de las garantías individuales a nivel interno (nacional), no requiere de la sanción del agente externo (internacional) como elemento esencial en que base su existencia. Lo precitado no significa que reste validez a las declaraciones internacionales sobre los Derechos Humanos y Estado de Derecho.

²⁴ **Andrés Serra Rojas; Op. Cit; id.**, p. 234.

Elías Díaz afirma que "Las características generales que corresponden, como *exigencias imprescindibles, a todo Estado de Derecho, pueden concretarse fundamentalmente en las siguientes:*

- a) Imperio de la ley: ley como expresión de la voluntad general.
- b) Separación de poderes: legislativo, ejecutivo y judicial.
- c) Legalidad de la Administración: regulación por la ley y control judicial.
- d) Derechos y libertades fundamentales: garantía jurídico-formal y realización material.²⁵

Coincido casi en la totalidad de las características propuestas por Díaz, y las cuales analizaré con posterioridad; no obstante, mis discrepancias radican; la primera, respecto del imperio de la ley, como expresión de la voluntad general,²⁶ debido a que aún la mayoría en una democracia está en riesgo de corromperse y convertirse en un totalitarismo,^{27 28}

²⁵ Elías Díaz, citado por **Andrés Serra Rojas; Op. Cit.**, pp. 736 y ss.

²⁶ "Si se pretende, en efecto, construir la ciudad a base de libertades que consistan en no obedecer sino a ellas mismas, habrá que hacerlo a condición de que, por el contrato que, según Rousseau, da principio a la sociedad, comiencen todos por renunciar a la propia voluntad en favor de la voluntad general. Como el hombre, considerado en su individualidad material, es una parte y no un todo, y como, por otro lado, el Estado se sustituye en este sistema a la verdadera comunidad, el individuo deberá transferir, en fin de cuentas, todas sus responsabilidades, como el cuidado de su destino, al todo artificial que se le impone, y al que queda ligado por conexiones mecánicas, quedando su libertad entera y sin mermas, pero de modo ilusorio y en un mundo de ensueños". **Jaques Maritain; La Persona y el Bien Común**; Trad. Leandro de Sesma directamente de *La Personne et Bien Commun*, Argentina: Ed. Club de lectores, 1968, p. 99.

²⁷ "En la sociedad la democracia consiste en el derecho que todos tienen, y singularmente los más humildes, a ser bien gobernados, no a gobernar. Esto obliga a cambiar la voluntad colectiva que introdujo el liberalismo por la necesidad colectiva. La voluntad colectiva de un pueblo, rara vez existe, pero las

porque cuando se constituye en una moralidad absoluta y por ende justificante, no admite limitación alguna de la ley o de la justicia, y consecuentemente instaura un Estado omnipotente que plasma en la ley los monstruos creados por la razón o por la caprichosa voluntad general, que hacen perder paulatinamente el carácter limitado del poder humano; ni entendida como la elucubración del órgano legislativo, sino como la sujeción del Estado y de la actividad gubernamental al derecho, aunque no sólo en su connotación positivista, porque debe incluirse la fundamentación en la ley natural, y en última instancia en la ley divina, admitiendo que ésta es superior a la ley estatuida y en consecuencia el Estado no puede despreciarla, ignorarla y mucho menos está exonerado de ella, toda vez que está constreñido a recogerla e incorporarla al momento de establecer sus disposiciones, que serán obligatorias para sus gobernados; y la segunda, tocante a la división de poderes, la cual no es de forma absoluta, como lo confirmaré al abordar algunas ideas de Juan Vázquez de Mella.

Dicho imperio de la ley debe preconizarse en una constitución o ley suprema independientemente de que sea en forma escrita o no, pero sí de observancia general, es decir, que disfrute de autoridad frente a los ciudadanos.

necesidades son sentidas por todos, y aún entre los que las sienten son pocos los que saben definir las y concretarlas, ya que para ello es necesario conocer sus orígenes, ver las relaciones que una tienen con otras y la jerarquía que tienen entre sí, y son menos aún los que pueden proporcionarles remedio. Estos últimos son quienes en realidad deben gobernar." **Manuel Rodríguez Carrajo**; Vázquez de Mella: Sobre su vida y obra; Madrid: Ed. Revista «Estudios», 1973, p. 134.

²⁸ "El reinado del Número tiene como término natural la omnipotencia del Estado, de un Estado de tipo rumiante (plutocrático)." **Jaques Maritain**; Op. Cit., **id.**

Sin que esta sujeción jurídica, haga nugatoria la soberanía²⁹ del Estado, porque aún cuando este sea el único autor de las normas positivas y tenedor del monopolio del poder de coacción, aspira a la forma jurídica establecida y asegurada por el derecho.

En un sentido amplio, Estado de derecho ha sido considerado como *Estado de legalidad*, es decir Estado en el cual las disposiciones jurídicas pueden ser confrontadas con otras superiores e invalidadas si no se adecuan a ellas. En un sentido estricto, el concepto se refiere a aquellos Estados en los que el ejercicio de la función legislativa *está sujeto a ciertos límites y controles de carácter organizado*; es aquel en el que la actuación del principio de legalidad³⁰ alcanza hasta el punto más elevado que permita las posibilidades prácticas.³¹

²⁹ "Bodino define a la soberanía como "poder supremo sobre los ciudadanos y súbditos, no sometido a las leyes" * Las palabras entrecomilladas corresponden a la edición latina de la *República*, donde se define la *maiestas* como *Summa in cives ac subditos legisbusque soluta potestas*; en la edición francesa la *souveraineté* se define como *puissance absolue et perpétuelle d' une république*." **Juan Bodino**, citado por **George H. Sabine**; *Historia de la teoría política*; revisado por Thomas Landon Thorson, Trad. Vicente Herrero; México: Ed. Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 317.

De esta definición no se infiere que el Estado como poder supremo se sujete al derecho; toda vez que para Bodino sólo era responsable ante Dios, no obstante para la actual Teoría del estado es factible que el Estado se sujete a la ley sin menoscabo de su soberanía.

³⁰ El "principio de legalidad" establece que todo acto de los órganos del Estado debe encontrarse fundado y motivado por el derecho en vigor; esto es, el principio de legalidad demanda la sujeción de todos los órganos estatales al derecho; ... (en sentido material), la que a su vez, debe estar conforme a las disposiciones de fondo y forma consignadas en la Constitución. En este sentido, el principio de legalidad constituye la primordial exigencia de todo "Estado de derecho" en sentido técnico. **Diccionario Jurídico Mexicano; Op. Cit.**, vol. P-Z, *sub voce* Principio de legalidad; p. 2555.

³¹ **José Zafra Valverde**; *Teoría Fundamental del Estado*; Navarra: 1967, p. 260.

Al respecto, Maurice Duverger³² sostiene que el principio de legalidad es más un elemento fundamental de la democracia liberal; que de un Estado de derecho, como los antiguos autores afirmaban. Es decir, un Estado que se sujeta a las reglas de derecho establecidas, en oposición al arbitrio que es común denominador de los regímenes autoritarios; continúa diciendo que la aplicación de dicho principio es más o menos rigurosa según los diferentes regímenes democráticos.

Sin embargo, para Hans Kelsen el principio de legalidad no es un fundamento del Estado de derecho, sino que pasa a un segundo término quedando implícito como un supuesto del Estado.³³ Porque es más importante para el maestro de Viena superar la antítesis en el concepto de Estado de derecho, que definir los elementos esenciales de un Estado de derecho, por la íntima conexión en que se halla la superación del dualismo de derecho público y privado,³⁴ ³⁵ que

³² **Maurice Duverger**; *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, trad. Eliseo Aja, Miguel A Aparicio, Xavier Arbós, Marcos Carrillo, Manuel Gerpe, Isidre Molas, Ma Dolores Oller, Jordi Solé Tura y Josep Ma. Valles; México: Ed. Ariel, 1992, pp. 157 y ss.

³³ pero Herodoto usa todavía el término *isonomía*, igualdad de todos los ciudadanos delante de la ley . . . La "isonomía" de los griegos, la "supremacía de la ley" (*rule of law*) de la tradición inglesa, el "estado de derecho" (*Rechtsstaat*) de la doctrina del derecho público en el siglo pasado, reflejan, aunque en diversas situaciones históricas, la permanencia del principio de legalidad como idea reguladora del buen gobierno por excelencia, aunque después sólo se pueda encontrar la plena realización del principio -según Max Weber- en el estado moderno, el cual se ha ido organizando como una gran empresa a través de la expropiación y la adjudicación de los medios de servicio que en los estados anteriores pertenecían precisamente a los que estaban investidos de funciones públicas, o sea de la forma de poder que se llama "legal o racional" y que, a diferencia del poder tradicional y del poder carismático, recibe su propia legitimidad del hecho de estar regido por leyes y de ser ejercido de acuerdo a las leyes que lo rigen. **Diccionario de Política; Op. Cit.**, vol. a-j, y l-z; *sub voce* Isonomía; pp 83 y 861.

³⁴ "La distinción entre el Derecho público y el Derecho privado es de carácter *a priori*. Sin que ello quiera decir, sin embargo, que la concurrencia de esta distinción existiera en todos los tiempos. ... Los romanos deslindaban los dos campos del Derecho público y el Derecho privado con arreglo al fin: *publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem.*" **Custav**

desgarra la unidad del sistema jurídico, con la de la contraposición de Estado y derecho, en general.

Con el primer paso dado por esta teoría jurídica para suprimir el dualismo de Estado y derecho, se ha negado que entre derecho público y privado exista una diferencia substancial.³⁵ Desde el

Radbruch; *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. Wenceslao Roces; México: Ed. Fondo de Cultura Económica, 1955, pp. 90 y 91.

³⁵ "En el Derecho público se trata de aplicar la suma total de *conceptos jurídicos* generales que en su simplicidad y pureza originaria han sido analizados en el Derecho privado, y aplicarlos bien sea de forma inmediata o -en el caso de que ello no sea posible debido al distinto contenido material- modificándolos según los principios de exacta interpretación y consecuencia desarrollados en el Derecho privado. La utilidad de este método es inmediatamente puesta de manifiesto por Gerber en un problema concreto al resaltar la «naturaleza jurídica» de los derechos públicos del Monarca, de los funcionarios y de los súbditos. Aquí encontramos una serie de construcciones que han jugado posteriormente un importante papel: así, por ejemplo, la concepción del derecho del Monarca como un derecho «propio» y «originario», la afirmación de que los llamados derechos de libertad de los súbditos no son ningún derecho, la de que más bien en ellos se expresan únicamente determinados efectos de las normas jurídicas objetivas reguladoras del ejercicio del poder. De la construcción conceptual se obtienen al mismo tiempo consecuencias prácticas, como la de que casi ninguno de los derechos de los ciudadanos es susceptible de ser hecho valer en juicio." **Heinrich Triepel;** *Op. Cit.*, pp. 37 y 38. Sin embargo, dicha afirmación desvirtúa la existencia del Estado de derecho.

³⁶ "Si se comprende la decisiva distinción entre derecho privado y público, como una distinción entre dos métodos de producción de derecho, se reconocerá en los llamados actos públicos del Estado los mismos actos jurídicos que aparecen en los negocios jurídicos privados, sobre todo si se advierte que los actos que configuran el hecho productor del derecho sólo son, en ambos casos, la continuación del proceso de formación de la denominada "voluntad estatal"; que así como en la orden de una autoridad, también en el negocio jurídico privado sólo se cumple la individualización de una norma general -en aquel caso de una ley administrativa, en el otro, del código civil-, dejará de parecer tan paradójico que la teoría pura del derecho, desde su enfoque universalista dirigido siempre a la totalidad del orden jurídico, la así llamada voluntad del Estado, vea también en el negocio jurídico privado, al igual que en la orden de esta autoridad, un acto del Estado, es decir, un hecho productor de derecho atribuible a la unidad del orden jurídico. De ese modo la teoría pura del derecho relativiza la contraposición, convertida en absoluta por la ciencia jurídica tradicional, ... convirtiéndola de una distinción extrasistemática -es decir, una distinción entre el derecho y lo que no es derecho, entre derecho y Estado-, en una distinción intrasistemática, conservándose justamente así como una ciencia que no se disuelve en la ideología ligada a la absolutización de esa cuestionable oposición; puesto que si se representa justamente la oposición entre derecho público y privado como la

momento que la doctrina según la cual el Estado -como realidad natural- es el supuesto del derecho -como norma- se contrapone la doctrina cada vez más extendida en nuestros días, que afirma que el derecho es el supuesto del Estado -ya convertido de ese modo en ser jurídico-, desde ese momento se ha dado un avance extraordinario hacia la tesis sustentada de la identidad del orden estatal y el orden jurídico. Es de gran importancia observar que la diferencia esencial entre derecho público y el privado no es negada precisamente por la teoría que hace del Estado el supuesto del derecho, sino por la concepción inversa que hace del derecho el supuesto del Estado;³⁷ pues esta distinción es incompatible con la idea del Estado de derecho, si con ella pretende afirmarse una esfera de actos estatales que, debiendo ser al mismo tiempo actos jurídicos, estarían libres de la regulación por el derecho.

Examinando, igualmente la relación entre Estado y derecho, Porrúa Pérez concluye lo siguiente:

oposición absoluta entre poder y derecho, o por lo menos, entre poder del Estado y derecho, se suscita la idea de que, en el terreno del derecho público -especialmente en el terreno políticamente muy importante del derecho constitucional y del derecho administrativo-, el principio de derecho no tendría el mismo sentido, y no tendría validez con igual intensidad que en el terreno del derecho privado, donde se encontraría, por decirlo así, el dominio propio de lo jurídico." **Hans Kelsen**, Teoría Pura del Derecho, trad. Roberto J. Vernengo; México: Ed. Porrúa, 1995, p. 287.

³⁷ "El Estado tiene que ser representado como una persona distinta del derecho para que el derecho -producido por ese Estado, para luego someterse a él- luego pueda justificar al Estado. Y el derecho sólo puede justificar al Estado cuando es presupuesto como un orden esencialmente diferente del Estado, contrapuesto a la naturaleza originaria de éste: el poder, y de ahí, en algún sentido, como un orden correcto o justo. Así, el Estado, como el puro hecho de la fuerza, se convierte en un Estado de derecho que se justifica en tanto produce derecho. En igual medida, y en tanto la legitimación religioso-metafísica del Estado pierde eficacia, esta teoría del Estado de derecho se convierte en la única justificación posible del Estado. Que esta "teoría" haga del Estado, al afirmarlo como persona jurídica, un objeto del conocimiento jurídico, de la teoría jurídica del Estado, y que por otro lado, recalque con el mayor vigor que el Estado, en cuanto poder

"Primera. El Estado es un ente complejo que presenta diversos aspectos.

Segunda. Entre esos aspectos se encuentra un conjunto de hombres produciendo, creando y definiendo un orden jurídico.

Tercera. En consecuencia, Estado y Derecho se encuentran en una relación de todo a parte. El Derecho es una de las partes sustanciales del Estado, porque no se concibe a éste sin el Derecho, ni al Derecho como realidad positiva separándolo del Estado.

Cuarta. Siguiendo al maestro Manuel Pedroso, afirmamos que, con mera operación mental, sí podemos concebir al Estado y al Derecho aisladamente; pero como simples conceptos, pues en la realidad existencial son paralelos. Por tanto:

- a) Es falsa la *Teoría puramente sociológica del Estado*,³⁸ porque niega el aspecto jurídico, que sabemos es parte sustancial de la realidad estatal.
- b) Es incompleta la *Teoría de la doble faz del Estado*,³⁹ porque no explica la articulación entre Estado y Derecho.

esencialmente diferente del derecho, no puede ser concebido jurídicamente, es una contradicción que no le hace mella." **Ibidem**, p. 290.

³⁸ "Las teorías puramente sociológicas del Estado afirman, en su primera parte, que el Estado es una realidad sociológica. ... Pero después incurren en error al considerar que el Estado sólo tiene ese aspecto sociológico y lo quieren definir como un complejo de hechos sociológicos, dejando completamente a un lado el aspecto jurídico." **Francisco Porrúa Pérez**; Teoría del Estado, Teoría Política; México: Ed. Porrúa, 1990, p. 146.

- c) Es falsa la *Teoría de identificación del Estado y el Derecho*,⁴⁰ porque si bien es cierto que el aspecto jurídico es parte sustancial del Estado, también es cierto que no agota la realidad estatal; antes bien, presupone la realidad sociológica que produce, condiciona y vivifica al orden jurídico dándole el "mínimo de facticidad" (efectividad) a que Kelsen se refiere.⁴¹

Quinta. La relación entre Derecho y Estado es la de una parte sustancial de un ente con la totalidad del mismo.

Sexta. El papel del Derecho es encauzar al Estado en sus funciones dentro de un sistema normativo. En otros términos, el Derecho limita al Estado, por cuanto regula las instituciones de éste y el funcionamiento de las mismas. (Esto viene a constituir una autolimitación del Estado, pues ya sabemos que el Estado crea al Derecho; que el Derecho es el Estado como actividad normada, es decir, orden ordenado, en tanto que el Estado es el orden ordenador).⁴²

³⁹ " .. esta teoría considera que en el Estado existen dos aspectos, dos facetas: una faceta real fenoménica que exige ser conocida por el método sociológico (esta faceta es la que contempla la teoría puramente sociológica del Estado y la que consideramos nosotros como el primer aspecto del Estado: realidad exterior fenoménica del mismo), y otra faceta ideal, normativa, que ha de ser estudiada por la ciencia jurídica." *Ibidem*, p. 149.

⁴⁰ " .. su expositor principal es Hans Kelsen, que dice que el Estado no es más que 'el sistema del orden jurídico vigente'. *Id.*

⁴¹ Disiento de la Cuarta relación entre Estado y derecho propuesta por Porrúa Pérez, en específico las relativas a los incisos a) y c), toda vez que ambas teorías no son falaces, sino fragmentarias, porque el derecho no puede prescindir de dichos análisis.

⁴² *Id.*, pp. 156 y 157.

De las observaciones anteriores, me permito rebatir las atinentes a que "el Estado crea al Derecho" y que "el Derecho es el Estado como actividad normada"; ya que habría que aclarar que sólo el Estado da origen al derecho positivo, y para que éste obligue al mismo tiempo de estar estatuido, debe de estar filtrado por la justicia y la equidad, porque de lo contrario esa labor estatal sólo engendra derecho como ley en sentido formal; y el derecho que se confunde con el Estado, como función reglamentaria, sólo existe en el Estado kelseniano o positivista.

Complementando a las afirmaciones anteriores y dirimiendo la controversia esbozada por Kelsen, Héctor González Uribe manifiesta que la "... solución se perfila no por el lado de un desconocimiento del Derecho por parte del Estado, ni por el de la identificación del Estado con el orden jurídico, sino por el de una continua *interpenetración* de ambos. Una permanente *tensión dialéctica* que se resuelve por una síntesis de colaboración y armonía."⁴³

En su concepción del Estado, percibe al derecho como connatural al Estado, y detalla que es el derecho "... la atmósfera misma en que el Estado vive y se desarrolla. Y es también el principio fundamental de su legitimidad y justificación. Por esa razón todo Estado de nuestros días debe ser un *Estado de Derecho*."⁴⁴

Manuel Pedroso, en la cita que hace de él, el maestro González Uribe elabora un esquema explicativo de la injerencia del derecho en el Estado, que a continuación transcribo:

⁴³ **Héctor González Uribe**; *Teoría Política*; México: Ed. Porrúa, 1995, p. 222.

⁴⁴ **Ibíd.**, p. 222.

"... (Representamos al Estado con una E en medio de un paréntesis y al Derecho con una D en medio de otro).

(E)-(D)	¿Cómo ligarlos? ¿Qué relación existe entre ellos? Tomándolos en forma aislada, no existe uno sin el otro el Derecho sin el Estado no es nada, el Estado sin el Derecho tampoco es nada. El Estado sin el Derecho es un simple fenómeno de fuerza.
(E) sin (D)	Un simple fenómeno de fuerza.
	La proposición contraria, el Derecho sin el Estado, es una mera idealidad normativa, una norma sin efectividad.
(D) sin	Una mera idealidad normativa, norma sin efectividad.
(E) (E) = (D)	La teoría de Kelsen, Estado igual a Derecho, da como resultante la confusión de una parte substancial (el Derecho) con el todo (el Estado).
	La posición correcta es la siguiente: Estado con Derecho, lo que equivale al 'Estado de Derecho' moderno.
(E) (con) (D)	'Estado de Derecho' moderno." ⁴⁵

⁴⁵ Manuel Pedroso, citado por Héctor González Uribe; Op. Cit., pp. 222 y 223.

Discrepo del esquema explicativo propuesto por el maestro Manuel Pedroso en el punto relativo a:

(E) sin (D)	Un simple fenómeno de fuerza.
-------------------	-------------------------------

Toda vez que la premisa debe de ser "no existe Estado de derecho", pero probablemente sí un Estado totalitario, organizado como una corporación que actúa y se manifiesta en una determinada circunscripción territorial, y que igualmente se conduce y se exterioriza en forma autónoma e independiente, y observando dichas peculiaridades es un Estado y no ... "Un simple fenómeno de fuerza."

Reanudando, y para puntualizar aún más la síntesis entre Estado y derecho, agrega González Uribe un elemento más de interrelación y es que tanto el Estado como el derecho tienen que realizar un fin y "... ese fin, en la medida en que responde a los valores éticos, justifica tanto al Derecho como al Estado.

No basta, pues, decir, que todo Estado, por su connaturalidad con el Derecho es -mecánica, automáticamente- Estado de Derecho. Esta fórmula implica más bien un compromiso fundamental: el de que el poder político, para mantener, en condiciones normales, el equilibrio entre la libertad y el orden normativo, se someta a este y no traspase sus mandatos. Y el de que el propio orden jurídico encarne satisfactoriamente en cada época, los valores de justicia y seguridad en que reposa la comunidad humana a la que se pretende servir. De

otra manera, se legitimarían, por su pura formalidad jurídica exterior, Estados tan monstruosos como los totalitarios de cualquier género."⁴⁶

En este mismo orden de ideas, y como se dilucidará con posterioridad si no existe una "... vinculación del Estado a los valores éticos del Derecho y la necesidad de una técnica adecuada para realizarla constituyen, afortunadamente, un imperativo nunca desmentido en nuestros países de tradición hispanoamericana.⁴⁷ "El principio ético de que el poder debe ser limitado -dice Sánchez Agesta- es un principio tradicional que se afirma con especial fuerza en la doctrina española al constituirse las monarquías absolutas del Renacimiento. Vitoria⁴⁸ se

⁴⁶ *Id.*, p. 223.

⁴⁷ "... Fueron, pues, Francisco de Vitoria, Diego de Covarrubias y Fernando Vázquez de Menchaca, a los que no hay inconveniente en unir otros nombres como el de Domingo de Soto, Luis de Molina, Juan de Mariana y Francisco Suárez -que forman con ellos una escuela compacta-, los que formaron un núcleo de pensamiento que define una ordenación jurídica del Estado que lo limite al servicio del hombre en el que tienen un puesto relevante los derechos a que éste corresponden como persona." **Luis Sánchez Agesta**; *La democracia en Hispanoamérica*; Madrid: Ed. Rialp, 1987, p. 163.

⁴⁸ "21 Investigase, finalmente, *si las leyes civiles obligan a los legisladores y principalmente a los reyes*. A algunos les parece que no, porque están sobre toda la república, y nadie puede ser obligado sino por un superior. Esto no obstante, más probable parece que las leyes también les obliguen. Se prueba, en primer término, por que un legislador que no cumpliese sus propias leyes haría injuria a la república y a los restantes ciudadanos, siendo él parte de la república y no participando en las cargas de ella, conforme a su persona, cualidad y dignidad.

Mas como esta obligación es indirecta, se prueba de otro modo. La misma fuerza tienen las leyes dadas por el rey que si fuesen dadas por toda la república, como se ha dicho antes. Pero las leyes dadas por la república obligan a todos. Luego, aunque estén dadas por el rey, obligan al mismo rey.

Se confirma esta prueba. En el principado aristocrático los senadoconsultos obligan a los mismos senadores, sus autores, y en el régimen popular los plebiscitos obligan al pueblo. Luego del mismo modo las leyes reales obligan a los reyes, y así, aunque pende de su voluntad el dar las leyes, no pende de ella el que obliguen o dejen de obligar. Ocurre aquí lo que en los pactos: pacta uno libremente, pero se obliga al pacto.

preguntará si las leyes obligan a los legisladores y principalmente a los príncipes, si el príncipe es *legibus solutus*, para contestarse que esta sujeto al Derecho por su propia integración en la comunidad política como titular de un "oficio" y porque el Derecho tiene su último fundamento en Dios y no depende de la voluntad del príncipe. La misma respuesta hallamos en Covarrubias, Vázquez de Menchaca, Martín de Azpilcueta, Suárez⁴⁹ y Mariana, afinada en estos últimos, no

De todo lo dicho se infiere un corolario: que el derecho de gentes no sólo tiene fuerza por el pacto y convenio de los hombres, sino que tiene verdadera fuerza de ley. Y es que el orbe todo, que en cierta manera forma una república, tiene poder de dar leyes justas y a todos convenientes, como son las del derecho de gentes. De donde se desprende que pecan mortalmente los que violan los derechos de gentes, sea de paz, sea tocante a la guerra, en los asuntos graves como en la inviolabilidad de los legados. Y ninguna nación puede darse por no obligada ante el derecho de gentes, porque está dado por la autoridad de todo el orbe." **Francisco de Vitoria**; Reelecciones del Estado, de los indios y del derecho de la guerra; trad. P. Teófilo Urdáñez O. P., con autorización de la Editorial Católica, S. A., de Madrid y publicado en la *Biblioteca de Autores Cristianos*; México: Porrúa, 1985, p. 19

⁴⁹ "LA DISPENSA QUE EL LEGISLADOR SE CONCEDE A SÍ MISMO SIN JUSTA CAUSA, ES NULA Y NO TIENE EFECTO ALGUNO.- Supuesto este más verdadero principio, en consecuencia hay que decir que la dispensa que el legislador se concede a sí mismo sin causa justa, es nula y no tiene efecto alguno en él.

Prueba: Una dispensa dada sin causa no quita la obligación de la ley natural; ahora bien, su ley es de derecho natural y no procede de la voluntad humana; luego la dispensa no la quita; luego ésta no es válida.

Confirmación: La dispensa dada sin causa un inferior da de la ley de un superior, no es válida; ahora bien, cuando el príncipe se dispensa a sí mismo de la observancia o ejecución de su ley, en realidad no dispensa de su ley -porque esa ley no le obliga en cuanto que es suya- sino de una ley superior; luego si no lo hace con justa causa, la dispensa no será válida.

Se dirá que ni con justa causa será válida, porque el príncipe no puede dispensar del derecho natural.

Respondo negando la consecuencia, porque el mismo derecho natural dicta que el príncipe debe observar su ley si no se dispensa a sí mismo con justa causa, ya que su condición en esto no debe ser peor, y así se observa más la proporción debida.

Segunda confirmación: Aunque el príncipe desde el principio dé su ley con intención de no obligarse, y esto sin causa y por sola su voluntad, sin embargo -según se ha demostrado- quedará obligado en virtud de la ley natural, en cambio, si se exceptuara a sí mismo con justa causa, la excepción sería válida; luego lo

sólo por la consideración del Derecho como un vínculo externo que frene el poder público, sino por la misma definición positiva de la función que cumple el poder: el bien común, que marca el ámbito de su competencia. Aunque haya atisbos geniales, como la ponderación del valor de la publicidad en Martín de Azpilcueta, o la definición de las Leyes fundamentales en Mariana, como límite jurídico del poder, todas estas concepciones dejan sin embargo en pie el problema de cómo es posible realizar esa aspiración ética. Suárez, con conciencia de este hecho, distingue entre la *vis directiva*, que obliga al gobernante, y la *vis coactiva* del Derecho, para lamentar que esta no sea susceptible de aplicación."⁵⁰

Prosiguiendo con la misma reflexión, Diego Saavedra Fajardo se proclama en el sentido de que: "... En queriendo el príncipe proceder de hecho, pierden su fuerza las leyes. La culpa se tiene por inocencia y la justicia por tiranía, quedando el príncipe menos poderoso, porque más puede obrar con la ley que si en ella. La ley le constituye y conserva príncipe, y le arma de fuerza. Si no se interpusiera la ley, no hubiera distinción entre el dominar y el obedecer. Sobre las piedras de las leyes, no de la voluntad, se funda la verdadera política."⁵¹

Lo trascendental en el pensamiento jurídico de González Uribe es que marca como requisito del Estado de derecho dos condiciones esenciales:

mismo sucede con la dispensa." **Francisco Suárez**; Tratado de las leyes y de Dios legislador; Versión española por José Ramón Eguillor Muniozguren, S. I.; Madrid: Ed. Instituto de Estudios Políticos, 1968, p. 727.

⁵⁰ **Ibidem**, pp. 223 y 224.

⁵¹ **Diego Saavedra Fajardo**; Idea de un Príncipe político-cristiano representada en cien empresas; Madrid: Ed. Espasa-Calpe, 1959, p. 196.

" .. el reconocimiento de la primacía de los valores éticos del Derecho, con la consiguiente voluntad de someterse a ellos y una técnica o conjunto de técnicas que hagan hacedera y practica esa sumisión. Cuales sean esas técnicas será la Constitución Política de cada país y las leyes que de ella se deriven las que lo decidan... ."52

La importancia de estas condiciones, como formalidades ineludibles, recae en que ya no es el "... imperio de la ley: Ley como expresión de la voluntad general", a manera de Elías Díaz,⁵³ porque vertería la misma crítica que en su momento referí; sin embargo va más allá al hablar de los valores éticos del derecho, en donde en ningún momento confunde Estado, derecho y ley.

Sí, bien González Uribe es el primer autor en incluir éste principio, no llega a dilucidar su significado, y en un intento por desentrañar su acepción, me adhiero a las características expuestas por Nicolai Hartmann⁵⁴ de los valores morales y a los principios de la axiología objetivista:

- "a) Son esencias; su conocimiento es apriorístico y aparecen ante el sujeto de la valoración como absolutos;
- b) Existen en sí y por sí, esto es, independientemente de las estimaciones humanas. Su validez es objetiva y pertenecen al orden del ser ideal.

⁵² **Ibidem**, p. 224.

⁵³ **Elías Díaz**, citado por **Andrés Serra Rojas**; **Op. Cit.**, pp. 736 y ss.

⁵⁴ **Nicolai Hartmann**, citado por **Eduardo García Máynez**; Filosofía del Derecho; México: Ed. Porrúa, 1994, p. 425.

- c) Ostentan, además el carácter de principios. Como tales, no dependen de que se les realice o no, aún cuando no sean indiferentes respecto de su realidad o irrealdad.”

Lo anteriormente dicho, lo sustentó en que sobre los valores existen dos tesis capitales y la que me parece más acertada es la denominada objetivismo axiológico:

Subjetivismo axiológico, que Ortega y Gasset lo sintetiza como “Las cosas no son por sí valiosas. Todo valor se origina en una valorización previa, y ésta consiste en una concesión de dignidad y rango que hace el sujeto a las cosas según el placer o el enojo que le causan.”⁵⁵

Objetivismo axiológico, sustentado por Max Scheler y Nicolai Hartmann, que “... consiste en sostener, frente a los partidarios del subjetivismo, que los valores existen en sí y por sí, independientemente de todo acto de estimación o de conocimiento ... la existencia de los valores no se agota en ser objetos de determinados actos de intuición axiológica. Aquéllos pueden ser intuitivamente captados, pero existen con absoluta independencia de que se les intuya o no.”⁵⁶

Y que del análisis del significado de ética se deriva, que la valorización de los fundamentos de la actuación del derecho, están condicionados a principios inmutables.

⁵⁵ Ortega y Gasset, citado por Eduardo García Máynez; Op. Cit., p. 419.

⁵⁶ Eduardo García Máynez; Op. Cit., p. 424.

Para Juan Manuel Terán, "... Ético es aquello que determina los fines de la voluntad Con la ética, en cuanto el derecho constituye un campo de la acción o sea de determinaciones de la voluntad; ... "57

Continuando con el mismo autor, al referirse a las condiciones esenciales para que se logre realizar el Estado de derecho, éste señala "... algunos principios básicos a los que deben ajustarse esas técnicas. A modo de ejemplo, citaremos los siguientes:

1. La existencia de una *constitución*⁵⁸ o ley fundamental,⁵⁹ de preferencia escrita⁶⁰ y rígida,⁶¹ que establezca con toda claridad cuales son los órganos del Estado y delimite sus atribuciones y competencias respectivas. Esa constitución tendrá siempre la

⁵⁷ **Juan Manuel Terán**; Filosofía del Derecho; México: Ed. Porrúa, 1993, pp. 177 y 178.

⁵⁸ "... la constitución no es una cosa sino una función. Esta función constitucional es esencial al orden jurídico, puesto que es la que permite crear y relacionar los diferentes elementos que forman un orden jurídico." **Rolando Tamayo y Salmorán**; Sobre el sistema jurídico y su creación; México: Ed Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 1976, pp. 125-132.

⁵⁹ "Considerábase como Constitución tan sólo a la ley fundamental del Estado que aparece en forma de un documento escrito." **Hermann Heller**; Teoría del Estado, trad. Luis Tobío; México: Ed. Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 289.

⁶⁰ La objetivación escrita representa, en general, un amplio e importante avance en el proceso de la emancipación relativa de las formaciones del espíritu. En virtud de la fijación material, el contenido significativo objetivado se hace mucho más independiente de sus actualizaciones subjetivas transitorias. ... La fijación del Derecho por escrito es, sobre todo, necesaria en los casos en que, por haberse producido cambios bruscos en las relaciones de poder, no existe una tradición incontestable y se impugna la reglamentación que propugna el que dicta las normas." **Ibíd.**, pp. 289 y 290.

⁶¹ "... muchos textos constitucionales exigían, para su modificación, ciertos supuestos especiales y difíciles, y especiales responsabilidades de los órganos del Estado garantizaban su observancia. Tales Constituciones se llamaron rígidas, en oposición a las flexibles, correspondientes a aquellos Estados que, o bien no conocen una codificación constitucional especial, o bien sus preceptos jurídicos constitucionales no tienen ninguna garantía superior de permanencia." **Ibíd.**, p. 293.

supremacía jurídica y a ella deberán ajustarse todas las leyes, reglamentos o decretos.

2. El establecimiento por la constitución de una serie de *garantías* para la persona humana, tanto individuales como sociales, que no puedan ser alteradas o violadas por ninguna ley o autoridad, de cualquier jerarquía que sean, sin que automáticamente se incurra en el vicio de anticonstitucionalidad.
3. El reconocimiento estricto del principio de *legalidad*, conforme al cual ninguna autoridad podrá actuar, en el ámbito de su competencia, si no hay alguna ley o norma de carácter general que se lo permita. Junto con este principio se da la *garantía de audiencia*, que impide privar a alguien de sus derechos sin previo juicio en que se le de oportunidad de defenderse, o sea, sin el *debido proceso legal*.
4. La *división* y equilibrio fundamental de los poderes públicos con un sistema de frenos y contrapesos, para evitar los abusos y extralimitaciones, de tal manera que se logre que el poder quede delimitado en sus funciones desde dentro,⁶² por la organización misma institucional del Estado.
5. La posibilidad de que los ciudadanos participen en los asuntos públicos mediante un *gobierno representativo*, con organización electoral, que permite controlar el poder desde afuera.

⁶² Disiento en cuanto a que el poder quede ceñido en sus funciones desde dentro, porque deben restringirse desde afuera, toda vez que el control es exterior.

6. El libre juego de los *medios de información social* -prensa, radiodifusión, televisión, cine, publicidad- que forman y canalizan la opinión pública y crean un ambiente de constante vigilancia de los actos de los poderes públicos y de censura de las arbitrariedades.
7. La organización por la constitución y las leyes fundamentales del país de una serie de *recursos* administrativos y jurisdiccionales, por medio de los cuales se pueden modificar o anular los actos de los poderes públicos lesivos de los derechos fundamentales de los ciudadanos o que alteran el orden constitucional.

A los anteriores principios podrían añadirse todos aquellos procedimientos -cualesquiera que sean- que tiendan a evitar ventajas y privilegios indebidos para individuos o corporaciones, mediante un régimen de igualdad legal; a prevenir abusos en el ejercicio del poder; a eliminar la arbitrariedad en las decisiones; y a crear la seguridad jurídica en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones, por medio de definiciones ciertas de lo que se puede hacer y de lo que esta prohibido.”⁶³

Como se observa estos “principios básicos”, ya han sido examinados por diversos autores, a los cuales les he hecho la crítica respectiva, o bien lo haré con posterioridad, por lo que no abundare más en el tema; sólo en el punto referente a los *medios de información social*,⁶⁴

⁶³ **Héctor González Uribe; Op. Cit.**, pp 224 y 225.

⁶⁴ “Otro pilar meta-jegal, sobre el cual descansa el sistema político mexicano, es el uso sistemático de la mentira en los medios de comunicación masiva. Las victorias de la oposición, las denuncias del fraude electoral y de la falsificación de los resultados electorales, nunca son transmitidos por los noticieros de la televisión, y los periódicos nacionales las mediatizan y diluyen a tal grado que el lector tiene la

ya que sí el sistema en el poder les da libertad de expresión sin censura alguna, permite que exista la opinión pública, que sí bien no se refiere exclusivamente a las cuestiones relacionadas con el gobierno, constituye una forma de manifestar el grado de legitimidad que el pueblo concede al gobierno, la reciedumbre de dicha opinión tiene eco en las acciones de los gobernantes y se constituye en un medio de control indirecto de los mismos; es decir, como un producto de conciencia colectiva.⁶⁵

impresión que las denuncias de la oposición son el fruto de una mente paranoica. ... Esta manera de desinformar a la opinión pública y discriminar a la oposición legítima es contrario al funcionamiento de una democracia sana y real, como ha dicho el Papa Pío XII.

"Cuando se pide más democracia y mejor democracia esta exigencia no puede tener otro significado que el de **colocar al ciudadano en condiciones cada vez mejores de tener su propia opinión personal** y de expresarla y hacerla valer de una manera conforme al bien común" (Citado en Guzmán (1989):146)

En términos muy claros se ha expresado también el Papa Paulo VI en una carta de julio de 1963, condenando expresamente el uso de los servicios noticieros de la televisión nacional y regional, al servicio exclusivo del PRI-gobierno, es contrario a esta filosofía social de la Iglesia:

"Una auténtica democracia exige que los ciudadanos sean informados convenientemente, y también que ellos se esfuercen por juzgar y discernir la información que reciben. Se requiere, entonces, una prensa libre y leal, que tiene cuidado de ser objetiva y de medios de comunicación masiva que no están al servicio exclusivo de una política determinada" (Utz, III (1976):2160) **Jesús González Schamal; A la democracia sin violencia;** México: Ed. EPESSA, 1986, pp. 19-21.

⁶⁵ La existencia de la opinión pública es un fenómeno de la sociedad moderna: de hecho presupone una sociedad civil separada del Estado, una sociedad libre y articulada, interesados en controlar la política del gobierno y en no dejar sin control la gestión de los intereses públicos a los políticos. La opinión pública se ve llevada así a combatir el concepto de secretos de Estado, la defensa de los *arcana imperii*, la censura, para lograr el máximo de "publicidad" de los actos del gobierno. **Diccionario de Política; Op. Cit.**, vol. I-z, *sub voce* Opinión pública; pp. 1075 y 1076.

Carlos Cossio, elabora una distinción respecto de la opinión pública y opinión del público:

"... La opinión del público se da en cualquier situación colectiva y traduce un proceso simplemente cuantitativo de adición de opiniones personales" en cambio la opinión pública es una noción cualitativa, es una opinión 'autorizada' o 'calificada' que conforma la posición de quienes disponen de medios para hacer llegar su opinión al público." **Carlos Cossio; La Opinión Pública;** Buenos Aires-Ed. Paidós, 4ª Edición p. 36.

Desde el inicio del presente análisis he hablado del principio de legalidad, conceptualizándolo como la aquiescencia de un acto del Estado con la ley y de ésta con la constitución jurídico-positiva o con la constitución hipotética "lógico-normativa"; no obstante, este principio no es equiparable en grado alguno a la legitimidad. Sólo en el Estado de derecho con una verdadera división de poderes prevalece una conexión normativa de sentido entre una y otra, sin embargo y a pesar de esa relación, hoy nadie cree ya que todas las disposiciones del poder legislativo⁶⁶ aún electo por el pueblo sean derecho justo, es por ello que la legalidad⁶⁷ en el Estado de derecho no puede sustituir a la legitimidad.^{68 69}

Consecuentemente la opinión pública es resultado de una facción minoritaria que cuenta con los bienes necesarios y directos para hacerse escuchar por el público, a través de los medios de comunicación.

Cuentan con especial trascendencia los medios de comunicación, debido a que la opinión pública se expresa a través de estos.

Motivo por el que se le otorga la denominación de cuarto poder a los medios informativos.

La opinión pública termina por convertirse en un flujo de información que converge en "puntos o áreas de decisión." **Karl. W. Deutsch**; Política y Gobierno, trad. Eduardo L. Suárez; México: Ed. Fondo de Cultura Económica, 1993, pp. 174, 175 y 176.

⁶⁶ "... el contenido de la ley ninguna relación tiene con el legislador respecto a las cuales la afirmación de que sea éste quien determine el contenido de la ley constituiría inexcusable abuso terminológico." **Friedrich A. Hayek**; Derecho, legislación y libertad, Vol. II El espejismo de la Justicia Social, trad. del inglés Luis Reig Alboil; España: Ed. Unión, 1982, p. 82, Tomo II.

⁶⁷ "Cuando Kant cifra la obligatoriedad del Derecho en el criterio de su exterioridad, cuando afirma que el derecho se contenta con el cumplimiento puramente externo (**legalidad**), que basta con que la ley sea obedecida, sin que sea necesario que la obediencia responda al respeto que la norma jurídica nos inspire, es evidente que todo esto puede reducirse solamente a razones de seguridad jurídica, pero no a la esencia misma del Derecho." **Gustav Radbruch**; Op. Cit., pp. 54 y 55.

⁶⁸ ... 'Legalidad' deriva de 'ley' (en sentido moderno, *i.e.*, 'ley parlamentaria'). 'Legal' literalmente significa: 'conforme con la ley y, por extensión: conforme a derecho'

Legitimidad es la justificación del orden jurídico, de la autoridad, es un requisito imprescindible de la titularidad del poder, es irremplazable que cuente con "justo título" para regir, conducir, presidir, tutelar, administrar y personificar las instituciones gubernamentales, el poder y la soberanía del Estado, entre otros, sin confundirse con la legalidad.

Ahora bien; por Estado de derecho no pondero un orden estatal con un contenido específico (por tanto, no un Estado con ciertas y determinadas instituciones jurídicas, tales como la legislación democrática, la sujeción de los actos ejecutivos del jefe de Estado al refrendo del ministro responsable,⁷⁰ la libertad política y civil de los

o, simplemente: 'lícito'. Por tanto, 'legalidad', parece sinónimo de 'legitimidad' que, etimológicamente, muestra el mismo origen: 'conforme al derecho', *ex lege*.

... 'legalidad' indica la calificación de actos que se conforman con el derecho existente, no se puede predicar lo mismo de 'legitimidad'. Ciertamente, este término designa la confirmación (*sic*) de una acción con una norma (máximas o principios), pero primordialmente alude a la búsqueda del *título* que justifica el orden jurídico (*i.e.*, el Estado) en su conjunto. 'Legitimidad' se refiere al problema del fundamento, *i.e.*, de la justificación de la autoridad. ...

. La legitimidad es el requisito de la titularidad del poder. La legalidad lo es de su ejercicio. ... Esta distinción entre legitimidad y legalidad corresponde a la tradicional distinción entre dos formas de tiranía: *tyrannia absque titulo* y *tyrannia quoad exerxitiu*. **Diccionario Jurídico Mexicano; Op. Cit.**; vol. I-O, *sub voce* legitimidad, pp. 1943 y 1444.

⁶⁹ **Hermann Heller; Op. Cit.**, p. 239.

⁷⁰ Artículo 92 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

"Todos los Reglamentos, Decretos, Acuerdos y Ordenes de Estado del Presidente deberán estar firmados por el Secretario o Jefe de Departamento Administrativo a que el asunto corresponda, y sin este requisito no serán obedecidos."

Sin embargo me adhiero a la afirmación de Tena Ramírez "... si un Secretario de Estado se niega a refrendar un acto del presidente, su dimisión es inaplazable, porque la negativa equivale a no obedecer una orden del superior que lo ha designado libremente y que en igual forma puede removerlo", porque una cuestión es que el presidente requiera constitucionalmente para "avaluar" su actuación de la firma del Secretario del ramo y otra muy diferente que implique

ciudadanos, la independencia del poder judicial, la jurisdicción contencioso-administrativa, entre otros, es decir, un Estado de derecho en sentido técnico,⁷¹ sino un Estado cuyos actos son realizados en su totalidad sobre la base del orden jurídico. Esta noción formal del Estado de derecho es un concepto primario frente a la idea material del mismo, ya señalado con antelación. Pero desde el punto de vista estrictamente positivista, incompatible con todo género de derecho natural, todo Estado tiene que ser Estado de derecho⁷² en este sentido formal, puesto que todo Estado tiene que constituir un orden coactivo de la conducta humana, y este orden coactivo, sea cualquiera que sea su forma de gobierno -autocrático o democrático- de su creación y cualquiera que sea contenido, tiene que ser un orden jurídico que se va concretando gradualmente desde la norma fundamental hipotética hasta los actos jurídicos individuales, a través de las normas generales. Esta es la noción del Estado de derecho, que se confunde tanto con el concepto del derecho⁷³ como con el del Estado.

una limitación infranqueable, toda vez que puede a su arbitrio remover y designar a los miembros de su gabinete.

En este mismo orden de ideas Burgoa externa que "El refrendo tradicionalmente ha sido, ... el medio por el cual se legaliza algún acto proveniente de los órganos estatales, dando fe de la autenticidad de la firma de la persona que funge como su titular ..." y la única " ... finalidad limitativa que podría estribar en la ineficacia de los actos del presidente por *negativa* del refrendo ... es más aparente que real, ya que, correspondiendo a este alto funcionario la facultad de nombrar y remover libremente a los secretarios de despacho (Art. 89, frac. III), bastaría la destitución del secretario reticente y la designación del sustituto adicto (*sic*) para que el consabido requisito de eficacia se satisficiera plenamente." **Ignacio Burgoa Orihuela; Derecho Constitucional Mexicano**, México: Porrúa, 1973, pp. 867 y ss.

⁷¹ Sentido estricto para Zafra Valverde; **Op Cit.**, p. 1.

⁷² "La afirmación de que cualquier Estado es Estado de derecho (*Rechtsstaat*) o de que la norma legal prevalece necesariamente en cualquier Estado, es una de las que con mayor frecuencia reitera Kelsen." **Friedrich A. Hayek; Op. Cit.**, p. 90, Tomo II.

⁷³ "... III. Del concepto del Derecho se desprende así:

Es por lo antedicho, que juzgo que para Kelsen es inútil la búsqueda de una conceptualización para el Estado de derecho,⁷⁴ ya que para él, Estado y derecho son lo mismo, existiendo en el autor un problema de identidad y confusión en los significados de dichos términos.

Una cuestión diferente es la de en qué medida se exigen garantías jurídicas concretas para asegurar que actos jurídicos individuales se correspondan con las normas generales. La respuesta a esta pregunta se halla en el concepto del Estado de derecho en el sentido material o técnico de la palabra.⁷⁵

Asimismo, para Kelsen la esencia del Estado radica en que convierte el poder en derecho, porque un acto considerado como acto del Estado, un hecho cualquiera que pase por estatal, no puede imputarse al Estado sino sobre la base de un orden normativo que es el mismo

-
- 1) . que debe ser *positivo*;
 - 2) . que debe ser *normativo*;
 - 3) . debe tener, ... carácter *social*;
 - 4) . debe tener, ... carácter *general*.

El "derecho" puede, pues definirse como el conjunto de las normas generales y positivas que regulan la vida social.

IV. Las manifestaciones de la voluntad del Estado, cuando carezcan de uno de estos requisitos, no serán más que afirmaciones de poder carentes de significación jurídica. ... las órdenes que el Estado dé serán emanaciones de su poder, pero no verdaderas normas jurídicas." **Gustav Radbruch**; Op. Cit., p. 47.

⁷⁴ ". . no cabe hacer distinción alguna entre un sistema legal en el que prevalezca el Estado de derecho *Rechtsstaat* y otro en cual tal cosa no acontezca, por lo que todo orden legal, incluido aquel en el cual la autoridad disfruta de un poder ilimitado, constituye un Estado de derecho." **Friedrich A. Hayek**; Op. Cit., p. 90, Tomo II.

⁷⁵ **Hans Kelsen**; Teoría General del Estado, trad. Luis Legáz Lacambra; México: Ed. Nacional, 1975, pp. 199 y ss.

derecho.⁷⁶ Un criterio positivista, que no trate de elevar el derecho a la categoría absoluta de derecho natural, tiene que considerar el Estado como una especie de rey Midas, que convierte en derecho cuanto toca.

Por esta razón, desde el punto de vista del positivismo jurídico,⁷⁷ todo Estado es un Estado de derecho, en el sentido de que todos los actos estatales son actos jurídicos, porque y en tanto que realizan un orden que ha de ser calificado de jurídico.⁷⁸

De tal forma, Kelsen concibe un Estado omnisciente y omnipotente, al sostener que todo acto de gobierno o de Estado, es un acto apegado a la ley.⁷⁹ Confundiéndose Estado, derecho y ley en uno sólo, uno y trino, un todo indivisible.

Lo anterior lo estimo una teratología, porque si el derecho se reduce a la ley, y ésta es una creación del Estado, se convierte en un círculo sin interacción de la realidad social, conduciendo irremediabilmente a un

⁷⁶ “. . . Kelsen se limita a sustituir una ideología por otra que postula que los órdenes que sobre la fuerza reposan son todos de especie similar, por lo que todos los órdenes merecen ser considerados generadores de un «estado de derecho», término que antaño tan sólo se utilizaba para designar un tipo particular de orden que, de manera exclusiva, permitía garantizar la libertad individual.” **Friedrich A. Hayek; Op. Cit.**, p. 98, Tomo II.

⁷⁷ “El positivismo jurídico es la corriente de la ciencia jurídica que cree poder resolver todos los problemas jurídicos que se planteen a base del Derecho positivo, por medios puramente intelectuales sin recurrir a criterios de valor.” **Gustav Radbruch; Op. Cit.**, pp. 120 y 121.

⁷⁸ **Hans Kelsen; Op. Cit.**, p. 57.

⁷⁹ Al “ aceptar una definición de la ley según la cual Estado y Estado de derecho son conceptos sinónimos, no les quedó otra opción que aceptar el enfoque establecido por Kelsen al afirmar retrospectivamente que «para la ciencia jurídica, el derecho (*Recht*) nazi no dejaba de ser derecho (*Recht*). Cabe lamentarse de ello, pero no negarlo». La conclusión es, desde luego, inescapable, enjuiciada la

poder ilimitado que se dedica a imponer coercitivamente -como una actividad estatal- a los ciudadanos un entramado de normas⁸⁰ con un contenido positivista, que escasamente se interesa por la correlación de ésta con la justicia, por lo que basta que la norma tenga un embalaje de ley⁸¹ y no que sea justa.⁸²

La divergencia estriba en la observancia de dicha normatividad, porque ésta no puede abrogar las obligaciones o las prohibiciones derivadas de la norma jurídica natural.

En el momento en que el derecho positivo⁸³ se convierte en un sistema paralelo al derecho natural y no es una extensión de un solo sistema jurídico, destruye toda dimensión natural de justicia,

cuestión según los supuestos jurídicos positivistas." **Friedrich A. Hayek; Op. Cit.**, pp. 99 y 100, Tomo II.

⁸⁰ "La norma funciona como un esquema de explicitación. En otras palabras: el enunciado de que un acto de conducta humana situado en el tiempo y el espacio es un acto de derecho (o, un acto contrario a derecho) es el resultado de una explicitación específica, a saber, una explicitación normativa. Puesto que también en la concepción de que el acto exhibe un acontecer natural, sólo recibe expresión una explicitación determinada, diferente de la normatividad, a saber: una explicitación causal. La norma, que otorga al acto el significado de un acto conforme a derecho (o contrario a derecho), es ella misma producida mediante un acto de derecho que, por su lado, nuevamente recibe su significación jurídica de otra norma." **Hans Kelsen; Teoría Pura del Derecho**, trad. Roberto J. Vernengo; México: Ed. Porrúa, 1995, pp. 17 y 18.

⁸¹ Entendida como principio de imputación y no evidentemente bajo su acepción tomista, como: "... cierta ordenación al bien común promulgada por aquel que tiene a su cargo una comunidad. ..." **Santo Tomás de Aquino, Summa Teológica, Tratado de la Ley** Sobre la esencia de la Ley (I, II, cuestión 90, artículo 4 Si la promulgación es de la esencia de la Ley).

⁸² Resulta curioso observar que en dos obras de Hans Kelsen: "Justicia" y "Esencia y valor de la democracia", dicho autor apoye una forma de gobierno ... la Democracia Parlamentaria, cuando no se encuentra en posición para hacerlo.

⁸³ "... el derecho ... se ha dividido desde tiempos antiguos en *ius* o *iustum naturale* (derecho natural) y *ius* o *iustum positivum* (derecho positivo). El primero procede de la naturaleza, el segundo proviene del concierto y de la voluntad de los hombres." **Javier Hervada, Op. Cit.**, p. 79.

despojando a la persona de toda juridicidad inherente ontológicamente a sí misma, que sólo termina conduciendo al absurdo.

Lo aludido acontece cuando la única fuente del derecho es la ley positiva;⁸⁴ y no existe una relación entre la norma⁸⁵ y lo justo; porque la norma no es completa si solamente incluye las leyes dictadas por el Estado, sin atender a las leyes procedentes de la razón natural.

Por tal motivo, y aunque en reiteradas ocasiones se identifique a la norma con el derecho, la norma no es el derecho,⁸⁶ sino su medida.

La norma obliga porque está estatuida;⁸⁷ pero jurídicamente, lo preceptuado obliga porque el poder de mando del Estado tiene que determinar lo justo natural, no obstante, cuando la ley positiva es

⁸⁴ " es necesario admitir que los comunistas, por lo menos, fueron mucho más sinceros que los socialistas como Kelsen quien, al insistir en que la única definición legítima de ley es la suya, derivaba subrepticamente enunciados pretendidamente fácticos de lo que, en realidad, era tan sólo una definición de la ley diferente de la sustentada por aquellos cuyos argumentos pretendía rebatir." **Friedrich A. Hayek; Op. Cit.**, p. 100, Tomo II.

⁸⁵ Entendida en un sentido genérico como ley, es decir, los preceptos que regulan la vida social.

⁸⁶ La norma que recibe el nombre de derecho es el derecho objetivo por una atribución analógica, y para distinguirlo de otros usos o sentidos atribuidos al derecho; consistente en un conjunto de normas o disposiciones que constituyen el derecho de un Estado.

⁸⁷ "Y en la imposibilidad de *definir* el Derecho justo, por esa razón, hay que conformarse, por lo menos, con *estatuirlo*, por medio de un poder que tenga, además, la fuerza necesaria para *imponer* lo estatuido. No es otra la justificación del Derecho positivo, pues la exigencia de la seguridad jurídica sólo puede ser cumplida mediante la positividad del Derecho " **Gustav Radbruch; Op. Cit.**, pp 39 y 40.

injusta,⁸⁸ es una norma que no vincula, como señala la antigua máxima romana: *lex iniusta non est, lex*.

⁸⁸ "¿ES ESENCIAL A LA LEY SER JUSTA Y HABER SIDO JUSTAMENTE PROMULGADA? OTROS REQUISITOS DE LA LEY EXIGIDOS POR SAN ISIDORO

1. [Requisitos de la ley según San Isidoro.]
2. Primera afirmación: Es esencial a la ley que sus mandatos sean justos. Doble aspecto de la justicia de la ley.
3. [Es absolutamente evidente que en las leyes divinas se da siempre esta forma de justicia.]
4. La ley humana sólo puede mandar con validez lo justo y lo honesto.
5. Modo en que el acto ordenado por la ley posee una rectitud positiva.
6. Forma en que es justa la ley que trata sobre la permisión del mal.
7. Primer corolario: La rectitud es esencial a la ley y en ella se resume, según San Isidoro, todos los demás requisitos.
8. La ley humana ha de ser conforme con la religión.
9. [Este requisito puede explicarse desde el punto de vista positivo y negativo.]
10. Necesaria adaptación de la ley a la disciplina moral.
11. Segundo corolario: Una ley que no sea honesta, no solamente no es ley, sino incluso no obliga ni es posible su observancia; en caso de duda respecto de la rectitud de la ley hay que presumirla y, por consiguiente, observarla. (La ley no es honesta, quien debe ser honesto es quien la aplique o quien deba obedecerla).
12. Segunda afirmación: Es esencial a la ley que se otorgue con justicia. (Son leyes desde el punto de vista formal más no material)
13. Para un justo otorgamiento de la ley deben cumplirse tres aspectos de la justicia.
14. Se demuestra la necesidad de la justicia en orden a la validez de la ley.
15. [La ley ha de ser honesta y justa]
17. Tercera afirmación: Es esencial a la ley que verse sobre un objeto posible.
18. Confirmación del aserto por el Concilio de Trento.
19. [La ley ha de ser posible, conforme a la naturaleza y a la costumbre del país, oportuna respecto al momento y al lugar.]
20. Distinción entre injusticia en cuanto a la materia e injusticia en cuanto a la forma. ...

... 2. Primer aserto: pertenece a la naturaleza y esencia de la ley mandar cosas justas. ... Que la ley debe ser justa cabe entenderlo de dos maneras: una, en relación al acto que debe realizar el súbdito en virtud de la obligación legal, es decir, que sea tal que pueda ejecutarlo con justicia; otra, en relación a la propia ley, esto es, que se imponga al sujeto sin detrimento de la justicia. Porque puede suceder que un acto sea tal, que pueda el súbdito realizarlo con toda justicia ...

... Lo mandado ha de ser tal que pueda ejecutarse justa y rectamente o, lo que es igual, virtuosamente. Este mismo requisito, sin embargo, es susceptible de doble interpretación: en un sentido negativo, o sea, que lo mandado no sea injusto ni desordenado, o en sentido positivo, que sea justo y recto. ..." **Francisco Suárez; De legibus (I 9-20) De legis obligatione;** Edición crítica bilingüe preparada por L. Pereña, P. Suñer, V. Abril, C. Villanueva y E. Elorduy; Madrid: Ed. Consejo Superior

"... una regla jurídica *positivamente contraria* a la moral debe ser condenada como contraria al bien público, ..." ⁸⁹

Este positivismo jurídico como afirma Hayek " ... se ha convertido en uno de los factores que en mayor medida han contribuido a minar el modelo liberal clásico ... ",⁹⁰ por consiguiente este positivismo es capaz de "legitimar"⁹¹ cualquier alucinación de la razón.

Por otro lado, los principios del Estado de derecho están encaminados a impedir la expansión totalitaria y, en general, el ejercicio descontrolado del poder del Estado. No obstante que la consolidación del poder político en el Estado, contribuyó a establecer una situación política ordenada y a garantizar la paz del derecho, también dicho poder es capaz de oprimirlos y disponer injustificadamente del derecho. Razón por la cual las instituciones del moderno Estado constitucional y de derecho fueron conformándose en gran parte como una reacción frente al absolutismo y por la necesidad de asegurar el mayor grado posible de libertad individual y de imponer límites en la práctica a la expansión desmesurada del poder. Necesidad manifiesta no sólo en las autocracias, sino también frente al

⁸⁹ **Jean Dabin**; Teoría General del Derecho, trad. Francisco Javier Osset; Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1955, p. 369.

⁹⁰ **Friedrich A. Hayek**, citado por **Enrique De Diego Villagrán**; La ofensiva neo-liberal; Barcelona: Ed. Del Drac, 1989, p. 85.

⁹¹ "Hallowell pone de relieve cómo los principales teóricos liberales del Derecho, en la Alemania de finales del siglo XIX, a causa de su aceptación del enfoque positivista, que consideraba toda ley como creación deliberada del legislador, al volcar la atención sobre la constitucionalidad del acto legislativo y desatender el contenido de la norma establecida, perdieron toda su capacidad de resistencia a la sustitución del *Rechtsstaat* «material» por el meramente «formal» y contribuyeron al descrédito del liberalismo al ligarlo al positivismo jurídico, tesis

absolutismo de la mayoría en una democracia, porque si éste gobierno no se encuentra limitado por los derechos de libertad, es en potencia una tiranía.

Acorde con lo anterior se manifiesta el jurista italiano Alessandro Groppali al indicar que "... el Estado de Derecho (*Rechtsstaat*), en que los poderes del Estado están rigurosamente disciplinados por normas jurídicas, tanto en lo que respecta a la actividad que los poderes deben desarrollar, sin invasiones e interferencias recíprocas, cuanto por lo que respecta a los intereses legítimos y a los derechos privados y públicos que se reconocen a los ciudadanos, los que pueden hacerlos valer en vía administrativa y en vía jurisdiccional, aun frente al Estado mismo, de modo que el Estado de derecho, como se ha dicho muy bien, realiza *el gobierno de las leyes* en lugar del *gobierno de los hombres*.

El reconocimiento y la tutela de los derechos de los particulares, además de la actuación de la ley, tanto en las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, como en las relaciones de los ciudadanos entre sí, es lo que caracteriza mejor al ordenamiento estatal que se califica jurídicamente como Estado de derecho; tal tipo de Estado, al que trata de asemejarse el Estado moderno, es sólo en parte una realidad, porque muchas relaciones entre el Estado y los ciudadanos carecen aun de reglamentación jurídica y de tutela jurisdiccional.

Si se mira la cuestión desde un punto de vista general, inmediatamente se advierte cómo los *bill of rights* de Inglaterra y de América y la *déclaration des droits* de Francia, que marcaron la

con la cual es fundamentalmente incompatible." **Friedrich A. Hayek**; **Op. Cit.**, p. 77, Tomo II.

revolución de la burguesía y la *Carta del Trabajo*, que ha consagrado la revolución de los camisas negras, lejos de estar entre sí en conflicto, como muchos creen, se encuentran, por el contrario, sobre una misma línea de desarrollo ascensional, porque, si las primeras cartas significan la negación de los principios de clase y de casta y la exaltación de los hombres, considerados como iguales ante la ley, el valor revolucionario de la Carta del Trabajo consiste, principalmente, en las nuevas formas de tutela jurídica que ella, integrando las conquistas de las revoluciones anteriores, ha acordado al trabajo, concebido como función social, conciliando así, en una síntesis superior, al individuo con el Estado, la libertad con la autoridad, el derecho con el deber.⁹²

Con el fin de garantizar un espacio más amplio para la libertad individual e impedir el exceso del poder estatal, hay que procurar la distribución y coordinación armónicas de las funciones de regulación del Estado, creándose un sistema de división y control de poderes.⁹³ "Para que no se pueda abusar del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder frene al poder. Una constitución puede ser tal que nadie esté obligado a hacer las cosas no preceptuadas por la ley, y a no hacer las permitidas."⁹⁴ Y es esta división de poderes que hace que en el Estado de derecho exista "... una cierta actitud de respeto frente a las fuerzas espirituales, al

⁹² **Alessandro Croppali**; Doctrina General del Estado; México: Ed. Porrúa, 1944, pp. 143-145.

⁹³ "Montesquieu ... en su doctrina de tres poderes independientes, iguales entre sí, que se equilibran mutuamente y que mantienen, no obstante puntos de contacto entre sí." **Georg Jellinek**; Teoría General del Estado, trad. de la Segunda edición alemana y prólogo de Fernando de los Ríos; Buenos Aires: Ed. Albatros, 1973, p. 374

⁹⁴ **Carlos de Secondant, barón de Montesquieu**; Del espíritu de las leyes, trad. Mercedes Blázquez y Pedro de la Vega; Argentina: Ed. Orbis, 1984, pp. 142 y ss.

asegurar constitucionalmente el libre desarrollo del arte, la ciencia y la Iglesia”⁹⁵

Cuando la división de poderes, es verdadera, equilibra y delimita las facultades de cada órgano, pero permite una interdependencia de los mismos, y de acuerdo a la misma se distribuyen y coordinan los ámbitos de función y las facultades, disponiéndose de tal modo que se contrabalanceen y concedan un control recíproco, dando una distribución de esferas de competencia y consiguientemente una especialización funcional de cada poder.

Es indeclinable que la parcelación de poderes y funciones sea permanente, con el objeto de amalgamar las actividades de los diversos depositarios del poder, ordenados jurídicamente en un plano de igualdad.

En el Estado de derecho se busca que esta división de poderes que está forjada en los documentos constitucionales y que procuran perpetrar una limitación jurídica objetiva del poder estatal, y que se asegura políticamente a través de los derechos subjetivos de libertad e injerencia de los ciudadanos respecto al poder del Estado, consiguiéndose así que los derechos fundamentales de los individuos sean salvaguardados en virtud de la propia estructura cardinal de la organización del Estado.

Sin embargo lo anterior dista mucho de la realidad porque ordinariamente queda en un nivel dogmático constitucional y no en forma tangible.

⁹⁵ **Hermann Heller**; Teoría del Estado, **id.**, p. 223.

No obstante, que invariablemente he hablado de un Estado con segmentación pluripersonal de poderes, no hay que olvidar que Vázquez de Mella advierte que existen también tres funciones inherentes a todo poder monárquico, y no tres poderes inherentes a tres órganos distintos; legislativo, administrativo y judicial, "Este hecho, sin embargo, no comporta absolutismo, ya que Mella le asigna a la soberanía política unos límites que coartan su poder, y que vienen dados por los derechos de los entes inferiores que van Sirviendo de límite a los entes inmediatos superiores hasta llegar, en una escala ascendente a la cumbre."⁹⁶

Al hablar de esta forma de gobierno en el pensamiento de Vázquez de Mella, es menester decantar los atributos que el defiende en la misma, que son: una monarquía social, cristiana, tradicional y hereditaria, democrática, representativa, personal, federal y foral."⁹⁷

⁹⁶ Manuel Rodríguez Carrajo; Op. Cit., p. 122.

⁹⁷ "una monarquía social, cristiana, tradicional y hereditaria, democrática, representativa, personal, federal y foral":

Social: Porque "No es el pueblo para el Rey, sino el Rey para el pueblo . el Rey es responsable socialmente."

Cristiana: Porque " . es centro de unidad y disciplina social, escudo de la fe, baluarte de la libertad, refugio del pueblo que se emancipó bajo el estandarte real."

Tradicional y hereditaria: Porque "... vive en la tradición y con ella se identifica y forma la grande y la pequeña Patria, .. cuando Mella habla de la Monarquía tradicional sus pensamientos se remontan .. " a la . "Monarquía medieval, en Fernando I, en Alfonso XI, en Alfonso VIII, en Jaime el Conquistador, en los Reyes Católicos, en cuyos reinados la soberanía social constituía un límite al poder central y los ciudadanos criticaban o aplaudían las acciones del soberano"

Democrática: Porque demanda " *el mantenimiento igual de todos los derechos comunes y distintos de las clases* y de las personas individuales y colectivas jerárquicamente ordenadas."

Representativa: "Pero no a la manera como lo propugna el individualismo, " sino que "La representación ha de ser, pues, por *clases*; y a esta representación corporativa la llama Mella representación social. Las clases corporativamente organizadas son las que han de orientar todo al bien común."

Lo que se consolida al sujetar al Ejecutivo a la ley y al derecho, e imponiendo restricciones en el quehacer legislativo y jurisdiccional, se le denomina también principios del Estado "formal" de derecho; sin embargo, estas providencias no son las únicas, también existen los principios del Estado "material" de derecho, (los referidos a su contenido), los cuales residen fundamentalmente en las garantías individuales. De dichas garantías, las de libertad e igualdad son enriquecidas por la idea de Estado social, que aspira a la realización de la justicia social, la creación de las condiciones indispensables para el desarrollo de la persona.⁹⁸

Como consecuencia, la integración entre Estado de derecho y Estado social no puede producirse en el nivel constitucional sino sólo en el nivel legislativo y administrativo.

Lo antedicho descansa en que los derechos fundamentales representan la tutela tradicional de las libertades civiles: libertad personal, política, económica, y constituyen una defensa contra la intervención del Estado. Por el contrario, los derechos sociales representan derechos de participación (en el poder político y en la

Personal: Para "... que aquél que ejecuta ciertos actos sea él quien responda de los mismos, de su licitud o ilicitud, de sus aciertos o desaciertos. Y esta responsabilidad alcanza al Poder político más alto. ... Mella propugna dos clases de responsabilidades: la legal y la social."

Federal: Donde "Distingue entre federación revolucionaria y federación histórica. La revolucionara es fruto del pacto. La histórica supone que el Estado, al ser resultante posterior a las regiones que ya existían con personalidad propia, no puede hacerles perder sus derechos, antes bien, debe reconocerles aquella individualidad que tenían en exclusividad."

Foral: Porque, "Se basa en el reconocimiento de las regiones con personalidad propia." *Ibidem*, p. 143.

⁹⁸ **Reinhold Zippelius;** *Teoría General del Estado*, trad. directa del alemán Héctor Fix-Fierro; México: Ed. Porrúa, 1989, pp. 275 y ss.

distribución de la riqueza social producida). Así, la forma del Estado oscila entre libertad y participación.⁹⁹

Además, mientras que los derechos fundamentales representan una garantía del *statu quo*, los derechos sociales, al contrario, no se pueden prever *a priori* sino que han de satisfacerse caso por caso donde surjan, a partir del contexto social.

Desafortunadamente, y sólo en forma ulterior a la cuestión social, el Estado busca la manera de solucionar los problemas ocasionados por la ausencia de protección jurídica de las clases más necesitadas, y es precisamente cuando se demanda un auxilio por parte del Estado a los estratos de la sociedad marginados, que se atraviesa el umbral del *rule of law* al *Welfare State*.

Si los derechos fundamentales son la garantía de una sociedad separada del Estado, por el contrario los derechos sociales representan un camino a través del cual la sociedad entra en el Estado alterando su estructura formal.

Los componentes materiales del Estado de derecho radican también en el principio de proporcionalidad y en la prohibición del exceso¹⁰⁰ (*Übermassverbot*),¹⁰¹ (*BVerfGE 16 y 202 Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts*) los cuales tienden a optimizar la satisfacción del bien común.

⁹⁹ E. Forstthoff, citado por **Diccionario de Política; Op. Cit.**; vol. a-j, *sub voce* Estado de derecho, p. 541.

¹⁰⁰ Zippelius; Teoría General del Estado, **id.**, p. 277.

Debido a que el poder sin límites se va distendiendo, y aun en el Estado de derecho se pierde toda proporcionalidad y se sitúa en el exceso, pero en forma "legítima", mediante una legislación ilimitada, que elimina el principio de justicia y absolutiza la ley, porque la primera emana del poder, preconizado por el racionalismo constructivista, "al concebir las leyes como el campo para el designio racionalizador de los gobernantes",¹⁰² que termina rompiendo el equilibrio -que perseguía- entre los poderes y condenando a una desigualdad de todos ante la ley, la cual se suponía buscaba garantizar la libertad de cada uno frente al Estado.

Según Reinhold Zippelius existen en la historia evolutiva del Estado de derecho diversos principios,¹⁰³ a saber:

- 1.- La protección contra detenciones arbitrarias, derecho fundamental ya consagrado en la Carta Magna de 1215, aunque de modo parcial, después ratificada y ampliada hasta el *Habeas Corpus Act*, de 1679;
- 2.- El poder del rey tiene límites jurídicos (supremacía del derecho);
- 3.- La existencia de una esfera individual intocable sobre la cual, no puede disponer el poder del Estado, que deriva de la idea de *derechos humanos* universales;
- 4.- La teoría de los pesos y contrapesos del poder;

¹⁰¹ **Diccionario Español-Alemán, Deutsch-Spanisch**; México: Grijalbo, 1994, *sub voce* **Übermaß**: exceso y **verbot**: prohibición.

¹⁰² Enrique De Diego Villagrán; **Op. Cit.**, p. 87.

¹⁰³ **Ibid.**, p. 277.

- 5.- La acción estatal debe desarrollarse esencialmente conforme a leyes de carácter general y abstracto (principio de legalidad), que trae aparejado el principio de seguridad jurídica.

Todos estos principios que se consolidaron en la concepción global de un Estado de derecho, "eleva al derecho a la categoría de condición fundamental de su existencia" y en el que "la relación entre gobernantes y gobernados no es la de un poder unilateral sino la del derecho."¹⁰⁴ Para Zippelius esta es "una versión moderna de la antigua idea platónica del gobierno de las leyes, pero dando solamente «el nombre de ley a esta disposición de la razón» (*Leyes*, 714 A), y «allí donde la ley reina sobre los gobernantes y donde los gobernantes se hacen a sí mismos esclavos de la ley» se ha alcanzado el mejor estado posible de una república (715 C s.)."¹⁰⁵

Además de estos principios en la historia evolutiva del Estado de derecho, existen diversas etapas de integración del mismo, de acuerdo con Serra Rojas:¹⁰⁶

- 1.- Una primera fase caracterizada por la confusión en la que la fuerza se presenta como una dominación coactiva del grupo social.
- 2.- Un segundo período de configuración de las formas políticas que se manifiestan como procesos de fuerza o dominio, en el que el

¹⁰⁴ Bähr, citado por Reinhold Zippelius; *Op. Cit.*, p. 281.

¹⁰⁵ Reinhold Zippelius; *Op. Cit.*, p. 281.

¹⁰⁶ Andrés Serra Rojas; *Op. Cit.*, pp. 233 y ss.

ciudadano emplea en el derecho como un elemento impostergable de la vida social.

- 3.- El derecho ha evolucionado principalmente el derecho privado, y las formas políticas de los clanes a los imperios, se transforman en la suprema institución por excelencia que es el Estado.

...

De igual manera, ... la estructura del Estado de derecho puede sistematizarse de la siguiente manera:

- 1.- Estructura formal del sistema jurídico, o sea garantía de las libertades fundamentales a través de la ley general abstracta aplicada por jueces independientes;
- 2.- Estructura material del sistema jurídico: libertad de competencia en el mercado, reconocida en el intercambio entre sujetos propietarios;
- 3.- Estructura social del sistema jurídico: la cuestión social y las políticas reformistas de integración de la clase trabajadora;
- 4.- Estructura política del sistema jurídico: separación y distribución del poder.¹⁰⁷

Se avista abiertamente que dicho autor no enriquece con ninguna característica el concepto de Estado de derecho; por lo que no abundaré en su análisis.

¹⁰⁷ F. Neumann, citado por **Diccionario de Política; Op. Cit.**, vol. a-j, p. 542.

Empero continuando con la estructura del Estado de derecho, la que F. Neumann plantea, implica la afirmación de que solamente existe Estado de derecho en Estados de raigambre liberal, la aseveración de dicho autor es consolidada por el profesor de Chicago Milton Friedman,¹⁰⁸ al respecto, observo que si bien es cierto que el Estado de derecho nace en los Estados liberales¹⁰⁹ como antítesis del Estado absolutista y totalitario, que no permite la libertad de los individuos en el sentido del *laissez faire*, igualmente existe en Estados de corte liberal-demócrata y de carácter socialdemócratas e inclusive en Estados Monárquicos.

¹⁰⁸ "La libertad económica es un requisito esencial de la libertad política. Al permitir que las personas cooperen entre sí sin la coacción de un centro decisorio, la libertad económica reduce el área sobre la que se ejerce el poder político. Además, al centralizar el poder económico, el sistema de mercado compensa cualquier concentración de poder político que pudiera producirse. La combinación de poder político y económico en las mismas manos es una fórmula segura para llegar a la tiranía " **Milton y Rose D. Friedman; Libertad de elegir hacia un nuevo liberalismo económico**; trad. Carlos Rocha Pujol; Barcelona: Ed. Planeta-De Agostini, 1993, p 17.

¹⁰⁹ " . Históricamente, la teoría del Estado de Derecho aparece vinculada a la realidad sociológico-política del Estado liberal. Pero si bien es verdad que el Estado liberal sólo puede realizarse como Estado de Derecho no se ha realizado ni puede realizarse sólo en la forma histórica que se da con un cierta constancia en distintos períodos, frente a las formas que no revisten sus características. Por eso, en la medida en que tenga sentido hablar de 'Estado' por respecto a ciertos períodos históricos como el medieval, cabría plantearse la cuestión de su posible calificación como 'Estado de Derecho' . Esto no puede entenderse como un concepto puramente formal, en el sentido de ese formalismo, cuya culminación se halla en la posición keiseniana, que afirma la identificación pura y simple del Estado y el ordenamiento jurídico, y que por eso convierte a todo Estado en Estado de Derecho, ni identificarse sólo con el Estado liberal-burgués del siglo XIX, ni creerlo posible sólo en la 'sociedad democrática' del presente; pero el concepto tampoco debe servir de otro lado para convertirse en un instrumento de las ideologías contrarias a las que han dado origen al Estado liberal, como si el único Estado posible de Derecho fuese precisamente lo que no es un Estado liberal, manejándose la oposición entre 'Derecho' y 'ley' para llamar 'Estado legalista' (*Gesetzestaat*) al Estado del siglo XIX, que fue un Estado liberal, y 'Estado de Derecho' (*Rechtsstaat*), como 'Estado de Derecho objetivo' al Estado antiliberal del siglo XX y, concretamente, al Estado nacionalista." **Luis Legáz y Lacambra; Filosofía del Derecho**; Madrid Ed Bosch, Casa Editorial, p. 655.

En este mismo orden de ideas, el jurista alemán Gustav Radbruch redarguye a F. Neumann y a M. y R. Friedman, al considerar incluso que "la comunidad socialista también puede ser un *Rechtsstaat*, es decir, que también en esta comunidad puede prevalecer el *Rule of law*, aunque sería un *Rechtsstaat* gobernado por la justicia distributiva^{110 111} y no la conmutativa.^{112 113 114}

Consiguientemente podemos hablar de un Estado liberal de derecho, un Estado social de derecho,¹¹⁵ un Estado cultural de derecho,¹¹⁶ un

¹¹⁰ "La *justicia distributiva* preconiza la igualdad proporcional en el trato dado a diferentes personas ... presupone tres personas cuando menos: una persona colocada en un plano superior y que impone cargas y confiere beneficios a dos o más subordinadas a ella ... característica del Derecho público ... donde la justicia distributiva, el *suum cuique*, es la forma primaria" **Gustav Radbruch; Op. Cit.**, p. 32.

¹¹¹ La justicia distributiva regula la participación a que tiene derecho cada uno de los ciudadanos respecto de las cargas y bienes distribuibles del bien común. Mira, ... la relación entre sociedad e individuo, ... desde el punto de vista de lo que el individuo puede exigir a la sociedad, ... el criterio de tratar desigual a los desiguales. Expresan relaciones de ... integración. ... **Diccionario Jurídico Mexicano; Op. Cit.**, vol. I-O, *sub voce* Justicia, p. 1905.

¹¹² "La *justicia conmutativa* representa la absoluta entre una prestación y una contraprestación ... presupone la existencia de dos personas jurídicamente equiparadas entre sí; ... es la justicia propia del Derecho privado ... La equiparación jurídica propia del Derecho privado es el resultado de un acto de justicia distributiva, pues para que la justicia conmutativa pueda llegar a aplicarse es necesario que se les reconozca capacidad jurídica igual a las personas interesadas en ella. ... y la justicia conmutativa una forma derivada de la justicia." **Gustav Radbruch; Op. Cit.**, pp. 31 y 32.

¹¹³ La justicia conmutativa es la que rige las operaciones de cambio entre personas que se hallan en un plano de igualdad, ... Atiende al criterio de trato igual a los iguales. **Diccionario Jurídico Mexicano; Ibidem.**

¹¹⁴ **Gustav Radbruch**, citado por **Friedrich A. Hayek; Op. Cit.**, p. 149, Tomo II.

¹¹⁵ "La expresión "Estado social de Derecho" se debe al diputado socialdemócrata Carlo SCHMID quien se inspiró en Hermann HELLER (*Rechtsstaat oder Diktatur* 1930 ...

.. El *sozialer Rechtsstaat* se presenta por tanto, en medio del Estado liberal de derecho y del *Nicht-Rechtsstaat* totalitario ...

Estado democrático de derecho,¹¹⁷ de y supuestamente, con arreglo a Radbruch un Estado socialista de derecho.¹¹⁸

A pesar de lo expuesto por Radbruch este jurista alemán se contradice, toda vez que como se vio con antelación (*Cf. infra*, p. 37) para él, ante el escollo de definir el Derecho justo, es más asequible estatuirlo, y como no existe una relación imperiosa e indefectible entre el Derecho positivo y la justicia, ante el reclamo de la seguridad jurídica dicho

... Se puede concluir que el *sozialer Rechtsstaat* es una feliz expresión que designa una realidad mentada anteriormente cuando la incorporación de los derechos sociales a las Constituciones europeas. Trátase del intento loable de convertir en derecho positivo viejas aspiraciones sociales, elevadas a la categoría de principios constitucionales protegidos por las garantías del Estado de Derecho. Son postulados, insertos en Constituciones rígidas, que obligan como derecho inmediatamente vigente, a la legislación, administración y justicia ... y que están salvaguardados por Tribunales constitucionales." **Pablo Lucas Verdú; Op. Cit.**, pp. 81, 83 y ss

¹¹⁶ "Los derechos fundamentales rellenan de contenido ético, cultural y sociológico al Estado de Derecho ... Así, por ejemplo, cuando la Constitución de Baviera afirma que es un *Rechts-Kultur-Staat*, parece apuntar precisamente a esto." **Pablo Lucas Verdú; Op. Cit.**, p. 83.

¹¹⁷ "En el Estado social democrático de Derecho sobreviven elementos del Estado social de derecho: regulación y garantías de derechos económicosociales, justicia constitucional; reconocimiento de los partidos políticos y sindicatos libres.

En síntesis, *el Estado democrático de Derecho parece ser la combinación de una izquierda liberal socializada y de un socialismo, no comunista, pero consciente de las deficiencias del neocapitalismo que han de modificarse.*" **Pablo Lucas Verdú; Op. Cit.**, p. 144.

¹¹⁸ "El culto de la personalidad, las purgas crónicas ... la acción de la policía política al servicio del terror latente contradijeron el principio del Estado de Derecho y además, el principio del respeto a la legalidad socialista, que es propio de los países socialistas. Sólo vale como excusa parcial la amenaza fascista y el cerco capitalista.

... se considera que el principio de legalidad socialista, de la supremacía de la Constitución y de las leyes soviéticas son la imagen del "otro Estado de Derecho", correspondiente a la estructura socioeconómica del colectivismo. La convergencia entre lucha por el Estado democrático de Derecho y la lucha por la realización de la legalidad socialista está aún lejana." **Ibidem**, pp. 148-150.

La paradoja que remarca Lucas Verdú, radica en que dicha contradicción suscitada por el "culto de la personalidad, las purgas crónicas ... la acción de la policía

derecho debe de aplicarse aunque sea injusto, cuando evidentemente ese "derecho" fue instituido por el Estado, consecuentemente ¿cómo puede existir un Estado de derecho que anteponga la seguridad jurídica a la justicia,¹¹⁹ sin distinguir el tipo que sea?, concluyendo así que el *Rechtsstaat* propuesto por Radbruch, no es un Estado de derecho gobernado por la justicia distributiva, sino por la injusticia impuesta por el Estado, como derecho del Estado.

Virtualmente permanecen países en los que el Estado de derecho no ha existido más que en la proclamación constitucional, sin una generalizada realización práctica.

No obstante, lo expuesto por Radbruch y los postulados de Lucas Verdú reitero que el Estado de derecho es fruto del liberalismo.¹²⁰

Igualmente para Porrúa Pérez sólo el Estado liberal es Estado de derecho, que de acuerdo con Ruiz del Castillo, declara lo siguiente: "... lo que caracteriza al moderno Estado liberal de derecho es la concepción de Estado como pura forma del derecho individual, cuya protección es el *único fin* de la estructura política.

Esta construcción se obtiene mediante el establecimiento de una serie de mecanismos, que mantengan la actividad del Estado dentro de su

política al servicio del terror latente" fue producto de la decisión de la mayoría anquilosada en el poder.

¹¹⁹ "El conflicto más importante es el que media entre la justicia y la seguridad jurídica. La seguridad jurídica reclama que el Derecho positivo se aplique aun cuando sea injusto;" **Gustav Radbruch; Op. Cit.**, p. 44.

¹²⁰ **Pablo Lucas Verdú; Op. Cit.**, id., p. 136.

órbita precisa, sin interferir la esfera intocable de la libertad de los individuos.

Ruiz del Castillo estima que las características fundamentales de un Estado provisto de esos mecanismos, son los siguientes:

- 1ª Una constitución que ordena simultáneamente el poder y la libertad, señalando una órbita estricta a las facultades de los gobernantes en su relación con los gobernados.
- 2ª Una repartición y un equilibrio fundamental de poderes, como estructura de las garantías individuales.
- 3ª Un gobierno representativo, con organización electoral que haga posible la participación de los ciudadanos en los asuntos políticos.
- 4ª Un régimen de igualdad legal que, teniendo valor de postulado, evite los abusos de las mayorías ocasionales, que es el peligro a que propende el sistema electoral.
- 5ª Una opinión pública cuya virtualidad no se agota en la constitución de órganos legales y en las facultades de elegir representantes, sino que actúa como ambiente y se manifiesta espontáneamente a través de conductos que la Constitución mantiene en vigor y protege, en garantía de los ciudadanos, prensa, etc. Es decir, régimen de derechos o garantías individuales en general.

6ª Un sistema de recursos que haga efectiva la posible responsabilidad de cada órgano, criterio del cual dimana también la subordinación de la administración a la ley, o sea, la existencia de un orden jurídico en el cual tengan que apoyarse necesariamente todos los actos del Estado, o sea, principio de *legalidad*.¹²¹

De las características proporcionadas por Ruiz del Castillo no infiero ningún elemento particular de los ya examinados. Mi estimación se alza sobre la noción minimalista de que sólo en el Estado de consistencia liberal existe Estado de derecho, toda vez que dicho autor entiende por liberalismo, en forma por demás simplista y limitada, el de "los revolucionarios del siglo XVIII."¹²² Porque como ya lo evidencié, el Estado de derecho como primigenia exteriorización es producto del liberalismo, de lo que no se puede deducirse que sea formalidad *sine qua non* de su existencia.

Para el filósofo del derecho Luis Legáz y Lacambra, "Estado de Derecho es aquel que realiza una determinada concepción de la justicia,¹²³ a través de una determinada técnica, adecuada a las circunstancias históricas. Esa concepción de la justicia es la *personalista*. No necesita vincularse al orden de ideas del liberalismo, pero comparte con éste el respeto hacia los valores de la personalidad. Por eso el Estado de

¹²¹ **Francisco Porrúa Pérez; Op. Cit.**, pp. 472 y 473.

¹²² **Ibidem**, p. 472.

¹²³ En esta acepción se circunscribe perfectamente el planteamiento de Radbruch (Cf. *infra* p. 37) " ..y en la imposibilidad de *definir* el Derecho justo, por esa razón, hay que conformarse, por lo menos, con *estatuirlo*, por medio de un poder que tenga, además, la fuerza necesaria para *imponer* lo estatuido .." A pesar de que se imponga ese derecho en un Estado, no es más que una llana tendencia subjetiva que perennemente deja al arbitrio del órgano encargado de gobernar y legislar la concatenación de la justicia, el derecho y su forma (ley).

Derecho es incompatible con cualquier filosofía que no reconozca más valor sustancial al hombre que el que le confiere su inserción en una totalidad transpersonal.

Para su servicio, la concepción personalista requiere:

a) Afirmación de que el ordenamiento jurídico constituye un todo jerárquicamente estructurado, al que corresponde una primacía de la norma general de la ley. La norma general crea justicia -porque la generalidad pertenece a la esencia de ésta- y seguridad -porque las consecuencias del obrar quedan predeterminadas inequívocamente-. Esto implica atribuir a la legislación formal todo lo que es susceptible de regulación general; pero el problema de nuestro tiempo radica en que la Administración se reserva un amplio ámbito de zonas vitalmente importantes en las que se excluye la intervención de los órganos específicamente legislativos, favoreciéndose una burocratización general de la vida del Estado.

b) Afirmación de los derechos humanos fundamentales -y entre ellos, naturalmente, el de participación activa en la dirección de la vida del Estado- y de un fuero de la personalidad jurídica. La vida social, vista *sub specie juris*, es una trama de relaciones jurídicas, que el sujeto de derecho mantiene con otros sujetos y también con órganos del Estado. Cuando en esta relación al sujeto le corresponden determinadas posibilidades de exigir eficazmente algo de otro, se le reconoce titular de un derecho público subjetivo. Por esto se puede decir que la existencia de los derechos públicos subjetivos es esencial al Estado de Derecho. Su falta no sólo implicaría una descompensación entre lo facultativo y lo obligatorio en favor de esto último, sino que la obligatoriedad quedaría polarizada en los súbditos y lo facultativo en

los órganos del Estado, lo cual significaría no sólo una restricción de la libertad sino una negación del valor de la persona, ya que frente a ésta sería sólo el Estado, por medio de sus órganos, quien podría obrar y quien, por tanto, tendría a su favor, ya *a priori*, la razón y la justicia.

c) Un sistema de responsabilidad de la Administración y de recursos contencioso-administrativos es esencial a la existencia del Estado de Derecho. Naturalmente, una cierta libertad de la administración tiene que quedar asegurada, en forma de "facultades discrecionales" y por la existencia de los llamados "actos de gobierno" o "actos políticos" (incluso en Norteamérica las *political questions* no son objeto de apreciación por la *Supreme Court*). Por otra parte, las condiciones todas de la vida social moderna, de las que son un reflejo y, al propio tiempo, una causa los crecientes intervencionismos del Estado, la planificación y la idea del *Estado de bienestar*, determinan la transformación del "Estado liberal de Derecho" en un "Estado social de Derecho", cuya legitimación desde un punto de vista de justicia parece indiscutible, pero que implica riesgos para la libertad, porque, -al perderse el viejo sentido de la primacía de la ley- se crea incerteza (*sic*) jurídica y porque se pierden otros valores personales, como el sentido de la responsabilidad, la iniciativa privada, etc. Esto es lo que, en última instancia, se plantea como oposición entre una concepción liberal y una concepción socialista de la vida. El problema es hacer pervivir, a través de esta lucha de tendencias, la exigencias mínimas y formales de un Estado de Derecho, sin caer en un formalismo esterilizante ni en un reduccionismo que niegue sus posibilidades de adaptación a las exigencias de justicia que plantea el cambio de la vida social.

d) Por último, el Estado de Derecho tiende hacia el control jurisdiccional de la legislación. Es verdad que las garantías políticas o sociales del sentido constitucional de la legislación pueden suplir, incluso con ventaja en cuanto a la eficacia, a las garantías jurídicas; pero en una situación de pluralismo político esa garantía jurídica es tal vez la única que existe para asegurar el imperio de la constitución.

En definitiva, lo decisivo en el Estado de Derecho es la vigencia social de aquellas valoraciones en las que el ideal jurídico se centra en torno a los valores de la personalidad humana. La ineficacia de una posición puramente formalista se traduce en la radical insuficiencia de la técnica jurídica para patentizar la existencia de un Estado de Derecho. En efecto, cuanto menos real sea como vigencia social la valoración favorable a la persona humana, tanto más refinada habrá de ser la técnica formal del Estado de Derecho para que éste responda a su idea; pero de poco servirá que se llegue a un control jurisdiccional de la legislación, si la constitución contiene limitaciones políticas al principio de respeto a la persona humana. En cambio, allí donde las valoraciones en cuestión poseen vigencia social efectiva, el problema técnico-formal pasa, dentro de ciertos límites, a un plano secundario. Pero aquí radica uno de los aspectos fundamentales del problema político de nuestro tiempo. Crear las condiciones formales del Estado de Derecho es fácil; puede ser cuestión de un día. Ya no lo es tanto el hacer que las valoraciones básicas del Estado de Derecho sean algo más que una ideología normativa: que sean, pura y simplemente, la forma de vida social efectiva, el Derecho de los hombres convivientes en una comunidad política histórica."¹²⁴

¹²⁴ **Luis Legáz y Lacambra; Op. Cit**, pp 656-658.

El autor aborda el *quid* del Estado de derecho al preponderar la relación insalvable que debe observar el derecho positivo y los valores connaturales al individuo, en donde éste sea el punto de partida de la legislación.

Los principios políticos del Estado de derecho para Carl Schmitt "no son principios políticos constitutivos, ya que implican sólo una serie de límites y controles del Estado, un sistema de garantías de la libertad burguesa y la relativización del poder del Estado. El Estado mismo, que debe ser controlado, se da supuesto en este sistema. Los principios de la libertad burguesa pueden, sí, modificar y templar un Estado, pero no dan lugar por sí mismos a una forma política. La libertad no constituye nada."¹²⁵

A pesar de la afirmación de Schmitt, los principios del Estado de derecho¹²⁶ no tienen únicamente un carácter negativo de limitación al poder estatal, sino que tiene también una función constitutiva; por medio de la división y delimitación de las competencias de decisión y de las reglas de procedimiento.

¹²⁵ Carl Schmitt, citado por Zippelius; **Op. Cit.**, p. 281.

¹²⁶ "El principio que ha resultado ser el más fecundo en la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional es el principio del Estado de derecho. Este principio cubre un gran número de otros principios. ... En todos estos principios llama la atención el hecho de que el Tribunal ni siquiera intenta fundarlos, ... La afirmación de que el principio del Estado de derecho no contiene mandatos o prohibiciones de rango constitucional, determinados unívocamente en todos sus detalles, sino que requiere ser concretado en cada caso particular, parte también de la suposición de que ese principio abarca a varios principios. Esto surge aún más claramente de la oración precedente de este texto en la que el Tribunal afirma que al Estado de derecho pertenece no sólo la previsibilidad, sino también la seguridad jurídica y la corrección o justicia material." **Waldemar Schreckenberger**; Semiótica del discurso político. Análisis retórico de textos constitucionales y judiciales de la República Federal de Alemania; Versión castellana de Ernesto Garzón Valdés; México: Ed. Universidad Autónoma de México, 1987, pp. 184 y 185.

Asimismo, las garantías individuales poseen una función constitutiva en la misma estructura política, de las cuales nos interesan las libertades anejas que no sólo abren espacios autónomos frente al poder político, sino que además aseguran una participación en el proceso político, a través de la cual la sociedad accede en el Estado alterando su estructura formal.

Cabe hacer hincapié que el Estado de derecho no sólo procura el aseguramiento de las libertades derivadas de estas garantías frente al Estado, sino que también las demarca y consolida entre los ciudadanos y entre los subsistemas¹²⁷ sociales.

En otro orden de ideas, mencionaré la diferencia más importante entre el Estado de derecho y el Estado benefactor, al que me abocaré en un estudio más profundo en el Título 3 de este Capítulo. Esta diferencia radica en el programa de limitación de los fines del Estado: que para Kant, la promoción de la felicidad es, a lo más, una función auxiliar para el verdadero fin jurídico del Estado. En este mismo contexto, Humbolt emprendió un programa para determinar los límites del Estado,¹²⁸ y Fichte elaboró un llamado a los príncipes: De

¹²⁷ Son " subconjuntos y subprocesos de la totalidad que se quiera considerar: país, región internacional orden mundial. Cada subconjunto y subproceso se organiza con sus propios aspectos y niveles, actores, fuerzas, estructuras, funciones, actividades, procesos (económicos, sociales, culturales, políticos, militares, científicos y técnicos (...)), en apertura relativa y en perpetuo intercambio con el sistema global (sociedad nacional, economía mundial, sistema político interestatal o internacional) considerado como medio circundante general, y con los demás subconjuntos. **Marcos Kaplan** (Cord.) Revolución Tecnológica Estado y Derecho Tomo I Ciencia, Estado y Derecho en las primeras Revoluciones Industriales, México: Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México y Petróleos Mexicanos, 1993, p. 26.

¹²⁸ "... el determinar los objetivos a que el gobierno, ... debe extender y al mismo tiempo circunscribir sus actividades.

Dios "esperamos la dicha; de ti la protección de nuestros derechos. No debes de ser benévolo para con nosotros; debes de ser justo."¹²⁹ En consecuencia la acción del Estado ha de reducirse a proteger el orden y la seguridad; y la preocupación por conseguir la felicidad y el bienestar debe ser de cada ciudadano.

Con antelación he abordado como presupuestos del Estado de derecho, la garantía de los derechos fundamentales del individuo frente al Estado, la división de poderes que debe existir en un Estado para asegurar imparcialidad en la impartición de justicia y la certidumbre de que todas las actuaciones de este, están apegadas a derecho; sin embargo, pone en peligro el espacio abierto a la libertad individual un exceso de regulación por parte del Estado.

La anterior afirmación se sustenta en que tanto para la existencia como para el desarrollo de los hombres, es altamente conveniente que sea el Estado mismo el que brinde los servicios y las oportunidades en igualdad de condiciones para todos los individuos y evite al máximo sus intervenciones.

Al hablar de derechos fundamentales o de garantías individuales¹³⁰ hay que distinguir su significado tanto para el Estado de derecho como

Esto último, que en rigor trasciende a la vida privada de los ciudadanos y determina la medida en que éstos pueden actuar libremente y sin trabas, constituye en realidad, el verdadero fin último, pues lo primero no es más que el medio necesario para alcanzar este fin." **Guillermo de Humbolt; Escritos políticos (Ideas para un ensayo de determinación de los límites que circunscriben la acción del Estado,** versión en español de Wenceslao Roces; México: Fondo de Cultura Económica, 1983, pp. 87 y ss.

¹²⁹ **Johann Gottlieb, Fichte**, citado por **Zippelius; Op. Cit.**, p. 283.

¹³⁰ Concurren garantías individuales que derivan de la existencia de derechos o *iura* que le corresponden por el hecho mismo de que el ser humano es persona, con otras que no lo son *v. gr.* El artículo 12 de la Constitución de los Estados Unidos

para el Estado social; en este último constituyen un soporte para exigir determinadas prestaciones al Estado, o cuando menos para definir los propósitos o intenciones estatales; pero para el Estado de derecho, en un principio estas libertades son entendidas como dádivas del *laissez faire*,¹³¹ y no como prerrogativas.

Es necesario el reconocimiento y respeto de los derechos y libertades fundamentales del hombre, pero no en el sentido del *iusnaturalismo*¹³² racionalista,¹³³ porque el ser humano por naturaleza es titular de

de Mexicanos, que a pesar de estar dentro de la parte dogmática de nuestra Carta Magna, esta garantía no dimana de la naturaleza propia del hombre.

Porque aún cuando el bien jurídico tutelado es la igualdad entre los hombres, existen otro tipo de eventualidades que originan una verdadera desigualdad y que no derivan necesariamente de "títulos de nobleza, ni prerrogativas y honores hereditarios."

¹³¹ Porque la postura tanto del liberalismo inmediato a John Locke, como para éste, es la de preponderar el alcance de la propiedad, situando así a la monarquía bajo la ley, toda vez que el designio del soberano es salvaguardar la vida y las propiedades de los súbditos.

"... En el individualismo radical, la propiedad privada y los derechos civiles y políticos negativos ... representan ... la esencia de la perspectiva liberal de los derechos humanos, desde Locke hasta nuestros días."

¹³² Doctrina según la cual existe y puede conocerse un "derecho natural" (*ius naturale*), o sea un sistema de normas de conducta intersubjetiva distinto del constituido por las normas establecidas por el estado (derecho positivo), y este derecho natural tiene validez por sí mismo, es anterior y superior al derecho positivo y, en caso de conflicto con este último, debe prevalecer sobre el mismo. ... es por lo tanto la doctrina opuesta a la llamada "positivismo jurídico", según la cual el único derecho es el que establece el estado y cuya validez es independiente de cualquiera de sus referencias a valores éticos. El *iusnaturalismo* es una expresión peligrosamente equívoca, pues su significado, tanto filosófico como político, varía mucho de acuerdo con las distintas concepciones del derecho natural. **Diccionario de Política; Op. Cit.**, vol. a-j, *sub voce* *Iusnaturalismo*, pp. 836 y 837.

¹³³ Es ... el *iusnaturalismo* del siglo XVIII ... El derecho natural representaba un modelo perfecto para las legislaciones positivas y parecía proporcionar el medio para llevar a cabo, aun en este campo, una reforma que no respondía sólo al espíritu innovador de la época sino que satisfacía, además, exigencias prácticas y técnicas. La idea de un sistema racional y universal de normas (idea acorde con la tendencia de la cultura ilustrada, que consideraba la racionalización de todos los aspectos de la realidad, rechazando las aportaciones de la tradición y de la historia, y de todo

derechos imprescriptibles e inalienables anteriores al Estado, fundados en la ley natural de origen divino, y no proceden porque el individuo sea un ser racional que incursiona en la sociedad, y esta en el Estado para que se le consideren o reconozcan.

Cuando se asume esta diferencia y se contempla a las garantías individuales como condiciones esenciales para el desenvolvimiento de la libertad y se plantea la necesidad de ir más allá y establecer garantías sociales que protejan al individuo como integrante de un grupo social más débil; es precisamente que se da la transición del Estado de derecho al Estado social. Y por ende, como ya había manifestado, la integración entre Estado de derecho y Estado social no puede producirse en el nivel constitucional sino sólo en el nivel legislativo y administrativo, a menos que la declaración de derechos humanos este plasmada en una constitución, como en el caso de nuestro país.

Esta transición del Estado de derecho clásico, individualista y liberal, hacía un Estado de derecho social ha sido con el objeto de adaptar las

lo que no tuviera la apariencia de un dictado de la razón), se oponía, en efecto, de una manera estridente a la realidad de la vida jurídica de esa época.

Este periodo se caracterizó por un grave estado de confusión e incertidumbre, causado por la crisis del derecho vigente en ese entonces, que era un derecho llamado "común", o sea el derecho romano justiniano modificado y complicado a través de los siglos por el concurso de otras variadísimas fuentes de normas jurídicas, y prácticamente imposible de conocer a ciencia cierta. Se sentía, por lo tanto, la necesidad de reformas legislativas que le dieran al derecho, sobre todo, certidumbre, y el iusnaturalismo, con su teoría de un derecho absoluto y universalmente válido porque había sido dictado por la razón, ofrecía la base doctrinal de una reforma racional de la. Se creyó, en efecto, que el problema de ésta consistía en traducir las normas del derecho natural en normas positivas que debían llevarse a cabo de una vez por todas, y éste fue el tema de las codificaciones que se hicieron entre el final del siglo XVIII y el principio del siglo XIX; en realidad los codificadores tomaron en cuenta, además del derecho natural, el derecho vigente, tratando de darle a este último un ordenamiento racional, que lo acercara al modelo iusnaturalista. **Diccionario de Política; Op. Cit.**, vol a-j, *sub voce* iusnaturalismo, pp 840 y 841.

estructuras jurídicas y políticas a las nuevas y crecientes necesidades del desarrollo técnico, social, económico, político y cultural de la sociedad.¹³⁴

Cabe hacer mención de que en el Estado de derecho sólo existe una excepción a la obligación de sujetar su actuación a derecho,¹³⁵ y esta

¹³⁴ **Diccionario Jurídico Mexicano; Op. Cit.**; vol. D-H, *sub voce* Estado de derecho, p. 1329.

¹³⁵ "El artículo 49 de la Constitución y como excepción al principio de la división o separación de poderes que consagra, establece que únicamente en ... dos casos ... el Congreso de la Unión puede conceder facultades extraordinarias al Ejecutivo Federal ...

El primero de ellos se contrae al supuesto consignado en el artículo 29 constitucional, es decir, cuando se presente una *situación de emergencia* en la vida institucional normal del país, provocada por las causas que el propio precepto prevé ...". **Ignacio Burgoa Orihuela; Op. Cit.**, pp. 845 y ss.

Artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

"El Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en el artículo 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar."

Artículo 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

"En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con los titulares de las Secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos y la Procuraduría General de la República y con la aprobación del Congreso de la Unión y, en los recesos de éste, de la Comisión Permanente, podrá suspender en todo el país o en lugar determinado las garantías que fuesen obstáculos para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la suspensión se contraiga a determinado individuo. Si la suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, este concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación, pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará sin demora al Congreso para que las acuerde."

excepción se denomina "derecho de emergencia del Estado"¹³⁶ e implica que, cuando las específicas atribuciones del Estado no son suficientes para remediar una grave situación de emergencia, el gobierno adopta medidas necesarias según su parecer para solucionarlas.¹³⁷ Lo anterior no significa un quebranto a la esencia del

¹³⁶ **Zippelius; Op. Cit.**, pp. 285 y ss.

¹³⁷ "... el principio general de la división de Poderes, ... puede hacerse a un lado constitucionalmente ... Estos casos nos los ofrecen los artículos 29 y 49, estrechamente relacionados entre sí.

El art. 29 funciona "en los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública o cualquiera otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto." Cuando se presenta cualquiera de los dos primeros casos especialmente señalados (invasión o perturbación grave de la paz pública), no puede haber duda de que se está en la hipótesis del art. 29; fuera de tales casos, queda a la discreción de los poderes ejecutivo y legislativo definir, con la competencia que a cada uno señala el precepto, si existe una situación "que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto."

Supuesto el estado de necesidad previsto por el artículo 29, este precepto indica dos medios para hacer frente a la situación: la suspensión de garantías individuales y la concesión por el Congreso al Presidente de las autorizaciones que aquel estime necesarias para que este haga frente a la situación. Las "autorizaciones" que consagra el artículo 29, son las "facultades extraordinarias" a que se refiere el artículo 49. La suspensión de garantías y las facultades extraordinarias, medidas ambas que en ciertos casos pueden implicar una derogación excepcional y transitoria al principio de la división de poderes, serán estudiadas a continuación.

La suspensión de garantías significa que se derogan relativamente las limitaciones que en favor de determinados derechos de los individuos, impone la Constitución al poder público; ábrase así la puerta, que en épocas normales no puede franquear la autoridad sin cometer violación.

La medida de la suspensión de garantías debe tomarse por el concurso de cinco voluntades: la del Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con los titulares de las Secretarías de Estado, la de los Departamentos Administrativos, la de la Procuraduría General de la República y la del Congreso de la Unión (o en sus recesos la Comisión Permanente). Es el Jefe del Ejecutivo el que propone la medida; son los titulares de las Secretarías de Estado, los que se solidarizan con aquel al aceptar la medida; y es el Congreso de la Unión el que decreta la suspensión al aprobar la iniciativa presidencial.

La suspensión de garantías no es absoluta, sino relativa y limitada por varios conceptos, que el artículo 29 estatuye.

En primer lugar, el Presidente de la República es la única autoridad que puede solicitar y utilizar la suspensión de garantías. Todas las demás autoridades del país siguen acotadas, detenidas por esa barrera que la Constitución erigió; en beneficio de las personas; la grave responsabilidad de ejercer el poder sin la cortapisa de las garantías individuales, la asume exclusivamente el Jefe del Ejecutivo ante la Nación y la Historia. De allí que sea indelegable la facultad de intervenir en las garantías suspendidas. En efecto, ni siquiera se refiere el artículo 29, cuando autoriza la suspensión de garantías, al Poder ejecutivo, sino al Presidente de la República, de suerte que los secretarios de Estados solo pueden ejecutar los acuerdos que en ese particular dicte el Presidente, lo que se corrobora si se tiene en cuenta que en nuestro régimen presidencial los secretarios de Estado carecen de funciones autónomas. ...

En segundo lugar, no deben suspenderse todas las garantías individuales, sino solamente aquellas que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente, a la situación. Hay, pues, entre la suspensión de garantías y la defensa frente al estado de necesidad una relación de medio a fin. Cuáles garantías deben suspenderse para alcanzar el fin que se busca, es cosa que queda a la discreción de los poderes que intervienen en la suspensión. A diferencia del texto de 57, que excluía categóricamente de la suspensión la garantía de la vida, el art. 29 actual no limita las garantías que pueden suspenderse.

En tercer lugar, las garantías pueden suspenderse en todo el país o en lugar determinado, según se localice total o parcialmente la situación de emergencia.

En cuarto lugar, la suspensión debe producir sus efectos por un tiempo limitado, pues no sería conveniente que la interrupción del régimen de legalidad que ella significa se convierta en situación permanente. ...

La suspensión no puede contraerse a determinado individuo, con lo cual se excluye la expedición de las llamadas leyes privativas que colocan fuera de la ley a individuos concretamente especificados,...

Por último, la suspensión debe hacerse por medio de prevenciones, generales. Se satisface este requisito en virtud de la ley expedida por el Congreso, en la cual se enumeran las garantías suspendidas y las facultades de que goza el Ejecutivo respecto a cada una de dichas garantías suspendidas. Aunque el texto constitucional no es suficientemente claro, debe entenderse que todo lo relativo a este punto debe ser obra del Congreso, a fin de que el Ejecutivo reciba íntegramente sus facultades del órgano legislativo. ...

En resumen, es relativo todo cuanto toca a la suspensión de garantías, porque solo existe y opera en cuanto a cierta autoridad, a determinadas garantías, al lugar, y por un tiempo limitado. La relatividad se debe a que solo tiene razón de ser en cuanto tiene relación con el objeto que con ella se persigue.

El otro medio con que, aparte de la suspensión de garantías, el artículo 29 provee el Ejecutivo para hacer frente a una situación de grave peligro o conflicto, consiste en el otorgamiento de las autorizaciones que el Congreso estime convincente conferir al Ejecutivo para hacer frente a la situación.

Dichas autorizaciones presuponen necesariamente la existencia de la situación anormal, que como premisa rige el contenido todo del artículo 29. Puede

Estado de derecho, sino una estricta limitación temporal a la observancia del principio de legalidad.

No obstante, para Carl Schmitt es ilusorio tipificar una «excepción absoluta»¹³⁸ como la prevista en el artículo 29 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos; puesto que aún cuando el soberano supuestamente es "garante del derecho", el autor alemán lo define como "... dotado de una *competencia para violar el derecho*, ... «En el caso excepcional, el Estado suspende el derecho en virtud de un

consistir en dar al ejecutivo una mayor amplitud en la esfera administrativa o en transmitirle facultades legislativas, pero en uno y en otro caso las autorizaciones deben estar regidas por las mismas reglas de relatividad que señorean todo el artículo 29, puesto que al igual que la suspensión de garantías las autorizaciones son simples medios para hacer frente a un estado de necesidad. Así, pues, deben enumerarse las facultades conferidas al Ejecutivo, su duración y el lugar; todo ello por medio de prevenciones generales, y sin que las autorizaciones se dirijan en contra de determinado individuo.

Hay, sin embargo, una diferencia entre los requisitos para la suspensión y los que deben satisfacerse para el otorgamiento de las autorizaciones. La suspensión es obra del Presidente, de los titulares de las Secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos, la Procuraduría General de la República y del Congreso de la Unión y, en los recesos de éste, de la Comisión Permanente. **Una vez que se acuerda la suspensión por el concurso de esos cinco órganos, las autorizaciones se conceden exclusivamente por el Congreso y nunca por la Permanente.** Ello se debe a que las autorizaciones pueden consistir en la delegación de facultades legislativas -y de hecho en esos consisten-, por lo que la Permanente no podría delegar lo que no tiene, según son las facultades legislativas, que pertenecen siempre al Congreso. Como consecuencia, la iniciativa para la suspensión de garantías corresponde exclusivamente al Presidente, por los requisitos previos que ella supone, mientras que la iniciativa para conceder autorizaciones se rige por la regla general del artículo 71. La exposición que acabamos de hacer es la que deriva rectamente del artículo 29, pero al margen de ella o, por mejor decir, en contra de ella, se desarrolló en México, con fecundidad al parecer inagotable, una interpretación torcida, que ha sido la base de un extenso derecho consuetudinario. Importa, pues, conocer no sólo el estudio genuino del texto, sino también las peripecias que han corrido en nuestra azarosa vida constitucional las "autorizaciones" que menciona el artículo 29, más conocidas con el nombre de "facultades extraordinarias", que es el que les da el artículo 49, así como el no menos agitado destino de la suspensión de garantías, que consagra el primero de los dos señalados preceptos." **Felipe Tena Ramírez, Derecho Constitucional Mexicano**; México: Ed. Porrúa, 1981, pp. 213-220.

¹³⁸ **Carl Schmitt**, citado por **Matthias Kaufmann**; ¿Derecho sin reglas? Los principios filosóficos de la teoría del estado y del Derecho de Carl Schmitt; trad. José M. Seña; México: Ed. Distribuciones Fontamara, pp. 152 y 153.

derecho de autoconservación ... Hay que crear una situación normal y soberano es aquel que decide definitivamente si impera realmente esta situación normal. Todo derecho es 'derecho situacional'. El soberano crea y garantiza la situación como un todo en su totalidad.»

.. Como puede verse, a pesar de las formulaciones algo difusas, Schmitt no sostiene, en general que el derecho sea aquello que ordena el soberano. En su definición del soberano se conforma con la capacidad de violar normas *existentes* en caso de que ello sea necesario para el mantenimiento del Estado según la opinión de la instancia soberana, -Allí vale la «soberanía como la competencia, en principio ilimitada, para hacer lo que exige la situación en interés de la seguridad estatal, sin consideración del orden constituido, que puede oponérsele» .. «Todas las tendencias del moderno desarrollo del Estado de derecho apuntan a eliminar al soberano en este sentido .. Pero el que el caso extremo de excepción realmente pueda o no ser eliminado totalmente no es una cuestión jurídica.» Efectivamente, la existencia de una instancia con poder jurídico ilimitado es inconciliable con la idea del moderno Estado de derecho, se podría hasta considerar que ella es una característica específica de los Estado autoritarios. Según Schmitt, por esta razón, las teorías liberales del Estado de derecho son incapaces de enfrentarse con el problema de la situación excepcional.¹³⁹ Lo antedicho por Schmitt es una tergiversación, como ya quedo demostrado en lo anteriormente expuesto.

Para finalizar, de analizar la institución jurídica del Estado de Derecho, estimo de importancia capital para nuestro tiempo, que no es suficiente instaurar una serie de reglas y procedimientos para conservar al Estado dentro de los límites del Derecho y vetar toda

¹³⁹ **Matthias Kaufmann; Ibidem**, pp. 153 y 154.

acción inicua y abusiva, sino que hay que estipularle una función verdadera de servicio de los valores substanciales del hombre y del bien común.

En atención a lo anterior, no podemos hacer caso omiso de la Doctrina Social de la Iglesia, que en la Encíclica del Papa Juan XXIII sobre "la paz entre todos los pueblos que ha de fundarse en la verdad, la justicia, el amor y la libertad", y que se titula, *Pacem in Terris*¹⁴⁰ de fecha 11 de abril de 1963. Y en palabras del propio profesor Luis Sánchez Agesta¹⁴¹ hace de manifiesto, que en dicha Carta se encuentra el perfil de un Estado de Derecho al servicio del bienestar y la justicia social, y que en ella el Sumo Pontífice valora la trascendencia de las siguientes posturas en el mundo de nuestros días:

"A) La tendencia a someter el poder público a un régimen de derecho, o aún mas positivamente, a establecer un Estado de derecho de contenido positivo al servicio de la dignidad de la persona (A, a-d).¹⁴²

¹⁴⁰ "La doctrina del Papa Juan XXIII (1958-1963) significa una fase verdaderamente fundamental de la evolución de la doctrina de la Iglesia sobre la valoración de las actitudes temporales contemporáneas, relacionadas con la tutela, tanto por el Derecho interno de los Estados como por el Derecho internacional, del derecho de libertad religiosa, concebido como uno de los derechos humanos." **Instituto Martín de Azpilcueta**; (Obra a cargo de) Manual de Derecho Canónico, Pamplona: Ed. Ediciones Universidad de Navarra, 1988, pp. 786-789.

¹⁴¹ **Luis Sánchez Agesta**, citado por **Héctor González Uribe**; Op. Cit., pp. 225 y 226.

¹⁴² "De la misma dignidad de la persona humana proviene el derecho a tomar parte activa en la vida pública y contribuir a la consecución del bien común. El hombre en cuanto tal, -decía Nuestro Predecesor de feliz memoria Pío XII- lejos de ser tenido como objeto y elemento pasivo, debe, por el contrario, ser considerado como sujeto, fundamento y fin de la vida social (*Nuntius radiophonicus, datus prid. Nativ. D. N. I. C. anno 1944. A. A. S. XXXVII, 1945, p. 12.*)

- B) La intervención del poder público para tutelar y promover los derechos y, muy especialmente, para realizar un progreso social, realizando un equilibrio de los derechos, compensando las desigualdades naturales y sociales y asegurando a todos el desenvolvimiento de su personalidad; ésto es, un régimen de bienestar y justicia social (B, e-f) como función subsidiaria del Estado.¹⁴³
- C) El establecimiento de un orden que respete la libertad, la iniciativa y la responsabilidad de los ciudadanos, no sólo garantizando sus derechos y deberes, sino en cuanto esta abierto a una participación de todos en la vida pública y a una concorde colaboración en la realización del bien común (C, g). Si

Derecho fundamental de la persona humana es también la defensa jurídica de sus propios derechos: Defensa eficaz, imparcial y regida por los principios objetivos de la justicia. El mismo Pío XII, Predecesor Nuestro, insistía: "Del orden jurídico querido por Dios deriva el inalienable derecho del hombre a su seguridad jurídica y, con esto, a una esfera concreta de derechos defendidos de todo ataque arbitrario (*Nuntius radiophonicus, datus prid. Nativ. D. N. I. C. anno 1942. A. A. S. XXXV, 1943, p. 21.*). **S. S. Juan XXIII; *Pacem in Terris***; México: Ed. Ediciones Paulinas, 1983, pp. 8 y 9.

¹⁴³ "Y es que la común utilidad de todos tiene, además, esta exigencia: que los gobernantes, no sólo al armonizar y proteger, sino también al promover los derechos de los ciudadanos, lo hagan con auténtico sentido de equilibrio, evitando, por un lado, que la precedencia dada a los derechos de algunos particulares o de determinadas empresas, venga a ser origen de una posición de privilegio en la nación; soslayando por otra parte el peligro de que, por mirar solo a proteger derechos de los ciudadanos, se ponga en la absurda posición de impedirles el pleno ejercicio de esos mismos derechos. "Porque, quede bien asentado que la intervención de la autoridad pública en asuntos económicos, por grande que sea su extensión y por más profundamente que alcance los estratos de la sociedad, debe sin embargo, ser tal que no sólo no sofoque la libertad privada en su acción sino que la favorezca, con tal que garantice a los principales derechos de la persona humana su perfecta intangibilidad (*IOANNIS XXIII Litt. Encycl. Mater et Magistra, A. A. S. LIII, 1961, p. 415.*)

En el mismo principio se deben inspirar los Poderes públicos al desarrollar su multiforme acción, dirigida a promover el ejercicio de los derechos y a hacer menos arduo el cumplimiento de los deberes en todos los sectores de la vida social." **ibidem**, pp. 19 y 20.

entendemos democracia, no como una forma de gobierno, sino como un clima de vida pública en que todos participan responsablemente de una obra común, podríamos decir que hay una aprobación implícita de la tendencia que señala el espíritu democrático, como opuesto, en este caso, el totalitarismo (PT 78).¹⁴⁴

Tales son los tres rasgos dominantes de las estructuras políticas contemporáneas que el Papa aprueba como tendencias conformes con el principio fundamental de la convivencia.¹⁴⁵

Epílogo

Tratando de puntualizar sobre el tema, es rebatible la idea de quedarse con la acepción literal de "Estado de derecho", porque su extensión no va allende de lo que dice: *el Estado de derecho*, no obstante que en su significado más amplio implica que no sólo que el gobierno se someta y rija por el derecho, sino que también los

¹⁴⁴ "En la época moderna se considera realizado el bien común cuando se han salvado los derechos y los deberes de la persona humana. De ahí que los deberes principales de los Poderes públicos consistirán sobre todo en reconocer, respetar, armonizar, tutelar y promover aquellos derechos, y en contribuir por consiguiente a hacer más fácil el cumplimiento de los respectivos deberes "Tutelar el intangible campo de los derechos de la persona humana y hacer fácil el cumplimiento de sus obligaciones, tal es el deber esencial de los poderes públicos" (Cf. PII XII *Nuntius radiophonicus, datus in festo Pentecostes, die 1 mensis Iunii anno 1941*, A. A. S. XXXIII, 1941, p. 200.).

Por esta razón, aquellos magistrados que no reconozcan los derechos del hombre o los atropellen, no sólo faltan ellos mismos a su deber, sino que carece de obligatoriedad lo que ellos prescriban. (Cf. PII XI *Litt. Encycl. Mit brennender Sorge*, A. A. S. XXIX, 1937, p. 81; et PII XI *Litt. Encycl. Divini Redemptoris*, A. A. S. XXIX, p. 79, et PII XII *Nuntius radiophonicus, datus prid. Nativ. D. N. I. C. anno 1942*, A. A. S. XXXV, 1943, pp. 9-24.)" *Id.* pp. 17 y 18.

¹⁴⁵ **Ibidem.**

gobernados deben obedecer el derecho y regirse por él. De lo contrario sería un "gobierno del derecho, no de los hombres"; lo importante es que el gobierno tiene que ser tanto de derecho como de hombres, y no sólo que toda intervención gubernamental tenga que residir en el derecho, sino que esté también autorizada por el derecho. La disquisición anterior parece una tautología, porque si las intervenciones no están autorizadas por el derecho no pueden ser actuaciones de un gobierno como gobierno, en todo caso serían ilegales.

Ahora bien, si por naturaleza el gobierno goza de autorización por parte del derecho, el Estado de derecho parece equivaler a una fútil repetición. Debido a que desde el punto de vista positivista todo Estado es Estado de derecho; y es derecho si satisface las condiciones de validez establecidas en el sistema jurídico; aunque para el ciudadano promedio, el derecho consista únicamente en un segmento de esto .. la ley .. como un conjunto de disposiciones jurídicas generales, abstractas y relativamente estables. El peligro real de esta interpretación es que el Estado de derecho termina por ser un Estado de leyes, que pueden o no ser justas.

Considero que en el Estado de derecho debe de implicar tanto que el gobierno y los gobernados se rijan por el derecho, y que este sea obedecido, cuanto que los ordenamientos jurídicos sean de tal manera que sean susceptibles de ser obedecidos.

Y el hecho de que sean obedecidos, no significa únicamente que no sean violados, sino que las disposiciones sean aptas para guiar la actuación de sus gobernados.

Lo anterior me conduce a otra encrucijada, ¿cómo debe ser la ley? (Cf. *infra* p. 38), siguiendo a San Isidoro, es esencial a la ley ser justa. Indispensablemente corto con positivismo, y hablo, no de un Estado de derecho, sino de un Estado que no sólo tenga un esqueleto de derecho, sino que su cimiento sea la justicia, dado a que todas las virtudes del Estado pueden ser derivadas de esta sola idea básica.

Este último planteamiento para muchos será una utopía política como tantas otras.

2.- Del *rule of law* al *Welfare State*

Una nación que no pide a su gobierno nada más que la preservación del orden ya está esclavizada en su corazón.

Alexis de Tocqueville

El principio de supremacía de la ley del *rule of law*, es un elemento de tradición liberal que se ha enraizado en la Constitución inglesa, mismo que fue amalgamado en el sistema jurídico del *common law*, subsecuentemente a las disputas desencadenadas en los siglos XVI y XVII, entre la Corona y el Parlamento.

Juristas como Bracton¹⁴⁶ y Fortescue, fueron citados por el Parlamento en la disputa con la monarquía en el siglo XVIII; y es precisamente

¹⁴⁶ Bracton "hace cautas observaciones referentes a los límites del poder real. Así, en los procedimientos de justicia deja al súbdito sin ayuda alguna contra su soberano, sin más esperanza de reparación que «el Señor, el vengador, que dice: yo te resarciré con creces»; pero en seguida añade algo que casi contradice todo lo antedicho: «a menos que haya alguien que diga la Cámara corporativa del reino y el cuerpo de barones deben y pueden hacerlo en el tribunal del propio Rey». Insiste en términos retóricos sobre los atributos de superioridad y poder del Rey; pero añade, en palabras que se han hecho famosas, la primaria declaración de un principio constitucional vital: «El mismo Rey no debe estar sujeto a ningún hombre, sino sometido a Dios y a la ley, porque la ley hace al Rey. Que el rey atribuya, pues, a la ley lo que la ley le atribuye a él, o sea, el dominio y el poder, porque *no hay Rey donde domina la voluntad y no la ley* ». Así también está sometido el Rey a su propia corte, esto es, a los barones y a los nobles que la componen; están asociados al Rey, «y quien tiene un socio, tiene un amo, y por tanto, si el Rey está sin una brida». Si los mismos socios carecen de brida, entonces los súbditos del Rey están en un caso desesperado, y únicamente

Fortescue quién en su obra *The governance of England*, advertía la trascendencia de la propiedad y colocaba a la corona bajo del *rule of law*, puesto que el cometido del rey es salvaguardar a los súbditos en sus vidas y bienes.¹⁴⁷

Es precisamente sir Edward Coke, decano de la oposición a las tentativas de Jacobo de extender la prerrogativa regia; porque el monarca se consideraba a sí mismo como cimiento de la justicia y calificaba a los jueces sus delegados, de ahí que ambicionara la libertad de girarles instrucciones en los incidentes que perjudicaran su privilegio de anular las decisiones parlamentarias y el de atraer los asuntos que estimara convenientes para la jurisdicción de los tribunales, recomendando su resolución a comisiones singulares; la razón de las ideas políticas de Coke era su veneración al *common law*, percibido como norma substancial del reino y como personificación de la razón. Quien aseveraba que era el propio *common law* el que otorgaba al monarca sus poderes, erigiéndose en lo que hoy sería una constitución.

Sir Edward Coke "relató una de sus conferencias con Jacobo en la siguiente forma:

Entonces el rey dijo que creía que el derecho se fundaba en la razón, y que él y otros tenían razón del mismo modo que los jueces: A lo que respondí que cierto era que Dios había dado a Su Majestad excelente ciencia y grandes dotes naturales; pero que Su Majestad no estaba versado en las leyes de su reino de Inglaterra y que las causas que conciernen a la vida, o la herencia, o los bienes, o las fortunas de sus

pueden «exclamar y decir ¡oh, Señor Jesucristo, amordázalos con una rienda y con una brida!» " **Carleton Kemp Allen**; *Las fuentes del Derecho Inglés*; estudio preliminar y traducción por Antonio Ortíz García; Madrid: Ed. Instituto de Estudios Políticos, 1969, pp. 14 y 15.

¹⁴⁷ **Pablo Lucas Verdú**; *Op. Cit.*, p. 26.

súbditos no deben decidirse por la razón natural, sino por la razón artificial y juicio del derecho, el cual derecho es cosa que requiere largo estudio y experiencia antes de que un hombre pueda alcanzar su conocimiento ... con lo cual el rey se ofendió grandemente, y dijo que en tal caso él estaría bajo la ley, cosa que, afirmó, era traición sostener; a esto repuse que Bracton decía *Quod rex non debet esse sub homine, sed sub Deo et lege.*

Fue esta concepción del derecho lo que permitió a Sir Edward Coke dictar la más famosa de sus sentencias limitando la prerrogativa, en la que afirmaba que 'el rey no puede crear mediante su prohibición o proclamación un delito que no fuese delito antes'. Ésta fue también la base de los *writs of prohibition*¹⁴⁸ mediante los cuales los tribunales de jurisdicción del *common law* trataron de estorbar la acción de otros tribunales, y de la tenaz oposición de Coke a los intentos de Jacobo encaminados a detraer asuntos del conocimiento de los tribunales y a decidirlos por sí o por comisiones especiales.¹⁴⁹ Finalmente esa concepción aportó también las razones en que se fundaba la creencia de Coke en que el propio parlamento es incapaz de cambiar los principios de justicia subyacentes del *common law* y encarnados en él.

¹⁴⁸ "Los de *prohibition* son *writs* emitidos por un tribunal superior prohibiendo a uno inferior o a las partes de algún pleito seguido ante él, que continúen conociendo o actuando, por carecer de jurisdicción." **George H. Sabine; Op. Cit.**, p. 350.

¹⁴⁹ "El rey tenía la facultad de cambiar el funcionamiento de su sistema de justicia sobre la base de tales apelaciones (la facultad actual del jefe del ejecutivo de conmutar o indultar es una reminiscencia de ese sistema).

De tiempo en tiempo el rey en persona podía haber considerado y resuelto esas peticiones, pero no pasó mucho tiempo antes que actividades se encomendaran a un funcionario oficial, llamado canciller (juez de tribunal de equidad). Este magistrado (frecuentemente llamado "la conciencia del rey") tenía la facultad de cambiar el efecto de la ley en bien de la equidad. Había muchas quejas acerca de abusos reales o imaginarios de esta facultad discrecional y acerca de la incertidumbre que esto suponía; incluso en ese tiempo había un dicho popular que decía que la justicia se medía por lo largo del pie del canciller." **John Henry Merryman; La tradición jurídica romano canónica**; trad. Carlos Sierra; México: Ed. Fondo de Cultura Económica, 1980, p. 92.

No definió muy claramente la naturaleza de esas limitaciones, pero afirmó de modo explícito su existencia.¹⁵⁰

Posteriormente, el republicano James Harrington (1611-1677), publica en Londres en 1656 la *Oceana*, "... *Oceana* era sin duda Inglaterra ... y estaba ... dedicada a Oliver Cromwell ... el pensamiento subyacente en la teoría de Harrington es el de que la forma de gobierno que es posible con caracteres de permanencia en un país depende de la distribución de la propiedad, y en especial de la propiedad de la tierra. Cualquiera que sea la clase que posea un "equilibrio" o "balanza" preponderante de la tierra ... tiene por pura necesidad económica que poseer el control del gobierno; ... para Harrington el resultado de las guerras civiles era una conclusión prevista de antemano; no se trataba de justicia o injusticia abstractas, sino de causas sociales. El control de la tierra, y con él las fuentes del poder político habían pasado a manos de la clase media. La monarquía Tudor pudo tener temporalmente un gran poder mientras la nueva clase llegaba a ser, por así decirlo, políticamente consciente de sí misma, pero tarde o temprano el gobierno tiene que conformarse a la distribución de la propiedad. Ésta era la razón de que Harrington fuera republicano. No tenía objeción teórica contra la monarquía aunque creía que una república era superior.

El camino de Inglaterra hacia la república es seguro y natural a la vez. Las vías de la naturaleza necesitan paz: Las vías de la paz exigen obediencia a las leyes: En Inglaterra las leyes sólo pueden ser hechas por el parlamento: Los parlamentos de Inglaterra están llegando a ser meras asambleas populares: Las leyes hechas por asambleas populares (aunque durante algún tiempo puedan éstas encontrarse enfrenadas por el temor o ser engañadas) tienen que

¹⁵⁰ *Ibidem*, pp. 350 y 351.

acabar por ser leyes populares; y la suma de leyes populares tiene que equivaler a una república.”¹⁵¹

Con la apología de estos juristas, la hegemonía del *common law* se va confirmando, inclusive, en el año de 1640 se logra la abolición del impopular tribunal de excepción, la Cámara estrellada, extendiéndose así la protección de aquél al ámbito privado.

Inmediatamente después de la fuga de Jacobo II, Guillermo y María fueron reconocidos como reyes con la limitación de que acatasen el *Bill of Rights*, que consagraba la "*Glorious Revolution*" de 1689; en el que se reafirmaban los derechos tradicionales y consuetudinarios del ciudadano inglés, fundados en el *common law*, desde aquel momento, puede aseverarse que los monarcas han gobernado sustentándose en un título parlamentario.

Es menester aclarar que no existe oposición entre el *rule of law*¹⁵² (Cf. *supra* p. 2) y la *sovereignty of parliament*; toda vez que el primero es considerado como un freno y contrapeso al poder gubernamental, y no se encuentra en pugna constante con el Parlamento.

Lo anterior, ha sido posible "no sólo por la independencia de los jueces respecto del poder político sino sobre todo por el particular carácter del derecho inglés, el cual todavía hoy ve, junto a normas de producción legislativo-parlamentaria, la *common law*, un derecho del cual los jueces son conservadores y depositarios; ellos, en efecto,

¹⁵¹ *Id.*, pp. 383-385.

¹⁵² El *rule of Law* "significa que el Gobierno está sometido en todas sus acciones a normas fijas y conocidas de antemano; normas que permiten prever con suficiente certidumbre como usará la autoridad en cada circunstancia sus poderes

continúan juzgando o remitiéndose a los antecedentes judiciales, o interpretando las leyes del parlamento en el espíritu y según los principios generales inmanentes a la *common law*. La afirmación, en el siglo XVIII, de la omnipotencia parlamentaria condujo a restringir la supremacía de la *common law* que, a principios del siglo XVII, permitía a los jueces declarar nulas y faltar de eficacia las leyes del parlamento que fueran en contra del derecho y de la razón. Sin embargo, esto demuestra todavía su eficacia en la autolimitación que hace el parlamento de su omnipotencia.¹⁵³ Lo que no sucede en nuestro sistema jurídico-político marcadamente presidencialista.

Finalmente, se ha difundido el contenido indudable del *rule of law*, y no es puesto bajo tela de juicio por nadie; no obstante durante la guerra, las leyes de defensa de 1939 y de 1940, en Inglaterra, se otorgaron al Gobierno facultades excepcionales autorizándole al rey la facultad de solicitar a los súbditos poner a disposición de éste sus bienes y servicios.

"En la segunda guerra mundial se asignó una variedad de propósitos muchísimo mayor a las regulaciones dadas bajo las *Emergency Powers (Defense) Acts* de 1939 y 1940. El más amplio, además de «la defensa del Reino, era la eficaz realización de cualquier guerra en que su Majestad se vea envuelta» y «el mantenimiento de los bienes y servicios esenciales para la vida de la comunidad»."

Existió un caso que provocó profunda conmoción en la opinión pública, fue el de *LIVERSIDGE V. ANDERSON*:

coercitivos y planear los propios asuntos individuales sobre la base de este conocimiento." Hayek, citado por Pablo Lucas Verdú; *Op. Cit.*, p. 31.

¹⁵³ *Diccionario de Política; Op. Cit.*, vol. a-j, *sub voce* Constitucionalismo, p. 342.

"En el caso *LIVERSIDGE V. ANDERSON* ... la *regulation 18 B* expedida por la Corona, el 13 de noviembre de 1939, gracias a la autorización legislativa se concedían facultades discrecionales al secretario de Estado para aprehender a individuos sospechosos de cooperación con el enemigo. La disposición declaraba lo siguiente: "si el Ministro tiene «causa razonable para creer» no estaba sometida a la doctrina de *ultravires* ya que, la «causa razonable» es enteramente «subjetiva» en mente del Ministro."¹⁵⁴

Liversidge recurrió a la garantía del *Habeas Corpus*; arguyendo que su aprehensión había sido ilegal. Como no prosperó ante los tribunales, acudió a la Cámara de los Lores,¹⁵⁵ que ratificó la decisión anterior, pero considerando la relevante opinión disidente de Lord Atkin, y "de la sentencia y observaciones subsiguientes del *Judicial Committee* en el caso *NAKKUDA ALI V. JAYARATNE*, hay fundamento para pensar que el *LIVERSIDGE V. ANDERSON* fue una interpretación *ad hoc* de una medida de emergencia y no es probable que se aplique en el futuro por lo general a instrumentos estatutarios regidos por esta forma de delegación."¹⁵⁶

¹⁵⁴ Carleton Kemp Allen; *Op. Cit.*, pp. 815-818.

¹⁵⁵ La Cámara de los Lores "Además de sus funciones legislativas, la Cámara de los Lores . . . ejerce un poder jurisdiccional sobre las pretensiones a títulos de nobleza, el contencioso electoral, las elecciones de los pares del reino y las cuestiones relativas a sus propios privilegios. Aunque el número de apelaciones es cada vez más reducido, la Cámara de los Lores actúa también en calidad de supremo tribunal de apelación en materia civil para todo el Reino Unido, y juzga en apelación y en última instancia los asuntos criminales vistos por el *Court of Criminal Appeal* (Tribunal de Apelación Criminal), el *Court of Criminal Appeal Court of North Ireland* (Tribunal de Apelación Criminal de Irlanda del Norte) y el *Court Marital Appeal Court* (Tribunal de Apelación de los Consejos de Guerra)." *Ibidem*, pp. LXXXIX y XC.

Más tarde, dos juristas Lawson y Keir afirman que en casos similares a este, se aceptará, sin problema alguno, una elucidación personal si la facultad discrecional se subordina a que un funcionario superior sea responsable de su conducta ante la Cámara de los Comunes.

Con la finalidad de aminorar los serios efectos derivados de dichos precedentes implementáronse diversas protecciones: Como la consulta de Comités establecidos al caso y relaciones de los sospechosos, detenciones y anuencias del Comité para realizar las aprehensiones.

De Visscher decía que dicho precedente se constituyó en jurisprudencia y demostró a los ingleses que una sencilla *Defense Regulation* de la Corona fue suficiente para interrumpir durante la guerra, el privilegio del *Habeas Corpus*.¹⁵⁷

Tiempo después, fundamentándose en la *Regulation 18 B*, fue aprehendido el jefe de los fascistas ingleses, el político Sir Oswald Mosley, dicha detención fue considerada como indebida por algunos juristas como C. K. Allen, por aludir dicha disposición invocando la situación de emergencia de 1940.

En materia social y económica la *Emergency Powers (Defense) Acts*, facultaba al gobierno a expedir decretos que perjudicaban considerablemente el derecho de propiedad e instituyendo e introduciendo el trabajo obligatorio. Precisamente la *Regulation 58* transformaba a las industrias de guerra de poca monta en otras de

¹⁵⁶ Carleton Kemp Allen; *Op. Cit.*, p. 818.

¹⁵⁷ Visscher, citado por Pablo Lucas Verdú; *Op. Cit.*, p. 34.

gran desarrollo; necesariamente los obreros sin importar su sexo fueron constreñidos a laborar gratuitamente.

Al término de la Segunda Guerra Mundial, el partido ganador de las elecciones de 1945, busca realizar su política a través de la nacionalización de industrias clave y de la gradual instauración del *Welfare State*.

La nacionalización de industrias clave, encuentra la disconformidad del partido conservador, pero en cuanto al establecimiento del *Welfare State*, goza del apoyo de los tres partidos.

"En el trágico 1940 se formó el gobierno de coalición de Churchill-Attlee. Posteriormente la victoria de 1945 abrió el período del quinquenio creativo: las nacionalizaciones, el servicio médico nacional, la continuidad del sistema fiscal redistributivo impuesto durante la guerra, la ley de Seguridad Nacional fundada en el famoso Informe Beveridge."¹⁵⁸

Es así que en el Partido Laborista convergen tanto, el movimiento progresista que aglutinaba, lo que R. Titmus llamaba la *welfare tradition*, como el principio cardinal de la tradición constitucional inglesa.

El programa social de Lord Beveridge durante la guerra fue el motor impulsor de proyectos políticos de partidos que se comprometieron a eliminar la amenaza de desempleo (paro) y de dificultades económicas.

¹⁵⁸ **Diccionario de Política; Op. Cit.**, vol. 1-z, *sub voce* laborismo, pp. 854-855

Ahora bien; el *Labour Party* estaba seducido con la idea de que las nacionalizaciones constituirían *conditio sine qua non* para la entronización del *Welfare State*.

Las principales regulaciones de carácter social fueron: *National Insurance Act 9 & 10 Geo. 6, c. 67* y *National Health Service Act 9 & 10 Geo. 6, c. 81*.

La aprobación de estas extensas disposiciones de carácter social y asistencial, exigió como apéndice, un gran número de Ordenes y Códigos complementos de Ordenes, sin los que dichas leyes no pueden surtir los efectos deseados.

Continuando con la cimentación del *Welfare State*; en Inglaterra encontró resonancia con la fijación de la responsabilidad de la administración tal cual lo establece la *Crown Proceedings Act* de 1947.¹⁵⁹

"El viejo principio que afirmaba que *the king can do wrong* ha experimentado un cambio, porque la citada ley admite el proceso civil frente a la Corona."¹⁶⁰

¹⁵⁹ "La *Crown Proceedings Act*, que, además de suprimir muchas antiguas anomalías de procedimiento, crea nuevos recursos contenciosos contra la Corona y, en su propósito general, fundamenta los pleitos entre el súbdito y la Corona sobre las mismas bases (con las necesarias excepciones) que los pleitos entre un súbdito y otro." **Carleton Kemp Allen; Op. Cit.**, pp. 852 y 853.

¹⁶⁰ **Pablo Lucas Verdú; Op. Cit.**, p. 36.

En los estados Unidos de Norteamérica, aconteció la transición del *rule of law* al *Welfare State*, sin embargo con un enfoque completamente distinto:

El período comprendido de 1932-1938, es el lapso de la réplica del *New Deal* a la Depresión del 29; la Gran Depresión, provocó un reemplazo de la arraigada postura de los ciudadanos en contra de que el gobierno realice una labor activa en las crisis económicas. Toda vez, que a partir de que las condiciones se deterioraron, ninguna empresa o industria económica tuvieron la capacidad de solventar el grave problema de desempleo. Por ello el gobierno tomando autoridad sobre la moneda, el sistema financiero, una reglamentación sobre las actividades económicas; y una política fiscal (la Enmienda XVI, sancionada en 1913, le otorgó al Congreso el aprovechamiento de una excelente fuente de recursos económicos,¹⁶¹ así el gobierno en los años treinta se embarcó en una serie de programas de recuperación económica.

"... la meta de muchos jueces de entonces era proteger a las empresas contra aquello que a ellos les pareciera una interferencia indebida del gobierno ... lo que ... Sirvió para proteger a las empresas contra la reglamentación gubernamental, tanto federal como estatal. Predominó en el modo de pensar de la Corte a principios de esta siglo y continuó en los años treinta cuando se utilizó para derogar muchas leyes del Nuevo Trato. El Presidente Roosevelt, después de ser reelecto en 1936, trató de limitar el poder de la Corte sobre sus

¹⁶¹ "Antes de la enmienda, el impuesto tenía que ser asignado entre los estados con base en la población, y como el ingreso no se relaciona directamente con la población, las personas que residían en estados distintos podían ser gravadas con tasas diferentes, aunque tuvieran los mismos ingresos." **Richard A. Watson**; *Democracia Americana (Logros y perspectivas)*; versión española. Ricardo Calvet Pérez; México: Ed. Noriega, 1989, p. 93.

programas al introducir un proyecto de ley que permitiría nombrar jurados adicionales en número igual al de los jueces en funciones que habiendo cumplido los 70 años de edad no se habían retirado. Esa propuesta dio lugar a una tempestad de protestas de los críticos, que acusaron a Franklin Delano Roosevelt de estar tratando de saturar de jueces el tribunal. Aunque Roosevelt perdió la batalla en el Congreso, ganó la guerra en la sala del tribunal."¹⁶²

Epílogo

No se había llegado al culmen del concepto liberal del *rule of law*, cuando se producen profundas transformaciones sociales, económicas y políticas, acontecidas desde el final de la Segunda Guerra, y este Estado de leyes resulta anacrónico ante las crecientes necesidades de la sociedad, que requieren de una legislación a favor de un gobierno con mayor injerencia que la simple vigilancia, aunque dicha competencia implique la facultad para la nacionalización de bienes y servicios, e imponer topes y tarifas a los mismos.

Lo ideal sería haber encontrado una fórmula equilibrada entre el poder de la ley y la libertad que en justificación del servicio y bienestar de la sociedad se le concede. Sólo así el *Welfare State* no sería contradictorio al *rule of law*.

¹⁶² *Ibidem*, pp. 478 y 479.

3.- El Estado de bienestar

Ningun hombre se cuida ya del mañana, bien para si o para sus hijos, ya que el estado garantiza el alimento, la educación y el mantenimiento confortable de todos los ciudadanos de la cuna a la tumba

Edward Bellamy¹⁶³

Pese a que la propia naturaleza del Estado lleva en sí el concepto de bienestar, sin importar la forma que éste guarde. Así, no importa que el Estado sea democrático o totalitario, los instrumentos de gobierno deben ser lo suficientemente fuertes para asegurar el bienestar.

El Estado de bienestar (*Welfare State*) o Estado asistencial supone, siguiendo la idea de H. L. Wilensky, un Estado que garantiza a la

¹⁶³ "Los miembros del «comité de cerebros» de Roosevelt . creían que era función del gobierno proteger a los individuos de las vicisitudes de la fortuna y controlar el funcionamiento de la economía en nombre del «interés general», aun cuando dicho control significara que la propiedad y el funcionamiento de los medios de producción estaban en manos del gobierno. Estos dos puntos aparecían ya en una novela famosa publicada en el año de 1881, *Looking Backward* (Mirando hacia atrás), de Edward Bellamy, una fantasía utópica en la que el personaje ... se acuesta en 1887 y despierta en el año 2000, descubriendo un mundo diferente. «Mirando hacia atrás», sus nuevos compañeros le explican cómo la utopía que le sorprende tanto surgió en los años treinta -una fecha profética- del infierno de los ochenta del siglo XIX. Esta utopía entrañaba la promesa de seguridad «de la cuna a la tumba».. Era la primera vez que se usaba esa frase, por lo que sabemos. **Milton y Rose Friedman; Libertad de elegir hacia un nuevo liberalismo económico**; trad. Carlos Rocha Pujol; Barcelona: Ed. Planeta-De Agostini, 1993, p. 135.

población estándares mínimos de ingreso, alimentación, salud, habitación y educación, todo ello no como un acto de beneficencia, sino como el reconocimiento de un derecho de carácter político.¹⁶⁴

“El Estado Providencia es el intento de conjugar ética de la libertad y la ética del socialismo pero, como ha escrito Wilhem Röpke, «entre un sistema de organización social que se abandona a las fuerzas autorreguladoras del mercado y la permanente redistribución de ingresos destinados a implantar la igualdad, existe una contradicción que a la larga resulta insostenible. Uno de los dos factores tiene que ceder: o la economía libre o el Estado Benefactor». ... Con *rostro humano*, es señor de la vida y de la muerte.”¹⁶⁵

Cabe resaltar que no basta a un Estado preocuparse organizacionalmente por optimar el nivel de vida, para convertirlo en un Estado asistencial, sino que tal ideario político sea exigido por los ciudadanos como un derecho.

Esta afirmación se explica asequiblemente, ya que a lo largo de la historia, en mayor o menor medida, los gobernantes han participado activamente en obras sociales, pero la idea subyacente ha evolucionado junto con las conquistas de los derechos individuales y comunitarios.

De esta forma, así como el Estado liberal se funda en el reconocimiento de los derechos individuales, reivindicados por

¹⁶⁴ Wilensky, H. L., citado por Gloria Regonini en el **Diccionario de Política; Op. Cit.**, *sub voce* Estado de Bienestar, p. 551.

¹⁶⁵ Lorenzo Bernaldo de Quirós; Proceso al Estado, Barcelona: Ed. Del Drac, 1989, pp 63 y 64.

ilustrados y burgueses, el Estado de bienestar surge y se autojustifica con el reconocimiento de los derechos sociales o colectivos, reclamados por la clase trabajadora.

Incluso Adam Smith, el fundador de la ciencia económica moderna, y que basaba la actividad estatal mayormente en el esquema del *laissez-faire*, concluyó que no puede haber un verdadero bienestar en una comunidad que carece de ley y de justicia sobre una base de amplitud y de equidad, y que es deber del Estado proporcionar una seguridad legal y una cierta imparcialidad. Además el Estado también tiene que hacerse cargo de erigir y mantener los trabajos e instituciones públicas que beneficien a la sociedad en su conjunto. Como puede verse, el concepto de bienestar en Smith es algo implícito.

El Estado de bienestar se cultiva en una sociedad industrialmente desarrollada y sobre un sistema político del tipo democrático (ya sea de corte liberal capitalista o social-demócrata) de Estado de derecho. Analizando su origen histórico y su fundamento ideológico, puedo comprobar tales extremos.

Ahora bien, resultaría por demás ocioso plantear antecedentes históricos válidos respecto del Estado de bienestar previos al capitalismo clásico surgido de la revolución industrial. De nada sirve circunscribir tales antecedentes a cuestiones meramente económicas (puesto que llegaría posiblemente a Grecia y Roma), sino que como jurista es necesario empezar precisamente en el momento en que el Estado los reconoce políticamente. De este modo, es posible delimitar con suficiente precisión los sistemas político-económicos que guardan relación con el Estado asistencial.

En el siglo XVIII diversos Estados europeos (Austria, Prusia, Rusia, España) llevaron a cabo importantes actividades asistenciales, antes o independientemente de su participación en la revolución industrial, pero siempre dentro de estructuras de poder paternalista.

Los economistas clásicos de los siglos XVIII y principios del XIX, trataron de situar el análisis económico y la política económica bajo una base racionalista cuya idea clave era la utilidad. de esta forma, los programas políticos y las instituciones habían de medirse en base al grado de felicidad humana que obtenían en un determinado tiempo y lugar y, por tanto, los fundadores de la economía clásica no pudieron admitir que sus esperanzas se convirtiesen en dogmas rígidos. Incluso Jeremy Bentham y John Stuart Mill padecieron cambios en su punto de vista motivados por el impacto del industrialismo decimonónico, que los orilló a adoptar finalmente una filosofía social y política muy afín con la del Estado del Bienestar del Siglo XIX.

Max Weber destaca que esta graciosa participación del patriarcalismo principesco, se encuentra liberada de sutilezas y formalismos jurídicos. Cuando el monarca realizaba algún proyecto social, no tenía que justificar su acción en modo alguno. Se trataba sin duda, de un acto realizado dentro de la esfera de las prerrogativas reservadas a la realeza que nada tenían que ver con el Derecho, ni con la estructura formal del Estado mismo.

La administración equitativa de la justicia es, en estos Estados, una generosa dádiva con tintes de la herencia medieval feudalista (la protección y manutención señorial a los vasallos, es decir, la mitad de las obligaciones derivadas del contrato de vasallaje que correspondía

al señor),¹⁶⁶ que nada tienen que ver con la legitimación jurídico racionalista.

En este mismo orden de ideas, en los países donde se empieza a afirmar la revolución industrial -bajo una filosofía liberal racionalista-, la tutela asistencial del Estado se contraponen francamente a la ética protestante de la *caritas* imperante en ese período histórico: la sociedad fundada en la libertad de competencia no puede sostener al perezoso. Hacerlo implicaría una desviación inmoral al principio de "a cada quien según sus méritos".¹⁶⁷

Es en este maniqueísmo racionalista, que el rígido puritanismo presume que el que no trabaja es por que no quiere ser contratado y por tanto es pobre. De esta forma la mendicidad se encuentra socialmente justificada y no es culpa del capital, ni mucho menos del Estado, sino del propio individuo que se margina a sí mismo, que se niega a hacer uso de su libertad para emplearse. Claro que también la pobreza era motivada por las más injustas y aberrantes condiciones laborales, impuestas por los propietarios fabriles. No obstante, se llega al absurdo de asegurar que el trabajador -siempre en uso de su libertad y sobre un plano de igualdad- podía optar por trabajar

¹⁶⁶ "En cuanto a las prestaciones, pueden agruparse bajo dos rúbricas. . . el señor debe a su vasallo protección y manutención." **François L. Ganshof**; El Feudalismo; trad. Feliu Formosa; Barcelona: Ed. Ariel, 1975, p. 146.

¹⁶⁷ El autor de *The rise of meritocracy* sostiene "no una aristocracia de nacimiento no una plutocracia de riqueza sino una verdadera meritocracia de los talentos" (Young, 1963). De acuerdo con el criterio propuesto, todos estos tres principios son inigualitarios, tanto el que él propugna como los dos que rechaza. Nótese también que el principio inigualitario de meritocracia está relacionado con las reglas igualitarias de igualdad de oportunidades y de satisfacción de necesidades fundamentales, pero es incompatible con la otra regla de nivelación: a cada quien según su necesidad, prescindiendo de la capacidad. Por otro lado, los defensores de la "meritocracia" no se proponen ampliar este principio a la participación

dieciocho horas diarias o en condiciones insalubres, o bien no ser contratado. Nadie refiere, o cuando menos, a nadie le importa, que en realidad la otra alternativa del trabajador era prácticamente morir de hambre.¹⁶⁸

En el surgimiento del capitalismo, la libertad de contratación se constituía así como victoriosa némesis del resabio gremial medieval que implicaba el sistema de salarios mínimos y tabulados, como de otros fueros y privilegios de clase. La libertad, como valor fundamental sobrepasa a todos e incluso excluye a muchos otros.

No hay que engañarse cuando en Inglaterra se origina la severidad de la legislación isabelina,¹⁶⁹ al expedirse la Acta o Ley número 43, conocida como *Poor Law*, que conminaba graves penas contra la

política: se quedan a favor del sufragio igual, prescindiendo de la capacidad. **Diccionario de Política; Op. Cit.**, vol. a-j, *sub voce* igualdad, p. 778.

¹⁶⁸ "La bendición de una economía sin intervención ni restricciones por parte del Estado, se reveló como un sistema de explotación inhumana para los miles de trabajadores atrapados en el engranaje de las fábricas y minas recién creadas. Si bien los empresarios, tanto como los trabajadores tenían libertad jurídica de celebrar o rescindir un contrato de trabajo, en términos económicos esta libertad significaba para el obrero la alternativa entre trabajar comúnmente bajo las condiciones más indignas, o morir por hambre." **Reinhold Zippelius; Op. Cit.**, p. 273.

¹⁶⁹ El término pauperismo, hizo su aparición en Inglaterra y entró luego rápidamente en uso en los comienzos del siglo XIX, empleado para designar ese fenómeno de generalización, recrudescimiento y progresivo hacerse crónico de la indigencia que marcó dramáticamente las primeras fases de la revolución industrial. En efecto, es en la Inglaterra de la reina Isabel donde puede decirse que por primera vez se plantea el problema del pauperismo, como consecuencia del vasto movimiento del cercado de las tierras que arruinó amplios estratos campesinos que hasta el momento habían vivido aprovechando una serie de derechos consuetudinarios sobre las propiedades de otros. La aparición de turbas de indigentes que asolaban las ciudades y los campos ingleses apareció como un hecho muy grave para las autoridades, no tanto por la intensidad inicial del fenómeno como por las perniciosas consecuencias que se temía podría producir en las costumbres el reiterado espectáculo del vagabundo, resquebrajando ese espíritu de dedicación al trabajo que, llevado por la ética protestante, era el presupuesto sobre el cual se sostenía la naciente sociedad capitalista. **ibidem**, vol. I-Z, *sub voce* Pauperismo, p. 1162.

mendicidad e instituyó para prevenirla un complejo sistema asistencial que estuvo en vigor hasta 1834; mismo año en que se reforma por el *Poor Law Amendment Act*.

De ningún modo, resulta erróneo hablar del Estado contra los pobres, pues bien se ha afirmado que dicho ordenamiento pretendía desaparecer a los pobres más que a la pobreza misma y a sus causas, toda vez que para hacerse acreedor a los beneficios que la misma instituyó, había que sufrir una *capitis deminutio media*,¹⁷⁰ renunciando a todo derecho civil y político.

De esta manera, desde la óptica jurídico liberal, el pobre no se colocaría -por irónico que pudiera parecer- en una posición injustamente preferente sobre el resto de la sociedad. En todo caso, la igualdad teórica de derechos entre individuos se mantiene. Su motivación obedece más al peligro potencial que el menesteroso representaba para la ética social protestante, que a su fin aparentemente benéfico.

La legislación liberal capitalista reacciona violentamente a cualquier intento de romper la preeminencia de las libertades individuales, prohibiendo la formación de todo tipo de asociaciones representativas de los intereses y actividades de los trabajadores.¹⁷¹ El

¹⁷⁰ "La génesis de esta Institución . . . romana.. tan heterogénea y mal construida; . . . tiene más alcance con Gayo, que clasifica los casos de *capitis deminutio* en tres clases: *media*, cuando se pierde la ciudadanía, . . ." **Alvaro D'Ors; Derecho Privado Romano**, Barcelona: Ed. Ediciones Universidad de Navarra, 1993, pp. 270 y 271.

¹⁷¹ El desmantelamiento del aparato corporativo se verifica simultáneamente con el inicio de la revolución industrial. Por un lado se reconoce en el ordenamiento corporativo, según la tesis de la ciencia económica clásica, un obstáculo para el correcto funcionamiento de la economía de mercado (Adam Smith afirma: "Gente

surgimiento de estos órganos característicos de clase,¹⁷² cuestiona no sólo las bases económicas del sistema capitalista originario, sino incluso su fundamentación jurídica. El progreso del pensamiento sindicalista se vincula con las raíces ideológicas del Estado de bienestar.

Sin entrar demasiado en los pormenores de los movimientos organizados de la masa trabajadora, puede verse que poco a poco el sindicalismo pasa de un tono francamente anarquista a un matiz social liberal, dejando a un lado los extremos intransitables y manteniendo la fuente de trabajo, todo lo cual ayuda sin duda alguna a afianzar la conciencia de los derechos sociales como reivindicación política de clase.¹⁷³ Esta pretensión es considerada por la doctrina como un principio fundamental del Estado asistencial.

del mismo oficio raramente se encuentra junta aun por distracción o por diversión sin que la conversación termine en una conspiración contra el público o en alguna maniobra para aumentar los precios"). Por otro lado, se pretende acabar con todo interés intermediario entre el interés particular del individuo y el interés general del estado y considera incompatible el espíritu de corporación con el proceso de modernización del sistema político. **Id.**, vol. a-j, *sub voce* Corporativismo, p. 372.

¹⁷² Recuérdense las *Combination Laws* británicas de 1799 y la ley *Le Chapelier* francesa de 1791.

¹⁷³ León Duguít asegura que "fácil es comprender la noción moderna del verdadero carácter del movimiento sindicalista y cómo ocurre a una transformación profunda del régimen político. El movimiento sindicalista no es, en realidad, la guerra emprendida por el proletariado para destruir la burguesía y para conquistar los instrumentos y la dirección de la producción". En cuanto a este punto, podríamos colegir que los derechos de la clase obrera tienen un carácter gregario, en tanto los derechos de la clase burguesa una naturaleza individual, y que la reivindicación de los primeros no se contraponen necesariamente a los últimos, sino por el contrario debe complementarlos como un límite independiente al poder omnímodo del Estado. **León Duguít; La Transformación del Estado**; traducción seguida de un estudio sobre La nueva orientación del derecho político por Adolfo Posada; Madrid: Ed. Librería Española y Extranjera, 1937, p. 171.

Avanzando en este análisis histórico, puede encontrarse que aún la legislación social de Bismarck¹⁷⁴ en Prusia,¹⁷⁵ a fines del siglo pasado, sigue en la línea de enfrentamiento entre la tutela jurídica individual y social.

Como un siguiente paso en la evolución del pensamiento asistencial, los derechos sociales empiezan a considerarse como un subproducto del desarrollo de los derechos individuales, pasando por el puente de los derechos políticos.

El primer logro del Constitucionalismo moderno radica en la consagración de las libertades individuales, concluida la cual, continuó con la lucha por los derechos de carácter político, como los de asociación y sufragio universal, pero pronto comenzaron a cuestionarse la validez real de estos derechos si estaban rodeados por la más absoluta ignorancia popular. No se necesitaba ser ilustrado para entender la futilidad del derecho de voto en un analfabeta. Así, el

¹⁷⁴ Difiero de la apreciación de Galbraith de que el Estado de bienestar "nació en la Alemania del conde Otto von Bismarck (1815-1898)", puesto que como él mismo señala, al Estado se le atribuye ser competente, benéfico y sumamente prestigioso conforme a la tradición prusiana y alemana. En consecuencia, las leyes adoptadas por el *Reichstag* en 1884 y 1887 para prever la protección elemental contra las más flagrantes crueldades del capitalismo, bajo la forma de seguros en prevención de accidentes, enfermedades, ancianidad e invalidez, son, a mi parecer, paliativos previstos por el Canciller contra una posible revolución, y no una reivindicación de un derecho de clase oponible frente al Estado. **John Kenneth Galbraith**; Historia de la economía; Barcelona: Ed. Ariel, 1989, pp. 229-240.

¹⁷⁵ En este mismo sentido se manifiestan Milton y Rose Friedman al observar que "El primer Estado moderno que introdujo a una escala relativamente grande el tipo de medidas de bienestar que se ha popularizado en la mayoría de las sociedades actuales fue el imperio alemán constituido de nuevo bajo la dirección del «canciller de hierro», Otto von Bismarck. A lo largo de los primeros años de la década de 1880 creó un extenso sistema de seguridad social, que ofrecía protección al trabajador contra accidentes, enfermedad y vejez. Las razones que condujeron a la creación de este sistema consistían en una mezcla compleja de preocupación y astutas motivaciones políticas. Sus medidas sirvieron para minar

primer derecho de carácter netamente social se abre paso como una necesidad para el desarrollo integral del individuo: el derecho a la educación.

A este primigenio derecho social se unen otros no tan evidentes, pero que también son consecuencia del anhelo de bienestar natural entre la sociedad civil: la subsistencia, la salud y la vivienda.

Ya en algunos casos, de manera aislada y excepcional, se consagran constitucionalmente los derechos sociales, como la constitución francesa del 4 de noviembre de 1848.¹⁷⁶

Hasta el inicio de la presente centuria se pueden encontrar proyectos estatales asistenciales¹⁷⁷ respecto de los cuales ya no se discute su contraposición ideológica con los derechos civiles y políticos.

la atracción política pujante grupo socialdemócrata". **Milton y Rose Friedman; Op. Cit.**; pp. 141 y 142.

¹⁷⁶ El artículo 13 de dicho ordenamiento establecía que: "La Constitución garantiza a los ciudadanos la libertad de trabajo y de industria. La sociedad favorece y fomenta el desarrollo del trabajador por la enseñanza primaria gratuita, la educación profesional, la igualdad de relaciones entre patronos y obreros, las instituciones de previsión y de crédito, las instituciones agrícolas, las asociaciones voluntarias y, el establecimiento por el Estado de los departamentos y los municipios de obras públicas adecuadas para emplear los brazos desocupados; proporciona asistencia a los niños abandonados, a los enfermos y a los ancianos sin medios económicos y que sus familias no puedan socorrer." **Joaquín Rodríguez y Rodríguez; La Naturaleza de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales;** Anuario Jurídico 1985, México: Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 1985, Tomo XII, p. 245.

¹⁷⁷ "Conviene, por otra parte, recordar cómo, mucho antes de que los gobiernos adquiriesen esa cosa llamada «conciencia social», fueron los egoístas esfuerzos individuales y las instituciones privadas las que corrieron voluntaria y eficazmente en socorro de los pobres". **Lorenzo Bernaldo de Quirós; Op. Cit.**, p. 68.

Cuando un grupo progresista accede al poder en Gran Bretaña entre 1905 y 1911, se emiten decretos de inspiración igualitaria, pero en esta ocasión el trasfondo ideológico era muy diverso.

Estas leyes son emitidas por un Estado liberal democrático que reconoce plenamente los derechos sindicales y políticos de la clase obrera.

La segunda y tercera décadas son de vital importancia en la consolidación del Estado de bienestar. La gran crisis de 1929,¹⁷⁸ con las tensiones sociales creadas por la inflación y la desocupación, determina en todo el mundo occidental un fuerte aumento en el gasto público para apoyar el empleo y las condiciones de vida de los trabajadores. En ello influye incluso una especie de "remordimiento institucional", de modo que finalmente los lineamientos económicos que facilitaron el estallido de la crisis, tenían su origen en el Estado, y de este último la sociedad esperaba no solo la expedición de nuevas leyes y decretos, sino una activa participación.

Pese a ello, no todos los Estados de la primera posguerra reunían los requisitos para calificarse como un Estado asistencial, aunque presentaran ciertas coincidencias. Ni el comunista ruso, ni los nazi-fascistas alemán e italiano de corte totalitario y corporativista tienen la justificación social de Estado de derecho del *New Deal*¹⁷⁹

¹⁷⁸ En "el año . de 1929 y . después de . los acontecimientos de ese octubre desgraciado ... Tras la crisis de la Bolsa vino la Gran Depresión. Tenía que durar diez años y extenderse a todo el mundo industrial. ... fue paliada por la política pública, pero sólo terminó con el otro drama de la segunda guerra mundial." **John Kenneth Galbraith; Un viaje por la economía de nuestro tiempo**; trad. Ramón Tapias Trujillo; Barcelona. Ed. Ariel, 1994, p. 75.

norteamericano, cuyas políticas sociales¹⁸⁰ tuvieron lugar dentro de instituciones liberal-democráticas mediante el reforzamiento de los sindicatos, la canalización del gasto público en apoyo del empleo, la creación de estructuras administrativas especializadas en la gestión de los servicios sociales y de la ayuda económica a los necesitados.

Ya para este momento, se había establecido toda una sistematización de la "economía del bienestar" que llevó a la práctica los eslóganes políticos, generando conceptos sobre la optimización social de los recursos,¹⁸¹ la compensación gubernamental a quien perdiese con

¹⁷⁹ "La crisis que fustigó a Estados Unidos, a finales de 1929, se distinguía de las precedentes, como señala justamente SCHALLER, por su carácter *general*, así como por la *intensidad de su duración*.

La producción en masa se había incrementado de tal modo, que existía una superproducción no enjugada por el correspondiente consumo. Era menester aumentar la demanda para superar la crisis.

El propósito del *New Deal* era, dicho en pocas pero expresivas palabras: *The elimination of poverty in the midst of plenty*. . . Naturalmente, semejantes propósitos requerían una urgente legislación, de contenido social ambicioso, que chocaba con numerosos prejuicios conservadores, suponía manejo de grandes cantidades de dinero, realización de obras públicas de gran amplitud, regeneración de la industria y agricultura, apoyo a las masas trabajadoras. Por primera vez y de manera decisiva, la democracia americana tomaba conciencia de sus problemas e intentaba resolverlos instaurando postulados de justicia social, que limitaba el derecho de propiedad y establecía la seguridad en el trabajo".

Pablo Lucas Verdú; Op. Cit., pp. 49 y 50.

¹⁸⁰ La administración Roosevelt, con la Nueva Política había planteado cinco pilares para apuntalar dicha política, según Galbraith:

- 1.- "Se trataba de permitir que las empresas de cada industria se reunieran para limitar las reducciones de precios y, con ello, la reducción de salarios y el desempleo consiguiente."
- 2.- "En el programa agrícola se continuó con las garantías sobre los precios y el control de la producción."
- 3.- "El programa de compra de oro de 1933."
- 4.- "El más esencial: el empleo directo de los desempleados mediante la creación deliberada de puestos de trabajo."
- 5.- "Otra iniciativa diferente y vitalmente importante de la Nueva Política: la Seguridad Social. La *Social Security Act*, aprobada en 1935, proporcionaba, aunque en un nivel claramente modesto e incluso primitivo, pensiones para los ancianos y compensaciones por desempleo." **John Kenneth Galbraith; Op. Cit.**, pp. 87-93.

¹⁸¹ "El principio económico de optimalidad de Pareto refería que un Estado de bienestar es óptimo si y sólo si no se puede aumentar la utilidad o bienestar de uno sin reducir la utilidad o bienestar de otro." **Alejandro Ibarra Yunez; Política**

motivo de la mejoría colectiva, la utilización de los excedentes del consumo tradicional y otros.¹⁸² En fin, los economistas tratan de justificar la creación de impuestos para beneficio social mediante un concepto de redistribución de la riqueza.¹⁸³

La depresión norteamericana de los treinta provocó que el *laissez faire* fuese abandonado, dando mayor cabida a la filosofía del *welfare*,¹⁸⁴ con un marcado régimen intervencionista. Aun en economías capitalistas, la intervención estatal se justificó en gran medida por los efectos de la primera posguerra y se incrementó en la segunda: si el Estado se lleva a los hombres a la guerra, invirtiendo además sus haberes en la industria bélica y empleando en ella gran parte de la fuerza laboral, al terminar el conflicto, se precipita el desempleo y la falta de gasto público social, lo que provocó una exigencia social para que fuese el propio Estado quien actuara en consecuencia.

En 1946, la *Employment Act* cristaliza el compromiso oficial de plantear una meta de empleo total. Desde ese mismo año, se hacen proyecciones presupuestales en materia de vivienda, ecología, salud, educación, transporte, renovación urbana y otros. A partir de 1950, las

Económica y Bienestar Social; México: Ed. Instituto Mexicano de Ejecutivos de Finanzas, 1991, p. 47.

¹⁸² **Mishan, E. J.**; Economía del Bienestar; Madrid: Ed. Rialp, 1969.

¹⁸³ **Arthur C. Pigou**; citado por **John Kenneth Galbraith**; Op. Cit., p. 231, refiere que "en condiciones de competencia perfectamente libre, siempre habrá una fuerte tendencia hacia el pleno empleo."

¹⁸⁴ "La democracia americana basada en gran parte en la igualdad de oportunidades y en el afán de prosperar con e propio esfuerzo, en un medio libre de muchas trabas sociales europeas, intentaba convertirse en una verdadera democracia cívica. Es decir, una democracia que buscaba el *welfare state* procurando mantener incólumes las libertades fundamentales. Este último aspecto fue el más espinoso y el más discutido." **Pablo Lucas Verdú**; Op. Cit., p. 50.

metas asistenciales del Estado han quedado prioritariamente en manos del titular del poder ejecutivo y de su gabinete.¹⁸⁵

Esta última fase del desarrollo asistencial americano merece una especial mención, ya que enfatiza que la administración del *welfare* tiende a ser actividad natural del poder ejecutivo y no un mero adorno constitucional.

Por otro lado, en el *Middle Way* británico del primer ministro conservador Harold Macmillan, se pretende un justo medio entre capitalismo ilimitado y el socialismo del bienestar, planteado por los laboristas, enfatizando los beneficios de ambas posturas extremas, en forma por demás exitosa.¹⁸⁶

En la Inglaterra de los años cuarenta, se puede encontrar una afirmación explícita del principio fundamental del Estado de bienestar: independientemente de sus ingresos, todos los ciudadanos -en cuanto tales- tienen el derecho a ser protegidos por el Estado -con pagos en efectivo o con servicios- en situaciones de dependencia de largo plazo (enfermedad, desempleo, maternidad, entre otros).

Pese a que los países industrialmente desarrollados parecían ser los que tenían mayores posibilidades de utilizar sus excedentes de riqueza para moderar las diferencias sociales, a veces el capitalismo extremo con su férreo individualismo, no se encontraba dispuesto a sacrificar parte de sus ganancias.

¹⁸⁵ Allan G. Gruchy; *Comparative Economic Systems*, Boston: Ed. Houghton Mifflin Company, 1977, pp. 88-89.

¹⁸⁶ *Ibidem*, pp. 99-100.

Del mismo modo, a partir de 1929, los Estados social-demócratas escandinavos hicieron del Estado asistencial su propia bandera, pretendiendo establecer la prevención de las causas de la pobreza. Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia alcanzaron prácticamente, en su momento, la meta del desempleo marginal, por lo que sus esfuerzos asistenciales se centraron únicamente en la distribución de la riqueza.¹⁸⁷

Para hacer posible esta forma el Estado de bienestar, se ha requerido de toda una clase de "profesionales del bienestar", encargados de las funciones administrativas canalizadas a los servicios sociales, a separar del producto interno bruto un creciente índice para el gasto público, para detectar y medir refinada y oportunamente las necesidades de la población. Evidentemente esta interminable burocracia asistencial también se encuentra dentro del propio presupuesto del Estado, piramidando su efecto social, y transmutándose en un urdimbre de rémoras insuperables para la actividad privada.

Como se ha visto, el Estado liberal-capitalista (el Estado de derecho químicamente puro) ha tenido que evolucionar para no morir. Inclusive, las tesis netamente económicas llevaron a los pensadores neoclásicos como Keynes,¹⁸⁸ Schumpeter y Galbraith a concluir con pesimismo respecto de las perspectivas a largo plazo del capitalismo.¹⁸⁹

¹⁸⁷ **Id.**, pp. 382-387.

¹⁸⁸ "A la luz de la doctrina keynesiana de la planificación económica, el Estado del Bienestar llegó a concebirse no tanto como una carga impuesta a la economía, sino como un estabilizador interno de tipo económico y político, que ayudaba a generar las fuerzas del crecimiento económico y evitaba que la economía cayese en espirales descendentes hacia profundas recesiones. **Claus Offe**; *Contradicciones en el Estado del bienestar*; edición de John Keane; trad. Antonio Escotado, Madrid: Ed Alianza Editorial, 1991, p. 137.

A pesar de todo, con el revisionismo (con la consecuente fundación de Estados social-demócratas) y el Estado de bienestar, toma fuerza la tesis de la convergencia, también conocida como la tesis del "fin" o de la "declinación de las ideologías",¹⁹⁰ que sostiene que los sistemas capitalistas y socialistas pasarán por un proceso gradual de adaptación y modificación que reducirá paulatinamente las diferencias entre ellos.¹⁹¹

Si esta tesis de la convergencia ha tenido alguna aplicación en la práctica, ha sido precisamente a través del Estado de bienestar,¹⁹² tanto en su plano liberal, cuanto en el social demócrata.

¹⁸⁹ **William P. Snavely**; Teoría de los Sistemas Económicos: Capitalismo, Socialismo y Corporativismo., Trad. Beatriz E. Falero, Madrid: Ed. FCE España, 1976, p. 19.

Parece curiosa la opinión de Morris Singer, quien augura un futuro más sólido a los sistemas de economía dirigida, asegurando en un ensayo presentado en el libro de Snavely que, "tanto en el razonamiento a priori como la evidencia disponible, sugieren que, como grupo, las sociedades comunistas tienden a tener relativo éxito en la promoción de aumentos de la producción total, por su sacrificio del bienestar del consumidor y su mayor capacidad para influir en los factores responsables del crecimiento. Los modelos que se acercan al *laissez faire* parecerían rendir las tasas de crecimiento más bajas. Las economías mixtas, incluyendo las de los regímenes fascistas, ocupan una posición intermedia con respecto a su éxito para estimular el crecimiento. Es natural que la mayoría de las naciones del mundo hayan optado por la forma de economía mixta, que rinde una combinación de crecimiento económico y cierta medida de libertad personal." **Ibidem**, p. 291.

¹⁹⁰ La ocasión para la primera difusión de la tesis fue el encuentro sobre el "Futuro de la libertad", organizado por el Congreso por la Libertad de la Cultura, celebrado en septiembre de 1955 en Milán, . . . Después de días de discusión y de debate, entre los participantes occidentales se formó un consenso suficientemente amplio sobre el hecho de que las ideologías extremistas estaban en decadencia, que esta decadencia se reflejaba en una cierta convergencia entre las ideologías tradicionalmente antagónicas, y tal cosa debía ser considerada en relación con el desarrollo económico y el elevado bienestar de las sociedades industriales avanzadas. **Diccionario de Política; Op. Cit.**, *sub voce* Ideología, p. 760.

¹⁹¹ **William P. Snavely**; **Op. Cit.**, p.129.

¹⁹² La aceptación tan difundida del "estado de bienestar", de una organización descentralizada del poder, de una unión entre economía mixta y pluralismo

político, tendía a poner en el olvido los ásperos contrastes ideológicos de otro momento. . Seymour Martin Lipset formulaba de modo análogo la tesis de la declinación de las ideologías, centrando la atención sobre todo acerca de un sustancial decrecimiento de la polarización ideológica, es decir una decidida atenuación de los contrastes entre derecha e izquierda. "Esta transformación de la vida política occidental –escribía- se debe al hecho de que los problemas políticos fundamentales después de la revolución industrial han sido resueltos: los trabajadores obtuvieron un reconocimiento de sus derechos económicos y políticos; los conservadores han aceptado el concepto del estado de bienestar; la izquierda democrática ha reconocido que un aumento indiscriminado de los poderes del estado en vez de conducir a una solución de los problemas económicos comporta una seria amenaza para la libertad. **Diccionario de Política; Op. Cit.**, sub voce ideología, p. 760.

3.1.- El Estado de bienestar y el bien común.

Apartando toda pasión insana, siempre enemiga del interes público y amando la libertad y la paz universal, ese pueblo santo, piadoso y glorioso, parece haber descuidado sus propios intereses para procurar la salud publica del genero humano

Dante Alighieri

Estado de bienestar y bien común;¹⁹³ El Estado de bienestar como teoría económico-política ha tenido que justificarse, pero con mucho la mayoría del discurso político se ha centrado más en cuestiones sentimentales, que en la técnica jurídica.

Si es lícito al Estado ocuparse del bienestar social, sólo puede contestarse conforme a Derecho. Al efecto aquí se estudiará la justificación del Estado de bienestar conforme a la óptica de la Teoría General del Estado, especialmente en cuanto a la parte relativa a los fines del Estado.

Sin entrar en particularidades, para efectos de este capítulo consideraré como punto de partida que el fin del Estado es el bien

¹⁹³ El bien común es, al mismo tiempo, el principio que da forma a la sociedad y el fin al que ésta debe tender, desde el punto de vista natural y temporal: concierne a la felicidad natural, por consiguiente al valor político por excelencia, aunque siempre subordinado a la moral. **ibidem**, *sub voce* Bien común, pp. 144 y 145.

común,¹⁹⁴ es decir, conducir a los ciudadanos a la perfección universal propia de su condición humana.

Por supuesto, el bien común supone en primer término, el desarrollo del individuo desde su privacidad o intimidad, ya que finalmente se le ha considerado como una suma de los bienes particulares; en un segundo nivel, como parte de sociedades intermedias (familia, sindicato, comunidad, iglesia) y finalmente, de cara a la sociedad en su conjunto.¹⁹⁵

Estos círculos concéntricos basados en el principio de subsidiariedad¹⁹⁶ limitan la participación del Estado, frente a las actividades propias de dichas sociedades intermedias y más aun del individuo mismo.

Santo Tomás de Aquino, *Summa Teológica Tratado de la Ley Sobre la esencia de la Ley* (I, II, cuestión 90, artículo 24 Si la Ley se ordena siempre al bien común).

¹⁹⁴ Sánchez Agesta coincide en esta afirmación con el P. Luis Izaga -por él citado-, resaltando por otro lado el nuevo concepto de Bien Común derivado de la *Mater et Magistra*: "el conjunto de las condiciones sociales que permiten y favorecen en los seres humanos el desarrollo integral de su persona". **Luis Sánchez Agesta**; *Los principios cristianos del orden político*; Madrid: Ed. Instituto de Estudios Políticos, 1962, pp. 169-188.

¹⁹⁵ El desenvolvimiento de las referidas cualidades individuales y sociales hacen patentes a la justicia y la equidad como otras dimensiones propias del Bien Común. Comentando la *Divini Redemptoris*, Sánchez Agesta refiere que en los sistemas totalitarios, es decir, en aquéllos en que no exista una distribución justa y una participación de todos que asegure a todos lo que exige su dignidad de personas, "es necesario que la partición de los bienes se revoque y se ajuste a las normas del *bien común* o de la *justicia social*". **Ibidem**, p. 183.

¹⁹⁶ Enunciada por S. S. Pío XI en su Encíclica "*Quadragesimo Anno*" como sigue:

"Pues aun siendo verdad, y la historia lo demuestra claramente, que por el cambio operado en las condiciones sociales, muchas cosas que en otros tiempos podían realizar incluso las asociaciones pequeñas, hoy son posibles sólo a las grandes corporaciones, sigue no obstante, en pie y firme en la filosofía social aquel *gravísimo principio inamovible e inmutable*: como no se puede quitar a los individuos y darlo a la *comunidad lo que ellos pueden realizar con su propio esfuerzo e industria*, así tampoco es *justo*, constituyendo un grave perjuicio y perturbación del *recto orden*, quitar a las comunidades menores e inferiores *lo que ellas pueden hacer y proporcionar y dárselo* a una sociedad mayor y más

Aunque similares, bienestar y bien común no son términos plenamente identificables, ya que en todo caso, el primero es sólo una parte del segundo, e incluso, una parte dentro del aspecto de política económica, que necesariamente deberá circunscribirse a los límites de la actividad estatal.

Puedo concluir que el bienestar no es un elemento esencial del Estado, sino un fin mediato del Estado, dada su naturaleza no indispensable.

En otro orden de ideas, resulta indudable que en occidente y en los países que se encuentran en vías de desarrollo -el tercer mundo-, a la fecha ya no se discute la legitimidad de la intervención del Estado para dirigir y promover los fenómenos económicos. Ni siquiera en los Estados Unidos existe un sistema jurídico-político total de libre mercado. Dentro de la soberanía estatal, se considera una facultad natural la decisión en cuestiones macroeconómicas, en los tres niveles de gobierno: mientras el poder Legislativo emite disposiciones sobre el quehacer económico social del Estado, el Ejecutivo se encarga de implementarlo y el Judicial de velar por su exigibilidad.

elevada, ya que toda acción de la sociedad, por su propia fuerza y naturaleza, *debe prestar ayuda a los miembros del cuerpo social, pero no destruirlos y absorberlos.*

Conviene, por tanto, que la suprema autoridad del Estado permita resolver a las asociaciones inferiores a que los asuntos y cuidados de menor importancia, en los cuales por lo demás perdería mucho tiempo, con lo cual logrará realizar más libre, más firme y más eficazmente todo aquello que es de su exclusiva competencia, en cuanto sólo él lo puede realizar, *dirigiendo, vigilando, urgiendo y castigando, según el caso requiera y la necesidad exija.* Por lo tanto, tengan muy presente los gobernantes que mientras más vigorosamente reine, salvado este principio de función 'subsidiaria', el orden jerárquico entre las diversas asociaciones, tanto más firme será no sólo la autoridad, sino también la eficiencia social, y tanto más feliz y próspero el estado de la nación " **Pío XI**, citado por **Luis Sánchez Agesta**; **Op. Cit.**, pp. 87 y 88.

Desde que los Estados monetaristas tuvieron conciencia de su personalidad, el gobierno ha procurado su intervención en todos los renglones de la crematística, y por eso el problema económico desatado por el liberalismo repercutió finalmente en el ámbito de la política.

Como hemos visto, el Estado de bienestar tiene una génesis económico-social-jurídica, ya que las condiciones económicas derivadas del capitalismo crearon la conciencia social necesaria para reivindicar el derecho colectivo. Una vez que el Estado (ya no tan capitalista por un extremo, ni tan totalitario por el otro) ha reconocido los derechos sociales, para afectar así una de las facetas de la realidad económica, surge la cuestión respecto de los límites de esta intervención.

La respuesta se aplica no sólo al aspecto económico del bienestar social, sino a cualquier otro ámbito de la política económica imperante; es por ello que coincido plenamente con el maestro Villoro cuando afirma, apoyándose en la *Quadragesimo Anno* de Pío XII:

"La intervención del Estado en los fenómenos económicos es un hecho. La cuestión es hasta dónde debe extenderse y qué objetivos debe perseguir. En realidad la respuesta es bastante sencilla si se atiende a la razón de ser del Estado. Se puede formular en el conocido 'principio de subsidiariedad': así como no es lícito quitar a los individuos lo que ellos pueden realizar con sus propias fuerzas e industria para confiarlo a la comunidad, así también es injusto reservar a una sociedad mayor o más elevada lo que las comunidades menores e inferiores pueden hacer ... porque el objetivo natural de cualquier

intervención de la sociedad es el de ayudar de manera supletoria a los miembros del cuerpo social, y no el de destruirlos o absorberlos."¹⁹⁷

El problema del Estado de bienestar es más de hecho y que de derecho, ya que tiene como trasfondo la realidad práctica económica de las naciones y no el contenido mismo de la norma que le da origen. Habiendo analizado la legitimación del Estado de bienestar, se puede concluir que es una consecuencia jurídica del Estado de derecho que finalmente ha reconocido la reivindicación del derecho social. Nadie cuestiona ya -como principio jurídico- la intervención estatal asistencial. Una vez que el Estado se ha cimentado sobre esta plataforma jurídica, el resto es cuestión de números que podrán moverse en mayor o menor medida, pero siempre dentro de este marco constitucional.

Así como la crisis¹⁹⁸ política y social del Estado liberal se motivó por un desmedido auge de la libertad e igualdad entre los individuos, la crisis del Estado de bienestar¹⁹⁹ se presenta cuando se rompe el principio de

¹⁹⁷ **Miguel Villoro Toranzo**; *La Sociedad de Consumo*, ensayo contenido en el libro *Del Derecho Hebreo al Derecho Soviético*, México: Ed. Fondo para la Difusión del Derecho de la Escuela Libre de Derecho, 1989, p. 204.

¹⁹⁸ "... las crisis son procesos que violan la «gramática» de los procesos sociales. . . Las crisis son tendencias de desarrollo que pueden ser confrontadas *por «tendencias contrarias»*, lo cual significa que el resultado de las crisis es bastante impredecible. Además, este concepto procesual (*processual*) de crisis tiene la ventaja de permitir relacionar las tendencias de desarrollo proclives a la crisis de un sistema con las características del sistema mismo." **Claus Offe**; **Op. Cit.**, p. 44.

¹⁹⁹ La crisis del Estado de bienestar es una crisis tanto económica como política, misma que constituye una incapacidad; dicha "incapacidad proviene de imperativos auto-contradictorios de política estatal: si bien debe organizar las consecuencias sociales disfuncionales de la producción privada, se supone que la política estatal no debe lesionar el primado de la producción privada. Sin embargo, si la política estatal quiere ser correcta se ve forzada a apoyarse sobre medios que violan la relación capitalista dominante o minar las exigencias

subsidiariedad, dando un valor excesivo a los derechos sociales, en detrimento de los derechos individuales o de los derechos de sociedades intermedias.

Existen algunas contradicciones en el actual Estado de bienestar; al respecto el alemán Claus Offe, advierte que a pesar de que el "Estado del Bienestar ha servido como principal fórmula pacificadora de las democracias capitalistas avanzadas para el período subsiguiente a la Segunda Guerra Mundial. ... y ...Esta fórmula de paz consiste básicamente, en primer lugar, en la obligación explícita que asume el aparato estatal de suministrar asistencia y apoyo (en dinero o en especie) a los ciudadanos que sufren necesidades y riesgos específicos característicos de la sociedad mercantil; dicha asistencia se suministra en virtud de pretensiones legales otorgadas a los ciudadanos. En segundo lugar, el Estado del Bienestar se basa sobre el reconocimiento del papel formal de los sindicatos tanto en la negociación colectiva como en la formación de los planes públicos"²⁰⁰ toda vez que esta fórmula de paz se ha transformado en objeto de dilemas, diatriba primordial e inconveniente político, la solución a los graves problemas político-sociales, se ha convertido en el problema mismo; motivo de antítesis y fragmentaciones políticas.

Las embestidas no se han hecho esperar:

De la "derecha"²⁰¹

funcionales -la legitimidad y la competencia administrativa- de la propia regulación estatal. **ibidem**, p.71

²⁰⁰ **Id.**, p. 135.

²⁰¹ El espacio político más simple, y más utilizado en el terreno de la investigación o en el debate político, es el definido por la dimensión izquierda-derecha. Esta dimensión (o continuo) ha sido interpretada en forma muy diversa. Anthony

"En primer lugar, el aparato del Estado del Bienestar impone una carga fiscal y normativa al capital que equivale a un *desincentivo para la inversión*. En segundo lugar, ... el Estado de Bienestar garantiza pretensiones, títulos y posiciones de poder colectivo a trabajadores y sindicatos que equivalen a un *desincentivo para el trabajo*,²⁰² o al menos para un trabajo todo lo duro y productivo como el impuesto bajo la égida de fuerzas mercantiles no productivas."²⁰³

"La contradicción es que el capitalismo no puede existir ni *con* ni *sin* el Estado del Bienestar."²⁰⁴

De la "izquierda" socialista

La evaluación socialista al Estado de bienestar, es una crítica a sus cimientos; que a forma de resumen enumero a continuación:

"1. Ineficaz e ineficiente;

... porque .. ha hecho poco o nada por alterara la distribución de ingresos entre las dos clases principales que son el trabajo y el capital.
... al mismo tiempo, que .. el Estado del Bienestar *no elimina las*

Downs, el primer politólogo que utiliza de manera sistemática la noción de espacio político con base en dicha clave, la interpreta como el grado de intervención del estado en la economía, según lo cual una posición de izquierda se identifica con una mayor propensión en favor de las políticas de intervención. Para Lipset y muchos otros, la línea divisoria entre izquierda y derecha está en la actitud más o menos favorable en relación con políticas de cambio del *statu quo*. **Diccionario de Política; Op. Cit.**, *sub voce* Espacio político, p. 531.

²⁰² "«¡La mano de obra no trabaja!» fue uno de los eslóganes en la campaña que llevó a Margaret Thatcher al puesto del primer ministro." **Claus Offe; Op. Cit.**, p. 140.

²⁰³ **Ibidem**, pp 137 y 138.

²⁰⁴ **Id.**, p.142.

causas de contingencias y necesidades individuales, ... sino que *compensa* (partes de) las *consecuencias* de tales eventos.

2. Represivo;

el Estado del Bienestar puede considerarse una transacción de intercambio, donde se conceden beneficios materiales a los necesitados, a cambio de que ellos reconozcan sumisamente el «orden moral» de la sociedad que engendra esa necesidad.

3. Condicionador de un entendimiento falso (ideológico) de la realidad social y política dentro de la clase obrera.

... los arreglos estructurales del Estado del Bienestar tienden a hacer que la gente ignore u olvide que las necesidades o contingencias a las que responde surgen, directa o indirectamente, en la esfera del trabajo y la producción, que el propio Estado del Bienestar se ve constreñido material e institucionalmente por la dinámica de la esfera de producción y que un concepto fiable de la seguridad social no sólo presupone la expansión de «derechos de ciudadanía» sino de los «derechos de los trabajadores» en el proceso de la producción.²⁰⁵

Adam Smith argüía "que no podía haber nadie tan osado ni tan ignorante que se arrogase la capacidad de conocer mejor que los individuos cuáles eran sus propias necesidades".²⁰⁶

Offe, al exponer esas contradicciones en el Estado de bienestar, da fundamento para decir que, bajo una óptica económica, quienes defienden la seguridad social pública priman la equidad a la eficiencia.

²⁰⁵ **Id.**, pp.143-147.

²⁰⁶ **Adam Smith**, citado por **Lorenzo Bernaldo de Quirós**; **Op. Cit.**, p. 64.

Sin embargo, "nadie ignora que una cama en la Seguridad Social es más cara que en un clínica privada; que un bono escolar es infinitamente más barato que el sostenimiento estatal de una institución de enseñanza; que los planes de pensiones privados, actuando en competencia, ofrecen más y más barato que los sistemas públicos de pensiones."²⁰⁷

Dentro del discurso político populista,²⁰⁸ el bienestar ha sido la bandera legitimadora del gasto público desmedido, y por lo mismo, el chivo expiatorio del fracaso de la economía-ficción. La corrupción (en términos generales, hacer privada la cosa pública) en los regímenes populistas es más patente y sentida que en cualquier otro tipo de sociedad, ya que el bien público por excelencia es el sustento, la salud, la vivienda y la educación de los necesitados.

²⁰⁷ **Rafael Termes**; Estado de Bienestar, ¿pacto social o engaño?. Istmo N° 219, julio-agosto 1995. Centros Culturales de México, A. C., México, p.6.

²⁰⁸ Pueden ser definidas como populistas aquellas fórmulas políticas por las cuales el pueblo, considerado como conjunto social homogéneo y como depositario exclusivo de valores positivos, específicos y permanentes, es fuente principal de inspiración y objeto constante de referencia.

Se ha dicho que el populismo no es una doctrina precisa sino un "síndrome". En efecto, al populismo no le corresponde una elaboración teórica orgánica y sistemática, ordinariamente el populismo está más latente que teóricamente explícito. Como denominación se adapta fácilmente, no obstante, a doctrinas y a fórmulas articuladas de manera diferente y divergentes en la apariencia, pero unidas en el propio núcleo esencial por la referencia constante al tema central y por la contraposición encarnizada a doctrinas y fórmulas de derivación distinta.

El pueblo es asumido como mito, más allá de una exacta definición terminológica, a nivel lírico y emotivo. El populismo tiene de ordinario una matriz más literaria que política o filosófica y, -en general, sus realidades históricas están acompañadas o precedidas por iluminaciones poéticas-, por un descubrimiento y por una transfiguración literaria de reales o supuestos valores populares.

Diccionario de Política; Op. Cit., sub voce Populismo; p. 1247.

Die neue Unübersichtlichkeit, la "Nueva Inabarcabilidad",²⁰⁹ es como Habermas denomina la crisis del Estado de bienestar, y que Llano Cifuentes denomina "malestar en el Estado del bienestar."²¹⁰

Esta «Nueva Inabarcabilidad» en el Estado de bienestar, ha terminado por convertir al mismo; en un Estado megalómano, que ha decretado que toda actividad del individuo es inicua para la sociedad y todo la labor realizada por aquel, es conveniente para la colectividad,²¹¹ declinando por reducir las libertades, y transformándose vertiginosamente en el autócrata neófito de las necesidades reales de la sociedad. "...Es absoluto, detallado, regulador, previsor, suave. Sería como un padre si tuviese como fin preparar a sus hijos para la vida adulta, pero en realidad lo que hace es mantenerlos irreversiblemente en la niñez; le gusta que los ciudadanos lo pasen bien, pero que no se interesen en otras cosas. Les quita por completo la molestia de pensar y de vivir ..."²¹²

Para enmendar dichos excesos se han sugerido diversos recursos; uno de ellos es la intervención privada, no obstante, hay quienes aún descartan de entrada la participación individual en la asistencia; es precisamente indispensable tomar en serio la idea de la privatización

²⁰⁹ Jürgen Habermas, citado por Alejandro Llano Cifuentes; La nueva sensibilidad; Madrid: Ed. Espasa-Calpe, 1988, p. 19.

²¹⁰ Alejandro Llano Cifuentes; Op. Cit., p. 19.

²¹¹ "Una muchedumbre enorme de hombres parecidos o iguales. Cada uno de ellos apartado de los demás es extraño su destino; sus hijos y sus amigos constituyen para él toda la especie humana; está cerca de sus conciudadanos, pero no repara en ellos; los roza sin sentirlos... Por encima de esa masa se alza un poder inmenso y tutelar que se encarga en exclusiva de garantizar los goces de todos y controlar su destino." Alexis de Tocqueville, citado por Lorenzo Bernaldo de Quirós; Op. Cit., pp. 61 y 62.

²¹² Ibidem, p. 62.

de los servicios que en nuestros días suministra aún el Estado de bienestar.

En los Estados Unidos, a partir del gobierno del presidente Ronald Reagan, y dejando atrás los años de Roosevelt y su política del *New Deal*; su administración se abocó a la privatización de los servicios del bienestar social; sin perjuicio de que el gabinete de Reagan no inventó este concepto.

Marc Bendick, Jr., esboza «las dos caras de la privatización»:

- a) “La prestación directa de servicios al ‘nivel del menudeo’ se logra por medio de instituciones no gubernamentales: no lucrativas, lucrativas o hasta (en el caso de autoayuda) recipientes ellas mismas. ...
- b) .. la segunda -a la que puede llamarse “dar poder a instituciones mediadoras”- incluye las disposiciones según las cuales el gobierno conserva parte o toda la responsabilidad de dar fondos al servicio, mientras delega la producción y la entrega.”²¹³

John Kenneth Galbraith, resalta otra medida tomada por Reagan: “... provino de la experiencia de anteriores políticas fiscales y del miedo de futuras políticas similares para beneficio de los pobres. Hasta donde fuera posible, los pobres debían ser eliminados de la conciencia

²¹³ **Sheila B. Kamerman y Alfred J. Kahn;** (compiladores) La privatización y el Estado benefactor (Marc Bendick, Jr., Privatización de los servicios de bienestar social: una idea que hay que tomar en serio), trad. María Antonieta Neira Bigorra, México: Ed. Fondo de Cultura Económica, 1993, pp. 116-118.

pública. Los impuestos en su favor debían prohibirse del modo más absoluto y los impuestos actuales debían reducirse."²¹⁴

El peligro del Estado asistencial, se arraiga más que una cuestión económica, en los principios fundamentales, debido a que el Estado benefactor ha dejado de reconocer la capacidad del individuo porque es incapaz de reconocer la supremacía de sus derechos. Rebasa por encima de la subsidiariedad y de la solidaridad con la sola finalidad de justificarse -en primer lugar- electoralmente y -después- para tener mano libre en el presupuesto.

"El nuevo Leviatán,²¹⁵ .. concebido para proteger la vida, la hacienda y la libertad de los hombres, se ha convertido en un cáncer invasor de los tejidos sociales hasta colocar a los ciudadanos en una posición de indefensión y de servidumbre. Con su desenfrenado crecimiento, el moderno Leviatán, el Welfare State, devora la riqueza y amenaza las libertades."²¹⁶

Relacionado con lo anterior, el francés Guy Sorman manifiesta que, "Detrás del Estado-Providencia, en todas partes se perfilaba el Estado-policia. ... y en Suecia, al que me remito como modelo «hacia el año

²¹⁴ **John Kenneth Galbraith; Op. Cit.**, p. 191.

²¹⁵ "El gran poder de su gobernante, a quien he comparado con el *Leviatán*, tomando esta comparación de los dos últimos versículos del Cap. 41 de *Job*, cuando Dios, habiendo establecido el gran poder del Leviatán, le denomina el rey de la arrogancia. *Nada [167] existe -dice- sobre la tierra, que pueda compararse con él Esta hecho para no sentir miedo. Menosprecia todas las cosas altas, y es rey de todas las criaturas soberbias.*" **Thomas Hobbes; Op. Cit.**, p. 262

²¹⁶ **Lorenzo Bernaldo de Quirós; Op. Cit.**, p. 62.

2006, los suecos entregarán al Estado por término medio el 70 por 100 de sus rentas. ...» ...²¹⁷

Puesto que, las exigencias sociales justifican la presencia gubernamental literalmente en absolutamente todo: sin aceptar ser Estados totalitarios; este tapujo normativo es una patente de corso para navegar sin asustar a las buenas conciencias ni traicionar ideologías, todo en aras de los más necesitados.

Es así como se plantea el problema jurídico de esta crisis, al iniciarse una nueva doctrina respecto de los derechos naturales: lo evidente no tiene que probarse, como sucede con el derecho individual de la libertad, pero sin embargo, ya han dejado de ser tan claros los fundamentos de los derechos sociales. Puede ser que el derecho a la subsistencia o el derecho a la educación en cuanto tales, parezcan ser totalmente razonables, justos e inclusive "naturales", pero los bemoles comienzan al plantearse la amplitud de sus alcances.

Un ejemplo de lo antepuesto, se pone de manifiesto con el fracaso de las *affirmative action* y con ellas los planes de la «gran sociedad» del presidente Lyndon B. Johnson, "... que pretendían favorecer a los grupos marginales, principalmente a los negros, en los Estados Unidos. Sus esfuerzos se han visto premiados: ha destruido moralmente las comunidades de color y ha fomentado los conflictos raciales. .. creando así un Estado de guetos; toda vez que son ...los barrios negros sobre los que recaen las ayuda estatales para promover la paz social han iniciado un progresivo deterioro. La responsabilidad y la

²¹⁷ **Guy Sorman**; La solución liberal, trad. Mauro Armíño, Madrid: Ed. Espasa-Calpe, 1985, p. 161

autoridad moral del padre ha desaparecido, porque la familia debe todo al Estado."²¹⁸

Es así que el malestar del bienestar es más proclive al desorden social generalizado en este tipo de economías, segregando más a aquellos a quien el papá Estado pretendía cobijar bajo sus alas como una gallina a sus polluelos. Por consiguiente, la reacción en contra de sus excesos es más vigorosa.

En palabras de De Diego "La marginación plantea por de pronto, una quiebra del mismo concepto y de la propia estructura del autodenominado Estado del bienestar. Por una parte, la burocracia es enemiga natural de la marginación, ya que el Estado del bienestar se basa en el control permanente de los ciudadanos, mientras que la marginación es esencialmente disidente y sumergida. Es significativo, en este punto, el hecho de que los burócratas, ante el crecimiento de la marginación, tienden a introducir en las encuestas elementos de corrección -mejor sería decir de eliminación- que limitan el fenómeno o que hacen desaparecer amplias bolsas de sumergidos. De esta forma, el Estado benefactor encuentra su propia coartada y tranquiliza las conciencias de los poderes públicos y de los instalados."²¹⁹

Resulta interesante que gran parte del éxito de la premier británica Margaret Thatcher, radicó en el sinnúmero de ordenamientos que abrogó, liberando a la sociedad del corsé burocrático totalmente prescindible. No se trata tan solo de una reducción en el gasto público (o si se quiere en el "gasto social") para mejorar los flujos de la

²¹⁸ **Lorenzo Bernaldo de Quirós; Op. Cit.**, p. 70.

²¹⁹ **Enrique De Diego Villagrán; Op. Cit.**, p. 112.

economía, sino de un cambio de mentalidad respecto de la naturaleza y amplitud de los derechos sociales.

Los derechos sociales no se discuten, pero estas reformas tienen como finalidad dejarlos en manos de sus legítimos y naturales titulares, en base a al principio de subsidiariedad.

De la misma manera que el Estado asistencial surge de la reivindicación formal de los derechos sociales, su sobrevaloración respecto de los derechos individuales y de las sociedades intermedias da paso al Estado Neoliberal.

Epílogo

Concuerdo con las ideas de Amartya Sen, cuando dice que el "empobrecimiento de la economía del bienestar es resultado del distanciamiento que se ha producido entre la ética y la economía, y, en concreto, en la inadecuación de los criterios de evaluación empleados en la economía, especialmente en la moderna economía del bienestar."²²⁰

Para ser coincidente con Sen debo partir de que la ética sí tiene un efecto real sobre el comportamiento de las personas; toda vez que en lo tocante a cuestiones económicas, exista una inmediatez entre el bienestar general y la maximación del interés propio.

²²⁰ **Amartya Sen**; Sobre ética y economía, trad. Angeles Conde, México: Ed. Alianza, 1991, p. 68.

Es por lo anterior que la economía del bienestar y con ella el Estado social no sólo deben basarse en el óptimo de Pareto, en el cual si y sólo si no se puede aumentar la utilidad de uno sin reducir la utilidad del otro, por tanto la optimalidad de Pareto capta únicamente los aspectos de eficiencia de las valoraciones basadas en la utilidad. Y en el utilitarismo la exclusiva obligación moral es optimizar los satisfactores, por ende es mediante el comportamiento egoísta la singular base de elección económica, y con ello las posibilidades de llegar a algún lado se hicieron cortas.

No obstante, la solución no procede de la teoría propuesta por Robert K. Merton acerca de *inputs* y *outputs*, porque la demanda no siempre es atendida realmente.

Por ello la economía del bienestar efectivamente es impactada por el comportamiento real, siendo necesariamente descriptiva y explicativa, y no como se pretende que sea meramente predictiva sin atender a las necesidades reales y concretas de la sociedad, que de comunidad en comunidad, ya no hablemos de países, puede ser completamente diversa.

Finalmente, me permito recalcar que el Estado de Bienestar ha sido rebasado como tal desde la perspectiva ideológica, consiguientemente, debe de considerarse como un elemento mitigante de algunos gobiernos, al plantearse como una política de reacción a las más apremiantes carencias sociales

Capítulo II

Los nuevos liberalismos y neoliberalismos

1.- El liberalismo social

La libertad moderna es "el disfrute pacífico de independencia individual o privada"

Benjamin Constant

Durante el siglo XIX las luchas políticas en Europa abandonan su efervescencia.

En Inglaterra no se advierten ya contiendas sociales y morales, nadie pone en tela de juicio los principios del liberalismo político.

Ahora se trata de no transformar y sí de apuntalar; sucediendo los compromisos y los entendimientos.

"Pero el mundo se transforma más rápidamente que el liberalismo inglés. Cuando Spencer muere, en 1903, es el representante de una época concluida.

Es necesario distinguir, pues, varios momentos y tendencias en la historia del liberalismo inglés, de 1848 a 1914:

- a) El cientificismo de Spencer;
- b) La revisión idealista del liberalismo por la Escuela de Oxford.
- c) El descubrimiento del imperialismo."²²¹

Sin embargo, en la disyuntiva en que se encuentra el Estado en el siglo XIX, en el que se le insta intervenir en todos los sectores, el liberalismo de Spencer era la herencia de una estación pasada; haciendo ineludible una revisión al liberalismo.

Es por ello que "Albert Dicey²²² (1835-1922), el jurista liberal autor del clásico *The Law of Constitution* [El derecho constitucional], afirmaba que la reforma legal en Inglaterra en el siglo XIX tuvo dos etapas. De 1825 a 1870, su objetivo principal era impulsar la independencia individual; de ahí en adelante pasó a ser la justicia social. Dicey ... deploraba el viraje de *laissez-faire* al "colectivismo";²²³ otros

²²¹ **Jean Touchard**; *Historia de las ideas políticas*; trad J Pradera; México; Ed. Tecnos, 1994, p. 518.

²²² . A. V. Dicey; en *The law of the constitution* (1885), polemizando contra el derecho y los tribunales administrativos franceses, demuestra cómo este principio fundamental de la constitución inglesa implica la exclusión de todo poder discrecional o arbitrario y, por esto, la igualdad de los ciudadanos con el gobierno frente a tribunales ordinarios, excluyendo drásticamente la posibilidad de un derecho y de tribunales administrativos de tipo francés. Además, hace una interesante afirmación teórica: las leyes constitucionales inglesas, las normas que en otros países están contenidas en una constitución escrita, no son la fuente sino la consecuencia de los derechos subjetivos de los individuos, como son definidos y garantizados por las cortes judiciales; la constitución deriva de las normas ordinarias del país . **Diccionario de Política; Op. Cit.**, vol. a-j, *sub voce* Constitucionalismo, p. 342.

²²³ "Lo que Dicey llamaba "colectivismo" no era, ciertamente, una filosofía. Podría definirse más justamente como una defensa espontánea contra la destructividad social de la revolución industrial y la imprevisión de una política que alentaba la industrialización sin ninguna protección contra los desastres que ésta acarrearba. El motivo fundamental era un sentido, no muy claramente formulado, de que el industrialismo y el comercialismo suponían una amenaza a la seguridad social y la estabilidad, una amenaza que no se había mitigado mucho aunque fuera cierto, como sostenían los economistas, que se había producido en general un aumento de la prosperidad y de los salarios reales." **George H. Sabine; Op. Cit.**, p. 526.

concordaban con su visión del cambio sin compartir su juicio sobre él: estos eran los "nuevos liberales" de 1880, convencidos de que el "viejo individualismo" ya no era válido en el contexto social de la industrialización tardía, iniciaron lo que uno de ellos, Francis Charles Montague (1858-1935), llamó "la rebelión contra la libertad negativa" precisamente lo que era central en el liberalismo libertario de Mill.²²⁴

Ciertos doctrinarios repudiaban la visión evolucionista de los spencerianos,²²⁵ y el uso del darwinismo²²⁶ como un plañido al

²²⁴ **José Guilherme Merquior**; *Liberalismo viejo y nuevo*; trad. Stella Mastrangelo; México: Ed. Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 135.

²²⁵ "Spencer, que desde 1851 publica *Social statics*, ya consideraba el progreso como fruto de la evolución, o sea como fruto de la adaptabilidad cada vez más adecuada al ambiente: todos los grados de civilización se derivan de las adaptaciones ya realizadas y corresponden a la adopción de hábitos de comportamiento adecuados en la lucha por la supervivencia. Después de la publicación *On the origin of species by means of natural selection* de Darwin en 1859, el proceso histórico queda subordinado a las leyes naturales e incorporando en el amplio proceso de la evolución del universo. La evolución no es considerada en efecto sólo como movimiento sino como mejoramiento, y esta fe durará sin perturbaciones durante todo el siglo." **Diccionario de Política**; Op. Cit., vol. I-z, *sub voce* progreso, p. 1291.

²²⁶ "Un historiador inglés ha podido decir que la segunda mitad del siglo XIX fue 'la edad de Darwin'. Sería más exacto decir que fue la edad del darwinismo, entendiendo por esto un conjunto de creencias difusas que Darwin, más que creó, recogió y sistematizó. Lo cierto es que conceptos tales como el principio de evolución o el de selección natural fueron abundantemente utilizados, para justificar una 'política positiva', por los hombres que sólo tenían un conocimiento muy superficial de la obra de Darwin.

Así, pues, la biología se liga estrechamente con la política. Desempeña, en la segunda mitad del siglo XIX, un papel comparable al que desempeñó la Historia en la época romántica; la propia historia tal como la escribe Treitschke, por ejemplo, se vuelve biológica y nacionalista.

Ese recurso a la biología se manifiesta tanto en el arte (naturalismo de Zolá, genealogía de los Rougon-Macquart) como en la política. Tanto la evolución como los individuos como la de las sociedades aparecen determinadas por leyes, tan ineluctables para los lectores de Maurras como para los de Marx. En todos los sectores de la opinión se expande una cierta tendencia al fatalismo o, al menos, al dogmatismo." **John Bowle**, *Politics and Opinión in the Nineteenth Century* (Londres, 1954), citado por **Jean Touchard**; Op. Cit., p. 520.

acorralado valor del individualismo;²²⁷ entre ellos Montague, que en su obra "Los límites de la libertad individual" de 1885, refutaba el darwinismo social²²⁸: en la sociedad las víctimas de la evolución no son eliminadas del todo, por el contrario se convierten en un lastre sobre la comunidad, por lo que el no ayudarlos constituye el menoscabo de la propia sociedad. El propio Montague sostuvo que el evolucionismo social era una falacia, lo que realmente sucedía es que la sociedad moderna sólo estaba organizada para hacer dinero, pero completamente desorganizada para cualquier otro fin.

"Una raza pasiva e ineficaz, dispuesta a tragarse cualquier cosa y a aceptar cualquier cosa; con intelectos incapaces de distinguir el bien y el mal y con sentimientos por igual indiferentes a ambos; insensible, corta de visión y obstinada; letárgica y, sin embargo, capaz de caer en convulsiones por falsos terrores; sorda a la voz de la razón y de la utilidad pública; obsequiosa sólo al susurro del interés y a las señales del poder."²²⁹

²²⁷ "Por individualismo no se entiende sólo la defensa radical del individuo, único y solo protagonista de la vida ética y económica contra el estado y la sociedad, sino también la aversión a la existencia de cualquier sociedad intermedia entre el individuo y el estado, por lo que, tanto político como económica, el hombre debe de actuar por sí solo. " **Diccionario de Política; Op. Cit.**, vol. I-z, *sub voce* liberalismo, pp. 878 y ss.

²²⁸ "Sin embargo, la revolución biológica podría marcar tanto el triunfo del "bien" como del "mal". El optimismo escatológico de Lorenz sigue los pasos de la célebre conclusión de *El origen de las especies* de Darwin ("Si pensamos que la selección natural actúa solamente a través y para el bien de cada ser, todas las cualidades corporales y mentales tenderán a progresar hacia la perfección"), la cual también se refleja en las decimonónicas versiones políticas y literarias de un Spencer ("el desarrollo definitivo del hombre ideal es lógicamente cierto") " **Ibidem**, vol. I-z, *sub voce* utopía, p. 1622.

²²⁹ Prefacio, ed por F. C. Montague (1891), p. 104, citado por **George H. Sabine; Op. Cit.** p. 514.

No obstante, la presentación de ese naciente liberalismo social estaba muy lejos de ser antividualista, toda vez que la sociedad moderna estaba ordenada de manera tal que dejaba poco espacio a la libertad.

El idealista de Oxford, Thomas Hill Green (1836-1882), partidario de Hegel, conservaba la idea dialéctica de que la historia era un amplio combate por la perfección humana pero con una entonación kantiana en la autonomía individual; remarcando el valor absoluto de la persona como fuente y origen de las asociaciones humanas.

Al idealismo de Green se le llamó neo-hegelianismo; no obstante que era más claro y coherentemente liberal en su teoría política que John Stuart Mill.

T. H. Green hizo hincapié en que el nuevo liberalismo es igual de individualista que la Escuela de Manchester, pero incluyendo una censura a los razonamientos filosóficos millianos, así como al empirismo, utilitarismo y atomismo de la mancuerna Bentham-Mill. Fundamentándose en que la acción racional es dictada por la voluntad²³⁰ y la elección, más allá de la obediencia al deseo o a la pasión. Consiguientemente, la libertad para él es un concepto positivo y sustantivo, no formal y negativo; eminentemente el idealismo del nuevo liberalismo sigue siendo como en su inicio una rebelión contra la libertad negativa²³¹ en el sentido de Locke y Mill,²³² basado en la

²³⁰ "... Al final del siglo XIX el idealista inglés T. H. Green retoma el concepto de voluntad general y lo introduce en su liberalismo identificándolo con una conciencia social que regula la ley y que es sostenida por ésta; ..." **Diccionario de Política; Op. Cit.**, vol. I-z, *sub voce* voluntad general, p. 1636.

²³¹ "... la libertad positiva de participar ... tiene como necesaria condición, la libertad negativa, es decir el no impedimento por parte del estado ..." **Ibidem**, vol., a-j, *sub voce* constitucionalismo, p. 1348.

concepción de Hobbes de la libertad como ausencia de impedimentos. T. H. Green transitaba de una inquietante *libertad de* a una innovada estimación de la *libertad para*.²³³

La función del Estado en el liberalismo clásico, era la eliminación de obstáculos, para el autocultivo humano, que era lo mismo que el *bildung*²³⁴ de Humbolt, el cultivo de uno mismo, sin embargo, debía "promover condiciones favorables para la vida moral".

No obstante, para Green el liberalismo clásico, se convertía en "un obstáculo", en la medida en que su receta de política mínima se iba volviendo más obsoleta por la creciente penetración de la ley en la sociedad; no por la interferencia estatal, sino por la calidad de la misma, sin importar la vejación de la letra del viejo liberalismo a fin de respetar su análisis: "El fomento de la libertad individual."

Para algunos autores fue el idealista inglés el salvador del liberalismo tratando de modificar algunas prácticas sin abandonar los intereses

²³² "La dificultad fundamental del razonamiento de Mill era que nunca analizó realmente la relación entre libertad y responsabilidad. A veces sostuvo la concepción tradicional derivada de Bentham de que cualquier imposición e inclusive cualquier influencia social es un recorte de la libertad. Nunca supuso, sin embargo, que pudiera darse una libertad significativa sin la ley y cuando identificaba libertad con civilización no imaginaba que pudiera haber civilización sin sociedad. Lo que requería la teoría de la libertad de Mill era una minuciosa consideración de la dependencia de la libertad personal de los derechos y obligaciones sociales y legales. Esto era lo que T. H. Green trató de añadir al liberalismo." **George H. Sabine, *Op. Cit.***, pp. 532 y 533.

²³³ "Green no se contenta, pues, con una definición puramente negativa de la libertad, a la manera de Spencer y de la Escuela de Manchester. La libertad es positiva. Es poder para hacer, no poder para conservar. Es, también, definida: se trata de hacer alguna cosa determinada, no de hacer cualquier cosa. **Jean Touchard, *Op. Cit.***, p. 520.

²³⁴ **Diccionario Español-Alemán, Deutsch-Spanisch**; México: Grijalbo, 1994, *sub voce Bildung*: formación; cultura; educación, p. 41.

básicos de la doctrina, al agregar a los viejos valores un énfasis en la igualdad ante la ley, y casi en forma paralela al elitismo cívico del propio Mill, haciendo que las clases medias burguesas ayudaran a los pobres a convertirse en burgueses, al señalar coincidiendo con Mill, que dicha ayuda es una obligación moral.²³⁵ El autor dio al liberalismo un nuevo énfasis en la igualdad de oportunidades,²³⁶ sin conceder ninguna pronunciación socialista, escribiendo así el prólogo moral al liberalismo social de 1900.

Al mismo tiempo que en Francia, esta transformación ética del liberalismo hacia el liberalismo social, se sucede del mismo modo, pero sin visos socialistas, y finalmente deriva en la adopción del republicanismo, en sus matices romántico, espiritualista y positivista.

En tanto, en Gran Bretaña el liberalismo de orientación social de 1900 fue atizado por instituciones del servicio cívico como Toynbee Hall; en Francia el equivalente local del liberalismo social -el republicanismo ético- fue impulsado por la campaña de derechos humanos lanzada en torno al asunto Dreyfus (1896-1898).

²³⁵ "Desde el libro de T. H. Green, titulado *Lectures on the Political Obligation* (1895), se utiliza en la literatura política inglesa la fórmula 'obligación política' para indicar - en las palabras de Green- 'la obligación del súbdito para con el soberano, la del ciudadano respecto al estado y las obligaciones existentes entre los individuos cuando impone su cumplimiento un superior político.'" **George H. Sabine; Op. Cit.**, pp. 160 y 161.

²³⁶ "El liberalismo clásico sostenía que la igualdad de oportunidades se podía llevar a cabo (*sic*) a través de una asignación *igual* de los derechos fundamentales "a la vida, a la libertad y a la propiedad". Sólo si se eliminaban los privilegios y se establece una igualdad de derechos no habrá ningún obstáculo en el camino de ninguno para que *busque* la felicidad con la habilidad que tiene para acceder a la posición adecuada a su máxima capacidad." **Diccionario de Política; Op. Cit.**, vol. a-j, *sub voce* igualdad, p. 777

Los liberales franceses de principios y mediados del siglo XIX, se mostraron displicentes a este liberalismo con tintes sociales, a excepción de Juan Bautista Say (1767-1832)²³⁷ y Federico Bastiat (1801-1850).

Tiempo después Emilio Durkheim (1858-1917), defensor del individualismo a ultranza, denunció la anomia, la situación de ausencia de normas como tendencia moral de la civilización industrial urbana; planteando como solución el fortalecimiento de asociaciones profesionales, a través de la solidaridad social.

Y es precisamente esta transición al solidarismo durkheimiano la que evita el roce con el socialismo entendido en términos de control estatal afinándose con mayor claridad el liberalismo social.

No obstante, en la política de los durkheimianos era el socialismo liberal considerado como una "tercera vía", una pretendida síntesis entre socialismo y liberalismo, proveniente de liberales insatisfechos y de socialistas de diversas corrientes, como Jean Jaurés (1859-1914),²³⁸ para quien el socialismo no era la oposición del individualismo sino su complemento.

²³⁷ "Doctrinario del liberalismo económico y tipo de ideólogo en el estilo del siglo XVIII." **Jean Touchard**; **Op. Cit.**, p. 451.

²³⁸ "Jaurés ama y respeta el patriotismo que "proviene, por sus raíces mismas... de la psicología del hombre" (*L'Armée nouvelle*, página 448). El patriotismo es tan compatible con el internacionalismo como lo es el socialismo con el liberalismo republicano: la clave de esta conciliación (mejor de esta identidad) es la democracia. Por eso Jaurés propone, en *L'Armée nouvelle*, un plan de democratización del ejército, que se convertiría así en popular y nacional. Calcula Jaurés que, con semejante ejército, les será extremadamente difícil a los gobernantes llevar a cabo una política de agresión: es el ejército defensivo modelo (Jaurés piensa siempre en 1792). **Ibidem**, p. 571.

Sólo un partidario de la escuela de Durkheim, Celestino Bouglé (1870-1940), intentó poner al servicio del liberalismo la sociología en su estudio "La crisis del liberalismo", donde describe las arremetidas derechistas a la libertad y el progreso del anarquismo durante toda la década de 1890.

Bouglé buscaba evitar la subordinación liberal al exceso de autoridad estatal, comprobando que los cimientos sociales de la libertad moderna eran tan férreos y saludables como diversos, vislumbrando en la sociedad moderna un proceso de diferenciación de los valores, de proliferación de fines, así como una creciente división del trabajo.

Esta proliferación de fines, no constituía un peligro para la unidad social, argumentaba Bouglé, porque con los mismos medios se podían alcanzar muchos fines distintos, no obstante que el crecimiento de la libertad de elección se basaba en la significativa expansión de la igualdad; la defensa sociológica del liberalismo fue en gran parte ignorada.

El fundamento para vincular el durkheimianismo con el liberalismo, es reafirmando el individualismo como legitimante de la sociedad moderna.

Otro vínculo entre la sociología y la tradición liberal lo constituye la actitud durkheimiana hacia el Estado, toda vez que la réplica al engrandecimiento alemán del Estado, se debe a León Duguit (1859-1928) considerado como discípulo independiente de E. Durkheim, quien pese a rechazar la concepción de la conciencia colectiva, utilizó el interés puesto por este en las asociaciones de la sociedad civil para anular la mística de la soberanía nacional y su halo estatista; emulando

a Durkheim critica a Rousseau y a Kant por dejar de soslayo el principio y marco sociales de la libertad individual y en su "Tratado de derecho constitucional" (1911) acometió contra la *Staatslher*²³⁹ alemana por su uso de hablar del Estado como tema legal adjudicado de una personalidad superior; en tanto que en el concepto de Estado de Duguit el *imperium* de la soberanía había sido substituido por la función de servicio público, dando un aspecto legal al "solidarismo", amarrado en el pensamiento republicano francés en el límite entre el liberalismo social y el comunitarismo,²⁴⁰ por consiguiente su posición podría ser descrita como liberalismo limítrofe.

F. W. Maitland llegó a un lugar similar por una vía distinta, terminando con la ferviente leyenda *whig* de los derechos corporativos (derecho de asociación en Duguit) mismos que se encontraban enlazados al mundo premoderno de la tradición y la prescripción; porque había asimilado de Gierke que no era así. Las pequeñas unidades autogobernadas no eran arcaísmos tudescos sino una creación de la naciente sociedad comercial. Los liberales conservadores como Maine creían que el corporativismo era una posición antigua, con rasgos de *Gemeinschaft*²⁴¹ y consecuentemente no constituía una concepción individualista, empero Maitland en su escrito "Township and Boroyrn" (1898) demostró que la corporación era un concepto mucho más reciente, instaurando así un fundamento jurídico para los pilares institucionales del liberalismo social, como sindicatos y asociaciones.

²³⁹ **Diccionario Español-Alemán; Op. Cit., sub voce Lehre:** doctrina, p. 114.

²⁴⁰ "... se parte acentuando no tanto la multiplicidad de los centros del poder sino la importancia del pequeño grupo (comunidad) para la formación moral. **Diccionario de Política; Op. Cit.,** vol. a-j, *sub voce* comunidad; p 1187.

²⁴¹ **Diccionario Español-Alemán; Op. Cit., sub voce Gemeinschaft:** comunidad, p. 79.

El liberalismo social propiamente dicho se desarrolló en los primeros años del siglo XX, con dos Hobs:

Para Jean Touchard, catalogando, diferentes momentos y tendencias en la historia del liberalismo inglés, de 1848 a 1914, John A. Hobson (1858-1940), representa la transición del conservadurismo al imperialismo.

Estos dos Hobs, tienen sus divergencias; John A. Hobson (1858-1940) y Leonardo T. Hobhouse²⁴² (1864-1929); el primero de ellos quería que el gobierno creara la igualdad de oportunidades; basándose en la evolución, no en Hegel, con énfasis en el crecimiento orgánico.

Hobson evalúa al mercado concluyendo que es fuente de derroche y desempleo, convirtiéndose así en precursor del Keynesianismo. Para Keynes el problema se presenta cuando los ahorros dejan de invertirse, Hobson por el contrario, consideraba que la inversión en ocasiones es excesiva en relación con el consumo; indicando además otra circunstancia, la mala distribución del ingreso, lo que provocaba el subconsumo como producto de la riqueza y ahorro excesivo.

Enjuiciaba el imperialismo,²⁴³ en su obra "Estudio del Imperialismo" (1902) con un tono de *kulturpessimismus*, no obstante la solución

²⁴² "El mejor ejemplo de una combinación coherente de liberalismo y evolución, junto con un cuidadoso intento por comprobar las generalizaciones mediante una inducción histórica minuciosa, fue la sociología de Leonard Hobhouse; especialmente *Mind in Evolution* (1901) y *Morals in Evolution*, 2 vols. (1906)." **George H. Sabine; Op. Cit.**, p. 537.

²⁴³ "Para Hobson el imperialismo es "el esfuerzo de los grandes amos de la industria para facilitar la salida de su excedente de riquezas, tratando de vender o de colocar en el extranjero las mercancías o los capitales que el mercado interior no puede absorber"; por consiguiente, los principales responsables de las guerras son

propuesta por Hobson era la aplicación de un esquema tributario redistributivo, en donde habría como consecuencia consumo y justicia en el país, y paz en el exterior.

Más tarde, en una de sus obras "La crisis del liberalismo" (1909) el autor construye una vindicación de la reforma social, y un primitivo Estado de bienestar.

Lo anterior, para Merquior, autor del "Liberalismo viejo y nuevo" se traducía en cierto grado de propiedad pública del suelo que permitiera una vivienda decente, transporte público; convirtiendo en panacea la redistribución fiscal del ingreso, y concluyendo que no se requería entonces de un sistema económico completamente diferente al capitalismo.

Por otra parte, Hobhouse distinguió la aparición de formas de existencia cada vez más altas gracias a la colaboración y altruismo, lo que hace destacar una base progresiva de la "libertad para" de Green; no obstante el aparato institucional estaba cimentado por agencias de bienestar social financiadas por una tributación con orientación social.

Para Hobhouse el nuevo liberalismo era el de los derechos concedidos por la sociedad pero para conformar el crecimiento del individualismo susceptible a la idea de libertad como derecho a dar "lo mejor de uno mismo".

los financieros, siendo el mejor medio de luchar contra la guerra el modificar la distribución del poder adquisitivo y el ofrecer posibilidades de inversión en el interior de las fronteras; para conseguirlo hay que substituir a los actuales oligarcas financieros por un Gobierno nacional y democrático." **Jean Touchard**; **Op. Cit.**, p 538.

Este nuevo liberalismo y su tendencia, se deshicieron del Estadofobia del liberalismo temprano, sin incurrir en el estatismo; concluyendo que este liberalismo social se asimilaba más al liberalismo clásico que al socialismo.

2.- Los neoliberalismos

Veo una multitud innumerable de hombres semejantes e iguales, que dan vuelta sin descanso. Cada uno de ellos, mantenido aparte, es como extraño al destino de todos los demás: sus hijos y sus amigos forman, para él, toda la especie humana, en lo que se refiere a sus conciudadanos, esta a su lado, pero no los ve; los toca y no los siente; no existe más que en sí mismo y para el solo, y, si le queda todavía una familia, por lo menos se puede decir que ya no tiene patria.

Por encima de ellos se alza un poder inmenso y tutelar, que el solo se encarga de asegurar su bienestar y velar por su suerte. Es un poder absoluto, detallado, regular, previsor y suave. Se parecería al poder paterno si, como él, tuviese como objeto preparar a los hombres para la edad viril, pero no persigue, al contrario, más que mantenerlos irrevocablemente en la infancia, le gusta que los ciudadanos se diviertan, con tal de que no piensen más que en divertirse. Trabaja a gusto por su felicidad, pero quiere ser su único agente y su único árbitro, provee a su seguridad, prevé y asegura sus necesidades, facilita sus placeres, conduce sus principales asuntos, dirige su industria, regula sus sucesiones, divide sus herencias, ¿no puede suprimirle por completo el trastorno de pensar, y el trabajo de vivir?

Alexis de Tocqueville

A modo de introducción y siguiendo al maestro Guillermo Floris Margadant, se puede observar un florecimiento del liberalismo en tres ciclos, a los que él ha llamado "paleoliberalismo (todavía dominado por el optimista principio de *laissez faire-laissez passer*, y una ciega

confianza en la eficacia de la *invisible hand* que ya coordinará el beneficio social con los beneficios individuales); luego el mesoliberalismo, que amplía el papel del Estado hacia la lucha contra los monopolios, para que el nuevo dictador de la economía, el mercado, pueda imponer su voluntad gradualmente, a través de una serie ininterrumpida de minicambios, por pequeños pasos, sin verse perturbado por megadecisiones dictadas por importantes conglomerados de poder económico. Además, se inicia la admisión gradual, en un país tras otro, del fenómeno de los sindicatos y las huelgas.

Y finalmente, sobre todo desde finales de la segunda guerra mundial, se hace de manifiesto el neoliberalismo.

Este, a causa de la larga convivencia de estas últimas generaciones con ideas socialistas, desde dentro del propio país o que nos hayan llegado del nivel dogmático supranacional o desde varios ejemplos prácticos extranjeros ... tiene un carácter más humanitario que las fases precedentes, ...

En el neoliberalismo, lo económico, lo estatal-institucional y la visión ético-social siempre se encuentran entrelazados en una relación de reciprocidad, de *feedback*.²⁴⁴

En sus inicios el liberalismo contendió fundamentalmente por las libertades *de (v. gr. de prensa, de palabra, de reunión, de asociación, de religión, de intervención en el poder político, de participación económica de los individuos)*, y por ello demandaba un no-obstáculo por parte del Estado y una garantía de los derechos individuales, civiles y políticos. Ahora, el neoliberalismo, va más allá reivindicando

²⁴⁴ **Guillermo Floris Margadant S.**; *El viejo Burke y el nuevo liberalismo*; México: Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México y Universidad Autónoma de Tlaxcala, 1994, pp. 23. y ss.

las libertades *respecto de* (dicho de otra manera, de las ausencias, del miedo, de la ignorancia), es decir, de la *oportunidad*, y para la consecución de estos fines, se renunció al principio de la no-intervención estatal, tanto en la vida económica cuanto en la social. Así, para el liberalismo el problema de armonizar la libertad económica y la justicia social se ha presentado, como un problema práctico de correspondencia de los medios con los fines; y de este modo ha podido hacer una notoria contribución realista al reformismo democrático.

Consecuentemente, se logra entender mejor el liberalismo occidental contemporáneo en los diversos pensadores o en las diversas escuelas interesadas en la política económica y en la política social: L. Einaudi, W. Röpke, Beveridge, la escuela keynesiana, la escuela de Friburgo (W. Eucken) y la escuela de Chicago (M. y R. Friedman, y F. H. Hayek). Empero de que todos supeditan la solución de la cuestión social a la justicia y a la libertad; estas escuelas se distinguen entre sí por el mayor o menor temor de que el Estado asistencial lleve inevitablemente al fin del liberalismo.

Uno de estos estudiosos, Wilhem Röpke escribió "entre un sistema de organización social que se abandona a las fuerzas autorreguladoras del mercado y la permanente redistribución de ingresos destinados a implantar la igualdad, existe una contradicción que a la larga resulta insostenible. Uno de los dos factores tiene que ceder: o la economía libre o el Estado Benefactor."²⁴⁵

²⁴⁵ **Salvador Cárdenas**; Apuntes del curso de Ciencia Política, Licenciatura de Derecho; México: Universidad Panamericana, 1992.

La respuesta del liberalismo al desafío del socialismo presenta es, la respuesta más aguda, porque la instrumentación concreta con la que se deben realizar estas libertades *respecto de* corren el peligro de comprometer la esencia del liberalismo: las libertades *de*. En otros términos, la diferencia entre el liberalismo y el socialismo, no consiste tanto en la mayor o menor velocidad con que se pretende llevar a cabo las reformas, sino en el "grado" de la intervención estatal o en la estrategia general del desarrollo social que puede conducir a un Estado asistencial o a un Estado social.

Continuando, se puede partir de una aseveración de Keynes según la cual los sistemas políticos democráticoliberales demuestran con hechos su superioridad al garantizar al mismo tiempo un máximo de eficiencia económica, de justicia social y de libertad individual. Este juicio es útil no para confirmar -o no- la superioridad de los sistemas democráticos sobre los socialistas, sino para establecer los elementos problemáticos insertos en la coexistencia de valores tan diversos, siempre y cuando, por libertad no se entienda una mera situación garantizada por la ley. Dicho en otras palabras, se trata de considerar, si la respuesta al problema de la eficiencia económica con la aceptación de la inferencia de la técnica, o al de la justicia social con el fortalecimiento del Estado administrador, es compatible con el ejercicio por parte del individuo de una libertad política y social efectivas: en resumen, si el Estado de bienestar es un Estado liberal.

La lucha contra la pobreza, no siempre ha tenido como resultado un aumento en la injerencia política: el que ha salido beneficiado ha sido más bien el tiempo libre de los ciudadanos, y no la activación de sus libertades políticas, y en cambio, ha prevalecido la indolencia y desinterés.

"Con la transición de los realmente pobres de una posición mayoritaria a una relativamente minoritaria se produjo un cambio en su posición política. La identificación de un político con las personas pertenecientes al estrato social más ínfimo había dado lugar en el pasado a los reproches de las personas acaudaladas. ... En la actualidad, un político que habla en nombre de los pobres lo hace en nombre de una minoría pequeña y, en general, desarticulada. Por consiguiente, el moderno político liberal no forma en las filas de los miembros de la comunidad azotados por la pobreza sino en las mucho más numerosas de la gente que disfruta de los ingresos mucho más opulentos ...

Por consiguiente, una faceta notable de los esfuerzos para socorrer a los pobres durante estos últimos años ... ha consistido en su absoluta falta de cualquier tipo de atractivo político. Los políticos se han dado cuenta de que era posible tratarlos con indiferencia y aún en ciertos casos mofarse de ellos. ... ²⁴⁶

Al mismo tiempo, la sociedad del bienestar ha engendrado una forma de desorientación, por la que han irrumpido en crisis los fines del desarrollo económico, en la medida en que al bienestar de vastas áreas de población se contraponen los dispendios y zonas de miseria, los estragos ecológicos, y la indiferencia política. Finalmente, la lucha contra la pobreza, realizada a través de la maximización de la eficiencia del sistema económico, ha llevado a una desaparición progresiva del mercado, como espacio abierto y libre, en favor de una economía administrada desde el propio Estado, por medio de la planificación. Sin duda, ha ido desapareciendo cada vez más la distinción entre Estado y sociedad civil.

La contienda contra la ignorancia ha tenido éxitos en algunos países, a través de la ampliación de las estructuras educativas. Pero tampoco esta lucha ha hecho sustancialmente más libre al individuo en su relación con la sociedad. Es por ello, que las propias demandas de la sociedad tecnológica han conducido a una marginación de la *Kultur* y a la propagación de un conocimiento que se puede valorar

²⁴⁶ **John Kenneth Galbraith**; *La sociedad opulenta*; trad. Carlos Grau Petit, traducción cedida por Editorial Ariel, S. A.; España: Ed. Planeta-De Agostini, 1993, pp. 274-275.

técnicamente; consecuentemente las instituciones educativas se inclinan menos a la formación de una conciencia crítica, con nociones que se encuentren a la medida de los tiempos y que ayuden para vivir críticamente el presente, y más aún, dentro del fraccionamiento del saber.

Del mismo modo, la batalla contra la inseguridad, para imponer la libertad del miedo, es decir, tutelar a los desempleados e indigentes, los enfermos y los ancianos, los marginados y los discriminados, ha creado la proliferación de un sinnúmero de instituciones gubernamentales, generalmente inoficiosas, tratando de suministrar seguridad pero desarrollando al mismo tiempo, una función propia de la sociedad civil. (Cf. *infra* p. 103), El Estado interviene así en asuntos distintos de los tradicionales,²⁴⁷ respecto de la defensa del derecho y del orden público, puesto que establece un cúmulo de servicios para toda una serie de fines sociales que están sentenciados a incrementarse cada vez más. Esto conlleva, por un lado, a la limitación de las posibilidades de elegir por parte del individuo en cuestiones elementales de su vida, como la salud, la educación y la vejez; y, por el otro, la acción paternalista del aparato burocrático que estiman discrecionalmente las necesidades del ciudadano, actuando sin controles y sin una participación efectiva de los interesados. Por consiguiente, favorece la apatía política de los ciudadanos, supeditándolos a recibir cada vez más del Estado paternalista, realizando así una catarsis entre los individuos y el sistema político.

²⁴⁷ Esta actitud del Estado me recuerda a simonía, que "consiste en la deliberada voluntad de comprar o vender por un precio temporal una cosa espiritual o aneja a algo espiritual". **Gran Enciclopedia Rialp**; Madrid: Ed. Rialp, 1971, Tomo XXI, *sub voce* Simonía, p. 398.

El Estado neoliberal actualmente está consciente de que, para refutar algunas de las "bondades" del socialismo, se encuentra ante la disyuntiva entre el Estado asistencial, y el Estado mínimo,²⁴⁸ que responsabilice a los ciudadanos -individual o gremialmente- mediante el libre mercado. Porque, aún cuando para algunos teóricos del neoliberalismo el Estado de bienestar conduce irremediabilmente a una sociedad íntegramente administrada, en la que no hay cabida para el liberalismo, y que marca el fin del Estado liberal; hay que aclarar que el Estado de bienestar no representa en sí mismo una forma de Estado, sino que es una idea directriz de empresa (Institución) que se personifica en diversos momentos históricos, adquiriendo así un carácter cíclico.

El objetivo total es dilucidar ¿cuándo y por qué se personifica esa Institución?.

El Estado asistencial se personifica porque el fantasma de la cuestión social no ha sido conjurado, y cada que el Estado requiere paliar sus efectos se incorpora al sistema político.

Es por eso que se torna indispensable dejar atrás discusiones bizantinas respecto de las posibles consecuencias "catastróficas" del Estado de bienestar en el Estado liberal, abriendo paso a un gobierno guiando el timón y no remando.

...
-¿Y qué diremos del piloto? ¿El verdadero piloto es jefe de los marinos o marino?

²⁴⁸ El Estado mínimo es "El Estado gendarme de la teoría liberal clásica, limitado a las funciones de protección de todos sus ciudadanos contra la violación, el robo y el fraude y a la de hacer cumplir los contratos ." **Robert Nozick; Anarquía, Estado y Utopía**, trad. Rolando Tamayo; México- Ed. Fondo de Cultura Económica, 1990, p 39.

-Jefe de los marinos.

-En nada, pues, se ha de tener en cuenta, creo yo, que navega en el bajel, no por ello se le ha de llamar marino; pues no por navegar recibe el nombre de piloto, sino por su arte y el mando de los marinos.

-Verdad es -dijo.

...²⁴⁹

²⁴⁹ **Platón**; La República; introducción Manuel Fernández-Galiano y trad. Manuel Fernández-Galiano; Madrid: Ed. Alianza Editorial, 1999, p. 93.

Capítulo III

Coyuntura del cambio de gobierno en el año

2000

1.- ¿Un Estado ultramínimo o un Estado liberal con visión empresarial?

Pero, volviendo a los hombres que valor, y no por ministerio de la fortuna, llegaron a ser principes, no adquieren su soberanía sin trabajo, pero la conservan fácilmente, y las dificultades con que tropiezan, al conseguirla, provienen en gran parte de las nuevas instituciones que se ven obligados a introducir, para fundamentar su Estado y para proveer a su seguridad. Notese bien que no hay cosa más ardua de manejar ni que se lleve a cabo con más peligro ni cuyo acierto sea más dudoso que el obrar como jefe, para dar estatutos nuevos, pues tiene por enemigos activísimos a cuantos sacaron provecho de los estatutos antiguos, y que aun los que pueden sacarlo de los recién establecidos suelen defenderlos con tibieza suma, tibieza que dimana en gran parte de la escasa confianza que los hombres ponen en las innovaciones, por buenas que parezcan, hasta que no hayan pasado por el tamiz de una experiencia sólida.

Maquiavelo

México en el umbral del siglo XXI, se ve ante la disyuntiva ¿un Estado ultramínimo o un Estado liberal con visión empresarial?.

Para poder tomar partido respecto de uno u otro, analizaré resumidamente las dos siguientes alternativas:

El Estado ultramínimo propuesto por Robert Nozick, es aquel que "mantiene un monopolio sobre todo el uso de la fuerza, con excepción del que es necesario en la inmediata defensa propia y, por tanto, excluye la represalia privada (o la proporcionada por una agencia) por daño y para exigir compensación. Sin embargo, *únicamente* ofrece protección y servicios de ejecución a aquellos que compran sus pólizas de protección y aplicación. Las personas que no contratan protección con el monopolio no obtienen protección..."²⁵⁰

Este Estado, resulta sacado de un futurismo incierto, en el que parece dejar desamparados o mal protegidos algunos derechos de las personas, cuyo único fundamento es la no violación –también– de algunos derechos.

Dejar aquí el análisis de este orden resultaría abominable para el propio Nozick, pero en lo personal prefiero abocarme al planteamiento y análisis de mi hipótesis un Estado liberal con visión empresarial que se convierte en la segunda opción.

Por que si bien es cierto que, desde Francisco Suárez prevalece la idea de que ninguna forma de gobierno tiene insuflor divino; y que, desde Churchill se considera a la democracia como la forma menos mala de gobierno; lo cierto es que el liberalismo primigenio encarna los valores

²⁵⁰ Robert Nozick; *Op. Cit.*, p. 39.

del desarrollo de la persona que más se acerca al modelo de *auto-poesis* de Aristóteles.²⁵¹

Por ello iniciaré hablando de un "modelo" de Estado liberal, cuyo estudio no resulta del todo ocioso, porque cuando se extraen los elementos del pensamiento liberal, se decantan las características fundamentales y se desechan las circunstancias que lo determinan en un tiempo y espacio, se obtiene el modelo de un Estado con ideología liberal. En otras palabras es una Institución²⁵² con todas y cada una de las características planteadas por Maurice Hauriou.

Dando como resultado una idea directriz que se personifica de momento a momento con detalles cambiantes que la hacen temporal e histórica, permitiendo un "orden" personificado cuasi perpetuo.

Esos principios constantes que se han presentado concatenados en el tiempo y espacio son los siguientes:

- a) La defensa de la libertad del individuo y el obtención de la felicidad, mediante la satisfacción de sus necesidades materiales.

²⁵¹ "Distingue Aristóteles cuidadosamente en la Etica a Nicómaco entre un obrar valioso y un hacer cosas valiosas. Al uno le llama *praxis*, y al otro *poiesis*. *Poiesis*, que sólo ha sobrevivido en la palabra «poesía», ha desaparecido como expresión de todo quehacer productivo. **José Luis Ramírez; Democracia como estructura y como forma de vida Síntesis de la experiencia nórdica de un emigrante mediterráneo.** Seminario sobre variedades y límites de la democracia. Universidad Menéndez Pelayo, Valencia 6-10 de septiembre de 1993.

²⁵² " .. una institución es una idea de obra o empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social ." **Maurice Hauriou; La Teoría de la institución y de la Fundación (Ensayo de vitalismo social);** traducción del francés, prólogo y bibliografía del autor Arturo Enrique Sampay; Buenos Aires; Ed. Abeldo-Perrot, 1968, p 39.

- b) La premisa de que todo individuo es racional.
- c) La racionalidad del individuo presupone una organización política igualmente racional, electiva y participativa.
- d) El interés propio y su consecución, se convierten gracias al utilitarismo de Bentham, en el principio moral.
- e) El bien común es la maximización de la suma de los bienes individuales.

No obstante, la idealización de estos principios ha originado los envilecimientos, que son de todos conocidos; pero a pesar de ello, son rescatables algunos elementos, a saber:

La consideración de la persona individual en calidad de inviolable y la vida humana sagrada, aún cuando esta última presenta sus bemoles (v. gr. El aborto y la pena de muerte), como objetivos primordiales del sistema político liberal.

La desviación de este individualismo es la merma de la importancia del todo social, que no es la suma del bien de todos los individuos.

La elegibilidad de la forma de gobierno y la participación de los individuos en ella, y que para que sean legítimos deben basarse en el consentimiento del pueblo.

Finalmente, este sucinto análisis, resultaría estéril, sino se incorporan estos principios a los de un Estado en transición.

-¿Cómo lograrlo?-

2.- La transición democrática

El hambre es incompatible con la democracia, pues torna
al individuo inapto para el oficio de ciudadano

Abdou Diouf

La empresa no es fácil, porque el principal problema para instaurar estos principios, es a través de una la reforma de las instituciones que deben respaldar los cambios económicos y sociales de un Estado.

Y en México, no hubo cambios reformistas sustanciales, porque, en México los ideales de la Revolución de 1910, plasmados en la Constitución de 1917, se convirtieron en cimiento de la "unanimidad mexicana", supeditando la validez de cualquier tema político a dicho hito.

"Todos los grandes temas públicos –hace observar Scott– son enfocados, considerados, aceptados o rechazados en términos de lo que supuestamente representa la Revolución, y ningún proponente serio de casi ninguna cosa soñaría siquiera con olvidarse de reclamar legitimidad para su punto de vista, para lo cual rotularía de voz auténtica de la revolución."²⁵³

La Revolución no sólo permitió el surgimiento de nuevas instituciones políticas, sino que al mismo tiempo le concedió autonomía respecto de las fuerzas sociales y jurisdicción sobre ellas.

²⁵³ **Robert E. Scott**, citado por **Samuel P. Huntington**: *El orden político en las sociedades en cambio*; trad. Floreal Mazia; España: Ed. Paidós Ibérica, 1996, p. 281

Posteriormente quien hizo suya esta autonomía y autoridad fue El Partido, mismo que constituía y para algunos todavía sigue constituyendo un marco eficaz para aglutinar a las distintas facciones, conformando en el propio partido una política de cuerpo; que gracias a la institucionalización de la convergencia de las divergencias, sucedió al anterior régimen pretoriano de abiertos enfrentamientos y violencia.

Hoy, después de muchas décadas, y aún con la secuela democrática que México vivió el 2 de julio de 2000, se hace más patente que nunca la necesidad de una reforma; contrariamente a los que consideran se requiere de una transformación vertiginosa, absoluta e inclusive violenta del sistema político y sus actores en general.

No obstante lo anterior, en lo personal, sostengo que lo que se precisa es un cúmulo de modificaciones de acotado alcance y de mesurada velocidad en el liderazgo, en el plan de gobierno y en las instituciones políticas, es decir, una reforma y no una revolución.

En palabras de Hirschman, una reforma es un cambio en el que "se frena el poder de grupos hasta entonces privilegiados y mejora correspondientemente la situación económica y la posición social de grupos carentes de aquellos privilegios."²⁵⁴

Empero, el camino de la reforma resulta más difícil que el de la revolución; y este escollo deriva de 3 carices fundamentales que enfrenta el reformador.

²⁵⁴ **Albert O. Hirschman**, citado por **Samuel P. Huntington**; **Op. Cit.**, p. 303.

- 1.- Para triunfar tiene que contender en varias líneas de fuego a la vez, consiguiendo que sus enemigos u oponentes se tornen en partidarios.
- 2.- Contar con la agudeza política necesaria para convertir en realidad las propuestas de reforma.²⁵⁵
- 3.- Resolver la graduación de las prioridades y las opciones entre los distintos modelos de reformas.

Las reformas cuando dejan de ser utopías se convierten en realidades, dando acceso a la transición,²⁵⁶ que hoy se ha convertido en un fenómeno mundial; primero fueron Portugal y España, e inmediatamente después Latinoamérica. Este movimiento reformista

²⁵⁵ Cabe destacar que algunos doctrinarios como Mannheim, consideran a las reformas como utopías "... todas aquellas ideas que no encajan en el orden corriente, concreto y *de facto* se designan como 'irreales' o trascendentes a la situación. . . Las utopías trascienden también la situación social, pues orientan la conducta hacia elementos que no contiene la situación, tal como se halla realizada en determinada época. Pero no son ideologías, es decir, no son ideologías en cuanto se logran, por una contraactividad, transformar la realidad histórica existente en algo que esté más de acuerdo con sus propias concepciones." **Karl Mannheim; ideología y Utopía**; trad. Salvador Echavarría; México: Ed. Fondo de Cultura Económica, 1993, pp. 171-172.

²⁵⁶ "Entendemos por transición el intervalo que se extiende entre un régimen político y otro. . . Las transiciones están delimitadas, de un lado, por el inicio del proceso de disolución del régimen autoritario, y del otro, por el establecimiento de alguna forma de democracia, el retorno a algún tipo de régimen autoritario o el surgimiento de una alternativa revolucionaria. Lo característico de la transición es que en su transcurso las reglas del juego político no están definidas. No sólo se hallan en flujo permanente sino que, además, por lo general son objeto de una ardua contienda cotidiana; los actores luchan no sólo por satisfacer sus intereses inmediatos y/o los de aquellos que dicen representar, sino también por definir las reglas y procedimientos cuya configuración determinará probablemente quiénes serán en el futuro los perdedores y los ganadores. ..." **Guillermo O'Donnell y Philippe C. Schmitter; Transiciones desde un gobierno autoritario /4 Conclusiones tentativas sobre las democracias inciertas**; trad. Leandro Wolfson, supervisión de la traducción de Oscar Oszlak; España: Ed. Paidós Ibérica, 1994, pp. 19 y 20.

continuó en los años ochenta en América del Sur y el Caribe, culminando posteriormente con el derrocamiento de las dictaduras de Europa del Este, y finalmente de la propia Unión Soviética, sin dejar de percibir las divergencias abisales.²⁵⁷

Empero de lo anterior, las reformas sólo toman vida cuando están organizadas, y esta organización se logra convencionalmente a través de un partido político –no es la única forma-;²⁵⁸ cuestión que se

²⁵⁷ "A pesar de las diferencias abismales entre las dictaduras latinoamericanas y las llamadas democracias populares, podemos encontrar rasgos comunes en uno y otro régimen que fueron causales poderosas conducentes a su desaparición. La deficitaria gestión del sector público de la economía en América Latina fue más o menos igual a la deficiente administración de la economía centralizada de los países del Este.

El endeudamiento externo que encadenó las economías de América Latina a los centros financieros de las naciones industrializadas es un fenómeno observado con idéntica intensidad en Hungría, Polonia, Yugoslavia y Checoslovaquia y aun la Unión Soviética ...

La opresión política fue tolerada en América Latina al igual que en Europa del Este mientras la gestión económica satisfizo medianamente las necesidades fundamentales de los pueblos, pero cuando se hizo patente el retroceso industrial y el descenso del nivel de vida de sus habitantes, la rebelión de las masas quedó planteada como la única solución a la crisis." **José Francisco Peña Gómez** "Perspectivas comparadas de la transición democrática de Europa y América Latina" **Carlos Barba Solano, José Luis Barros Horcasitas y Javier Hurtado;** (Compiladores) Transiciones a la democracia en Europa y América Latina; México: Ed. Miguel Angel Porrúa, 1991, pp. 618 y 619.

²⁵⁸ "La movilización de nuevas personas en nuevos papeles de modernización conduce a una sociedad más amplia y diversificada que carece de la comunidad 'natural' de la familia ampliada, la aldea, el clan o la tribu. Como es una sociedad mayor, cuyos límites son determinados a menudo por la modernización es con frecuencia 'plural', y abarca muchos agrupamientos religiosos, raciales, étnicos y lingüísticos. Estos agrupamientos comunales pueden existir en la sociedad tradicional, pero su bajo nivel de participación política reduce los problemas que plantean para su integración. Pero a medida que se extienden hacia abajo la esfera de movilización social en dichos grupos comunales, se intensifican los antagonismos entre ellos. El problema de la integración de fuerzas sociales primordiales en una sola comunidad política nacional se hace cada vez más difícil. La modernización también crea y lleva a la conciencia y actividad políticas a grupos sociales y económicos que no existían en la sociedad tradicional o que se encontraban fuera de la esfera de su política. O dichos grupos son asimilados al sistema político, o se convierten en una fuente de antagonismo y revolución contra el sistema. El logro de la comunidad política en una sociedad en modernización implica, pues, la integración 'horizontal' de grupos comunales y la

confirma al observar que en los países en modernización existen en la arena política diversos partidos políticos,²⁵⁹ -que sean o no oposición, para estos efectos no importa- lo que resulta sobresaliente es que también exista una política de represión respecto de los partidos opositores al partido en el poder.

Después de mucho tiempo en México se abre la brecha que puede permitir la consolidación del cambio; sin embargo, no hay que negar que México ha llegado tarde al proceso de las transiciones –desde un *ancient regime sui generis*-, y no por ello su posición es menos difícil que el de las demás. Muestra de ello se manifiesta cuando Lugo Galicia se refiere a “la sentencia del experto Alan Knight, que señaló en alguna ocasión que el proceso de transición a la democracia en México tomaría doscientos años, considerando los parámetros de la historia de la Gran Bretaña, como la revolución gloriosa que llevó a los *Orange* a la corona británica y el Acta del Parlamento. ¡Doscientos años sin duda es un tiempo largo que no está dispuesta la sociedad mexicana a aceptar, con justificada razón!”.²⁶⁰

Coincido plenamente con el primero, porque si bien es cierto, que este paso hacia un ciclo social abierto, a veces es discernible por factores como su duración y naturaleza, es igualmente cierto que también deviene de las perspectivas coyunturales anejas a las transformaciones.

asimilación ‘vertical’ de clases sociales y económicas.” **Samuel P. Huntington; Op. Cit.**, p. 349.

²⁵⁹ Sobre los partidos políticos, consúltese el libro clásico de **Maurice Duverger; Los partidos políticos**; trad. Julieta Campos y Enrique González Pedrero, México: Ed Fondo de Cultura Económica, 1994

²⁶⁰ **Miguel Angel Lugo Galicia; El doble voto simultáneo en México**, ARS IURIS número 21 Revista del Instituto de Documentación e Investigación Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana; México: 1999, p. 64.

Al hablar de la transición no me limito a una sola forma de ser de dichos cambios, es más algunos politólogos se refieren a varias formas que pueden tomar estas; y sin profundizar mucho en el tema, citaré a Philippe C. Schmitter que plantea cuatro posibles resultados en las transiciones desde regímenes autocráticos o autoritarios:

"El primero es una *regresión a la autocracia*. Este resultado es el más probable ... la mayoría de los países recayeron después en un régimen autocrático, a veces mejor y a veces peor que el anterior. ...

...

La segunda posibilidad es la *congelación de un régimen híbrido* que no alcanza el mínimo procedimiento democrático, pero no regresa al *statu quo* anterior. ... no es una solución estable, viable a largo plazo, sino una improvisación para ganar tiempo y que podría dar lugar tanto a un retroceso como un avance hacia la democracia.

...

La tercera posibilidad, lógicamente factible, la que me parece en cierta forma insidiosa y peligrosa ... Yo la denominaría la *democracia no consolidada*. Son regímenes o sistemas políticos condenados a la democracia sin poder gozar de ella. Es una situación donde hasta el mínimo procedimiento democrático está respetado: Es decir, hay elecciones más o menos frecuentes y más o menos honestas, hay libertad de expresión; hay grupos de interés independientes; hay movimientos sociales activos, etcétera, pero no se consolidan las reglas del juego.

...

La cuarta posibilidad, la mejor, es la *democracia consolidada*, con base en esas famosas reglas del *fair-play*, tolerancia y competitividad entre actores políticos.²⁶¹

Tras este panorama, siendo sensata, sólo vislumbro para México el "régimen híbrido", que describía Schmitter, pero queriendo darle un voto más, pero ahora de confianza, considero, parafraseando a dicho teórico que el nuevo régimen alcanzará cuando menos el mínimo procedimiento democrático.

En esta postura, no soy la única, otros como Lorenzo Meyer, tienen expectativas aun más ambiciosas:

"El tercer (posible) modelo:

Con el triunfo de un candidato presidencial de oposición, se cerró el ciclo del modelo político creado por la postrevolución. En el 2000 coincidieron en México un nuevo siglo y un nuevo régimen. Pero a diferencia de lo que ocurrió en el pasado, en esta ocasión la ruptura fue pacífica y el Estado no desapareció. La institucionalidad y la legalidad no se rompieron, hubo continuidad.

La nueva Presidencia se inicia teniendo como base y como límite el imperativo democrático. La legitimidad no le nació del triunfo militar como en el pasado, ni de las reformas sociales o del populismo, sino de las urnas y sólo de las urnas.

Es cierto que el nuevo presidencialismo tiene como punto de partida al elemento carismático del líder -difícilmente podría haber sido de otra forma-. Sin embargo, desde el principio ese carisma está limitado

²⁶¹ **Philippe C. Schmitter** "Cinco reflexiones sobre la cuarta onda de democratizaciones" **Carlos Barba Solano, José Luis Barros Horcasitas y Javier Hurtado; Op. Cit.**, pp.104 y ss.

por las reglas formales del marco constitucional. El próximo Presidente va a asumir el poder respaldado por el 42 por ciento de los votos, pero por ello mismo deberá enfrentar a un Congreso donde hay una oposición sustantiva y una mayoría de los gobiernos estatales va a estar, al menos por un tiempo, también en manos de la oposición. Y el propio partido del Presidente, el PAN, no es la sumisa maquinaria que hasta hace poco era el PRI frente al Poder Ejecutivo, sino una organización ya arraigada y con poder e intereses propios.

Finalmente, la nueva Presidencia va a actuar en un entorno donde los medios de información ya se han acostumbrado a una cierta independencia y donde la sociedad civil, aunque débil, existe, se organiza y actúa por su cuenta.

El nuevo Presidente puede intentar, como ya se asegura o se teme, convertirse en el centro de una coalición de las poderosas fuerzas de derecha que ya están actuando como si les urgiera recuperar el tiempo perdido. Y esa derecha representa los intereses de los pocos, de los muy pocos. Sin embargo, la pluralidad de centros de poder ya existente -la poliarquía- ya existe y es muy difícil que se le pueda ahogar. Por ello el tercer modelo tiene la posibilidad, aunque no ofrece la seguridad plena, de llevarnos, por fin, a un justo medio. Y ese sitio es uno donde haya un Presidente fuerte pero no al punto de que se apodere de la Presidencia, y una Presidencia fuerte, pero no al punto que ahogue a los otros actores. El que esto ocurra depende menos del Presidente y más de nosotros."²⁶²

²⁶² **Lorenzo Meyer**; Tres modelos de Presidencia y de Presidente; Periódico Reforma, Sección A Editorial, México: 14 de septiembre de 2000.

3.- La construcción del Estado de derecho y de las instituciones políticas

La mayoría, al crear un régimen democrático nuevo, está impresionada por su propia fuerza y por la debilidad de los sectores sociales identificados con el régimen anterior. Siente frecuentemente que su tarea es no sólo establecer un marco institucional para el proceso democrático, sino asegurar en la constitución de muchas decisiones políticas sustantivas. Sobre esta base, toda oposición a estas políticas es considerada antidemocrática más bien que un esfuerzo para cambiar las decisiones de la mayoría temporal.

Juan J. Linz

Continuando con la transición, la experiencia reciente indica que las prioridades para los Estados que emigran de regímenes autoritarios o que han liberalizado sus economías son las siguientes:

- 1.- La instauración o fortalecimiento del Estado de derecho.
- 2.- El garantizar el ejercicio pleno de los derechos humanos y la difusión de normas que los afecten.
- 3.- La existencia de un sistema judicial que funcione de manera equitativa es la piedra angular de la democracia, lo que supone una sociedad convenientemente organizada para disciplinar a los funcionarios públicos.

- 4.- Un poder legislativo que ejerza un auténtico poder y asuma verdaderas responsabilidades.
 - 5.- Participación de los actores políticos y sociales en la selección e importación de modelos de gobierno e instituciones.
-

Dichas prioridades son también indispensables para la globalización de los mercados.

Esta transición será viable si se reconstruye el Estado y especialmente su estructura, y dicha reconstrucción se basa en los pilares de un Estado de derecho, lo que implica una separación real de los poderes del gobierno; en la que los poderes legislativo y judicial asuman sus responsabilidades y cooperen mutuamente en el fortalecimiento de su encomienda y sin intromisión en la esfera de atribuciones de los otros dos poderes; puesto que en ocasiones una sección de los mismos se convierte en una *Prokuratura* –un órgano absolutamente autónomo–, dotado de amplias facultades de supervisión a todos los niveles de la administración pública; y para enmendar esta situación es indispensable establecer una nueva cultura jurídica basada en los principios del Estado de derecho consagrados a nivel constitucional.

Igualmente para que la instauración del Estado de derecho funcione se requiere de una sociedad civil suficientemente organizada para disciplinar a *staff* burocrático, y que las nuevas leyes que se dicten sean producto de la negociación de sus legítimos intereses; porque es común a los Estados que atraviesan de un régimen autoritario a un régimen democrático el importar modelos, sin reparar que no funcionan como “recetas de cocina”; por ello en la importación de modelos debe atenderse a las necesidades propias y a las

características específicas del Estado receptor, –tropicalización– como por ejemplo una revisión de los principios democráticos de su pasado natural.

Hoy contamos en México con una legislación abundante, sin embargo el contexto para su aplicación sigue siendo frágil, y en poco ayuda lo bajo de las remuneraciones y la creencia de los funcionarios de estar incondicionalmente al servicio del Estado.

El poder judicial no puede seguir considerando como un coto de poder la impartición de justicia, aun cuando sea una *nomenklatura* sólidamente arraigada que resulta difícil de abandonar; en el poder legislativo se debe armonizar la legislación con las normas y criterios internacionales en material de derechos humanos y libertarios y transformar el criterio de que la ley no es un instrumento de castigo en manos del Estado sino un medio para proteger los derechos de la ciudadanía frente a éste; así como la creación de una estructura legal orientada hacia el mercado, que permita la transparencia y la apertura del sistema jurídico.

La debilidad gubernamental ha favorecido la corrupción y las causas son las bajas remuneraciones de los servidores públicos de menor nivel, la escasa vigilancia de dichos funcionarios y la falta de vocación de servicio público.

En otro orden de ideas, y para lograr que este nuevo régimen convierta al Estado en un empresario se requiere que adopte las siguientes características:

- a) Postergar el papel unidimensional del gobierno: recaudar impuestos y proveer servicios.
- b) Que sea un gobierno catalizador, que tome el timón y no los remos.
- c) Que promueva la inversión privada.
- d) Que se allegue de mano de obra voluntaria.
- e) Que busque la solución a los problemas de insumos y servicios los busque equilibradamente entre el sector público y el privado.
- f) Que el adelgazamiento de la burocracia, no se solucione solamente con despidos masivos.
- g) Que el modelo a seguir sea un gobierno que hace más obras, pero gaste menos.
- h) Que haga ofrecimientos quid pro quo, de ninguna manera implican el socavamiento del poder
- i) Que la privatización no es la única solución.
- j) Prevenir en lugar de curar.

Pero la más importante es, que no deben solamente tomarse como características, sino como razón de Estado, y que se resume en la siguiente máxima "Canar en lugar de gastar".

Los Estados que han optado por tornarse en empresarios han comenzado a instaurar sistemas que separan las decisiones políticas de la prestación de servicios.

Hay que desprenderse de los principios del "New Deal" (supra p. 84) que han hecho prevalecer la fórmula de "más gobierno, menos sociedad).

3.1.-El camino al Estado de derecho en la visión liberal-empresarial, algunas experiencias de Derecho comparado.

De un extremo a otro del planeta, la instauración de "un estado derecho" es prioridad en aquellos países que salen de regímenes autoritarios o que han liberalizado su economía. Las leyes aprobadas y sobre todo aplicadas responden a una aspiración creciente: garantizar el pleno ejercicio de los derechos humanos. Son también indispensables para integrarse en la mundialización de los mercados. Pero aún queda largo camino por recorrer.

Países en transición: en nombre de la ley

En el ámbito mundial, se perciben cambios unas veces pacíficos, otras violentos, pero las constantes de estas transformaciones son la crisis de los gobiernos, la incapacidad de los Estados de garantizar un mínimo de libertad, de democracia y sobre todo de desarrollo económico a los individuos.

Para este análisis me guiaré de diversos artículos publicados por la UNESCO, uno del cual me permito transcribir la siguiente nota, que ejemplifica la situación laboral de los abogados en los Estados en transición.

"El Estado en situación desventajosa

... La oficialización del sistema judicial y del ejercicio de la profesión de abogado puede disminuir la capacidad del Estado de recurrir a la justicia. Ello es consecuencia de los altos honorarios que los abogados pueden obtener en el sector privado. ... Como el gobierno no puede contratar juristas de igual competencia debido a la escala oficial de remuneraciones, se encuentra en situación desventajosa cuando negocia con las empresas o los inversores como grupo. En .. algunos ... países, buena parte de la labor legislativa está en manos de firmas o abogados del sector privado; en realidad, son ellos y no el Estado los que terminan por decidir la política aplicable en asuntos cruciales. Una vez más, el problema queda ilustrado ... en muchos países ... los abogados más prestigiosos se han volcado en la actividad privada, especialmente al servicio de grandes empresas. Como el gobierno no puede contratar jurista de igual competencia debido a la escala oficial de remuneraciones, se encuentra en situación desventajosa cuando negocia con las empresas o los inversores como grupo. En .. algunos ... países, buena parte de la labor legislativa está en manos de firmas de abogados del sector privado; en realidad, son ellos y no el Estado los que terminan por decidir la política aplicable en asuntos cruciales de interés público. Las dificultades del Estado se agravan porque este encadenamiento conduce a una mayor integración de la economía nacional en el sistema mundial, lo que hace más indispensable recurrir a abogados especializados en derecho internacional y comparado.

Abordamos así uno de los problemas esenciales que entraña la reforma del derecho en muchas sociedades premodernas. La presente estrategia jurídica se basa en el supuesto, como se desprende de la asistencia exterior para la democratización o en los requisitos para otros tipos de asistencia, de que existe una coincidencia de objetivos entre la democracia y el mercado, y de que las mismas instituciones y leyes sirven a ambos. Sin embargo, la ley

que sirve al mercado y la ley que favorece la democracia pueden tener estructuras y dinámicas diferentes. La ley concebida para la democracia apunta a dar poder y protección a los débiles; en cambio, la finalidad de la ley favorece al mercado es hacer más poderosos a los ricos y mejor organizados. La propiedad, principal instrumento jurídico del mercado, reduce el campo de los bienes comunes, es decir de dominio colectivo, transformándolos en bienes privados ...²⁶³

Transiciones en el ex bloque soviético:

“Los extranjeros atosigaron al ex bloque soviético con consejos jurídicos, pero los resultados han sido muy inferiores a las expectativas”²⁶⁴

La asistencia no se hizo esperar; desde hace seis o siete años innumerables instituciones privadas y organismos destinaron millones de dólares para promover la instauración del Estado de derecho en el antiguo bloque soviético. La ayuda prestada en materia jurídica consistía básicamente en que “el libre mercado se crea, apoya, y regula constantemente por disposiciones legislativas y resoluciones judiciales cuyo cumplimiento ha de garantizarse. Se ve pues, en el derecho un instrumento de desarrollo económico. Por consiguiente, lo esencial de la ayuda económica exterior para la reforma jurídica de Europa del Este y en Rusia se destinó a dar mayor seguridad a las operaciones comerciales.”²⁶⁵

²⁶³ **Yash Chai**; La tradición en la balanza de la justicia; Revista El Correo de la UNESCO, Sección Países en transición: en nombre de la ley; Francia: Noviembre de 1999, p. 30.

²⁶⁴ **Stephen Holmes**; El derecho no es una receta de cocina; **Op. Cit.**, pp.19 y 20

²⁶⁵ **Ibid.**, p. 19.

"El derecho no es receta de cocina"²⁶⁶

No es una cuestión marginal a la construcción del Estado la reforma del derecho, como algunos dejan entre ver, porque a la entronización del Estado de derecho debe ser concomitante una sociedad suficientemente organizada para disciplinar a sus servidores públicos.

Con los repetidos fracasos de las fórmulas mágicas o instantáneas en la reforma del Estado, ya nadie supone su implementación sin la participación en su selección y conciliación con los intereses de los grupos sociales destinatarios.

Pensar que las reformas se producen a través de decretos resulta engañoso; sólo con una verdadera división de poderes, y colaboración de los mismos, se logrará la construcción de un nuevo orden político que apoye equilibradamente los actores políticos del Estado y las funciones de estos haciéndolos responsables de sus decisiones y actuaciones.

Los Estados generalmente se ven obligados a tomar ciertas direcciones en los cambios, conminados por organizaciones del exterior que condicionan sus apoyos, sin olvidar que las transformaciones deben de ser apuntaladas por la sociedad en general.

²⁶⁶ René Lefort; Benin: de la teoría a la práctica; **Op. Cit.**, pp.31 y 32.

²⁶⁶ **Id.**

"Kirgistan rompe con los viejos moldes"²⁶⁷

La reforma del Estado implica una modificación estructural del mismo, que en ocasiones se consigue con una revisión de sus principios históricos,

En ciertas circunstancias, se cuenta con una amplia legislación lo que no necesariamente implica un sólido marco jurídico, cuya aplicación sigue siendo frágil; gracias a que no se cuenta con servidores ampliamente capacitados y con espíritu de servicio; a veces producto del penoso monto de las remuneraciones y otras más a la creencia de seguir al "servicio" del Estado.

"Ucrania: el águila de la ley con las alas cortadas"²⁶⁸

Luego, la adopción de una constitución democrática, la redacción de nuevos códigos y innovación de los sistemas judicial y legislativo no son suficientes para romper con el pasado autoritario, con el "legado soviético", porque los funcionarios público siguen a acumulando feudos de poder, aun constituyen una *nomenklatura* férreamente arraigada, a la que a veces le resulta imposible abandonar los viejos hábitos; lo que finalmente nos debe conducir a una cruzada contra la corrupción a todos los niveles y en todas las esferas. Únicamente así el individuo confiará en que la ley es un medio de protección de sus derechos ciudadanos frente al Estado y no un arma de sanción en manos del Estado.

²⁶⁷ **Cynthia Guttman**; El Kirguistán rompe con los viejos moldes; **Op. Cit.**, pp.21-23.

"Benin: De la teoría a la práctica"²⁶⁹

En el Estado de Africa occidental, Benin, la transición ha sido superficial, lo que se constata con el siguiente hecho "Veinticinco ladrones quemados vivos en Benin por grupos de autodefensa"²⁷⁰ tras varios robos y violaciones, la reacción de las autoridades fue el enviar un destacamento militar a reforzar la gendarmería ya que los linchamientos se van multiplicando reemplazando la acción de la policía y el curso normal de la justicia.

Sin perjuicio de lo anterior, los organismos internacionales se manifiestan en el sentido de que Benin se ha convertido ya en un auténtico Estado de derecho, en el que se vive una verdadera democracia constitucional, pese a que en la práctica el derecho no se emplea de hecho en los tribunales de justicia por lo que los benineses se hacen justicia por propia mano.

La Constitución, pensada y escrita por los propios benineses destaca el antagonismo del pueblo a todo tipo de transgresiones y defectos de la dictadura que sufrió durante diecisiete años; convirtiéndose en el contrapeso por excelencia, al contener treinta y tres artículos que enumeran los derechos fundamentales, haciendo de la Corte Constitucional la base del estado de derecho a la que es viable hacerle consultas *a priori*, y pudiendo resolver *a posteriori* sobre cualquier texto legislativo o reglamentario que estime incompatible con los

²⁶⁸ **Serhiy Holovaty**; Ucrania: el águila de la ley con las alas cortadas; **Op. Cit.**, pp.24 y 25.

²⁶⁹ **René Lefort**; Benin: de la teoría a la práctica; **Op. Cit.**, pp.31 y 32.

²⁷⁰ **ibid.** p. 31.

derechos humanos, y todo ciudadano puede dirigirse a esta Corte de manera gratuita.

En lo particular no considero que en Benin se viva un Estado de derecho, porque la policía y la impartición de justicia no están tasadas de igual manera, ya que por cualquier delito "leve" cualquier policía tiene todos los derechos sobre una persona y las condiciones de detención son inhumanas, consecuencia de ello se refleja en las estadísticas en las que el 92% de la población no tiene confianza en la administración de justicia, primordialmente por dos motivos, la dilación y la corrupción de sus funcionarios, y la falta de imparcialidad, lo que hace la justicia inalcanzable para el ciudadano común, pensando que el 90% de los pobladores no habla ni lee el francés, lengua oficial del Estado y que es usada en toda la legislación y en las audiencias, sin olvidar que el principio de gratuidad no es cumplido ya que los tribunales exigen cada vez más a los comparecientes una aportación económica para hacer frente a los gastos; como resultado de todo esto, los benineses prefieren llegar a acuerdos extrajudiciales o al linchamiento en el peor de los casos.

Concluyendo así que la implantación del Estado de derecho es endeble y que su principal reto está en el subdesarrollo del país. Con lo que los derechos económicos y sociales son letra muerta por la corrupción y la pobreza.

"Sudáfrica, entre tradición y reforma"²⁷¹

²⁷¹ **Ferial Haffajee**; Sudáfrica, entre tradición y reforma; **Op. Cit.**, pp.33 y 34.

En el continente africano son más trascendentes la costumbre y los orígenes ancestrales, lo que no tiene mejor representación que la propia boda del expresidente Nelson Mandela con Graca Machel fue en su parte occidental discreta pero en su lado tradicional fue llevada a cabo con toda la pompa habitual en esas ocasiones: Machel fue acogida por los ancianos del clan Tembu que negociaron la dote de la novia. El episodio fue significativo porque simbolizó un retorno al derecho consuetudinario marginado por el apartheid.

No en balde existe en Sudáfrica una importante corriente que busca la revalidación del derecho consuetudinario, para restablecer así la confianza en la justicia penal y el respeto al estado de derecho, que permita la creación de un sistema jurídico que integre el derecho común y el consuetudinario en la nueva Constitución. Este empeño de armonización constituye un nuevo paso en la reforma del derecho en Sudáfrica; el primero fue la abolición de las leyes del *apartheid*,²⁷² y la reestructuración de la Comisión Jurídica.

El derecho consuetudinario en Sudáfrica atravesó las mismas dificultades que en otros países africanos, los gobernantes heredaron de los colonizadores un sistema jurídico dual integrado por el derecho

²⁷² "En lengua afrikaans, apartheid significa 'separación' y en su acepción más común puede traducirse como 'identidad separada' y designa la política oficial del gobierno sudafricano por lo que respecta a los derechos sociales y políticos y al as relaciones entre los diversos grupos raciales en el interior de la Unión. El apartheid no puede traducirse simplemente como 'racismo' o 'discriminación racial', sino que es un sistema social, económico y político-constitucional que se funda en principios teóricos y en una legislación ad hoc. En el sistema de apartheid la diferenciación corresponde a la definición de grupos raciales diversos y a su desarrollo separado, por lo que es lo opuesto de asimilación y de integración. En términos políticos, apartheid significa el mantenimiento de la supremacía de una aristocracia blanca basada en una rígida jerarquía de castas raciales para la que existe una correlación directa entre el color de la piel y posibilidad de acceso a los derechos y al poder social y político." **Diccionario de Política; Op. Cit.**, vol. a-j, *sub voce* apartheid, p. 73.

común y el consuetudinario, el cual codificaron en lo que en 1986 se convirtió en el *Native Administration Act*, que era el instrumento de división que establecía la administración para los negros, en donde se toleraba el derecho consuetudinario siempre que no fuera contrario al derecho común; no obstante en la práctica, más de la mitad de la población que vive en el campo, tiene sus tribunales tradicionales en donde se le permite a la comunidad que participe e intervenga, la justicia es expedita y mucho más asequible, así, estos tribunales están mas cerca de los que no tienen medios ni tiempo para comparecer ante los tribunales de la ciudad.

Igualmente este sistema es criticado, principalmente por las mujeres quienes no pueden fungir como jueces y a menudo son discriminadas también como litigantes, empero las ligas de mujeres han estado luchando para que se reconozca el derecho consuetudinario y se adapte a la nueva situación, discutiendo sobre la igualdad de los sexos y con tres prioridades fundamentales: reconocimiento del matrimonio tradicional, -a este respecto, la Ley de Reconocimiento de los matrimonios tradicionales fue aprobada en 1998- los derechos de sucesión y el estatuto de los tribunales tradicionales.

La deliberación acerca del sistema de tribunales tradicionales continúa y el veredicto -a favor- hará época en la historia de un país que va en busca de la justicia.

“Los tribunales chinos tienen audiencia”²⁷³

²⁷³ Katherine Arms; Los tribunales chinos tienen audiencia; **Op. Cit.**; pp.34 y 35.

Se advierten algunos visos de apertura en la China socialista, en algunos casos obligada por organismos extranjeros que condicionan su ayuda, y en otros por la propia presión interna.

Ochenta trabajadoras chinas fueron víctimas de un atropello por parte de la empresa donde trabajaban ya que ésta les dejó de pagar su salario durante mas de un año, las mujeres reclamaron ante las autoridades sin resultado alguno, finalmente pidieron ayuda al Centro de Estudios de Derecho y Servicios Jurídicos para la Mujer en Beijing y acababan de ganar el proceso y están en espera de una decisión sobre la indemnización de los perjuicios sufridos.

De lo anterior, llama la atención el que las obreras hayan confiado su asunto a los tribunales ya que han tenido poco arraigo en la tradición china, desde la época imperial y hasta principios de siglo XX, China carecía de abogados, sólo había escribanos que podían interponer recursos en representación de personas cuyos derechos habían sido atropellados; tras la revolución comunista de 1949, la función esencial del sistema judicial era estar al servicio del Estado -servir al socialismo-, lo cual habitualmente iba en contra de los derechos fundamentales. La situación empeoró durante la revolución cultural de 1966-1976 cuando Mao suprimió las instituciones legalmente constituidas para fundar una "justicia revolucionaria", ocasionando un vacío legal en el cual los ciudadanos se veían compelidos a recurrir a prácticas no oficiales para resolver sus litigios, o bien hacer uso -los que tenían posibilidad- de influencias para resolver sus conflictos.

Desde finales de los años sesenta, las autoridades han procurado restablecer gradualmente el sistema jurídico. En 1999, el gobierno modificó la Constitución para declarar que China es un país gobernado

de acuerdo con la ley, donde aún cuando no se alude directamente al Estado de derecho, el espíritu es esencialmente el mismo. Lo cual es una mixtificación, provocada por el desacierto de Radbruch. (Cf. *supra* p. 51)

Beijing estima que el sistema jurídico puede ser una solución para la corrupción y el regionalismo, dos de sus principales problemas. Mientras tanto, surgen cada vez mas conflictos en donde la evolución hacia una economía de libre mercado da lugar a todo tipo de litigios; asimismo, la difusión de la información sobre los derechos fundamentales reconocidos por la ley, es indispensable, así se han ido fundando diversas publicaciones acerca de estos temas. "Antes se daban órdenes y había que obedecer sin chistar",²⁷⁴ ahora, se está pasando de una economía planificada a una economía de mercado por lo que las leyes también tienen que cambiar.

"Derecho y justicia social"²⁷⁵

La experiencia de estos Estados en transición no deja en claro que la reforma del derecho y la gobernabilidad se han convertido en prioridades del desarrollo: un Estado de derecho, una reglamentación sana y un reconocimiento efectivo y coherente de los derechos, son esenciales. En el nuevo orden mundial, el papel del Estado es facilitar la actividad privada antes que garantizar el bienestar de los ciudadanos.

²⁷⁴ Xie Lihua citado por Katherine Arms; *Ibidem*, p. 35.

²⁷⁵ Kerry Rittich; Derecho y justicia social; *Op. Cit.*, p.36.

La reforma jurídica es una parte esencial de los cambios políticos, legislativos e institucionales destinadas a crear sociedades basadas en la ley y verdaderas economías de mercado. El funcionamiento del mercado depende de la infraestructura jurídica y de la instauración del Estado de derecho.

Es verdad que no existe una ley perfecta o una que sea la mejor, a pesar de que todos los proyectos de reforma jurídica de los países en desarrollo, se basan en una estructura jurídica que favorezca las inversiones, la protección al derecho de propiedad, respeto de los contratos y la reglamentación del sector financiero, alejándose cada vez más de una legislación excesiva de protección al trabajador, que pudiesen entorpecer el desarrollo y la eficacia.

Kerry Rittich, reconoce que las reformas jurídicas si bien deben de orientarse hacia al mercado, estas pueden provocar repercusiones para ciertos grupos sociales, a saber:

1. Que el contenido de las nuevas leyes solamente favorezca a determinados grupos.
2. La falta de una legislación específica puede afectar a algunos sectores sociales, por ende las disposiciones que permiten la negociación colectiva han sido siempre muy importantes en las sociedades industrializadas, si estas disposiciones son sucintas o inexistentes, los individuos se encontrarán en situaciones completamente desfavorables frente al mercado.
3. Que si las reformas del derecho siguen un modelo o son concebidas por expertos extranjeros, existe el riesgo de que se ignoren la

historia y las prioridades locales, debilitándose así el control democrático sobre la organización social.

Para evitar que el este proceso de reforma agrave las condiciones y perjudique a los más vulnerables, el propio autor propone el cumplimiento de tres condiciones fundamentales:

- a) Que los conflictos de intereses y las soluciones obligadas que traen las reformas, sean reconocidas como tales, pudiendo debatirse abiertamente las opciones políticas y de repartición que implican los cambios jurídicos.
- b) Que tomen en cuenta, especialmente los países donantes y los organismos financieros, que la "intervención" del Estado es generalmente adversa del desarrollo económico.
- c) Que se permita a los Estados en desarrollo un mayor margen de maniobrabilidad en la solución de los problemas de distribución, de justicia y de progreso social, a la vez que se les impulsa aplaudiendo la modificación de la ley y la reglamentación, respetando el empleo –sin llegar a ser paternalista-, al medio ambiente, a abatimiento de la pobreza y a la igualdad de sexos, razas y etnias.

Con lo anterior, solamente nos queda recordar estos principios en la reconstrucción del sistema y la instauración del Estado de derecho en México.

3.2.-Reflexiones de Juan J. Linz en la construcción de la democracia.

La organización de los partidos descansa esencialmente en prácticas y costumbre no escritas, es casi enteramente consuetudinaria. Los estatutos y los reglamentos interiores no describen nunca más que una pequeña parte de la realidad: raramente se los aplica de manera estricta. Por otra parte, la vida de los partidos se rodea voluntariamente de misterio: no se obtiene fácilmente de ellos datos precisos, incluso elementales. Se está aquí en un sistema jurídico primitivo, donde las leyes y los ritos son secretos, donde los iniciados los desnudan hurañamente a la vista de los profanos. Sólo los viejos militantes del partido conocen bien los pliegues de su organización y las sutilezas de las intrigas que se anudan en ella. Pero raramente poseen un espíritu científico que les permita conservar la objetividad necesaria, y no hablan gustosamente de ello.

Maurice Duverger

Cuando todos los mexicanos despertamos el tres de julio de 2000, unos embelesados, otros estupefactos y unos más desilusionados, lo que no creíamos jamás sucedería o cuando menos no en los siguientes doscientos años (Cf. *supra* p. 147) había pasado, las explicaciones en torno a este acontecimiento han sido muchas, no obstante no ha sido abordada la más importante, lo que Juan J. Linz llama la quiebra de las democracias, cuyo estudio analizaré en el presente Capítulo.

El tema no ha pasado inadvertido para algunos estudiosos como Soledad Loaeza: "En 1989, la revolución francesa festejó su segundo centenario con la caída del muro de Berlín; éste fue tal vez el mejor

homenaje que pudo recibir el advenimiento de las ideas democráticas a Europa. En cierta forma, la celebración se había iniciado casi quince años antes cuando las dictaduras de Portugal, Grecia y España fueron exitosamente sustituidas por democracias representativas en un tránsito relativamente indoloro; en la década siguiente el movimiento antiautoritario se extendió a América Latina, y en los noventa adquirió las dimensiones de un fenómeno mundial que llegó a numerosos países de Asia y Africa. El entusiasmo que despertaron estos acontecimientos se sustentaba no únicamente en el restablecimiento de la libertad como valor fundamental de las sociedades modernas, sino también en la creencia de que por fin, la democracia había alcanzado la universalidad que la revolución había querido imprimirle.

A diez años de esta celebración se habla ya del *Entzauberung*, del desencanto democrático. La creencia de que la introducción de los procedimientos básicos y algunas instituciones de la democracia –en particular elecciones- bastarían para garantizar su continuidad se ha venido abajo ante diversas experiencias de desintegración social, conflictos y sangrientas guerras civiles.²⁷⁶

Los cambios de régimen ocurren cuando la legitimidad pasa de un conjunto de instituciones políticas a otras; como ya expuse con anterioridad (*Cf. supra* p. 147) aun cuando México está saliendo de un régimen que O' Donnell y Schmitter califican como democradura,²⁷⁷ le resultan plenamente aplicables los comentarios de Linz.

²⁷⁶ **Soledad Loeza;** Los dilemas de la democracia liberal a finales del siglo XX; Revista Internacional de Filosofía Política, Sección Artículos y secciones especiales; Madrid: Ed. UNED y UAM; Diciembre de 1999; pp. III-123.

²⁷⁷ **Philippe C. Schmitter;** *Op. Cit.*, p.107.

Los regímenes en la actualidad, en materia de partidos políticos se dividen en sistemas de único partido²⁷⁸ –cada vez más raro– bipartidistas²⁷⁹ y multipartidistas o pluripartidistas.²⁸⁰

Lo que de acuerdo con Linz contribuye a la caída de los sistemas democráticos es el multipartidismo extremo. El lector tal vez lo

²⁷⁸ Habíamos visto cómo algunos autores liquidan el problema de los sistemas con partido único de manera expedita, excluyéndolos del ámbito y del estudio de los sistemas de partido verdaderos y propios. Otros se limitan a observar rápidamente que son productos de factores excepcionales (casi irrepetibles) como guerras, revoluciones, depresiones mundiales, luchas de independencia, etc., y que se mantienen gracias al uso desprejuiciado de los instrumentos de poder. Sólo recientemente se ha tratado de profundizar la causa de su génesis, de poner en claro las consecuencias de su presencia para el sistema político y de sugerir eventuales tendencias para un retorno a un sistema competitivo.

El punto de partida para todo análisis sobre el partido único parece ser el modelo leninista de partido, organización disciplinada de revolucionarios profesionales dedicados a la conquista del poder. En esta concepción, por consiguiente, el partido es el instrumento que, en tanto ligado a la clase de los proletarios de la cual emerge, representa la vanguardia más consciente y se hace portador e intérprete de los intereses de toda la clase, logrando crear la conciencia misma de clase. **Diccionario de Política; Op. Cit.**, vol. I-Z, *sub voce* sistema de partido, pp. 1471-1472.

²⁷⁹ ... los sistemas bipartidistas, es decir todos aquellos en los cuales, independientemente del número de partidos, sólo dos tenían la legítima expectativa, periódicamente satisfecha, de gobernar por sí solos, o sea sin necesidades recurrir a otros partidos (y así lo hicieron). Son sistemas bipartidistas el de Inglaterra, el de Estados Unidos, el de Nueva Zelandia, pero no el de Austria, donde, hasta 1966, los dos mayores partidos habían gobernado en forma conjunta, ni el de Colombia, donde los dos partidos se repartieron el poder, como tampoco es el caso de Uruguay, donde el Partido Colorado ha estado casi ininterrumpidamente en el poder 93 años, adquiriendo por lo tanto todas las características de partido predominante. No todos los sistemas con sólo dos partidos (en Inglaterra, por ejemplo, tienen una representación parlamentaria tres partidos). **Ibidem**, p.1473.

²⁸⁰ Pasando a los sistemas multipartidarios, Sartori considera oportuno diferenciar los sistemas con limitada fragmentación, desde tres a cinco partidos, que representan una competencia centrípeta y en la que media cierta distancia ideológica entre los distintos partidos (multipartidismo limitado y moderado) y los sistemas con elevada fragmentación, con más de cinco partidos, que presentan una competencia centrífuga con la máxima distancia ideológica (multipartidismo extremo y polarizado). **Ibid.**

considere un tanto confuso, empero, el *quid* radica en el tipo de oposición²⁸¹ que constituyen los diversos partidos.

Para el autor de La quiebra de las democracias, la oposición puede ser leal, semileal y desleal.

Ningún régimen existe sin oposición desleal; comúnmente surgen como grupos minoritarios, los cuales sólo adquieren importancia en el proceso de descomposición del régimen.

La oposición es desleal:

- a) Cuando busca el apoyo de la milicia;
- b) Cuando desconoce toda legitimidad a los participantes en el proceso político que pretenden conformarse como leales, que tienen el derecho a gobernar gracias al apoyo que reciben del electorado, y al que buscan deslegitimar por diversos medios como retiradas de la legislatura y la negativa a participar en debates parlamentarias;

²⁸¹ la oposición está constituida por grupos, incluso vinculados entre sí, como por ejemplo los partidos políticos, actúa en el sistema social más amplio del cual el sistema político forma parte, o del cual es un subsistema bastante importante, hoy asume cada vez más importancia ese amplio movimiento de oposición a las instituciones políticas (políticas, económicas, cultural) que no utiliza los canales clásicos de manifestación del disenso y de la conflictividad que son reconocidos como legítimos por el sistema, y al mismo funcionales, sino que tratando de implicar a la mayor parte de la base de los ciudadanos, actúa con acciones expresivas y/o métodos y medios violentos para alcanzar sus objetivos que son aquellos de un cambio radical y global del sistema. En este caso se define como oposición antisistema o extrasistema. **Id.**, vol. I-z, *sub voce* oposición, p. 1081.

- c) Cuando se emplea la presión de masas por los sindicatos, contribuyentes o manifestaciones que llegue a entorpecer la acción del gobierno –aun cuando este medio también constituye un recurso para defender al sistema-;
- d) Cuando se desacredita al contrario, y se le caracteriza como un instrumento de grupos extranjeros secretos y conspiradores, *v. gr.* El comunismo, la masonería, el capitalismo internacional, la Iglesia y las potencias extranjeras, entre otros; igualmente con la corrupción y los escándalos públicos tienen gran oportunidad para desacreditar al contrario exhibiendo la corrupción de sus líderes, del partido y de todo el sistema, y cuando se establecen contactos entre otros partidos desleales, basándose en la pretensión legítima de exponer la corrupción del sistema, contribuyen de esta manera a un deslizamiento continuo hacia la semilealtad; la ambigüedad que presentan al no comprometerse públicamente a derrocar o a transformar totalmente el sistema si son elegidos;

La oposición es semileal.

- a) Cuando existen en forma intermitente pero de manera atenuada o ambivalente alguna de las características que son constantes a las fuerzas políticas desleales arriba descritas;
- b) Cuando existe la disposición de sus líderes políticos para entrar en negociaciones secretas para buscar la base de cooperación en el gobierno con partidos que ellos –y otros que actúan con ellos- perciben como desleales, y el deseo de integrar en el sistema fuerzas que pueden ser cooptadas, atemperadas o algunas veces fragmentadas por estas negociaciones;

c) Cuando coexiste la disposición de alentar, soportar, justificar, ocultar, disculpar o proteger las acciones de otros participantes que van más allá de los límites de las legítimas normas de conducta política en una democracia; y esta oposición se hace sospechosa cuando, basándose en afinidad ideológica, acuerdan en algunos objetivos últimos o medios políticas concretas, y hacen diferencias entre los fines y medios, rechazando algunos medios como indignos y extremos, pero los excusan y no los denuncian públicamente a causa de su acuerdo con los objetivos que persiguen, acuerdo en principios y desacuerdo en las tácticas.

De igual manera existen situaciones en las que se pone a prueba la semilealtad, como en los golpes militares fallidos, en la violencia y el asesinato políticos, en la aplicación inequitativa de la justicia a actos ilegales de distintos grupos de oposición desleal; la concesión o denegación de amnistía a los que están en contra de un sistema democrático.

La oposición es leal cuando se respetan las instituciones; cuando para la manifestación de sus divergencias utiliza los medios reconocidos como legítimos; cuando actúa dentro de los cánones y límites compartidos expresamente por la sociedad; y aun y cuando no lo parezca, el disenso entre los partidarios y los esfuerzos para desacreditar al contrario, y el caracterizar a los demás partidos como representantes de intereses parciales en conflicto con el interés público son rutas normales, naturales y legítimas dentro del proceso democrático.

El autor enlista las siguientes características de las fuerzas políticas que constituyen una oposición leal:

1. Un inequívoco compromiso público de llegar al poder sólo por medios electorales y una voluntad de entregarlo incondicionalmente a otros participantes con el mismo compromiso.
2. Un rechazo claro e incondicional del uso de medios violentos para alcanzar o conservar el poder, excepto por medios constitucionalmente legítimos, cuando haya de enfrentarse con un intento ilegal de toma del poder.
3. Rechazo de toda apelación no constitucional a las fuerzas armadas para que tomen el poder o lo mantengan contra una oposición democrática leal.
4. Un rechazo decidido de la retórica de la violencia para movilizar apoyo para conseguir el poder, conservarlo más allá del mandato constitucional o para deshacer a la oposición, incluyendo incluso la oposición adocrática o antidocrática. La defensa de la democracia tiene que hacerse dentro de un marco legal, definido más o menos ampliamente, sin excitar las pasiones populares y el activismo de ciudadanos que se sienten llamados a actuar como defensores del orden.

5. Un compromiso a participar en el proceso político, elecciones y actividad parlamentaria sin poner condiciones más allá de la garantía de las libertades civiles necesarias para el desarrollo de un proceso político democrático razonablemente justo. El exigir un acuerdo en política sustantiva más bien que en política de procedimiento es en principio incompatible con el supuesto de que la minoría debe respetar *pro tempore* la decisión de la mayoría, y que la mayoría a su vez debe respetar el derecho de la minoría a cambiar su política, excepto en lo que se refiere a los requisitos para una política democrática competitiva, en caso de llegar a ser una mayoría.

6. Una disposición en principio a asumir la responsabilidad de gobernar o a ser parte de la mayoría cuando no es posible un gobierno alternativo constituido por partidos dentro del sistema. Una condición aún más estricta pero razonable sería el estar dispuesto a participar en el gobierno en ocasiones en que éste, al enfrentarse con una crisis, fuera en otro caso a debilitarse.

7. La voluntad de unirse a grupo ideológicamente distantes pero comprometidos a salvar el orden político democrático. (Este requisito es todavía más estricto y quizá no tan razonable.) Puede incluso tener que aplicarse contra partidos afines ideológicamente pero que están dispuestos a contribuir a minar el proceso político democrático mediante el uso o una retórica de violencia y un esfuerzo para limitar las libertades civiles de una oposición legítima.

8. Rechazo de contactos secretos con la oposición desleal y rechazo de su apoyo cuando es ofrecido a cambio de tolerancia para sus actividades antidemocráticas. En principio, el esfuerzo para hacer lo más claro posible tanto pública como privadamente el límite entre partido del sistema, definido ampliamente, y partidos antisistema es una de las principales características de partidos o fuerzas políticas del sistema leales.

9. La disposición a denunciar ante un gobierno democrático legítimo las actividades de las fuerzas de oposición o de las fuerzas armadas dirigidas a derribar el gobierno. Este criterio es ciertamente estricto, y es más difícil de aplicar, ya que va más allá del rechazo a participar en estas actividades conspiratorias a exigir el apoyo para los adversarios políticos que se enfrentan con un peligro.

10. Un compromiso en principio a definir el papel político de los poderes neutrales, tales como presidentes y reyes, la judicatura y la fuerzas armadas, dentro de unos límites reducidos para asegurar la autenticidad del proceso político democrático.²⁸²

En el mismo orden de ideas, Loaeza, en su estudio *Los dilemas de la democracia liberal del siglo XX*, explica otras causas del fracaso de las democracias "la realización del proyecto democratizador ha quedado anulada por el surgimiento de *hombres fuertes*, presidentes elegidos en las urnas que acumulan el poder cobijados por la legitimidad del

²⁸² **Juan J. Linz**; *La quiebra de las democracias*, versión al español de Rocio de Terán; México: Ed. Patria, 1994, pp.70 y 71.

voto, pero cuyo discurso evoca el cesarismo populista más que la contienda de la democracia representativa."²⁸³

Tras el estudio del comportamiento de los diversos partidos políticos, resulta evidente que este proceder desleal conduzca al Estado a la crisis, a la falta de legitimidad y al derrumbamiento del régimen.

Las crisis son provocadas por problemas insolubles y por la presencia de una oposición desleal; no obstante, existen otros factores que contribuyen, como la violencia, con la aclaración de que la violencia *per se* no desencadena una crisis, sino que en ciertas circunstancias llega a poner en marcha otros procesos; aunque únicamente en casos de intervención militar directa, el uso de la violencia organizada decidió el destino del gobierno.

En este mismo orden de ideas se manifiesta Linz, al decir que "Los análisis de los científicos sociales parecen alternan entre destacar las tensiones estructurales básicas (particularmente conflictos socioeconómicos, desigualdad y rápido cambio económico y social y dependencia) y el período de abierto conflicto que precede inmediatamente al derrumbamiento."²⁸⁴

Posteriormente al derrumbamiento de un régimen, los nuevos actores políticos perseguirán la instauración del nuevo orden, a través una serie de procesos que logren la consolidación de un régimen democrático.

²⁸³ Soledad Loeza; Op. Cit., p. III.

²⁸⁴ Juan J. Linz; Op. Cit., p.77.

Uno de estos procesos es la redacción de una constitución democrática, -para algunos estudiosos es el único medio-, otro es la implementación de un programa inicial en donde se jerarquicen las prioridades; empero este esquema, incidentalmente origina expectativas que no podrán satisfacerse dentro del corto plazo y sí se convertirán en pretextos para que la oposición semileal critique a las fuerzas implicadas en el proceso de creación del nuevo sistema; igualmente este plan de prioridades puede contribuir a la consolidación de posiciones básicas dirigidas a legitimar el régimen, particularmente cuando este orden se define como parte sustantiva de la constitución que es difícil del reformar por simple mayoría.

En estos casos las posiciones respecto de la legitimidad y eficacia del nuevo régimen generalmente son ambiguas, toda vez que la mayoría de los ciudadanos se mantienen neutrales o a la expectativa, sin identificarse con los que han establecido la redacción de la nueva constitución, ni con el régimen que ha caído. Asimismo en esta etapa los nuevos gobernantes pueden iniciar políticas con un carácter socialmente constituyente, estableciendo una sólida base de apoyo entre los que se benefician de ellas, o bien, se sentirán tentados a instrumentar prontamente en su orden del día todos los problemas de la sociedad que no están resueltos o que por indolencia no fueron atendidos por el régimen que los precedió, acaso para intensificar el esfuerzo, sin percatarse que al hacerlo también maximizan el número de personas que posiblemente se verán afectadas por las reformas.

Esa indefinición en el área económica se traduce en efectos perturbadores para la propia economía, lo que se refleja en una desbandada de las inversiones peregrinas, evasión del capital y reducción del ahorro interno. Inclusive los miembros del partido que

llegó al poder enfrentado al *staff* burocrático con el que no están familiarizados y con la escasa ayuda que significa un equipo poco preparado puede provocar decepción y frustración que quizá conlleven a conflictos dentro de la coalición inicial que instauró el nuevo régimen.

De igual manera existen algunos cambios de naturaleza simbólica que si bien, en un principio pueden despertar el entusiasmo de algunos, no constituyen el tipo de cambios esenciales y de medidas políticas que pueden atraer a grandes sectores de la sociedad al nuevo orden; y por el contrario se convierten en asidero de la oposición desleal.

Continuando con el proceso de instauración de un régimen nuevo, en algunos casos los nuevos dirigentes tienen una tendencia a malgastar o desaprovechar energías en lo que se ha llamado política de *ressentiment*²⁸⁵ rechazando personas o instituciones identificadas con el antiguo orden, y que es característico de la oposición desleal cuya ambivalencia hacia el régimen puede manifestarse mucho tiempo después en el momento de una seria crisis.

²⁸⁵ "El filósofo Max Scheler ha dedicado una interesante monografía al *Ressentiment* (Nueva York: *Free Press of Glencoe*, 1961; editado con una introducción de Lewis A. Coser). El término *ressentiment* viene de Nietzsche, en cuya obra ocupa un lugar destacado y es objeto de una descripción fenomenológica. Coser lo resume de la siguiente manera (conservamos la ortografía francesa, que es la que Nietzsche y Scheler usan):

Denota una actitud que surge de la acumulación de represión de sentimientos de odio, venganza, envidia y otros semejantes. Cuando se puede dar escape a esos sentimientos, no se produce *ressentiment*. Pero cuando una persona no puede dar salida a sentimientos contra las personas o grupos que los despiertan, creando así una sensación de impotencia, y cuando esos sentimientos se experimentan continuamente a lo largo del tiempo, entonces surge el *ressentiment*. El *ressentiment* lleva a una tendencia a degradar, a quitar importancia a valores auténticos, así como a los que representan. En contraste con la rebelión, el *ressentiment* no lleva a la afirmación de contravalores ya que personas llenas de *ressentiment* anhelan en secreto los valores que denuncian públicamente (pág. 24).

La experiencia ha demostrado que es posible beneficiarse más seleccionando un número limitado de problemas e introduciendo a un ritmo relativamente rápido reformas que pueden favorecer a una imperceptible y a en ocasiones muy visible minoría. Asimismo no se deben olvidar que los problemas de política exterior representan a veces una pesada carga para el nuevo régimen que puede al principio encontrarse en una relación de dependencia con otros países, toda vez que los compromisos internacionales no se pueden eludir tan fácilmente como los empeños interiores, porque están supeditados a fuerzas extranjeras y no sujetas al control de ningún gobierno futuro, con lo que una oposición desleal factiblemente culpará al sistema más que a un gobierno concreto de los condicionamientos, además de que el proceso de negociación internacional probablemente conducirá a posturas contradictorias e imprecisas.

Ahora bien, he hablado de la instauración de un "nuevo orden", sin decir que eminentemente debe de ser democrático (*Cf. supra* p. 140) y precisamente la historia de las democracias nos auxiliará para encontrar la forma de llegar a ellas, el camino andado, dará la capacidad para hacer que funcione por eso lo importante es saber llegar y no saber como funciona.

Los fracasos en los intentos de alcanzar la democracia por ejemplo en los países de Europa del Este y algunos del tercer mundo, constituyen un freno a la proposición anterior, ya que fue el mucho camino recorrido el que los alejó precisamente de su meta.

Típicamente la política de resentimiento es más anti que pro algo." *Ibidem*, pp. 81 y 82.

Así, hay dificultades para llegar a la democracia participativa aunque se haya recorrido parte del trayecto, es decir, cuando ya hayan ocurrido cambios en la sociedad que son requisitos previos a ella. Es importante mencionar que los caminos explorados por los países mencionados, son muy diferentes a los que son necesarios atravesar para llegar a la democracia, en el marco del mundo occidental ya que no es necesario la vía de la revolución comunista o las revoluciones de independencia nacional plagadas de problemas de subdesarrollo y de baja productividad como en los países tercermundistas.

Así, esos requisitos previos, necesarios para poder encontrar el camino correcto a la democracia real en los países occidentales y liberales según C. B. Macpherson²⁸⁶ son:

1. Que la consciencia de los individuos los lleve a actuar como personas que ejercitan sus propias capacidades y gozan con el desarrollo de éstas, aportando un claro y necesario sentimiento de comunidad ya que siempre el desarrollo de las propias capacidades se hace en conjunción con otros.
2. La reducción de la desigualdad social y económica actual ya que esta desigualdad requiere de un sistema no participativo de partidos para que la sociedad funcione.

Resulta evidente que es casi imposible lograr los cambios necesarios en la sociedad sin antes alcanzar una democracia más participativa, lo que pareciese un círculo vicioso.

²⁸⁶ C. B. Macpherson; *La democracia liberal y su época*; trad. Fernando Santos Fontela; Madrid: Ed. Alianza Editorial, 1997; pp.120 y 121.

La salida que Macpherson propone, es siguiendo a Marx y a John Stuart Mill: ambos suponían que los cambios en los dos factores que de forma abstracta parecen requisitos previos el uno del otro, llegarían fase por fase y recíprocamente de manera que el cambio incompleto en uno llevaría a algo de cambio en el otro y así sucesivamente.

En otras palabras, en el primero de los casos, toda la gente, por conveniencia se ve a sí misma como consumidores eternos, porque esto es lo que les otorga mayores beneficios, así si vemos todo bajo el esquema de costo/beneficio, nadie hará nada por cambiar un sistema que le produce abundancia, lo que constituye un problema bastante fuerte, al que también podemos encontrarle las siguientes deficiencias: la noción cada vez mayor de los costos del crecimiento económico, el entendimiento cada vez mayor de los costos de la apatía política y las dudas cada vez mayores respecto de la capacidad del capitalismo de gran empresa para satisfacer las expectativas de los consumidores al mismo tiempo que reproduce la desigualdad.

Cabe decir que cada uno de estos puntos contribuye al posible logro de las condiciones previas necesarias para la democracia participativa, así que las expectativas no son del todo sombrías.

Consecuentemente en un sistema en donde se hayan logrado las condiciones previas necesarias para la transición y para la democracia, expuestas anteriormente, no tienen porque presentarse los problemas relativos a la democracia; y así se obtendrá la lealtad incondicional de aquellos que se oponían al gobierno anterior. Contrariamente a lo que algunos seducidos todavía por el sistema anterior creen, el número de los individuos que le siguen considerando legítimo generalmente suele ser poco nutrido. Este cambio de lealtad se explica porque los

ciudadanos se dejan de sentir comprometidos con el Estado y sus instituciones, resultado de una crisis de legitimidad.²⁸⁷

Los gobernantes y sus políticas son reconocidos en cuanto están legitimados los aspectos esenciales del régimen. Por ello existe un interés específico que coliga las fuerzas que aprueban el régimen: el mantenimiento de las instituciones que regulan la lucha por el poder. El fundamento de esta concurrencia de intereses estriba en el hecho de que se acoge el régimen como motivo común de lucha entre los partidos políticos, de modo que estos lo consideran como una circunstancia que brinda condiciones propicias para el sostén de su poder, para la obtención del gobierno y para la realización total o parcial de los propios objetivos políticos. Por ello no basta que el gobierno se haya formado de conformidad con las normas constitucionales²⁸⁸ y que ejerza el poder de acuerdo a las mismas.

²⁸⁷ En el lenguaje ordinario el término legitimidad tiene dos significados: uno genérico y uno específico. . El significado específico aparece a menudo en el lenguaje político. En este contexto, el referente más frecuente del concepto es el estado. . En una primera aproximación se puede definir la legitimidad como el atributo del estado que consiste en la existencia en una parte relevante de la población de un grado de consenso tal que asegure la obediencia sin que sea necesario que, salvo en los casos marginales, recurrir a la fuerza. Por lo tanto, todo poder trata de ganarse el consenso para que se le reconozca como legítimo, transformando la obediencia en adhesión. La creencia en la legitimidad es, pues, el elemento integrante de las relaciones de poder que se desarrollan en el ámbito estatal. **Diccionario de Política; Op. Cit.**, vol. I-z, *sub voce* legitimidad, p. 862.

²⁸⁸ " .. Para la concepción del poder racional, esta alternativa significa que, en el primer caso, un poder social será considerado legítimo cuando se cumplen por lo menos dos condiciones: a) El ordenamiento normativo debe de estatuirse positivamente, y b) los sujetos de derecho tienen que creer en su legalidad, es decir, en la corrección formal de los procedimientos de creación y aplicación del derecho. La creencia en la legitimidad se reduce a la creencia en legalidad: basta invocar la legalidad con la que se adoptó una decisión . " **Jürgen Habermas; Problemas de legitimación en el capitalismo tardío**; trad. José Luis Etchevarry; Buenos Aires: Ed Amorrutu editores, 1991, p.120.

Finalmente, en una revisión pesimista, Ernesto Garzón Valdés²⁸⁹ explica que en general la estabilidad de los regímenes carentes de legitimidad es notoria mientras que en los sistemas legítimos subsisten casos límite que impiden que se desenvuelva sin problemas su regla de reconocimiento, los cuales provienen de inconsistencias causales que no han contado con la atención debida para ser resueltas, convirtiéndose en contradicciones lógicas que dan como resultado la mutación del sistema.

No obstante el mismo autor aclara que un optimismo sin fundamento conduciría a lo que Norberto Bobbio llama "esperanza ciega"; los optimismos basados en la creencia de un milagro, siempre sucumben ante la realidad.

²⁸⁹ **Ernesto Garzón Valdés**; El Concepto de Estabilidad de los Sistemas Políticos; México: Ed. Distribuciones Fontamara, 1995, pp. 59-113.

3.3.- Alternativas de la memoria: Amnistía y Olvido.

con pocas excepciones, todas las democracias han tenido que enfrentar la herencia de un pasado atroz, ya sea en su período fundacional o bien en algún momento de su evolución posterior. Un caso singular que respalda esta generalización es el antecedente representado por la primera democracia histórica. En 403 a C tuvo lugar en Atenas un debate sobre la manera de llegar a términos con el pasado inmediato luego del gobierno de los 30 tiranos. La salida a la situación fue una componenda entre víctimas y victimarios, un pacto de amnistía

José Fernández Vega

Para ilustrar el presente apartado, me he permitido transcribir este artículo publicado con motivo del aniversario de los acontecimientos acaecidos en 1968:

"Una de las características de los regímenes autoritarios es el ocultamiento o la manipulación del pasado, en algo que se conoce como la pérdida de la memoria histórica y que se traduce en el desconocimiento por parte de la sociedad, de aquellos eventos o personalidades cuya trascendencia determinó el destino nacional. Una nación sin memoria es fácil presa de políticos capaces de reinventar una y otra vez la historia del país con el objetivo de legitimar sus actos sin asumir responsabilidad por ellos ... los que ... crearon historias oficiales capaces de hacer desaparecer sus contradicciones y abusos de poder, para conducirse a través de una interpretación lineal del pasado, que les proporcionó los elementos necesarios para mantenerse en el poder sin enfrentar a una sociedad demandante y crítica. De esta forma, un preso político durante el gobierno de López Mateos como David Alfaro Siqueiros se convertía en un héroe nacional para Luis Echeverría. El mismo sistema que lo encarcelaba, lo premiaba después, borrando un pasado incómodo y difícil de justificar. La mitificación de la realidad permitía acomodar la historia al gusto de los dueños de un poder absoluto. . Pero hemos llegado al fin de la era priista, y una de las demandas sociales es precisamente aquella que se refiere a la apertura

de los archivos considerados como secretos de Estado por parte del régimen. El movimiento de 1968, la guerra sucia del período Echeverría incluidos los desaparecidos, los casos de "corrupción institucional" de altos funcionarios tanto en los gobiernos del populismo como en los de la tecnocracia, los asesinatos políticos de 1994, y los vínculos entre el poder político y el crimen organizado en todos sus niveles, son expedientes que necesariamente deben ser abiertos para reconstruir una memoria perdida durante largo tiempo.

El problema radica en evaluar la posibilidad de destapar las cloacas del régimen priísta, sin que esto conduzca a una cacería de brujas indiscriminada, y a su vez a un desgarramiento nacional con graves consecuencias para la construcción de un nuevo régimen basado en la democracia y el Estado de derecho. ¿Es entonces posible conciliar la reconstrucción de la memoria histórica nacional con la edificación de un sistema político radicalmente distinto al existente hasta la fecha?. La respuesta a esta interrogante es difícil de obtener debido a que la solución no depende solamente de la voluntad de uno de los actores del actual proceso político. ... Para desmitificar el pasado, superarlo y mirar hacia adelante, se requiere de una enorme madurez por parte de la sociedad mexicana en su conjunto, con el objeto de encontrar un compromiso entre la recuperación de la memoria histórica y la construcción de un nuevo México.²⁹⁰

En el terreno de las investigaciones alrededor de la memoria se diferencian primordialmente dos modelos en los que el presente y el pasado se conectan entre sí. En el primer modelo, el que recuerda domina al pasado –lo convierte en instrumento de confirmación del presente. Este fenómeno se designa últimamente con el concepto de la política del pasado (*Vergangenheitspolitik*).²⁹¹ En el otro modelo, el pasado tiene un poder mítico sobre el presente. Vivencias del pasado

²⁹⁰ **Ezra Shabot**; Memoria y amnistía, Periódico Reforma, Sección A Editorial; México: 4 de octubre de 2000.

²⁹¹ "Los alemanes han acuñado un término específico para referirse a este proceso de dominio de la memoria histórica: *Vergangenheitsbewältigung*. La expresión es clara y está formada por dos palabras: *Vergangenheit*, que quiere decir "pasado", y *Bewältigung*, que significa "triunfo", "superación", "salir delante de una dificultad", de donde el significado de la expresión es "superación del pasado" o en expresión equivalente, "tratamiento del pasado" para superarlos." **Jaime Reyes Alvarez y Salvador Cárdenas Gutiérrez**; Los derechos humanos: entre la memoria y el olvido. Sobre el tratamiento jurídico de la violación a los derechos humanos como medio para superar el pasado; ARS IURIS número 21 Revista del Instituto de

colmadas con sentimientos de temor y de culpa asedian la orientación del presente.

Es por ello que el principal problema al que se enfrenta un Estado en transición es hacerle frente a su pasado manipulado en la historia oficial por el régimen que ha caído.

Y digo que es el principal problema, puesto que todos y cada uno de los ciudadanos va llevando a costas el lastre de la culpa, porque en un sentido más amplio, la culpa atañe a las vivencias existenciales del individuo. Como seres humanos no estamos sujetos únicamente por el aspecto biológico en lo que se refiere a nuestra identidad, por que igualmente ella pertenecen aquellos principios morales inculcados o adquiridos desde la niñez, a los que nos ceñimos en nuestra vida diaria. La eventualidad de la culpa se produce de la falibilidad, en otras palabras, del hecho de que un suceso no tenga coincidencia con los principios morales que hemos internalizado y la vida que llevamos. El filósofo búlgaro Tstvan Todorov²⁹² ha descrito en su libro *Angesichts des Äussersten* (A la vista de lo extremo) el alcance ético de la experiencia de los campos de concentración, enlazando el concepto de culpa con el de la dignidad humana, puesto que pertenece a la dignidad humana el que el daño que hemos hecho podamos imputarlo a nosotros mismos y a otros, y asumir así la responsabilidad por el mismo. La culpa en el sentido estricto surge convenientemente sólo cuando no estamos preparados a asumir la responsabilidad por el perjuicio que hemos causado o que ha se ha producido en nuestro

Documentación e Investigación Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana; México: 1999, p. 79.

²⁹² Citado por **Helmut Dubiel**, *La culpa política*; Revista Internacional de Filosofía Política, Sección Artículos y secciones especiales, Madrid: Ed. UNED y UAM; Diciembre de 1999, pp 6 y 7

nombre. Esta clase de culpa, resulta de la negación, del rehusar a incorporar los crímenes o las injusticias, en el proceso de la formación de nuestra identidad, del rechazo a la interiorización (*er-innern*) un pasado arbitrario provocando que este pasado se convierta realmente en una parte de nuestro interior.

Evocar el pasado, venerar a los caídos por causas justas, atesorar el legado de sus luchas y asimilar las lecciones políticas que dejaron, perfilando una clara demarcación moral entre víctimas y victimarios, reivindicando a las primeras y sentenciando a los segundos: todas éstas se constituyen en deberes de la memoria histórica.

Por tanto, el recuerdo conjurado con motivos aleccionadores y restauradores y el olvido justificado por el restablecimiento de una convivencia desgarrada por los enfrentamientos previos (y como antídoto al resentimiento) constituyen dos actitudes antagónicas frente al pasado. Recuerdo y olvido caracterizan de la misma forma los extremos de una curvatura de opciones ante el historial con que cargan las sociedades postdictatoriales.

Conclusiones

1. La diferencia política cardinal entre los diversos Estados se refiere no a su forma de gobierno, sino al grado de eficacia en el gobierno con el que cuentan.
2. Es menester terminar con la acepción positivista-reduccionista de *Estado de derecho*, que deviene en un Estado de leyes, que pueden o no ser justas; y siguiendo a San Isidoro, es esencial a la ley ser justa. Indispensablemente corto con positivismo, y hablo, no de un Estado de derecho, sino de un Estado que no sólo tenga un esqueleto de derecho, sino que su cimiento sea la justicia, dado a que todas las virtudes del Estado pueden ser derivadas de esta sola idea básica.

El Estado de derecho que postulo, tiene entre otras las siguientes características:

- a) La existencia de una ley fundamental, preferentemente escrita y rígida, que establezca terminantemente cuales son los órganos del Estado y limite sus atribuciones y competencias respectivas. Esta ley fundamental o constitución tendrá siempre la hegemonía jurídica y a ella deberán ajustarse todas las leyes, reglamentos o decretos.
- b) La instauración en esa ley fundamental de una serie de garantías, tanto individuales como sociales, que no puedan ser modificadas o violadas por ninguna ley o autoridad, sin importar su jerarquía.

- c) La rigurosa observancia del principio de legalidad, conforme al cual ninguna autoridad podrá actuar, en el ámbito de su competencia, si no hay alguna ley o norma de carácter general que se lo permita. Relacionado con dicho principio se despliega la garantía de audiencia, que impide la privación de los derechos de los individuos sin previo juicio en que se le de la oportunidad de defenderse, en otras palabras, sin el debido proceso legal.
- d) Un sistema de pesos y contrapesos, que conforme una verdadera división y equilibrio de los poderes públicos, que evite las arbitrariedades y los excesos, y consecuentemente el poder quede delimitado en sus funciones internamente por la propia organización institucional del Estado.
- e) Un régimen de igualdad legal que, teniendo valor de principio, evite los abusos de las mayorías eventuales, innovando mecanismos que permeen los legítimos intereses de las minorías institucionales, que tengan un reconocimiento de su calidad en relación a su lealtad a las instituciones.
- f) La oportunidad de que los individuos participen en los asuntos públicos por medio de un gobierno representativo, con instituciones electorales, que permitan controlar el poder externamente.
- g) Libertad de expresión de los medios de comunicación e información social -prensa, televisión, radiodifusión, y publicidad entre otros - que formen y canalicen la opinión pública e introduzcan un ambiente crítico y de permanente vigilancia del

quehacer de los funcionarios públicos, en el que se reprueben las arbitrariedades.

h) La previsión a nivel constitucional de un catálogo de recursos administrativos y jurisdiccionales, mediante los cuales se puedan rectificar o anular todas aquellas actuaciones contrarias a las garantías o derechos fundamentales de los individuos, o que perturben el orden constitucional.

3. El concepto liberal del *rule of law*, resulta anacrónico ante las crecientes necesidades de la sociedad, que requieren de una legislación a favor de un gobierno con mayor injerencia que la simple vigilancia, aunque dicha competencia implique la facultad para la nacionalización de bienes y servicios, e imponer topes y tarifas a los mismos.

Lo ideal sería haber encontrado una fórmula equilibrada entre el poder de la ley y la libertad que en justificación del servicio y bienestar de la sociedad se le concede. Sólo así el *Welfare State* no sería contradictorio al *rule of law*.

4. El Estado de bienestar se personifica porque el fantasma de la cuestión social no ha sido conjurado, y cada que el Estado requiere paliar sus efectos se incorpora al sistema político.

Bibliografía

ACKERMAN, Bruce; La Justicia Social en el Estado Liberal; trad. e introducción Carlos Rosen Krantz; Madrid: Ed. Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANGELES, Luis; (Cord.) Reformas de gobierno y políticas públicas (Libro 4) Ideas para la cultura de la democracia [Garrett, Geoffrey; Las políticas del cambio estructural], México: Ed. Comisión Nacional de Ideología del Partido Revolucionario Institucional, 1994, pp.195-222.

BARBA SOLANO, Carlos; BARROS HORCASITAS, José Luis y HURTADO Javier; (Compiladores) Transiciones a la democracia en Europa y América Latina; México: Ed. Miguel Angel Porrúa, 1991, pp. 618 y 619.

BERLIN, Isaiah; Cuatro ensayos sobre la libertad; versión española de Belén Urrutia para «Las ideas políticas», Julio Bayón para «Dos conceptos de libertad», Natalia Rodríguez Salmones para «John Stuart Mill y los fines de la vida»; México: Ed. Alianza Editorial, 1988.

BERNALDO DE QUIROS, Lorenzo; Proceso al Estado; Barcelona: Ed. Del Drac, 1989, p. 63.

BOBBIO, Norberto; La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político; trad. José F. Fernández Santillán; México: Ed. Fondo de Cultura Económica, 1989.

-----; Thomas Hobbes; trad. Manuel Escrivá de Romaní; México: Ed. Fondo de Cultura Económica, 1995.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio; Derecho Constitucional Mexicano; México: Ed. Porrúa, 1973, pp. 845, 846, 867 y ss.

-----; Las Garantías Individuales; México: Ed. Porrúa, 1991, pp. 203-214.

CARDENAS GRACIA, Jaime F.; Transición política y reforma constitucional en México; México: Ed. Universidad Autónoma de México, 1994.

CROZIER, Michel; Cómo reformar al Estado Tres países, tres estrategias:

Suecia, Japón y Estados Unidos; trad. Rosa Cusminsky de Cendrero; México: Ed. Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 33-56.

COSSIO, Carlos; La Opinión Pública; Buenos Aires: Ed. Paidós, 4ª Edición p. 36.

CHEVALLIER, Jean-Jacques; Los Grandes Textos Políticos (Desde Maquiavelo a nuestros días); trad. del francés por Antonio Rodríguez Huescar; Madrid: Ed. Aguilar, 1980, pp. 51-67 y 87-101.

DABIN, Jean; Teoría General del Derecho, trad. Francisco Javier Osset; Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1955, p. 369.

DE AQUINO, Tomás; Summa Teológica (Tratado de la Ley, Tratado de la Justicia y Gobierno de los príncipes), trad. y estudio Carlos Ignacio González, S. J.; México: Ed. Porrúa, 1990, pp. 7, 144 y 145.

DE DIEGO VILLAGRAN, Enrique; La ofensiva neo-liberal; Barcelona: Ed. del Drac, 1989, p. 85.

DE VITORIA, Francisco; Relecciones del Estado, de los Indios y del Derecho de la guerra, trad. P. Teófilo Urdániz O. P., con la autorización de la Editorial Católica, S. A., de Madrid y publicado en la *Biblioteca de Autores Cristianos*; México: Ed. Porrúa, 1985, p. 19.

DEUTSCH, Karl. W.; Política y Gobierno, trad. Eduardo L. Suárez; México: Ed. Fondo de Cultura Económica, 1993, pp. 174, 175 y 176.

D'ORS, Alvaro; Derecho Privado Romano; Barcelona: Ed. Ediciones Universidad de Navarra, 1993, pp. 270 y 271.

DUGUIT, Leon; La Transformación del Estado; traducción, seguida de un estudio sobre La nueva orientación del derecho político por Adolfo Posada; Madrid: Ed. Librería Española y Extranjera, 1937, p. 171.

DUVERGER, Maurice; Instituciones Políticas y Derecho Constitucional, trad. Eliseo Aja, Miguel A. Aparicio, Xavier Arbós, Marcos Carrillo, Manuel Gerpe, Isidre Molas, Ma. Dolores Oller, Jordi Solé Tura y Josep Ma. Vallès; México: Ed. Ariel, 1992, pp. 157 y ss.

-----; Los partidos políticos; trad. Julieta Campos y Enrique González Pedrero; México: Ed. Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 12.

FERNANDEZ SANTILLAN, José F.; Hobbes y Rousseau Entre la autocracia y la democracia; México: Ed. Fondo de Cultura Económica, 1992.

-----; Locke y Kant Ensayos de filosofía política; México: Ed. Fondo de Cultura Económica, 1996.

FRIEDMAN, Milton y Rose; Libertad de elegir hacia un nuevo liberalismo económico; trad. Carlos Rocha Pujol; Barcelona: Ed. Planeta-De Agostini, 1993, pp. 17, 133-183.

GALBRAITH, John Kenneth; Historia de la economía; Barcelona: Ed. Ariel, 1989, pp. 229-240.

-----; La sociedad opulenta; trad. Carlos Grau Petit, traducción cedida por Editorial Ariel, S. A.; España: Ed. Planeta-De Agostini, 1993, pp. 274-275.

-----; Un viaje por la economía de nuestro tiempo; trad. Ramón Tapias Trujillo; Barcelona: Ed. Ariel, 1994, pp. 75-101.

GANSHOF, FRANÇOIS L.; El Feudalismo; trad. Feliu Formosa; Barcelona: Ed. Ariel, 1975, p. 146.

GARCIA MAYNEZ, Eduardo; Filosofía del Derecho, México: Ed. Porrúa, 1994, pp. 215, 419, 424 y 425.

GETTEL, Raymond G.; Historia de las ideas políticas, trad. Teodoro González García; México: Ed. Nacional, 1979, pp 350-364.

GIL ROBLES, Enrique; Tratado de Derecho Político según los principios de la filosofía y el derecho cristianos, Madrid: Ed. Afrodisio Aguado, 1963 Tomos I y II.

GONZALEZ SCHAMAL, Jesús; A la democracia sin violencia; México: Ed. EPESSA, 1986, pp. 19-21.

GONZALEZ URIBE, Héctor; Teoría Política; México: Ed. Porrúa, 1995, pp. 222 y ss.

GOODWIN, Barbara; El uso de las ideas políticas; trad. Enrique Lynch; Barcelona; Ed. Península, 1993, pp. 45-81.

GROPPALI, Alessandro; Doctrina General del Estado; México: Ed. Porrúa, 1944, pp. 143-145.

- GRUCHY, Allan G.;** Comparative Economic Systems, Boston: Ed. Houghton Mifflin Company, 1977, pp. 88-89.
- HABERMAS, Jürgen;** Problemas de legitimación en el capitalismo tardío; trad. José Luis Etchevarry; Buenos Aires: Ed. Amorrutu editores, 1991.
- HAURIOU, Maurice;** La Teoría de la Institución y de la Fundación (Ensayo de vitalismo social); traducción del francés, prólogo y bibliografía del autor Arturo Enrique Sampay; Buenos Aires; Ed. Abelardo-Perrot, 1968, p. 39.
- HAYEK, Friedrich A;** Derecho, legislación y libertado, Vol. II El espejismo de la Justicia Social, trad. del inglés Luis Reig Alboil; España: Ed. Unión, 1992, p. 82.
- HELLER, Hermann;** Teoría del Estado, trad. Luis Tobío; México: Ed. Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 35, 223, 225, 238, 239, 240, 266, 285, 287, 289, 292 y 295.
- HERVADA, Javier;** Introducción crítica al Derecho Natural, México: Ed. Minos, 1988, pp. 63 y ss.
- HOBBS, Thomas;** Leviathan o la Materia, Forma y Poder de una República Eclesiástica y Civil; trad. Manuel Sánchez Sarto; México: Ed. Fondo de Cultura Económica, 1994, pp. 118,141 y 145.
- HUMBOLT, Guillermo de;** Escritos políticos (Ideas para un ensayo de determinación de los límites que circunscriben la acción del Estado, versión en español de Wenceslao Roces; México: Ed. Fondo de Cultura Económica, 1983, pp. 87 y ss.
- HUNTINGTON, Samuel P.;** El orden político en las sociedades en cambio; trad. Floreal Mazia; España: Ed. Paidós Ibérica, 1996, p. 281.
- IBARRA YUNEZ, Alejandro;** Política Económica y Bienestar Social. México: Ed. Instituto Mexicano de Ejecutivos de Finanzas, A. C., 1991; p. 47.
- INNERARITY, Daniel;** Dialéctica de la modernidad, Madrid: Ed. Rialp, 1990.
- Instituto Martín de Azpilcueta;** (Obra a cargo de) Manual de Derecho Canónico, Pamplona: Ed. Ediciones Universidad de Navarra, 1988, pp. 786-789.

JELLINEK, Georg; Teoría General del Estado, trad. de la Segunda edición alemana y prólogo de Fernando de los Ríos; Buenos Aires: Ed. Albatros, 1973, p. 374.

JUAN XXIII; Pacem in Terris; México: Ed. Ediciones Paulinas, 1983, pp. 8 y ss.

KAMERMAN, Sheila B., y KAHN, Alfred J.; (compiladores) trad. María Antonieta Neira Bigorra La privatización y el Estado benefactor [Marc Bendick, Jr., Privatización de los servicios de bienestar social: una idea que hay que tomar en serio], México: Ed. Fondo de Cultura Económica, 1993, pp. 116-118.

KAPLAN, Marcos; (Cord.) Revolución Tecnológica, Estado y Derecho Tomo I Ciencia, Estado y Derecho en las Primeras Revoluciones Industriales Tomo IV Ciencia, Estado y Derecho en la Tercera Revolución, México: Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México y Petróleos Mexicanos, 1993, p 26 Tomo I y pp. 142 y ss Tomo IV.

KAUFMANN, Matthias; ¿Derecho sin reglas? Los principios filosóficos de la teoría del estado y del Derecho de Carl Schmitt; trad. José M. Seña; México: Ed. Distribuciones Fontamara, pp. 152-154.

KELSEN, Hans; Teoría General del Estado, trad. Luis Legáz Lacambra; México: Ed. Nacional, 1975, pp. 55, 57, 119 y ss., 141, 199, 204, 324.

-----; Teoría Pura del Derecho, trad. Roberto J. Vernengo; México: Ed. Porrúa, 1995, pp. 17, 18, 286, 287, 288, 290 y 291.

KEMP ALLEN, Carleton; Las fuentes del Derecho Inglés; estudio preliminar y traducción por Antonio Ortíz García; Madrid: Ed. Instituto de Estudios Políticos, 1969, pp. 14 y 15.

LEGAZ Y LACAMBRA, Luis; Filosofía del Derecho; Madrid: Ed. Bosch, Casa Editorial, p. 655.

LINZ, Juan J.; La quiebra de las democracias; versión al español de Rocío de Terán; México: Ed. Patria, 1994; pp. 57-90.

LOCKE, John; Ensayo sobre el gobierno civil; México: Ed. Gernika, 1995, p. 134.

LOPEZ CAMARA, Francisco; (Coordinador) Sociedad, Desarrollo y

Sistema Político en México; México: Ed. Centro Regional de Investigaciones Multidisciplinarias, Universidad Autónoma de México, 1989.

LUCAS VERDU, Pablo; La lucha por el Estado de derecho; Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 1975, p. 21.

MACPHERSON, C. B.; La democracia liberal y su época; trad. Fernando Santos Fontela; Madrid: Ed. Alianza Editorial, 1997, pp. 120 y 121.

MAQUIAVELO, Nicolás; El Príncipe, trad. Guillermo Cabanellas de Torres, Buenos Aires: Ed. Heliastra, 1994.

MANNHEIM, Karl; Ideología y Utopía; trad. Salvador Echavarría; México: Ed. Fondo de Cultura Económica, 1993, pp. 169-230.

MARGADANT S., Guillermo Floris; El viejo Burke y el nuevo liberalismo; México: Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México y Universidad Autónoma de Tlaxcala, 1994, pp. 23 y ss.

MARITAIN, Jaques; La Persona y el Bien Común, trad. Leandro de Sesma directamente de La Personne et Bien Commun, Argentina: Ed. Club de lectores, 1968, pp. 97-111.

MERQUIOR, José Guilherme; Liberalismo viejo y nuevo; trad. Stella Mastrangelo; México: Ed. Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 135.

MERRYMAN, John Henry; La tradición jurídica romano canónica; trad. Carlos Sierra; México: Ed. Fondo de Cultura Económica, 1980, p. 92.

MEYER, Lorenzo; Liberalismo autoritario Las contradicciones del sistema político mexicano; México: Ed. Oceano de México, 1995.

MISHAN, E. J.; Economía del Bienestar; Madrid: Ed., Ediciones Rialp, 1969, p. 255.

MONTESQUIEU, Carlos de Secondant; barón de; Del espíritu de las leyes (1), trad. Mercedes Blázquez y Pedro de la Vega; Argentina: Ed. Orbis, 1984, pp. 142 y ss.

NOZICK, Robert; Anarquía, Estado y Utopía; trad. Rolando Tamayo; México: Ed. Fondo de Cultura Económica, 1990, p. 39.

- O'DONNELL, Guillermo, y SCHMITTER, Philippe C.;** Transiciones desde un gobierno autoritario /4 Conclusiones tentativas sobre las democracias inciertas; trad. Leandro Wolfson, supervisión de la traducción de Oscar Oszlak; España: Ed. Paidós Ibérica, 1994, pp.19 y 20.
- OFFE, Claus;** Contradicciones en el Estado del bienestar; edición de John Keane; trad. Antonio Escotado; Madrid: Ed. Alianza Editorial, 1991, p. 137.
- OLLERO, Andrés;** Interpretación del derecho y positivismo legalistas; Madrid: Ed. Editoriales de Derecho reunidas, 1982, pp. 56 y 62.
- PLATON;** La República; introducción Manuel Fernández-Galiano, trad. Manuel Fernández-Galiano; Madrid: Ed. Alianza Editorial, 1999, p. 93.
- PORRUA PEREZ, Francisco;** Teoría del Estado, Teoría Política; México: Ed. Porrúa, 1990, pp. 146, 472 y 473.
- RADBRUCH, Gustav;** Introducción a la Filosofía del Derecho, trad. Wenceslao Roces; México: Ed. Fondo de Cultura Económica, 1955, pp. 90 y 91.
- RAWLS, John;** Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia; trad. Miguel Angel Rodilla; España: Ed. Tecnos, 1986, p. 92.
- ; Liberalismo político; trad. Sergio Rene Madero Báez; México: Ed. Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, Fondo de Cultura Económica, 1995, pp. 51 a 56.
- RODRIGUEZ CARRAJO, Manuel;** Vázquez de Mella: Sobre su vida y obra; Madrid: Ed. Revista «Estudios», 1973, p. 134.
- RODRIGUEZ Y RODRGUEZ, Joaquín;** La Naturaleza de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Anuario Jurídico 1985, México: Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 1985, Tomo XII, p. 245.
- ROUSSEAU, Juan Jacobo;** El contrato social; traducción y estudio preliminar y adaptación al castellano: María José Villaverde; Barcelona: Ed. Ediciones Altaya, 1993.
- SAAVEDRA FAJARDO, Diego;** Idea de un Príncipe político-cristiano representada en cien empresas; Madrid: Ed. Espasa-Calpe, 1959, p.

196.

SABINE, George H.; Historia de la teoría política; revisado por Thomas Landon Thorson, trad. Vicente Herrero; México: Ed. Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 317.

SANCHEZ AGESTA, Luis; La democracia en Hispanoamérica; Madrid: Ed. Rialp, 1987, p. 163.

-----; Los principios cristianos del orden político; Madrid: Ed. Instituto de Estudios Políticos, 1962, pp.168-188.

SCHMITT, Carl; El concepto de lo "político" Teoría del partisano Notas complementarias al concepto de lo "político"; responsable de la edición: Eduardo Mosches; trad. México: Ed. Folios Ediciones, 1985.

SCHRECKENBERGER, Waldemar; Semiótica del discurso político Análisis retórico de textos constitucionales y judiciales de la República Federal de Alemania; versión castellana de Ernesto Garzón Valdés; México: Ed. Universidad Autónoma de México, 1987, pp. 184 y185.

SEN, Amartya; Sobre ética y economía, trad. Angeles Conde, México: Ed. Alianza, 1991, p. 68.

SERRA ROJAS, Andrés; Ciencia Política; México: Ed. Porrúa, 1985, pp. 232 y ss.

SIERRA GONZALEZ, Angela; Las Utopías del Estado real a los Estados soñados; Barcelona: Ed. Lerna, 1987, pp. 103-354.

SOLARES ROBLES, Laura; (Investigación, relación y cronología) Jesús Reyes Heróles y la Política partidista; México: Instituto de Estudios Históricos y Políticos Jesús Reyes Heróles, A. C., 1992.

SNAVELY, William P.; Teoría de los Sistemas Económicos: Capitalismo, Socialismo y Corporativismo; trad. Beatriz E. Falero, Madrid: Ed. FCE España, 1976, p. 19.

SORMAN, Guy; La solución liberal, trad. Mauro Armiño, Madrid: Ed. Espasa-Calpe, 1985, p. 161.

SUAREZ, Francisco; De legibus (I 9-20) De legis obligatione; Edición crítica bilingüe preparada por L. Pereña, P. Suñer, V. Abril, C. Villanueva y E. Elorduy; Madrid: Ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas Instituto Francisco de Vitoria, 1972

volumen XII, pp. 2-4 y 727.

-----; Tratado de las leyes y de Dios legislador; Versión española por José Ramón Eguillor Muniozgueren, S. I.; Madrid: Ed. Instituto de Estudios Políticos, 1968, pp.19 y 20.

TAMAYO Y SALMORAN, Rolando; Sobre el sistema jurídico y su creación; México: Ed: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 1976, pp. 125-132.

TENA RAMIREZ, Felipe; Derecho Constitucional Mexicano; México: Ed. Porrúa, 1981, pp. 213-220.

TERAN, Juan Manuel; Filosofía del Derecho; México: Ed. Porrúa, 1993, pp. 177 y ss.

TOCQUEVILLE, Alexis de; La democracia en América; trad. Marcelo Arroita-Jáuregui; Madrid; Ed. Guadarrama, 1969, p. 268.

TOUCHARD, Jean; Historia de las ideas políticas; trad. J. Pradera; México; Ed. Tecnos, 1994, pp. 509-510 y 518.

TRIEPEL, Heinrich; Derecho Público y Política; trad. José Luis Carro; Madrid: Ed. Civitas, 1986, pp. 37-40.

VALADEZ, Diego y RUIZ MASSIEU, Mario; (Cord.) La transformación del Estado mexicano; México: Ed. Diana, 1989.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan; Ideología, praxis y mito de la tecnocracia, Madrid: Ed. Montecorvo, 1975, pp. 305-311.

VILLORO TORANZO, Miguel; La Sociedad de Consumo, ensayo contenido en el libro Del Derecho Hebreo al Derecho Soviético, México: Ed. Fondo para la Difusión del Derecho de la Escuela Libre de Derecho, 1989, p. 204.

WATSON, Richard A.; Democracia Americana (Logros y perspectivas); versión española: Ricardo Calvet Pérez; México: Ed. Noriega, 1989, p. 93.

ZAFRA VALVERDE, José; Teoría Fundamental del Estado; Navarra: 1967, p. 260.

ZIPPELIUS, Reinhold; Teoría General del Estado; trad. directa del alemán Héctor Fix-Fierro; México: Ed. Porrúa, 1989, pp. 275 y ss.

Diccionarios y enciclopedias

Diccionario de Política; bajo la dirección de Norberto Bobbio, Nicola Matteucci y Gianfranco Pasquino; redacción en español: José Aricó, Martí Soler y Jorge Tula, 7a. ed. corregida y aumentada; México: Ed. Siglo XXI Editores, 1991.

Diccionario Jurídico Mexicano; Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México; México: Ed. Porrúa, 1989, vol. D-H.

Diccionario Español-Alemán, Deutsch-Spanisch; México: Grijalbo, 1994.

Gran Enciclopedia Rialp; Madrid: Ed. Rialp, 1971, Tomo XXI, *sub voce* Simonía, p. 398.

Referencias hemerográficas

CARDENAS, Salvador; Apuntes del curso de Ciencia Política, Licenciatura de Derecho; México: Universidad Panamericana, 1992.

CARPINTERO, Francisco; Apuntes del curso de Posgrado de Derecho; México: Universidad Panamericana, 1996.

DUBIEL, Helmut; La culpa política; Revista Internacional de Filosofía Política, Sección Artículos y secciones especiales; Madrid: Ed. UNED y UAM; Diciembre de 1999; pp. 5-14.

LOAEZA, Soledad; Los dilemas de la democracia liberal a finales del siglo XX; Revista Internacional de Filosofía Política, Sección Artículos y secciones especiales; Madrid: Ed. UNED y UAM; Diciembre de 1999, pp. III-123.

LUGO GALICIA, Miguel Angel; El doble voto simultáneo en México; ARS IURIS número 21 Revista del Instituto de Documentación e

Investigación Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana; México: 1999, p. 64.

MEYER, Lorenzo; Tres modelos de Presidencia y de Presidente; Periódico Reforma, Sección A Editorial; México: 14 de septiembre de 2000.

RAMIREZ, José Luis; Democracia como estructura y como forma de vida Síntesis de la experiencia nórdica de un emigrante mediterráneo. Seminario sobre variedades y límites de la democracia. Universidad Menéndez Pelayo, Valencia 6-10 de septiembre de 1993.

SHABOT, Ezra; Memoria y amnistía; Periódico Reforma, Sección A Editorial; México: 4 de octubre de 2000.

TERMES, Rafael; Estado de Bienestar, ¿pacto social o engaño?. Istmo N° 219, julio-agosto 1995. Centros Culturales de México, A. C., México; p. 6.

Referencia legislativa

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS; Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, Fe de Erratas de 6 del mismo mes y año, en vigor desde el 1° de mayo de 1917; México: Ed. Ediciones Andrade, 1986.