



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO

LECCIONES DE LA DEMOCRACIA:
***Modelo de dominación o
principio de autonomía***

T E S I S

Para obtener el grado de
Maestro en Derecho, que presenta:

JAIME EDUARDO ORTIZ LEROUX

Director de Tesis:

DR. JAIME CÁRDENAS GRACIA

México, D.F. enero de 2011



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.

A Jaime y Emma Rosa,
Dos amigos de toda mi vida

A Martín González Fajardo
Un guerrero que trascendió las formas

LECCIONES DE LA DEMOCRACIA:
MODELO DE DOMINACIÓN O PRINCIPIO DE AUTONOMÍA

Í N D I C E

INTRODUCCIÓN	11
<i>CAPÍTULO PRIMERO.</i>	
LA CRÍTICA DEL LOGOS DE LA DEMOCRACIA DESDE EL CONTEXTO INTERNO Y DESDE EL CONTEXTO EXTERNO	21
1.1. Las teorías de la democracia y la definición del hecho democrático	23
1.1.1 Las teorías minimalistas: La democracia como regla del juego.	
1.1.2 Las teorías pluralistas. La democracia como forma de gobierno.	
1.1.3 La hermenéutica normativa y la teoría de la validez democrática	
1.1.4 La teoría discursiva. La democracia como lenguaje cognitivo	
1.1.5 La definición de la democracia y los contornos del hecho democrático	
1.2. El concepto de derecho como punto de partida para el estudio de la democracia	55
1.2.1 El positivismo jurídico: la democracia como dato formal	
1.2.2 El realismo jurídico: la democracia como dato empírico	
1.2.3 La teoría de sistemas: la democracia como expectativa de conducta	
1.2.4 Las teorías normativas: la democracia como principio moral	
1.2.5 La teoría comunicativa: la democracia como sentido del discurso	
1.2.6 La teoría posmoderna: La democracia como técnica disciplinaria	
1.2.7 La concepción de derecho democrático que opera en este trabajo	

CAPÍTULO SEGUNDO.

HERMENÉUTICA DE LA NORMA DEMOCRÁTICA

PRINCIPIO DE AUTONOMÍA O PRINCIPIO DE OBEDIENCIA

(Conciencia moral o voluntad de poder) **83**

2.1. La soberanía política liberal como base de interpretación de la democracia. Una lectura normativa del liberalismo **86**

2.1.1. La soberanía política en el Estado moderno

2.1.2. Génesis y práctica de la democracia como concepto normativo

2.2. La “democracia real” como forma de legitimación del Estado liberal. Una lectura realista del liberalismo **100**

2.2.1. Democracia y liberalismo en los regímenes políticos contemporáneos

2.2.2. El Estado social democrático

2.2.3. Las antinomias del régimen democrático liberal. Una crítica normativa de la democracia-liberal.

2.3. La democracia republicana y participativa como principio de soberanía política. Una lectura normativa de la democracia **118**

2.3.1. El concepto republicano y participativo de la democracia.

2.3.2. La democracia deliberativa

2.3.3. La democracia participativa

2.3.4. Las contradicciones del paradigma republicano. Una crítica realista de la democracia participativa.

2.4. El Estado como la cama de *Procusto* o la muerte de la *episteme* democrática. Una lectura crítica de la democracia liberal **134**

2.4.1. La crítica posmoderna de la igualdad democrática

2.4.2. Carl Schmitt ideólogo del Estado post-democrático.

2.4.3. El Estado de excepción como principio de sentido de la democracia liberal. Una crítica hermenéutica del Estado posdemocrático

CAPÍTULO TERCERO

LOS PRESUPUESTOS DE LA DEMOCRACIA

LA CONFIGURACIÓN DE LA CIUDADANÍA Y DEL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD **151**

3.1. El sujeto de los derechos políticos democráticos 153

- 3.1.1. *La consolidación jurídica de la ciudadanía universal. Entre el iuspositivismo y el common law*
- 3.1.2. Acerca del papel del derecho en la validación del sujeto y del ciudadano
- 3.1.3. *El otro*, un no-sujeto político de la democracia.
- 3.1.4. El ascenso de lo social: el ciudadano, la sociedad civil y los movimientos sociales.
- 3.1.5. La ciudadanía: emancipación del individuo y emancipación social.

3.2. Las libertades expresivas (civiles) y el espacio público en el Estado liberal 179

- 3.2.1. El carácter expresivo de la libertad política y jurídica.
- 3.2.2. Los límites normativos de la libertad de expresión
- 3.2.3. La publicidad liberal ¿principio normativo de validez o técnica privada de control?
- 3.2.4. La virtualización de lo público y la privatización de la política en el Estado contemporáneo

CAPÍTULO CUARTO.

LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA DEMOCRACIA.

LOS PROCEDIMIENTOS CARDINALES DE AUTOPRODUCCIÓN Y CLAUSURA DEL ESTADO DEMOCRÁTICO **205**

4.1. La representación democrática, como hipostación de la voluntad política 207

- 4.1.1 La filología del concepto de representación
- 4.1.2 Las fuentes doctrinarias de la representación política
- 4.1.3 Las fuentes históricas de la representación
- 4.1.4 El vínculo jurídico entre representación y democracia
- 4.1.5 El ámbito de validez de la representación política
- 4.1.6 La democracia representativa como ficción política
- 4.1.7 La crítica democrática de la representación política

4.2. El sistema de partidos políticos, la usurpación de la legitimación política de la sociedad civil	238
4.2.1. La naturaleza de los partidos en el régimen representativo	
4.2.2. El largo y difícil camino de la regulación de los partidos	
4.2.3. Los partidos como entidades democráticas	
4.2.4. El Estado de partidos, <i>¿facticidad o validez?</i>	
4.2.5. La necesaria e insuficiente crítica de los partidos políticos	
4.3. Las funciones electivas, técnicas disciplinarias del hecho político	255
4.3.1. La configuración legal de los derechos políticos	
4.3.2. El sufragio universal y los comicios libres	
4.3.3. Elementos electorales del derecho constitucional	
4.3.4. Elementos técnicos del derecho electoral	
4.3.5. El sistema proporcional y la ingeniería electoral como componentes de la definición constitucional del Estado democrático	
4.3.6. Las técnicas electorales en el Estado democrático liberal.	

CAPÍTULO QUINTO

LOS ELEMENTOS REFLEXIVOS DE LA DEMOCRACIA

INSTANCIAS DE AUTOCORRECCIÓN INTERNA Y VINCULACIÓN CON LA EXPERIENCIA SOCIAL	281
--	------------

5.1. La jurisdicción, la forma de validación argumentativa de la norma y la autoridad democráticas en el caso concreto	285
5.1.1. La legitimidad democrática de la jurisdicción.	
5.1.2. La Jurisdicción constitucional y el control de los principios de identidad democrática	
5.1.3. La jurisdicción como medio de participación de la ciudadanía	
5.1.4. Experiencias de control constitucional en el mundo	
5.1.5. La jurisdicción electoral y los procedimientos de validación del ejercicio de los derechos políticos.	
5.1.6. La crítica de la labor judicial en la democracia liberal	

5.2. Otros instrumentos de participación y control del régimen democrático a cargo de la ciudadanía	306
5.2.1. Las figuras participativas dentro del contexto liberal.	
5.2.2. El refrendo o derogación ciudadanos de la Ley	
5.2.3. La capacidad de iniciativa legislativa ciudadana	
5.2.4. La revocación del mandato de los representantes	
5.2.5. La libertad de candidaturas a los cargos de representación política	
5.2.6. La participación ciudadana en la administración pública	
5.2.7. Los mecanismos de control a cargo de la ciudadanía	
5.2.8. Otras formas de participación política	
5.2.9. Instrumentos políticos de participación en América Latina.	
5.2.10. Valoración de los instrumentos participativos en América Latina	
5.2.11. La democracia participativa como complemento de la representación	
5.2.12. Elementos para la valoración de los instrumentos participativos	
5.3. Elementos para una teoría de la indeterminación de la democracia	340
5.3.1. El contenido abierto del derecho	
5.3.2. La legitimación por el procedimiento y la legitimación de los procedimientos	
5.3.3. Desobediencia civil, Derecho de Resistencia y Revolución	
5.3.4. La sociedad civil como el <i>locus</i> de las definiciones normativas.	
CONCLUSIONES	355
BIBLIOGRAFÍA	379
PALABRAS EN OTRAS LENGUAS, INICIALES Y ABREVIATURAS	397

INTRODUCCIÓN

Este trabajo aborda a la democracia, uno de los conceptos jurídicos y políticos sobre el cual se sustentan la validez de los regímenes políticos contemporáneos, una de las «cuestiones políticas fundamentales» del orden constitucional. Como tal la democracia es un «conceptos exclusiva», como Böckenförde llama a aquellos conceptos vinculan legitimidad y legalidad, a través de los cuales adquiere sentido el conjunto de la experiencia político jurídica y social del régimen y son leídos los acontecimientos y las prácticas colectivas.

Los conceptos exclusiva abordan los temas de la legitimidad, que vinculan el orden estatal con los problemas relativos a la gramática de la vida y permiten analizar las formas como interactúan las prácticas discursivas en el orden estatal y en el orden social. La democracia como género político y discursivo representaría un género de vida concebido como un «bien común» que serviría como principio de autodeterminación social y el autoentendimiento entre los individuos de la comunidad.

Sin embargo estos significados se encuentran en contradicción con las formas y significados de la democracia como práctica procedimental estatal. La formulación de la democracia como derecho político y como principio interno identificado con el principio liberal ha hecho recaer la fundamentación jurídica de la democracia en una doctrina de Estado basada en principios positivos que la redujo a un conjunto de procedimientos necesarios para resolver los problemas de ejercicio del poder y la limitó como medio para fortalecer los derechos colectivos de los gobernados en el orden de las relaciones sociales.

Proudhon preguntaba que para qué otra cosa podía servir la democracia si no era como un instrumento para defender la independencia, la dignidad y la libertad de los que no tienen fuerza para imponer el respeto de sus derechos. Para qué la democracia si no era para proteger y fortalecer la libertad y

capacidad de expresión y asociación de los que no tienen la fuerza suficiente para imponer su voluntad por sus propios medios. La fuerza civilizatoria de la positivización de la democracia está en que permite vincularla al principio de obediencia, sin embargo las representaciones jurídicas de la democracia están vinculadas al principio liberal lo que impide desarrollar efectivamente los significados de la democracia como un bien colectivo en el orden social, económico, civil, político, personal, el espacio público, etc.

La investigación de la democracia como concepto que vincula legitimidad y la legalidad, aborda los principales problemas jurídico-políticos de este fenómeno político contemporáneo: las diferentes perspectivas teóricas, los fundamentos de legitimidad del modelo, las contradicción entre el principio de autonomía y obediencia, las antinomias entre la validez del sistema y su representación formal, los principios de identidad, exclusión y clausura, los resultados contranormativos del sistema de representación de partidos, la legitimidad de la desobediencia y el disenso internos, las condiciones para la sobrevivencia del modelo.

Asimismo se revisan las principales teorías de la democracia buscando contrastar los significados, valores y sentidos que cada uno de ellas le otorgan como fenómeno jurídico, así como al papel que para dichas teorías juegan los vínculos procedimentales del sistema con la sociedad civil, la ciudadanía y el exterior constitutivo del modelo. No se omite tampoco el análisis de los sentidos contradictorios que puede tener la democracia en función del concepto de derecho que la produce.

Sin embargo la investigación que se presenta no busca la justificación necesaria del modelo de democracia conforme a sus fines internos, cualquiera que estos puedan ser o concebir las teorías jurídicas y políticas. No se pretende recuperar solamente los sentidos descriptivos, normativos o discursivos de la democracia sino que se busca la interpretación de la formulación legal de la democracia en términos de sus resultados en el orden social como un vínculo de clausura de la acción política, que genera resultados contranormativos del principio de autodeterminación y sitúa a la política por fuera de los principios de reconocimiento.

Este trabajo no le otorga un futuro promisorio a su objeto. Se concibe a la democracia como una tradición política y jurídica arraigada en un orden de sentido impuesto por la lógica interna del capitalismo que **arrastra** la experiencia política hacia campo de acción congruente con los principios del orden nomológico liberal como base para la obediencia y donde lo único que puede hacer la razón individual frente a las contradicciones del sistema en el orden social y particular es **callar**.

La identificación de tradición democrática con el principio liberal en el Estado contemporáneo ha servido para que legitimar un modelo de dominación estatal en el capitalismo contemporáneo. Esto genera fuertes contradicciones entre el sentido normativo de la democracia en el orden discursivo y los significados que produce el ejercicio de las representaciones políticas de los sistemas contemporáneos denominados democráticos, y acrecienta aún más la brecha entre el orden institucional y el orden de la sociedad civil como polos entre los que se decide la legitimidad de la norma. La ausencia de significados democráticos en el seno de la sociedad genera una enorme inestabilidad y un régimen político en crisis permanente en el que la democracia sólo juega un papel como criterio último de legitimidad formal.

Existen dos futuros posibles para la democracia como régimen político sobre el que se sustenta un modelo de dominación: o continúa la tendencia actual que identifica a la democracia con el liberalismo, caracterizada por un marcado estatalismo y autoritarismo, la generalización de las restricciones a las libertades civiles y personales, la dominación de facto por parte de las corporaciones financieras e informales así como una mayor y progresiva imposición de condiciones de excepción **de iure**, o bien la movillización y autoorganización de la sociedad civil logran romper el mutismo y estancamiento del sistema que eliminan los obstáculos que impiden la introducción de elementos participativos ciudadanos de control interno así como de vínculos normativos orientados a la democratización del régimen en su conjunto, especialmente en el orden de las relaciones sociales y económicas.

En este sentido el papel de la filosofía política y jurídica y de quienes se reconocen como parte de la tradición democrática, como Luigi Ferrajoli lo ha

reconocido, es la crítica de las representaciones y las prácticas político-jurídicas del régimen democrático liberal como condición necesaria para su transformación. Se requiere una labor hermenéutica para hacer reaparecer las representaciones de la democracia como una forma de dominación política, que las explique como una *fictio*, un uso o un hábito cuya función es la de sustituir a la experiencia política en la formación de sentido y en la estructuración del nivel político-jurídico. Es necesario contraponer los principios de validez de esas representaciones políticas con los sentidos que producen en el orden de las relaciones políticas, sociales y económicas en los países denominados como democráticos.

Nos obliga también a reflexionar en torno a la factibilidad y posibilidad de los principios en los que se funda el modelo democrático y a pensar las formas y procedimientos para hacerlos efectivos. Esto necesariamente pasa por la crítica los principios universales. Los nominalistas decían que los conceptos universales eran una entidad lógica no ontológica, pensaban que la realidad no podía atraparse mediante conceptos necesarios o generales. La universalidad de los principios democráticos es una fuente de clausura del modelo que le impide reconocer formas y procedimientos alternativos para vincular el orden jurídico con nuevas experiencias y nuevas fuentes de sentido. Es por eso que uno de los ejes de esta investigación es en la determinación y reflexión en torno al hecho político singular en el contexto democrático como fuente de una verdadera experiencia política.

Otro eje que cruza este trabajo es la crítica de la razón democrática como un principio de sentido dirigido a perfeccionar los medios y los procedimientos dirigidos al logro de fines pre-establecidos y controlados por el sistema. La razón democrática es estas condiciones nunca tiene verdaderas opciones para elegir, sus determinaciones de sentido siempre están dirigidas a confirmar las decisiones tomadas previamente por el sistema lo que la convierte en una técnica orientada a separar lo que es bueno y lo que es malo para los fines internos del sistema. En este sentido se busca aquí una reinterpretación del principio de identidad de la *episteme* democrática a través de los silencios y exclusiones que genera en el orden social que se expresan como una jerarquía violenta de carácter político en el orden de las relaciones sociales.

Con el replanteamiento del sentido de los principios de la democracia que se hace en este trabajo se busca contribuir a la generación de una estrategia que permita vincular a la democracia con la sociedad civil como fuente de sentido. Se pretende sustentar que la democracia nunca puede ser totalmente institucionalizada y que su institucionalización conduce a una identificación irrestricta con el principio de autoridad, lo que conduce al autoritarismo del régimen, a la opacidad del principio de soberanía y a la deslegitimación del pacto político.

Frente a esta tendencia autoritaria, que se presenta cada vez más con mayor fuerza en los regímenes democrático liberales contemporáneos como una necesidad interna del sistema, es indispensable que las ciencias jurídicas dejen de centrar su atención en el orden estatal y presten mayor importancia a los sentidos políticos que se producen desde la sociedad. Esto implica romper con los relatos sobre los cuales se sustenta el actual modelo de dominación política, dejar de pensar a la democracia como un medio para realizar un *telos* e impedir que las representaciones jurídico-políticas clausuren en definitiva la subjetividad política en el régimen.

Para poder acrecentar los vínculos jurídicos del sistema con la sociedad el pensamiento jurídico debe trascender su entorno positivista-liberal y orientarse hacia un nuevo tipo de institución de lo social que de lugar a un nuevo modelo de constitución de lo político desde la sociedad donde el poder, según las palabras de Claude Lefort, sea un «espacio vacío», donde el derecho y el conocimiento estén expuestos a una indeterminación radical para que lo instituido nunca llegue a identificarse totalmente con lo establecido¹. El derecho debe dar un salto al vacío desde las alturas del orden estatal que sirven como base del principio de obediencia hacia el lugar en donde se producen los significados de las relaciones sociales.

Los conceptos expuestos se desarrollan en este trabajo de tesis en dos momentos. El primero de ellos comprende los dos primeros capítulos, ahonda en los sentidos y delimita los contornos sobre los que está construida la democracia en las sociedades contemporáneas, tanto como discurso teórico, como práctica político-jurídica y como forma de dominación. Aquí se abordan

¹ Lefort, Claude. "The political forms of modern society". Citado en: Mouffe, Chantal. *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía pluralismo y democracia radical*. Barcelona. Paidós. 1999. p. 79.

los principales problemas de la democracia en el plano teórico. En el segundo momento de este trabajo, en los tres últimos capítulos, se interpretan las representaciones formales de la democracia que de acuerdo con la teoría le son constitutivas como nexos necesarios sobre los que descansa la legitimidad del régimen, que son descritos y analizados como recursos técnicos y reflexivos sobre los que descansa el modelo de dominación político-jurídica.

El primer capítulo aborda el *logos* de la democracia, el conjunto de aserciones y predicados de la teoría jurídica y política en torno al objeto de estudio y que lo caracterizan como un fenómeno multidimensional que produce significados situados en diversos campos de la experiencia dependiendo de la perspectiva teórica en la que se sitúe el investigador pero también del concepto de derecho que la produzca. El *logos* de la democracia se expresa como un principio interno de identidad de orden analítico, pero también como un principio externo de clausura de carácter político a través del cual el sistema actúa como forma de dominación. La valoración de cada una de las escuelas o tradiciones de la teoría democrática y la teoría jurídica se realiza a través de la crítica de las herramientas que cada una de ellas brinda al ciudadano y al intérprete del derecho para poder concebir a la democracia como un derecho político desde la sociedad civil.

El segundo capítulo estudia y desgloza las dos fuentes ideológicas y filosóficas de la definición constitucional de soberanía política en los regímenes contemporáneos y sobre las que descansan los regímenes democrático liberales. Democracia y liberalismo son vistos como dos principios que se encuentran en tensión permanente y cuya contradicción puede llevar a la soberanía hacia un sentido democrático si se logran acrecentar los vínculos participativos del sistema con la sociedad, o bien hacia un sentido totalizador y autoritario, como resultado de la concepción corporativa y totalizadora de la libertad económica. En este apartado se presentan elementos para demostrar el avance de la postura que identifica a la democracia como el carácter arbitrario de un Estado dictatorial.

Con el tercer capítulo se inicia la interpretación de las representaciones constitutivas del régimen democrático liberal. En este capítulo se estudian dos elementos señalados por la teoría jurídica y la teoría democrática como

precondiciones inexcusables para que un régimen pueda ser considerado como un sistema democrático, no obstante lo cual en los regímenes contemporáneos prevalecen como los grandes silencios o ausencias. Ambos elementos se refieren a la constitución del sujeto político en la democracia: en uno se trata de la calificación del individuo como tal para poder asumir el género ciudadano y las características de la ciudadanía como género civil, en otro de los poderes comunicativos de los que están investidos los ciudadanos y las asociaciones de la sociedad, como sujetos autónomos de la democracia, para que se puedan manifestar libremente en un espacio público entendido normativamente como principio de la soberanía política.

La ciudadanía y los derechos expresivos de carácter civil que se estudian aquí son analizados conforme a una interpretación que resalta las contradicciones internas entre su concepto normativo y la forma como están estructurados y son ejercidas en la democracia liberal contemporánea. Se busca destacar la pérdida de significados normativos en cada uno de estos campos de la democracia, los cuales se encuentran subsumidos dentro de una práctica dominada por el mercado y los poderes fácticos que cuentan con la capacidad suficiente para someter la subjetividad y expresividad política dentro de los parámetros de reconocimiento interno.

En el cuarto capítulo se hace el análisis de los elementos que son considerados por la teoría como necesarios y suficientes para que un régimen político pueda ser considerado como una democracia. La interpretación del modelo de representación política, del Estado de partidos y de las técnicas electorales que se realiza pone de relieve las limitaciones de los sentidos normativos de su ejercicio en los regímenes contemporáneos en contraste con el enriquecimiento de los significados funcionales y prácticos, como procedimientos destinados a lograr la estabilidad y la gobernabilidad política del régimen y la adhesión de la ciudadanía a las medidas adoptadas desde el Estado.

Las formas mediante las cuales se realiza la democracia en las sociedades contemporáneas someten a ésta bajo los dictados de la ingeniería electoral, como una técnica institucional privilegiada abocada a la utilización y manipulación de los elementos jurídicos y procedimentales del derecho

electoral para la institucionalización de una forma de identidad y la articulación social y política en función de la estabilidad y la gobernabilidad de un régimen de dominación. La forma como se le presenta al ciudadano la libertad política en la democracia está fuera de su voluntad, la libertad política se reduce técnicamente a una fórmula plebiscitaria a través de la cual se impone una concepción unívoca del poder político como algo separado de la sociedad civil y de las diversas expresiones de la ciudadanía.

La única posibilidad para salvar al modelo democrático de su reducción a una técnica interna para brindar obediencia consiste en la introducción y profundización de una serie de elementos reflexivos que actúen como vínculos discursivos entre el orden normativo e institucional y el orden de las relaciones sociales. Se requieren más y mejores dispositivos que actúen como esclusas o diques reflexivos que permitan vincular las decisiones representativas con la voluntad de los ciudadanos concretos y reconocer los sentidos que produce la experiencia social. Estas cuestiones son estudiadas en el capítulo quinto. En el que se postula que la única posibilidad de que sobrevivan los sentidos normativos de la democracia frente a la generalización de una concepción totalitaria del Estado recae en la introducción de medios participativos para el control de las decisiones representativas.

El desarrollo e introducción de medios participativos en el campo de la jurisdicción (como actividad pública que vincula a la norma con el caso concreto), en el campo del derecho-político electoral (como procedimiento ciudadano para el control de sus representantes y en la definición de los contenidos normativos), así como en el campo de la administración (a través de espacios de deliberación para la toma de decisiones y la asignación de recursos), reaparecen como condición capital para la sobrevivencia de la democracia como modelo de dominación y de su posibilidad como modelo normativo. Se abordan también aquí las cualidades que deben caracterizar a un derecho democrático abocado a la sociedad como principio normativo.

Considero que la reconstrucción y la crítica de la democracia que aquí se proponen son cruciales en este momento en el que la globalización de los saberes, recursos y movilizaciones de toda índole ha puesto al descubierto las debilidades e inconsistencias del Estado nacional como modelo de

autodeterminación política, en el que junto con una mayor concentración del poder se acentúan cada vez más las desigualdades sociales que deslegitiman los principios del sistema y en el que crecen las tendencias solipsistas y represivas internas del sistema como modelo de autoproducción.

Esta perspectiva pesimista que busca dejar de pensar en la democracia como una alternativa, es particularmente necesaria en los países de América Latina, donde el discurso jurídico e institucional tiene una gran autonomía respecto de otros discursos sociales y el derecho público tiene poco peso en la estructuración de la sociedad y la economía, donde lo jurídico se mantiene como un instrumento de las elites políticas y económicas para preservar su poder y donde más que en otras partes hace falta cuestionar las instituciones jurídicas democráticas con argumentos jurídicos y extrajurídicos.

El método y la argumentación de este trabajo están inspirados por la crítica hacia una concepción positivista, funcionalista, autopoietica del derecho y el Estado como la que caracteriza a las teorías realistas pero de la que no escapan los autores de la perspectiva normativa y discursiva. Se busca proporcionar los elementos argumentativos para lograr la validación de una concepción del derecho que concibe a su expresión liberal como una forma de ejercicio del poder, un aparato de dominación en el orden del discurso representativo estatal que ha tenido el efecto de restringir los vínculos y significados normativos de la democracia en el orden social.

Sin duda se ofrece aquí una perspectiva demasiado pesimista de la democracia que impide llegar a soluciones esperanzadoras sobre el futuro de los regímenes denominados como tales. Que más quisiera el autor de este trabajo que depositar toda su confianza en el crecimiento de la movilización de la sociedad civil y de los procesos de organización ciudadana que recondujeran hacia un replanteamiento del modelo y sus significados. Sin embargo, la transformación democrática del régimen en un sentido normativo a través de la movilización social como última instancia de autodeterminación política, sin duda es una fuente de inspiración teórica pero es una tarea práctica de carácter político que se realiza a contracorriente y de manera limitada por parte de diferentes grupos que poco pueden avanzar frente al poder avasallador del Estado.

Las opiniones e inclinaciones normativas de este autor chocan con los marcos lógico- discursivos en los que se desarrollan los problemas y desafíos de la democracia. Tal vez los marcos de conocimiento científico como aquellos en los que se sitúa este trabajo, nunca puedan llegar plenamente a capturar su objeto y arribar a una caracterización del problema de la democracia y llegar realmente a proponer soluciones. La sociedad civil todavía se mantiene fuera del derecho, como un campo de acción discursiva independiente, donde conceptos racionales como democracia, sociedad civil o conocimiento se detienen cuando aparece la violencia como base del principio de obediencia.

En última instancia la concepción lógico-cognitiva en la que estamos situados no puede dejar de concebir que la democracia es una demopedia, según la expresión de Proudhon. Por eso este trabajo habrá cumplido su cometido si logra argumentar que la democracia es un problema contemporáneo que rebasa los marcos del autoentendimiento y del deber ser y que se sitúa por fuera de los límites de reconocimiento del discurso jurídico como un hábito o un uso del poder. Si logra demostrar que las relaciones que vinculan a la democracia con la realidad política son sólo relaciones ostensibles que sirven como presupuesto de validez de los actos del operador y el intérprete legitimados del derecho.

En última instancia aquí se propone algo muy sencillo en términos lógico-discursivos, demostrar que la democracia no es lo que dicen que es. Proporcionar una definición de democracia, siguiendo a Aristóteles, que permita poner realmente a ésta en relación con su obra y con su potencia operativa, **«y que cuando las cosas no son lo que se dice que eran no deben las mismas cosas (llamarse) tales a no ser que queramos hablar en sentido equívoco»** (Política L. I, i, 20). Se considera que ha dejado de tener sentido seguir llamando democracia a un régimen que no lo es.

CAPÍTULO PRIMERO

LA CRÍTICA DEL LOGOS DE LA DEMOCRACIA DESDE EL CONTEXTO INTERNO Y DESDE EL CONTEXTO EXTERNO

Este capítulo pretende poner al descubierto que la democracia puede tener diversos significados, incluso contradictorios, de acuerdo con la perspectiva teórica con la que se mire y el aparato conceptual en el que se inscribe. Se trata de demostrar que no es lo mismo un concepto positivista de la democracia, como conjunto de procedimientos que vinculan la soberanía y la libertad, que su concepto normativo o argumentativo, que la conciben como sistema de autodeterminación.

En este sentido se investigará si existe en el contexto político-jurídico, una perspectiva teórica que reconozca a la democracia por lo que no es, que aborde la separación entre el orden del discurso jurídico y el significado de las prácticas sociales como resultado de una forma de dominación, que rompa los contornos de las teorías analíticas y normativas y sus aparatos, para observar en ellos los *residuos* de la democracia, como acto político.

Con esa divisa se recurrirá a dos enfoques, en el primero se explorarán los contornos del hecho democrático en el segundo los del derecho democrático. Así en la primera sección de este capítulo se analizará la democracia a la luz de lo que las teorías de la democracia dicen que ésta es. La democracia por dentro. Se busca resaltar las implicaciones y consecuencias, en particular

jurídicas, que cada una de estas teorías de democracia producen en el concepto y la práctica de la democracia. Se podrá de relieve las identidades y contradicciones en cada modelo entre el concepto de democracia y la práctica jurídico-política, tanto en una dimensión formal (como un orden de representación de un principio político), como en su dimensión material, (como orden de relaciones en el mundo de la vida).

En esta parte se busca resaltar las insuficiencias que tienen las teorías de la democracia, para explicar el fenómeno democrático, especialmente para reconocer el carácter normativo del acto político *negativo*, como un producto discursivo-expresivo en el orden de relaciones sociales que está por fuera de los procesos que reconocidos como parte del sistema de validación del modelo, pero que forman parte del fenómeno de la democracia como hecho social, como un principio que incluye un sentido de ruptura e indeterminación.

La segunda parte del capítulo recorre otro camino, evalúa a la democracia conforme al concepto de derecho que la produce. El estudio de la democracia «desde fuera» (desde el derecho) se dirige hacia la interpretación de los modelos de ciencia jurídica en función del concepto de democracia que dan a luz. Se realiza una evaluación crítica de las posturas teórico-metodológicas de la jurisprudencia, del concepto de derecho que producen y se examinan sus significados en el campo democrático.

La valoración de las teorías y conceptos del derecho a través de las cuales la jurisprudencia conoce a la democracia, así como de los modelos de democracia que producen, se orienta hacia la interpretación de ésta como principio político lo que incluye su sentido descriptivo, como relato jurídico o científico del sistema, y también su sentido normativo, como hermenéutica de los valores y principios democráticos.

Se busca demostrar que la teoría jurídica carece de conceptos externos, no autocalificados por el sistema, que permitan asociar al derecho con el mundo de la experiencia. En este sentido se pone de relieve que en el Estado social democrático contemporáneo, la vinculación entre el principio de validez de la norma y el uso de la fuerza no se encuentra aún suficientemente fundamentada y que en los hechos el derecho funciona como instrumento de justificación de un régimen de dominación política.

Esta caracterización forma parte de la crisis del Estado de derecho a la que alude Luigi Ferrajoli en «*La ley del más débil*», que se expresa en el régimen democrático como una permanente contradicción entre el principio de formación soberana de la voluntad popular como teorema apodíctico de la razón y el carácter político del principio de soberanía como principio vinculado al ejercicio la fuerza².

La reflexión en torno a las posibles justificaciones para recurrir al *imperia* en el régimen democrático, así como en torno a los conceptos políticos que articulan el orden jurídico-estatal con las relaciones en el orden de la sociedad civil, sirve como plataforma para determinar la perspectiva teórico-metodológica de este trabajo, dirigida a poner en tela de juicio que la democracia es un sistema orientado normativamente, tal como lo suponen la mayoría de los autores contemporáneos³, sino que manifiesta como la confirmación de los procedimientos que la caracterizan como modelo histórico, no como sistema de vida abierto que requiere de una validación reflexiva externa sino como un régimen de dominación y de clausura orientado a sustituir a la política como práctica normativa abierta.

1.1. LAS TEORÍAS DE LA DEMOCRACIA Y LA DEFINICIÓN DEL HECHO DEMOCRÁTICO

En esta sección se proporciona un enfoque del *logos* democrático que acude a las diversas interpretaciones del fenómeno democrático para descubrir sus identidades y sus contradicciones. Las teorías sobre la democracia, parafraseando la definición de Ludwig Wittgenstein, constituyen lo que Ángel Oquendo define como «una red complicada de similitudes, que se solapan y entrecruzan; se trata a veces de similitudes globales y a veces detalladas»⁴. Se hace aquí una caracterización que nos permitirá identificar y definir los «aires de familia» democráticos de dichas teorías, así como realizar una crítica de los mismos.

² Ferrajoli, Luigi. *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Madrid, Editorial Trotta. 1999. p. 15-16. Esta crisis se expresa en "la ausencia e ineficacia de los controles", en la variada "fenomenología de la ilegalidad del poder", en "una especie de Estado corporativo gestionado por las burocracias y los lobbies; en el cambio de los lugares de la soberanía y en un debilitamiento del constitucionalismo"

³ Cohen, Jean y Arato, Andrew. *Sociedad civil y teoría política*. Fondo de Cultura Económica, México, 2002. p. 491.

⁴ Oquendo, Ángel R. *Democracia y pluralismo*. México, Distribuciones Fontamara, 2004. p. 67.

Las teorías que se presentan son a consideración de este autor las teorías más representativas del vasto campo del pensamiento sobre la democracia en las ciencias sociales, no todas son teorías jurídicas, sin embargo su revisión nos permitirá examinar el concepto de derecho que las produce y sus consecuencias en orden social, jurídico y político.

El concepto de democracia que arroja cada una de las teorías se interpreta y reconstruye en relación con el campo de sentido que la produce, para mostrar en qué medida están *moldeadas* por la experiencia y si sus significados pueden ser contrastados con evidencias o vinculados con un campo de la experiencia, o bien sólo son definiciones ostensibles dentro de un campo de sentido, tal como Giovanni Sartori cuestiona⁵. Se busca dar una explicación de cada una de ellas dentro del contexto político en el que están inscritas y se descubre de qué manera estas explicaciones influyen en los usos connotativos y denotativos de la democracia en el terreno de las ciencias jurídicas y sociales.

1.1.1. Las teorías minimalistas: La democracia como regla del juego.

El siglo veinte se caracteriza por «una intensa disputa en torno a la cuestión democrática». A fines de la Primera Guerra Mundial, Max Weber publica «*Economía y sociedad*» que propone la idea de que la democracia es una forma de gobierno deseable; en 1926 Karl Schmitt presenta «*La crisis de la democracia parlamentaria*», donde cuestiona ese planteamiento; Hans Kelsen en 1929 responde afirmativamente en «*Esencia y valor de la democracia*», donde inaugura un modelo de interpretación de la democracia, que tuvo influencia en autores como Joseph Schumpeter y Norberto Bobbio.

La noción formal de la democracia se encuentra ya en Aristóteles, quien en su *Política*, (una investigación sobre las constituciones de los pueblos del siglo IV A.C.), encuentra que la democracia es el régimen en el cual está vigente la igualdad. La igualdad democrática para Aristóteles se refiere a dos elementos: la pertenencia de ciudadanos a un género que es la comunidad política, «cuando todos participan plenamente del gobierno por igual» y la igualdad práctica en el terreno de la economía, «*[la ley de la democracia] establece como norma de igualdad que los pobres no deban tener menos poder que los*

⁵ Sartori, Giovanni. *Teoría de la democracia 2. Los problemas clásicos*. Madrid, Alianza Editorial, 2000

ricos, ni que unos deban ser dueños del gobierno más que los otros» (Política IV, iv, 30).

Siguiendo el primer modelo de razonamiento, para las teorías formalistas, la igualdad democrática se expresa como pertenencia a una comunidad política, igualdad que no constituye una relación práctica en el orden de la economía sino que afirma una igualdad abstracta en el orden formal⁶, que articula al ciudadano en el orden político pero no penetra en el orden de las relaciones sociales y económicas.

En *«Esencia y valor de la democracia»* Hans Kelsen presenta al derecho como un método para la solución de divergencias y la libertad política como la «sumisión a la voluntad de la mayoría», fórmula que se presenta como expresión de autodeterminación que ofrece una salida a la conflictividad social⁷. Kelsen subsume a la democracia dentro del modelo legal parlamentario del Estado de derecho, en el cual la formación de la voluntad política se realiza **a través de un cuerpo colegiado «(...) elegido mediante sufragio democrático y con base en el principio de mayoría»**.

Kelsen afirma que la democracia como concepto normativo no puede existir de otra forma que como democracia directa, que integra todos los ámbitos de la sociedad (incluida la economía); aunque la democracia que conocemos, señala, no es una democracia directa sino una democracia «mediata, representativa», donde los derechos políticos «se restringen al sufragio»⁸. En este sentido, dice Bonaventura de Souza, Kelsen propone una interpretación legalista del concepto weberiano de dominación que reduce la legitimidad a la legalidad y favorece una concepción formal de la democracia⁹.

Con base en el paradigma kelseniano, Norberto Bobbio propuso una definición procedimental de la democracia (de la cual realizó una revaloración en 1984 en *«El futuro de la democracia»*), que la describe como un conjunto de «reglas del juego»¹⁰ necesarias para la formación de los gobiernos. El punto

⁶ Bovero, Michellangelo. *Una Gramática de la democracia*, contra el gobierno de los peores. Madrid, Editorial Trotta, 2002. p. 22.

⁷ Kelsen, Hans. *Esencia y valor de la democracia*. México, Ediciones Coyoacán, 2005. p. 21

⁸ *Ibid.*, p. 47.

⁹ De Sousa Santos, Boaventura. *Democratizar la democracia*. México, Fondo de Cultura Económica, 2005. p. 40.

¹⁰ Para explicar el funcionamiento de los órdenes lingüísticos, Ludwig Wittgenstein elabora una teoría de las "reglas del juego" sobre la que se desarrolla la teoría analítica. Las reglas del juego constituyen un *cuasi factum* que precede a la subjetividad y que cuestiona la idea de la primacía del sujeto que nombra. La investigación de las relaciones de

de partida de su teoría es «el individuo autónomo como voluntad racional», dotado de dignidad política y derechos civiles¹¹.

El rasgo distintivo del modelo es la igualdad, considerada como un vínculo procedimental inexcusable de todo régimen democrático¹². A partir de esto propone la existencia de un conjunto de reglas básicas en torno a **quién** tiene autorización para tomar decisiones colectivas, **cómo** se toman las decisiones, y **qué** tipo de decisiones colectivas se pondrán en práctica.

Como parte de esa formalización, Bobbio propone varias «reglas del juego» que en su conjunto son necesarias y suficientes para definir un sistema democrático:

1. La elección de los cargos públicos más importantes a través del sufragio relativamente universal; 2. Un sistema de representación de los intereses públicos en los órganos deliberativos del Estado para la formación del gobierno y las leyes; 3. Un régimen de **status** ciudadano de carácter relativamente universal para el ejercicio de las funciones políticas; 4. Un régimen de libertades civiles de opinión, asociación, reunión, culto e información, como base de la libertad política; 5. La existencia de un auténtico sistema de competencia entre partidos políticos, por medio de los cuales se expresan, conducen y representan los intereses sociales; 6. La protección de la pluralidad y la representación de las minorías¹³.

En su estudio postrero sobre la democracia Bobbio subrayó la importancia de la dimensión normativa pero insistió en el carácter procedimental de su teoría; su interés por el socialismo no alentó una reinterpretación de sus ideas. Al contrario, como respuesta a la crítica normativa, como observan Jean Cohen y Andrew Arato, el jurista italiano acudió al rescate de su definición instrumental poniendo énfasis en la existencia de condiciones normativas para el ejercicio de la libertad política: que el juego sea una «opción libre» entre «alternativas reales», la existencia de garantías para los derechos civiles, la participación del

significado al interior de los juegos de palabras produce un sistema-mundo de representaciones. Cfr. Tomasini, Alejandro. *Los Atomismos Lógicos de Russell y Wittgenstein*. México, Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM, 1994.

¹¹ La referencia de Norberto Bobbio de su "*Teoría General de la Política*" fue tomada de: Bovero, Michellangelo. *Op. cit.*, *supra* nota 5. p. 28.

¹² Sartori, Giovanni. *Op. cit.*, *supra* nota 4. p. 437.

¹³ Bobbio, Norberto. "El futuro de la Democracia". Citado en Espinal, Rosario. "Transición a la democracia" En: Aa. Vv. *Diccionario Electoral*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Federal Electoral, México, 2 tomos. 2003. p. 1222.

mayor número posible de interesados¹⁴. Como lo reconocen sus críticos, hizo también una vehemente defensa del pluralismo, que incluyó también como condición de la democracia¹⁵.

No obstante Bobbio afirmaba que se debían abandonar las esperanzas de una «democracia verdadera» para dar paso a una definición realista que identifique a esta dentro del modelo que configura históricamente el régimen liberal: libertades democráticas, voto universal, partidos políticos, elecciones libres, principio de mayoría y representación proporcional. Bobbio validó la reducción de las formas de ejercicio de la soberanía e identificó a la democracia con las reglas de los procesos electivos y parlamentarios¹⁶.

Esta perspectiva teórica fue desarrollada por Michelangelo Bovero quien coincide en que la democracia «es formal por definición» y pone énfasis en la fórmula de «reglas mínimas»:

En cuanto forma de gobierno [la democracia] es definida por un conjunto de reglas [relacionadas] con el *quién* y con *el cómo* de las decisiones, **políticas (...), no con el qué cosa**, con el contenido de esas decisiones. La **democraticidad de una decisión política (...) asumida como decisión colectiva válida**, como «voluntad general» depende de su forma, no de su contenido: la democracia consiste en ciertas reglas para decidir, que deban asumirse como decisión colectiva con **exclusión de otras, (...)**¹⁷.

Siguiendo a Bobbio, Bovero señala que lo que distingue a la democracia de cualquier otro régimen autoritario, es el carácter ascendente de la estructura del proceso decisional, en cuya base estarían los ciudadanos, titulares del derecho de voto, de donde las decisiones pasarían a los elegidos, que forman parte de un órgano colegiado donde se delibera y se forman las leyes. Las decisiones últimas se tomarían en el parlamento y en el poder ejecutivo.

De acuerdo con este modelo, los medios y los fines de la democracia se corresponderían lógicamente; la libertad política se realizaría conforme el modelo de autonomía porque los procedimientos democráticos insertarían en las normas un principio moral, que impediría que una persona o un sector de la sociedad concentren la capacidad de tomar las decisiones. Los procedimientos

¹⁴ Cohen, Jean y Arato, Andrew. *Op. cit., supra* nota 2. p. 196.

¹⁵ Mouffe, Chantal. *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía pluralismo y democracia radical*. Barcelona. Paidós. 1999. p. 132.

¹⁶ De Sousa Santos, Boaventura. *Op. cit., supra* nota 8. p. 41

¹⁷ Bovero, Michelangelo. *Op. cit., supra* nota 5. p. 45

democráticos serían «agnósticos» a los fines de la sociedad, su autoridad vendría de su carácter procedimental, por medio del cual sería posible cambiar pacíficamente el modelo institucional y sus contenidos.

Para Bovero la igualdad democrática es una condición suficiente de la democracia, un régimen puede ser definido como democrático «cualquiera que sea su forma, cuando todos los sujetos a los cuales son dirigidas las decisiones **colectivas (...) tienen el derecho-poder de participar, cada uno con un peso igual al de los demás (...)**»¹⁸.

La teoría minimalista sustituye el principio democrático por la democracia procesal, cuyos alcances estarían determinados por su forma jurídica. Al pretender que existe continuidad de sentido entre la democracia como concepto jurídico y político, la teoría otorga al sistema político el mismo sentido que tiene el signo en el orden jurídico y donde lo político carece de otro referente que no esté dado previamente en el sistema. Pero con ello no se definen relaciones reales entre sujetos reales sino que se queda en el nivel del derecho como principio abstracto de representación, objetivado en el derecho existente.

La obsesión jurídico formalista por una «definición mínima» de la democracia muestra el carácter auto-referencial de esta teoría¹⁹, que, como parte de la **episteme** liberal, actuaría aquí como una razón instrumental, una forma de saber-poder característica de la tradición epistémica greco-romana-hebrea que al nombrar confirma géneros de vida. Sería una razón totalizadora que se apropia de la experiencia política para desvirtuarla y sustituirla por una razón absoluta, que pretende validar sus expresiones con base en las definiciones del relato en el que se inscriben.

La teoría minimalista, como las demás teorías que tratan de justificar la vinculación de la teoría del **Rechtsstaat** con la democracia, tal como lo había propuesto Weber²⁰, termina convirtiéndose en una exégesis del principio de soberanía política liberal, donde los procedimientos normalizados son el principio y fin del sistema, sin evaluar los significados y el sentido que

¹⁸ *Ibid.*, p. 42.

¹⁹ *Ibid.*, pp. 45-52

²⁰ Cfr: Böckenförde, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*. Madrid, Editorial Trotta, 2002. pp. 119-125.

producen en términos de democracia material y de igualdad social.

Esta teoría elude la tarea de definir qué decisiones toma el pueblo. Bovero afirma que los individuos son autónomos, es decir son libres políticamente, en la medida en que participan directamente en la formación de decisiones colectivas,²¹ como un «derecho subjetivo» que puede ser exigido al Estado. No obstante que esta definición es coherente con la teoría de los derechos humanos, sólo conlleva la mitificación de la libertad liberal, pues identifica los procesos del liberalismo como modelo universal de libertad política.

Bobbio y Bovero renuncian a una definición material y concreta en favor de una noción formal y general de la democracia. Esta definición encierra una contradicción, pues al mismo tiempo que requiere de un signo jurídico que represente la idea de igualdad, que justifique el ejercicio del poder y permita la reproducción de sus significados, también requiere de significados que recuperen a la democracia como un sistema abierto a la intersubjetividad, la socialidad y la historicidad de la experiencia político-jurídica,

Reducida a su aspecto procedimental y excluida del campo de las relaciones económicas, la interpretación de la democracia se separa de la interpretación de los problemas de la sociedad con lo que se impide cualquier vinculación del principio procesal, con los derechos humanos y el principio de equidad. La democracia mínima acaba siendo interpretada conforme a la necesidad de restringir las representaciones y mediaciones entre la sociedad y el Estado, como una técnica para mantener el equilibrio y la gobernabilidad.

La definición minimalista de la democracia carece de un metarelato que aborde las «reglas del juego democrático» y sus significados, y las vincule con los significados que produce en el orden de las relaciones sociales, que haga de ella una postura *falsifiable* como definición procesal. En cambio, la teoría minimalista parece aceptar que la uniformación y homogeneización del acto democrático conlleva el vaciamiento de sus significados, dejando sin referente social las decisiones políticas.

²¹ Bovero, Michellangelo. *Op. cit.*, *supra* nota 5. p. 86.

1.1.2 Las teorías pluralistas. La democracia como forma de gobierno

Las distintas teorías pluralistas son la respuesta dada en el campo de la teoría política por el liberalismo a las teorías socialistas y a la experiencia surgida en el campo soviético. En este sentido constituyen una reflexión de corte realista sobre las condiciones estructurales de la democracia en la sociedad capitalista, que busca dotar de justificación al modelo capitalista, así como a la democracia liberal contemporánea.

Los elementos principales del pluralismo ya están presentes en la *Política* de Aristóteles, quien hace una crítica de la democracia como modelo ideal que desconocía la existencia de diferentes clases y grupos sociales. Aristóteles consideraba que la mejor forma de gobierno no era la democracia la *politeia*, que resulta del compromiso entre democracia y oligarquía, como pacto entre los distintos grupos y sectores de la comunidad.

Aristóteles²² defendió la *politeia* como una concepción del bien común que buscaba evitar los extremos de la democracia y la oligarquía, características que las teorías pluralistas hoy atribuyen a la democracia. La *politeia*, como la democracia liberal, expresaría como forma política una idea de complejidad en el orden social, donde «es preciso que todos los elementos de la ciudad deseen de consuno su existencia y su perduración» (II, vi, 15).

Para Aristóteles la constitución mixta no era la constitución deseable sino la «que es posible y puede implantarse» (IV, i 38,). Ante la imposibilidad de expresar una sola idea de bien, la *politeía* conjugaría «elementos democráticos y oligárquicos en la conducción de la ciudad» (I, i, 20). «Las magistraturas pertenecen a la clase pudiente y las más importantes corresponden a los de mayores rentas» (II, iii, 35), pero «(...) la igualdad de la fortuna de los miembros» (IV, ix, 38), contribuye a la estabilidad y cohesión del régimen²³.

El concepto contemporáneo de la democracia pluralista representa la actualización del concepto de República que expuso la escuela iusnaturalista de

²² Aristóteles. *Política*. México. Universidad Nacional Autónoma de México, 2000

²³ Según Aristóteles, "el pueblo está tranquilo cuando puede participar en el poder soberano y éste resultado da provecho a la administración". (II, iv. 37)

origen aristotélico²⁴, como una fórmula de legitimación de arreglos mixtos entre sectores sociales en sociedades complejas fundados principalmente, como lo observa José Ramón Cossío, en el elemento liberal²⁵. En este contexto, a principios del siglo veinte, Max Weber proporcionó los conceptos básicos de la teoría de la democracia contemporánea como fórmula de gobierno.

Weber describió la democracia como una «competencia plebiscitaria por los liderazgos», que solo pueden construirse sobre la base de procedimientos y de una administración burocrática eficaz. Entendió a ésta como un gobierno de expertos, donde la violencia es el medio específico del Estado, legitimado por la creencia popular en la justificación de su autoridad. Weber proponía considerar a la democracia como fórmula de gobierno de las sociedades capitalistas avanzadas²⁶.

En el campo jurídico la postura de Weber fue respondida por Karl Schmitt y Hans Kelsen y luego reinterpretada por Norberto Bobbio. En el campo de la teoría política y social las ideas de Weber fueron retomadas por autores como Joseph Schumpeter, que en 1942 presentó «*Capitalism, socialism and democracy*», donde describió a la democracia desde el campo de la teoría económica, como un sistema de competencia entre élites para acceder al poder político en el que el ciudadano común no tiene capacidad o interés para tomar decisiones.

Nos encontramos también a Niklas Luhmann, quien en su teoría de sistemas propone una teoría de la democracia como sistema autoreferente, que administra la diferenciación social y el conflicto; asimismo está Robert Dahl quien en «*A preface to Democracy Theory*» (1956) describió a la democracia como una poliarquía, un espacio de disputa entre diversos sectores sociales por el control del Estado como centro de imputación de los procesos económicos entre las élites.

Estudios posteriores de esta tradición son los realizados por Samuel Huntington, quien propuso una teoría de las «olas democráticas», donde

²⁴ El concepto clásico de Constitución de los filósofos del siglo XVII, como Hobbes, Locke y Montesquieu, seguía la línea de pensamiento desarrollada por Aristóteles que buscaba formular arreglos institucionales para proporcionar paz y estabilidad a la sociedad en su conjunto.

²⁵ Cossío D., José Ramón. *Concepciones de la democracia y justicia electoral*. Primera Edición. Abril de 2002. Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática. IFE; México. p.48.

²⁶ La caracterización de la teoría pluralista que se presenta se basa en la exposición de: De Sousa Santos, Boaventura. *Op. cit.*, *supra* nota 8. p. 37.

expone la contradicción entre movilización e institucionalización y aplaude la apatía; Adam Przeworsky desarrolló una teoría de la democracia sobre la base del realismo económico; y Arend Lijphart ha puesto el énfasis en los diseños y configuraciones electorales de las democracias, escuela que tiene muchos seguidores.

En esta tradición se inscribe también el exitoso *«Transiciones desde un gobierno autoritario»* de Phillipe Schmitter, Guillermo O'Donnell y J. Whitehead, que formula una teoría de la transición a la democracia, que cuenta con una gran influencia entre los autores de la llamada «tercera ola de la globalización democrática» en América Latina y Europa del Este. A continuación los autores que a juicio del autor son los exponentes más representativos:

Joseph Schumpeter. La democracia es una fórmula de competencia política entre élites económicas.

Joseph Schumpeter expuso una teoría realista de la democracia fundada empíricamente en los modelos económicos inglés y norteamericano, que la busca presentar como la «forma adecuada» de gobierno popular. La definición de democracia que propone, señala José Ramón Cossío, acota sus significados normativos y los restringe al de un medio eficaz la formación de gobiernos y para seleccionar hombres capaces de tomar decisiones²⁷.

Para Schumpeter la democracia «es lo que es», un sistema institucional de autorización, donde los individuos tendrían el poder de decidir por medio del voto quién se encargará de tomar las decisiones. Schumpeter transforma las reglas para la toma de decisiones en fórmulas para la constitución de gobiernos. La democracia no sería un pacto político sino «un desarrollo institucional eficaz» para gestionar los conflictos derivados de la pluralidad social, así como para generar y gestionar la riqueza social.

«Los arreglos democráticos obedecen a la heterogeneidad de las sociedades modernas, (a la existencia de) conflictos que, de no resolverse a través del entramado institucional, se solucionarían por medio de la violencia». Para evitarlo la democracia ofrece un sistema de competencia entre líderes políticos

²⁷ Cossío D., José Ramón. *Op. cit., supra* nota 24.

rivales organizados en partidos, que es el modo por el cual el pueblo elige y autoriza a quien habrá de decidir y gobernar en su nombre²⁸.

La regla del juego es que los acuerdos son considerados equitativos cuando son acatados por la mayoría. Para ello las sociedades deben cumplir algunas condiciones que sólo las sociedades capitalistas avanzadas son capaces de ofrecer como lo reseña David Held: existencia de elecciones periódicas, una cultura de la tolerancia y la competencia, un aparato burocrático administrativo y técnico eficiente, interés profesional de los políticos y competencia entre dirigentes²⁹.

La preocupación central es el control del Estado por parte de las élites, como entidad donde reside la soberanía, así como un adecuado manejo de la gestión política como fórmula para evitar conflictos. El gobierno es en asunto de especialistas, pues la gente común no sabe cómo administrar la riqueza social. Ni el pueblo, ni el individuo existen como principio político, la ciudadanía es vista como fuente de conflictos e inestabilidad, de modo que una participación excesiva podría tener consecuencias negativas en la gestión política.

Esta noción prevaleció como concepción privilegiada de la democracia en los países desarrollados de Europa después de la Segunda Guerra Mundial, así como en algunos de los países de su campo de influencia, que adoptaron el modelo democrático durante la llamada «segunda ola de democratización» entre 1945 y 1962³⁰.

Niklas Luhmann. La democracia es regulación de expectativas de conducta.

En su «*Sociología del Derecho*», Niklas Luhmann dice que los procedimientos jurídicos generan una presunción de legitimidad que sustituye cualquier consenso fáctico. Los procedimientos crearían una relación de autoridad, del modo como la entendía Weber, como la que requiere de un mínimo de voluntad de obediencia, de adhesión a las reglas del juego, de creencia en el derecho de los que ejercen la autoridad de dar órdenes y hacerlas cumplir mediante el uso de la fuerza.

²⁸ Romero, Jorge Javier. *La democracia y sus instituciones*. México. Instituto Federal Electoral. Serie ensayos. 1998. p. 11

²⁹ Held, David. *Modelos de democracia*. Madrid, Alianza Universidad, 1993.

³⁰ La teoría de las olas de democratización es de Samuel Huntington. De Sousa Santos, Boaventura. *Op. cit.*, *supra* nota 8. p. 35.

Luhmann dice la legitimación interna del sistema es una legitimación «mediante el procedimiento». La democracia sería en este sentido un principio reflexivo del sistema que busca sostener «lo más amplia como sea posible» la esfera procedimental autónoma necesaria para tomar decisiones políticas³¹. La persecución de esos fines estaría sometida a la función del derecho: regular las expectativas de comportamiento, catalizar los cambios sociales, actuar como orden reflexivo para que el sistema cambie de acuerdo con los acentos e intereses sociales.

La democracia no residiría en la realización de derechos individuales, de derechos colectivos, de la igualdad o en una idea del bien común³², pues su ejercicio, cuestiona Jürgen Habermas, estaría «autonomizado en torno a un circuito de comunicación cerrado sobre sí mismo» de orden jurídico, que ha pasado a asentarse en la autorreferencia, de modo que «extrae de sí mismo todo lo que ha menester en lo tocante a su legitimación»³³.

En estas condiciones, como lo advierte Habermas, la generalización de la utopía democrática puede poner en peligro la diferenciación interna del sistema lo que provocaría su desintegración³⁴. Es decir la generalización de los significados democráticos sería contraria al principio central que la estabilidad del régimen democrático.

En este sentido, mientras más se recurre al derecho como medio de regulación, control y configuración de la sociedad, «tanto mayor será la carga de la legitimación que su génesis democrática ha de soportar». Por eso, las demandas democráticas no deben rebasar la capacidad del Estado para satisfacerlas, de lo contrario la sobrecarga de expectativas producirá crisis de gobierno, inflación del gasto, déficit de las finanzas, estancamiento del mercado y corrupción de la burocracia.

Robert Dahl. La democracia es poliarquía

La teoría de Robert Dahl, explica Habermas, busca tender un puente entre las teorías normativas y el realismo económico³⁵ a través de una noción de la

³¹ Cfr. Cohen, Jean y Arato, Andrew. *Op. cit.*, *supra* nota 2. p. 359.

³² Habermas, Jürgen. *Facticidad y Validez*. Trotta. Madrid, 2000. p. 513.

³³ *Ibid.*, p. 421.

³⁴ *Ibid.*, p. 504.

³⁵ *Ibid.*, p. 407.

democracia como *poliarquía*, el resultado de distintas formas de interacción entre un conjunto de centros de producción política y económica de la sociedad, entre grupos y estructuras sociales que ejercen funciones de presión, representación de intereses y configuración del Estado, y que se disputan el control del Estado por medio del derecho y la política.

La democracia como poliarquía es un sistema de distribución del poder entre grupos y fuerzas sociales, entre las que Dahl destaca los sindicatos, las organizaciones empresariales, las universidades, los grupos profesionales, religiosos, étnicos; los estudiantes, los grupos regionales, entre otros, que constituyen una fuente estructural de estabilidad política del régimen³⁶. Es la síntesis de diversos repertorios de rutinas para administrar la pluralidad de poderes³⁷, bajo las siguientes reglas del juego: a) consenso sobre las reglas de procedimiento; b) consenso sobre el margen de opciones políticas; c) consenso sobre el ámbito legítimo de la actividad política³⁸.

Aunque el objetivo de la competencia es el control del poder del Estado para limitar el mercado, la poliarquía busca proteger a las fracciones que se disputan el poder e impedir que una de ellas socave la libertad de las demás, idea clave del constitucionalismo norteamericano. En este contexto, el conjunto de las teorías pluralistas aceptan que la «representación política» ofrece un repertorio para la toma de decisiones dotado de validez, de acuerdo con un modelo en donde el poder de los grupos sociales residiría en su capacidad para imponer sus intereses en el espacio público, conforme el modelo representativo, analítico-deliberativo, a lo largo de la línea ascendente que empieza en el ciudadano, pasa por los partidos y se transforma en mandato.

La legitimidad de la poliarquía residiría en su capacidad para distribuir las decisiones del mercado, así como las prestaciones organizativas y económicas, entre todos los grupos de la sociedad³⁹. En la medida en que la libertad puede generar desigualdades sociales que impidan a los ciudadanos expresarse, dice Robert Dahl, el modelo de la poliarquía favorecería la lucha contra la

³⁶ Held, David. *Op. cit.*, *supra* nota 28. pp. 230-231.

³⁷ Romero, Jorge Javier. *Op. cit.*, *supra* nota 27. p. 12.

³⁸ Las garantías democráticas que observo Dahl son: libertad de asociación, libertad de sufragio, libertad de expresión, elegibilidad, derecho de líderes a competir, fuentes alternativas de información y elecciones libres. Held, David. *Op. cit.*, *supra* nota 28. p. 238.

³⁹ Habermas, Jürgen. *Op. cit.*, *supra* nota 31. p. 409.

desigualdad social y abonaría a la pluralidad, por lo que busca una «ciudadanía inclusiva» con iguales condiciones de vida y oportunidades⁴⁰.

Dentro del contexto funcionalista, la teoría de Dahl tiene a su favor haber introducido dentro del modelo formalista de la democracia, un campo de interpretación distinto al de la economía y el Estado. El pluralismo introduce la idea de la sociedad civil dividida en grupos de interés heterogéneos y diversos, así como la de un vínculo normativo entre representación política y social, sin abandonar la noción de democracia como fórmula de gobierno, que permitiría valorar al sistema de acuerdo con el margen de interacción entre sociedad y Estado⁴¹.

En palabras de Dahl la distinción entre poliarquía y dictadura, sería la misma que existe «entre el gobierno de una minoría y el gobierno de varias minorías». Frente al poder de una minoría la poliarquía ampliaría «el número, tamaño y diversidad de las minorías cuyas preferencias influyen en las decisiones»⁴².

Los significados de la democracia en las teorías pluralistas

La advertencia de Weber contra la ingobernabilidad del modelo liberal si no se introducían en el pautas de racionalidad, dio la base para una comprensión de la democracia que se sitúa *ex parte principis* y no *ex parte populi*. Las teorías pluralistas asocian la democracia con la estabilidad del sistema, y ofrecen un modelo cuyo éxito depende de su capacidad para canalizar intereses privilegiados, proporcionarles certidumbre y sostener la competencia entre élites políticas como un «equilibrio» entre fuerzas sociales.

En este contexto el modelo democrático es concebido como un medio para el fortalecimiento de la gobernabilidad y su principal enemigo sería la ingobernabilidad. En un contexto discursivo donde el Estado es el único referente, como constata Lorenzo Córdova al estudiar los países de América Latina, la legitimidad acaba reduciéndose a la presunción de coherencia entre el orden jurídico institucional y la voluntad popular⁴³.

⁴⁰ Dahl, Robert. "A preface to democratic theory". Citado en: Held, David. *Op. cit., supra* nota 28. p. 245.

⁴¹ *Ibid.*, p. 232.

⁴² *Ibid.*, p. 234.

⁴³ Córdova Vianello, Lorenzo. "Repensar la gobernabilidad en la democracia". En: Valadés, Diego (coord.). *Gobernabilidad y constitucionalismo en América Latina*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005. p. 113

La noción de la democracia como un medio para estructurar intereses, que se orientan «por el *output* de los resultados exitosos» y no «por el *input* de una formación racional de la voluntad», como dice Jürgen Habermas, tiene graves consecuencias contra-normativas⁴⁴. Sus resultados no están sujetos a criterios de validez normativa o discursiva, pues sólo se basan en la desigual capacidad de los sectores sociales para imponer sus intereses, lo que suele producir una colaboración orientada al éxito de intereses particulares independientemente de toda idea de bien común.

El resultado según Habermas es la pérdida de los criterios conforme los cuales pueden ser enjuiciadas normativamente las expectativas del sistema⁴⁵. El fundamento de la obediencia a las leyes quedaría reducido a la gobernabilidad del régimen, a una relación de correspondencia entre insumos y expectativas, donde la democracia no se distingue de la autocracia ya que ambas solapan las expectativas del sistema como la única representación posible de la totalidad social.

La configuración de las decisiones políticas queda desvinculada del proceso discursivo y del orden de las relaciones en el mundo de la vida. La sociedad civil sólo existe como «sujeto pasivo» separado de la política, que suministra insumos necesarios como una respuesta condicionada para el funcionamiento del sistema, y donde la conducta más racional ante un conflicto de intereses sería, como sugiere Jorge Javier Romero, «no participar, esperar que la acción de otros miembros obtenga los resultados esperados (en beneficio de los miembros del grupo) y que sólo los involucrados carguen con los riesgos y costos de la movilización»⁴⁶.

Con ello el concepto de democracia ha perdido todo carácter material así como cualquier relación posible de significación con la comunidad política a la que representa. Su relación con el pueblo se reduce, como observa Joseph Raz desde la lógica analítica, a un recurso nominal, el pueblo es «un posible conjunto de ciudadanos, ni siquiera el conjunto de aquellos que escogen a los

⁴⁴ Habermas, Jürgen. *Op. cit.*, *supra* nota 31. p. 374.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 514.

⁴⁶ Romero, Jorge Javier. *Op. cit.*, *supra* nota 27. p. 39.

que lo ejercerán el poder, sino sólo la entidad en nombre de la cual el poder es ejercido⁴⁷.

El modelo de democracia propuesto despoja al *demos* de intereses concretos y lo sustituye por procedimientos que representan la competencia entre grupos. La democracia ha quedado disminuida a una teoría de élites, como observa Habermas, donde los procedimientos no remiten a la soberanía popular sino a «un arreglo institucional para llegar a decisiones políticas y administrativas»⁴⁸, en manos de un grupo de expertos que opera en secreto buscando conciliar los significados del modelo con las técnicas de coerción y gestión social⁴⁹.

Como parte de las ciencias económicas, estas teorías reducen la democracia a sus rasgos instrumentales⁵⁰. Con base en esta caracterización, critica José Nun, los autores pluralistas incluyen como democráticos, junto con los regímenes de las sociedades con mayores índices de desarrollo socioeconómico, a regímenes muy diversos como el de la India, México o Brasil cuyas sociedades tienen enormes desigualdades sociales y económicas⁵¹.

El pluralismo proporciona una visión de la democracia como un sistema cerrado, que desprecia cualquier aparato crítico normativo o discursivo para contrastar sus enunciados. Ha despojado a la palabra democracia de todo sentido normativo y la mantiene como un adjetivo performativo, con un sentido descriptivo de las propiedades que poseen los regímenes calificados como tales, pero también con un sentido político por medio del cual los regímenes acaban poseyendo las propiedades de la clase a la que son adscritos.

La identificación de esta concepción, como teoría hegemónica de la democracia, con los procesos de elección de élites en el contexto de competencia liberal, es una fórmula de justificación que deja muchas preguntas sin responder⁵², como cuestiona Boaventura de Souza,

⁴⁷ Tröpel, Michael. "El poder judicial y la democracia". En: Elster, Jon (comp.). *La democracia deliberativa*. Barcelona, Gedisa, 2001. p. 221.

⁴⁸ Habermas, Jürgen. *Op. cit.*, *supra* nota 31. p. 410

⁴⁹ Held, David. *Op. cit.*, *supra* nota 28. p. 341.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 415.

⁵¹ Nun, José. *Democracia, gobierno del pueblo o gobierno de los políticos*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2000. p. 15.

⁵² De Sousa Santos, Boaventura. *Op. cit.*, *supra* nota 8. p. 41.

especialmente varias contradicciones entre la democracia como fenómeno normativo y como fenómeno social⁵³: ¿Cómo explicar las contradicciones entre el modelo y la conducción de las relaciones sociales? ¿Qué lugar ocupa la experiencia negativa (los vacíos y antinomias en el ámbito jurídico, la desobediencia y la revuelta en el político) en la configuración del sistema?

1.1.3. La hermenéutica normativa y la teoría de la validez democrática

Las teorías normativas son el producto de una reacción antidogmática contra la noción instrumental y positivista del derecho y el Estado. Las atrocidades vividas en la Segunda Guerra Mundial, explica Chantal Mouffe, propiciaron el cuestionamiento de la dirección pretendidamente científica de la dogmática jurídica, que había conducido a la escisión interna de la norma como hecho y como valor, con base en el rechazo de sus aspectos normativos y la ponderación de sus aspectos instrumentales⁵⁴.

La movilización de la sociedad en favor de la igualdad social, así como la incorporación del concepto de democracia en las constituciones del siglo veinte, abrieron paso a un uso prescriptivo de los conceptos jurídicos así como a una revaloración de los fundamentos normativos del derecho⁵⁵. Las ciencias jurídicas perdieron su función descriptiva en favor de una argumentativa de orden práctico-moral, abocada a determinar los significados de las normas, los problemas que derivan de su vigencia, los criterios de relevancia de los conceptos constitucionales, el ámbito de su aplicación, etc.

En este contexto se ha buscado que el núcleo de la interpretación democrática recaiga en la noción de autogobierno. El centro de la interpretación normativa giró en torno al papel de la ciudadanía en la formación del derecho⁵⁶, lo que ha permitido conformar un núcleo sólido del *ethos democrático* que tiene diversas implicaciones.

⁵³ Habermas, Jürgen. *Op. cit.*, *supra* nota 31. p 410.

⁵⁴ Mouffe, Chantal. *Op. cit.*, *supra* nota 14. p. 63

⁵⁵ Cossío D., José Ramón. *Op. cit.*, *supra* nota 24. p. 67.

⁵⁶ Nun, José. *Op. cit.*, *supra* nota 50. p. 29

La coherencia y racionalidad de la norma como principio de validez.

De acuerdo con Luigi Ferrajoli, la democracia jugaría un papel central para fundamentar la obediencia al derecho al introducir en la vida política un principio de racionalidad que tiene las siguientes implicaciones:

(...) a) En el plano de la teoría del derecho, (...) una revisión de la teoría de la validez, basada en la disociación entre validez y vigencia y en una nueva relación entre forma y sustancia de las decisiones; b) en el plano de la teoría política, (...) una revisión de la concepción puramente procedimental de la democracia y el reconocimiento también de una dimensión sustancial.⁵⁷

Ernst-Wolfgang Böckenförde coincide en que la legitimación democrática tiene una dimensión formal y una material, la legitimación formal residiría en la forma como fue creada la norma, «la atribución de la formación de leyes a un órgano colegiado de representación del pueblo, legitimado mediante elección directa y universal, que delibera libremente»⁵⁸.

La democracia se relacionaría con la justicia mediante una fundamentación racional de las decisiones en el orden procedimental, basada en un compromiso de equidad y simetría de los ciudadanos en procesos de participación política y comunicación, como medio para proteger su autonomía y su autodeterminación.

Sin embargo, la validez de la norma no podría fundamentarse haciendo abstracción de su contenido. La legitimidad del sistema se expresaría entonces en el hecho de que sus miembros lo reconocen como válido y lo usan para darle sentido a sus acciones porque es coherente con una idea de bien común en la que se reconocen, como sería la protección de iguales libertades de los individuos en un sistema de atribución de derechos fundamentales.

Dentro de este contexto, según Luis Prieto Sanchís, el principio moral y el principio democrático se implicarían uno a otro. La democracia sería un programa normativo que busca proyectar valores sobre la acción jurídica, social, económica y política, una actividad moralizadora que por tal, es acreedora de obediencia⁵⁹. La democracia como contexto normativo

⁵⁷ Ferrajoli, Luigi. *Op. cit.*, *supra* nota 1. p. 19.

⁵⁸ Böckenförde, Ernst Wolfgang. *Op. cit.*, *supra* nota 19. pp. 62-65. así como el control judicial de la administración pública y la "responsabilidad de los representantes"

⁵⁹ Prieto Sanchís, Luis. *Constitucionalismo y Positivismo*. Fontamara, México, 2004. p. 68

incorporaría «un grado de obligatoriedad moral y corrección material» en el derecho⁶⁰.

La intangibilidad de los derechos humanos

La legitimidad material del modelo descansaría en el contenido de la norma, que configura un sistema de atribución de derechos constitutivos de autonomía, así como un sistema de medios para garantizarlos. En la perspectiva de la teoría de los derechos humanos, la democracia se sustentaría en la protección de las condiciones normativas y derechos que forman parte del su propio concepto de autogobierno.

Sin embargo, de acuerdo con Luigi Ferrajoli, la enunciación discursiva de los derechos no bastaría para garantizar la democracia, ya que ésta se reconoce sólo a través de los procedimientos que la realizan. Por lo tanto cualquier calificación de los alcances materiales de la democracia tendría que vincularse con los dos ámbitos procedimentales que la producen, el formal y el contextual.

En el ámbito contextual la democracia se configuraría como Estado de derecho social constitucional que integra en su concepto una noción exhaustiva de los derechos humanos e incluye las garantías de ejercicio⁶¹. En tanto que los derechos humanos son concebidos como la génesis y la finalidad suprema de un *régimen de libertades*, la calificación contextual de la norma no estaría vinculada con la voluntad de la mayoría sino que tendría su límite externo, como anota Ferrajoli, en el reconocimiento de la naturaleza intangible de los derechos humanos⁶².

La calificación contextual estaría confiada a los jueces en su carácter de garantes de derechos. El reconocimiento de los derechos humanos como límite de la producción del derecho supondría, de acuerdo con Ferrajoli, un cambio en la forma de entender éste para admitir la posibilidad de que en su interior co-

⁶⁰ *Ibid.*, p. 59.

⁶¹ La fórmula directriz de Estado social constitucional democrático, desarrollada por el Tribunal Constitucional del Alemania y de España, es analizada en: Häberle, Peter. *Constitución como cultura*. Bogota, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo, 2002.

⁶² Que pertenecen al campo de lo indecible, Ferrajoli, Luigi. *Op. cit.*, *supra* nota 1. p. 27.

existan antinomias y lagunas, generadas por la introducción de vínculos sustanciales como condición de validez de las decisiones de la mayoría⁶³.

Esto implica reconocer que la democracia sólo puede existir ahí donde existen sujetos autónomos, donde el ejercicio de la libertad individual ha transformado a la comunidad política de modo que ésta se vuelve hacia la protección de la autonomía de la persona, entendida como dignidad del individuo en la vida civil, como núcleo atributivo de justicia en las relaciones sociales.

Una concepción democrática de los derechos humanos no sólo concebiría a éstos como derechos individuales, sino también como el conjunto de acciones institucionales necesarias para que la persona pueda ejercer su autonomía como miembro de la sociedad, lo que implica el reconocimiento de los derechos colectivos como parte de los derechos humanos, lo que incluye derechos económicos, sociales y culturales, así como derechos de interés difuso.

El carácter normativo del espacio público

Debido a que las sociedades contemporáneas son complejas y plurales, a que en ellas conviven distintas formas de vida y puntos de vista, el verdadero aprendizaje en su seno se produce mediante el desacuerdo y el disenso. El carácter abierto del espacio público permitiría mantener un espacio común en el que las diferencias y desigualdades sociales se expresarían como elementos de cambio y fortalecimiento del régimen.

En este contexto, como veremos adelante, Jürgen Habermas propuso una teoría cognitiva que considera que los procedimientos discursivos dentro del espacio público democrático llevarían insertos su propio campo semántico. La validez del derecho, en tanto que discurso constitutivo del espacio público democrático, residiría en lo que Ángel Oquendo define como su capacidad de internalización de una ética comunicativa⁶⁴ que obligaría a que los procedimientos incorporen principios de deliberación, simetría, equidad e intersubjetividad.

⁶³ *Ibid.*, p. 25.

⁶⁴ Oquendo, Ángel R. *Op. cit.*, *supra* nota 3. p. 32

Carlos Santiago Nino, por su parte, dice que la democracia es un proceso de deliberación y argumentación colectivo, abierto y no coaccionado que legitima los resultados que produce; donde las decisiones políticas serían válidas si son democráticas y serían democráticas «si emanan de la genuina deliberación libre» en un espacio donde toda la ciudadanía puede participar «formalmente a través de representantes electos o informalmente por medio de actividades extraoficiales en la esfera pública»⁶⁵.

A diferencia de Habermas, Santiago Nino considera que la argumentación no obedece a razones de orden epistémico sino de orden pragmático. El principio democrático supondría la inexistencia de una respuesta correcta en cada caso concreto el cual tiene que ser encontrado argumentativamente, en la medida en que dentro del espacio público las definiciones siempre pueden ser puestas en cuestión mediante la argumentación y la justificación, como procesos discursivos que dan fundamento, a la vez empírico y racional, a la obligatoriedad del derecho.

El carácter normativo del espacio público se caracterizaría por:

(...) renunciar a la pretensión ideológica de atribuir un carácter absoluto a las propias concepciones y objetivos. (...); estar abierto a la argumentación y al compromiso en la confrontación política en torno a la búsqueda de una decisión (...); la lealtad frente a las decisiones de la mayoría que se toman en el marco de la Constitución (...); el reconocimiento sin reservas de las reglas de juego democráticas, en especial de la igualdad de oportunidades para obtener el poder político⁶⁶.

Los procedimientos de argumentación serían democráticos, no porque las decisiones colectivas expresen un punto de vista general o porque el interés general tenga precedencia sobre la libertad privada, sino porque en el espacio público democrático la argumentación expresaría una vinculación discursiva entre los fenómenos sociales y políticos, así como la plena pertenencia de todos los miembros de la comunidad «al cuerpo soberano responsable que autoriza el ejercicio del poder y establece la razón y voluntad común de ese cuerpo»⁶⁷

⁶⁵ La postura de Carlos Santiago Nino es estudiada en: *Ibid.*, p. 71.

⁶⁶ *Ibid.*, p.114.

⁶⁷ Cohen, Joshua. "Deliberación y libertad". En: Elster, Jon (comp.). *La democracia deliberativa*. Barcelona, Gedisa, 2001. p. 277.

Concebir el espacio público como principio normativo significaría, de acuerdo con la fórmula de Ronald Dworkin, otorgar a los derechos civiles el carácter de «cartas de triunfo»,⁶⁸ constituir lo público como un espacio que no admite exclusiones ni excepciones, hacer de este un espacio autónomo frente los intereses económicos particulares así como a las directrices políticas del Estado.

La Constitución como Estado de derecho, social y democrático

La fundamentación de la democracia estaría dada principalmente por la existencia de un sistema constitucional que contempla y recoge los principios del Estado de derecho, social y democrático, y cuyas normas legitimarían los actos del Estado y la sociedad civil al incorporar un contenido a la vez cognitivo y práctico que trasciende su aprobación fáctica y que se configura cotidianamente mediante su aplicación e interpretación.

Ronald Dworkin, preocupado por los límites de la razón jurídica en el caso concreto, observó que al argumentar sus decisiones los jueces se ven obligados a recurrir «a principios de justicia y razonamientos cuyo espacio natural es la moral y la cultura política»⁶⁹; el fundamento de esas decisiones residiría en la Constitución que expresa, más allá del caso y la comunidad concretos, valores socialmente compartidos como patrimonio político y moral de la comunidad histórica.

La Constitución democrática se presentaría como una determinación moral sobre el ejercicio del poder y el derecho, como la expresión concreta de la autodeterminación del pueblo. El derecho de la Posguerra, de acuerdo con Böckenförde, habría incorporado en la «constitución jurídica» varios componentes normativos de carácter democrático: 1. La pretensión de superación del Estado jurídico liberal, como régimen autónomo respecto de la política; 2. La superación de la concepción estatalista de la soberanía; 3. La superación del individualismo abstracto y la comprensión intersubjetiva de los derechos y libertades; 4. El reconocimiento del Estado social como una

⁶⁸ Dworkin Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel, 2002.

⁶⁹ Rodríguez Zepeda, Jesús. *Estado de derecho y democracia*. Instituto Federal Electoral. Cuadernos de Divulgación Democrática. Número 12, México, 2da. ed. 2001. p. 26

comunidad que reúne las condiciones de vida necesarias para no someter la libertad de sus miembros⁷⁰.

La democracia vendría a ser un concepto cifrado dentro de toda Constitución, a la que la provee de principios y valores que se proyectarían sobre la vida política y social. Su aplicación cotidiana como norma constitucional, conllevaría la necesidad de encontrar un lenguaje para vincular su aspecto normativo, a través de su aplicación en el orden nomológico legal, con el significado producido en el orden de las relaciones sociales, donde los principios normativos son sustituidos por relaciones de obediencia.

Los límites de la democracia como concepto normativo

Las teorías normativas consideran que la democracia provee de validez al derecho debido a que lo provee de un doble fundamento, material y procesal, aspectos complementarios del derecho democrático. La democracia incorporaría, como lo hace ver Luigi Ferrajoli, por una parte una racionalidad interna en los procedimientos jurídicos, de modo que sus alcances dependerían de la configuración de los procedimientos establecidos; por la otra, los procesos democráticos podrían ser contrastados con los principios generales que les sirven de presupuesto de validez, no como axioma lógico, sino como medio para determinar si producen significados democráticos e incorporan validez política a su ejercicio⁷¹.

Sin embargo, considerar a la democracia como mediadora entre el deber de obediencia y la autonomía política, como proponen las teorías normativas parece soslayar que la democracia como hecho jurídico sancionado adopta un compromiso político con el derecho y las instituciones que la caracterizan. La valoración de los sistemas democráticos conforme a sus premisas liberales, como lo explica el comunitarista Charles Taylor, tiende a crear una identidad de hecho entre el orden de las relaciones sociales y el de las instituciones políticas⁷².

Las interpretaciones normativas de la democracia muchas veces confunden «los derechos y el derecho» y acaban mistificando los procesos políticos

⁷⁰ Böckenförde, Ernst Wolfgang. *Op. cit.*, *supra* nota 19. p. 17

⁷¹ Sobre esto ver el primer capítulo de: Ferrajoli, Luigi. *Op. cit.*, *supra* nota 1.

⁷² Taylor, Charles. *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

existentes como intrínsecamente democráticos. La relación entre garantía y derecho es una relación política de significación, de acuerdo con el principio democrático esta relación se tendría que estructurar conforme a la necesidad maximizar los espacios de diálogo e interacción entre los ciudadanos y el derecho⁷³.

La democracia, como orden prescriptivo inscrito en el sistema, conllevaría la necesidad de producir nuevos significados en las relaciones sociales a través de procedimientos de interacción entre la sociedad y el Estado, como espacios de intersubjetividad que producen relaciones recíprocas de libertad e igualdad.

En este sentido, las teorías normativas otorgan relevancia a los derechos políticos democráticos así como a los resultados de su ejercicio, porque creen que en realidad son el resultado de la actividad libre y equitativa de la sociedad en el espacio público.

Dentro del contexto normativo pensar en los derechos políticos como si fueran «cartas de triunfo», tal como lo expuso Dworkin, sólo es posible en un régimen democrático. No obstante ver los instrumentos políticos como libertades negativas significaría reconocer que la validez de las decisiones se garantizaría exclusivamente a través de los procedimientos que la Constitución establece para ello, con lo que la libertad política acabaría siendo reducida a un principio estatalista y la democracia perdería su significación como forma de vida abierta.

Este error lo cometen todas las teorías que forman parte del contexto de justificación liberal del «Estado de Bienestar», como la expuesta por John Rawls, quien asoció la democracia con un ideal de justicia producto de la libre deliberación de un «auditorio universal», donde las libertades individuales tendrían prioridad sobre cualquier definición del bien común y la justicia sería entendida como cooperación y distribución de bienes primarios, incorporando la reciprocidad y la mutualidad como sentido del bien común.

⁷³ De esto nos da un magnífico ejemplo la Corte Nacional Electoral de Bolivia (que ejerce funciones de tribunal constitucional en materia política), que al referirse a la validez de un referéndum constitucional consideró que “el derecho político no necesita de reglamentación previa para su cumplimiento”. Ese es el contenido de la sentencia SC0064/2004 sobre la constitucionalidad de un referéndum. En: Soto Ríos, Sonia. “Bolivia”. En: Escobar, Guillermo y Guedan, Moguel (eds.) *Democracia e instituciones en América Latina*. Madrid, Editorial Dykinson, 2005, p. 36.

Estas definiciones normativas olvidan que la definición aristotélica de comunidad política, como «asociación que apunta al bien común», no se restringe a una interpretación moral del bien público sino que integra una noción política por fuera de la cual, como lo explican Jean Cohen y Andrew Arato, sólo pueden presentarse concepciones ideales de los principios normativos que nunca acaban por reconciliarse con la configuración y la práctica en la sociedad⁷⁴.

Las diferentes posturas políticas presentes en la sociedad, que representan a su vez diversas interpretaciones de justicia, desempeñan un papel central en el espacio democrático para impedir la clausura del sistema y la imposición de un grupo o un sector sobre otro. En este sentido, una de las debilidades de los modelos de interpretación normativa es su poca capacidad para dar cuenta del carácter político de la relación entre sociedad y Estado.

Cualquier postura cerrada a otras formas de articulación política no puede ser considerada por sí misma como democrática. Los modelos y configuraciones que no redundan en un enriquecimiento de los significados de la democracia en las relaciones sociales generan un desgaste del régimen.

Sin embargo la interacción de orden político sólo es aceptada una vez que la unidad armónica y racional del régimen ha dejado de ser posible. Se desconoce a la política como un producto de la diferencia y desigualdad constitutivas en el seno de la sociedad, que a su vez producen los diferentes conceptos de justicia. Fuera de estos contornos de interpretación ha quedado la historicidad de la democracia como principio de identidad y contradicción, o como ficción para encubrir las relaciones de poder.

1.1.4. La teoría discursiva. La democracia como lenguaje cognitivo.

Tal como Jürgen Habermas lo sostiene⁷⁵, la teoría comunicativa hace radicar el principio democrático en un procedimiento empírico que se realiza por medios discursivos para validar las decisiones políticas y las normas jurídicas⁷⁶. Al desplazar el *locus* de la democracia hacia los procesos discursivos existentes en la sociedad, la teoría comunicativa reorienta la atención del investigador

⁷⁴ Cohen, Jean y Arato, Andrew. *Op. cit.*, *supra* nota 2. p. 27.

⁷⁵ Habermas, Jürgen. *Op. cit.*, *supra* nota 31. p. 175

⁷⁶ Cohen, Jean y Arato, Andrew. *Op. cit.*, *supra* nota 2.

hacia la sociedad civil, de modo que la validez del derecho recaería aquí, no en la decisión que se imputa al pueblo como ficción jurídica, como cuestiona José Antonio Estévez Araujo, sino en una presunta voluntad real del pueblo que es resultado de un proceso discursivo de carácter intersubjetivo⁷⁷.

De acuerdo con Habermas, el carácter material de la democracia residiría en «un poder producido comunicativamente» por parte de los ciudadanos en el ejercicio de su autonomía⁷⁸. Esto buscaría responder a la objeción hecha a las teorías iusnaturalistas y normativas, en el sentido de que los consensos empíricos (como son los producidos por los procesos democráticos) no generan por sí mismos una obligación legítima. Frente a esto la teoría discursiva, coherente con la metafísica kantiana del ser, considera que los individuos son «autores de los derechos a los que prestan obediencia como destinatarios» gracias al ejercicio de sus derechos expresivos⁷⁹.

Que los consensos sean empíricos no significa que se tenga que aceptar una voluntad arbitraria, por eso la formación de la opinión y la voluntad política en el régimen democrático respondería a «estructuras de comunicación orientadas hacia el entendimiento»⁸⁰, que funcionarían como «esclusas para la racionalización discursiva de las decisiones», lo que significaría que existe la garantía democrática «cuando el carácter abierto del derecho da fundamento a su obediencia»⁸¹.

Esta teoría abandona los marcos metafísicos de interpretación del bien en los que se configuraron los derechos naturales y centra su interés en el contexto procedimental por medio del cual se asegura la libre expresión de los ciudadanos, así como en las condiciones de comunicación que permiten considerar que una decisión está dotada de validez. Como parte de la teoría argumentativa, Habermas propone una ética del discurso como componente democrático del derecho, una metanorma implícita en la interacción comunicativa de todo régimen democrático, orientada a garantizar la igualdad,

⁷⁷ Estévez Araujo, José Antonio. *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*. Madrid, Trotta, 1994. p. 140.

⁷⁸ Habermas, Jürgen. *Op. cit.*, *supra* nota 31. p. 234

⁷⁹ Habermas, Jürgen. "Tres modelos normativos de democracia" y "El vínculo interno entre Estado de derecho y democracia". En: *La inclusión del otro*, Barcelona, Paidós, 1999. p. 252

⁸⁰ *Ibid.*, p. 237.

⁸¹ Aragón, Manuel. *Constitución, democracia y control*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002. p. 27

simetría y equidad de los participantes en el procedimiento, que hace recaer la validez de las decisiones en la calidad de los procedimientos de formación:

(...) Los principios de la argumentación pueden proporcionar una metanorma de reciprocidad simétrica a la que pueden recurrir los participantes al someter a prueba los resultados (normas) de un diálogo empírico. La racionalidad de un consenso puede someterse a prueba refiriendo las pretensiones de validez a los metaprincipios que son los únicos que pueden hacerlas válidas y obligatorias⁸²

La legitimidad de las decisiones residiría en el reconocimiento del régimen democrático como resultado de un procedimiento discursivo racional en el que está asegurado «un espacio equitativo para la libre deliberación»⁸³. Esto implicaría, para Jaime Cárdenas, que el acuerdo fue conseguido a través del más amplio debate mediante un procedimiento que evitó al máximo las manipulaciones y las inequidades, y en el que ninguna de las posturas fue excluida⁸⁴.

Según Robert Dahl el procedimiento jurídico-discursivo debe garantizar:

(...) (a) la inclusión de todos los afectados, (b) oportunidades igualmente distribuidas e igualmente eficaces de participación en el proceso político, (c) igual derecho a voto en las decisiones, (d) el mismo derecho a la elección de temas y en general al control del orden del día, y finalmente (e) una situación tal que todos los implicados, a la luz de informaciones suficientes y de buenas razones, puedan formarse una comprensión articulada de la materia necesitada de regulación de los intereses⁸⁵

Sin embargo cabe preguntarse, ¿en realidad los procedimientos democráticos permiten arribar a una decisión dotada no sólo de validez sino de credibilidad? ¿Si los gobernantes son electos mediante procedimientos democráticos las decisiones entonces serán racionales y justas, tal como lo cuestiona José Ramón Cossío?⁸⁶. Responder estas preguntas supone cuestionar los alcances y significados de los procedimientos, pero también reflexionar sobre las condiciones económicas y sociales que influyen en la formación de un

⁸² Habermas, Jürgen. *Op. cit.*, *supra* nota 31. p. 415.

⁸³ Oquendo, Ángel R. *Op. cit.*, *supra* nota 3. p. 19

⁸⁴ Cárdenas Gracia, Jaime. "The theoretical basis for participatory and deliberative democracy". En: *Mexican Law Review* 6, *july-dec.*, 2006, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México.

⁸⁵ Dahl, Robert "A preface to a economic democracy". Citado en: Habermas, Jürgen. *Op. cit.*, *supra* nota 31. p. 394

⁸⁶ Cossío D., José Ramón. *Op. cit.*, *supra* nota 24. p. 15.

auditorio, así las formas como son problematizados e incorporados los intereses sociales en el discurso público.

Lo cierto es que la idea del procedimiento democrático como un proceso infalible es contraria a la experiencia política contemporánea, debido a que los procesos discursivos como actos políticos son procesos vencibles. Previendo esta limitación Habermas señala que la comunicación en el espacio democrático además de incorporar la auto comprensión ética, también se orienta «al acuerdo de intereses y compromisos mediante la elección racional de medios con relación a un fin»⁸⁷.

Esto introduciría nuevos contornos en la teoría de la democracia como hecho discursivo, en la medida en que incorpora «un uso pragmático» del discurso, es decir incluye los aspectos reflexivos de «autoentendimiento y conciliación de intereses»⁸⁸ entre «fuerzas que ejercen el poder»⁸⁹. Con esta distinción entre el acto comunicativo como acto de validez y como realidad empírica, la teoría discursiva se resiste a justificar el carácter normativo de las decisiones solamente con base en los procedimientos comunicativos que las generaron, sin considerar las condiciones fácticas que las hicieron posible.

La democracia se produciría así como el resultado de una doble conexión del derecho con los procesos discursivos: una conexión «histórico-contingente» de carácter fáctico entre derecho y democracia, como disputa de intereses sociales; y una conexión conceptual que vincularía el carácter coactivo del derecho positivo con su carácter racional, abierto e indeterminado, como modo característico de producirse la legitimidad democrática.

El procedimiento democrático de formación discursiva de la voluntad política, según la interpretación de Habermas, sería más complejo que la argumentación moral porque no valoraría las leyes sólo en los términos de su corrección moral sino además en otros factores, entre otros,

[...] el de la disponibilidad, plausibilidad, relevancia y selección de informaciones, [...] de la fertilidad del procesamiento de la información, [...] de la adecuación de las interpretaciones de la situación y de los planteamientos del problema, [...] de la racionalidad de las decisiones

⁸⁷ Habermas, Jürgen. *Op. cit.*, *supra* nota 31. p. 239.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 221.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 235.

electorales, la autenticidad de las valoraciones, y sobre todo [...] de la imparcialidad de los compromisos alcanzados⁹⁰.

La advertencia de Habermas sobre las limitaciones fácticas de su modelo parecería reconocer que la comunicación en las sociedades contemporáneas no es producto exclusivo de la voluntad o el interés de los participantes ya que se materializa como bien privado. La comunicación en el espacio público liberal democrático, como observa un autor de la teoría realista, «solo puede producirse si alguien paga por ella», de modo que en el contexto liberal, **«el dinero sirve para persuadir (...), se requiere recolectar dinero para poder comunicarse»**⁹¹.

No es cierto, como presupone Habermas, que la estructuración de lo público en el modelo democrático liberal favorezca la deliberación, por el contrario, es la forma como se organiza la dominación y se imponen los intereses y prioridades. El espacio público liberal produce resultados normativamente contradictorios y hace que la política se rijan por los intereses que tienen mayor preponderancia, que muchas de las veces llevan a la gente. Como lo observa Adam Przeworki, «a sostener creencias que no corresponden con sus intereses»⁹².

La teoría discursiva y argumentativa desestima que el límite de la deliberación es el voto como acto político concluyente. Esto significa, como lo apunta Adam Przeworki, que si mediante la deliberación no se llega a acuerdos, algunos de los participantes del proceso tendrán que «actuar en contra de sus propias razones» mientras no consigan hacer oír su la palabra⁹³. Por esta razón el ejercicio del voto la mayoría de las veces tiene motivaciones externas al proceso discursivo.

El racionalismo de la modernidad, que Habermas defiende frente al pesimismo de Walter Benjamín, Teodor Adorno o Max Horkheimer, lo conduce hacia el última dato de valoración del hecho social, que es el lenguaje. Sin embargo no dice nuevo de lo que ya había dicho la filosofía analítica, porque

⁹⁰ Oquendo, Ángel R. *Op. cit.*, *supra* nota 3. p. 39.

⁹¹ Przeworki, Adam. "Deliberación y dominación ideológica". En: Elster, Jon (comp.). *La democracia deliberativa*. Barcelona, Gedisa, 2001. p. 192.

⁹² *Ibid.*, p. 184. Según Susan Stokes, "el espacio público puede reemplazar las preferencias reales de los ciudadanos por las preferencias de los políticos, embaucados por grupos de presión y la prensa". Stokes, Susan C. "Patologías de la deliberación". En: Elster, Jon (comp.). *La democracia deliberativa*. Barcelona, Gedisa, 2001. p. 177

⁹³ Przeworki, Adam. *Op. cit.*, *supra* nota 90. p. 185

esta sometido al principio de identidad y de continuidad de la razón, porque desconoce lo que está fuera del lenguaje y a aquel que carece de voz. La defensa del modelo deliberativo, argumentativo en este sentido, acaba por convertirse en una limitación para la comprensión de las formas de articulación de lo político en las sociedades contemporáneas.

La teoría discursiva postula un principio de interpretación de la democracia, pero no la aborda como género de vida porque no contextualiza la producción de la verdad, ni otorga significados al proceso discursivo. Habermas presenta la comunicación como una solución de continuidad entre el Estado y la sociedad, pero no la concibe en clave de ruptura, no explica, como observa Jaime Cárdenas, el lugar del lenguaje en la separación que se produce entre la esfera pública y las instituciones formales⁹⁴.

El Estado y la sociedad estarían unidos por un *continuo* comunicativo que carece de referente empírico. La comunidad política, cuestiona Chantal Mouffe, sólo existe como una superficie discursiva con un sentido independiente a los predicados de sus partes⁹⁵. La comunicación en las sociedades contemporáneas es un bien de orden público que estructura el sentido de lo social, pero como tal está inmersa en la reproducción de la semiosis del sistema, lo que quiere decir que la comunicación en abstracto no produce una nueva experiencia o sentido de la realidad si no se concibe como un acto político singular de producción de sentido contra al sistema.

Las teorías discursivas de la democracia introducen el principio normativo como principio reflexivo del sistema, pero soslayan que el consenso democrático como consenso empírico es racional porque está abierto al disenso a través del discurso, a la comunicación de sentidos no reconocidos por el sistema, que son los que hacen posible el aprendizaje, fuera de lo cual la experiencia sólo tiene un sentido cognitivo de reconocimiento.

No existe consenso empírico si no existe un tema con definiciones problemáticas, sin un caso real que cuestione el sentido del texto. En palabras

⁹⁴ Cárdenas Gracia, Jaime. "Hacia otra democracia". En Carbonell, Miguel y Valadés, Diego. *El proceso constituyente mexicano. A 150 años de la Constitución de 1857 y 90 años de la Constitución de 1917*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 174.

⁹⁵ Mouffe, Chantal. *Op. cit.*, *supra* nota 14. p.138

de Claude Lefort: el consenso empírico sólo es posible cuando «los participantes reconocen su *sin razón* previa».

La teoría discursiva, como lo explica Przeworki, olvida que el espacio público liberal a través de la comunicación de masas, ha sido reconducido por los poderes fácticos militares y financieros, hacia un sentido estratégico que no se centra en los fines del régimen, que ya fueron establecidos previamente, sino en los medios para alcanzarlos⁹⁶. De modo tal que las decisiones acabarían incorporando un sentido técnico pero no un sentido normativo del orden discursivo⁹⁷.

1.1.5. La definición de de la democracia y de los contornos del hecho democrático.

El análisis de las teorías de la democracia nos muestra que en todas ellas la democracia involucra medios y fines para representar las relaciones políticas, como una forma de interactuar con la realidad en un sentido preformativo, bien como un medio de orden y estabilidad, como un medio de equidad, como un proceso intersubjetivo o como una fórmula para autorizar a quienes tomarán las decisiones.

La disputa por el significado de la democracia en tanto que acto político, como explica Boaventura de Souza, se da en el terreno de la «significación de las prácticas sociales»⁹⁸. Para las teorías normativas ésta residiría en la introducción de un principio de reflexividad en la producción del derecho de orden material como formal, para las teorías positivistas, el acto democrático recaería la formulación de modelos procedimentales necesarios para alcanzar estabilidad del régimen liberal contemporáneo.

Las teorías revisadas tienen como punto de partida el principio de identidad e integridad del sistema, de modo que en mayor o menor medida unas y otras tienen como principal referencia para definir el hecho democrático la acción del Estado y sus significados en el orden jurídico político. La referencia interna hace que las teorías reproduzcan la semiosis del sistema y eso les impide ubicar el hecho democrático fuera de los marcos del Estado, o bien crear los

⁹⁶ Przeworki, Adam. *Op. cit.*, *supra* nota 90. p. 184.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 188.

⁹⁸ De Sousa Santos, Boaventura. *Op. cit.*, *supra* nota 8. p. 49.

vínculos necesarios que articulen el modelo dentro del orden de las relaciones sociales.

En este sentido el conjunto de las perspectivas teóricas de la democracia escamotean, de una u otra manera, la dimensión que tiene lo político como acto constitutivo en la formación de sentido social y estructuración del sistema. Lo político viene grabado en ellas sólo como una definición interna, como la defensa de las representaciones del modelo de Estado de derecho liberal frente a cualquier otra opción o determinación política que venga del exterior o de sus contornos, fuera de donde no existe experiencia política posible.

En este sentido, el formalismo aborda el acto democrático como un hecho totalizador de carácter procedimental sometido a reglas mínimas de equidad que tienen como función autorizar y legitimar a los que tomarán las decisiones; quedan fuera de la definición los sentidos del acto político que no caben en las definiciones del sistema jurídico y se sitúan en el orden de las relaciones sociales, culturales y políticas. La democracia como un fenómeno político que se expresa por fuera de la identidad legal no existe.

El pluralismo aborda el acto democrático como un catalogo de rutinas de negociación entre élites políticas que presuntamente representan fuerzas sociales, con el objeto de controlar el Estado y manejarlo adecuadamente como un sistema de equilibrio entre fuerzas. Este modelo realista importa como finalidad política la de mantener la gobernabilidad y lograr la reproducción del sistema democrático, tal como está establecido.

En este caso han quedado excluidos de la definición de la democracia no sólo los significados y prácticas políticas negados o menospreciados por el sistema, sino que también queda excluido el orden normativo-moral, que es constitutivo de todo acto político democrático, que importa una noción de justicia vinculada con el orden de las relaciones sociales. La democracia ha perdido todos los significados posibles que lo vinculen con la ciudadanía o con la sociedad civil.

Las teorías normativas y argumentativas postulan que con la democracia reaparece el orden moral en el ámbito público (que había sido confinado al ámbito privado y separado de la política y del derecho) en la forma de democracia social como principio independiente de la justicia. Con ello surge

también una noción de la democracia que tiene como sujeto de su definición no sólo al Estado, sino también a la sociedad civil y los actores sociales.

No obstante la definición del hecho democrático en estas teorías soslaya los aspectos político-pragmáticos que resultan la separación entre el orden discursivo democrático y el funcionamiento del sistema estatal. Conciben el hecho democrático como una solución de continuidad de la experiencia política institucional en el orden práctico o cognoscitivo mediante un camino ascendente de superación y liberación, y no como un hecho en el orden político y social que conlleva el principio de ruptura, de negación o de resistencia.

En este sentido, el conjunto de las teorías de la democracia carecen de herramientas para interpretar el hecho democrático por fuera del principio de identidad y continuidad del sistema; incluso las teorías que abordan a la democracia como un hecho social, olvidan en su definición que el fenómeno democrático como expresión de un modo de vida, se manifiesta también en la forma de negación, defensa y resistencia frente a los modelos de vida que pretenden imponérsele.

1.2. EL CONCEPTO DE DERECHO COMO FUNDAMENTO DE LA DEMOCRACIA

En este apartado se seguirá un camino inverso al anterior, se definirá primero el concepto de derecho para analizar sus consecuencias en el campo democrático. Se trata de la calificación de la democracia desde la perspectiva externa que ofrece el derecho, una mirada desde fuera que ayudará al autor a definir la perspectiva jurídica que definirá el sentido de este trabajo en su conjunto. Este ejercicio nos permitirá re-interpretar las teorías analizadas en el apartado anterior a la luz del concepto que las produce.

La democracia como un principio político-jurídico es una noción encadenada al concepto de derecho que la produce. En este sentido aquí se pone a prueba la capacidad de las distintas escuelas de derecho para representar el principio democrático, lo que supone evaluar lo jurídico como acto de significación de la

democracia, el marco en el que adquiere capacidad expresiva, la regla de interpretación que asigna a cada signo un valor dentro del conjunto⁹⁹.

La interpretación propuesta pone de manifiesto las potencias y limitaciones de la jurisprudencia para capturar la naturaleza democrática tanto en el orden jurídico como en el orden de las relaciones sociales y se dirige a realizar una valoración de cada uno de las teorías jurídicas presentadas que nos permita responder a las inquietudes sobre el lugar que ocupa el derecho en la definición de la democracia contemporánea. ¿En qué contexto interpretativo la jurisprudencia incluye la naturaleza de la democracia como acto negativo? ¿En qué medida el punto de vista externo y el interno del derecho están contemplados en los estudios de la democracia? ¿Qué aspectos de la política permanecen ocultos en cada una de las teorías jurídicas? ¿Qué aspectos de la democracia se mantienen en silencio?

1.2.1. El positivismo jurídico: la democracia como dato formal

Aristóteles desarrolló los temas de la lógica para construir una ontología. El método de la *Lógica* establece relaciones de inclusión, exclusión e intersección entre los conceptos, obtenidos con base en una generalización empírica, como procedimientos para la definición de los elementos del ser. Esto produjo un tipo de conocimiento de identidad que distingue *clases de cosas*, con base en enunciados universales dotados de validez que describen el elemento que unifica o separa los casos particulares.

La ciencia que resulta de esta labor estaría formada según Rolando Tamayo por «(...) un conjunto de enunciados deductivamente organizados, en cuyo nivel de generalidad se encuentran las premisas últimas, primarias e indemostrables»¹⁰⁰, sobre las que recaería la presunción de unidad, plenitud, validez y funcionamiento del sistema de conocimiento y harían de éste en un orden necesario¹⁰¹.

⁹⁹ En esta perspectiva analítica se realizarán diferentes acercamientos: a) sintáctico, sobre las relaciones formales de sus signos; b) semántico, la relación de los signos con los objetos que refieren, y c) pragmático, que explica la relación de lo formal con los intérpretes, el análisis contextual de su validez interna, los procesos de constatación de la verdad y la correspondencia de los signos con la actividad que significan.

¹⁰⁰ Tamayo y Salmorán, Rolando. *Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002. p. 83.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 76-77.

Por su parte, Immanuel Kant realizó una depuración de los principios de la «razón pura» y ponderó la representación en tanto que fenómeno de la razón, como una entidad autónoma frente al *noúmeno* o realidad que representa, el cual fue convertido en una entidad inaccesible. La separación entre fenómeno y realidad otorgó a la ciencia un status ontológico y ayudó a la consolidación del positivismo, como método científico orientado a la construcción de leyes generales con base en las cuales se busca controlar y manipular la experiencia.

El positivismo jurídico a diferencia del positivismo de las «ciencias duras», que impulsaron una depuración de los rasgos de la experiencia física con base en la generalización empírica, constituye un caso especial de depuración formal del fenómeno nomológico, mediante el cual se integró la norma escrita y codificada, como expresión política de la sociedad burguesa, dentro de un sistema nomológico de leyes generales, como método para discriminar la experiencia jurídica.

En este sentido, las ciencias jurídicas positivas, con John Austin y Hans Kelsen a la cabeza, pero también a través de las aportaciones de Norberto Bobbio y Herbert Hart, desarrollaron en el campo del Derecho, en palabras de Manuel Atienza, «lo que Kant había realizado en el terreno de la razón pura», construir una ciencia, un sistema nomológico, en torno a un concepto de validez en sentido lógico dejando fuera de este sistema el concepto de validez en sentido moral (como deber de obediencia)¹⁰².

La dogmática positiva es un metalenguaje descriptivo del lenguaje prescriptivo. No surge como juicio de valor del derecho sino como juicio racional sobre el hecho jurídico. Para el positivismo el derecho se conoce mediante su disposición, «hay que decirlo», no es observable u ostensible sino un fenómeno cuya formulación es su condición de existencia. Es *preceptae*. Su naturaleza formal permite al jurista acudir al campo de denotación del derecho para descubrir y tematizar sus reglas y construir una gramática para pensarlo.

La dogmática desconoce las razones de validez de la norma como fenómeno político, sólo considera la ley «que permanece vigente mientras no sea

¹⁰² Este problema persigue a lógica hasta nuestros días. David Hume había advertido contra la falacia de realizar juicios de valor con base en principios de la razón. En el campo de la lógica contemporánea George E. Moore señaló la falacia de deducir enunciados de orden prescriptivo de los enunciados de orden descriptivo. Atienza, Manuel. *Introducción al Derecho*. Distribuciones Fontamara, México, 2005, p. 206.

derogada en la forma que el orden jurídico determine». En este sentido la definición analítica de H.L.A. Hart es impecable: «La existencia del derecho es un hecho verificable mediante **la observación externa (...), los enunciados que se refieren a tal hecho son afirmaciones desde el punto de vista externo**»¹⁰³

La definición positiva del derecho no dice nada acerca de los motivos o razones que fundamentan una obligación de obediencia. La validez del derecho se fundaría en su propia positividad, como totalidad significativa, como observa Luis Prieto Sanchís¹⁰⁴. El principio que postula que **la ignorancia o el error de la ley no excusan de su aplicación**, dice Carlos Santiago Nino, clausuraría el sistema y aseguraría su unidad y plenitud (regla de transformación, regla de enjuiciamiento, cadena correcta de autorizaciones)¹⁰⁵.

La teoría jurídica positiva y su continuación analítica abordan la democracia a partir de sus representaciones formales, los instrumentos por medio de los cuales se realiza que, como hemos visto, expresan el punto de vista interno del sistema jurídico, las reglas del juego que articulan los elementos formales y abstractos de la definición y los procesos institucionales de formación de la voluntad política.

La democracia se transforma así en un concepto jurídico positivo, cuya validez sería independiente de su contexto de justificación, de las consideraciones del individuo, la comunidad y las circunstancias del caso concreto, considerados como ámbitos externos de la razón democrática. El positivismo postula una democracia despolitizada pues rechaza que la ciencia jurídica ocupe el lugar del «contexto de justificación del derecho».

Si bien es cierto que sin una definición positiva no existe forma de representar la validez democrática, no es menos cierto que la definición positivista del derecho tiene consecuencias negativas en la concepción de la democracia, pues produce, como cuestiona el neoconstitucionalismo¹⁰⁶: a) una vinculación ontológica del derecho con la fuerza; b) una noción imperativista de la ley, que ve al derecho como norma de conducta correcta; c) una

¹⁰³ Hart, Herbert L. *El concepto de derecho*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1967.

¹⁰⁴ Prieto Sanchís, Luis. *Op. cit.*, *supra* nota 58. pp.12-13.

¹⁰⁵ Este postulado, "encubre la prohibición de concluir, como resultado de una interpretación, que el orden jurídico no ofrece ninguna solución para el caso singular". Santiago Nino, Carlos. *Introducción al análisis del derecho*. Ariel Derecho, Barcelona, 1999. 9º ed. p. 331.

¹⁰⁶ Se conjugan aquí las posturas presentadas por Carlos Santiago Nino y Luis Prieto Sanchís. Ver: Prieto Sanchís, Luis. *Op. cit.*, *supra* nota 58. p. 14-15. y Santiago Nino, Carlos. *Op. cit.*, *supra* nota 104. pp. 325 - 330

concepción estatista, que privilegia a la legislación y las funciones del Estado como fuentes jurídicas; d) una idea del derecho como sistema unidad plena y carente de contradicciones; e) una teoría mecanicista de la interpretación y aplicación del derecho que limita la labor jurídica a una actividad lógica abocada a hallar las reglas implícitas en el derecho legislado.

La democracia en términos formales deviene en un sistema logocéntrico que niega la validez a cualquier actividad humana que esté por fuera de la descripción legal. Desconoce que ésta supone la existencia de una vinculación objetiva entre la voluntad del sujeto político y los contenidos de la norma, de modo que sea posible vincular nomológicamente la norma y la obediencia de la ley. Desconoce la necesidad analítica de la democracia de vincular los contenidos normativos y los contenidos de la experiencia social.

1.2.2. El realismo jurídico: la democracia como dato empírico

Mientras que la dogmática jurídica busca una depuración formal de su objeto, el realismo jurídico encarna los postulados del positivismo empírico que buscan descubrir leyes generales con base en dirigir la atención hacia la experiencia. En el primer caso, dice Manuel Atienza, el principio de científicidad lo suministran las ciencias deductivas, en el segundo el método de las ciencias empíricas: inducción, generalización empírica y experimentación¹⁰⁷.

En su «*Lógica del conocimiento científico*», Karl, C. Popper¹⁰⁸ reaccionó contra los modelos formales de la ciencia como sistemas que proporcionaban certezas y elementos irrefutables, y proclamó un «retorno a la *experiencia*» como fuente del conocimiento, donde la validez de los argumentos dependiera de su capacidad para cotejarse con los hechos o con un campo de experiencia. Para ello propuso establecer «criterios de demarcación» del conocimiento que permitieran la contrastación de los enunciados del sistema con sus fuentes empíricas.

Para Popper la práctica científica debe representar un mundo de experiencia posible y permitir la refutación de sus leyes, que sus enunciados sean *falsificables* mediante evidencias empíricas. Frente a los modelos universales Popper resaltó el valor de las conclusiones singulares verificadas. Estas ideas

¹⁰⁷ Atienza, Manuel. *Op. cit.*, *supra* nota 101. p. 190.

¹⁰⁸ Popper, Karl C. *La lógica de la investigación científica*. Madrid, Tecnos, 1973. p. 38 - 43

resumieron las investigaciones del funcionalismo en áreas como la sociología y las ciencias políticas, donde las instituciones son datos que informan sobre las características del sistema.

Siguiendo este horizonte el realismo jurídico incorporó la dimensión externa del derecho en la forma de dato empírico, como un producto sistémico a partir del cual se puede realizar una valoración del sistema jurídico. La norma vigente o el hecho jurídico, apunta Alf Ross, sirven como *test de experiencia* para valorar su efectividad, coherencia o complejidad interna¹⁰⁹. La metafísica realista pone en contacto al sistema y sus reglas para valorar si tienen operatividad en el espacio en el que están compuestas.

El realismo, observa Ross, no discute la validez del derecho ni le importa como principio de justicia¹¹⁰; propone una interpretación de las proposiciones del derecho vigente como enunciados que expresan hechos o instituciones jurídicas¹¹¹. Con ello avanzó en la desformalización del punto de vista interno del derecho para convertirlo en un dato, en el que son confundidos «los puntos de vista descriptivos y normativos», para configurar una dimensión externa del derecho que alude a su aplicación¹¹².

En el siglo veinte surgieron en el campo de la teoría jurídica algunas escuelas que ofrecieron interpretaciones alternativas al «dato legislativo». En Estados Unidos el *Asociate Justice* de la Corte Suprema, Oliver Wendell Holmes (1902-1932)¹¹³ cuestionó la posibilidad de establecer «predicciones válidas sobre lo que los jueces harían de hecho». Eso abrió el camino a una corriente de investigación centrada en la aplicación del derecho por parte de los tribunales, observa Manuel Atienza, que se conoce como «Derecho en acción»¹¹⁴ y que estudia las motivaciones que operan en el juez para tomar sus decisiones¹¹⁵.

¹⁰⁹ Ross, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Eudeba, Buenos Aires, 2005. p. 96.

¹¹⁰ *Ibidem*. A los ojos del realismo el derecho es algo objetivo y exterior. Las ideas de validez, dice Alf Ross, son «construcciones metafísicas erigidas sobre una interpretación falsa de la fuerza obligatoria».

¹¹¹ *Ibid.*, p. 66.

¹¹² «(...) lo que Stevenson define como una «definición persuasiva»». *Ibid.*, p. 58.

¹¹³ «(...) *the life of the law has not been logic: it has been experience. The felt necessities of the time, have a good deal more to do, than syllogismus in determinig the rules by wich the man should be governed*». Palabras de Oliver Wendell Holmes, citadas en: Ojesto Martínez Porcayo, José Fernando. «Poder, derecho y jueces. La jurisdicción como participación política». En: *Testimonios sobre el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y su contribución al desarrollo democrático de México*. México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2003. p. 461.

¹¹⁴ Atienza Manuel. *Op. cit.*, *supra* nota 101. p.187.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 216.

Autores como Joseph Raz y G.H. Von Wright, miembros de la escuela de realismo analítico escandinavo, emparentado con el Círculo de Viena, desarrollaron investigaciones lingüísticas con base en la idea del derecho como lenguaje dado, conforme a la teoría de las «regla del juego», para encontrar un sentido operacional del lenguaje jurídico, reconstruyendo sus reglas sintácticas y sus modelos abstractos de operación descriptivos y prescriptivos¹¹⁶.

El derecho, como la democracia, para ser pensados tienen que ser formalizados como *fenómeno* político-jurídico, ya sea como un hecho lingüístico o como una institución jurídica. Pero la valoración que ofrece el realismo de la democracia nunca rebasa los marcos de la definición interna, lo reinterpretada como hecho jurídico que se ajusta a los límites del sistema.

La comprensión de la democracia que propone el realismo no se separa de la gramática jurídica interna de la teoría de la democracia. El realismo carece de una sintaxis propia para reconstruir el derecho como un acto político, que articule las proposiciones con sentido en el orden jurídico calificadas como democráticas, con proposiciones con sentido que se refieren a relaciones en el mundo real, como son los argumentos o los actos discursivos.

El fenómeno democrático de orden legal, como pueden ser los resultados de los procesos electivos, no puede ser interpretado solamente conforme a la metafísica interna de validación de los mismos, pues este modelo se presenta como una fórmula de discriminación de la experiencia negativa en su conjunto, que impide valorar la relevancia de hechos singulares contradictorios no previstos en el sistema.

Las teorías que apelan al hecho jurídico soslayan que no existe la «experiencia pura» ni el «hecho democrático» en sí mismo; que el conocimiento, como señala Manuel Atienza, no parte de la observación, habituada a discriminar previamente los hechos conforme a un modelo de interpretación de la experiencia¹¹⁷. Por eso Atienza dice que las previsiones de **la ciencia realista en torno a la democracia «(...) resultan escasamente**

¹¹⁶ Esta tarea consistiría en la depuración de la lógica-deóntica pura; la descripción de las reglas de transformación del signo jurídico, haciendo abstracción de su sentido; la reconstrucción de su "composición", para explicar la relación entre las partes y la totalidad, y los principios para determinar los signos que son admisibles en el sistema. *Ibidem*.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 194

relevantes»¹¹⁸, en virtud de la ausencia de una teoría que permita vincular el dato jurídico con la voluntad de la población.

Conceptos como el de obediencia no pueden ser dados plenamente por la definición interna sin caer en aporías. La obediencia de quienes están obligados por la norma es un aspecto constitutivo fenómeno político que es un hecho jurídico y por lo tanto no puede ser considerado como hecho contingente. La teoría realista el derecho no puede conciliar la democracia como hecho jurídico con la democracia como hecho social, porque la obediencia es un dato político que se refiere a la intensión y extensión de los significados que produce en el orden social, tema que no ha abordado de manera suficiente la sociología jurídica.

La democracia como un hecho político rebasa los aspectos lógico-formales internos, dentro de los cuales los circunscribe la teoría realista, pues supone la existencia de referentes empíricos compartidos tanto en el campo del orden jurídico como en el orden de las relaciones políticas y sociales, referentes de los que carece. La noción de democracia queda despojada de elementos normativos sustanciales, que irían desde la idea la equidad como principio material, hasta condiciones como la intersubjetividad de la experiencia, a indeterminación del derecho como práctica argumentativa o el reconocimiento de la experiencia negativa.

1.2.3. Teoría de sistemas: la democracia como expectativa de conducta

La teoría de sistemas introduce en las teorías realistas y funcionalistas de la sociología jurídica, la idea de que los sistemas sociales son necesariamente *autopoieticos*¹¹⁹. Niklas Luhmann dice que la validez del derecho no puede ser tomada desde fuera sino que siempre es autoproducida desde su entorno¹²⁰, de modo que cuando existe un problema en el orden legal, sólo puede recurrirse al expediente de las operaciones legales para solucionarlo.

El paradigma de interpretación funcionalista, como lo analiza Rodolfo Vigo, ve en el derecho un instrumento útil para mantener el funcionamiento de la

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 220.

¹¹⁹ Las referencias de Niklas Luhmann se encuentran en: María Cárcova, José. *La Opacidad del Derecho*. Madrid, Trotta, 2002. p. 73.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 80.

sociedad¹²¹. Luhmann y Parsons cambian la perspectiva normativa del derecho por una perspectiva cognitiva arraigada en el sistema que le sirve de premisa, y que se tematiza de acuerdo a las necesidades de la esfera económica, que es el subsistema primado de formación de significados sociales¹²².

Cada subsistema, como lo es el derecho, está formado por un conjunto de procedimientos que funcionan como exclusas (*in-out*) de diferenciación que permiten controlar la diferenciación producida en el entorno económico, lo cual ocurre a costa de una mayor complejidad interna¹²³. El incremento de la complejidad del subsistema jurídico vendría acompañado de una especialización de sus técnicas.

En este sentido el sistema del derecho tiene como función la «generalización congruente de expectativas de conducta» para reducir la complejidad del sistema¹²⁴. Los procedimientos serían un *constructo* a disposición del sistema frente a los que el ciudadano no calcularía las opciones alternativas sino que adoptaría una postura cognitiva e identificaría el comportamiento apropiado, la expectativa de conducta congruente¹²⁵.

La formación del derecho se sustrae de los «sistemas de contacto» con el mundo de la vida cotidiana e incorporaría un importante grado de reflexividad. El derecho sería positivo no sólo por haber sido «puesto» sino porque además porque puede ser cambiado; su validez residiría en un nivel reflexivo superior del sistema que incluiría condiciones de «sustitución y cambio»¹²⁶ y una regulación normativa para «la creación y derogación de normas»¹²⁷.

En la teoría de sistemas el aprendizaje normativo no existe, la validez del sub-sistema jurídico se basaría en su vinculación al sistema como totalidad significativa que concentra el ejercicio legítimo de la coerción y la amenaza, lo que disminuiría su dependencia «hacia predeterminaciones de sentido fijadas

¹²¹ Vigo, Rodolfo L. *La interpretación constitucional*. Buenos Aires Abeledo Perrot, 1995. p. 225.

¹²² Cohen, Jean y Arato, Andrew. *Op. cit.*, *supra* nota 2. p. 382.

¹²³ María Cárcova, José. *Op. cit.*, *supra* nota 118. p. 78.

¹²⁴ *Ibid.*, pp. 27-28.

¹²⁵ «en la vida cotidiana los hombres actúan de acuerdo con rutinas que reducen los problemas derivados de de elección de estrategias, el derecho representa la forma de reducir la incertidumbre al interior de la organización». Romero, Jorge Javier. *Op. cit.*, *supra* nota 27. p. 39.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 30.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 28.

de forma externa al orden jurídico y aumentaría su dependencia a la gramática interna para la selección del derecho vigente»¹²⁸.

Las teorías sistémicas han tenido una gran influencia en la concepción de la democracia como sistema de competencia entre élites que favorecen la estabilidad político-económica de las naciones que la adoptan. En este sentido ha configurado un modelo teórico que funciona como patrón de reconocimiento político-constitucional de la democracia, que cada vez cobra mayor relevancia en la orientación político-jurídica de los regímenes políticos del mundo entero.

En este modelo el subsistema económico y el subsistema democrático funcionarían de acuerdo con una lógica excluyente, lo que permitiría mantener el equilibrio del sistema. La democracia como parte del derecho, cumpliría con la función de habituar el comportamiento social a las expectativas creadas en el sistema. Por eso para las teorías sistémicas el aumento de la complejidad del orden democrático debe tener un límite que impida su auto-destrucción «como consecuencia de la sobrecarga de demandas contradictorias requeridas».

Ese límite de la democracia es, señala José María Cárcova, una justicia **procedimental reflexiva: « (...), el adecuado nivel de complejidad del sistema,** donde las partes no deben de generar más expectativas que las permitidas». La democracia opera en un nivel reflexivo, la dimensión normativa no radica en el proceso de significación de las relaciones jurídicas en el orden social, ha pasado a un plano de autoreferencia que no remite a una noción moral o política sino que adopta un criterio de consistencia interna en relación con las decisiones institucionales que provee.¹²⁹

En términos lingüísticos, la acción democrática entra en un proceso de «semiosis ilimitada», que establece una relación de contigüidad entre el significante y significado, entre la dimensión procedimental y material, respectivamente, donde el sentido interno prevalece en la creación de significados y el contexto interpretativo establece los parámetros de correspondencia de las definiciones¹³⁰.

¹²⁸ Cohen, Jean y Arato, Andrew. *Op. cit.*, *supra* nota 2. p. 379

¹²⁹ María Cárcova, José. *Op. cit.*, *supra* nota 118. p. 78.

¹³⁰ En el siglo XIX Charles Sanders Peirce elaboró una teoría para explicar que en términos lingüísticos el sujeto es el efecto del signo y no al revés.

A esto hay que agregar que para este modelo el funcionamiento de los sistemas complejos, como es el modelo democrático, requiere de expertos que manejen el derecho como una técnica de autoproducción que viene acompañada, según Cárcova de un aumento de la opacidad¹³¹. Esto resulta contradictorio con un concepto «intuitivo» de la democracia que supone la participación ciudadana y la apertura del derecho hacia los significados de la vida social y no sólo a aquellos que provienen de las partes privilegiadas del sistema.

Con ello la democracia pierde sus atributos propios. Los derechos políticos dejan de ser sistemas significativos y se convierten en procedimientos normalizados mediante los cuales se forma un consenso formal, subordinado a las necesidades del sistema como totalidad. La expectativa congruente de comportamiento en la democracia es autoreferencial, se orienta a la confirmación de los presupuestos del Estado de derecho liberal y lograr su continuidad.

La visión que proporciona la teoría de sistemas sobre la democracia y su operación es la de un modelo procedimental «tal cual es». La teoría tiene un enorme potencial descriptivo del funcionamiento de los regímenes contemporáneos, que podría ser tildado de *cínico* de acuerdo con el sentido de las definiciones que provee e intereses que lo motivan, pero en el que la dimensión normativa de la democracia, la pretendida igualdad de los miembros de la comunidad, se mantiene separada de sus fundamentos sociales.

La teoría de sistemas ofrece una explicación privilegiada de la democracia, que es la que provee el sistema pero excluye su exterior constitutivo, las definiciones que provienen del sujeto social y la sociedad civil. Es una teoría política del poder, que soslaya la dimensión constitutiva de la diferenciación social y económica para la formación de la norma y el poder político. En este sentido es una teoría con grandes limitaciones, como lo han observado Cohen y Arato, para explicar los sistemas políticos como procesos en la historia y dar cuenta de los elementos que obligan al sistema democrático a trascender la autoreferencia para transformarse¹³².

¹³¹ Esta Opacidad estaría caracterizada por la "variabilidad en aumento de sus posibilidades internas, la especialización de sus prestaciones y la singularización permanente de sus comunicaciones". Cfr. María Cárcova, José. *Op. cit., supra* nota 118. p. 84.

¹³² Cohen, Jean y Arato, Andrew. *Op. cit., supra* nota 2. p. 427.

1.2.4. Las teorías normativas: la democracia como principio moral

A finales del siglo diecinueve y principios del siglo pasado en Francia y Alemania surgieron voces que cuestionaron el formalismo jurídico y llamaron la atención sobre el contenido de las normas y los conceptos. Esta reacción antiformalista fue resultado de la tensión provocada por la idea de una sólo ciencia separada de toda valoración y de la experiencia del derecho como una práctica de interpretación, aplicación y argumentación. Autores como Friedrich Karl Von Savigni, Rudolf Von Ihering y François Geny pugnarón por una jurisprudencia que tuviera como base, los intereses y valores sociales y no los conceptos formales¹³³.

La idea de que el discurso jurídico no podía mantenerse cerrado sobre sus conceptos formales sino abierto a los argumentos en los que funda su pretensión de legitimidad, como lo sostiene Manuel Atienza, se fortaleció a lo largo del siglo veinte, en especial después de la Segunda Guerra Mundial cuando la teoría jurídica se empezó a interesar en las cuestiones de justificación o validez (el *quid juris*) y a reflexionar el derecho no como un sistema de autoridades y competencias sino como un sistema de contenidos que vinculan a esas autoridades¹³⁴.

Las teorías normativas dice Prieto Sanchís, profundizaron una noción práctica de la jurisprudencia que la concibe, no como una dogmática que conoce el deber ser sino como una práctica que requiere de una «legitimación externa»¹³⁵. Una actividad, según Manuel Atienza, que propone «qué hacer»¹³⁶, que se orienta hacia el «deber ser extrajurídico» y ha de sostenerse en argumentos que «incorporan los contenidos de la justicia»¹³⁷.

El neo-constitucionalismo, la Constitución democrática como fundamento argumentativo

La teoría neo-constitucionalista se concibe como parte de la tradición analítica, con la diferencia de que ésta no pretende que los mandatos del legislador sean

¹³³ Cfr. Santiago Nino, Carlos. *Op. cit.*, *supra* nota 104. p. 347.

¹³⁴ Atienza, Manuel. "Tres problemas de la teoría de la validez jurídica". En: Orozco Henríquez, J. Jesús y Vázquez, Rodolfo. *La función judicial. Ética y democracia*. Gedisa, ITAM. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Barcelona, 2003. p. 88.

¹³⁵ Prieto Sanchís, Luis. *Op. cit.*, *supra* nota 58. p. 17.

¹³⁶ Atienza, Manuel. *Op. cit.*, *supra* nota 101. p. 250.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 31. Ver también: Prieto Sanchís, Luis. *Op. cit.*, *supra* nota 58. p. 24.

obedecidos por la amenaza de la fuerza pues considera que su obligatoriedad tiene un fundamento moral, que se predica del contenido de la norma de reconocimiento constitucional, que proporciona los criterios de identificación que deben prevalecer en el caso concreto.

El neo-constitucionalismo, señala Prieto Sanchís, cuestiona la separación entre derecho y moral y propone un tipo de razonamiento que supere el modelo lógico-formal del derecho¹³⁸, que no se conforme con deducir las consecuencias necesarias de un hecho en un sentido legalista, sino que se oriente, como propone Manuel Aragón, a ponderar las alternativas y valores en juego para encontrar una respuesta normativamente correcta¹³⁹. La interpretación constitucional y la aplicación de leyes, como lo sostiene, Ronald Dworkin suponen necesariamente el uso de argumentos políticos y morales¹⁴⁰.

En el contexto neo-constitucionalista, dice Manuel Aragón, existe el consenso que la dimensión normativo-procedimental de la democracia hace factible su dimensión material¹⁴¹, pero a diferencia del formalismo se considera que ninguna norma es válida por el simple hecho de proceder de una autoridad legítima pues la validez de la norma depende en última instancia, según lo expresa Dworkin, del conjunto de procedimientos a través de los cuales se conocen las «interpretaciones moralmente relevantes de los principios que influyen en la Constitución»¹⁴².

Los principios constitucionales proporcionarían los criterios de demarcación material y procedimental del ejercicio de la soberanía fundamentalmente a través de la acción de los jueces. La validez del sistema dependería de su coherencia con la Constitución, que «ha incorporado los contenidos y valores de justicia del iusnaturalismo racionalista ilustrado»¹⁴³, como son «los derechos

¹³⁸ Prieto Sanchís, Luis. *Op. cit.*, *supra* nota 58. p. 16.

¹³⁹ Aragón, Manuel. *Op. cit.*, *supra* nota 80. p. 56.

¹⁴⁰ Cohen, Jean y Arato, Andrew. *Op. cit.*, *supra* nota 2. p. 559.

¹⁴¹ Aragón, Manuel. *Op. cit.*, *supra* nota 80. p. 115.

¹⁴² La preocupación de Dworkin se refiere a las áreas del derecho en las que no aplicable el modelo de validez rutinario que proporciona la definición interna; los casos "difíciles" en los que las circunstancias ponen al derecho frente a su exterior constitutivo. Cohen, Jean y Arato, Andrew. *Op. cit.*, *supra* nota 2. p. 650.

¹⁴³ Entre otros autores Luis Villoro ahonda en la comprensión de los valores como conceptos mediados por la experiencia y la razón. Para Villoro, que los valores sean objetivos quiere decir que pueden ser aceptados como deseables por el conjunto de los miembros de la sociedad, lo que sólo puede ser justificado con base en razones. Reduce a dos grandes grupos las necesidades básicas: "necesidades de subsistencia", sin las cuales se conduciría al sujeto a la muerte física, y "necesidades de vivir una vida con sentido", de elegir y proyectar fines, sin las cuales se conduce al sujeto a una muerte espiritual. Ver la introducción de: Villoro, Luis. (coord.). *Perspectivas de la democracia en México*. México, El Colegio Nacional, 2001.

fundamentales y el principio de soberanía popular»¹⁴⁴, que son valorados en el caso concreto a la luz de lo que dice la Constitución¹⁴⁵.

Estos conceptos, podrían ser aceptados sin necesidad de corrección por autores de la escuela analítica como H. L. A. Hart, para quien la regla de reconocimiento actúa como «bisagra» entre el discurso jurídico interno y el orden social. Sin embargo en el contexto constitucionalista importan una suerte de «positivismo ético», como lo define Luis Prieto Sanchís, en el que «la moralidad se conecta con el derecho a través de la Constitución y se agota en ella»¹⁴⁶.

El garantismo jurídico, la democracia como sujeción del derecho al derecho

El paradigma del modelo garantista del derecho, «en oposición al modelo *paleo positivista*», dice Luigi Ferrajoli, es la doble sujeción del derecho al derecho mediante vínculos jurídicos formales y sustanciales¹⁴⁷, que involucran las dos dimensiones del fenómeno normativo, su vigencia y validez, su legitimación interna y externa, el derecho como signo y como significado¹⁴⁸.

Mientras que la «vigencia» o «existencia» de la ley estaría ligada a su conformidad y correspondencia con las normas formales de formación y derogación, la «validez» de la norma tendría que ver con su coherencia semántica con las normas sustanciales que regulan su producción. En el neo-constitucionalismo esas normas sustanciales provienen de la Constitución Política, en el garantismo vienen del *ius gentium*, el derecho de los derechos humanos y el principio de equidad.

La doble sujeción del derecho al derecho vincula a todos sus operadores en la forma de límites formales que incluyen o excluyen procedimientos, así como límites sustanciales que actúan sobre los contenidos de la norma delimitando sus significados¹⁴⁹. Esto es una innovación en la estructura de la legalidad moderna, dice Ferrajoli, pues asocia la vigencia y la validez del derecho, con el supuesto de una vinculación en el nivel interno del derecho entre la norma y garantía.

¹⁴⁴ Aragón, Manuel. *Op. cit.*, *supra* nota 80. p. 67.

¹⁴⁵ Prieto Sanchís, Luis. *Op. cit.*, *supra* nota 58. p. 40.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 28.

¹⁴⁷ Ferrajoli *Op. cit.*, *supra* nota 1. p. 19.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 22.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 21.

La teoría garantista conjuga una teoría de la validez de la ley junto con una teoría de su efectividad que pone en relación un plano de interpretación *normativa* del derecho respecto del campo factual de aplicación y ejercicio, así como un plano de observación *factual* de la efectividad de la ley respecto del campo normativo. Esto genera un espacio valorativo abocado a controlar la coherencia de las normas y a asegurar la conformidad del hecho jurídico y la norma.

Esto significa para Ferrajoli que la jurisprudencia debe incorporar una función crítica y proyectiva respecto de su objeto, una «meta-garantía» que permita abordar la existencia o ausencia de garantías y evaluar si son eventualmente inoperantes o ineficaces. Esta tarea de censura interna y externa del derecho implica en palabras de Ferrajoli: «criticar el derecho inválido para propiciar su anulación»¹⁵⁰, «proponer desde dentro las correcciones previstas por las técnicas garantistas», y «proponer desde fuera nuevas formas de garantía para reforzar los mecanismos de autocorrección»¹⁵¹.

Ferrajoli establece el concepto de «la ley del más débil», que incorpora los contenidos sociales de justicia y concibe los derechos económicos como contingentes. Esto significa, de acuerdo con Peces-Barba, la calificación de la democracia, en su dimensión procedimental, de acuerdo con su capacidad para poner en relación los procedimientos democráticos con los significados de la democracia como forma de vida¹⁵², es decir con su capacidad para crear condiciones de igualdad y libertad en las relaciones de orden político, económico y social¹⁵³.

Como derechos humanos fundamentales, los derechos democráticos serían «derechos universales sustraídos del mercado», con una «naturaleza indisponible e inalienable». La dimensión material de la democracia, los derechos humanos, formarían parte de la validez del derecho como condición de intersubjetividad, equidad, participación y justicia de la norma y de los procedimientos de su formación, así como principio normativo que prescribiría determinadas cualidades del sistema y prohibiría las características contrarias al principio democrático.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 29.

¹⁵¹ *Ibidem.*

¹⁵² Peces-Barba, Gregorio. *Ética, poder y derecho*. México, Distribuciones Fontamara, 2001.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 22.

Los silencios de las teorías normativas

Las teorías normativas pretenden superar la asociación entre derecho y uso de la fuerza buscando las razones de la validez y legitimidad de la norma en los contenidos de la justicia del pacto político. Sus alcances no dejan de estar dentro de los contornos de la perspectiva interna del derecho. En el caso del neo-constitucionalismo esto sucede al trasladar a la Constitución los términos de validez del pacto, en el caso del garantismo al centrar la legitimidad de la norma en los procesos de «sujeción del derecho al derecho» como principio de justicia.

En el neo-constitucionalismo, la democracia estaría incluida en el régimen como criterio de identificación que califica el ordenamiento que interviene prescriptivamente sobre el sistema y sobre una realidad atravesada por relaciones de desigualdad. Sin embargo, el concepto de democracia que genera no está abierto hacia los significados producidos en el orden de las relaciones sociales y en los márgenes del sistema.

La noción de la democracia que resulta se resume en la expresión «todo dentro de la Constitución, nada fuera de ella». La democracia, como adjetivo de la Constitución, dice Manuel Aragón, actuaría como una totalidad significativa y sus definiciones constitucionales proporcionarían un marco ***comprehensivo*** que funcionaría como límites para demarcar las fórmulas para lograr la corrección del sistema¹⁵⁴. Estos criterios, según Peter Häberle, son contradictorios con una concepción de la democracia como principio de indeterminación¹⁵⁵.

El positivismo neo-constitucionalista no da cuenta de la crisis del derecho, si no es como crisis del formalismo jurídico. No concibe el derecho como un concepto «en la historia», por fuera del campo de la jurisdicción constitucional y la aplicación de las leyes, cuya corrección estaría a cargo del poder judicial. El concepto de democracia que proporciona no alude a otras maneras para poner a la norma en «diálogo» con la realidad y para reflejar en ella los cambios en las interpretaciones políticas¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Aragón, Manuel *Op. cit.*, *supra* nota 80, p. 27

¹⁵⁵ Häberle, Peter. *Op. cit.*, *supra* nota 60.

¹⁵⁶ Sartori, Giovanni. *¿Qué es la democracia?* Instituto Federal Electoral, Tribunal Federal Electoral. México, 1993, p. 167.

La teoría garantista, que incluye distintos niveles de reflexión jurídica (formal, factual, normativo y sistemático), busca una comprensión más profunda de los derechos políticos y la democracia pues permite pensarlos como procesos de autogobierno y autonomía, donde los ciudadanos formarían parte de los procesos discursivos de formación y legitimación de las normas que los habrían de regir para arribar a los acuerdos que dan fundamento a la obligación de obediencia.

Los derechos políticos democráticos serían parte del núcleo de libertades fundamentales que sirven como premisa y objeto del pacto, no como funciones de autoreproducción sino como garantías de igualdad y libertad en la toma de decisiones, que a la vez serían fundamento de la autonomía privada y pública del ciudadano, incluyendo el derecho a la desobediencia cuando el contenido de la ley fuera contrario a los derechos humanos.

Esta caracterización de la democracia contrasta con la caracterización de la crisis del derecho que el propio Ferrajoli hace en «*La Ley del más débil*», donde dice que la jurisprudencia, tanto la perspectiva formalista como normativa, se encuentra anclada en una referencia cognitiva incapaz de reconocer el acto jurídico como acto político, que es la forma que adoptan los problemas que surgen en la base del pacto constitucional.

Frente a la crisis del Estado de Derecho, la teoría garantista propone la crítica dirigida a superar los vacíos y contradicciones sistemáticos del modelo de democracia, para derogar la legislación anticonstitucional. No obstante carece de una crítica que se oriente a cuestionar los principios, arreglos y contenidos existentes en el modelo democrático (fuera de ellos no existe representación política), que ayudan a esconder y disimular la crisis del Estado de derecho.

La referencia normativa parece no acabar por entender que la existencia de factores reales de poder subsume lo normativo dentro de un sistema de dominación que funciona como criterio de identificación interno. Esto le impide reconocer que la democracia, como modelo constitucional o como estado de necesidad normativa, es un concepto histórico concreto, que tiene sentido dentro de las referencias normativas y cognitivas internas del entorno político y cultural moderno.

La identificación de la libertad política con su expresión jurídica y de estas con una idea del bien común constituye un uso comprensivo de la democracia, como Wittgenstein lo refiere, algo que sucede al asociar las palabras y las cosas. Con ello la democracia deviene inevitablemente en una referencia tautológica, un eterno retorno a los criterios de identificación internos, que funcionan como exclusas de otros significados normativos posibles.

No obstante, dice Wittgenstein la elección entre diversas alternativas posibles, como cuando definimos la democracia, afirma una forma de vida y excluye otra, por eso es una cuestión política. Las teorías normativas disocian la valoración de los procedimientos democráticos de la evaluación del sistema que les sirve de premisa que es una valoración externa del derecho en su conjunto. El derecho, la moral y la política (los grandes problemas prácticos de la democracia), como dice Manuel Peces-Barba, no pueden disociarse pero tampoco pueden identificarse¹⁵⁷. Que la libertad política sea un principio jurídico no quiere decir que sea un estado de necesidad normativo. Suponer su identidad conlleva inevitablemente al totalitarismo.

Contrario sensu, las teorías normativas parecen no advertir que la crisis del derecho es resultado de la separación absoluta entre política y moral, que funciona como criterio de identificación del sistema jurídico. La crisis del estado de derecho, como crisis expresiva, vendría a ser una crisis de la politicidad de la ley, de su fuerza como criterio de identificación normativa para poder sustentar el principio de obediencia.

1.2.5. La teoría comunicativa: la democracia como sentido del discurso

La teoría pragmática explica cómo se justifica y contrasta un enunciado normativo con su referente empírico, cómo valida su labor expresiva. Esta tarea puede tener dos caminos¹⁵⁸, o pone al enunciado en relación con el hecho que refiere para encontrar su significado en el sistema de interpretación al que pertenece, o pone en relación al enunciado y a su sistema de

¹⁵⁷ Peces-Barba, *Op. cit.*, *supra* nota 151.

¹⁵⁸ Los dos caminos se explican aquí en términos analíticos: 1. Significado como *denotación, extensión o designación*: el significado dentro del sistema, que los lógicos hacen coincidir con su referente. 2. Significado como *connotación, intención o significación*: el significado sólo puede ser comprendido plenamente si se asocia con el sistema de significación en el que está compuesto.

interpretación (los métodos y aparatos con que los enunciados son verificados) con las condiciones extra lingüísticas, empíricas, que los hacen posibles.

Jürgen Habermas, heredero de la Escuela de Frankfurt, escuela filosófica que ofreció una crítica a toda teoría donde la pretensión de validez de la norma es cognitiva¹⁵⁹, rebasó los marcos de interpretación interna del sistema jurídico para situarse en la valoración de las condiciones extra sistémicas del derecho como hecho discursivo.

Habermas subraya la imposibilidad de derivar la validez de la norma sólo de su carácter sistemático ya que la norma es un producto temporal que formaliza y sanciona relaciones de poder «que se establecen en el orden comunicativo» que proporciona el marco de interpretación y significación del actuar político¹⁶⁰. El sistema discursivo de acción política que encarna el derecho se inserta en los contextos de acción del mundo de la vida de muchas formas. Como dato empírico, el acto comunicativo representa la categoría de mediación entre los procedimientos jurídicos y el mundo de la vida, así como la condición de posibilidad de valoración de la norma y del orden jurídico al que pertenece.

Habermas considera que los sistemas políticos son sistemas discursivos abiertos, la creencia en la legalidad o la amenaza de la fuerza hacen perder al derecho racionalidad interna como modelo cognitivo¹⁶¹. La obediencia al derecho no podría lograrse mediante la coacción sino que tendría que demostrarse en cada caso concreto, como lo sugiere Ángel Oquendo, mediante procedimientos argumentativos¹⁶².

El discurso jurídico como fuente de validez, sería un razonamiento dialógico que no estaría presidido por el razonar individual del intérprete, sino por argumentos intersubjetivos¹⁶³. **El discurso jurídico es, según Robert Alexy «(...) un género de razonamiento que puede ser pronunciado ante cualquiera y sin necesidad de recurrir a la coacción o a la mera autoridad»¹⁶⁴.**

Según Habermas, la moral estaría instalada en el derecho debido a su

¹⁵⁹ Sobre la escuela de Frankfurt Cfr. Cohen, Jean y Arato, Andrew. *Op. cit.*, *supra* nota 2. p. 399.

¹⁶⁰ Habermas, Jürgen. *Op. cit.*, *supra* nota 31. p. 369-403.

¹⁶¹ Cohen, Jean y Arato, Andrew. *Op. cit.*, *supra* nota 2. p. 563.

¹⁶² Oquendo, Ángel R. *Op. cit.*, *supra* nota 3. p. 44.

¹⁶³ Cárdenas Gracia, Jaime. "Hacia un cambio en la cultura jurídica nacional". En: *Revista Latinoamericana de Derecho*. Año IV, Num. 7-8, enero-diciembre de 1997. p. 148

¹⁶⁴ Una buena exposición de la teoría de la argumentación de Robert Alexy en: Atienza, Manuel. *Las razones del Derecho. Teoría de la argumentación jurídica*. México, Instituto de investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005. p. 149-202.

naturaleza procedimental, la noción de ética discursiva se escindiría de sus contenidos y se colocaría en los procedimientos para la formación de contenidos posibles¹⁶⁵. El acto jurídico tendría el sentido de insertar en los discursos políticos y sociales una «justicia procedimental cuasi-pura» que no se detiene en la lógica interna de la argumentación sino que está construida conforme una *ius communicationis* que le permite producir decisiones con fuerza jurídica¹⁶⁶.

Según Oquendo, la validez del derecho dependería de las condiciones internas de los procedimientos mediante los cuales fue producido, del cumplimiento de estos de una «ética discursiva» que asimile la corrección de la norma, no a juicios morales o procedimientos sistemáticos, sino a condiciones empíricas de equidad comunicativa para la formación de la voluntad popular¹⁶⁷.

Sin embargo, la validez del acto comunicativo con fuerza jurídica está determinada por su facticidad como acto político. Esto incorporaría, de acuerdo con Habermas, dos niveles del lenguaje en el concepto de derecho: como acto comunicativo orientado a la validación del objeto y como acto político dirigido a su apropiación.

La noción del derecho como poder comunicativo se entrecruzaría en el espacio público con un poder generado mediante el dominio, como dimensiones del proceso comunicativo que responden a necesidades contradictorias en el orden social, pero que de acuerdo con Cohen y Arato, se encuentran entrelazadas en el Estado una como condición de la otra¹⁶⁸.

En esta concepción, la democracia sería el resultado de un proceso intersubjetivo de autodeterminación cuyo paradigma procedimental sería el diálogo y la argumentación¹⁶⁹. La validez del derecho se mantendría vinculada al carácter democrático del procedimiento de su génesis¹⁷⁰, lo que otorgaría al Estado democrático la fuerza necesaria para garantizar: la autonomía privada y política del ciudadano, la justicia procedimental interna, así como presupuestos comunicativos destinados a la formación de una opinión pública independiente

¹⁶⁵ Cohen, Jean y Arato, Andrew. *Op. cit.*, *supra* nota 2. p. 559

¹⁶⁶ Habermas, Jürgen. *Op. cit.*, *supra* nota 31. p. 247

¹⁶⁷ Oquendo, Ángel R. *Op. cit.*, *supra* nota 3. p. 43.

¹⁶⁸ Cohen, Jean y Arato, Andrew. *Op. cit.*, *supra* nota 2. p. 609

¹⁶⁹ Habermas, Jürgen. *Op. cit.*, *supra* nota 31. p. 235

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 237.

y a la producción legítima de normas¹⁷¹.

La tarea de la ciencia jurídica, en la perspectiva de Habermas, sería la reconstrucción de la práctica jurídica desde el punto de vista de las restricciones que los procesos comunicativos ofrecen en el orden jurídico a la ética discursiva¹⁷². Esta tarea democrática no consistiría solamente en hacer una crítica de la norma a partir de la lógica interna del sistema, sino en hacer una crítica de la norma, tanto en el nivel empírico de producción lingüístico como en el nivel de su validez como discurso intersubjetivo, considerados como condiciones extra sistémicas del derecho.

Pensar la democracia como acto comunicativo permitiría al investigador salir de la metafísica incorporada en el discurso jurídico que sirve como gramática para la interpretación del sistema y poner al derecho en relación con un dato «externo» que es el lenguaje y que tiene una metafísica independiente. Esto permitiría calificar a la norma como hecho expresivo de relaciones sociales, como parte de un sistema en el que el derecho se ostenta como paradigma procedimental.

La teoría comunicativa apuntaría a la construcción de una semántica de la democracia para asociar los procesos formales del sistema y su significado interno, con los procesos comunicativos que se producen en el orden de las relaciones sociales, políticas y económicas, que constituirían su sentido externo. En su capacidad de poner en contacto ambos órdenes discursivos residiría la capacidad de la teoría para vincular la validez del derecho con su obediencia.

No obstante estos acercamientos teóricos, la teoría del acto comunicativo no hace otra cosa que situarnos en el nivel de autoreferencialidad pura que proporciona el lenguaje, acto con el que el modelo de interpretación analítica llega a sus propios límites. El *logos* nos lleva al signo como último referente empírico, así como la teoría comunicativa nos lleva a la interpretación del orden discursivo como único referente de la democracia.

Es cierto que el orden lingüístico es un orden político con capacidad de iluminar las relaciones sociales. Sin embargo la justicia discursiva, como

¹⁷¹ Cohen, Jean y Arato, Andrew. *Op. cit.*, *supra* nota 2. p. 523

¹⁷² *Ibid.*, p. 560.

justicia procedimental pura que propone Habermas y que según él deviene en la cualidad fundamental del régimen democrático, carece de referentes empíricos en el orden de las relaciones políticas. Esto la convierte en un modelo abstracto universal que finalmente sólo proporciona una justificación interna al sistema.

La concepción procedimental de la democracia no produce un principio de justicia fuera del orden en el que está inscrita, en este sentido es solamente una premisa lógica del fenómeno político. Al recaer el fundamento de la democracia en un principio de identidad se repiten los errores del modelo lógico-analítico, lo que lo hace incapaz de advertir que el carácter político del orden discursivo revela su verdadera fuerza expresiva no por lo que dice sino por lo que calla.

La teoría comunicativa no toma en cuenta que toda determinación del sentido interno del discurso democrático, como discurso jurídico, lleva implícita la existencia de una elección anterior, que permanece oculta en la representación jurídica de la democracia, que se presenta en la forma de exclusión o violencia con respecto de las prácticas contradictorias en el orden social.

Si bien, la teoría comunicativa provee de una concepción de la democracia como resultado de un proceso de diálogo y argumentación, concepción con una enorme fuerza ya que permite concebir la democracia como autonomía y como un proceso cognitivo, su capacidad expresiva se detiene precisamente en el acto negativo, cuando en el orden de las relaciones sociales y políticas se dirimen interpretaciones contradictorias sobre el hecho o la regla y como resultado algunos tendrán que actuar contra sus propias razones. Es decir cuando la democracia actúa como un sistema de clausura.

1.2.6. La teoría posmoderna: La democracia como técnica disciplinaria

Karl Marx introdujo la primera noción fáctica del Estado como un objeto de transformación por parte de la sociedad. Marx pensaba que las instituciones jurídicas eran resultado de la acción de la sociedad civil, que aseguraban aquello que los actores sociales lograban en el orden político. En Marx la libertad es constituyente, no se puede deducir de principios universales sino

que se obtiene mediante rupturas, como lo demostraron diversos los movimientos sociales en los siglos diecinueve y veinte¹⁷³.

Esta línea de razonamiento, que marca la pauta de estudio de los fenómenos jurídicos como fenómenos políticos fue adoptada por la teoría posmoderna del Estado, pues para esta tampoco existe una relación de necesidad lógica entre la realidad y sus códigos de representación, sino una relación ontológica. La génesis del deber ser estaría en el orden del ser como magnitud política concreta y no como norma hipotética.

Sin embargo, a diferencia del marxismo, la teoría posmoderna desarrolló una crítica de las categorías de la ciencia jurídica burguesa como técnica de control en la que el derecho privado provee el núcleo sólido de la argumentación¹⁷⁴. Esta crítica alude a una separación entre el mundo de vida y las estructuras epistémicas de conocimiento, ocurrida en el siglo diecisiete con el surgimiento la modernidad, en la que según Michel Foucault se habría roto el vínculo que une «las palabras y las cosas», que habría sido remplazado por un modelo de socialidad donde el individuo autónomo desaparecería disuelto en las estructuras de «*biopoder*».

Al escindir el signo y los significados, como consecuencia de la imposición del principio ontológico en las relaciones de poder, habría desaparecido también el sentido de lo social. El ejercicio del poder político se separaría de cualquier forma de validación discursiva y se expresaría como posesión y control de las técnicas de normalización de los modelos de vida. El sistema operaría como sistema de dominación mediante una determinación cognitiva en el nivel orgánico del sujeto, que haría del derecho una disciplina para formular enunciados válidos dentro de un contexto establecido y cuya sanción recaería en el uso de la fuerza.

Lo jurídico deviene según Michel Foucault en una disciplina de tipo «pastoral»¹⁷⁵, que integra las técnicas mediante las que se ejerce validamente el poder (el tabú, la ley, la censura, el límite, la obediencia y la trasgresión), orientando los temas del poder político no hacia su comprensión como técnicas

¹⁷³ Cfr. Abbagnano, Nicolás. *Diccionario de Filosofía*. México, Fondo de Cultura Económica, 1988.

¹⁷⁴ Atienza, Manuel. *Op. cit.*, *supra* nota 101. p. 244.

¹⁷⁵ Cohen, Jean y Arato, Andrew. *Op. cit.*, *supra* nota 2. p. 302.

de dominio sino hacia un simulacro de la legitimidad, la moralidad y la unidad del sistema.

De acuerdo con esta concepción la ley estaría colonizada por disciplinas reales, corpóreas, que constituyen el fundamento de las libertades formales, jurídicas¹⁷⁶, imbuidas de relaciones de poder que nada tienen que ver con la universalidad, unidad y equidad del sistema. La dimensión normativa del Derecho sería una técnica de normalización, un medio de producción de sentido dentro del contexto discursivo por sobre los significados reales de la experiencia. La disciplina jurídica estaría destinada a ocultar la dominación haciendo que parezca legítima.

El método de Foucault y la crítica posmoderna sería diverso a los que hasta ahora hemos revisado, pues empieza con el acto político singular no con el discurso universal, entiende las formas y procedimientos jurídicos como *techné* para la dominación¹⁷⁷, busca en su interpretación la representación de lo invisible, de las formas mediante las cuales el Estado se mantiene como sistema de poder. Esto le permite reconstruir al derecho como una técnica separada del principio soberanía política y de autodeterminación¹⁷⁸.

El derecho, como ocurre con el orden lingüístico, dice Giorgio Agamben, se presentaría como un sistema sin ninguna denotación real, como «una fuerza pura» que adquiere sentido cuando el discurso está en acto. El paso de lo semiótico a lo semántico, del derecho a la violencia, no sería de ningún modo una operación lógica sino política, arbitraria, que funciona como forma de suspensión de sentido, de de-semantización y suspensión de la praxis¹⁷⁹.

Entre violencia y derecho, como entre vida y norma, dice Giorgio Agamben, no existe ninguna articulación sustancial sino una relación de orden político¹⁸⁰. El axioma que identifica democracia con derecho, como sistema de validez para el uso de la violencia, carecería de sustento porque el poder, como observa Chantal Mouffe, no se detiene donde empieza la validez¹⁸¹. Por el contrario, el discurso democrático mostraría que no es posible eliminar la

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 237.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. 307.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 135

¹⁷⁹ Agamben Giorgio. *El Estado de excepción. Homo Sacer, II, I*. Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editora, 2004. p. 82

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 114.

¹⁸¹ Mouffe, Chantal. *Op. cit.*, *supra* nota 14. p. 160-178.

fuerza y la violencia de las relaciones sociales.

En esta perspectiva, la democracia en el orden de las prácticas discursivas, habría perdido su significación como «libertad, equidad y autodeterminación» de los sujetos autónomos en el orden público, para convertirse en un signo calificado como democrático gracias a un ocultamiento de lo real. La democracia sería la institucionalización de un modelo de vida fundado en un principio de soberanía, que funciona como axioma para el ejercicio de la violencia, pero que está desligado de la formación de sentido en el mundo de la vida.

Esta concepción del derecho pondría a la democracia contra la pared. Si el derecho es una técnica política para escindir el mundo de las representaciones de la experiencia real y separar al sujeto de su praxis, no existe otra posibilidad de democracia en el orden social si no es como fórmula para la identificación de las formas de dominación política con las técnicas de formación de sentido y legitimación de la dominación, lo que significaría la destrucción del sentido interno de la democracia.

El carácter cerrado de la racionalidad jurídica contemporánea, señalan Cohen y Arato, pondría a la democracia frente la irracionalidad del fenómeno político, que se escinde cada vez más de los principios para situarse en un espacio de arbitrariedad y sinsentido, resultado de la desnormativización de la legalidad» en la praxis de las sociedades modernas y la separación de la política de la vida cotidiana de los ciudadanos¹⁸².

En este sentido la crítica posmoderna ha abierto un importante camino para avanzar hacia la reconstrucción de la democracia en el orden político, como fenómeno jurídico y social. Este camino tendría como perspectiva la crítica de la democracia como fenómeno jurídico y su reconstrucción como forma de dominación política en el mundo de la vida.

1.2.7. La concepción de derecho democrático que opera en este trabajo.

La revisión dogmática, hermenéutica y ontológica del concepto de democracia que se ha realizado en este capítulo y en especial en la última sección ponen al

¹⁸² Cohen, Jean y Arato, Andrew. *Op. cit.*, *supra* nota 2. p. 402

descubierto las directrices de este trabajo en términos metodológicos y teóricos. Se trata aquí de la reconstrucción del derecho en la democracia como una técnica de dominación a partir de la crítica de los principios de sentido que permiten identificar a la democracia con una forma de concebir y de producir el derecho en las sociedades del siglo veintiuno.

Como hemos visto, cada una de las distintas formas de concebir el derecho supone distintas formas de entender la democracia y, de cierta manera, expresan una parte del universo del fenómeno democrático, que al mismo tiempo excluye a las demás interpretaciones de la democracia. Las teorías jurídicas positivistas y realistas suelen incluir sus cualidades formales, como fenómeno jurídico, judicial o sociológico, de modo que dan cuenta de los rasgos para el funcionamiento, pero excluyen los vínculos normativos que permiten darle validez al sistema jurídico, como sistema discursivo y como principio de fuerza.

Las teorías normativas por su parte, se inclinan por una concepción del derecho más acorde con los significados de la democracia, así como del principio de autonomía, como es la protección de ciertos valores y principios del régimen democrático liberal, como la garantía de los derechos humanos, civiles y políticos o la defensa de la igualdad y la justicia social; sin embargo sus alcances no dejan de estar dentro de los contornos de la perspectiva interna del derecho, y soslaya que lo normativo está subsumido dentro de un sistema de dominación que funciona como criterio de identidad.

Las teorías discursivas, permitirían un acercamiento normativo del derecho que ilumina muchos de los aspectos cruciales de la democracia, no sólo desde el punto de vista material como un proceso discursivo de autoentendimiento, de carácter intersubjetivo, que vincula a la sociedad y al Estado sino también desde un nivel reflexivo, como una forma de vincular los procesos de formación del derecho con una ética del acto lingüístico, que sienta las bases para que los procesos discursivos se realicen conforme con criterios democráticos.

Sin embargo la concepción discursiva carece de una referencia discursiva externa que permita realmente vincular los procesos discursivos en el orden de las relaciones sociales con los procesos discursivos en el orden jurídico. Al

recaer el fundamento del derecho en el principio de identidad repite los mismos errores del modelo lógico-analítico, no advierte que el orden discursivo revela su verdadera fuerza expresiva por lo que calla y no por lo que dice, como la huella de una elección anterior que permanece oculta en la representación jurídica de la democracia, que se presenta en la forma de violencia hacia las prácticas contradictorias en el orden social.

En este sentido, la concepción del derecho que se sostiene en este trabajo es el producto del fenómeno de la escisión en los regímenes contemporáneos, entre los significados normativos de la democracia y los significados de la experiencia política democrática como concepto ontológico, como lo han descrito y estudiado las teorías posmodernas.

En esta labor nos serviremos del método hermenéutico¹⁸³, de la interpretación y argumentación, como medio para conocer la validez del derecho. La norma democrática se miraría desde dos niveles: un nivel dogmático, donde los derechos políticos se encuentran en un orden de descripción e interpretación ligado al sistema¹⁸⁴; y un nivel hermenéutico, donde los significados de los derechos políticos se valoran a la luz de la crítica de los esquemas de interpretación en que están inscritos como fenómeno político e histórico externo.

Se pretende valorar el contexto jurídico de la democracia no sólo conforme a sus fuentes formales, su aplicación y sus significados (su semiosis), sino también conforme a su capacidad para descubrir y descifrar las relaciones de dominación que subyacen a la particular forma de justificación del modelo jurídico liberal.

Esta valoración supone hacer visibles las huellas del poder y la exclusión presentes en el sistema, así como los obstáculos de sentido que impiden al sujeto político y social entrar dentro del terreno de la controversia jurídica¹⁸⁵; revelar al intérprete del derecho como un sujeto político que se decide entre posibles alternativas de uso e interpretación jurídicas que se presentan como fuente de sentido de su praxis; reconocer que el discurso jurídico adquiere

¹⁸³ Cárdenas Gracia, Jaime. *Op. cit.*, *supra* nota 162. p. 152

¹⁸⁴ Cohen, Jean y Arato, Andrew. *Op. cit.*, *supra* nota 2. p. 488

¹⁸⁵ Cárdenas Gracia, Jaime. *Op. cit.*, *supra* nota 162. p. 202.

relevancia en el sistema, no por lo que dice, sino por lo que hace con el sujeto político.

Se busca demostrar que el vínculo que une la norma democrática con su significado en la sociedad liberal no es necesario, ni contingente o indeterminado, sino que es político; lo que quiere decir, de acuerdo con José Ramón Cossío, que las definiciones descansan en la distribución, conservación y transferencia de relaciones de poder, expresadas en la capacidad de cada uno de los actores sociales para imponer o determinar los contenidos del derecho y obtener una legitimación de los mismos¹⁸⁶. Esto incluye la consolidación de espacios donde se ejerce un contrapoder que busca legitimarse y ser reconocido como espacio público de la sociedad civil¹⁸⁷.

Para ello es necesario romper el círculo vicioso que identifica los usos y hábitos del modelo discursivo democrático con una forma de vida en particular y colaborar en la formulación de los argumentos para fundamentar, no la muerte de la democracia, sino su inexistencia.

Esta labor hermenéutica no estaría completa, si no buscara también orientar al derecho hacia los confines en los que recaen los principios últimos de identidad del sistema democrático, así como los criterios de su validación y sobrevivencia. En este sentido se busca en este trabajo la reflexión en torno a un concepto de derecho abierto a los significados producidos en las relaciones entre los sujetos sociales, así como hacia los significados del hecho político singular. Tarea que en este caso supone el redescubrimiento jurídico de la experiencia democrática negativa para la construcción de una nueva forma de pensar la norma democrática con base en el principio de autonomía y no el de obediencia, así como colaborar en la invención de las palabras que lo signifiquen¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Cossío D., José Ramón. *Op. cit.*, *supra* nota 24. p. 27

¹⁸⁷ Cohen, Jean y Arato, Andrew. *Op. cit.*, *supra* nota 2. p. 495.

¹⁸⁸ Mouffe, Chantal *Op. cit.*, *supra* nota 14. p. 191.

CAPÍTULO SEGUNDO

HERMENÉUTICA DE LA NORMA DEMOCRÁTICA PRINCIPIO DE AUTONOMÍA O PRINCIPIO DE OBEDIENCIA (Conciencia moral o voluntad de poder)

En este capítulo se hace una reinterpretación de la democracia como concepto normativo, se reflexiona en torno de los principios que han servido como base para la interpretación normativa del modelo liberal, a su vinculación con la democracia en el Constitucionalismo contemporáneo y a los escenarios posibles para la democracia en el contexto teórico y político del siglo veintiuno. Con esto se pretende delinear las perspectivas que el modelo de democracia liberal tiene en el futuro.

Para quien esto escribe, como lo hemos visto en el capítulo anterior, la democracia puede expresar experiencias democráticas diversas e incluso contradictorias de acuerdo con las diferentes formas de articulación de la norma con los procesos políticos del sistema y al modelo de interpretación que se recurra. En este sentido, en este capítulo se ponen a debate las contradicciones que existen entre las dos grandes perspectivas teóricas de las ciencias sociales sobre la democracia liberal contemporánea, la normativa y la realista, en las que se destacan los elementos contradictorios que desvirtúan el principio democrático como principio moral y lo convierten en un instrumento de justificación de un régimen, en el que el bien privado tiene primacía como principio de publicidad.

Para avanzar hacia ese propósito se recurrirá a una reinterpretación de la tesis expuesta por Jürgen Habermas en su texto *«Tres modelos normativos de la democracia»*¹, que plantea la existencia en la teoría político-jurídica de sendos tipos de norma democrática. La interpretación de los modelos normativos de la democracia de Habermas presenta tres formas de comprender la democracia, que son tres concepciones de la relación entre sociedad y Estado que corresponden con diferentes formas de articulación de lo jurídico.

De acuerdo con la exposición de Habermas, estos tres modelos normativos seguirían un camino lógico-formal ascendente, en el que la democracia liberal se colocaría a la mitad del camino entre la concepción estatalista de la democracia, centrada en la homogeneidad social y la unidad del sistema, y la concepción participativa que buscaría la construcción de puentes y/o vínculos discursivos entre la sociedad civil y el Estado. La concepción liberal sería en este sentido, una fase, o si se quiere un mal menor, en el movimiento de la historia, hacia la construcción de vínculos discursivos y participativos que den fundamento racional a la norma desde una perspectiva republicana.

La interpretación que aquí se presenta del modelo liberal democrático parte de dos fuentes: la primera de ellas es normativa, como un resultado de la conciencia moral de la modernidad, que busca aún construir instrumentos para representar la libertad y la igualdad. La otra perspectiva es la realista, como un producto jurídico-político de carácter histórico como democracia real, (parafraseando el concepto de «socialismo real» usado para caracterizar a los países de la esfera soviética).

En el primer apartado se hará una revisión normativa del modelo de soberanía política liberal, sobre cuyos principios se encuentra asentado el deber de obediencia en el régimen democrático contemporáneo, así como el sistema de dominación capitalista. Se trata de conocer los principios y el funcionamiento del modelo de soberanía en la República, a través de una revisión del contexto normativo sobre el cual descansa la norma democrática.

¹ Habermas, Jürgen. "Tres modelos normativos de democracia". En. Habermas, Jürgen. *La inclusión del otro*, Barcelona, Paidós, 1999. Ver también: Velasco Gómez, Ambrosio. "¿Qué Democracia para qué nación? Reflexiones desde la Filosofía Política", en Bejar, Raúl Y Rosales, Héctor. *La Identidad nacional mexicana como problema político y cultural*. México, Siglo veintiuno editores, Universidad Nacional Autónoma de México, 1999. p. 202-222.

En el segundo se presentará la perspectiva «realista» de la democracia liberal, tanto en su configuración interna como en su interpretación por parte de la teoría. Como parte de la democracia realmente existente, se presentará al Estado social como la forma privilegiada que adopta la dominación capitalista en las sociedades contemporáneas.

Esta doble definición nos servirá como la base sobre la que se pueden desarrollar dos modelos distintos de democracia, cada uno de los cuales representan cualidades o características distintas y contradictorias que vienen insertas dentro del propio modelo de democracia-liberal, que crean dos futuros excluyentes, y dos posibles interpretaciones del modelo de democracia liberal.

Una de ellas se abordará en el tercer apartado es la que brinda la democracia «participativa», que tiene un carácter normativo y donde la participación política ciudadana es el presupuesto de la autodeterminación y la soberanía no se transfiere al gobierno como algo que le es propio sino que se mantiene siempre en manos de la sociedad civil, según David Held, como presupuesto de la formación democrática de la voluntad política de la comunidad, es decir, de autonomía y autodeterminación².

La otra lectura de la democracia es una lectura formalista y estatalista. En ella la democracia aparece subordinada a la voluntad de poder como un factor de homogeneidad e identidad interna (ficticia) entre el Estado y la sociedad. Esta lectura concentra su atención en la intervención excepcional del Estado, que tiene un carácter estratégico para asegurar la dominación y que se acepta sin reservas para asegurar una noción de bien común excluyente de otras formas de vida.

Siguiendo estas premisas se valorará cada uno de los modelos conforme a sus implicaciones internas en el orden jurídico institucional, así como a los significados materiales que produce en el orden de la sociedad civil y las relaciones sociales. Asimismo se pondrán en confrontación los fundamentos teóricos y normativos de cada uno de ellos, para exponer sus debilidades internas y resaltar sus aspectos críticos. Se pondrá especial atención en la configuración de los derechos políticos para cada uno de los modelos para contrastar los postulados considerados como principios en sentido material, a

² Cfr. Held, David. *Modelos de democracia*. Madrid, Alianza Universidad, 1993. p. 98.

la luz del modelo de organización político-constitucional de Estado que producen³.

Se busca sacar a la luz los elementos que influyen en la configuración del modelo de democracia liberal existente, como un modelo de dominación, no sólo en un sentido descriptivo sino a partir de una hermenéutica que desvincule los conceptos internos de la democracia de los significados en la práctica social, así como de sus fundamentos normativos. En este contexto se iluminarán las condiciones y contradicciones internas y externas de la democracia que determinan en el paso del liberalismo hacia cualquiera de los modelos previstos.

2.1. LA SOBERANÍA POLÍTICA LIBERAL COMO BASE DE INTERPRETACIÓN DE LA DEMOCRACIA. UNA LECTURA NORMATIVA DEL LIBERALISMO.

2.1.1. La soberanía política en el Estado moderno

La soberanía política moderna fue resultado de la ruptura del orden social medieval estratificado en relaciones de servidumbre, así como de la separación Iglesia-Estado como modelo de derecho que supuso la confinación de la moral al ámbito privado. Esto otorgó a la libertad individual un status moral autónomo que sirvió como punto de partida para la formación un espacio político público.

La República liberal, como lo describe David Held, ofreció una nueva forma de pensar los problemas del ejercicio del poder político en el capitalismo. Obras como «La Política» de Maquiavelo o «La soberanía» de Jean Bodin llevaron al iusnaturalismo a centrar su atención en las causas de justificación de la autoridad, a mirar el poder político como un ejercicio dotado de justificación, lectura sobre la que se desarrolla una teoría del «uso legítimo del poder político»⁴ que concibe al espacio público, según lo define Michellangelo Bovero,

³ Se consideran como elementos internos indispensables del Estado constitucional: Estado de derecho (primacía de la ley, sistema jerárquico de normas, examen de la constitucionalidad, carácter abierto), protección de los derechos humanos, equilibrio de poderes, derechos políticos electivos y participativos y protección del pluralismo social.

⁴ Held, David. *Op. cit.*, *supra* nota 2. p. 21-24.

como un «verdadero principio de organización» que realmente produce los significados de la organización social y la comunidad política⁵.

Entre las cuestiones centrales de esta orientación del pensamiento político está la preocupación por el papel de la sociedad en la formación del poder soberano, tema presente en las dos tradiciones que confluyeron en la idea de soberanía política de la modernidad, la tradición legalista o formalista, y la tradición historicista o *common law*, que tienen una larga historia de encuentros y desencuentros.

Ambas perspectivas surgieron como respuesta a la concepción ontológica de la soberanía política que prevalecía en los regímenes absolutistas de la Edad Media, caracterizados por la concentración de las atribuciones sobre la vida, posesiones, creencias y obligaciones de los súbditos, en una sola persona. Esto condujo, según Gwenaël Le Brazidec, a un régimen centralizado cuyo titular se apropiaba de los poderes constituidos y no concedía a la sociedad ninguna potestad para ejercer funciones políticas⁶.

En ambas perspectivas, señala Kelsen, tal como fue expuesto por Rousseau, lo público como espacio normativo se desdobló en dos sujetos autónomos: la autoridad, obligada por el derecho, por un lado, y la sociedad civil como voluntad autónoma, por el otro⁷. La soberanía política moderna se orientó en sus inicios hacia la desconcentración del ejercicio del poder, la reafirmación del autogobierno y el aseguramiento de las esferas de libertad individual por medio del derecho. La *Res publica* fue entendida como el régimen en el que, independientemente del tipo de gobierno que lo encabeza⁸, donde existía una asamblea de representación de los intereses sociales, como forma de validación de una «forma de ejercicio compartido del poder»⁹.

⁵ Bovero, Michellangelo. "El modelo hegeliano-marxiano". En: Bobbio, Norberto. *Sociedad y Estado en la filosofía moderna*. México, Fondo de Cultura Económica, 1986. p. 170.

⁶ Le Brazidec, Gwenaël. "Régimen representativo y democracia directa: hacia la participación política de los ciudadanos". En: Concha Cantú, Hugo. *Sistema Representativo y democracia semidirecta*. México, Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

⁷ Kelsen, Hans. *Teoría General del Derecho y el Estado*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1995. p. 302.

⁸ En Inglaterra, la lucha contra el absolutismo opuso al monarca, la voluntad y el interés de una clase aristocrática y propietaria, "habilitada para querer en nombre propio con el control de la actividad económica" En Francia, al Rey no sólo se le opuso la asamblea del Tercer estado, sino una nueva justificación para el ejercicio de las relaciones políticas: el autogobierno mediante la ley. Cfr. Zagrevelsky, Gustav. *El derecho Dúctil. Ley, derechos y justicia*. Madrid, Trotta, 2003. p. 55.

⁹ De la Cueva, Mario. "La idea del Estado", en Miranda, Angélica, *et al. Teoría Constitucional I*. México, Universidad Autónoma Metropolitana, 1997. p. 39.

La existencia de dos tradiciones jurídico-políticas supuso también surgimiento de dos nociones de soberanía: la «soberanía popular», en la que el Estado está «comisionado» para la aplicación de la voluntad inalienable del pueblo, que es la protección de la libertad individual y los derechos fundamentales, y la «soberanía nacional» que delega en los poderes constituidos, en palabras de David Held, «la autoridad suficiente para definir lo qué es el derecho»¹⁰.

Para la tradición historicista, como Mauricio Fioravanti¹¹ denomina a la tradición jurídica del *common law*, la «soberanía popular» no es resultado de una hipótesis formal o abstracta sino producto de la acción concreta de la sociedad, y, en este sentido, una consecuencia necesaria del derecho privado. En el siglo dieciocho, John Locke ofreció los rasgos distintivos del modelo de «Estado de derecho» característico de esta tradición, donde el que derecho emana de los ciudadanos y se orienta a garantizar el ejercicio de sus libertades.

Esta perspectiva produjo una noción de la soberanía, no como una entidad trascendente sino como un gobierno equilibrado entre fuerzas sociales, conformado por individuos que fundan sus relaciones en un esquema de *liberty and property*. Esta concepción de soberanía fue la base ideológica sobre la que se construyó la independencia política en los Estados Unidos

La perspectiva formalista, que se origina en la metafísica de Emmanuel Kant y culmina en el *legicentrismo* francés, dio como resultado un modelo abstracto de «soberanía nacional» en el que la autoridad no era el resultado de la acción política de la sociedad sino el efecto de una premisa racional y legal, que es la presunción de la autonomía moral del individuo y la existencia del pueblo como unidad política. La idea kantiana del bien común tuvo una enorme influencia en la concepción liberal del Estado de derecho, como una máxima que se funda *a priori* sobre los principios «que la razón pura dicta para el derecho de los hombres»: la libertad de cada miembro de la *societas* en cuanto hombre, la

¹⁰ Held, David. *Op. cit.*, *supra* nota 2. p. 401.

¹¹ Fioravanti, Mauricio. *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones* Madrid, Editorial Trotta, 1999. 2000.

igualdad de cada uno con todos los demás en cuanto súbditos, la autonomía de cada miembro de una comunidad en cuanto ciudadano¹².

En la tradición legicentrista la soberanía fue reconducida hacia los poderes constituidos, como órganos que remiten a un poder que los precede y justifica, un poder que es premisa de la soberanía nacional, cuya formulación abstracta no recaería en la sociedad o la acción social sino en el individuo y el pueblo como entidades trascendentes. En este contexto discursivo, el abad de Syeyes traspoló los conceptos de la teología cristiana al dominio político-público para definir la «soberanía nacional», como una entidad única e indivisible, despojada de todo sentido que la vincule tangiblemente con la sociedad, que justifica y favorece la actuación autónoma del representante y la autoridad, como depositarios de la soberanía.

El ideal de soberanía moderno expresado como «autogobierno mediante las leyes», dice Manuel Aragón, fue el punto culminante del pensamiento racionalista ilustrado que dio las bases al liberalismo para presumir que el ejercicio del poder y la fuerza se habían transformado en un poder legítimo, a través del Estado de derecho¹³. Sin embargo, como lo analiza Zagrevelsky, cada una de dos tradiciones produjo concepciones distintas del Estado de derecho. En la tradición de *common law*, el *rule of law* representaba la primacía de los derechos sobre la ley; en el modelo legalista, el *rechtsstaat*, representaba la primacía de la ley sobre los derechos:

El *rule of law* se orienta por la dialéctica del proceso judicial, (...); el *Rechtsstaat*, se reconduce a un soberano que decide unilateralmente. Para el *rule of law*, el desarrollo del derecho es un proceso inacabado históricamente siempre abierto. El *Rechtsstaat*, por cuanto que es concebido desde un punto de vista iusnaturalista tiene en mente un derecho universal y atemporal. Para *rule of law* el derecho se origina a partir de experiencias sociales concretas. Según el *Rechtsstaat* por el contrario, el derecho tiene la forma de un sistema en el que a partir de premisas se extraen consecuencias, *ex principiis derivaciones*. Para el *rule of law* el estímulo para el desarrollo del derecho proviene de la constatación de la insuficiencia del derecho existente, es decir, de la prueba de su injusticia en el caso concreto. La concepción del derecho

¹² Kant, Immanuel. "Über den Gemeinpruch...". Citado en: Böckenförde, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*. Madrid, Editorial Trotta, 2002. p. 21

¹³ Aragón, Manuel. *Constitución, democracia y control*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002. p.117.

que subyace al *Rechtsstaat* tiene su punto e partida en la justicia abstracta.¹⁴

Ambas tradiciones, la historicista y la formalista insertaron en el régimen liberal moderno el germen de dos modelos de derecho contradictorios, que apuntan hacia dos tipos excluyentes de democracia y praxis contradictorias de la misma. Sin embargo la consolidación del modelo de soberanía política en la forma de una República, en los siglos diecinueve y veinte, en la mayoría de los países de Europa Continental y de América, significó la estabilización de las premisas de su funcionamiento, lo que hizo necesario situar la política en la auto-referencia estatal.

En este sentido, la influencia de la tradición legicentrista, que colocaba al Estado como el centro de su interpretación, se dejó sentir con mayor fuerza que la tradición historicista, que otorgaba un mayor peso a la acción del sujeto social, en la configuración del Estado de derecho liberal. La soberanía cada vez más se vio asociada a la regularidad y la certidumbre que proporcionaban las leyes al funcionamiento del modelo, por lo cual adquirieron un lugar privilegiado en la definición del espacio público. La seguridad jurídica, que excluye la acción arbitraria, se alzó como valor central del sistema, con ello la estructura discursiva de la soberanía liberal se agotó en las definiciones del Estado soberano¹⁵ y restringió al máximo la capacidad de participación de la sociedad en tanto que magnitud política ciudadana cuya acción independiente, explica Ernst Wolfgang Böckenförde, se recondujo hacia los procedimientos legitimados por la Constitución¹⁶.

La constitucionalización de la soberanía se tradujo en la definición de las fórmulas y procedimientos necesarios para cambiar la Norma Fundamental, las bases para su interpretación y para fijar la validez de la ley, así como los procedimientos para distribuir y asignar el ejercicio del poder. La Constitución moderna positivizó una forma concreta y limitada del *pactum associationis* (las reglas legales de formación de la voluntad soberana), pero la condicionó al *pactum subjectionis*, la obligación de obediencia norma, sin ofrecer una fundamentación normativa para ese propósito.

¹⁴ Zagrevelsky, Gustav. *Op. cit.*, *supra* nota 8. p. 26

¹⁵ Cfr. Fioravanti, Mauricio, *Op. cit.*, *supra* nota 11. p. 51

¹⁶ Böckenförde, Ernst Wolfgang. *Op. cit.*, *supra* nota 12. p. 170.

La primacía del modelo de Estado de derecho legalista generó también, según Javier Ruipérez, la contradicción en el seno del Estado liberal entre la concepción del derecho como principio de validez y la que lo concibe como medio de legitimación: o bien se considera que la Constitución, como expresión de la voluntad constituyente, es la ley suprema «de suerte que todos los poderes del Estado le deben sus facultades y se encuentran obligados a su cumplimiento», o se acepta que el cuerpo legislativo, del cual procede la Constitución, es el órgano soberano y por tal motivo el derecho queda a su merced, «lo que significa relegar la Constitución a la condición de una ley ordinaria»¹⁷.

Con base en los aspectos prácticos de esta perspectiva, proporcionados por la sociología jurídica, los rasgos y alcances del Estado moderno fueron definidos de acuerdo con la capacidad del Estado para poner en relación los medios y los fines del sistema, como una función autónoma. En este sentido, independientemente de que el discurso jurídico se dirija a afirmar una forma de ejercicio poder, la función de lo jurídico en el modelo liberal, según lo apuntan Jean Cohen y Andrew Arato, ha consistido en hacer del poder un derecho o una atribución del sistema y fijar una forma de legitimación de su ejercicio¹⁸.

La aparición del derecho como técnica de representación de las relaciones sociales produjo la escisión entre el ejercicio del poder y su legitimación. La idea de una voluntad unificada se hizo posible sólo en la forma mistificada de leyes abstractas y generales, mediante una operación que excluía, en un contexto social de mayor diferenciación y pluralidad, a todos aquellos sujetos e intereses no susceptibles de identificación con el principio universal. En este sentido, la praxis liberal avanzó hacia una concepción voluntarista de la legalidad, donde la revitalización de la ley es la expresión de la consolidación del poder político como una atribución absoluta.

En este sentido, el modelo de soberanía política liberal como fórmula jurídica ha devenido, siguiendo a Michel Foucault, en un sistema jerarquizado de atribución de obligaciones generales, acompañado por un conjunto de

¹⁷ Ruipérez, Javier. *El constitucionalismo democrático en los tiempos de globalización*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. 2005. p. 118.

¹⁸ Cohen, Jean y Arato, Andrew. *Sociedad civil y teoría política*. Fondo de Cultura Económica, México, 2002. p. 301

subsistemas de micropoder de orden discursivo y biológico, que actúan sobre el sujeto. Sistema en el que la representación política expresaría una hipotética voluntad común como base de la soberanía política, mientras que las disciplinas proporcionarían la garantía de sumisión de las fuerzas sociales y los cuerpos individuales al sistema.

2.1.2. Génesis y práctica de la democracia como concepto normativo

La inclusión de la democracia en el modelo constitucional de soberanía política es reciente, se produjo en los últimos ciento cincuenta años como resultado de la universalización de los derechos políticos. Antes, la democracia no tenía la misma valoración positiva de la que hoy goza en el constitucionalismo, la filosofía política liberal había opuesto a ésta el modelo de régimen republicano como un gobierno controlado, tal como lo habían sustentado los constitucionalistas norteamericanos y lo habían expuesto autores utilitaristas como Jeremy Bentham o John Stuart Mill.

La inclusión de la democracia como componente la de soberanía política liberal fue un fenómeno que respondió a diversos factores, que pueden resumir en lo que Hannah Arendt denominó la «irrupción de lo social», es decir en el crecimiento y complejización de los intereses de los diferentes sectores de la sociedad, que por su propia fuerza han ido apareciendo en el espacio público como un problema o un desafío para la comunidad política y cuya importancia en la organización social ha obligado a reconocerlos o diferenciarlos jurídicamente.

Con la democracia por vez primera todos los seres humanos tuvieron voz en la comunidad política, al menos como una presunción de hecho, lo que configuró un principio sustancial que podía hacer equivalentes a la comunidad política y a la comunidad humana. La universalización de los procedimientos de nombramiento de los representantes en el régimen se expresó en una apertura del concepto de comunidad política, en la que la democracia, como lo sugiere Hannah Arendt, actuó como un «método articulador de la competencia por el poder», un sistema que tenía como objeto controlar los procesos de «concentración y difusión del poder» en el sistema.

La democracia absorbió los significados de la soberanía y el Estado de derecho, como resultado de la reformulación de la República a la luz del principio democrático, centrada en el carácter universal de los derechos humanos. La autonomía privada de los destinatarios del derecho, dice Habermas, sirvió como premisa de su autonomía política lo que permitió considerarlos como autores del orden jurídico al que prestaban obediencia¹⁹.

La enunciación constitucional del principio democrático se proyectó como un ideal con consecuencias en todos los niveles del sistema. La democracia se convirtió al mismo tiempo en una categoría del ser y del deber ser que adoptaba un compromiso a la vez valorativo y descriptivo del derecho que produce y las instituciones que caracteriza. Como categoría del ser, según lo expone Giovanni Sartori, se expresó en la existencia de procedimientos políticos universales para tomar las decisiones fundamentales, como categoría del deber ser caracterizó a una comunidad que reconoce la pluralidad social, la igualdad material y la consideración hacia todas las formas de vida²⁰.

Como expresión sustantiva la democracia se convirtió en un principio de validez que vinculaba la obediencia del derecho con el carácter universal de su producción, lo que generó nuevos significados materiales y un nuevo contexto explicativo de los usos políticos. Sin embargo, en un sentido adjetivo la democracia se mantuvo dentro del modelo de soberanía política liberal, de modo que la praxis de autodeterminación de los ciudadanos quedó institucionalizada. La forma de la soberanía política, como lo sostiene Sartori, no permitió oponer derecho y democracia²¹, de modo que cualquier régimen político, i.e. uno aristocrático, puede ser democrático según la definición formal.

Como parte del contexto normativo del Estado de derecho constitucional democrático, la democracia integró los siguientes elementos dentro del modelo de soberanía política liberal: 1. La garantía de los derechos humanos y la autonomía de la voluntad moral de la persona. 2. La libertad política del ciudadano como condición de la autodeterminación a través de la norma. 3. El vínculo entre derecho legítimo y el proceso democrático de su génesis. 4. La

¹⁹ Habermas, Jürgen. Habermas, Jürgen. *Facticidad y Validez*. Trotta. Madrid, 2000. p. 498.

²⁰ Sartori, Giovanni. *Teorías de la democracia. 1. El debate contemporáneo*. Madrid, Alianza Universidad, 1988. p. 45.

²¹. *Ibid.*, p. 59.

democracia como límite del ejercicio del poder. 5. La democracia como ámbito de la autonomía de la sociedad civil.

1. El primer significado normativo de la democracia es el de *igualdad en la libertad*, tanto en la forma de derechos y libertades como de garantías sociales para los miembros de la comunidad como la base de su autonomía privada. En principio no puede haber limitación, excepción o limitaciones fácticas para los derechos y su ejercicio. Los derechos y libertades fundamentales son precondiciones que hacen posible y dan crédito al juego político. En el caso de los derechos civiles, de acuerdo con Ángel Oquendo, en su doble carácter de derechos expresivos y de acto político son el vehículo para la libre formación discursiva de la opinión y la voluntad²²; la «conexión interna» entre libertad y soberanía, según la expresión de Habermas, asegura el ejercicio de la autonomía²³, por lo que las restricciones indebidas o la ausencia de protección son incompatibles con el modelo²⁴.

Como lo explica Fioravanti, en el liberalismo persiste la disputa sobre la tutela de las libertades. En la concepción legalista, la libertad estaría garantizada mediante la autoridad de la ley, fruto de la voluntad constituyente de los ciudadanos; de acuerdo con la concepción historicista, la tutela de la libertad recaería en última instancia en la sociedad civil, en la medida en que no existen garantías para ellas en el momento en que el poder político tiene la capacidad de limitarlas²⁵.

Como principio social de justicia, la democracia funciona también como criterio de distribución de bienes e igualación de condiciones socioeconómicas, como garantía de los derechos sociales y colectivos y de los derechos civiles de la población, como elemento democrático de la soberanía política cuya protección tiene siempre como límite los conceptos duros del derecho privado, que hace prevalecer la libertad individual al bienestar colectivo.

²² Oquendo, Ángel R. *Democracia y pluralismo*. México, Distribuciones Fontamara S.A., 2004. p. 25.

²³ Habermas, Jürgen. *Op. cit.*, *supra* nota 19. p. 252.

²⁴ En el derecho internacional los derechos civiles no están incluidos entre aquellos que no se puede suspender su ejercicio en el estado de necesidad. El Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 4 no admite que los Estados con motivo de la suspensión de garantías suspendan el derecho a la vida; la prohibición de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; la proscripción de la esclavitud y del tráfico de esclavos; la prohibición de la prisión por incumplimiento de obligaciones contractuales; la prohibición de declarar a alguien culpable en razón de actos u omisiones que no constituyeran delito reconocido legalmente; la prohibición de las medidas discriminatorias; la personalidad legal, la libertad de pensamiento, conciencia y religión.

²⁵ Fioravanti, Mauricio. *Op. cit.*, *supra* nota 11. p. 43.

En este sentido, si bien la democracia como bien público penetra en el orden general de las relaciones entre sociedad y Estado, no entra en el orden de las relaciones económicas privadas, que se erigen como las funciones primadas del sistema. Por eso toda concepción de la esfera pública que privilegie lo social en perjuicio de la libertad individual se considera como un peligro para la democracia en la esfera liberal. El interés general, como principio de justicia liberal, no puede dañar el interés particular sino mantenerse en un nivel de generalidad que le impida comprender la totalidad de las relaciones sociales.

2. La segunda articulación normativa es la *igualdad para la libertad*, en el que la autonomía individual reaparece en forma de autodeterminación política. Todos los miembros de la comunidad como individuos autónomos pueden participar en condiciones de igualdad en la formación de las leyes y de decisiones públicas, así como en la formación discursiva de la opinión pública, mediante suministros institucionales o sociales, tanto de las asociaciones como de la esfera privada.

En este sentido, como lo observa Ernst Wolfgang Böckenförde, si bien la democracia y el Estado de derecho comparten los mismos significados cuando se trata de proteger los derechos fundamentales, no los comparten cuando se representa la libertad política, cuando se trata de «los procesos de formación de las decisiones fundamentales» y de la «configuración legal de su ejercicio»²⁶, considerados en el modelo liberal, según Habermas, como instrumentos proveídos por el sistema²⁷, funciones internas para la elección entre alternativas políticas.

En este contexto, el espacio público-político asumiría en la democracia el carácter de un bien de la comunidad, de modo que su protección adquirió un lugar central, como espacio orientado a lograr que los procedimientos de formación discursiva de la voluntad política cumplan con los principios de deliberación, simetría y equidad. Esta protección autorizaría al Estado democrático a tomar un papel activo en la protección de los derechos civiles y políticos de la ciudadanía y a intervenir en espacios determinados, como los medios masivos de comunicación, con el objeto de impulsar condiciones mínimas de libertad expresiva para el conjunto de los sectores de la sociedad.

²⁶ Böckenförde, Ernst Wolfgang. *Op. cit.*, *supra* nota 12. p. 121.

²⁷ Habermas, Jürgen. *Op. cit.*, *supra* nota 19. p. 432.

Peter Häberle, cuyas ideas en otro capítulo tendremos oportunidad de revisar incluye los siguientes elementos de la libertad política liberal como una «expresión del compromiso democrático del poder constituyente»: la selección de gobernantes, la representación de intereses sociales en los órganos del Estado, la limitación y el control del ejercicio del poder, la solución jurisdiccional de conflictos, la interpretación constitucional, y las competencias institucionales para la realización de cometidos de interés público²⁸.

No obstante, en la teoría política y en la jurisprudencia prevalecen otras formulaciones minimalistas que han tenido enorme influencia en los llamados procesos de transición democrática a lo largo del siglo veinte, que vinculan a la democracia con el Estado de derecho, de modo que la libertad liberal queda fijada como el referente privilegiado de lo político, como procedimiento político-constitucional que, según Gregorio Peces Barba, excluye la libertad como autonomía moral como capacidad de elección del individuo entre alternativas y formas de vida distintas²⁹.

3. La transformación democrática de la forma de legitimidad del «principio del derecho», como expresión de soberanía política, hace radicar ésta, según Habermas, en la vinculación de la norma con el procedimiento universal de su génesis, que expresaría el consenso racional y general de los individuos de la comunidad³⁰. La validez de la norma se separa de la valoración de sus significados y su justicia derivaría de una condición interna, del método que la produce, por medio del cual se puede disponer del orden jurídico dentro de los marcos del sistema³¹.

El método del derecho democrático se expresaría como una vinculación de carácter procedimental que legitima una forma de poner en contacto la autonomía y la soberanía política. El método democrático asociaría la producción del derecho con la ciudadanía a través de una mediación «legislativo-política o judicial-política» como lo definen Arato y Cohen³². La norma democrática integraría un momento constitutivo mediante el cual se pone en relación la libertad individual y ejercicio del poder. El principio de que

²⁸ Häberle, Peter. *Constitución como cultura*. Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo, 2002.

²⁹ Peces-Barba, Gregorio. *Ética, poder y derecho*. México, Distribuciones Fontamara, 2001.

³⁰ Habermas, Jürgen. *Op. cit.*, *supra* nota 19. p. 159.

³¹ Böckenförde, Ernst Wolfgang. *Op. cit.*, *supra* nota 12. p. 80.

³² Cohen, Jean y Arato, Andrew. *Op. cit.*, *supra* nota 18. p. 459.

«el poder del Estado proviene del pueblo» se explica vinculando al cuerpo electoral con los procedimientos minimalistas de designación, reputados como democráticos por el sistema.

El principio democrático adquiere un papel fundamental para legitimar la obediencia al derecho, en la medida en que ajustaría el ejercicio del poder a un principio de racionalidad procedimental y significativa que, como supuesto analítico, irradia en el imaginario la idea de un vínculo real entre la sociedad y el Estado.

4. La reinterpretación del principio de soberanía como teoría de control del Estado, presente tanto en Aristóteles, como en el iusnaturalismo inglés del siglo diecisiete, el independentismo norteamericano o el utilitarismo inglés del siglo XIX. Jeremy Bentham y James Mill observaron que la necesidad de concebir el régimen como un sistema que daba facultades para «escoger, autorizar y controlar» a los gobernantes, limitar su acción y obligarlos a responder frente a los gobernados³³. En este contexto, Przeworski dice que si el comportamiento del Estado no está sujeto a las sanciones de la sociedad, no es democrático

Como elemento del pensamiento historicista, que sitúa el locus de la democracia en la acción de la sociedad civil, la idea del control del poder se encuentra presente con mayor fuerza en algunos regímenes liberales y no en otros como el mexicano. Se caracteriza, según Javier Ruipérez, por la desconcentración y diferenciación de potestades públicas, el control orgánico entre poderes y el control ciudadano de los poderes, que incluye la fiscalización de los poderes públicos, la introducción de límites jurídicos en el gobierno y la administración, la ciudadanización de ciertas funciones públicas, como límites orgánicos del «poder por el poder», que se han convertido en esencia del constitucionalismo democrático³⁴.

La teoría de los límites refiere la existencia de un principio de exclusión a la acción del Estado, como prohibición externa a la facultad legislativa y administrativa de intervenir en la configuración de la sociedad civil, que está controlado por la jurisdicción constitucional. Los autores de la teoría

³³ Cfr. Held, David. *Op. cit.*, *supra* nota 2. p. 74-81.

³⁴ Ruipérez, Javier. *Op. cit.*, *supra* nota 17.

hermenéutica, por su parte, consideran que es en la argumentación donde recae el límite último a la acción del poder para controlar su coherencia con los valores y principios de la Constitución democrática. En este contexto Jürgen Habermas considera que la estructura racional de las libertades de comunicación se integraría en el derecho como límite interno del proceso de producción legislativa y aplicación de leyes en el Estado³⁵.

Otros autores como Jaime Cárdenas, consideran que son los derechos humanos y la libertad personal dentro de una identidad colectiva, los fundamentos que se deben erigir como baluartes frente la intervención del Estado en favor del interés general u otros condicionamientos de la comunidad política³⁶. Las libertades civiles en este caso actuarían como un límite externo para la acción del Estado, en la medida en que se ejercen como praxis comunicativa de resignificación de la vida social y política, como muestra de adhesión, discrepancia, acuerdo, rechazo o resistencia.

5. Como parte de la perspectiva historicista, la autonomía de la sociedad civil, *prima facie*, sería un poder constituyente, expresado en la capacidad de la ciudadanía para mantener una relación activa con el sistema jurídico, de determinar su sentido y la forma como está estructurado, pero también según lo imaginara Michellangelo Bovero un medio para intervenir en los asuntos públicos³⁷. Como tal, esta autonomía no sería absoluta en términos jurídicos, sino histórica y política, como expresión del grado y forma de autogobierno de la sociedad en el Estado.

La «autonomía de la sociedad civil» es un concepto límite que expresa la extrañeza de la entidad societal con respecto de la entidad estatal, así como el rechazo a la concentración del poder por los órganos constituidos (autarquía)

³⁵ Habermas, Jürgen. *Op. cit.*, *supra* nota 19. p. 236.

³⁶ Jaime Cárdenas Gracia expone una teoría de los límites a la intervención de los derechos humanos en defensa del interés general, que reconoce diversos elementos: "(...) el subprincipio de idoneidad, que determina si la intervención en los derechos fundamentales es adecuada o no para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. El subprincipio de necesidad, que sirve para analizar si la medida de intervención en los derechos fundamentales es la más benigna con el derecho fundamental intervenido entre todas aquellas que revisten la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto. El principio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación sostiene que la intervención en el derecho fundamental debe estar justificada por la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa". Cárdenas Gracia, Jaime. "Hacia un cambio en la cultura jurídica nacional". En: Revista Latinoamericana de Derecho. Año IV, Num. 7-8, enero-diciembre de 1997. pp. 145-173. Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

³⁷ Bovero, Michellangelo. *Una Gramática de la democracia. Contra el gobierno de los peores*. Madrid, Editorial Trotta, 2002. p.85.

así como la concentración de las decisiones en su seno (heteronomía)³⁸. Como límite externo del poder, favorece una concepción jurídico-política que tiene como sujeto al ciudadano y la sociedad civil y produce una forma de gobierno que busca establecer relaciones democráticas en el ámbito de estatal y al mismo tiempo al interior de la sociedad civil³⁹.

El principio de la «autonomía de la sociedad civil», cercano a la noción de «democracia radical»⁴⁰, estaría integrado en el liberalismo como la «capacidad de la población para gobernarse a sí misma en todos los ámbitos de su vida» lo que trae por consecuencia la «disolución del concepto de autoridad como elemento constitutivo de la sociedad civil». Sin embargo, como explica Mauricio Fioravanti, este principio no configuraría por sí mismo un poder constituyente pues se encuentra separado de los órganos que configuran la igualdad y libertad políticas y realizan una clausura del sistema, que excluye toda determinación exterior y posterior que pretenda dirigirlo nuevamente hacia el principio constituyente⁴¹.

La mayoría de los autores de la teoría jurídica cuestionan la concepción de la democracia como autonomía de la sociedad civil, a la que consideran como una ficción jurídica. Frente a ella defienden la autonomía política liberal, que se expresa, como lo dice Habermas, en la forma de procedimientos institucionalizados «que garantizan una formación de la voluntad y del juicio imparcial» y permiten que penetre en el derecho «una racionalidad procedimental de tipo moral»⁴².

³⁸ Las definiciones fueron tomadas de: Sartori, Giovanni. *Teoría de la democracia 2. Los problemas clásicos*. Madrid, Alianza Editorial, 2000. p. 397.

³⁹ Cárdenas Gracia, Jaime F. *Una Constitución para la Democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*. México, Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996. p. 17.

⁴⁰ El concepto se encuentra expuesto en: Esteva Gustavo. "Autonomía y democracia radical". En: Bartolomé, Miguel A. y Barabás, Alicia. *Autonomías étnicas y estados nacionales*. México, Instituto Nacional de Antropología e Historia, Conaculta, 1998. p. 308–310.

⁴¹ Fioravanti, Mauricio, *Op. cit.*, *supra* nota 11. p. 116

⁴² Habermas, Jürgen. *Op. cit.*, *supra* nota 19. p. 587.

2.2. LA «DEMOCRACIA REAL» COMO FORMA DE LEGITIMACIÓN DEL ESTADO LIBERAL. UNA LECTURA REALISTA DEL LIBERALISMO

2.2.1. La democracia y al liberalismo, dos versiones contradictorias de los regímenes contemporáneos

La disputa en torno al componente democrático del régimen liberal.

El liberalismo tiene su origen en las teorías contractualistas y iusnaturalistas del siglo diecisiete, así como en las teorías fisiócratas del siglo dieciocho, que confluyeron en la lucha contra los regímenes absolutistas y en la formulación de una forma de republicana de gobierno, compartida y limitada por poderes autónomos. En este contexto, las primeras expresiones del liberalismo político se basaron en la idea del autogobierno de la sociedad como expresión de la libertad individual. En John Locke, por ejemplo, la libertad política está asociada a la posesión de derechos como un bien original e inalienable del individuo.

El liberalismo político de los siglos dieciocho y diecinueve se distinguió por buscar la protección de la libertad política en la forma de espacios de representación política de los intereses sociales y de límites a la acción ejecutiva y a las decisiones de la mayoría política. En este contexto, la publicidad liberal identificó a la democracia con el desorden y la degeneración de los gobiernos sometidos a los caprichos de muchedumbres incultas. Los autores de «*El Federalista*», por ejemplo, rechazaron que la Unión Americana fuera utilizada para establecer la democracia y lograr con ella «una igualación social en cuanto a posesiones o patrimonio» o bien «una igualdad perfecta en cuanto al ejercicio de derechos civiles y políticos». Ellos pensaban que las promesas de la democracia resultaban ilusorias.

En el siglo diecinueve surgió el liberalismo económico como una teoría que pugnaba por la libertad económica frente al Estado, así como por la restricción hasta el mínimo de la intervención del Estado en la economía. El liberalismo económico habría confluído con el liberalismo político para moldear una forma de liberalismo contemporáneo que según Friedrich v. Hayek tiene cuatro componentes: 1) una concepción individualista de la sociedad; 2) una defensa del carácter espontáneo de las acciones individuales en todos los órdenes

sociales; 3) una axiología de la libertad negativa considerada como hipótesis fundamental; 4) una teoría del Estado mínimo⁴³. Elementos que girarían en torno a la defensa del interés privado frente al interés de la comunidad.

De acuerdo con Habermas este modelo habría surgido «para amarrar e impulsar intereses privados» mediante «compromisos» que permitieran asegurar la equidad de oportunidades entre los sectores sociales a través del uso de diversas técnicas jurídicas⁴⁴. El componente liberal del Estado, según este autor, no estaría orientado solamente hacia «una formación racional de la voluntad política» sino hacia «un balance exitoso de los rendimientos de la actividad del Estado» cuya función es la representación, en términos del Estado de derecho, «de una sociedad volcada en la economía»⁴⁵.

Autores de la teoría formalista como Maurice Duverger sostienen que la democratización del liberalismo habría iniciado en el siglo dieciséis y sus alcances habrían llegado hasta nuestros días⁴⁶, en los que el modelo democrático se habría erigido como un medio de legitimación del liberalismo. Otros autores, como José Nun, consideran que la idea de democratizar el liberalismo sería una contradicción en los términos, práctica que conlleva una praxis infructuosa porque en el liberalismo «lo político se encuentra establecido de acuerdo con un modelo de competencia de mercado (que) confiere un poder de acción (independiente) dentro de las instituciones». El calificativo de democracia liberal, según Nun, sería una exageración retórica que toma lo sustantivo por adjetivo para disfrazar su naturaleza oligárquica⁴⁷.

Esta disputa se originó en el ámbito de la sociología jurídica en los albores del siglo pasado, pero se ha mantenido desde entonces hasta nuestros días como uno de los problemas centrales para la teoría y la praxis jurídica. En ese momento, frente al ascenso del imperialismo y de las guerras mundiales, en un contexto de debilidad financiera estructural de las oligarquías y ascenso del movimiento revolucionario, Max Weber formuló una pregunta clave para la teoría democrática contemporánea que buscaba ofrecer una salida a la crisis

⁴³ v. Hayek, F. "Liberalismo". Citado en: Bovero, Michelangelo. *Op. cit.*, *supra* nota 37. pp. 98-99.

⁴⁴ Habermas, Jürgen. *Op. cit.*, *supra* nota 19. p. 240

⁴⁵ *Ibid.*, p. 241.

⁴⁶ Duverger, Maurice. *Instituciones políticas y derecho constitucional*. Barcelona, Ariel, 1996. p. 112-113

⁴⁷ Nun, José. *Democracia, gobierno del pueblo o gobierno de los políticos*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2000 p. 147.

del modelo liberal: ¿Es la democracia una fórmula adecuada para el manejo del Estado moderno?

Carl Schmitt proporcionó una respuesta negativa a dicha pregunta, para él la democracia y el liberalismo eran conceptos incompatibles, pues mientras el liberalismo presuponía la pluralidad y la diferenciación, la democracia era una fórmula de gobierno basada en la igualdad que, según Schmitt, promovería la identidad entre sociedad y Estado y la homogeneización social. Para Schmitt la identificación de la democracia con el parlamentarismo liberal (caracterizado por la negociación entre partidos, el mandato partidario y la negociación de la ley para formar mayorías) traería consecuencias catastróficas para el régimen.

La conclusión de este autor es que si la democracia se adopta como modelo para la legitimación del liberalismo se paralizaría la acción del Poder Ejecutivo (abocado a la ejecución de cometidos públicos mediante la fuerza de la ley) como consecuencia de una representación inauténtica basada en elecciones sometidas a los poderes financieros. En este caso, caería sobre el Estado el fantasma de la ingobernabilidad y la democracia se convertiría en una «mala fachada del dominio de los partidos y los intereses económicos».

A diferencia de Schmitt, otros autores de la dogmática jurídica (positivistas, funcionalistas o la teoría hermenéutica) aceptaron como necesaria la vinculación entre democracia y liberalismo propuesta por Weber.

Las teorías analíticas juzgaron que no existía otra forma de realizar el liberalismo si no era mediante la democracia; la tradición normativa coincidió en que sin la democracia no habría otra forma de proteger las libertades fundamentales. Unos y otros buscaron justificar la integración del discurso democrático dentro del modelo liberal como una definición que permitía vincular a la ciudadanía con el principio de soberanía política.

De acuerdo con Norberto Bobbio la democracia proporcionó al liberalismo la universalización de los procedimientos políticos para tomar las decisiones (que serían los mismos derechos del parlamentarismo liberal: sufragio electivo, representación política, principio de igualdad y equidad, elecciones libres, mayoría, proporcionalidad y partidos políticos) y con ello la legitimación de su

nombramiento⁴⁸. Para Bobbio la democracia estaría identificada con el modelo de representación parlamentario y sufragio universal.

De acuerdo con Bobbio, la democratización de los procedimientos políticos el Estado moderno habría incorporado cuatro núcleos de libertades fundamentales en el liberalismo: la libertad económica, los derechos fundamentales, las libertades de autonomía democrática y los derechos sociales⁴⁹. No obstante, en sus últimos escritos Bobbio reconoció que el pleno ejercicio de los derechos fundamentales, democráticos y sociales resultaba incompatible con una forma irrestricta de propiedad, de modo que la libertad económica sería un principio excluyente de las libertades fundamentales.

Habermas, por su parte, sostiene la tesis de que la democracia representaría el contrapeso normativo del liberalismo en el constitucionalismo contemporáneo, que habría obligado al liberalismo a la instauración de un Estado social democrático, que puso fin a la autarquía normativa del código civil e hizo posible que la Constitución prevaleciera sobre el derecho privado. En la concepción de Habermas, el *locus* democrático del liberalismo se centraría en la capacidad del Estado de proteger, junto con los derechos fundamentales, los derechos sociales de los miembros de la comunidad⁵⁰.

Como producto de esta concepción, las Constituciones de la posguerra habrían adoptado los principios del Estado social, según lo describe Claus Offe, como una función política del Estado abocada a la articulación de la «competencia entre intereses sociales»⁵¹. La libertad democrática, como lo sugiere T.H. Marshall, se expresaría como una precondition social para asegurar el mínimo necesario para asegurar la libertad del individuo en la vida privada y la autonomía del ciudadano en la vida política.

En este sentido, la democracia habría asumido una función republicana frente al liberalismo económico en las sociedades del capitalismo avanzado que consiste en la distribución del poder político entre las fuerzas sociales, la

⁴⁸ Bobbio, Norberto. "Liberalismo y democracia". Reseñado en: Cossío D., José Ramón. *Concepciones de la democracia y justicia electoral*. Primera Edición. Abril de 2002. Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática. IFE; México. pp. 40-42.

⁴⁹ Bobbio, Norberto "Teoria generale della politica". citado en: Bovero, Michelangelo. *Op. cit.*, *supra* nota 37. p. 90.

⁵⁰ Habermas, Jürgen. *Op. cit.*, *supra* nota 19. p. 478.

⁵¹ Offe, Claus. "Democracia de competencia entre partidos y el Estado de bienestar keynesiano. Factores de estabilidad y de desorganización" En: Offe Claus. *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*. Madrid, Sistema, 1988.

representación de los intereses vulnerables en el ámbito de la economía y la redistribución de los beneficios económicos entre los miembros de la sociedad.

Como consecuencia del ascenso del imperialismo, de las guerras, y la inestabilidad económica, en el siglo veinte, paradójicamente, el liberalismo habría encontrado en la democracia una plataforma para lograr la legitimación de sus cometidos, a condición de que el principio democrático estuviera subordinado al principio liberal. Si la forma de legitimación que brinda la democracia, sostiene Maurice Duverger «pusiera en riesgo el poder de los grupos económicos, no habría procesos democráticos»⁵². En este sentido, la democracia habría ofrecido al liberalismo una fórmula de gobierno legítimo, siempre y cuando ésta sea considerada más en su aspecto jurídico y no ético, en su aspecto procesal y no sustancial⁵³.

A través del modelo democrático, como observa Giovanni Sartori, el liberalismo económico y el liberalismo político habrían confluído en la formulación de un modelo de Estado democrático, en el que la igualdad civil se mantiene separada de sus fundamentos económicos. En esta perspectiva realista se piensa que la democracia, como forma de legitimación del modelo liberal, no estaría ligada al capitalismo sino que éste lo estaría a una forma específica de aquella. Al ofrecer una forma de justificación interna del capitalismo, el liberalismo sólo podría ser compatible con una versión específica de la democracia que acepta sin reparos la fórmula que separa la igualdad política de la igualdad económica⁵⁴.

La disputa sobre la prioridad del bien común o la libertad individual

Como parte del concepto interno del régimen liberal, la identificación entre el bien del individuo y el bien de la ciudad, en términos del principio democrático significó la subordinación del contexto normativo de la democracia, cuyos referentes se vinculan al principio de equidad, dentro de principio de la libertad individual. De este modo la capacidad del Estado para intervenir en la vida privada de las personas en función de la defensa y procuración del bienestar general habría quedado limitada considerablemente.

⁵² Duverger, Maurice. *Op. cit.*, *supra* nota 46. p. 114.

⁵³ Cossío D., José Ramón. *Op. cit.*, *supra* nota 48. p. 26 y 43.

⁵⁴ Sartori, Giovanni. *Op. cit.*, *supra* nota 38. p. 470.

Para abordar esta limitación de la teoría democrática, en 1971 John Rawls presentó su «*Teoría de la justicia*» en la que reflexionó acerca de las razones que justificarían la intervención del Estado liberal en la vida privada de las personas en defensa de una concepción del bien común. Entre sus conclusiones, Rawls señala que en el régimen liberal conviven una multiplicidad de concepciones del bien en la vida privada, que impiden la formación de una idea sustancial de bien común de la que pueda derivarse una concepción de «vida buena» que autorice al Estado a intervenir. Rawls da prioridad a la libertad sobre el bien común porque cree que la comunidad política sólo es posible en un contexto en el cual los ciudadanos puedan mantener distintas concepciones del bien en su vida privada y al mismo tiempo sostener «un consenso basado en el interés propio», que da fundamento a la obediencia a las reglas⁵⁵.

En este sentido, para Rawls las categorías económicas del liberalismo (mercado, precio, trabajo, utilidad, renta, inversión, propiedad) incorporarían un principio de justicia en la sociedad capitalista, a través de la intervención del Estado, como una obligación moral del Estado para impedir que los ciudadanos se vieran condenados a la escasez o a una distribución desigual de los bienes primarios.

Frente a esta teoría, Chantal Mouffe dice que «es la utopía liberal perfecta»⁵⁶, donde la normativización «de una sociedad volcada en la economía» mediante la satisfacción de «las expectativas de felicidad privada», habría de garantizar lo que Habermas define como una idea «apolítica» o «neutral» del bien común, noción que desconocería el carácter político que tiene la vida social y cultural⁵⁷. El liberalismo, dice esta autora, quiere ocultar la existencia de un «bien común» constitutivo en el Estado liberal que puede ser agnóstico en términos morales pero no en términos políticos⁵⁸.

La prioridad del derecho, dice Mouffe, sólo puede realizarse en un contexto definido conforme a una idea determinada del bien común como bien político⁵⁹. En esto coinciden los autores comunitaristas norteamericanos, quienes señalan

⁵⁵ Mouffe, Chantal. *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía pluralismo y democracia radical*. Barcelona. Paidós. 1999. pp. 66-81.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 78.

⁵⁷ Habermas, Jürgen. *Op. cit.*, *supra* nota 19. p. 241.

⁵⁸ Mouffe, Chantal. *Op. cit.*, *supra* nota 55. p. 54.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 72.

que Rawls elude el concepto de bien común, como un patrimonio histórico y cultural⁶⁰, elude que nociones como «libertad» o «justicia» sólo pueden tener sentido dentro del contexto de una comunidad política y cultural que le da significados comunes⁶¹. Según estos autores no existiría una prioridad de la libertad sobre el bien común porque el ejercicio de la libertad sólo tiene sentido en el seno de una comunidad que se define por el bien común que postula.

Para el comunitarismo el régimen liberal sí importaría una noción sustancial de bien común, una definición objetivada en el derecho que lleva implícita una noción de vida buena, que legitima ciertas relaciones sociales y excluye otras y que proyecta una noción de justicia como cualidad de las instituciones. La definición privilegiada del bien común en el Estado liberal sería la primacía de la libertad privada, «como una expectativa negativa frente al Estado en la vida privada»⁶², sobre cualquier otra forma de identidad colectiva, lo que restringe al mínimo las representaciones de lo político⁶³.

La definición de lo público en el Estado liberal se origina en el derecho privado, que regula las relaciones económicas de los miembros de la comunidad como único reino de la libertad y privilegia la forma económica de la libertad privada por encima de cualquier otra forma de publicidad.⁶⁴ En el siglo diecinueve la estructura jurídica del Estado, como observa Javier Ruipérez, aún equiparaba a la Constitución, como estatuto de lo público, con el Código Civil.

En este contexto, cualquier determinación que pudiera saturar la moral individual y configurar un derecho singular o una identidad colectiva fue excluida. El liberalismo rechazó la posibilidad de que el bien común pudiera tener otra definición normativa que el de la protección de la libertad individual, de modo que todos los individuos disfrutarían de la protección estatal mientras persiguieran intereses privados⁶⁵.

⁶⁰ Entre los autores representativos del comunitarismo están Charles Taylor y Michael Waltzer. *Ibid.* p. 54.

⁶¹ *Ibid.*, p. 59.

⁶² Ferrajoli, Luigi. *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Madrid, Editorial Trotta. 1999. p. 104.

⁶³ *Ibid.*, p. 53.

⁶⁴ Ruipérez, Javier. *Op. cit.*, *supra* nota 17. p. 151.

⁶⁵ Mouffe, Chantal. *Op. cit.*, *supra* nota 55. p. 155.

El carácter estatalista de la soberanía democrático-liberal

La crítica del carácter estatalista del estado moderno, tiene una larga tradición en el pensamiento liberal, como expresión de la existencia de una contradicción interna entre bien común y libertad individual, característico del modo de producir y ejecutar el derecho en el sistema liberal, que favorece la concentración del poder en el Estado y donde la ausencia de límites, frenos y contrapesos, como lo advirtieron Kelsen y Bobbio, hace de la gestión ejecutiva una fábrica mediática de consenso y un canal de acceso a recursos económicos.

Para Mauricio Fioravanti, uno de los componentes más arraigados del Estado liberal es su estatalismo, que produce un régimen donde el poder estatal se substrahe de las relaciones políticas entre los grupos sociales e individuos y se coloca en el campo institucional, como único referente de la acción política y las decisiones fundamentales⁶⁶. En un contexto de mayor diferenciación social, las estructuras sociales y económicas carecen de referentes autónomos que permitan limitar los procesos decisionales del Estado liberal, como lo observa David Held, pero al mismo tiempo éste carece de apoyo para regular los centros de poder privado⁶⁷.

Para Chantall Mouffe la vinculación entre democracia y liberalismo habría dado lugar al surgimiento de dos versiones contradictorias de bien común arraigadas en el derecho, que coexisten reapropiadas por el Estado como justificaciones para intervenir legítimamente en la esfera de autonomía de la sociedad o del individuo, en un caso contra el individuo, para proteger el bien común y el orden público, y en otro contra la colectividad, para proteger la libertad privada e individual. En este contexto, la sociedad carece de otros referentes políticos que no sean las que brindan las formas jurídicas a través de las cuales se autorizan las decisiones previamente acordadas entre las elites.

El contexto estatalista favorece la instrumentación de la libertad política, cuya metafísica, de origen iusnaturalista, como lo observa Habermas, se encuentra en contradicción con la configuración histórica de la ciudadanía y en

⁶⁶ Fioravanti, Mauricio. *Op. cit.*, *supra* nota 11. pp. 39 y 113.

⁶⁷ Held, David. *Op. cit.*, *supra* nota 2. p. 339.

particular de su expresión liberal, donde los derechos políticos surgen como consecuencia de los «intereses privados» que configuraban una voluntad común para la formación del gobierno⁶⁸. Con la introducción del principio democrático, el Estado liberal se reapropió de los procedimientos de legitimación de los actos del Estado, que permiten la reproducción de las funciones del sistema, que según su sentido democrático deberían proceder de la sociedad civil.

La libertad política liberal es la contraparte de la libertad imaginada por Rousseau, que la concebía como un resultado de una idea del *bien común* que se define permanentemente como voluntad general gracias a la participación del ciudadano, en la medida en que la indecidibilidad de los derechos políticos en el liberalismo democrático no sería expresión de la autonomía de la sociedad civil, sino de su configuración política e histórica como fórmula legal «para» el gobierno. En este caso los procedimientos políticos son indecidibles porque son proveídos como una función estatal.

La escisión entre libertad civil y libertad política en el liberalismo se observa también en la configuración de la libertad política como una libertad para escoger entre opciones predeterminadas, donde el ciudadano sólo sería un colector asociado a una elección estratégica precedente en torno a las preguntas que se formulan. En este sentido, el ejercicio de los derechos políticos se reduciría a los procesos de formación de las preferencias sociales y ejercicio del voto, y no incluiría el momento anterior en el que fueron establecidas las preguntas y definidas las opciones sobre los que la ciudadanía va a responder.

En el contexto liberal democrático existe el consenso de que el carácter estatista del derecho conduce a la destrucción de las libertades individuales, sin embargo la definición de la libertad individual como un principio constitutivo del bien común se detiene en el momento que esta definición se satura por los significados que provee el hecho político singular a través del conflicto y se convierte en un derecho de la colectividad, como un derecho de orden político.

⁶⁸ Habermas, Jürgen. *Op. cit.*, *supra* nota 19. p. 233.

En este sentido, la noción estatalizada de la libertad es incompatible con una concepción de la democracia como orden de relaciones políticas en el seno de la sociedad. A esta conclusión llega Manuel Aragón en «**Democracia parlamento y representación**», donde señala que la praxis parlamentaria ha transformado a la democracia en una dictadura de mayorías y partidos, y el Poder Ejecutivo concentra facultades estratégicas para intervenir en distintos rubros de organización social: gasto público, acción militar, política financiera en los que tiene notables márgenes de discrecionalidad, lo que conlleva una abierta o disimulada subordinación de las funciones legislativa y judicial⁶⁹.

La única estrategia del modelo liberal para lograr la coherencia entre los procesos políticos entre el Estado y la sociedad, como lo señalan Jean Cohen y Andrew Arato, radicaría en el «puente» que brindan los procesos democráticos; sin embargo este puente, como lo conciben los autores, no es un «medio neutral» a través del cual la sociedad pueda «actuar sobre sí misma y sobre el Estado de una manera auto reflexiva»⁷⁰, sino que es un medio pegeñado por una noción estatalista del derecho.

2.2.2. El Estado social democrático

Las luchas de los movimientos de clase en los siglos diecinueve y veinte, así como el surgimiento de partidos socialistas obreros, tuvieron consecuencias importantes en la configuración del régimen liberal. La experiencia política soviética, desde una perspectiva anticapitalista, postulaba la necesidad de la intervención del Estado para procurar la igualdad social y el bienestar general, mediante una dictadura ejecutiva de un gobierno de carácter proletario y un sistema de representación nacional de asambleas⁷¹.

La postura soviética excluyó a la democracia de su definición interna, a la que identificó con el orden capitalista. Se consideró que la democracia, tal como era definida y practicada en los países liberales, era una fórmula incompatible con los principios de un «Estado socialista obrero». En este contexto el concepto quedó circunscrito a una teoría sobre la democracia

⁶⁹ Cfr. Aragón, Manuel, "Democracia parlamento y representación". En: Varios: *Tendencias contemporáneas del derecho electoral*. México, Cámara de Diputados, Instituto Federal Electoral, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993.

⁷⁰ Cohen, Jean y Arato, Andrew. *Op. cit.*, *supra* nota 18. p. 93.

⁷¹ El término sóviet en ruso significa asamblea o consejo obrero de trabajadores rusos. El término hace referencia a las asambleas de obreros, soldados y campesinos fundamentales en la Revolución Rusa de 1905 para el triunfo de la Revolución de 1917. En la Constitución de 1922 que da origen a la U.R.S.S. los soviets se instituyen como la base formal del régimen.

partidaria. Por su parte, Rosa Luxemburgo cabeza del Partido Obrero Socialdemócrata Alemán, rechazaba la identificación convencional de la democracia con el capitalismo.

En el momento de mayor ascenso de la revolución proletaria en Alemania en 1918, en un contexto político en el que el Estado alemán requería de un apoyo que lo mantuviera a flote después de los Tratados de Versalles. Esto fue posible gracias al asesinato de Rosa Luxemburgo y Karl Liebknecht, a la represión de las movilizaciones obreras y a la negociación con una fracción del Partido Socialdemócrata Obrero Alemán la constitución de un régimen que reconoció los derechos sociales. El liberalismo alemán incorporó en la Constitución de Weimar de 1919 algunos conceptos del socialismo que darían lugar a la llamada «democracia social», como fórmula necesaria para evitar el estallido de una revolución obrera y democrática en Alemania.

La Constitución de Weimar, que inauguró el «Estado social de derecho», al que Herman Heller dedicó su reflexión jurídica⁷², tutelaba no sólo las libertades del individuo, sino «los derechos de participación política y el lugar del individuo en las relaciones de clase»; para tal efecto instituyó «mecanismos redistributivos como el salario, el empleo y la seguridad social»⁷³. A cambio de su obediencia a los principios del liberalismo, que eran la base de la Constitución, las corporaciones obreras pactaron compartir algunos de los beneficios y aprovechamientos de los dueños del capital.

El modelo de Estado social es en un pacto que otorga diversas garantías constitucionales: que los trabajadores estén protegidos con un nivel mínimo de vida, que la redistribución de ganancias se mantenga en proporción de la productividad, que se adopte un sistema impositivo progresivo, que el gasto se oriente a la redistribución de la renta, que se revalore el trabajo y la persecución del pleno empleo⁷⁴. Siguiendo este modelo, la mayoría de los países liberales crearon un sistema de pensiones para asegurar un rédito de seguridad social para los jubilados, un sistema estatal de prestación de servicios de interés social, como educación, vivienda, abasto, atención médica

⁷² Véase: De La Cueva, Mario. "Estudio Preliminar". En: Heller, Hermann. *La soberanía: contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho*, UNAM, México, 1965.

⁷³ Valadés, Diego. "Estado de Derecho". En: AA. VV. *Diccionario Electoral*. México, Instituto Interamericano de derechos Humanos, IFE, UNAM, 2003 p. 518.

⁷⁴ Nun, José. *Op. cit.*, *supra* nota 47. pp. 78-82.

y asistencia social, así como un régimen para la tutela de los derechos populares, obreros y agrarios⁷⁵.

Frente a la crisis del desarrollo capitalista, después de la Segunda Guerra Mundial todas las naciones liberales adoptaron los instrumentos y conceptos de la llamada democracia social como parte de la cultura política liberal, donde el Estado tiene un carácter activo como agente en la lucha contra la desigualdad social y en favor de la integración económica de la sociedad. Desde entonces, en países como Alemania, Italia, Grecia, España, Portugal o Japón, país donde existe el sistema distributivo más acabado del mundo⁷⁶, la palabra democracia esta asociada a la provisión de bienes y servicios públicos, principio que en el siglo veinte pretende ser revertido por el neoliberalismo.

El concepto de Estado social de derecho

Para E. W. Böckenförde la teoría del Estado social ofrece una concepción normativa de la democracia liberal en la que el derecho opera como impulso contra la desigualdad social, como consecuencia de una «lógica objetiva» de la democracia dirigida a alcanzar la libertad y sin la cual ésta sería sólo una fórmula vacía⁷⁷. Esta concepción ha tenido tal influencia que hoy todas las teorías de la democracia incorporan al Estado social como componente interno.

Herman Heller describió a la Constitución de Weimar como el instrumento de transición del Estado liberal al Estado social de derecho; según él, la viabilidad del orden público de imponer sus definiciones sobre las determinaciones mercantiles dependería de de su capacidad para limitar la propiedad privada, subordinar el régimen laboral al derecho, intervenir en la economía y dar un lugar al derecho público⁷⁸. Estos elementos permitirían un equilibrio jurídico regulado entre el movimiento obrero y la burguesía, que abre la puerta a un sentido de ciudadanía como cooperación del individuo con la comunidad.

En «*Ciudadanía y clases sociales*» (1950), T. H. Marshall postuló que la definición de ciudadanía es sustancial para la concepción del *demos*, y propuso

⁷⁵ En los años noventa los países desarrollados gastaron alrededor del 30 % del PIB en estos rubros, la mayor parte estuvo dirigido a pensiones y salud. En los Estados más desarrollados el régimen incorpora derechos de cuarta generación: al ambiente, al ocio, a la no discriminación, a la información, a la migración, a la desobediencia civil, a la seguridad al consumo, a la diversidad cultural.

⁷⁶ Nun, José. *Op. cit.*, *supra* nota 47. pp. 113-115

⁷⁷ Böckenförde, Ernst Wolfgang. *Op. cit.*, *supra* nota 12. p. 33

⁷⁸ Valadés, Diego. "Estado de Derecho". En: AA. VV. *Diccionario Electoral*. México, Instituto Interamericano de derechos Humanos, IFE, UNAM, 2003. 2 tomos. p. 518.

la necesidad de integrar en la ciudadanía un componente social, que incorpore a la justicia distributiva como forma de status político⁷⁹ para fortalecer la autonomía de los ciudadanos. En un contexto que permite concebir al ciudadano como a un cliente de una economía social de mercado, las «precondiciones sociales» de la libertad serían límites para calificar la capacidad de la persona para ejercer su papel como ciudadano.

Para la teoría normativa, el Estado social es un componente estricto de la democracia que otorga legitimidad sustantiva a los Estados capitalistas avanzados creando nuevos significados en las relaciones sociales. En el Estado social, de acuerdo con Habermas, hay una clara intención normativa que busca incorporar a la sociedad como ámbito legítimo de intervención estatal, bajo la premisa de que una efectiva realización de la igualdad jurídica «requiere de una auténtica igualdad fáctica»⁸⁰. En este sentido, los derechos sociales «fundan pretensiones de recibir prestaciones que representen una distribución más justa del ingreso, como compensación de las fallas, deficiencias y fracasos del mercado».

La teoría pluralista señala que con el Estado social se establece una nueva ecuación Estado-sociedad civil, en la que el fortalecimiento de la demanda desempeña un rol central para el mantenimiento del equilibrio económico, el cual es posible gracias al compromiso entre los distintos actores económicos y la introducción de instrumentos económicos de justicia social. Para el realismo, como lo describe David Held, el Estado social también sería una condición necesaria de la democracia que permite corregir las deficiencias del mercado⁸¹.

No obstante, el conjunto de la teoría democrática ha cuestionado fuertemente que el Estado social otorga un enorme poder a la administración pública y a los partidos políticos, que concentran la capacidad de tomar decisiones relevantes en materia de gasto público y fomento al desarrollo, y que hacen uso de esta capacidad para favorecer sus propios intereses y para consolidar una clientela política basada en la asignación de recursos, fenómeno que tiene particular relevancia como medio de control político en los países de Latinoamérica.

⁷⁹ Marshall, T H. "Citizenship and social class". Citado en: Ferrajoli, Luigi. *Op. cit.*, *supra* nota 37. pp. 99.

⁸⁰ Habermas, Jürgen. *Op. cit.*, *supra* nota 19. p. 500.

⁸¹ Held, David. *Op. cit.*, *supra* nota 2. p. 353.

La crítica del Estado social en el seno del liberalismo de fin de siglo, reorienta la discusión sobre el Estado social hacia las causas de justificación que autorizarían al Estado a intervenir en la libertad privada de los habitantes: ¿en qué casos es legítimo romper el principio de igualdad sin romper el principio de justicia?, ¿cuándo se consideran relevantes las diferencias para ser tomadas en cuenta como criterios distributivos?⁸²

La crítica del Estado de bienestar.

En las últimas décadas del siglo veinte, junto con la caída de los indicadores económicos de los países desarrollados aparecieron nuevas teorías económicas y políticas, que constituían un resurgimiento de los principios del liberalismo económico, que expusieron los efectos perversos que provoca el funcionamiento del Estado de bienestar en la lógica interna de la economía capitalista, debido a la politización de los mercados de trabajo y a los déficit de gasto público de los gobiernos.

Medio siglo antes Hans Kelsen⁸³ había observado que la Constitución de Weimar podía producir consecuencias indeseables en la relación entre el Poder Ejecutivo y la sociedad civil, en la medida en que requería de un gobierno fuerte capaz de hacer prevalecer el interés general reivindicatorio de la sociedad por encima del interés de los grupos particulares. Los temas del bienestar general, decía Hannah Arendt, sólo pueden tener soluciones administrativas⁸⁴ por eso generan un sistema de prestaciones sociales de carácter clientelar.

Luigi Ferrajoli acusa que en el Estado contemporáneo el ejercicio de los derechos sociales se ha convertido en un sistema de prestaciones administrativas

⁸² John Rawls en su "teoría de la justicia" presenta dos criterios básicos de igualdad en el Estado. El primero de matriz contractual es la igualdad en la libertad: "todos tienen igual derecho al sistema de libertad más extenso que sea compatible con idéntica libertad para otros". El segundo principio de Rawls se refiere a las condiciones para legitimar un trato desigual para los miembros de la comunidad política: ahí las desigualdades económicas y sociales se deben organizar de modo: "a) que reporte el máximo beneficio a los menos favorecidos; b) estén ligadas a funciones y posiciones abiertas a todos bajo condiciones de igualdad de oportunidades" Mouffe, Chantal. *Op. cit., supra* nota 55. p. 48. Por su parte, Giovanni Sartori, siguiendo a Rawls, presenta las siguientes formas de igualdad como justicia: igualdad jurídica o formal (que se divide en igualdad política, social e igualdad de acceso), igualdad de oportunidades e igualdad económica. Formalmente cada una tiene su base en la anterior. Sartori, Giovanni. *Op. cit., supra* nota 38. p. 432.

⁸³ Valadés, Diego. *Op. cit., supra* nota 78. p. 520- 521.

⁸⁴ Arendt, Hannah. "On revolution" (1963). Citada en Cohen, Jean y Arato, Andrew. *Op. cit., supra* nota 18. p 222.

(...) no siempre predeterminables de manera general y abstracta y por tanto eminentemente discrecionales, contingentes, sustraídos a los principios de certeza y estricta legalidad y confiadas a la intermediación **burocrática y partidista. (...) [la crisis del Estado social] se manifiesta en** la inflación legislativa provocada por la presión de los intereses sectoriales y corporativos, la pérdida de generalidad y abstracción de las leyes, la producción de leyes-acto, el proceso de descodificación y el desarrollo de una legislación fragmentaria, incluso en materia penal, habitualmente bajo el signo de la emergencia y la excepción⁸⁵.

El nuevo realismo político, con autores como Friedrich Von Hayek y Robert Nozick, considera que el funcionamiento Estado social tiene implicaciones totalitarias, ya que las políticas de igualación y protección social se aplican una como concepción totalizadora⁸⁶ de la sociedad, lo que condiciona el «potencial competitivo» y valorativo de las personas⁸⁷, obstaculiza la innovación y crea expectativas rutinarias respecto de las fuerzas económicas⁸⁸. Si bien el Estado social funciona como amortiguador de las contradicciones producidas por el mercado, no puede evitar que la economía se erija en el centro de articulación de la democracia, como lo observan Jean Cohn y Andrew Arato, ya que sólo busca la protección del subsistema económico y no de los demás órdenes sociales⁸⁹.

Las antinomias políticas que resultan de la contrastar la práctica política del Estado social y los conceptos de democracia y muestran el fracaso de éste como proyecto democrático y su éxito como estrategia de las élites financieras para alcanzar la estabilidad social y la gobernabilidad. El principio democrático, como lo observan Cohen y Arato, se anularía en el momento en el que el proyecto distributivo para lograr la despolitización el conflicto pasa a depender de la aplicación de ciertas técnicas orientadas a la creación de expectativas y rutinas de comportamiento con base en las necesidades de subsistencia de la población⁹⁰.

⁸⁵ Ferrajoli, Luigi. *Op. cit.*, *supra* nota 55. p. 16.

⁸⁶ Sartori, Giovanni. *Op. cit.*, *supra* nota 38. p. 431. El Estado social limita la inversión, aumenta el costo del trabajo y disminuye su capacidad productiva, lo que presiona la demanda y estimula la inflación. El gasto social produce un déficit fiscal de más del 5% en países como Alemania, Italia, Suiza, Francia, y mayor aún en los Estados Unidos. Cfr. Nun, José. *Op. cit.*, *supra* nota 47. p. 115

⁸⁷ Cfr. Held, David. *Op. cit.*, *supra* nota 38. p. 312-313

⁸⁸ Offe, Claus. *Op. cit.*, *supra* nota 51. p. 59-69.

⁸⁹ Cohen, Jean y Arato, Andrew. *Op. cit.*, *supra* nota 18. p. 499. No obstante, como lo muestra E. W. Böckenförde, la doctrina constitucional ha sostenido lo contrario. El Tribunal Constitucional alemán por ejemplo considera que el Hecho que se impongan obligaciones de aportación económica, "no afecta en modo fundamental la garantía de propiedad". Cfr. Böckenförde, Ernst Wolfgang. *Op. cit.*, *supra* nota 12. p. 131.

⁹⁰ Cohen, Jean y Arato, Andrew. *Op. cit.*, *supra* nota 18. p 222.

En este sentido, siguiendo a Cohen y Arato, el Estado social realizaría de forma insuficiente la utopía de la comunidad política democrática que es la de subordinar los procesos económicos a su dirección⁹¹; su papel se reduciría a la «administración de la crisis económica»⁹², sustituir la diversidad social por el corporativismo político y legitimar todo tipo de arbitrariedades en nombre de la igualdad, hasta el grado de no existir seguridad alguna respecto de los fines que se persiguen. El Estado social democrático se habría convertido así en una *kakistocracia*, como Michellangelo Bovero denomina al «gobierno de los peores», que califica con justicia el gobierno en los Estados democráticos contemporáneos, en especial los de Latinoamérica.

2.2.3. Las antinomias del régimen democrático liberal. Una crítica normativa de la democracia-liberal.

La noción y la práctica de la «democracia liberal», como hemos visto, hacen suponer que este concepto consiste en una «exageración retórica», que abre las puertas del derecho para consagrar una situación despótica. La limitación de la democracia a un conjunto cerrado de procedimientos, la transformación de los ciudadanos en clientes de una economía social de mercado y la insistencia en una supuesta «neutralidad» del Estado, han vaciado a la política de toda sustancia y sentido, la han reducido a los intereses de la economía y la han despojado de todo componente ético.

Como muchos autores lo han reconocido, entre ellos Norberto Bobbio, los procesos políticos en el modelo de democracia liberal buscan reducir la intensidad de las interacciones entre los ciudadanos y de la deliberación para evitar la inestabilidad del sistema. El liberalismo y su expresión teórica, que es el formalismo jurídico, reducen al mínimo la configuración de las libertades políticas para separar a los ciudadanos de los centros de decisión y generar un modelo de poder de carácter vertical.

Habermas, por su parte, señala tres grandes contradicciones del modelo de democracia liberal: 1. El Estado interviene en la economía para proteger la estructura capitalista y corregir los desequilibrios del mercado, no para proteger a la sociedad. 2. Las asociaciones privadas y sindicales, así como los

⁹¹ *Ibid.*, p. 288.

⁹² *Ibid.*, p. 520.

poderes financieros ocupan importantes áreas de la administración pública. 3. La desaparición de la esfera privada y la aparición de la sociedad de masas permiten la construcción del consentimiento a través de la manipulación de la opinión pública⁹³.

El filósofo alemán acepta que la práctica política en la sociedad liberal no corresponde con los postulados del constitucionalismo democrático⁹⁴:

(...) la posibilidad de la formación espontánea de opinión y de la formación de voluntad discursiva se ven limitadas considerablemente por medio de la segmentación del elector, de la competencia de las élites líderes, de la formación de opinión vertical en los aparatos de los partidos muy burocratizados, de los cuerpos parlamentarios autónomos, de las poderosas redes de comunicación y de otros elementos similares. (...). Más que presentarse como ejemplos de discursos reales, estas instituciones parecen reducir los principios de la legitimidad democrática a su *status contrafáctico*⁹⁵.

Según Habermas al liberalismo le hace falta un lenguaje que le permita articular la libertad individual y la libertad política; carece de una metafísica para reasumir las contradicciones sociales, la experiencia singular y el desacuerdo como partes constitutivas del sistema; no provee de formas alternativas (no jurídicas) para articular las contradicciones del sistema. La inexistencia de otros referentes de acción política que los institucionales, dice Marcos Roitman «obliga a los ciudadanos a aceptar el modelo que se ofrece sin poder oponer resistencia»⁹⁶.

Al desarticular la política de sus fuentes sociales, despolitizar el conflicto y conducirlo a través de sus representaciones jurídicas, el modelo liberal produce la destrucción del tejido social y una saturación del sentido de las prácticas del Estado. Esto constituye un peligro muy grande, dice José Nun, distinto a aquel contra el que advirtió Huntington (una participación excesiva del pueblo), que es la pérdida de credibilidad del régimen político, de las instituciones y procedimientos que lo caracterizan, en donde los ciudadanos cuentan menos y los grupos de presión más⁹⁷.

⁹³ Habermas, Jürgen. "The structural transformation of the public sphere". Citado en: Cohen, Jean y Arato, Andrew. *Op. cit.*, *supra* nota 18. p. 279-282.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 265.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 441. (el subrayado es de Habermas).

⁹⁶ Roitman, Marcos. "La democracia es el adjetivo, no el sustantivo". La Jornada. México D.F. 10 de octubre de 2006.

⁹⁷ Nun, José. *Op. cit.*, *supra* nota 47. p. 154.

En el Estado social de derecho, que es la forma que ha adoptado la democracia contemporánea, subsisten un conjunto de tensiones y antinomias entre libertad y justicia social que son consecuencia del carácter privilegiado que tiene la forma de propiedad capitalista en el sistema, que permite que unas pocas personas, como lo observa José Antonio Estévez Araujo, «tengan poder suficiente para adoptar decisiones que afectan la libertad o el bienestar general»⁹⁸. No obstante lo anterior, lo que ha sido denominado por la sociología como el «Estado asistencial» le ha dado a la democracia una cierta credibilidad como forma de vida y como modelo de estabilidad política.

Aunque en un contexto de creciente exclusión socioeconómica, considerada como un «resultado necesario del sistema» (incluso cuando alcanza niveles preocupantes como en América Latina)⁹⁹, el Estado de bienestar no ha sido desmantelado, la globalización de la libertad económica ha alterado la capacidad del Estado para controlar la política económica; como lo observa David Held el desarrollo de la tecnología y el libre flujo del capital han rebasado las fronteras y controles gubernamentales, poniendo en peligro las políticas antiinflacionistas y de financiamiento del Estado¹⁰⁰.

En este sentido es significativo, con respecto de la concepción que tiene del derecho, que el liberalismo al mismo tiempo que postula la consolidación de un **Estado democrático mínimo** que ponga fin al modelo de bienestar social, demanda la intervención capital del Estado como última **ratio** para garantizar los daños en el sistema financiero producidos por las crisis económicas y la especulación financiera, así como para proveer de un aparato abocado a la seguridad pública y la protección de la propiedad privada.

Las contradicciones internas del modelo de legalidad liberal deben empujar a la democracia, de acuerdo Luigi Ferrajoli, hacia una reinterpretación del derecho privado, que integre las libertades fundamentales y los derechos colectivos y que genere referentes normativos alternativos en el derecho civil¹⁰¹. No obstante, de acuerdo con Marcos Roitman, esto es impensable

⁹⁸ Estévez Araujo, José Antonio. *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*. Madrid, Trotta, 1994. pp. 110 y 111.

⁹⁹ América Latina es la región con la mayor desigualdad en el mundo, en ella el régimen liberal-democrático ha pretendido ser implantado sin muchos resultados en los marcos de una sociedad escindida, donde el Estado comparte el ejercicio del poder con estructuras de dominación informal, lo que generan pobreza y polarización social.

¹⁰⁰ Held, David. *Op. cit.*, *supra* nota 2. p. 372.

¹⁰¹ Luigi Ferrajoli propone distinguir en el derecho civil entre el derecho de propiedad como un derecho fundamental que concierne a todos los miembros de la comunidad (redefinido como “derecho contra el mercado y contra la mayoría”), y propiedad privada como un derecho patrimonial, “que corresponde a cada uno de sus titulares con exclusión de los demás”.

dentro de los marcos del constitucionalismo liberal, donde la frontera entre lo público y lo privado «está trazada de una vez para siempre» y donde los asuntos «privados» no pueden politizarse¹⁰².

2.3. LA DEMOCRACIA REPUBLICANA Y PARTICIPATIVA COMO PRINCIPIO DE SOBERANÍA POLÍTICA. UNA LECTURA NORMATIVA DE LA DEMOCRACIA.

2.3.1. El concepto republicano y participativo de la democracia.

La primera perspectiva de la democracia, la lectura normativa, como hemos visto tiene su origen en la tradición de pensamiento historicista que sitúa el *locus* de la democracia en la sociedad civil, como última instancia del ejercicio del poder. Esta tradición nos ofrece una lectura de la democracia que confía en el derecho como un principio de autoentendimiento y reconocimiento de la sociedad, donde la soberanía es el resultado de la constante participación y control por parte de la ciudadanía. En este contexto cree que identidad política entre la sociedad y el Estado es el resultado de la acción de la sociedad civil, y confía que el Estado de derecho como principio de publicidad puede conducir hacia el autoentendimiento y de absorber el conflicto social.

Las fuentes políticas de este pensamiento son diversas, podemos encontrarlas tanto en la Constitución de Atenas¹⁰³ como las comunas del siglo doce y trece en España, Italia o Inglaterra; en la experiencia de las comunidades autónomas de Nueva Inglaterra del siglo dieciocho o en la de la *Comuna de París* de 1871, donde el concepto de *res publica* se liga más a los principios de autonomía, autogobierno, publicidad y control, que al concepto de «Estado de derecho» o «fuerza de la ley».

Nicolás Maquiavelo, J. Jacques Rousseau y Alexis de Tocqueville, cada uno desde su perspectiva y en su momento histórico, pensaron en un modelo de República en el sentido aristotélico, donde los principios de solidaridad son la

Ferrajoli distingue en el derecho a la propiedad dos componentes: como libertad por la cual todos tienen derecho a un patrimonio, y como supuesto concreto, como derecho subjetivo que nace de una acción patrimonial real, que no es en sí un derecho fundamental sino una acción que se ejerce contra otro, en oposición a los demás. Ferrajoli, Luigi. *Op. cit., supra* nota 55., pp. 31, 52 y 114-115.

¹⁰² Roitman, Marcos. *Op. cit., supra* nota 50. p. 78.

¹⁰³ El *Demos* en Grecia estaba formado por una *ekklesia*, un consejo de representantes, varias magistraturas y comisiones por atribución, regla, sorteo, elección, rotativas.

fuentes de integración social¹⁰⁴. Ellos defendieron una concepción normativa y republicana del *bien común* como un *bien colectivo*, que incluye una pluralidad de formas de vida y que propugna porque los problemas de la comunidad sean resueltos mediante la participación de todos los ciudadanos en el espacio público.

Esas ideas inspiraron a las llamadas «comunidades antifederalistas» de la Unión Americana que no estuvieron presentes en la Convención Federal y que no cuestionaban el federalismo sino la representación, que «podía ser aceptada siempre y cuando «i) se consagraran elecciones directas en todos los casos; ii) se establecieran mandatos de un año; iii) aumentara el número de representantes y iv) se reconociera el poder de revocación»¹⁰⁵. En esta tradición también podrían incluirse las diversas experiencias autogestionarias del anarco-socialismo del siglo diecinueve, entre las que destaca la *Comuna de París*¹⁰⁶ entre marzo y mayo de 1871. Asimismo se toma nota de la experiencia de los soviets (antes que se convirtieran en un instrumento corporativo del partido único) y la tradición consejista entre cuyos teóricos se podrían a León Trotsky, Rosa Luxemburgo, Antón Pannekoek, Karl Korsh, junto con el anarcosindicalismo ruso y español.

La llamada «democracia participativa» tiene su origen en la crítica de teoría formalista de la democracia, que era la base de la libertad política liberal. La dogmática jurídica, como lo señala Ambrosio Velasco, limita los significados procesales y materiales de la democracia a los mínimos necesarios para el funcionamiento del sistema, en el marco de una noción estatalista de la representación, la democracia y la soberanía, a las que ve como funciones internas y donde el ciudadano carece de instrumentos de acción política. Esto según Ambrosio Velasco produce la homogeneidad de los principios de reconocimiento del sistema y la formación una cultura política contraria a las diferencias¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Velasco Gómez, Ambrosio. *Op. cit., supra* nota 1. p. 222.

¹⁰⁵ Gargarella, Roberto. *Crisis de la representación política*. México, Fontamara, 1997. p. 45. Gargarella sostiene que los "padres fundadores", tanto James Madison como Thomas Jefferson, rechazaban toda intervención activa de la ciudadanía en política; temían a las asambleas y las discusiones mayoritarias y consideraban a la democracia como un gobierno de muchedumbres incultas". *Ibid.*, p.93.

¹⁰⁶ En "*La guerra civil en Francia*" Carlos Marx señala que la Comuna ofreció un modelo de "los medios de acción del proletariado" en el camino a su emancipación: junto con la supresión del ejército permanente, la instauración del sufragio universal, la periodicidad y revocabilidad del mandato, la elección de jueces, el comunismo se basaría en principios participativos de asociación y descentralización. En: Marx, Carlos; Engels, Federico. *Obras Escogidas*. Editorial Progreso. Moscú, 1975.

¹⁰⁷ Velasco Gómez, Ambrosio. *Op. cit., supra* nota 1. p. 211–212.

A esta noción, la concepción participativa opuso una idea de la democracia como un medio para el perfeccionamiento de la convivencia de los miembros de la comunidad, una gramática normativa orientada a la autoorganización de la sociedad para vincularla con las fórmulas de organización en el Estado. En este sentido la teoría participativa sostiene la necesidad de instaurar y generalizar los instrumentos de participación, de deliberación y de control ciudadano y el perfeccionamiento de las libertades políticas democráticas, en el Estado, como una exigencia para lograr la legitimación de los cometidos del modelo liberal centrado en la representación política.

En la perspectiva republicana y participativa se considera que la democracia y el principio de Estado de derecho liberal establecen dos órdenes nomológicos complementarios cuya vinculación permitiría enriquecer los significados y la forma de ejercicio de la soberanía política. No obstante, frente a la continua imposición del principio liberal en el espacio público, y con base en la crítica de la representación democrática, se considera que la defensa del principio democrático es estratégica, no como un instrumento para proteger o darle estabilidad al régimen político, sino como un principio de acción que permitiría a la sociedad intervenir en el gobierno de los asuntos que le interesan, a través de los canales de un sistema normativo abierto e indeterminado.

La convicción que anima esta concepción es que el liberalismo no tendría otro expediente de validez para defender los derechos fundamentales y el modelo político que el que de la democracia, que estaría representada por el conjunto de procesos que vinculan de manera tangible a la norma con una voluntad política por medio de los cuales los miembros de la comunidad se pueden sentir representados. Se considera que el principio de autodeterminación en el liberalismo obliga a un sentido de comunidad fuerte, una noción de bien común, estructurado a través de un conjunto de procedimientos y foros donde la ciudadanía tiene una participación determinante en la definición de los significados normativos.

La estabilización de la democracia liberal en la forma de Estado social y el retorno del realismo economicista en el siglo pasado, no impidieron que la tradición republicana y participativa reapareciera en el pensamiento jurídico en el último cuarto del siglo, en la forma de una respuesta analítica al problema

de la democracia. Autores como Claude Lefort, José Nun, Otilio Borón, Jaime Cárdenas o Boaventura de Sousa, algunos de ellos inspirados por experiencias sociales de participación, buscan preservar a la sociedad de las tendencias totalitarias del modelo liberal, acogiendo un concepto de democracia abierto a diferentes formas de vida y procedimientos normativos¹⁰⁸.

Para este paradigma, el principio republicano de democracia sostiene un concepto de derecho que atribuye igual peso a la integridad del individuo que a la integridad de la comunidad. En este sentido, el espacio público-político tiene un significado estratégico para producir un sentido de comunidad y fundamentar el principio de obediencia, donde los individuos se reconocerían como miembros de la comunidad en la medida en que cuenten con espacios de deliberación y decisión sobre los asuntos que les afectan, sustentados en principios de racionalidad, simetría, pluralismo, igualdad democrática y proporcionalidad.

Jaime Cárdenas sostiene que a diferencia del concepto liberal de libertad como no interferencia, el republicanismo postula un concepto de libertad como no dominación, en el que no basta que la autoridad y el poder se abstengan de interferir en la vida privada, sino que es necesario que jueguen un rol activo en la eliminación de las relaciones que entrañen cualquier forma de arbitrariedad. La interferencia del Estado para cuidar del bien común no constituiría una dominación cuando está «controlada por aquellos individuos a quienes afecta y por aquellos a quienes está destinada servir»¹⁰⁹; en este sentido, dice Cárdenas, se deben crear mecanismos contra-mayoritarios de control que cuenten con la concurrencia de los ciudadanos para los procesos de decisión y sanción.

Chantal Mouffe sostiene que para avanzar en esta tarea democrática, que algunos denominan *utopía*¹¹⁰, se requiere de una multiplicación de las prácticas democráticas en todos los órdenes de la vida social, así como crear

¹⁰⁸ De Sousa Santos, Boaventura, Avritzer, Leonardo. "Para ampliar el canon democrático". En: De Sousa Santos, Boaventura (coord.). *Democratizar la democracia*. México, Fondo de Cultura Económica, 2004. p. 45.

¹⁰⁹ Cárdenas Gracia, Jaime. "The theoretical basis for participatory and deliberative democracy". En: *Mexican Law Review* 6, july-dec, 2006. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. México p. 64.

¹¹⁰ El término utopía, que puede ser traducido del griego como no-lugar o bien buen-lugar, fue usado por Tomás Moro para representar la proyección humana de un mundo idealizado. En el habla coloquial lo utópico designa un proyecto no realizable en este mundo.

«equivalencias democráticas» entre los sectores sociales para articular las demandas de los grupos y construir un concepto de comunidad política¹¹¹ donde los derechos de libertad e igualdad, que presuponen la existencia de los mismos derechos para todos, sólo puedan tener sentido de manera colectiva¹¹².

Sin duda, una buena inspiración de esta perspectiva son las palabras de Bobbio en el sentido de que la «verdadera democracia» tenía que buscarse en los contextos ajenos a la representación y al voto. Se trataría, según Bobbio, que en esto sigue a Antonio Gramsci, de ampliar las sedes institucionales y no institucionales en las que se ejerce el derecho al voto y la participación: «una democratización adicional de las formas de organización política democrática de cara a la sociedad civil y no al Estado o a la economía»¹¹³.

2.3.2. La democracia deliberativa

Las teorías discursivas sostienen que el lenguaje daría fundamento a la democratización de la sociedad a través de la argumentación y la consolidación del espacio público como espacio normativo¹¹⁴. La deliberación conllevaría la búsqueda de una respuesta, no sólo a un problema empírico sino a un problema moral. La verdad moral, dice Jaime Cárdenas, «es siempre una verdad práctica» que se construye mediante una práctica discursiva dirigida a la supervivencia y a la cooperación¹¹⁵.

Los conceptos de «auditorio universal» de Perelman, «posición original» de Rawls o «comunidad de diálogo» de Habermas, aluden al carácter deliberativo de los procesos políticos del Estado, en donde la igualdad política expresaría, según lo define David Held, no la voluntad general sino la «deliberación general»¹¹⁶ y la comunidad política sería el resultado de un diálogo realizado mediante procedimientos de carácter intersubjetivo que mantienen abiertos los canales de comunicación entre la sociedad y el Estado.

¹¹¹ Mouffe, Chantal. *Op. cit.*, *supra* nota 55. p. 39.

¹¹² *Ibid.*, p. 40.

¹¹³ Bobbio, Norberto. "The future of democracy". Citado en: Cohen, Jean y Arato, Andrew. *Op. cit.*, *supra* nota 18. p. 196-200.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 457.

¹¹⁵ Cárdenas Jaime. "Hacia otra democracia". En: Valadés, Diego; Carbonell, Miguel. *El proceso constituyente mexicano. A 150 años de 1857 y 90 de la constitución de 1917*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2007.

¹¹⁶ Held, David. *Op. cit.*, *supra* nota 2. p. 342.

En el contexto realista, la ley legítima es la expresión de la deliberación general, en la medida en que todos los individuos a los que está dirigida participan en el proceso discursivo de su formación, modo por el cual, según Jon Elster, se sentirán «predispuestos a apoyar la decisión final», ya que fueron escuchados y tomadas en cuenta, no como un acto de voluntad sino como un reconocimiento de la superioridad de las razones»¹¹⁷.

Los principios de deliberación democrática, como garantía de las condiciones imparciales de argumentación jurídica, a la que hace referencia Carlos S. Nino, y que también se encuentran expuestos por Robert Alexy en su «Teoría de la argumentación jurídica», tienen como divisa que la deliberación no quede clausurada en las esferas de decisión política (gobierno, parlamento o la rama judicial¹¹⁸), que el acto jurídico no sea resultado de un mandato o una delegación sino del diálogo entre los grupos y personas afectadas en su esfera de autonomía por ese acto.

En buena parte, la legitimidad del modelo representativo recaería en la existencia de un espacio estratégico de compromiso y deliberación que residiría en el órgano legislativo que permite presumir la racionalidad de las decisiones. El espacio legislativo en teoría debe reunir las características necesarias que garanticen condiciones de argumentación y deliberación para los representantes.

Para muchos autores, la representación liberal no satisface los principios de la deliberación, Carlos Santiago Nino considera que para ello al modelo le hace falta: 1) el reconocimiento de las necesidades e intereses de los otros, 2) la inclusión de todos los sectores de la sociedad en la deliberación pública; 3) no privilegiar intereses privados o de grupo que dificulten las decisiones colectivas; 3) favorecer la discusión que contribuya a encontrar errores de lógica y de hecho; 4) las negociaciones entre intereses, individuos y facciones basadas en sus propias fuerzas pone en peligro la igualdad; 5) la imparcialidad

¹¹⁷ Jon Elster dice que un proceso constituyente debe reunir las siguientes condiciones de deliberación: 1. Las constituciones deben ser elaboradas y aprobadas por asambleas convocadas específicamente para ese fin y no por cuerpos legislativos ordinarios. 2. Las instituciones o actores cuya conducta ha de ser regulada no deben ser parte del proceso de redacción (poder ejecutivo, judicial y los militares). 3. El proceso debe contar con elementos de secreto (debate en comisiones) y de publicidad (discusiones en la asamblea plenaria); mediante el secreto las concesiones mutuas pasan a primer plano, mientras que la publicidad favorece las actuaciones *pour la galerie* (para la galería). 4. La composición de la asamblea debe utilizar el sistema proporcional. 5. Se deben reducir al mínimo las amenazas que influyan en las deliberaciones. 6. Ratificación popular por referéndum. Elster, Jon. "La deliberación y los procesos de creación constitucional". En: Elster, Jon (comp.). *La democracia deliberativa*. Barcelona, Gedisa, 2000. p. 153.

¹¹⁸ Cfr. Cárdenas Gracia, Jaime. *Op. cit.*, *supra* nota 115.

debe derivarse de un consenso en las decisiones en un proceso inclusivo de participación y deliberación¹¹⁹.

2.3.3. La democracia participativa

Los instrumentos internacionales de derechos humanos reconocen que el derecho político de concurrir en la adopción de las decisiones de los poderes públicos es un derecho fundamental. Los ciudadanos, dice el texto del artículo 46 del Pacto de Internacional de Derechos Civiles y Políticos, «tienen el derecho a participar en el gobierno directamente o a través de sus representantes libremente elegidos». En el modelo liberal-democrático esto se reduce al acceso a los cargos públicos y la participación en elecciones de representantes¹²⁰; fuera de estas fórmulas el liberalismo no asegura otra forma de participación política a los ciudadanos que la de asumir un papel activo como opinión pública.

Distintos autores han puesto en duda que los procedimientos representativos y electivos, privilegiados en la configuración del modelo de democracia liberal, agoten los procedimientos de representación de la pluralidad social. Las debilidades del modelo para cumplir con las expectativas del conjunto de sectores sociales, ponen de relieve la necesidad de incluir la opinión de los grupos excluidos, así como de buscar una mejor articulación entre representación política y participación popular. Se alude, según Leonardo Avritzer, a la necesidad de un «ensanchamiento de las formas de participación» que dé mayor legitimidad práctica y discursiva a las decisiones¹²¹.

Para la teoría minimalista de las reglas del juego, como lo observa Chantall Mouffe, esto supone una nueva fase que consiste en descubrir nuevos métodos más democráticos para la toma decisiones¹²² que permitan introducir en el sistema elementos que vinculen a los ciudadanos con los representantes más allá de la jornada electoral. El ciudadano, dice Jaime Cárdenas, no puede ser

¹¹⁹ Nino Santiago, Carlos. *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, España, Gedisa, 1997, pp. 154-198. Citado en: Cárdenas Gracia, Jaime. *Op. cit.*, *supra* nota 109. p.58.

¹²⁰ El derecho de participación política se encuentra también en el Artículo 21 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; en el Artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; en el Artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

¹²¹ Avritzer, Leonardo. "Modelos de deliberación democrática". En: De Sousa Santos, Boaventura. *Op. cit.*, *supra* nota 108. p. 492.

¹²² Mouffe, Chantal. *Op. cit.*, *supra* nota 55. p. 133.

un rehén en las etapas interelectorales¹²³, por lo que el modelo representativo requiere de una modificación «en cada una de sus cuatro etapas: debate, mandato, control, y acción de gobierno», que incremente sus componentes deliberativo y participativo¹²⁴.

Una mayor participación entraña que el ciudadano tenga armas jurídicas para participar: si no existen instrumentos jurídicos y políticos que **incorporen la participación ésta no se va a producir (...)** La participación depende de que los ciudadanos esperen obtener resultados concretos **(...); si el ciudadano no dispone de estos mecanismos entonces siempre va a incumplir la ley**¹²⁵.

El «procedimentalismo participativo» surgiría en este contexto como una corriente teórica que impulsa una concepción del derecho que busca fortalecer los medios participativos y de control, como instrumentos necesarios para la corrección y superación de las deformaciones oligárquicas del modelo liberal, así como para introducir en el régimen político nuevas formas de participación política como parte del proceso constituyente que realiza la soberanía política. Para esta corriente, la tarea democrática fundamental en el Estado contemporáneo sería la introducción en la Constitución de mecanismos contra-mayoritarios de carácter ciudadano, con atribuciones de control y fiscalización del ejercicio del poder en todos los niveles, incluidos los poderes fácticos.

Esto obligaría a elaborar un concepto fuerte de Constitución política que contribuya a la resemantización de la democracia: que la vincule con la «autogestión social de la política»¹²⁶, que disuelva el concepto de autoridad como algo separado de la sociedad civil¹²⁷ y que proyecte a la ciudadanía hacia la libertad civil, integrando las funciones de gobierno en el ámbito de la vida pública y otorgando a las organizaciones ciudadanas y sociales su gestión¹²⁸. Para Enrique Dussel el concepto de «mandar-obedeciendo», reincorporado en el pensamiento político liberal por el EZLN, constituye un principio necesario de

¹²³ Cárdenas Gracia, Jaime. *Op. cit.*, *supra* nota 36. p.305.

¹²⁴ Cárdenas Gracia, Jaime. *Op. cit.*, *supra* nota 115. p.160.

¹²⁵ Ortiz Leroux, Jaime. "Las instituciones a examen. Entrevista con el Dr. Jaime Cárdenas". En: Revista *La Guillotina* 57. Primavera del 2007. México. p. 52.

¹²⁶ Rivadeo, Ana María. "La reinención democrática de la Nación". En: Bejar, Raúl y Rosales, Héctor. *La Identidad nacional mexicana como problema político y cultural*. México, Siglo veintiuno editores, Universidad Nacional Autónoma de México, 1999. p. 189.

¹²⁷ Esteva, Gustavo. *Op. cit.*, *supra* nota 40. p. 308–310.

¹²⁸ Rivadeo, Ana María. *Op. cit.*, *supra* nota 125. p.188.

reinterpretación del ejercicio de la soberanía democrática que siempre puede ser traducido en nuevas prácticas políticas e institucionales¹²⁹.

En la ciudadanía, como sujeto del régimen, recaería la obligación de explorar nuevas formas y procedimientos para de ejercicio democrático, que permitan a los representados controlar «el contenido de las decisiones de los representantes»¹³⁰. En esta perspectiva, la participación política de la ciudadanía podría desarrollarse en dos ámbitos:

1. Participación institucional en los contextos administrativos, legislativos, jurisdiccionales y participativos del Estado contemporáneo. Esta forma de participación expresa un nivel de integración formal de la sociedad, que depende de varios factores: régimen político, diversidad de instrumentos de participación, cultura política, nivel de igualdad fáctica al interior de la sociedad, expectativas de los miembros de la comunidad.

En los contextos institucionales existen distintas formas de participación: sufragio universal, partidos políticos, elección de representantes, participación en cargos de representación, reelección y revocación de representantes, refrendo y derogación de normas; instrumentos abiertos de acceso a la justicia común y constitucional, jurados, cabildo abierto, presupuesto participativo, mecanismos de control ciudadana de la administración.

Como parte de los contextos de participación institucional, la democracia liberal considera que la participación democrática es un complemento de la democracia representativa, identificada como la base del Estado moderno, que le permite fortalecer sus nexos con la sociedad y dar mayor legitimidad a sus decisiones

2. La participación no institucional. Esta forma de participación no forma parte de los canales institucionales mediante los cuales se establecen las políticas públicas, lo que no excluye su carácter normativo, ni su inclusión en la jurisprudencia constitucional como un derecho del ciudadano. Como parte de los derechos civiles de expresión, asociación y protesta, la participación no

¹²⁹ Cfr. Dussel, *Enrique. Veinte tesis de política*. México, Siglo veintiuno editores, 2006.

¹³⁰ En la nota a pie de página de la sentencia del caso *United States v. Carolene Products Co.*, la Suprema Corte considera que los procedimientos participativos son el medio "para asegurar la derogación de la legislación no deseada". La cita de la sentencia *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938) está en: Estévez Araujo, José Antonio. *Op. cit.*, *supra* nota 98. p. 141.

institucional está dirigida a impactar a la opinión pública como instancia moral de apelación en la comunidad, o bien a ejercer las formas de autogobierno en comunidades de identidad.

Entre las formas de participación no institucional se encuentran: la promoción de intereses sociales, la autoorganización ciudadana, las actividades comunitarias y particulares, las manifestaciones de protesta, la desobediencia y la resistencia civil. Existen diversas experiencias de articulación autónoma ciudadana en el mundo que generan un poder social, y que en muchos casos han impulsado cambios culturales e institucionales a nivel nacional o local: la independencia de la India fue obtenida mediante el ejercicio de desobediencia civil; los regímenes de *apartheid* en Estados Unidos y en Sudáfrica fueron revocados mediante el ejercicio de la desobediencia civil y la formación de consejos ciudadanos; la creación de los *caracoles* y las *Juntas de Buen Gobierno*, son expresión de autogobierno de las comunidades indígenas zapatistas en Chiapas.

Siguiendo a Jaime Cárdenas, no sólo los partidos, sino también los sindicatos, organismos sociales, ciudadanos y empresariales, etc., son espacios naturales para la organización de los ciudadanos, que podrían tener un papel muy importante en el fortalecimiento de los procesos deliberativos y participativos de las sociedades liberales si se organizaran en torno a posiciones ideológicas y no en torno a intereses económicos¹³¹, y no estuvieran encadenados a los mecanismos de la democracia de elites

La pluralización cultural del sistema político.

El crecimiento de las experiencias participativas en el mundo en los últimos años tiene que ver, en buena medida, con el surgimiento de una nueva institucionalidad republicana que vincula la pauta democrática con la pluralidad cultural¹³². La integración por parte del sistema constitucional de las diferenciaciones legítimas de orden cultural que se producen en el interior de la sociedad, abre la posibilidad para la pluralización del acto político a través del principio que Miquel Caminal denomina «asimetría positiva»¹³³.

¹³¹ Cárdenas Gracia, Jaime. *Op. cit.*, *supra* nota 115. p. 160.

¹³² De Sousa Santos, Boaventura, Avritzer, Leonardo. *Op. cit.*, *supra* nota 108. p. 69.

¹³³ Para Miquel Caminal la asimetría positiva es principio federalista que se traduce en la pluralización del acto político, en un ejercicio constitucional diferenciado de los derechos políticos que procede de la específica naturaleza cultural de la

La democracia se expresaría en este contexto, como dice Will Kimlicka, como un principio de diversificación de los instrumentos por medio de los cuales la colectividad se gobierna. El Estado democrático producto de las «*luchas por el reconocimiento*» se fundaría, según María Teresa Uribe, sobre una nueva matriz que no es Estado-céntrica sino descentrada y con múltiples puntos nodales de significación, que le otorgan diversos sentidos y direcciones a las tensiones y conflictos de la vida social¹³⁴.

En esta perspectiva hace falta una reinterpretación de los sistemas constitucionales democráticos conforme con su capacidad para acoger diversas formas de vida y principios políticos, es decir de la existencia en su seno de las garantías judiciales y constitucionales para asegurar a los miembros de una comunidad cultural, la protección de su cultura y su lengua, así como el pleno ejercicio de los derechos políticos de autogobierno a través de sus propios instrumentos¹³⁵.

*La e-democracia*¹³⁶.

El concepto de *e-democracia* (*Cyber-democracia* o democracia digital) define la participación de los ciudadanos y las comunidades de identidad en los procesos democráticos mediante el uso de tecnologías de la información y la comunicación (TIC)¹³⁷. Según sus promotores, la naturaleza y configuración de las TIC facilitarían el tipo de procesos comunicativos y participativos propios de la democracia, fomenta el entramado comunicativo como acción transitiva que «crea comunidades reales y virtuales», desarrolla las identidades, hace posible nuevos espacios públicos, incrementa la reflexión política y fortalece las autonomías sociales¹³⁸.

identidad del ciudadano como parte de una comunidad de vida. Cfr. Caminal, Miquel. *El federalismo pluralista. Del federalismo nacional al federalismo plurinacional*. Barcelona, Paidós, 2002. Ver también: Taylor, Charles. *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

¹³⁴ Las ideas en torno a Will Kimlicka en torno a la ciudadanía multicultural se encuentran en: Uribe, María Teresa. "Emancipación social en un contexto de guerra prolongada" En: De Sousa Santos, Boaventura. *Op. cit., supra* nota 108. p. 190.

¹³⁵ Ortiz Leroux, Jaime. "No hay autonomía sin ciudadanos": En: *La Guillotina* 54. Primavera del 2005. México. p. 23

¹³⁶ El término e-democracia se origina en los esfuerzos cívicos *on line* realizados en Minnesota en 1994 por parte del grupo "e-democracy Minnesota", para promover la participación ciudadana en los procesos políticos del Estado a través de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC). Este grupo posee los derechos del nombre e-democracy para su uso comercial. Cfr. <http://e-democracy.org/>, consultada el 11 de noviembre de 2006.

¹³⁷ Un antecedente del concepto e-democracia es *Teledemocracy* asociado a la democracia deliberativa acuñado por el científico político Ted Becker en 1981 Gilman, Robert. *Teledemocracy. An Interview With Ted Becker*, En <http://www.context.org/ICLIB/IC07/Becker.htm>.

¹³⁸ Almirón, Nuria. *La prehistoria de la Web*. En: <http://www.almiron.org/index2.html>, consultada el 20 de noviembre de 2006.

La **e-democracia** extrapola al campo político la experiencia del **Internet** en el marco de las relaciones económicas. Así como la introducción de las TIC dio un fuerte impulso al comercio, en el campo político daría promovería nuevas formas de ciudadanía, organización y movilización de la sociedad. Se considera que las TIC favorecen la participación y la deliberación entre los ciudadanos¹³⁹, porque establecen relaciones horizontales; son herramientas orientadas a promover la organización social, a difundir eventos y noticias, que contribuyen a la formación de la opinión política¹⁴⁰. Las TIC también ofrecerían soluciones para garantizar a los principios de certeza e inmediatez de los procesos electivos.

Nuria Almirón observa la existencia de dos modelos en la aplicación de las TIC en los procesos políticos¹⁴¹, i) un concepto político, que ve estas como parte de los procesos de decisión política fundamental; ii) un concepto administrativo, que ve en las TIC a auxiliares de los procesos estatales de toma de decisiones.

El concepto político propone explorar nuevas vías para la toma de decisiones que incorporen la participación ciudadana, el pluralismo y la responsabilidad colectiva, como elementos constitutivos del proceso. El uso de las TIC estaría orientado hacia la innovación de las formas de autogestión social, la generación de mecanismos de deliberación autónomos y un replanteamiento de las instituciones democrático-representativas.

El concepto administrativo promueve la aplicación de las TIC en los procesos de gobierno, para facilitar la toma de decisiones. El **e-gobierno** se concentra en el funcionamiento del sistema y no en la lógica que rige la toma de decisiones. La incorporación de las TIC en este caso supone la renovación del marco institucional para lograr una efectiva prestación de los servicios de la administración, o bien como mecanismo de consulta, diálogo y transparencia que permite acercar a gobernantes y gobernados¹⁴².

¹³⁹ Martín Granados, Ignacio, *Los actores políticos e Internet. Retos y cambios en la política tradicional* [Conferencia] // VI Congreso AECPA. Barcelona : Facultad de Ciencias Políticas y Sociología. Universidad Complutense de Madrid, 2003.

¹⁴⁰ Entre las diversas modalidades de participación están: páginas *web*, *weblogs*, *email*, foros de discusión, listas de correo, *chat*, SMS, video-conferencias, manifestaciones virtuales, recogidas de firmas, encuestas, etc. Por otra parte, la tecnología jugaría un papel central en la configuración de un sistema basado en el voto directo de la ciudadanía sin la intermediación de las instituciones representativas.

¹⁴¹ Almirón, Nuria. *Op. cit.*, *supra* nota 144.

¹⁴² El *e-government* puede ser considerado como e-democracia en la medida en que su utilización induce a la democratización del acto administrativo y cambia el rol del ciudadano en el mismo. En este contexto han surgido diferentes experiencias (y se prevé un incremento de las mismas) centradas en la prestación de servicios de información y

Para C. B. Macpherson, la aplicación de las TIC en los procesos políticos y legales, conlleva un alto grado de innovación formal y normativa en la búsqueda de fórmulas de participación política que complementen el modelo de representación. Esta interpretación de las TIC estaría inspirada en la experiencia de varios estados de la Unión Americana, donde en el nivel local del *county* existen multitud de temas que son decididos por referéndum o por consulta.

No obstante, para C. B. MacPherson la *e-democracia* presenta «graves problemas de coherencia internos con los principios de la acción comunicativa, que alejan a este enfoque de las teorías de la democracia participativa»¹⁴³, debido a que su uso en la sociedad liberal constituye un bien privado, característica que más que reforzar la capacidad intervención de la ciudadanía en los asuntos públicos, se orienta hacia reforzar la capacidad de control y gestión de los gobiernos, así como del poder de los medios masivos.

El limitado acceso de la población a los medios tecnológicos en la mayoría de los países, acusa MacPherson: «no ha generalizado escenarios activos de participación ciudadana en la vida política sino que sólo se ha utilizado como mecanismo para mejorar los servicios existentes»¹⁴⁴. La *brecha digital*, la

administración online, que permiten transparentar la información de cualquier área de (servicios, planes, programas, legislación, reglamentos, gasto, presupuesto, convocatorias, concursos, etc.); y ofrecen mayor calidad en la realización de trámites, pagos, procedimientos y recursos; también son relevantes para una adecuada prestación de servicios en el campo de la salud y la educación. En los Estados Unidos, la administración federal ofrece un porcentaje superior al 80% de servicios tributarios *online*; en Singapur un 77% de los servicios de la administración pueden realizarse *online*; el sistema e-Europa permite a los habitantes de los países de la Unión Europea utilizar internet para acceder a cualquier servicio público. Por otra parte se encuentran la llamada e-legislación, que consiste en sistemas especializados de apoyo del legislador como acceso a proyectos de ley, comisiones parlamentarias, debates, informes, consultas, bibliotecas y fondos documentales, que incluye además sistemas electrónicos de votación, de conteo, publicación y argumentos, acceso a programas electorales y grabaciones de los debates parlamentarios.

Otra modalidad de aplicación es la participación ciudadana en los procesos de decisión de la administración, que aunque puede tener un gran peso específico en la toma de decisiones públicas en los países desarrollados, el nivel de participación todavía carece de legitimidad. Algunas localidades de Suecia atestiguan la posibilidad de utilizar este medio para integrar a la ciudadanía en los procesos de decisión, transparentar el destino de los recursos públicos y tematizar los problemas de la comunidad. El municipio de Bollnäs condujo su proceso consultivo utilizando un foro de discusión electrónico, *Diálogo Bollnäs* (<http://www.dialogen.bollnas.se/webred/webred.nsf/Startsid.a2?OpenForm>, consultada el 13 de noviembre de 2006); a ésta iniciativa se sumaron los municipios de Kalix, Svedala, y el distrito de Norrmalm en Estocolmo. La consulta es una fase previa a la toma de decisiones, que se realiza a través de los representantes que determinan las directivas de la propuesta; la forma y la estructura del dialogo entre los votantes y los representantes son determinadas por los órganos municipales, los consejos de condados y las regiones. Estos niveles usan diferentes métodos de consulta y diálogo entre el público y los políticos: comités de propuesta, consejos locales de gobierno, sesiones conjuntas con los consejos, iniciativas ciudadanas en los consejos. El sistema de plenos interactivos establece una plataforma donde los ciudadanos presentan propuestas para tratar en el pleno, al que posteriormente pueden acceder de forma virtual para intervenir. La elección de los métodos y mecanismos son deliberativos. Los representantes toman las decisiones al final del proceso. <http://www.ahus.kristianstad.se/Ahus2024/Index.htm>, consultada el 13 de noviembre de 2006.

¹⁴³ C.B. MacPherson "Foreword to *Leviathan by Thomas Hobbes*". Citado en: Martín Granados, Ignacio. *Op. cit. supra* nota 145.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

distancia entre la minoría que tienen acceso a las TIC y la mayoría excluida de su goce hace imposible la realización de las aspiraciones de la e-democracia¹⁴⁵.

Por otra parte, como lo observa Manuel Castells, los recursos tecnológicos no proporcionan soluciones a la democracia sino que generan una nueva dinámica política que el caracteriza como «política informacional», a través de canales de comunicación no controlados que en lugar de reforzar la democracia proporcionan una plataforma amplia para que se proyecte la crisis política¹⁴⁶. Más que dar alternativas, el *Internet* se consolidaría como un nuevo espacio en el que se reflejarían las contradicciones y desigualdades económicas, políticas y sociales.

En este sentido, la tecnología no resuelve los problemas de participación política sino sólo la forma de percibirlos. Mientras no exista una plataforma para el uso de las TIC orientada a proteger libre intercambio comunicativo, su seguirá favoreciendo la concentración de poder. Frente a esto, la sociedad debe pugnar por abrir nuevos espacios de comunicación en la red, porque las regulaciones sobre el tráfico traten con igualdad a los usuarios y porque el *Internet* se mantenga como un medio libre¹⁴⁷.

2.3.4. Las contradicciones del paradigma republicano. Una crítica realista de la democracia participativa.

Como parte de su teoría comunicativa, Habermas dice que la comunicación encuentra su límite en el contexto fáctico mediante el cual se realiza, donde junto con un sentido de «autoentendimiento», se producen otras orientaciones del discurso. En este sentido cuestiona que el modelo republicano de la democracia haga «depender en exceso el proceso democrático de las virtudes del bien común»¹⁴⁸, se concentre en el «autoentendimiento» del principio normativo y olvide que en la sociedad liberal la comunicación no se reduce a

¹⁴⁵ En los países de Latinoamérica cuando mucho uno de cada diez ciudadanos tiene acceso a Internet, este dato tiene que valorarse además de acuerdo con el perfil del usuario: nivel socioeconómico (mientras mayor nivel de renta mayor acceso), género (las mujeres tienen menos acceso que los varones), edad (los menores de 25 años son más afines a las nuevas tecnologías), nivel educativo (a mayor nivel educativo mayor contacto con las nuevas tecnologías). Datos tomados de <http://www.inegi.gob.mx>, consultada el 25 de noviembre de 2006. Fuente: INEGI

¹⁴⁶ Castells, Manuel. *La Galaxia Internet. Reflexiones sobre Internet, empresa y sociedad*. Plaza & Janés, Madrid, 2001.

¹⁴⁷ Para ello es indispensable limitar a los proveedores de *Internet* la capacidad de interferir o discriminar el tráfico en la Web. En el Senado norteamericano se discute una iniciativa que pretende restringir el tráfico “peer to peer” en favor de los grandes consorcios mediáticos, limitando los esfuerzos por hacer de *la red* un espacio independiente de participación. Gran parte del tráfico mundial pasa a través de Estados Unidos, por lo que los consumidores de todo el mundo sufrirían las consecuencias. Las acciones contra la iniciativa legislativa en el Congreso norteamericano en: <http://savetheinternet.com/=act>.

¹⁴⁸ Habermas, Jürgen. *Op. cit.*, *supra* nota 19. p. 238.

«cuestiones referentes a la auto comprensión ética de los discursos políticos», sino que incluye además negociaciones, compromisos, intercambios comunicativos no deliberativos e interacciones no discursivas.

Para los autores realistas, las teorías de la democracia participativa se concentran en la perspectiva normativa del sistema liberal y desestiman que no es este sentido el que ordena las expectativas de comportamiento en el orden público, sino que es el que ofrece el sistema para la formación previa de preferencias. Los valores y conductas privilegiadas por el sistema liberal, de acuerdo con Adam Przeworki, ocuparían el lugar del escenario político, de modo que el ciudadano carecería de elementos diversos para poder interpretar los procesos políticos:

a) el control privado sobre las decisiones de inversión otorga a las empresas control sobre el futuro de toda la sociedad, los empresarios se hallan en una posición privilegiada para condicionar los intereses de todo **el mundo según los suyos (...)**. b) **Como los individuos pueden** comunicarse solo por la vía de los medios masivos de comunicación y el acceso a ellos se halla en gran medida regulado por el dinero y la educación, las oportunidades de coordinar las creencias se encuentren distribuidas de modo desigual. c) Los individuos deben emplear la heurística para evaluar la credibilidad de las posturas en conflicto a las que se hallan expuestos, y este empleo de la heurística posee un efecto causal independiente¹⁴⁹.

Una de sus principales debilidades de la democracia participativa y deliberativa radica, como lo señala Jon Elster, en que no ha logrado abordar a fondo el tema de la formación previa de preferencias; no ha hecho una reflexión en torno a los elementos externos al derecho que impiden su aplicación o su pleno ejercicio y que han privado al ciudadano de su capacidad de decidir sobre las formas de participación en la toma de decisiones.

La democracia participativa, como forma de autocomprensión liberal, no le ha dado la debida importancia a los elementos de poder y de dominación del sistema que hacen inviable la definición normativa. Soslaya, como explica Jorge Javier Romero, que la valoración de la experiencia política dentro la sociedad liberal no puede hacer caso omiso de su forma paradigmática mercantil y que, fuera de la economía social de mercado corporativizada, «es

¹⁴⁹ Przeworki, Adam "Deliberación y dominación ideológica". En: Elster, Jon *Op. cit.*, *supra* nota 117. p. 200.

difícil encontrar otra unidad de cálculo de los intereses ciudadanos» o de los principios de participación que el que ofrece la razón económica¹⁵⁰.

La vulnerabilidad de los procesos participativos en las sociedad liberal radicaría en que en ella la participación estaría vinculada a la obtención de prestaciones económicas por parte del Estado social, lo que se traduce en una mayor capacidad de los grupos de poder para controlar las decisiones públicas y en la corporativización de los grupos y movimientos sociales, así como su integración en los contextos institucionales que le restan potencial democrático a sus demandas.

Para los autores realistas, como es Giovanni Sartori, de la premisa de que mediante la participación continua y efectiva de los ciudadanos se logra una mayor libertad política, no puede concluirse que un aumento de la participación política garantizará la libertad política en el régimen. La lógica interna de la sociedad liberal, dice Sartori, en donde el subsistema económico tiene primacía sobre los demás órdenes sociales y donde los ciudadanos calculan los riesgos de su participación conforme sus intereses económicos, es incompatible con la participación intensa de la ciudadanía en la política¹⁵¹.

En el límite de la concepción participativa de la democracia-liberal estarían confrontadas dos nociones de democracia, una que la concibe como experimentación y otra como hábito. Las teorías participativas se inclinarían a verla como un proceso inacabado de experimentación, que abre el sistema a la indeterminación. Sin embargo la delimitación en el orden jurídico de los procesos de participación política de los ciudadanos hace de ésta un hábito, una rutina necesaria para la cancelación del conflicto en el orden de las relaciones sociales y políticas.

En este sentido, el lenguaje y el interés del republicanismo cívico, como lo señala Chantall Mouffe, se encuentran anclados en los elementos habituales de la cultura liberal: la referencia estatal, el universalismo abstracto, la homogeneidad y unidad social, la totalización de las expectativas, así como a

¹⁵⁰ Que se finca, en la capacidad de preferir una cosa sobre otra. Romero, Jorge Javier. *La democracia y sus instituciones*. México, Instituto Federal Electoral. Serie ensayos. 1998. p. 18.

¹⁵¹ A diferencia de lo que sucede en la economía una participación excesiva entrañaría consecuencias no deseadas en el funcionamiento del sistema. Sartori, Giovanni. *Op. cit.*, *supra* nota 38. p. 399.

los referentes jurídicos del individuo considerado como un sujeto autónomo¹⁵². En este contexto, la libertad política no consistiría en la posibilidad de hacer o construir una alternativa, sino en el ejercicio de una libertad preexistente, la capacidad de valorar entre alternativas dadas.

La concepción de la democracia como experimentación no puede producirse sin abandonar los elementos constitutivos del sistema liberal, vistos como «el conjunto de juegos de lenguaje que constituyen la comunidad», sin proponer un nuevo lenguaje para articular las luchas democráticas con los procesos de gobierno, sin un lenguaje político, en el sentido wittgensteiniano¹⁵³, destinado a crear nuevos usos para los términos clave de la tradición, como es el de «participación democrática», concepto que requiere, según palabras de Chantal Mouffe de una nueva praxis política que produzca «nuevos juegos de lenguaje» que a su vez hagan posibles «nuevas formas de vida»¹⁵⁴.

El error de las teorías participativas está en creer que la democracia y el liberalismo son dos órdenes nomológicos compatibles y que es posible democratizar la sociedad liberal, haciendo más complejos e intensos los procesos de participación política, que darían sentido a una noción de la democracia como autogobierno. Sin embargo las dificultades para llegar a una definición normativa de la democracia política nos muestran que la democracia y liberalismo son dos órdenes nomológicos independientes y contradictorios, que descansan en concepciones distintas de lo político en la sociedad.

2.4. EL ESTADO COMO LA CAMA DE PROCUSTO O LA MUERTE DE LA EPISTEME DEMOCRÁTICA. UNA LECTURA CRÍTICA DE LA DEMOCRACIA LIBERAL

La cultura normativo-constitucional del siglo veinte adoptó a la democracia como método de legitimación de los regímenes avanzados, cuando la divisa kantiana de la totalización de lo real en la razón, que funda el Estado liberal, ya se había empezado a revelar como algo impracticable, «un monstruo de la

¹⁵² Mouffe, Chantal. *Op. cit.*, *supra* nota 55. p. 24.

¹⁵³ Para Wittgenstein los juegos de lenguaje son una unión indisoluble entre reglas lingüísticas, situaciones objetivas y formas de vida, la tradición es el conjunto de discursos y de prácticas que nos conforman como sujetos. Cfr. Kenny, A. *El legado de Wittgenstein*. México, Siglo XXI, 1990.

¹⁵⁴ Mouffe, Chantal. *Op. cit.*, *supra* nota 55. p. 31.

razón». Cuando la democracia, por su parte, había devenido ya en Estado de bienestar y los procesos políticos habían perdido credibilidad frente a la consolidación de los poderes fácticos y el desinterés de los ciudadanos en los procesos políticos.

La segunda lectura prospectiva de la democracia liberal va poder delante del principio normativo, conlleva la imposición del principio liberal sobre el democrático como medio indispensable para salvar al sistema capitalista de rupturas democráticas radicales. En este sentido la democracia porque habría producido irradiaciones en el imaginario social en torno los principios de igualdad, libertad y fraternidad que alentaron una transformación de las narraciones pero no habría cambiado la realidad social. La democracia se convierte en un medio de justificación de la totalización de lo político en el Estado.

Esta lectura define la actuación de los regímenes políticos contemporáneos en los últimos cuarenta años, en los que la pérdida de los significados sociales de la democracia ha venido acompañada de la reabsorción por el Estado de la totalidad de su sentido. Esto precipitó la pérdida del horizonte normativo democrático en las sociedades contemporáneas, orillada por una definición posconvencional de carácter formal donde fue reformulada como un modelo procesal de intersubjetividad abierto e indeterminado con respecto de los fines.

Al absorber la totalidad de los sentidos y significados de la democracia, el Estado democrático-liberal se ha convertido en una dictadura que condensa los significados de lo político. En este sentido actúa en el orden político, de acuerdo con la metáfora de la «Cama de Procusto»¹⁵⁵, como un Estado total donde los fines del sistema sirven como la única medida del acto político, como una técnica que exprime y satura al hecho político o lo mutila para forzarlo a ocupar su concepto jurídico.

La reaparición de la norma como una técnica del Estado para la igualación de los súbditos anuncia la reaparición de las tendencias autoritarias que ven en el derecho un instrumento para crear situaciones de excepción que aseguren al

¹⁵⁵ Se le consideraba hijo de Poseidón. Procusto vivía en la montaña donde ofrecía posada al viajero; lo seducía y lo invitaba a dormir desnudo en una cama de hierro. Si la persona era alta la acostaba en una cama corta y le serraba las partes del cuerpo que sobresalían; si era baja de estatura, la invitaba a acostarse en una cama larga, donde la maniataba y descoyuntaba hasta estirla. Lo "procústeo" se refiere a la idea de que el hombre debe adaptarse a los objetos y no al revés.

Estado zonas de obediencia garantizada. Esta noción, viene de la mano de un modelo teórico de democracia (tanto lógico-formal como experimental inductivo) que pretende imponer a ésta el sentido que tiene en el contexto liberal, un medio de totalización y omnicomprensión de la experiencia política, que excluye el significado singular que pone en contradicción su sentido interno.

El triunfo del principio liberal sobre el democrático en la articulación de los regímenes contemporáneos significa la reafirmación de un sentido de bien común que opone lo privado a lo público, lo jurídico a lo moral, el individuo al ciudadano. La democracia carece de otra expresión que la que le asigna el principio de reconocimiento del sistema, ha sido separada de sus bases sociales, reducida a un adjetivo del capitalismo liberal y de un modelo oligárquico donde, como lo advierte Marcos Roitman, la igualdad de los individuos se separa de la experiencia política singular y «adopta una valoración objetiva»¹⁵⁶; un conjunto de «reglas de juego» y modelos, que configuran técnicas políticas para elegir a las elites que administrarán y gestionarán la razón de Estado.

En estas condiciones, la concepción normativa de la democracia parece más un consenso de creencias que un ejercicio efectivo de la soberanía política. Las fuentes de la política, principalmente el conflicto en el orden social, ha sido sustituidas en el imaginario por la repetición habitual de los principios de un mito racional nomológico en el que la generalidad de la regla le resta expresividad a la experiencia política y despoja de sentido al acto singular. El acontecimiento democrático y la contradicción han sido excluidos como fuente para la interpretación de la acción política.

2.4.1. La crítica posmoderna de la igualdad democrática

La fenomenología y el post-estructuralismo impulsaron en la ciencia y la filosofía la investigación y la crítica en torno del sujeto desde una perspectiva historicista, tarea que descubrió que la experiencia humana está objetivada dentro de un conjunto de prácticas discursivas que delimitan su percepción y su sentido de la experiencia. Entre estos autores, algunos analíticos otros hermenéuticos, Michel Foucault se distingue porque nunca separó la crítica de

¹⁵⁶ Roitman, Marcos. *Op. cit.*, *supra* nota 96.

la razón de la metafísica nietzscheana de la voluntad del poder. Aunque la «arqueología» foucaultiana es una voluntad de verdad, es un método que conduce a la genealogía de la dominación, Foucault no defiende la autonomía del discurso sobre la praxis sino que lo contextualiza en torno a una voluntad de poder¹⁵⁷.

El poder para Foucault es sistema disciplinario, que no puede ser reducido a su representación legal sino que actúa en distintos órdenes del cuerpo social y de la intersubjetividad humana. La forma del poder que se desarrolló en los siglos diecisiete y dieciocho separó a «las palabras y las cosas»¹⁵⁸ y desarrolló una praxis incompatible con el principio de autonomía y de soberanía política donde las fórmulas universales, como límites impuestos por la comunidad sobre el ejercicio del poder, crearon la ilusión de que el poder podía ser reducido a su forma estatal.

Según Foucault una forma de poder estratégica es el uso de la tecnología, el *deux ex machina* de la civilización (i.e. la jurisprudencia), que actúa en el orden biopolítico de la sociedad¹⁵⁹. Lo jurídico, como una tecnología brindaría una técnica de representación de lo social que permite mantener ocultos los dispositivos disciplinarios en los que radica verdaderamente la producción de lo social como forma de poder. Esto ha permitido que el ejercicio del poder político recaiga en quien controla los poderes gubernativos y en quien posee las tecnologías de sometimiento, que adquirieron relevancia en el funcionamiento del sistema como fórmulas de integración y exclusión para relacionar la libertad y la igualdad, que se aplican en la escuela, la prisión y la familia.

En el ámbito político estas técnicas serían aplicadas en los procesos de elección y representación política para autorizar el ejercicio del poder estatal en el capitalismo; las instituciones representativas, partidos, elecciones, **constituirían una 'interfase política' que conecta el plano social (biopolítico) y el estatal (político)**, mediante procedimientos heterónomos que colonializan lo social y el cuerpo que se han denominado democráticos, y que otorgan la

¹⁵⁷ Foucault, Michel. *Tecnologías del yo*. Barcelona, Ediciones Paidós, 1990. pp. 4-22.

¹⁵⁸ Foucault, Michel. *Las palabras y las cosas*. Siglo veintiuno editores, México, 2003.

¹⁵⁹ Foucault, Michel. "Historia de la sexualidad". Citado en: Cohen, Jean y Arato, Andrew. *Op. cit.*, *supra* nota 18. p. 303

autorización necesaria para mantener, en palabras de Ezequiel Adamovsky, la «gestión privada de lo social»¹⁶⁰. Según Foucault:

Concebir al poder sobre la base de estos problemas es hacerlo en términos de la forma histórica que caracteriza a la democracia de nuestras sociedades: la monarquía jurídica. Característica pero transitoria. Porque aunque muchas de sus formas han persistido hasta el presente, gradualmente ha sido penetrada por mecanismos muy nuevos de poder que probablemente no pueden reducirse a la representación de la ley¹⁶¹.

La «monarquía jurídica» que representa la democracia estaría compelida a afirmar sus procedimientos y principios «como si» representaran los significados democráticos, como una representación de lo social que, de acuerdo con Víctor Flores Olea, «se separa de la sociedad», se privatiza, se mantiene secuestrada por las técnicas de sometimiento, frente a cuyos imperativos habría vaciado sus contenidos y reducido sus procedimientos¹⁶².

En su descripción de la «sociedad del simulacro» Baudrillard denunció la forma ficticia contemporánea de la voluntad de poder y de la experiencia política. El fenómeno democrático sería un simulacro, un valor-bien-signo a través del cual se piensa y se ejerce la política¹⁶³. La representación liberal separa el escenario político de su base real, desocializa y deshistoriza al sujeto como actor político y ahonda la pérdida de sentido de la ciudadanía.

De acuerdo Jaques Derrida la igualdad jurídica funcionaría como una «hiperrealidad», una acción autónoma del poder discursivo. Esta forma de dominación política sólo puede ser transparentada mediante su deconstrucción¹⁶⁴, para descubrir los sentidos y relaciones que establece en el orden social; o bien mediante su heteroglosia¹⁶⁵ para reinterpretar su validez a

¹⁶⁰ Adamovsky, Ezequiel. "Problemas de la política autónoma: el pasaje de lo social a lo político". 12 de marzo 2006. En: <http://argentina.indymedia.org/news/2006/03/382729.php>. Consultado el 10 de abril de 2008.

¹⁶¹ Foucault, Michel. "Historia de la sexualidad". Citado en: Cohen, Jean y Arato, Andrew. *Op. cit.*, *supra* nota 18. p. 304

¹⁶² Flores Olea, Víctor. "Hacia una democracia radical". En: Villoro, Luis. (coord.). *Perspectivas de la democracia en México*. México, El Colegio Nacional, 2001. p. 58

¹⁶³ Las ideas se encuentran en "La economía política del signo" de Jean Baudrillard. Reseñadas en: Arthur Korner. "El Marx de Baudrillard". En: Picó, Josep (comp). *Modernidad y posmodernidad*. México, D.F., Alianza Editorial, 1990. pp. 293-317.

¹⁶⁴ El concepto de deconstrucción fue propuesto por el filósofo francés Jaques Derrida como una forma de lectura de los elementos de un sistema para poner al descubierto las relaciones entre el orden discursivo y la realidad como actos políticos.

¹⁶⁵ Mijai Bakhtin (o Bajtin) expuso un método de análisis literario y semiótico que explica el texto, de acuerdo con los intereses metadiscursivos presentes/ausentes en el texto. Se explica el texto, no por su análisis formal sino por el contexto cultural, político, ético o estético al que alude. Sobre Mijai Bakhtin y la heteroglosia ver: Alex Callinicos. "Marxismo y Posmodernidad". En: Picó, Josep (comp). *Op. cit.*, *supra* nota 169. pp. 268-280.

la luz de las condiciones metadiscursivas que lo hacen posible. Esta hiperrealidad hace que la autonomía política de la sociedad civil como fuente de legitimación del Estado liberal, no pueda ser representada de otra forma que no sea mediante una ficción¹⁶⁶, que crea una realidad por *fuera* del orden jurídico.

La identidad democrática de los regímenes contemporáneos se sostendría sobre la base de la exclusión del conjunto de experiencias y realidades políticas que no están dentro de la noción del bien común que, como un orden político, define el principio interno. Fuera de la razón democrática han quedado las experiencias singulares, los conflictos y las contradicciones, las posiciones del sujeto que originan derechos particulares, las diferentes formas de concebir la comunidad política, los bienes morales y culturales que no tengan cabida en la definición constitucional.

En los albores del siglo veintiuno, la noción sustantiva de igualdad, como un principio en la sociedad, sigue desvinculado del principio democrático lo que genera sociedades democráticas con relaciones desiguales e inequitativas. No obstante la significación de la palabra democracia sin duda sigue siendo parte de la disputa en las sociedades liberales para lograr la justificación y legitimación de una forma de vida y de una forma de gobierno.

La primacía de la moral individual sobre la moral política en el sistema liberal es profunda, de modo que nuestra noción de democracia está identificada con su forma liberal al punto de que otras convicciones morales parecen antidemocráticas. El orden sistémico tiene la cualidad de trivializar los conceptos y ponerlos en circulación de forma rápida y eficiente de acuerdo con las necesidades del mercado. Esto pavimentaba el camino hacia la disolución del concepto normativo de democracia y la consolidación de un tipo de Estado post democrático, como al que temía el turinés Michellangelo Bovero, donde el *Estado de necesidad* conduce a una auto-revocación de los derechos fundamentales¹⁶⁷.

¹⁶⁶ Hans Vaihinger, miembro de la Escuela de Marburg, en "La filosofía del „cómo sí" (1911), propuso el concepto de "ficción" para demostrar que los conceptos, las categorías, los principios y las hipótesis de las que se vale el saber común, las ciencias y la filosofía carecen de validez teórica, pero que son mantenidas por su utilidad práctica.

¹⁶⁷ Bovero, Michellangelo. *Op. cit.*, *supra* nota 37. p. 156.

2.4.2. Carl Schmitt ideólogo del Estado post-democrático.

Para el jurista Karl Schmitt el derecho y la política tiene una cara exotérica, *simulacrae*, que representa las relaciones sociales, y una cara oculta, *arcana*, como un principio de fuerza o un sistema de técnicas (que pueden incluir la astucia, la fuerza o el fraude) para alcanzar un fin determinado. La política y el derecho serían el escenario en el cual se construye el capitalismo; lo jurídico formaría parte, en última instancia, del dominio de las relaciones de poder y no del autoentendimiento, de modo que nunca podría establecerse un consenso sobre la base del razonamiento jurídico.

El Estado liberal, de acuerdo con Schmitt, habría sido el resultado de la aplicación de la razón de Estado como técnica jurídica. Esta máxima sociológico-jurídico-política, motivada por la necesidad de autoafirmación y ampliación del poder político, se impondría sobre la sociedad independientemente de los conflictos y problemas que surgen en ella y sin importar que su ejercicio produzca una contraposición entre el derecho y el agravio¹⁶⁸.

En este contexto, de acuerdo con Karl Schmitt, la alianza del liberalismo con la democracia en la lucha contra el absolutismo obnubiló la conciencia de la contradicción inexorable que existe el individualismo liberal y la homogeneidad democrática¹⁶⁹. La confusión entre dos extremos contradictorios, la ética liberal de la igualdad humana absoluta y el principio democrático de identidad entre gobernantes y gobernados, produce una discordancia en el régimen que contrapone el principio de publicidad de carácter político con el principio de la libertad privada como principio moral.

Es cierto que el liberalismo impulsó la crítica del ejercicio del poder desde la perspectiva individual, por eso «los conceptos liberales se mueven típicamente entre la ética y la economía» desde donde intentan hacer desaparecer lo político como fuente de interpretación del interés colectivo¹⁷⁰; pero este hecho, que el individuo sea «al mismo tiempo el termino *a quo* y el término *ad quem*» del sistema, proporciona al liberalismo un fundamento a la idea de bien común

¹⁶⁸ Schmitt, Karl. *La Dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Madrid, Alianza Editorial, 1999. p. 44.

¹⁶⁹ Schmitt, Karl. "The crisis of parliamentary democracy". Citado en: Mouffe, Chantal. *Op. cit., supra* nota 55. p. 148.

¹⁷⁰ Ver el artículo: "Rawls: Filosofía política sin política" En: *Ibid.*, p. 25.

que le impide «comprender la formación de identidades colectivas» y reconocer las formas no institucionales de la política.

Karl Schmitt dice que la vinculación entre democracia y Estado liberal afirma un sentido de autoorganización social, pero al mismo tiempo produce la escisión entre la sociedad civil y el Estado. Ya que la organización de la democracia se funda en la identidad institucional, real y completa entre gobernantes y gobernados, a la que corresponde una noción **fuerte** de bien común, pero necesariamente mitológica y contraria a la libertad individual. En un contexto de pluralidad social, el único modo imponer esa noción de bien común, dicen Cohen y Arato, sería destruir la diferencia, imponer la identidad democrática mediante la **fuerza** de la ley y las técnicas de su aplicación¹⁷¹.

La separación definitiva entre la sociedad y el Estado, según Schmitt, crea una situación de hecho que desvirtúa tanto al liberalismo como a la democracia. A esta porque «elimina la única esfera capaz de sostener los reclamos de publicidad en condiciones modernas». La discusión parlamentaria y «el sistema de protección de la libertad comunicativa» se convertirían en una formalidad vacía¹⁷², lo que se traduciría en la inestabilidad política permanente del régimen. En cuanto al fracaso del vínculo liberal Schmitt lo describe de esta manera:

(...) **la toma de poderes públicos por parte** de las asociaciones privadas lleva a la emergencia de procesos corporativistas de negociación, tratos y compromisos que soslayan los procesos públicos de escrutinio, y reducen la discusión y debate parlamentarios a un proceso **post hoc** de decisiones legitimadoras a las que se llega bajo la protección de un «conocimiento secreto». Los discursos en el parlamento ya no son esfuerzos de los representantes por convencerse entre sí, sino que buscan ahora movilizar una opinión plebiscitaria fuera del parlamento. (...) **los representantes obligados por la disciplina de partido pierden su independencia (...) se revive algo parecido al mandato obligatorio**¹⁷³.

Esta descripción ilustra con claridad el proceso de degeneración del modelo democrático-liberal en un modelo estatalista, opaco y autoreferente. La teoría de Schmitt en este contexto bosqueja dos versiones de Estado «total» a las

¹⁷¹ Las ideas de Karl Schmitt, expuestas en "The crisis of parliamentary democracy" (1923), "The concept of Political"(1932) y "The Hüter der Verfassung"(1931) están tomadas de: Cohen, Jean y Arato, Andrew. *Op. cit.*, *supra* nota 18. p. 271.

¹⁷² *Ibid.* p. 270.

¹⁷³ *Ibid.* p. 282.

que conduce la alianza liberal democrática. En la primera versión la vinculación democracia-liberalismo produce un sentido fuerte de lo político, como referencia pura que somete al sistema; en la segunda versión, la vinculación entre ambos modelos convierte a lo público en una razón «total» como consecuencia de la debilidad de la sociedad, en donde el Estado interviene «porque requiere satisfacer las demandas de los interesados»¹⁷⁴.

Aunque difiero de Schmitt en que estos factores sean atribuibles al modelo democrático en mayor medida que al liberal, su teoría política anticipa la totalización de la experiencia política en el Estado, como consecuencia de una primacía de una definición de lo público centrada, de acuerdo con quien esto escribe, en el principio liberal de seguridad jurídica como principio primado de referencia para la estabilidad interna del Estado, fundado en un concepto de derecho de carácter patrimonialista. Schmitt propone una lectura que rechaza la vinculación entre democracia y liberalismo porque condenaría al derecho a mantenerse anclado en una concepción estatalista y totalizadora de la norma.

Estado de excepción y dictadura en la teoría de Schmitt

Max Weber fue el primero en proponer la noción de democracia como «forma de gobierno» mediante la cual se introduce en la vida pública un proceso incesante de racionalización que conduce a la especialización y «tecnificación» de la vida política y social. Esta definición no implica que las decisiones de gobierno se tengan que acordar de manera democrática, sino que la democracia actúa en el sistema liberal como una técnica que permite lograr la estabilidad social y el orden político.

La fórmula democrático-burocrática descrita por Weber, dirige la administración hacia soluciones homogéneas congruentes con la democracia, en la medida que la acercan al cumplimiento de sus objetivos. La especialización burocrática no conllevaría a la legitimación de la autoridad sino a la subordinación de las técnicas y procesos a los fines del sistema, mediante la aplicación de modelos abstractos a los procesos administrativos.

El desarrollo cuantitativo y cualitativo de las tareas del gobierno, que exige una superioridad técnica a causa de la creciente necesidad del entrenamiento y de la experiencia favorece inevitablemente la

¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 276-277.

continuidad, por lo menos de hecho, de una parte de los funcionarios. Con ello surge siempre la posibilidad de que se forme una organización social permanente para los fines del gobierno, lo cual equivale a decir para el ejercicio del dominio¹⁷⁵.

La especialización de las funciones estatales como resultado de su democratización y la tendencia de la burocracia a convertirse en una fuerza autónoma son elementos observados por Weber que expresarían la separación entre acto de creación y acto de aplicación de la norma como momentos distintos de la soberanía política, fenómeno que fue advertido por Hans Kelsen y luego analizado por Karl Schmitt¹⁷⁶.

Kelsen decía que «sólo desde un criterio no realista» se podía considerar que democracia y burocracia eran términos contrapuestos, sin embargo decía que «la centralización excesiva y la autonomía del Poder Ejecutivo» creaban un escenario donde la representación y la soberanía popular pasaban a un segundo plano, lo que no concordaba con el concepto de democracia kelseniano¹⁷⁷ que se vincularía en el Estado sólo a través del parlamento. En este sentido, Kelsen cuestionaba que la democracia no podía impedir la diferenciación y especialización de las funciones del poder¹⁷⁸.

Karl Schmitt, por su parte, distinguió la norma de derecho y la norma de realización del derecho, a la que colocó en el lugar del *estado de necesidad real* del derecho que conduce a la acción formal de gobierno. Para este autor, el poder unificado de organización del Estado requiere de un poder «no vinculado democráticamente»¹⁷⁹, como lo define Hermann Heller, para poner el «procedimiento técnico-militar al servicio de la política interna»¹⁸⁰, en este sentido debe tener la más amplia libertad de decisión para que sus medidas sean siempre una orden¹⁸¹.

Para Jürgen Habermas esta característica de la administración pública hace que sus actos y decisiones «presenten siempre un grado alto de incertidumbre

¹⁷⁵ Weber, Max. "Economía y sociedad" parte II, p. 704. Citado en: Held, David. *Op. cit.*, *supra* nota 2. p. 181.

¹⁷⁶ Cfr. Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. "Tres problemas de la teoría de la validez jurídica" En: Orozco Henríquez, Jesús y Vázquez, Rodolfo. *La función judicial. Ética y democracia*. Barcelona, Gedisa, ITAM, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2003.

¹⁷⁷ Kelsen, Hans. *Esencia y valor de la democracia*. México, Ediciones Coyoacán, 2005. p. 117.

¹⁷⁸ *Ibid.*, p. 106-107.

¹⁷⁹ Heller, Hermann. "Staatslehre". Citado en: Böckenförde, Ernst Wolfgang. *Op. cit.*, *supra* nota 12. p.141

¹⁸⁰ Schmitt, Carl. *Op. cit.*, *supra* nota 174. p. 238.

¹⁸¹ *Ibid.*, pp. 257-258.

que no permite nunca anticipársele en forma completa y tampoco se la puede predeterminar normativamente»¹⁸². Con ella:

La dialéctica entre igualdad jurídica e igualdad fáctica retorna a una especie de «Estado de naturaleza», regida por criterios que surgen de los procesos de adaptación de una administración que se programa a sí misma. Las instancias ejecutivas que procesan los derechos relativos a la consecución de fines colectivos se autonomizan en concierto con sus **clientes más poderosos (...)**¹⁸³.

La definición de la soberanía política en el Estado moderno de Karl Schmitt, como la capacidad del Poder Ejecutivo para decidir sobre la excepción a la norma, parece destruir la ficción liberal que articula el ejercicio de la violencia y el ejercicio del derecho bajo principios democráticos. La soberanía política se resuelve para Schmitt como un problema de técnica de gobierno y no como un problema de autodeterminación política; la soberanía queda en manos de un poder comisarial que reclama para sí el *pouvoir constituant*, como son las facultades de disolución del parlamento y declaración del Estado de excepción, entendidas por el autor como el punto inflexión que permite concitar el apoyo popular en un sentido plebiscitario.

El Estado de excepción sería, como lo observa Estévez Araujo, un instrumento jurídico del gobernante para preservar los principios y perseguir los fines internos del sistema como es la unidad política del Estado¹⁸⁴. Como parte del Estado de excepción, la dictadura sería una forma ejercicio centralizado y disciplinado del poder estatal característico del Estado moderno, con un carácter ilimitado y cuya vinculación con la legislación ordinaria «solamente tiene validez para lo que considera ella misma como una situación normal».

La norma jurídica presupone una situación normal en la que tiene validez. La constitución puede ser suspendida sin dejar de tener validez, pues la suspensión solamente significa una excepción concreta. Se suspende la constitución *in concreto*, para proteger la misma Constitución en su existencia concreta¹⁸⁵.

Giorgio Agamben, por su parte, considera que cuando el derecho se

¹⁸² Habermas, Jürgen. *Op. cit.*, *supra* nota 19. p. 516.

¹⁸³ *Ibid.*, p.115.

¹⁸⁴ Estévez Araujo, José Antonio. *Op. cit.*, *supra* nota 98. p. 61

¹⁸⁵ Schmitt, Carl. *Op. cit.*, *supra* nota 174. p. 181.

suspende para garantizar su continuidad y la excepción funciona como razón interna de la aplicación de la regla, se genera una contradicción del sistema expresada en «la forma legal de lo que no puede tener forma legal»¹⁸⁶. Schmitt por su parte considera que el Estado de excepción no suspende la validez de la Constitución, ni impone un Estado de emergencia valiéndose de un derecho fundamentado en ella, sino que se sitúa en el momento constituyente y desde ahí actúa políticamente para crear una situación que haga posible el ejercicio de la Constitución¹⁸⁷. La suspensión de garantías sería una regla técnico-práctica de actuación de la dictadura comicial, necesaria para dar una solución de continuidad a la brecha entre anomia social y contexto jurídico.

2.4.3. El Estado de excepción como principio de sentido de la democracia liberal. Una crítica hermenéutica del Estado posdemocrático.

En su Tesis filosófica XVIII sobre «El estado de excepción», Walter Benjamín dice que éste es expresión jurídica de la catástrofe que produjo el abandono de las narraciones¹⁸⁸ que daban sentido a la práctica de autoentendimiento. Las teorías normativas no lograron subordinar el ámbito estratégico de acción política dentro del Estado de derecho, lo que ha dado como resultado un modelo de Estado construido sobre la base del Estado de excepción, «como hecho político» inherente al orden legal, que también sirve como la base para la excepción de su validez como Estado democrático.

Esta forma de «excepción incluida», presente en la democracia liberal como régimen de «exclusión originaria» de la subjetividad política¹⁸⁹, se basaría, según Giorgio Agamben, en la noción de la democracia como un medio eficiente para organizar la dominación política y para subordinar la subjetividad individual a una noción trascendente de comunidad que funciona como *Cama de Procusto* que pone la singularidad y la diferencia del sujeto a merced del soberano y donde la excepción asumiría el lugar de la regla (como Franz Kafka lo puso al descubierto en «*El Proceso*»¹⁹⁰): un principio de justificación interno

¹⁸⁶ Agamben Giorgio. *El Estado de excepción. Homo Sacer, II, I*. Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editora, 2004. pp. 23-36.

¹⁸⁷ Schmitt, Carl. *Op. cit.*, *supra* nota 174. p. 183.

¹⁸⁸ Scherpe, Klaus. "La conciencia apocalíptica de la modernidad". En: Josep Picó. *Op. Cit. Supra* nota 169. p. 374.

¹⁸⁹ Esta consecuencia de las ideas de Giorgio Agamben se basa en una idea sugerida en: Filc, Judith. "Desafiliación extranjera y relato autobiográfico". En: Amado, Ana y Domínguez, Nora (Comp.). *Lazos de Familia, cuerpos, herencias, ficciones*. Buenos Aires, Paidós, 2004. p. 216.

¹⁹⁰ Scherpe, Klaus. *Op. cit.*, *supra* nota 169. p. 365.

que permite al soberano conservar el poder mientras se restablece el *Estado de cosas*.

Para Agamben la relación entre la norma y el mundo fáctico es una relación arbitraria, no una relación contingente o empírica ni una relación lógica. Los efectos negativos de este vínculo se producen todo el tiempo: cuando el caso se subsume a la norma general, cuando se aísla la norma de la práctica concreta, cuando se pasa de una referencia virtual, cognitiva y general a una referencia concreta y singular; ahí donde la relación entre lenguaje y mundo de vida no produce ningún nexo interno que permita determinar a la norma y su forma de aplicación¹⁹¹.

Asimismo, Agamben observa que la aplicación de la norma no se encuentra contenida, ni puede ser deducida de sí misma. El significado excedente que resulta de su aplicación separa a la norma de la *fuerza de ley*, figuras que son reasumidas arbitrariamente en el Estado de excepción en la forma de una «fuerza de no ley», un Estado de necesidad donde la vigencia de la norma queda suspendida y los actos que no tenían fuerza de ley adquieren validez propia.

Esta *fictio*, por la cual «el derecho busca anexarse su propia anomia»¹⁹², es la «*fictio iuris* por excelencia», como Benjamín la definió: «un *vacuum* jurídico, ser puro de toda determinación y predicado real», una figura espectral del derecho donde el resultado del juego es la violencia pura¹⁹³. La estructura topológica del Estado de excepción sería «el lugar donde la norma y su aplicación se separan y una pura «fuerza de no ley» actúa. «(...) el umbral en el cual la lógica y la praxis se indeterminan, y actúa una pura violencia sin logos»¹⁹⁴.

De acuerdo con Agamben la existencia de una pulsión anómica en el *nomos* jurídico liberal hace que «el espacio normativo del derecho pueda ser obliterado y contradicho por la violencia gubernamental», que los contenidos queden suspendidos y se establezca un Estado «que pretende estar aplicando

¹⁹¹ Agamben Giorgio, *Op. cit.*, *supra* nota 192. p. 82.

¹⁹² *Ibid.*, p. 81-83.

¹⁹³ Las ideas de Walter Benjamín en *Ibid.*, p.115-116.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 75.

el derecho»¹⁹⁵. El Estado de necesidad es un fenómeno político común en el Estado contemporáneo, donde el discurso democrático entra cada vez más en un umbral de indeterminación y opacidad y la democracia se revela como una técnica para la administración del poder, como expresión de la expansión de los poderes fácticos.

La catástrofe del Estado liberal, idea intuida por Schmitt en su obra póstuma¹⁹⁶, adquiriría el carácter de un *simulacrae* democrático, mediante el cual se justifica la aplicación de medidas de emergencia en el Estado, y se resumiría en el resurgimiento de los *arcana imperii*, (los poderes invisibles, el secreto, las disposiciones jurídicas incoherentes, la negación y eliminación de adversarios políticos, la exclusión de ciudadanos, las astucias y el avasallamiento del poder) como principio de afirmación de poder en el Estado post-democrático.

A esto ha conducido la paulatina sustitución del principio liberal del bien común como libertad individual en El Estado de derecho, por el paradigma de la «seguridad nacional», donde el *Estado de naturaleza* reaparece en mayor escala y la sujeción al *Leviatán* (en la forma de imperio de la OTAN) degenera en una guerra holística, ilegal e ilegítima contra la población, como técnica de gobierno que hace coincidir la emergencia político-militar con la emergencia económica¹⁹⁷.

Esto se expresa en el rearme de los aparatos estatales, que convierte al Estado de derecho en un «Estado de seguridad», como define Habermas al Estado que «produce tal cantidad de riesgos contra la seguridad jurídica, que los bienes amenazados sólo pueden protegerse mediante una ampliación del aparato de *surveillance* del Estado»¹⁹⁸.

La crisis del derecho como principio normativo, a la que también hace referencia Luigi Ferrajoli¹⁹⁹, viene acompañada de un cambio de los lugares del ejercicio de la soberanía, desplazando las decisiones en materia militar, política monetaria y gasto social fuera de los confines del Estado y arrastrando la soberanía política hacia los mercados financieros. Los gobiernos tienen menos

¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 156.

¹⁹⁶ "Teología Política", obra póstuma de Carl Schmitt. Citada en: *Ibid.*, p. 109.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 45.

¹⁹⁸ Habermas, Jürgen. *Op. cit.*, *supra* nota 19. p. 519

¹⁹⁹ Ferrajoli, Luigi. *Op. cit.*, *supra* nota 55. p. 16.

control efectivo sobre los bienes y recursos en su territorio, las funciones del Estado se privatizan y se deterioran los niveles de vida.

El «exterior constitutivo» del marco constitucional contemporáneo, como hecho político y económico independiente, produce la destrucción del sentido jurídico del régimen democrático. Los fundamentos de validez del sistema conllevan la imposibilidad de asociar de modo apreciable o factible el principio de soberanía política sino es acudiendo a su hipostación, objetivación y cosificación dentro de la *episteme* liberal.

La catástrofe no se limita a la socavación del Estado de derecho sino de la socavación de la noción y praxis de la democracia, que se expresa en la tendencia casi inadvertida del discurso liberal a justificar la emergencia con base en criterios económicos y de seguridad nacional y a identificar el Estado de derecho con un principio totalitario de identidad, que se presenta por parte del realismo radical conservador como una consecuencia *inevitable* de los cambios producidos en la relación entre economía, Estado y sociedad.

Es lamentable que esta tendencia permanezca inobservada por la mayoría de los ciudadanos. El acento en la indeterminación de los contenidos del bien común y en la neutralidad de los procedimientos, como reformulación postconvencional de la democracia, parece erigirse en una nueva justificación de la excepción como regla. El concepto liberal de lo político, donde lo público funciona como espacio de clausura subordinado al derecho privado, se erige como relato que circunscribe la experiencia política dentro de una «razón totalizadora» y se convierte en su condición de imposibilidad en la medida en que apunta a la construcción de una comunidad indivisible basada en la igualdad y la identidad universal.

Con estos fundamentos, el imperio de la ley se pone en contra de cualquier experiencia política singular y la democracia se convierte en algo irrealizable. La democracia-liberal, como un relato de autodeterminación (simulacrae), se erige en la condición de la dominación, como el cauce para el vaciamiento de los significados del hecho político; y el Estado de excepción, a cargo del dictador, se encarga de articular y mantener unidos a través de «una fuerza de no ley» los dos polos de la máquina jurídico-política de dominación,

instituyendo un umbral de indecidibilidad entre anomia y nomos, derecho y vida, *auctoritas* y *potestas*, Estado y sociedad.

CAPÍTULO TERCERO

LAS PRE-CONDICIONES DE LA DEMOCRACIA LA CONFIGURACIÓN DE LA CIUDADANÍA Y DEL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

Entre las elementos que pueden ser incluidos dentro del conjunto de condiciones sustanciales de la democracia aquí se tocan dos que son considerados por el conjunto de la teoría de la democracia como pre-condiciones de ésta: por una parte se aborda la configuración jurídica del sujeto de la democracia como un «sujeto de libertades», mediante el cual es definido el perfil con que debe contar aquel que es considerado como un miembro de la sociedad; en otro apartado se analiza la forma como está estructurado el espacio público, en tanto que espacio normativo (y a la vez político) en el que se producen los procesos de comunicación y autoentendimiento de la sociedad y se realizan las libertades civiles de la ciudadanía y los grupos de la sociedad civil.

Los elementos que se abordan son considerados como estipulaciones incondicionadas de cualquier régimen democrático porque sin ellas no podría existir una auténtica autonomía política de los individuos que forman parte de la comunidad, sobre la cual pueda sustentarse el principio de autodeterminación política. En el primer apartado, se hace una genealogía del sujeto de la democracia, no sólo desde la perspectiva de la teoría jurídica sino también desde el punto de vista político y sociológico, asimismo se hace una revisión historicista de la ciudadanía en la modernidad. Se persigue una definición normativa de la ciudadanía contemporánea pero también los significados excluidos de la definición normativa, y se contrastan estos análisis

para reconstruir una definición del ciudadano que lo reconozca como parte de una praxis social y colectiva.

La investigación sobre el sujeto político de la democracia permitirá identificar con precisión las características que configuran la identidad ciudadana en la democracia liberal, para poder interpretar el régimen democrático-liberal contemporáneo conforme las características subjetivas y personales que este privilegia y discrimina. Se trata de una lectura del sistema a partir de las definiciones del sujeto que se producen en el orden jurídico, político y social. Los aspectos que se abordan nos permiten tener una idea del conjunto de dimensiones que intervienen en la configuración de la ciudadanía en la democracia liberal como práctica social.

Este análisis se complementa en el segundo apartado, en el que se aborda el fenómeno de la publicidad moderna, desde las diversas y contradictorias perspectivas mediante las cuales ésta se realiza y estructura. Se parte de la noción normativa, jurídica, del espacio público como un espacio necesario para el autoentendimiento de la sociedad, como espacio que favorece los procesos intersubjetivos entre los miembros de la sociedad, para poder llegar a consensos normativos. Sin embargo esta noción del espacio público se contrasta con una descripción realista de los procesos de comunicación contemporánea como fenómenos políticos y económicos de dominación.

Entre ambas perspectivas del espacio público, normativa y realista, se reflexiona en torno a las características del espacio público contemporáneo para determinar si reúne los requisitos necesarios para fundamentar la validez de los procesos discursivos de formación y justificación de la opinión pública y la voluntad política en las sociedades contemporáneas, o si bien, los procesos de comunicación en las sociedades liberales funcionan actúan como un poder autónomo de formación de sentido, conforme a un principio de dominación, con capacidad para producir e inducir el espacio público como una representación ficcional de la autodeterminación.

Se incluirá en el análisis de la praxis comunicativa de la democracia liberal, algunas notas distintivas de ésta como son la libertad asociativa, el derecho de manifestación y el derecho de resistencia.

Se busca en este capítulo resaltar las contradicciones que existen entre las definiciones estipulativas de la democracia en cada uno de los campos que serán analizados, y las formas de su ejercicio como un fenómeno político; entre la manera como son concebidos por el derecho y la forma como se estructuran en las sociedades capitalistas contemporáneas. Se trata de encontrar los fundamentos para una crítica del sujeto político y del espacio público democráticos, así como de sus respectivos contextos jurídicos, como espacios en los cuales se recrean y reproducen relaciones de poder y en los que el derecho funciona como simulacro de la representación democrática.

3.1. EL SUJETO DE LOS DERECHOS POLÍTICOS DEMOCRÁTICOS

3.1.1 La consolidación jurídica de la ciudadanía universal. Entre el iuspositivismo y el common law

La ciudadanía es un concepto central de la modernidad que encierra la contradicción entre un ejercicio real del poder político y económico y los principios generales de validez interna del discurso. Se trata de un concepto de pertenencia que expresa el reconocimiento de la identidad y subjetividad del sujeto político, como parte del sistema de valores compartidos que definen a la comunidad política. En este sentido la descripción del perfil ciudadano, como lo indica Ferrajoli, es un hecho «esencialmente político»¹, que configura un régimen de *status*² dentro del contexto histórico, político, económico y social que lo produce.

La ciudadanía es el resultado de una racionalidad instrumental que integra tanto los valores como intereses de quienes están en posibilidad de operar los procesos político-jurídicos de la comunidad, que prefiguran una noción de bien común y que determinan las obligaciones del pacto. En este sentido, a lo largo de la historia, la definición objetiva de la ciudadanía ha corrido por delante de su validez normativa. El sujeto de autonomía política siempre ha sido resultado

¹ Ferrajoli, Luigi. *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Madrid, Editorial Trotta. 1999. p. 31

² Para Jürgen Habermas, *Staatsbürgerschaft*, indica un status definido en sus contenidos por los deberes y derechos; para Ralf Dahrendorf, "la ciudadanía describe los derechos y obligaciones asociados a la pertenencia a una comunidad (...)". Ver: Böckenförde, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de derechos y la democracia*. Madrid, Editorial Trotta, 2000.

de una definición práctica que otorga al individuo una cualidad como sujeto civil.

Cada sistema produce sujetos políticos distintos. En Grecia, la República surgió sobre la base de un régimen que sólo reconocía atribuciones políticas a la cabeza del clan; en Roma el derecho configuró una ciudadanía canónica y eclesial que subsiste hasta nuestros días. Hasta la alta Edad Media, no sólo la libertad política sino también la libertad civil estuvo configurada conforme con un régimen de status, en el que siempre existía el riesgo de que el individuo fuera reducido nuevamente a la esclavitud o a la dependencia.

Zagrevelsky observa que el status de libertad premoderno se mantuvo como un «orden ligado a ideas objetivas de justicia», un *ethos* dominado por deberes y relaciones de honor y no por derechos individuales³. Este carácter objetivo de la libertad premoderna se mantuvo como componente característico del concepto moderno de ciudadanía, basado en un régimen universal de derechos individuales como principio de orden público, al que se añaden un conjunto de deberes de pertenencia definidos por condiciones de orden estructural mediante las cuales se asignan los derechos políticos.

Los contornos de la definición de ciudadanía en el Estado liberal han sido el resultado de un proceso de confrontación entre la libertad individual como hecho político y la igualdad como fenómeno normativo. Esta confrontación, que se desarrolla en la arena jurídico-política y económica, enfrenta a los sectores que detentan el poder económico y el control de los medios legales para el ejercicio de la violencia, con los grupos y movimientos sociales identificados en torno a las formas de vida excluidas del orden público o contradictorias con éste.

Con el surgimiento del Estado moderno la libertad en la vida privada pasó a ser la base de justificación sobre la que se organiza el espacio público y el orden civil, lo que según Zagrevelsky haría efectiva la teoría de la representación como una presunta racionalización pública de carácter discursivo de los intereses y voluntades privados⁴. En contraparte, como lo observa Rosenvallón, la libertad política, como medio de la libertad individual

³ Zagrevelsky, Gustav. *El derecho Dúctil. Ley, derechos y justicia*. Madrid, Trotta, 2003. pp. 93-95

⁴ *Ibidem*.

nunca dejó de ser concebida como algo accesorio del orden civil o una función necesaria del Estado que existe como fórmula patrimonial y no como un bien público⁵.

En la tradición kantiana por ejemplo, que ofrece las bases filosóficas del modelo liberal, la autonomía de la persona se expresa como libertad civil y no como autonomía política. Kant dice que los derechos políticos sólo pueden pertenecer a aquellos que sean capaces de sostenerse a sí mismos «sin tener que servir a otros»⁶. La democracia no estaría hecha para aquellos cuya condición social pudiera comprometer su libertad civil. En este sentido, la definición moderna de la ciudadanía no tiene su origen en el derecho natural sino en el concepto ilustrado de libertad civil como un producto histórico-cultural que combina el racionalismo moderno y el utilitarismo inglés.

En la *commonwealth* inglesa, la ciudadanía surgió como una concesión del monarca cuando la nobleza sajona propietaria y el Estado clerical impusieron al Monarca de origen normando los «privilegios» de sus pares normandos. Por su parte, la revolución francesa incorporó a la propiedad privada a través del *Codex civiles*, como fuente de interpretación del orden público y como criterio de solvencia y autonomía del individuo a la hora de determinar su «aptitud» para la ciudadanía. En ambos casos la asignación de la forma liberal de la libertad política fue el resultado de una «autorización» por parte de quienes detentaban el poder del Estado⁷.

Frente a esto, el ascenso de la ciudadanía universal como supuesto normativo ha sido el resultado de múltiples batallas y luchas por parte de los sectores excluidos de la definición normativa como sujetos políticos, que postularon su libertad política como una consecuencia necesaria del reconocimiento, no sólo de su autonomía individual que bien puede estar hipostasiada sino de su status como miembros de la comunidad, individuos con una identidad, condiciones y formas de vida propias y diferenciadas que son consideradas como un bien público.

⁵ Rosenvallon, Pierre. *La consagración del ciudadano. Historia del sufragio universal en Francia*. México, Instituto Mora, 1999. p. 174. Rosenvallon observa que la libertad civil tiene el efecto de una libertad positiva al ser incorporada en el orden familiar, introduce una concepción contractualista y no autoritativa de las relaciones familiares, y permite la desaparición de las que han sido llamadas las figuras de la dependencia: el menor, el clérigo, la mujer, el incapacitado, el sirviente. pp. 119-136

⁶ *Ibid.*, p. 101.

⁷ *Ibid.*, p. 28.

En este proceso, el carácter de *status* de la ciudadanía ha venido sirviendo a las élites y a las oligarquías como un instrumento para contener la rebelión y la violencia revolucionaria de las clases sociales y los grupos subordinados de la sociedad (fenómeno que ha sido denominado por la sociología como la «irrupción de lo social»), así como un medio para legitimar los regímenes políticos y las instituciones existentes.

Al luchar por la libre participación de todos los individuos en los procesos políticos, los movimientos sufragistas lucharon por la equiparación entre los derechos políticos y los derechos fundamentales, lo que les permitió incorporar a la República un sentido de carácter «democrático», que es resultado de la identificación de la libertad política como principio y fin de la libertad individual. Sin embargo, en los países considerados como democráticos el pueblo se convirtió en electorado ya entrado el siglo veinte, cuando se estableció el concepto de «sufragio universal» como fundamento de la libertad política democrática y correlato de los derechos humanos.

El modelo de ciudadanía universal supone que la regulación de la autonomía privada en el Estado democrático debe dar a los individuos la calificación necesaria para ejercer su papel como ciudadanos. Esto significa, como lo sostiene Marshall, que la ciudadanía democrática integraría tres dimensiones: la civil, identificada con la universalidad de los derechos individuales; la política, relacionada con la participación universal en el ejercicio del poder y la toma de decisiones, y la social, que asegura el derecho a una «calidad de vida» para los miembros de la comunidad como condición necesaria de su libertad civil⁸.

En un contexto democrático, la respuesta a la cuestión sobre el «*quién de la democracia*»: ¿quién es el sujeto de la libertad política?, sólo puede tener sentido como un factor de inclusión social dentro del género universal, es decir, si vincula el ejercicio de la ciudadanía con los derechos fundamentales como expresión del grado de apertura del régimen político hacia los principios de validez e intersubjetividad del discurso racional.

⁸ Marshall, T.H. "Citizenship and social class". Citado en: Bovero, Michellangelo. *Una Gramática de la democracia, contra el gobierno de los peores*. Madrid, Editorial Trotta, 2002. p. 118.

De acuerdo con Jürgen Habermas la validez de la ciudadanía universal, como base de la soberanía política, reside en la existencia de garantías por parte del Estado de que los procedimientos discursivos serán realizados en condiciones de «no-sometimiento y equidad»⁹. De acuerdo con el autor, la juridificación simétrica de las libertades civiles y políticas favorece «la movilización de las libertades comunicativas y expresivas de los ciudadanos», a través de las cuales realizan su libertad política. La equidad como principio procedimental se erigiría en razón práctica para orientar la acción ciudadana.

La ciudadanía sería para Habermas, el vínculo necesario que une a los derechos humanos con la soberanía política, el gozne que pone en relación el ejercicio de los derechos civiles con la producción de derecho legítimo¹⁰. El sujeto de la democracia sería un individuo racional cuya libertad reside en la autodeterminación y la autorrealización, producidas mediante procedimientos democráticos que permiten asociar sus intereses personales y colectivos con las decisiones de la comunidad. En este modelo, a las definiciones justas les correspondería la obediencia ciudadana y a las injustas la resistencia; los silencios de la ley corresponderían con movilizaciones ciudadanas de los sectores omitidos para ocupar los espacios de definición.

Sin embargo el proceso de desmitificación de la igualdad liberal ha mostrado que si bien la libertad civil universal, como supuesto abstracto de la ciudadanía contemporánea, logró destruir en el siglo diecinueve las exclusiones que tenían fundamento en el honor, la religión o el origen social, hoy en día la denominada «ciudadanía universal» se ha empezado a erigir como factor que impide que la equidad penetre en todos los ámbitos de las relaciones privadas, donde prevalecen todo tipo de exclusiones de clase, de género, edad, cultura y nacionalidad, etc.

La universalidad de la ciudadanía contemporánea es un eufemismo que encubre los límites personales del ejercicio de los derechos políticos en los marcos del Estado, que lo restringe a los nacionales cuando son mayores de edad, si no se encuentran suspendidos sus derechos civiles de acuerdo con la legislación penal. Es un hecho que en las sociedades contemporáneas la universalización efectiva de los derechos civiles, empezando por las libertades

⁹ Habermas, Jürgen. *Facticidad y validez*. Trotta. Madrid, 2000. p. 193

¹⁰ *Ibid.*, p. 164-165.

de conciencia, residencia, circulación y trabajo, crea enormes problemas para los países desarrollados y para el orden económico internacional. Las autodenominadas democracias se sienten asediadas por la presión de la inmigración de los países pobres y por la proliferación de formas de vida diversa, a las que establecen restricciones para el ejercicio de la ciudadanía.

Sin ir más lejos, en el derecho internacional podemos observar que priva una concepción restrictiva de principio de igualdad política, que para Ferrajoli constituye la derrota del modelo universalista de la ciudadanía. La Carta Constitutiva de la Organización de los Estados Americanos, por ejemplo, señala que el principio de la igualdad política de la Convención Americana de Derechos Humanos, puede imponer criterios de acuerdo con sus representaciones internas de «bien común».

La fundamentación jurídica del sujeto político contemporáneo sigue siendo fuente de enormes problemas políticos y sociales y de contradicciones de la teoría. Las exclusiones de la libertad civil, junto con la consolidación de la «ciudadanía universal» como contexto de interpretación de la soberanía y la democracia, reconducen la libertad civil hacia el ámbito privado y reducen la libertad política a la condición de prerrogativa fundada en los principios de identidad del sistema. Esto despolitiza la definición del bien común y lo mantiene escindido de las acciones de la sociedad.

Frente a la derrota del modelo universal de la ciudadanía, Luigi Ferrajoli considera que la ciudadanía universal debe ser entendida como un concepto normativo, una consecuencia del principio procedimental de equidad, que se resiste a la confirmación de la hermenéutica de la identidad/exclusión del sistema (que subsumiría lo particular en lo general), a la que opone al reconocimiento de la pluralidad y la diferenciación: la afirmación de la especie.

En esta concepción, el orden nomológico es un medio para la afirmación de las diversas formas de vida, en tanto que proporciona una *re-validación* de los discursos de los grupos e identidades subalternas o subordinadas, les otorga una fundamentación como sujetos con voz propia que representan un género de vida que goza de igual dignidad pública que cualquier otra. Por ello Ferrajoli incluye como principio normativo del orden público, junto con el principio de igualdad, el de la «diferencia».

La igualdad, dice Ferrajoli, no es un hecho sino un valor, no es una aserción sino una prescripción establecida normativamente, que reconoce (descriptivamente) que los seres humanos son diversos y quiere impedir que las desigualdades pesen como factores de desigualdad en la organización social. «Igualdad» es un término normativo: quiere decir que los «diferentes» deben ser respetados y tratados como iguales; «diferencia» es un término descriptivo, quiere decir que de hecho, entre las personas hay diferencias, que la identidad de cada persona está dada por sus diferencias y singularidades, que deben ser tuteladas, respetadas y garantizadas por el Estado en obsequio al principio de igualdad¹¹.

No obstante, la configuración de la libertad política se mantiene aún como una aporía del modelo de soberanía política en los países contemporáneos, donde los extranjeros, los migrantes, los menores, los incapacitados y los criminales carecen de autonomía civil y política, y los derechos políticos permanecen separados de la personalidad. La racionalidad interna de la ciudadanía liberal «ligada a su proclamado universalismo», lamenta Ferrajoli, se mantiene como factor de exclusión social¹².

En este sentido, aunque la ciudadanía universal se presenta como un dato normativo por parte de la teoría jurídica, constituye una forma de libertad contradictoria con la teoría de los derechos humanos, que disocia los derechos del hombre de los derechos políticos lo que hace inviable la democracia, tal como lo afirma Ferrajoli¹³. En estas condiciones el tema la ciudadanía no puede dejar de considerarse como un problema político y teórico irresuelto, pues las disposiciones constitucionales y legales sobre la ciudadanía expresan la libertad política en términos del Estado y el derecho pero no contienen en sí mismas todos los alcances del su ejercicio como libertad autónoma, ni como voluntad de poder.

¹¹ Ferrajoli, Luigi. *Op. cit.*, *supra* nota 1. p. 79. El autor expone las diferentes perspectivas que ha adoptado el derecho frente a las diferencias: 1) *Indiferencia jurídica de las diferencias*. (...), “no se valorizan ni se desvalorizan, no se protegen ni se violan se las ignora”. El destino de las diferencias está confiado a las relaciones de fuerza que ofrecen igualdad sólo para un sector privilegiado confundido arbitrariamente con la totalidad con la totalidad. 2) *Diferenciación jurídica de las diferencias*. La valoración de unas identidades, que son asumidas como *status* privilegiado y como base de un falso universalismo. La igualdad jurídica es desmentida por las desigualdades concretas. 3) *Homologación jurídica de las diferencias*. Todas las diferencias “resultan devaluadas e ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de igualdad”. La diferencia es penalizada de hecho. 4) *Valoración jurídica de las diferencias*. Basada en el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales, no privilegia ni discrimina ninguna diferencia, sino que las asume como dotadas de igual valor. “Como otros tantos rasgos de la identidad (...) que son el sentido de la propia autonomía”. *Ibid.*, p. 74-76.

¹² *Ibid.*, p. 100.

¹³ *Ibid.*, p. 31.

3.1.2. Acerca del papel del derecho en la validación del sujeto y del ciudadano

Miquel Caminal afirma que las instituciones del Estado liberal están construidas sobre la base de un concepto cultural de bien común que subyace en el sistema constitucional y que es la fuente última de legitimidad política del sistema¹⁴. Como hemos visto en las democracias contemporáneas este concepto gira en torno a la libertad civil, la cual se erige como un valor en la vida pública que conlleva, como lo afirma Michellangelo Bovero, la prescripción de respetar a los miembros del género que portan ese valor¹⁵.

Las instituciones jurídicas, en las que encarnan los valores privilegiados del sistema, forman en su conjunto lo que se denomina la cultura cívica que, según Zagrevelsky es el «modo de legitimación anclado en la definición del espacio público político» a partir de ideas objetivas de justicia¹⁶. En Grecia y en Roma la cultura cívica formaba un vínculo entre justicia humana y voluntad divina, que legitimaban los actos y resoluciones de la comunidad y producían cargos y ritos de carácter sacramental que subsisten en nuestros días en el derecho canónico.

En ese entonces, igual que en el Estado moderno, la descripción eficiente del sujeto civil y por tanto del sujeto político era resultado de un proceso de moralización de la vida pública, un producto híbrido de la racionalidad grecolatina¹⁷ y judeocristiana que articulaba la legalidad del poder político con una forma de otorgarle legitimidad y de consolidar en la vida pública con base en un modelo de bien común.

Lo jurídico, entonces como ahora, ha ocupado un lugar central en este proceso y por tanto en la concepción de la libertad política, a la vez como género literario y como acto político. La legislación como ámbito escrito de la socialidad, según observa Michel De Certau produce y delimita formas de vida y de civilidad, con mayor fuerza de lo que lo hacen otros géneros expresivos. Las definiciones positivas tienden a aislarse de la comunidad como un cuerpo

¹⁴ Caminal, Miquel. *El federalismo pluralista. Del federalismo nacional al federalismo plurinacional*. Barcelona, Paidós, 2002. p. 183.

¹⁵ Bovero, Michellangelo. *Op. cit.*, *supra* nota 8. p. 23

¹⁶ Zagrevelsky, Gustav. *Op. cit.*, *supra* nota 3. p. 49.

¹⁷ Aristóteles decía que en la vida privada se establecen núcleos de dominación simple: padre-hijo, marido-mujer, señor-esclavo. Tanto la mujer, el hijo como el esclavo participan de la razón, pero no la tienen en propiedad. (Política I, v, 5). Aristóteles. *Política*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1963.

de verdad independiente del mundo natural que explica lo real y proporciona por sí mismo las pautas de reconocimiento de la experiencia social¹⁸.

La definición del sujeto político a través del derecho expresa una forma de concebir el bien público y cumple los dictados de quien está en posición de definir los valores compartidos, así como los principios de identificación de la subjetividad y la forma de bien común posible. El derecho funciona en este caso como un sistema de acción en torno al cual se realiza la representación de las relaciones sociales en las sociedades complejas.

En este sentido, el derecho, como lo señala Habermas, no sólo es la regla que permite calificar las relaciones privadas sino la pauta del espacio en el que se desarrolla el sujeto¹⁹. En la modernidad el derecho hizo que el *individuo libre* sustituyera al *súbdito* como modelo de sujeto universal, que vino acompañado de la invención de la vida privada, donde el *Codex* civil actuaba como el único instrumento posible por medio del cual el ciudadano podía entrar en relación con los demás, incluidos los *no ciudadanos*.

Cuando el derecho postula un sujeto universal de libertades lo que realmente hace es hacer reaparecer el «sujeto de la obediencia» con mucho mayor fuerza que la que lo hacían los códigos de honor medievales, al condicionar la libertad política al cumplimiento de las obligaciones que exige la definición de bien común. El derecho irradia su fuerza hacia la consolidación de un sujeto de la obediencia, metamorfoseado en sujeto de la ley. El individuo no puede ser otra cosa que un *subjectus* (súbdito) y sólo como tal puede ser integrado dentro del género universal, en pues carece de condiciones reales para poder afirmarse a sí mismo como un *subjetum* (actor social independiente).

En este contexto la ley también es un medio para despolitizar, al mismo tiempo, el espacio público y el privado. La libertad civil coloniza el comportamiento individual conforme a las expectativas del sistema, que se mueven en torno a un sentido de bien común que funciona como base para la legitimación de una forma de dominación social. El orden civil, dice Pierre Rosenvallón, actuaría como una técnica de «sacudimiento del yo», de la

¹⁸ De Certau, Michel. *La escritura de la historia*. México, Universidad Iberoamericana, 1993. p. 206.

¹⁹ Habermas, Jürgen. *Op. cit.*, *supra* nota 9. p. 214.

conciencia del ser, dirigido a la configuración de un sujeto coherente con los principios del sistema²⁰.

Como moral objetiva, la libertad civil es inseparable de la libertad política que produce, porque los valores que importa se erigen como la «vara» con la cual se mide y se califica la aptitud del sujeto para ser considerado un actor político. La libertad civil, como concluyen Cohen y Arato, se encuentra sujeta a los principios de reconocimiento del Estado y en este marco el único recurso de identidad política posible es la aceptación de las instituciones del Estado²¹.

En este sentido, el concepto de igualdad jurídica encierra un principio de identidad que subsume las experiencias particulares dentro del género universal y funciona como principio de exclusión. La presunción de un sujeto trascendente, principio y fin de la comunidad, en equidad de derechos y obligaciones, cuya protección sería el imperativo categórico, conlleva un género de vida sin determinaciones específicas, que hace caso omiso de las determinaciones que hacen posible la constitución del individuo concreto como sujeto político.

Como consecuencia de la intervención jurídica, la subjetividad política es obligada a ocupar una posición diferencial en la definición social, un «no-lugar», no el ámbito de libertad individual reducido a la vida privada y opuesto a la libertad política, sino una «no-representación», el resultado de la desaparición de los espacios públicos y privados de construcción y reconocimiento social y de la «desubjetivización del individuo»²² que corre paralela a su reconocimiento como miembro de la comunidad.

Frente a la despolitización del ciudadano y la desubjetivización del individuo en las democracias contemporáneas, la conclusión de Jacques Derrida es que el sujeto de la modernidad, el individuo autónomo considerado como principio activo de creación del derecho e imperativo categórico, no existe: «en un mundo donde el individuo no puede ser escindido de su animalidad ni del verbo

²⁰ La historia de la individualidad puede ser rastreada como la historia de la codificación civil, por medio de la cual se la esfera privada pública, las fronteras de la individuación que separan lo civil y lo doméstico. Rosenvallon, Pierre. *Op. cit.*, *supra* nota 5. p. 128.

²¹ Cohen, Jean L.; Arato, Andrew. *Sociedad Civil y Teoría Política*. México, Fondo de Cultura Económica, 2000. p. 498.

²² Filc, Judith. "Desafiliación extranjería y relato autobiográfico". En: Amado, Ana y Domínguez, Nora (Comp). *Lazos de Familia, cuerpos, herencias, ficciones*. Buenos Aires, Paidós, 2004. p. 213.

que lo predica como súbdito y lo convierte en el resultado de una estructura pensada, una ideología o una creencia, no hay lugar para la libertad política».

En contra de esta postura pesimista, Etienne Balibar propone una nueva forma de pensar el sujeto político como «el sujeto que hace la ley», el «ciudadano sujeto»²³, que encarna en cualquier individuo que se conciba a sí mismo como sujeto de derechos. Pensar en «el sujeto que hace la ley» obliga al derecho a entender los principios de organización política, no desde la perspectiva de quien ejerce las funciones de dominación sino de quienes se encuentran en posición de subordinación o alteridad, para poder fundar la libertad en el principio de igualdad y no al revés. Siguiendo la celebre frase de la revolución de 1848: «*Si quelqu'un n'est pas citoyen, personne est citoyen*»²⁴.

Por su parte, frente al agotamiento de los significados de la libertad civil y la ciudadanía universal, Levinás opone una ética del acontecimiento cuya fuerza procede de lo contingente y particular, de la movilización de los intereses y prácticas específicas de los excluidos hasta formar vínculos de significación generales. La singularidad que proviene de un acontecimiento particular relevante ocuparía el lugar de la universalidad para significar la experiencia²⁵.

De acuerdo con esta divisa, para avanzar en la eliminación de privilegios y diferencias en la sociedad, así como en la validación de una forma de libertad política que supere el *subjetus* y de paso al sujeto al *subjectum*, la ciencia jurídica debe fijar su atención en la experiencia singular como fuente normativa y aceptar que los procesos sociales de reconocimiento rebasan las formas de subjetividad establecidas en la ley.

Para ello es necesario poner un menor énfasis en las determinaciones generales y abstractas de los textos jurídicos y dar mayor importancia a las determinaciones que proceden de la experiencia subjetiva y del caso concreto como fuente legitimidad de la operación jurídica. La tradición jurídica anglosajona parece estar más capacitada para ello que la tradición continental,

²³ Balibar, Etienne. "Citoyen sujet. Reponse a la question de Jean-Luc nancy: Qui vient apres le sujet". En: *Cahiers Confrontation*, n° 20. Paris, Hiver 1989. p. 39

²⁴ *Ibid.*, p. 35. "Si alguien no es ciudadano, nadie es ciudadano"

²⁵ Los conceptos de Emmanuel Levinas en: Deleuze, Giles, "Un concepto filosófico". En: AaVv. *Después de sujeto quien viene*. Hojas sueltas. p. 1.

en virtud de la importancia que le otorga a la hermenéutica del caso concreto y a la jurisprudencia.

La creación de vínculos jurídicos de significación asociados a prácticas sociales alternativas sólo puede ser resultado de una ética que traduzca en términos comprensibles para el sistema, las rupturas que provocan en la conciencia social las singularidades y diferencias de la subjetividad excluida. Esta ruptura se presenta en la forma de negación y confrontación entre subjetividades, como choque entre proyectos de vida y, más allá, entre concepciones metafísicas de lo humano.

No podemos olvidar que el proceso de reconocimiento sensible de los derechos humanos en el siglo veinte se encuentra inevitablemente asociado a la «catástrofe de lo humano» representada por las guerras. En este contexto, como atinadamente observa Alain Finkielkraut, el reconocimiento no procede como «una emanación natural sino como una fractura», que revelaría «la irreductibilidad del sujeto a cualquier forma de representación social o comunitaria»²⁶.

3.1.3. El otro, un no-sujeto político de la democracia

En su «Tratado de los Sofismas Políticos» J. Bentham decía que la igualdad entre los ciudadanos era una quimera ya que cualquier definición de ella tenía que excluir necesariamente a quienes «pudieran atentar contra el bien de la sociedad»²⁷. Bentham reconocía que la definición de bien común obliga a una definición negativa para poder validar las experiencias subjetivas y las formas de identidad que pueden ser aceptadas o reconocidas como parte la vida pública.

La ciudadanía universal como principio democrático, parte de un juicio abstracto que presupone la igualdad de los miembros de la comunidad como miembros de un género, individuos que gozan de la «libertad civil», pero este juicio no indica la existencia de una relación real práctica entre los individuos, sino que afirma, como observa Bovero, solamente una relación puramente

²⁶ Finkielkraut, Alain. *La humanidad perdida. Ensayo sobre el siglo XX*. Barcelona, Anagrama, 1998. p. 52

²⁷ La referencia viene en Reyes Heróles. Jesús. *El liberalismo mexicano en pocas páginas*. México, FCE, 1985. p. 187. Bentham añade que lo único que se puede hacer en términos prácticos es disminuir la desigualdad.

ideal o teórica, que se constituye de manera independiente a las relaciones sociales²⁸.

La legislación civil asume de este modo el carácter de un género de vida obligatorio que desconoce, en principio, un sinnúmero de relaciones reales-prácticas que se producen entre los individuos en la comunidad y las relaciones de desigualdad y exclusión presentes en ellas. En este sentido, el único espacio para la subjetividad en el marco de la *res publica* es la asimilación dentro del género civil, la fidelidad a los principios de la negación del sujeto, dice Raimundo Mier²⁹, fuera de los cuales se desbordan los modelos de reconocimiento y la subjetividad es vivida como un «**exceso**», parafraseando a Judith Filc, como una fuerza de libertad desenfrenada reducida a una pura virtualidad o sea una conducta contraria a la civilidad³⁰.

La razón de ser de la *Res pública* y la democracia moderna no residirían en la disolución del Estado de naturaleza y su superación en el Estado de derecho a través de la igualdad jurídica, sino en su capacidad para conseguir la despolitización de los principios del bien común, mediante la legislación de un modelo de vida concebido normativamente y la continuidad del Estado de naturaleza al interior de la sociedad civil y la vida privada.

Es por eso que para Giorgio Agamben el Estado moderno se encuentra construido sobre la base de un estado de excepción que en términos de ciudadanía se expresaría bajo la forma de una «exclusión incluida», según lo analiza Judith Filc. En este concepto, no es el contrato social el que se encuentra en la base de la democracia liberal sino la «exclusión originaria de la subjetividad como hecho singular»³¹, la subordinación de los individuos de una comunidad a las formas de conducta y subjetividad reconocidas en la «comunidad política».

En la definición de «ciudadanía universal» se encontrarían marcadas las huellas de la exclusión que han puesto a la subjetividad del individuo, su singularidad o su diferencia a merced del soberano. La subjetividad excluida se

²⁸ Bovero, Michellangelo. *Op. cit.*, *supra* nota 8. p. 22.

²⁹ Mier, Raymundo. "Una jornada en los medios masivos. El ciclo del olvido". En: *Revista El Cotidiano* 98. Septiembre-Diciembre de 1999. p. 37.

³⁰ La experiencia social producto de una subjetividad que no está dentro de los linderos del sistema no produce predicados. Filc, Judith. *Op. Cit. Supra nota* 22. p. 217

³¹ Estas reflexiones en torno al texto de Giorgio Agamben "Estado de excepción. *Homo Sacer II*" están en *Ibid.*, p. 216.

expresa como singularidad, un *personae* cuyo comportamiento subvierte las significaciones, una voluntad individual que no coincide con la voluntad general, por lo que es señalada como contraria a la definición objetiva de bien común, pero que se revela como el *otro* de la democracia.

La otredad es un concepto que surge como parte de la ruta crítica de la fenomenología, su significado enfrenta alteridad e identidad como principios de significación del sistema, y a estos con los hechos y significados que produce y omite. En el «otro de la ley» está lo inconsciente, lo que permanece oculto, lo que pone en peligro la estabilidad del sistema, aquello que habla por la sociedad que lo produce no a partir de sus definiciones internas sino como una mediación o un espejo.

El otro de la democracia liberal contemporánea son aquellas personas cuya subjetividad y condición son percibidas como contrarias a la libertad civil:

1. *El extranjero*. La nacionalidad es un presupuesto del Estado, que debe organizarse en torno a un territorio y una población determinados. En el origen de cualquier forma de dominación está la territorialización del ejercicio del poder y con ella, la determinación de los individuos que se encuentran incluidos en dicho sistema de dominación.

El carácter nacional de la ciudadanía es una consecuencia funcional de los poderes estatales. No hay ciudadanía representable si no es mediante un sentido de pertenencia estricto a un Estado, a una identidad política que deviene en cultura, lengua e historia compartidas; una cultura civil y patrimonial que se oponen al *otro*, al extranjero, al bárbaro, con quien no se comparte un estilo de vida, un principio de civilidad, cuya presencia en el territorio nacional es percibida como una amenaza a los bienes compartidos, a las formas de vida aceptadas y al bienestar común.

No sólo el que viene de fuera es visto como extranjero, también es visto como un extraño el individuo que, viviendo en el territorio de un país, forma parte de una cultura nacional o étnico-cultural que se mantiene subordinada dentro de un Estado nacional en el que predominan los valores de un grupo nacional específico y los principios identificados con la cultura civil liberal. Este fenómeno se presenta en la mayoría de los países del mundo, pero es

perfectamente ilustrativo el caso de los pueblos indios de América, cuyos integrantes han carecido de autonomía política a lo largo de la historia de los Estados nacionales independientes de ese continente.

2. *El condenado en juicio criminal.* Esta exclusión puede asociarse con la expresión «modo honesto de vivir», presente en la redacción de la Constitución mexicana como condición para el ejercicio de la ciudadanía. La expresión de «modo honesto de vivir» tiene una larga historia de representaciones, silencios y exclusiones, sin las cuales es imposible entender el modelo de socialización contemporáneo, pero que mantiene en su abstracción los rasgos del sujeto funcional en el modelo de Estado liberal.

Un «modo honesto de vivir» tiene claras connotaciones en la esfera económica. Si el sujeto se gana la vida mediante una actividad que es coherente con el conjunto de disposiciones que ordenan la vida civil y económica se considera que tiene un modo honesto de vida, si no es así no podría ser ciudadano. La expresión también está relacionada con el desconocimiento de formas de vida, que son consideradas como «no civilizadas». Esta es la base para la prohibición de la ciudadanía a quienes no saben leer ni escribir que subsistió en muchos países hasta el siglo pasado; o bien para retirar a los integrantes de los pueblos y comunidades nacionales y culturales, el derecho a una libertad civil y política originaria, negando a su cultura, su lengua y sus sistemas de organización el *status* de civilidad.

No obstante hoy en día la doctrina constitucional subraya que el concepto «modo honesto de vivir»³² debe ser comprendido a la luz del estudio de las disposiciones civiles y penales que configuran un modo de vida coherente con los fines de la comunidad. La legislación penal y penitenciaria, en este caso, sería la encargada de hacer explícitos los contenidos referentes a las conductas y actitudes del sujeto que no son consideradas propias de la libertad civil, que ameritan la suspensión de la libertad política y que por lo tanto deben ser penalizadas.

Se considera que quienes delinquen no sólo cometen un perjuicio contra un bien apreciado socialmente, sino que se colocan por voluntad propia por fuera

³² El concepto está presente ya en la Primera Ley Constitucional de 1836, en las Bases Orgánicas de 1843, en el Acta Constitucional de 1947, y en la Constitución Política de 1857. Fix Fierro, Héctor. *Los derechos políticos de los mexicanos*. Universidad Nacional Autónoma de México. pp. 7-12.

del modelo de civilidad aceptado. El delincuente se superpone a la imagen del enemigo social, por eso se le condena al ostracismo, al silencio y se le retira la ciudadanía. Los órganos encargados de crear y aplicar las disposiciones adquieren una primacía social para la determinación de los sentidos que deben prevalecer en el orden público y los que deben ser excluidos.

En países como México a todos aquellos que están sujetos a un proceso criminal se les suspenden los derechos civiles «desde la fecha del auto de formal prisión». Muchos especialistas han destacado que esta disposición entra en conflicto con el principio de inocencia, pues con el se priva de derechos al indiciado desde antes de que éste haya tenido oportunidad de demostrar su inocencia. En este país el modelo de ciudadanía funciona conforme con el principio inquisitivo que norma la acción del Ministerio Público, por el cual no hace falta que se demuestre la responsabilidad del detenido por el acto que se le imputa sino sólo que se presuma que lo ha cometido.

3. ***El menor.*** La minoría de edad es uno de los límites específicos que impiden dar validez al concepto de ciudadanía universal. El menor de edad, como otras figuras de la dependencia, como la mujer, carece de una auténtica autonomía de la voluntad que le impide hacerse cargo de su propia personalidad. Es incapaz no sólo de ejercer su opinión, sino de defender sus derechos por sí mismo, para lo cual requiere de un tutor. El niño y la niña por no tienen derechos políticos, como no los tenían las mujeres en el pasado, porque se consideraba que eran parte del patrimonio doméstico.

A diferencia de lo que ocurría con las mujeres en el pasado, en nuestros días la minoría de edad es considerada como una etapa de transición y preparación para poder acceder en el orden civil. El sujeto menor no es considerado como un individuo pleno mientras carezca de capacidad para administrar sus bienes y mientras dependa de otros para poder sostenerse. Sin embargo, esta incapacidad no es permanente, en ese periodo la personalidad y la conducta del individuo son moldeadas por el padre, el tutor y el maestro, quienes ejercen una función pedagógica y están autorizados para intervenir en sus decisiones y en su formación.

Ellos son los que habilitan los usos aceptados del cuerpo para cada género y proporcionan los conocimientos necesarios para ejercer las atribuciones civiles

y políticas con el fin de obtener la aceptación por parte del individuo del modelo de vida civil reconocido.

3.1.4 El ascenso de lo social: el ciudadano, la sociedad civil y los movimientos sociales.

El concepto de sociedad civil, como una entidad constitutiva de la comunidad política pero independiente del Estado, fue intuido desde la antigüedad. Aristóteles observó que la forma del Estado depende, más que de las instituciones que lo integran «del carácter del pueblo y de los hábitos en que ha sido imbuido». Debido a ello, dice, existen Estados cuya constitución es legalmente democrática, pero donde los hábitos y costumbres del pueblo se inclinan a la oligarquía (Política IV, v. 12).

Sin embargo, fue Francisco de Vittoria en el siglo XV anticipa antes que ningún otro autor el concepto de sociedad civil, a la que definió como «una forma de vivir entre los que viven en la misma ciudad (...) donde los hombres más cómodamente se prestan ayuda»³³. La sociedad civil es, para este miembro de la orden de predicadores, una comunidad de participación ciudadana que se autogobierna a través de la formación de una *Res pública*.

La filosofía política moderna avizora a la «sociedad civil» como algo correlativo de la *Res pública*. Thomas Hobbes lo presenta como un Estado de naturaleza frente al cual se hace necesario un contrato político; John Locke incorpora una noción compleja de sociedad civil, como fuerza autónoma que se integra la libertad civil en el Estado; Montesquieu, distingue entre el Estado Político y el Estado Civil, como partes constitutivas de la nación.

La noción kantiana de República, como una comunidad de individuos autónomos, sirvió como punto de partida para que F.W.G. Hegel postule una teoría de la sociedad civil que generaliza las distinciones entre sociedad civil y Estado, al otorgarle un status ontológico a la sociedad civil expone las nociones fundamentales para comprender su significado. Hegel concibe la sociedad civil como una entidad dividida en su interior en estamentos sociales, que corresponden con diferentes clases sociales, y en el que los sujetos económicos - la burguesía y la clase trabajadora - reaparecen como resultado

³³ Castilla Urbano, Francisco. *El pensamiento de Francisco de Vitoria*. Barcelona, Universidad Autónoma Metropolitana-Iztapalapa, Antrophos, 1992. p. 70-72

de la desigualdad en la sociedad civil³⁴.

Hegel le otorga un carácter ontológico a la sociedad civil porque considera que es ese el lugar donde se producen los significados de las determinaciones políticas y sociales, que adquieren una representación jurídica universal en el derecho y el Estado; asimismo es el espacio de reconocimiento de la intersubjetividad donde se resuelven las oposiciones cognoscitivas entre sujeto-objeto, razón y derecho, así como las diferencias entre los estamentos sociales. Los rasgos de la concepción hegeliana de la sociedad civil, como lo explican Jean Cohen y Andrew Arato, fueron desarrollados en dos direcciones.

La idea de la sociedad civil como sistema de necesidades, en la que el Estado cumple una función universalista, fue desarrollada provechosamente por Marx y después por Weber. Esta visión tiene claras connotaciones estatalistas, contrarias a una gestión directa de la sociedad de los problemas públicos, visión en la que confluyen hoy en día el liberalismo democrático y buena parte del socialismo revolucionario, que rechazan cualquier estrategia que niegue el nexo de unidad y necesidad histórica entre la sociedad civil y el Estado³⁵.

A partir de la observación de las sociedades de la primera mitad del siglo diecinueve y en especial la norteamericana, Alexis de Tocqueville, agregó nuevos tintes a la perspectiva estatalista de la sociedad civil; el autor de «La democracia en América» incluyó junto con la sociedad civil, una esfera independiente denominada sociedad política que cumpliría funciones de mediación entre la sociedad civil y el Estado³⁶.

Esta distinción fue adoptada por la sociología jurídica, en especial por Weber, y por el realismo político contemporáneos debido a su fuerza para ilustrar el funcionamiento de la democracia contemporánea como una sociedad estratificada donde los estamentos de poder reaparecerían en la forma de «sociedad política» y ocuparían el lugar que corresponde a la sociedad civil en la teoría de la soberanía popular. En este sentido, la liberalización habría estado dirigida a constituir a la sociedad civil, mientras que la democracia estaría orientada a legitimar la «sociedad política»³⁷.

³⁴ Cfr. Cohen, Jean L.; Arato, Andrew. *Op. cit.*, *supra* nota 21. p. 121.

³⁵ *Ibid.*, p. 132-136

³⁶ *Ibid.*, p. 144.

³⁷ *Ibid.*, p. 101.

Por su parte, a pesar de que Marx y el marxismo forman parte de esta noción estatal como sistema de necesidades, que desembocaría en su negación como filosofía de liberación, según otros de sus intérpretes para el marxismo lo universal no radicaría en el Estado sino en la sociedad civil. La sociedad civil no sería el lugar donde se enfrentan las diferentes concepciones morales que se resuelven en el Estado como sistema de necesidades, tal como lo veía Hegel, sino aquel espacio donde se enfrentan distintas formas de vida y distintas concepciones normativas de la política.

En la perspectiva marxista el Estado se encuentra sometido a los intereses concretos de los grupos dominantes de modo tal que el orden civil, encargado de regular el sistema de necesidades, nunca logra fijar un límite claro y preciso a la acción del Estado, por lo que se hace necesario movilizar las fuerzas de la sociedad civil para transformar las relaciones de poder y la forma del Estado.

Este rasgo de la concepción hegeliana de sociedad civil en el que la sociedad civil es el escenario de la intersubjetividad social (presente como hemos visto en Marx y en el marxismo del siglo veinte), es fundamental para una concepción normativa de la democracia. Este aspecto fue desarrollado por diversos autores de la sociología y las ciencias políticas del siglo veinte, entre ellos Antonio Gramsci, Talcott Parsons o Jürgen Habermas, quienes incluyeron en su análisis la idea de una sociedad civil actuante a través de la cual se define un sentido de publicidad y de bien común.

En el marco de la crisis de la concepción economicista y estatalista del marxismo soviético, Antonio Gramsci³⁸, puso nuevamente a la sociedad civil y no al Estado en el centro de la interpretación política. Él descubrió a la sociedad civil en todas aquellas formas de asociación distintas a aquellas que tienen su origen en las relaciones económicas y de propiedad: las iglesias, los sindicatos, las instituciones culturales, los clubes, las asociaciones, los partidos políticos y los movimientos sociales.

Frente a la crisis cultural y el ascenso del fascismo en Italia, Gramsci postuló la necesidad de construir una hegemonía cultural alternativa desde la sociedad civil con el fin de erosionar las formas de integración social que sirven como base a los formas de dominación y de crear nuevas formas de relación que

³⁸ *Ibid.*, 174- 178.

recuperen un sentido asociacionista y comunitarista³⁹.

Por su parte, aunque la concepción de sociedad civil de Norberto Bobbio tenía claras connotaciones estatalistas («no se puede determinar su significado o delimitar su extensión sino volviendo a definirla simultáneamente y delimitarla en su extensión en relación al término Estado») este filósofo italiano, como heredero de Gramsci, nunca abandonó la estrategia gramsciana de avanzar hacia la democratización de los espacios de la sociedad civil, especialmente de la economía en donde prevalece una «racionalidad contraria a la democracia»⁴⁰.

Parsons, en la tradición de John Stuart Mill, también observó que en la sociedad norteamericana la pluralidad y la diferenciación ayudaron a configurar una esfera no abierta a la intervención arbitraria del Estado, que se expresaría en la tolerancia religiosa, en una economía de mercado libre de restricciones, en el incremento de la urbanización, y el desarrollo de una forma aristocrática de gobierno representativo que requiere de la especialización de funciones⁴¹.

Por su parte, para Habermas el concepto de sociedad civil está ligado al ejercicio de la ciudadanía, como «una forma de vida compartida intersubjetivamente» que se abre paso «a la persecución de fines colectivos» basados «en intereses pragmáticamente compartidos»⁴². La sociedad civil sería el factor dinámico de la democracia a través del cual se hace posible la expansión de los derechos. En este contexto surgen los movimientos sociales como expresiones colectivas que se dirigen al espacio público con el propósito de cambiar la interpretación de las necesidades, tematizar los problemas sociales y prefigurar los contenidos normativos⁴³.

Uno de los teóricos de este proceso, Alain Touraine, dice que en la democracia los movimientos sociales representan «interacciones orientadas normativamente entre adversarios con interpretaciones en conflicto y modelos societales opuestos en un campo cultural compartido»⁴⁴. La acción de estos movimientos de la sociedad se dirigiría a ocupar las definiciones jurídicas en el

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 202-203.

⁴¹ *Ibid.*, p. 154.

⁴² Habermas, Jürgen. *Op. cit.*, *supra* nota 9. p. 214

⁴³ Cohen, Jean L.; Arato, Andrew. *Op. cit.*, *supra* nota 21. p. 451.

⁴⁴ Touraine, Alain. "The voice and the eye". Citado en *Ibid.*, p. 573.

campo de las relaciones sociales que no están estructuradas, los movimientos en la búsqueda de una identidad crean sus propias representaciones de las relaciones sociales y generan una acción expresiva propia que tiende a la autonomía.

Como expresión de que el sujeto contemporáneo es un sujeto colectivo, los movimientos sociales no buscarían una mejor representación sino constituir una voz propia⁴⁵. No podía ser de otra manera, dice este sociólogo francés, ya que el individuo está cercado por el universo económico del mercado, por las técnicas disciplinarias y por «ideologías comunitaristas encarnadas en Estados y partidos políticos»⁴⁶.

La actividad de los movimientos sociales, dice Touraine, enriquece el concepto de lo público, más allá de los partidos y las instituciones, y lo pone en contacto con el «componente del mundo de la vida»⁴⁷, haciendo de lo personal, la cultura, las identidades públicas, la transparencia y la publicidad nuevas estrategias para conquistar espacios en la forma de derechos e instituciones que correspondan con nuevas definiciones del sujeto social⁴⁸.

Esta concepción de la sociedad civil busca transformar la noción de la democracia, para dejar de entenderla como una función o un proceso del Estado y ser concebida como algo constitutivo de lo político y lo jurídico, un proceso de reconocimiento y autoidentificación de los ciudadanos a través de su participación en las decisiones colectivas, que reemplaza la representación jurídica de lo social y emerge como un nuevo elemento de acción política en la sociedad contemporánea.

No olvidemos que la redefinición de los ordenamientos civiles en varios países del mundo a lo largo del siglo veinte, han venido acompañados de fuertes movimientos sociales. Es el caso de la movilización social en Estados Unidos en torno al caso *Roe v. Wade* (1973) que definió los términos de la maternidad voluntaria en aquel país; asimismo recordemos que en Italia, importantes cambios en el orden civil como el divorcio civil o la despenalización

⁴⁵ Offe, Claus. "Democracia de competencia entre partidos y el Estado de bienestar keynesiano. Factores de estabilidad y de desorganización". En: Offe Claus. *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*. Madrid, Sistema, 1988. p. 67.

⁴⁶ Touraine, Alain. "Introducción al estudio de los movimientos sociales". Citado en: Cohen, Jean L.; Arato, Andrew. *Op. cit.*, *supra* nota 21. p. 573-578.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 577.

⁴⁸ *Ibid.*, 578.

del aborto se obtuvieron mediante referéndum como resultado de una fuerte movilización de la sociedad.

En esta perspectiva, como observa María Teresa Uribe, la sociedad civil no es algo empíricamente dado sino algo que hay que construir en el orden civil, un tipo de identidad, un área de autodeterminación social, que puede tener diferentes implicaciones de autonomía y reconocimiento: puede dirigirse a la creación de estructuras institucionales y cuerpos legislativos vinculantes, a la inclusión normativa mediante estatutos diferenciados, a la transformación del régimen político, o bien a la defensa de formas de identidad o subjetividad que carecen de una expresión constatable en los marcos legales vigentes, no obstante lo cual, mantienen referentes éticos de acción dirigidos a la sociedad sustentados en la construcción de los medios autónomos de protección⁴⁹.

3.1.5. La ciudadanía: emancipación del individuo y emancipación social

¿Cómo puede la sociedad constituirse en una «fuerza autorizadora» de la soberanía nacional?, ¿cómo se relacionan la voluntad popular y la individual?, ¿cómo se integra efectivamente la experiencia subjetiva singular dentro del concepto universal de ciudadanía? ¿De qué manera un tema o un problema dejan de ser un asunto privado y se convierten en un tema público?

Habermas sitúa la respuesta a estas interrogantes en la arena de una lucha ciudadana por el reconocimiento, que se expresa en las movilizaciones de los grupos de la sociedad para abordar el interés de la opinión pública con base en «las elaboraciones privadas de los problemas sociales»⁵⁰. El principio de inclusión de la esfera pública, según el filósofo alemán, formaría parte de la esfera de autonomía moral del individuo y configuraría derechos de inclusión irrestricta que harían imposible cualquier forma de «exclusión de tipo *foulcaultiano*»⁵¹.

Las fronteras de la esfera pública serían penetradas por temas y por personas que representan los intereses de los grupos excluidos, lo que

⁴⁹ Uribe, María Teresa. "Emancipación social en un contexto de guerra prolongada". En: De Sousa Santos, Boaventura. *Democratizar la democracia*. Fondo de Cultura Económica. México, 2005. p. 190.

⁵⁰ Habermas, Jürgen. *Op. cit.*, *supra* nota 9. p. 446. Alain Touraine, por su parte, dice que los problemas políticos tratan directamente de la vida privada: fecundación y nacimiento, reproducción y sexualidad, enfermedad y muerte son temas que proveen una constante subversión y sobredeterminación de las representaciones sociales. En: Cohen, Jean L.; Arato, Andrew. *Op. cit.*, *supra* nota 21. p. 578.

⁵¹ Habermas, Jürgen. *Op. cit.*, *supra* nota 9. p. 446.

impediría la formación de cualquier frontera estable entre lo público y lo privado. Esto es posible porque para Habermas la esfera pública burguesa es algo más que una ideología, pues contiene una «promesa utópica» que implica la formación intersubjetiva de la comunidad política⁵². El carácter permeable de la esfera pública permitió por ejemplo, como afirma Habermas, que el movimiento obrero y el movimiento feminista hayan podido romper las estructuras que los mantenían excluidos de la noción de bien común en el Estado liberal⁵³.

La autonomía moral (concepto tomado por la ilustración de la teología tomista) del ciudadano se entendería en esta perspectiva como una habilidad del ciudadano para asumir papeles en el diálogo, para participar en la diferenciación social y en la solución de problemas. El ejercicio de esta forma de autonomía en una sociedad compleja requeriría de un alto nivel de reflexividad del sistema para poder articular las necesidades, intereses y valores de los individuos, con el fin de determinar su universalidad y llegar a un acuerdo común sobre las normas generales⁵⁴.

Sin embargo, esta definición de autonomía moral que ofrece Habermas, como el fundamento de la libertad política no deja de tener su punto de partida en una definición trascendente del sujeto, en un ciudadano ideal que carece de un objeto correspondiente en el mundo de la experiencia. El sujeto de las libertades públicas habermasiano es un sujeto pre-determinado por su capacidad civil, que no tiene plena conciencia del carácter contradictorio de lo público, que es leído y determinado por el relato nomológico de lo social.

Así como ocurre con Habermas, todas las definiciones del sujeto político contemporáneo que ofrece la teoría jurídica se mantienen atadas a una noción de individualidad fijada por las leyes civiles, en donde las definiciones abstractas y universales tomadas del mundo de la economía pasan por alto no sólo la existencia de múltiples desigualdades sociales sino de muchas subjetividades y diferenciaciones entre individuos, que se articulan y definen de manera diferente en la práctica.

⁵² Habermas, Jürgen. *"The structural transformation of public sphere"*. Citado en: Cohen, Jean L.; Arato, Andrew. *Op. cit.*, *supra* nota 21. p. 265-266.

⁵³ Habermas, Jürgen. *Op. cit.*, *supra* nota 9. p. 455.

⁵⁴ Cohen, Jean L.; Arato, Andrew. *Op. cit.*, *supra* nota 21. p. 444.

Si bien la existencia de determinaciones universales transformó la noción de la autonomía moral del individuo, que dejó de ser un principio excluyente de la comunidad política, también generó una estabilización de las expectativas sociales, que se objetivaron en instituciones civiles y políticas aparentemente separadas de las relaciones privadas y sociales en la forma de leyes y cadenas de autorización de la acción gubernativa, como un sistema auto-referente incapaz de reconocer las determinaciones que ocurren en el ámbito extra sistémico, privado y social.

La configuración abstracta de la sociedad civil por la cual se establece la ciudadanía contemporánea, como lo establece Ezequiel Adamovsky, requiere de una cultura pública desconectada de las estructuras de clase y las divisiones culturales, así como de las diferenciaciones significativas del sujeto. Esto tiene como consecuencia la despolitización de la sociedad civil, la formación de individuos sin un sentido de vida colectiva, sin vínculos fuertes frente al prójimo por fuera de los que están estructurados a través del Estado o del mercado⁵⁵.

En estas condiciones, tal como lo advirtiera Carl Schmitt, no hay sociedad posible⁵⁶, porque la distinción entre Estado y sociedad queda abolida y la esfera privada pasa a ser penetrada, politizada y totalizada como esfera política. Esto se realiza mediante las disciplinas sociales asociadas a la tecnología, que producen una forma de vida que separa la vida civil de la vida comunitaria. En este sentido, como explica Habermas, el individuo en las sociedades contemporáneas viene a ser el resultado de una intervención por parte del Estado (que Foucault califica como pastoral), donde lo privado se mantiene como un ámbito defensivo y al mismo tiempo irremediamente abierto a la mirada de los demás⁵⁷.

En este contexto, frente a cualquier intento por totalizar la subjetividad o encerrarla en una práctica institucional se hace necesario, como lo sostiene Chantall Mouffe, repensar las nociones de civilidad y privacidad presentes en el derecho (donde lo privado es concebido como un «yo sin trabas» que existe con independencia de la colectividad) y avanzar hacia una noción del individuo

⁵⁵ Adamovsky, Ezequiel. "Problemas de la política autónoma: El pasaje de lo social a lo político". Consultado en: <http://argentina.indymedia.org/news/2006/03/382729.php>, el 10 de abril de 2008.

⁵⁶ Schmitt, Karl. *Legalität und Legitimität*. Citado en: Cohen, Jean L.; Arato, Andrew. *Op. cit.*, *supra* nota 21. p. 277

⁵⁷ Habermas, Jürgen. *The structural transformation*. Citado en *Ibid.*, p. 281.

que reconozca la existencia de múltiples posiciones del sujeto en la vida colectiva⁵⁸.

Los enfoques jurídicos de la ciudadanía, como lo cuestiona Mouffe, carecen de un lenguaje que conciba lo colectivo como bien común, de una sintaxis de la comunidad política que no reduzca la experiencia social y la formación de premisas civiles a los cálculos y nociones individuales⁵⁹. En este sentido, la ciudadanía como la sociedad civil, deben dejar de ser vistas como presupuestos necesarios del sistema para ser concebidas como territorios de acción política a través de los cuales se articulan las posiciones del sujeto inscritas en una multiplicidad de relaciones sociales y una pluralidad de formas colectivas de identificación⁶⁰.

En este camino hacia la construcción de una ciudadanía democrática, que reconozca que la autonomía moral y política de los individuos son cualidades que se ejercen colectivamente, se debe aceptar que no existe una identidad política absoluta ni una comunidad política universal, unificada y homogénea que incluya los derechos de todos⁶¹. La Constitución, dice Miquel Caminal, debe proporcionar una concepción incluyente, plural, diferenciada y convincente del *demos* que dé sentido a la convivencia social y política⁶², que sea coherente con el postulado de la soberanía popular como un bien común y que termine con la presunta escisión liberal entre bien común y autonomía individual.

Esta tarea requiere asumir la perspectiva del ciudadano, no la del Estado o de quien ejerce los roles de dominación. Se requiere de un ecumenismo político-personal que encarne las reivindicaciones de los distintos sujetos sociales singulares, que conjugue la pertenencia a comunidades específicas de valores, lengua, cultura e identidad con la pertenencia a una comunidad política, y que avance hacia la más amplia articulación de demandas individuales y colectivas para arribar a definiciones jurídicas que otorguen un sentido de comunidad a la sociedad, que respeten la diversidad y dejen espacios para la expresión de las diferentes formas de individualidad.

⁵⁸ Mouffe, Chantall, *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía pluralismo y democracia radical*. Barcelona. Paidós. 1999. p. 136

⁵⁹ *Ibid.*, pp. 195-196.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 136.

⁶¹ *Ibid.*, pp. 121-122.

⁶² Caminal, Miquel. *Op. cit.*, *supra* nota 14. p. 216.

La crítica del universalismo, como dice Mouffe, es la verdadera condición de posibilidad de una ciudadanía democrática⁶³; la única forma de romper el círculo vicioso en el que se encuentra el ciudadano contemporáneo, que consiste en aspirar a vivir un modelo de vida que es precisamente la fuente de la exclusión social. Esto se debe traducir, según Jaime Cárdenas, en el reconocimiento de la libertad individual y la igualdad ante la ley pero también la admisión de excepciones justificadas, de los derechos sociales y la protección de los bienes colectivos frente a la fuerza destructora de la libertad privada.⁶⁴

Como forma de acción política, la ciudadanía debe orientarse hacia una nueva articulación entre lo singular y lo universal, que proporcione una noción de bien común que reconozca las expresiones singulares de la subjetividad y que las trascienda, no hacia una idea sustancial u objetiva del bien común, sino hacia el reconocimiento de múltiples formas de ciudadanía que pueden dar origen a múltiples interpretaciones a la *res-pública*⁶⁵.

Cuando las relaciones sociales y de poder son asimétricas, la labor de los grupos subordinados y excluidos es desarrollar sus formas de acción propias, dirigidas a presionar a la sociedad hacia una transformación de las relaciones de poder que subsisten en la comunidad política. En este sentido, la disidencia a la dominación, la resistencia a las exclusiones, la desobediencia civil, constituyen acciones ciudadanas que representan el último espacio de legitimación del sistema y de articulación entre soberanía popular y legalidad.

Frente a las inequidades promovidas y solapadas por la ley no queda otro camino que asumir la autonomía. Recordemos que durante la revolución francesa, el Tercer Estado, el parlamento del pueblo, surgió como fuerza política nacional cuando fue excluido de la deliberación por las cortes aristocráticas⁶⁶. Es por eso que, entre las respuestas que ofreció Hannah Arendt a las interrogantes planteadas al principio de este parágrafo una de ellas merece ser destacada: la verdadera fuente del derecho y el orden

⁶³ Mouffe, Chantall, *Op. cit.*, *supra* nota 58. p.126.

⁶⁴ Cárdenas Jaime. "Hacia un cambio en la cultura jurídica nacional". En: *Revista Latinoamericana de Derecho*. Año IV, num 7-8, enero-diciembre de 1997. pp. 145-173 Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. p. 163.

⁶⁵ *Ibid.*, pp. 138-141.

⁶⁶ Rosenvallon, Pierre. *Op. cit.*, *supra* nota 5. pp. 55-59.

institucional está en «la resistencia contra las opresiones que amenazan la libertad política desde fuera y desde dentro»⁶⁷.

El principio de que todo poder del Estado viene del pueblo significa que es la movilización social y la acción ciudadana, como formas de participación política que cumplen efectivamente la función de legitimación de la soberanía nacional y validación de la ley, que irremediablemente ha de ser calificada a través de estos medios en cada caso concreto.

3.2. LAS LIBERTADES EXPRESIVAS (CIVILES) Y EL ESPACIO PÚBLICO EN EL ESTADO LIBERAL.

3.2.1 El carácter expresivo de la libertad política y jurídica.

Los derechos comunicativos son una institución clave de la sociedad civil porque son derechos constitutivos de la experiencia humana. Los principios de la razón práctica como base de la acción colectiva (leyes, valores, normas, técnicas, etc.) se construyeron y enriquecieron por medios expresivos. La «trama discursiva» constituye la base intersubjetiva racional sobre la que se asientan los acuerdos prácticos dirigidos a fines colectivos. Por eso para Aristóteles la comunicación no era una necesidad del individuo sino un bien colectivo, la manera como los hombres se conocen y se ponen de acuerdo para poder actuar.

Francisco de Vitoria sostiene que la *Ius Societas* (el derecho) se hizo posible sólo gracias a la *Ius comunicatio* (el derecho comunicativo), como una condición necesaria para la existencia de una comunidad política o una comunidad de fieles (el *corpus misticum*) que cumple la función de alcanzar un mutuo entendimiento. Siguiendo esta idea, la comunicación y la publicidad son bienes fundamentales para el régimen democrático liberal que deben prevalecer sobre otros valores porque constituyen la «superficie» sobre la que se desarrolla la deliberación, justificación, validación y adopción de las decisiones jurídico-políticas.

La teoría de la soberanía política tiene como presupuesto la existencia de

⁶⁷ Arendt, Hannah. "Sobre la violencia". Citado en Habermas, Jürgen. *Op. cit.*, *supra* nota 9. p. 176.

una estructura de libertades expresivas que incluyen el diálogo, la deliberación y la argumentación, a través de la cual se ejerce la libertad política. La libertad comunicativa, de acuerdo con Habermas, hace libres e iguales a los ciudadanos porque está constituida por derechos subjetivos que aseguran el ejercicio de la ciudadanía y permiten que el sujeto pueda decidir, organizarse, resistir, opinar, que son en esencia derechos políticos⁶⁸.

De acuerdo con Habermas, las libertades expresivas formarían parte del concepto mismo de democracia como el medio a través del cual los ciudadanos le dan sentido a su experiencia política y social: distinguen y optan entre posturas políticas y morales diversas, discriminan entre partidos y candidatos distintos, seleccionar representantes políticos, justifican o rechazan las decisiones tomadas y aprenden de las experiencias adquiridas⁶⁹.

En este contexto, las libertades comunicativas como lo define Héctor Faúndez Ledezma, son el medio por excelencia para la auténtica realización de las libertades civiles: la libertad de conciencia, de culto, de expresión, de asociación, de prensa, de información, de educación, de audiencia, etc., así como el terreno en el que se producen las libertades políticas de reunión, circulación, manifestación, asociación y participación política, concebidas como formas colectivas de expresión de la libertad democrática⁷⁰.

Por eso, a pesar de que la libertad de expresión en términos liberales sigue siendo vista como una libertad negativa, su desarrollo conceptual ha permitido configurarla como una libertad positiva en la que el Estado no sólo asume el compromiso de respetar y garantizar la libertad de expresión, y abstenerse de no interferir en su ejercicio sino que se encarga también de adoptar medidas para proveer la capacidad real de los ciudadanos para comunicarse⁷¹.

Por eso la garantía de los derechos civiles, apunta E. W. Böckenförde, despliega su manto en una doble dirección: hacia la protección de las libertades comunicativas de los individuos contra el abuso del Estado y de los demás individuos, así como hacia la protección del espacio público, concebido como un proceso abierto a la formación de la opinión y la voluntad políticas

⁶⁸ Ver el capítulo "Política deliberativa" en *Ibid.*, p. 363-405.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 214-217.

⁷⁰ Faúndez Ledezma, Héctor. *Los límites de la libertad de expresión*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004. p. 192.

⁷¹ *Ibid.*, p. 15.

desde la sociedad civil hacia el poder político⁷². La autonomía del individuo conjugaría, según Habermas, dos formas de la libertad de expresión: un uso privado de libertades expresivas como libertades subjetivas y un uso público de las libertades comunicativas como expresión de la libertad política⁷³.

Norberto Bobbio también reconoce que las libertades civiles democráticas no pueden entenderse exclusivamente en sentido negativo, como garantías que preservan determinados ámbitos de actuación del ciudadano de la injerencia estatal, sino que deben entenderse en sentido positivo como condiciones efectivas de participación de los ciudadanos y los sectores sociales en la configuración de la opinión pública y la toma de decisiones políticas.

Por eso, aunque los instrumentos internacionales de derechos humanos parten de que la libertad expresiva es una condición inherente a las personas y no una concesión o una prerrogativa del Estado, al mismo tiempo establecen que es una obligación de los Estados protegerla. El artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos consigna la obligación estatal de respetar la libertad de expresión y garantizar su libre y pleno ejercicio para todas las personas.

La libertad de expresión en esta perspectiva, como lo dice Héctor Faúndez Ledesma, no sería un derecho privado sino un poder público⁷⁴. Esta concepción de la libertad expresiva como un bien público se encuentra incorporada en la jurisprudencia constitucional norteamericana, que considera que esta libertad es el bien que tutela la Primera enmienda de la Constitución norteamericana, que garantiza no sólo la libertad individual de expresión sino también un conjunto de actividades de pensamiento y comunicación a través de las cuales nos gobernamos y le damos sentido a la vida colectiva.

En este sentido la jurisprudencia constitucional norteamericana también ha establecido que no está al alcance del Estado restringir o limitar la estructura de libertades civiles⁷⁵. El *Chief Justice* Brennan, en el caso *New York Times* v. Sullivan,⁷⁶ caracterizó la libertad de expresión no sólo como la libertad para expresar, manifestar y difundir el propio pensamiento sino como la libertad de

⁷² Böckenförde, Ernst Wolfgang. *Op. cit.*, *supra* nota 2. p.79.

⁷³ Habermas, Jürgen. *Op. cit.*, *supra* nota 9. p. 649.

⁷⁴ Faúndez Ledesma, Héctor. *Op. cit.*, *supra* nota 70. p. 743.

⁷⁵ El caso es *New York Times Co. v. United States* (1971). Cfr: *Ibid.*, p. 38-41.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 134.

criticar al gobierno sin temor a represalias. En palabras de Bovero, como el «derecho de disentir y ejercer la crítica pública»⁷⁷.

En este contexto, la interpretación constitucional norteamericana también ha fallado a favor de la protección de la conducta expresiva más allá de las palabras. Esto implica la protección del Estado de la transmisión de ideas mediante cualquier medio lícito, como el empleo de símbolos o la realización de ciertas acciones de protesta, que incluye la protección de las acciones de resistencia y de desobediencia civil en tanto que actos expresivos de la ciudadanía contra leyes injustas⁷⁸.

En un contexto de comprensión de la libertad comunicativa como bien público, la estructura de libertades expresivas en las sociedades democrático-liberales, como lo establecen los instrumentos internacionales de derechos humanos, configuraría no sólo el derecho de expresión y opinión del ciudadano sino también el derecho de los demás a escuchar y conocer esa expresión y a estar informados. La libertad de información aparece como un derecho civil independiente reconocido en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos así como en el artículo 13 de la Convención Americana de los Derechos Humanos e conllevaría el derecho a la libre investigación de los asuntos públicos, así como el derecho de recibir y difundir informaciones y opiniones.

Como podemos ver, la práctica comunicativa constituye el principio de validez de toda la práctica jurídico-institucional, tal como lo afirma Habermas, por eso su ejercicio debe realizarse «bajo libres condiciones y oportunidades de comunicación dentro de un ámbito público constituido y estructurado por deberes ilocucionarios que posibiliten el libre procesamiento de temas y contribuciones, de informaciones y razones»⁷⁹.

Habermas considera que en las sociedades democráticas existe un lazo interno de carácter procedimental que vincula la libertad de expresión con los principios normativos por medio de los cuales está se realiza. Los presupuestos y condiciones de la comunicación y de los procedimientos para la formación de

⁷⁷ Bovero, Michellangelo. *Op. cit.*, *supra* nota 8. p. 50.

⁷⁸ Faúndez Ledesma, Héctor. *Op. cit.*, *supra* nota 70. p. 173. En este contexto se protege entre otras la expresión artística, la expresión cultural, la expresión científica, la expresión política, la expresión comercial.

⁷⁹ Habermas incluye también a las «negociaciones» en la medida que sean reguladas por procedimientos discursivamente fundados. Habermas, Jürgen. *Op. cit.*, *supra* nota 9. p. 173

la opinión y la voluntad comunes, de acuerdo con Habermas, permitirían que el poder estatal sea entendido de acuerdo con el principio de legitimidad de que «todo poder del Estado viene del pueblo» y que las decisiones y las designaciones aseguradas jurídicamente cuenten con la presunción de legitimidad⁸⁰.

Para ello en términos de una normatividad democrática es necesario que el ejercicio de las libertades civiles sea comprendido de la manera más amplia posible, como una capacidad irrestricta a *hacer* o dejar de hacer todo aquello que no está prohibido en el sistema constitucional.

3.2.2. Los límites normativos de la libertad de expresión

¿Es válido que el Estado restrinja la libertad de expresión?

En la tradición jurídica anglosajona, hasta la primera mitad del siglo veinte prevaleció la idea de que la regulación de los medios de comunicación era algo contrario a la libertad individual. Se consideraba que el ejercicio de la libertad de expresión en tanto que libertad individual no debería estar sujeto a ninguna forma de previa de censura sino sólo a la exigencia de responsabilidades ulteriores, que se producen sólo una vez que este ha sido ejercido⁸¹.

Desde esta perspectiva, para poder operar socialmente la libertad de expresión debería recibir el mismo tratamiento legal que el de cualquier otra libertad privada, de modo que la capacidad de las autoridades para intervenir en la materia debería reducirse a su mínima expresión para dejar que los procesos de comunicación se autorregulen a través de mecanismos naturales (como los que proporcionaría la economía) que permitan asegurar el acceso a la diversidad social y política. Una regulación de esta naturaleza requiere únicamente de mecanismos flexibles internos como son los códigos de ética o los reglamentos de buen comportamiento profesional.

Sin embargo en las legislaciones contemporáneas el derecho de expresión, así como su contraparte el derecho de información, no son considerados como derechos absolutos del individuo por lo que su ejercicio se encuentra limitado desde diversas perspectivas: en primera instancia conforme con la relevancia

⁸⁰ *Ibid.*, p. 202.

⁸¹ Cfr: Faúndez Ledesma, Héctor. *Op. cit.*, *supra* nota 70. pp. 384-386.

social de aquello que se comunica o informa, después de acuerdo con la forma mediante la que se comunica o informa, y finalmente de acuerdo con la oportunidad de acceso de los diversos grupos sociales a los medios de comunicación para expresarse⁸².

En el contexto de una comprensión de la libertad de expresión como una libertad civil privada, los instrumentos internacionales establecen diversos criterios para que las limitaciones al ejercicio privado de la libertad de expresión puedan ser consideradas legítimas. El Pacto Internacional de derechos civiles y políticos señala en su artículo 19 que las restricciones a la libertad de expresión solo pueden operar si están expresamente fijadas en la ley y su validez depende de que estén orientadas a la garantía de derechos, a proteger la reputación de los demás o a asegurar el orden público, la seguridad nacional o la salud de la población⁸³.

Aunque se admite la posibilidad de que los Estados presenten una reserva legal a las restricciones reconocidas por los instrumentos internacionales de derechos humanos, se entiende que las mismas deben tener un carácter excepcional y estar circunscritas a las áreas más sensibles de la actividad estatal (militar, diplomática, de policía y aspectos estratégicos de la economía). Asimismo se considera que estas restricciones deben estar fijadas *ex legem* y no pueden ser interpretadas extensivamente.

Por fuera de estas restricciones, de acuerdo con la interpretación de los artículos 27 y 29 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, sólo pueden ser aceptadas aquellas limitaciones dirigidas a regular los elementos adjetivos de la expresión y no su contenido. Las restricciones serán válidas sólo si se concentran en delimitar, por causas de orden público, las circunstancias de lugar, ocasión y forma mediante las cuales se transmite el mensaje⁸⁴.

El concepto de «orden público» se convierte así en un elemento central del sistema, no sólo como escenario discursivo de la libertad política o como un bien colectivo sino también como principio de justificación de las restricciones

⁸² Un análisis de las restricciones legítimas en el Estado contemporáneo y los conceptos surgidos en la jurisprudencia norteamericana los encontramos en el capítulo sexto de *Ibid.*

⁸³ *Ibid.*, p. 328.

⁸⁴ *Ibid.*, pp. 295-296.

«formales» a la libertad de expresión. El carácter impreciso del concepto le permite adoptar múltiples significados, lo que abre la puerta para la opacidad en la gestión de las restricciones a la comunicación y la información, por motivos o intereses de orden político o personal por parte de quien ocupa el poder político o administrativo.

Por otra parte, la mediatización de la publicidad en las sociedades contemporáneas favorece la formación de una falsa identidad entre el orden público y los rasgos de la democracia liberal representativa, lo que permite que los instrumentos políticos establecidos sean vistos como la última frontera de la libertad de expresión y que las expresiones políticas que están por fuera de los marcos reconocidos sean excluidas en virtud de ser consideradas contrarias al orden público.

En este sentido, el contexto mediático de la libertad de expresión genera entre los juristas y los operadores del derecho la tendencia hacia una interpretación de los procesos jurídicos caracterizada por un enorme estatismo y por la justificación de la censura a las expresiones opuestas a los principios políticos de identificación interna. Esto lo podemos observar en la resolución a las controversias judiciales suscitadas por la existencia de interpretaciones contradictorias de los procesos políticos en países como Estados Unidos, España o México, que afectaron gravemente su credibilidad como naciones democráticas⁸⁵.

Contra una noción unificada u homogénea del orden público como la que promueven los medios, el *Justice* William Douglas de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso *Millar v. California* (1931) presentó una opinión disidente a la resolución aprobada por la mayoría, en la que sostenía que la garantía constitucional de la libertad de expresión «no fue diseñada para dispensar tranquilizantes a la gente» sino provocar el desasosiego, crear insatisfacción con las condiciones existentes pues su función es la de mantener el debate abierto, tanto para aquellas personas «apasionadas y agresivas» como para las personas tranquilas⁸⁶.

⁸⁵ Me refiero al papel jugado por el poder judicial y/o constitucional en la solución de las controversias políticas más recientes en esos países: la sentencia del Tribunal Supremo del Estado de Florida desestimó la impugnación de las elecciones federales del año 2000 en ese estado; la resolución el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ratificó los resultados de un proceso político donde imperó la falta de certeza y la mala fe; el Tribunal Constitucional Español ratificó la anulación de Herri Batasuna como partido político de la Comunidad de Euskadi.

⁸⁶ *Millar v. California* (1931). Citado en: Faúndez Ledesma, Héctor. *Op. cit.*, *supra* nota 70.. p. 583.

Sin embargo, el verdadero riesgo para la democracia como modelo normativo ocurre cuando las restricciones a la libertad de expresión están sustentadas en el criterio de «seguridad nacional» que, a diferencia de las que se basan en el orden público, al restringir los aspectos formales o esenciales de la expresión pretenden asegurar no la paz social o el orden público sino directamente la sobrevivencia del Estado, identificado en este caso concreto con el la sobrevivencia del gobierno, lo que se traduce un peligro real e inminente para aquellos sectores sociales y ciudadanos que expresan contenidos y prácticas opositores a los que postulan las autoridades.

Detrás de la protección de la seguridad nacional como principio de articulación de las políticas públicas, como lo afirma Héctor Faúndez Ledesma, se encuentra inevitablemente la persecución criminal, política e ideológica en contra de una concepción diversa del orden jurídico y social⁸⁷. En éste sentido, la teoría democrática considera que cualquier restricción a la libertad de expresión basada en cuestiones de seguridad nacional debe ser considerada incompatible, no sólo con la teoría de los derechos humanos sino con el principio de la soberanía política.

La Comisión Interamericana de los Derechos Humanos sostuvo en un Informe⁸⁸ que también «la penalización de las ideas que no incitan a la violencia *anárquica* es incompatible con la libertad de expresión» entendida en sentido estricto, y que la incitación a la desobediencia y la rebelión no debían ser reprimidos mientras no exista una alteración del orden público. Este es el caso de los diferentes casos de restricción expresiva que se presenta en los cuerpos militares y policíacos que configuran el delito de sedición sancionado en los códigos criminales de la mayoría de los países del mundo.

Frente a los peligros que encierra una definición constitucional indeterminada de las causas de justificación a las restricciones expresivas, en *Dallas v. Stanglin* (1989) la Corte norteamericana expuso los siguientes requisitos para la validación de cualquier restricción de la conducta expresiva por parte de la autoridad. Para la Corte la restricción debe: a) estar suficientemente justificada como parte de las atribuciones del gobierno; b) estar orientada a fomentar un

⁸⁷ *Ibid.*, pp. 528-532.

⁸⁸ Informe Num. 69/98. Caso 11,803. *Chile*, Juan Pablo Olmedo, *Ciro Colombara*. El subrayado es del autor. Citado en *Ibid.*, p. 586.

interés público sustancial; c) la sanción no debe estar dirigida a suprimir o negar la expresión; d) cualquier restricción no puede ser mayor a lo estrictamente requerido para la protección del interés público⁸⁹.

Los límites de la libertad de expresión y la protección de la esfera pública como un bien colectivo

Hasta aquí hemos entendido la regulación de la libertad de expresión sólo como expresión de la capacidad del Estado para limitar el ejercicio de la libertad expresiva individual. Sin embargo la regulación de la libertad comunicativa como derecho fundamental, como hemos visto más arriba, se desdobra en dos direcciones: no sólo busca proteger un ejercicio responsable de la libertad comunicativa como bien de cada ciudadano, sino que cumple también con la tarea la protección de un modelo de publicidad que sirve como base de la interacción colectiva y como principio de soberanía política.

Esta faceta de la regulación de la libertad comunicativa desarrollada en el siglo veinte otorga la misma prioridad a los derechos o intereses de la audiencia como a los derechos del emisor. Se parte del reconocimiento de que la esfera de libre expresión ciudadana y publicidad no coinciden con la forma privada de la libertad comunicativa y que el funcionamiento del libre mercado no es compatible con los valores de máxima publicidad y equidad para los contendientes en los procesos políticos, por lo que es indispensable la acción positiva del Estado para favorecer condiciones de libertad y equidad en el espacio público para toda la ciudadanía y los sectores de la sociedad civil.

En este caso la intervención del Estado se debe dirigir a eliminar los obstáculos y efectos nocivos que se producen en el proceso comunicativo como resultado del carácter privado de los medios de comunicación, con tal fin el Estado realiza acciones que permitan equilibrar los desajustes y crisis que produce el funcionamiento autónomo del mercado comunicativo. Las leyes en este caso deben garantizar la existencia de un espacio de diálogo entre todos los sectores sociales, que los medios sean independientes, no sólo frente los poderes públicos sino con respecto del poderes económicos, y representen la pluralidad política y social, pero también debe impedir que los sectores

⁸⁹ *Dallas v. Stanglin* (1989). Citado en: *Ibid.*, p. 181.

opositores sean excluidos de los procesos comunicativos y asegurar que todos los miembros de la comunidad puedan comunicarse sin interferencias.

En la medida en que en las sociedades contemporáneas los medios de comunicación masiva materializan la libertad de expresión en tanto que un bien público, su funcionamiento debe adecuarse a los requerimientos de un ejercicio democrático: pluralidad de medios, protección a los periodistas, libre acceso a los medios, derechos de audiencia; asimismo se debe buscar una administración y gestión plural de los flujos comunicativos que otorgue iguales oportunidades de acceso a todos los sectores de la sociedad y que impida exclusiones en la asignación de frecuencias de radio y televisión⁹⁰.

Una concepción de este tipo se encuentra incorporada en las constituciones de varios países. La Constitución de Colombia en sus artículos 27, 76 y 77 señala que los medios de comunicación son organismos de interés público conforme con lo cual Estado ejerce el control del espectro electromagnético⁹¹. El artículo 30 de la Constitución del Paraguay hace recaer en el Estado la protección del interés público en materia de telecomunicaciones⁹². Los conceptos más precisos se encuentran en el artículo 20 de la Constitución española, que indica que las frecuencias electromagnéticas son un recurso público escaso y que por ello el gobierno, encargado de otorgar las concesiones, está facultado a poner condiciones «procurando que sus decisiones orienten la gestión (de los medios) hacia un equilibrio entre los distintos sectores sociales y políticos»⁹³.

Esto no significa necesariamente, como los defensores de la libertad comunicativa como algo irrestricto, que el Estado tenga que convertirse en propietario de los medios de comunicación (es difícil que un gobierno que posee un medio no lo convierta en una máquina de propaganda), significa que es necesario determinar las responsabilidades del ejercicio expresivo, que

⁹⁰ Una reseña de las resoluciones y opiniones de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos en esta materia se encuentra en: *Ibid.*, p. 216.

⁹¹ La asignación de frecuencias "estará a cargo de un órgano, con personería jurídica, autonomía administrativa, legal y técnica y sujeto a presupuesto propio. su integración será de cinco personas 2 los nombra el ejecutivo, 1 el congreso, 1 asociaciones profesionales y sindicales, otro asociaciones civiles Vianna, André. "Colombia". En: Escobar, Guillermo y Guedan, Moguel (eds.) *Democracia e instituciones en América Latina*. Madrid, Editorial Dykinson, 2005. p. 109-110.

⁹² En la Constitución se expresa que los medios son responsables de garantizar el derecho de terceros y de asegurar la libre Oportunidad de acceso a los señales. Böckel, Juan José. "Paraguay". En *Ibid.*, p 248

⁹³ La Constitución española señala que "la ley regulará la organización, el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público, y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España". Faúndez Ledesma, Héctor. *Op. cit.*, *supra* nota 70. p. 210

deben hacerse extensivas, como lo reconoce Héctor Faúndez, tanto a los gobiernos como a aquellas empresas y organizaciones que ejercen la libertad de expresión como una libertad pública⁹⁴.

En la resolución del caso *Red Lion Broadcasting, v. FCC* de 1969 la Suprema Corte norteamericana consideró que la libertad de expresión no llevaba implícito el derecho alguno de un comunicador o empresa de comunicación para negar la libertad de expresión de otros o impedirles su ejercicio. Ahí se señala que «el derecho del auditorio a escuchar los distintos puntos de vista sobre un tema es superior al derecho de las radiodifusoras a editoliarizar su información». No obstante también se reconoce la dificultad para hacer realidad estos principios en virtud de que «los medios no siempre son precisos en su información e incluso pueden llegar a presentar posturas parciales sobre cuestiones públicas»⁹⁵.

La regulación de los medios de comunicación adquiere un carácter relevante en los procesos político-electorales, ya que en esos periodos se constituyen el escenario principal a través del cual se realizan las campañas políticas, se dan a conocer las distintas propuestas y los candidatos, se debaten los argumentos, se informa sobre sus determinaciones y sobre el curso de los resultados. Así las cosas, no puede haber una verdadera contienda democrática si en los procesos políticos los medios de comunicación no garantizan la pluralidad de opiniones o el acceso a la información se encuentra limitado unilateralmente.

Nuevamente es el debate judicial norteamericano, de origen liberal, el que ha ayudado a sentar las coordenadas para la regulación del papel que juegan los medios de comunicación en los procesos políticos, al introducir condiciones para el ejercicio de la libertad de expresión en el marco de las campañas electorales, criterios que se refieren al financiamiento y duración de las campañas y el acceso de los partidos a los medios, que aunque se han establecido en muchos Estados de todo el mundo, no se cumplen en los hechos⁹⁶.

⁹⁴ Ibid., p. 35.

⁹⁵ *Red Lion Broadcasting, v. FCC*. Citado en: Stein Velasco, José Luís. *Democracia y medios de comunicación*. UNAM-III, México, D.F. 2005. p. 224.

⁹⁶ En la resolución del caso *Bucley v. Valeo* (1976), la Corte Suprema norteamericana estableció límites estrictos a las contribuciones económicas a las campañas políticas. En Francia la legislación impuso límites a los costos y al ejercicio de la publicidad política en los medios electrónicos; la jurisprudencia de la Corte en Alemania instituyó mecanismos

La libertad de los medios de comunicación, en esta perspectiva, es una libertad instrumental que opera en tanto que hace posibles los objetivos democráticos. La libertad de los proveedores de espacios de comunicación e información es contingente con respecto de las finalidades sociales que cumple relativas a la gestión argumentativa de validez de la democracia. Por eso, si esta gestión suprime la diversidad de opiniones y reduce el debate público, deben existir mecanismos públicos de responsabilidad y control, como lo afirma José Luis Stein Velasco, para obligarlo a dar voz a todos los grupos sociales, así como para aplicarles las sanciones correspondientes⁹⁷.

Sin duda hace falta precisar los mecanismos y procedimientos para la aplicación de estos conceptos, en virtud de su importancia esos mecanismos no pueden ser unilaterales o parciales; sin duda, como lo propone el Dr. Jorge Carpizo, el control de la gestión de los medios de comunicación debería ser realizado por parte de la propia sociedad civil a través de una estructura ciudadana de representantes resultado del compromiso entre el conjunto de intereses sociales en juego: los propietarios, la audiencia (entendida como una forma de ciudadanía), los grupos de la sociedad civil, el gobierno, los partidos políticos.

Una estructura de este tipo, como las que se reconocen en las Constituciones de Paraguay y Colombia, se encargaría entre otras cosas de realizar una evaluación constante del desempeño de los medios, de proteger las condiciones de equidad entre la ciudadanía y las distintas opciones políticas, sociales y ciudadanas, de restringir los efectos perniciosos de la propiedad privada de los medios, de asignar y revocar el uso de los flujos electromagnéticos de acuerdo con los criterios de pluralidad social, de determinar las responsabilidades correspondientes en la gestión de los medios⁹⁸.

José Stein Velasco considera que para hacer efectiva la equidad en los procesos comunicativos es necesario que converjan varios factores: el compromiso y la responsabilidad social de los medios y los comunicadores, la adopción de medidas antimonopólicas, la existencia de medios informativos

diferenciados para el acceso a los medios para crear un equilibrio de Oportunidades en las campañas entre los partidos contendientes.

⁹⁷ Stein Velasco, José Luis. *Op. cit.*, *supra* nota 95. p. 210

⁹⁸ *Ibid.*, p. 91-92

que no tengan fines comerciales, la existencia de medios de comunicación públicos con participación de la sociedad civil a través de sus asociaciones y organizaciones, la configuración de instancias ciudadanas de escrutinio sobre los medios y los comunicadores, el ejercicio de recursos públicos por parte de la ciudadanía contra conductas y prácticas mediáticas contrarias a la democracia⁹⁹.

Esta divisa debe orientar a la ciudadanía según Graham Murdock a realizar acciones conseguir que los flujos comunicativos sean resultado de la acción recíproca de todos los actores sociales; que la propiedad de los medios de comunicación tenga un carácter desconcentrado y difuso; que la acción comunicativa sea realmente producto de la diversidad de actores sociales y políticos de la comunidad en donde estén representadas todas las identidades y puntos de vista presentes en la sociedad; que los procesos comunicativos de formación de la soberanía se realicen mediante instrumentos de participación ciudadana que favorezcan la constitución de nuevos espacios de acción política¹⁰⁰.

De la implementación y viabilidad de estos imperativos prácticos que la racionalidad discursiva ha impuesto a la actuación de los medios de comunicación depende la viabilidad de los sistemas democráticos contemporáneos. De lo contrario, podemos advertir desde aquí que los medios masivos y las tecnologías de la comunicación se mantendrán como los grandes certificadores de los sistemas totalitarios de excepción que se perfilan en el capitalismo contemporáneo.

3.2.3. La publicidad liberal ¿principio normativo de validez o forma privada de ejercicio del poder?

La configuración histórica de la esfera pública

La historia de la esfera pública nos permite ver a ésta como un espacio donde se produce el autogobierno de la comunidad y al mismo tiempo como el marco empírico-normativo en el que se verifica la legitimidad del Estado. Como dominio legítimo para la formulación y defensa de los derechos humanos, así

⁹⁹ *Ibid.*, p. 385.

¹⁰⁰ Murdock, Graham. "Citizen, costumers and public culture". Citado en: De la Peza Cásares, María del Carmen. De la Peza Cásares María del Carmen. "Medios De comunicación Política y Democracia". En: El Cotidiano, 98. Septiembre-Diciembre de 1999. p. 12.

como para el gobierno y acuerdo entre los diferentes intereses sociales, la esfera pública es un dominio normativo. En cambio, cuando la esfera pública se refiere a entidades como audiencia, electorado, medios de comunicación, instituciones, se trata de un dominio público en un sentido sociológico-descriptivo.

En su origen grecolatino el espacio público se identificó con la asamblea de los ciudadanos reunida para deliberar y tomar decisiones; durante el absolutismo el lugar de lo público fue ocupado por la Corte, reunida en torno al Monarca para tomar las decisiones del Estado. El crecimiento de las ciudades y de la vida urbana en los siglos dieciséis y diecisiete, según Foucault, impulsó la configuración de un espacio estratégico de acción común de los miembros de la comunidad, espacio que salió de los Palacios y recayó en la Plaza Pública.

El desarrollo de la escritura y de las tecnologías de la comunicación permitió que la escena pública abarcara nuevos espacios, que crecieran los foros de interacción presencial (coloquios y circunloquios, conferencias, cátedras, censos), así como los instrumentos y técnicas que fueron usados como vehículo para la difusión de la actividad literaria e ideológica (libelos, pasquines, manifiestos, proclamas, epístolas), así como político-normativa (sentencias, constituciones, decretos, comicios, leyes, autos).

El surgimiento y desarrollo de los medios de comunicación en los siglos posteriores tuvo un enorme impacto en la configuración de una esfera pública civil y en la proyección de los procesos políticos como procesos comunicativos de carácter masivo. En el siglo diecinueve la prensa le otorgó una nueva dimensión al espacio público, que posibilitaba una interacción a gran escala entre los miembros de la sociedad. Los alcances de los nuevos diarios y gacetas, así como su creciente influencia entre las élites políticas hicieron de la prensa el nuevo vehículo para hacer efectivas las libertades civiles.

Desde entonces, la noción contemporánea del espacio público es el de un fenómeno autoproducido y delineado conforme con un sentido mediático. Los medios masivos de comunicación se convirtieron en el *locus* de la política y la vida civil. En nuestros días el radio, la televisión y las nuevas tecnologías de la información, juegan un papel preponderante en la formación de la opinión

pública, en la medida en que son el lugar donde se producen las definiciones y predicados estratégicos de los procesos políticos.

El espacio público como principio de libertad e igualdad políticas

La esfera pública política como concepto normativo apareció durante la ilustración, a esto contribuyó el proceso de institucionalización del discurso como principio de validez al que alude Habermas en su teoría de la acción comunicativa y del que hemos hecho una breve referencia histórica en la sección anterior.

Como concepto normativo «la esfera pública» expresa la existencia en el nivel de los derechos constitucionales de una esfera de libertad expresiva a cargo del ciudadano libre de toda una intervención estatal arbitraria, pero donde el Estado provee al mismo tiempo de las condiciones suficientes para garantizar la equidad y la libertad en el ejercicio de los derechos de expresión y audiencia de todos los grupos sociales. Esa es la función de la ***Res pública***, crear un espacio en el que los ciudadanos deliberan sobre los temas y problemas que les son comunes.

Este sentido ya se encuentra presente en la Filosofía del derecho. En «***La paz perpetua***» Kant afirmaba que las acciones referentes al derecho son injustas si su máxima no admiten su publicidad. Hegel por su parte, al otorgar a la sociedad civil un sentido ontológico, dio a la esfera pública un nivel de racionalidad, como principio de validez del conocimiento y la razón práctica, del que carecía, al concebirla como la base sobre la cual interactúan la opinión pública y los órganos legislativos lo que hace posible la identidad racional universal¹⁰¹.

La esfera pública, en este sentido, determina los linderos de reconocimiento del orden jurídico, el marco en el que se ejercen y se hacen valer los derechos, se realizan acuerdos y negociaciones, se forman opiniones y se deciden acciones. En este sentido, de acuerdo con Habermas, el «principio de garantía de espacios públicos autónomos», el principio de la competencia entre posturas políticas y el principio parlamentario, agotan el contenido del principio

¹⁰¹ Cohen, Jean L.; Arato, Andrew. *Op. cit.*, *supra* nota 21. p. 130-139.

de soberanía popular»¹⁰². Lo público es el vínculo discursivo que permite que las representaciones jurídicas puedan sean asociadas con las representaciones sociales, conforme con el principio de soberanía popular.

Para Habermas, en la medida que el principio de publicidad es el fundamento del principio de soberanía política y que estructura los espacios en los que han de tomarse las decisiones políticas, producirse las argumentaciones y pretensiones de validez, y procesarse las opiniones y posicionamientos de todos los actores sociales, tiene que estar protegido en los mismos términos que están garantizados los derechos fundamentales¹⁰³. Por eso, de acuerdo con Habermas estos espacios deben regularse conforme a principios como: maximización del diálogo, interpretación dialógica, equidad y oportunidad de los participantes, etc., elementos que suponen no sólo una juridificación simétrica de las libertades comunicativas de los miembros de la comunidad, sino la adopción de políticas públicas que propicien esas libertades¹⁰⁴.

La democracia como principio inclusivo requiere que el Estado asegure la equidad de los procesos de formación discursiva de la opinión y la voluntad, para que estos sean un auténtico ejercicio de autonomía política por parte de la ciudadanía. Asimismo requiere que la configuración jurídica de la esfera de publicidad se caracterice por la inexistencia de exclusiones o privilegios, por la ausencia de límites externos a la participación o el contenido de la expresión, por la libertad de iniciativa de los miembros de la comunidad y por la autonomía de la acción comunicativa.

Sin embargo, no basta que la configuración del un espacio público que asegure condiciones equitativas y simétricas de expresión y audiencia para la validación de los procesos de comunicación en las sociedades contemporáneas. La democracia requiere además que el espacio público sea un espacio abierto, cambiante, poroso, abierto a la experiencia, que favorezca la publicidad y la deliberación caso por caso de los problemas sociales, que permita el control ciudadano de los poderes públicos.

Para ello es necesario una regulación específica sobre el uso de los medios de comunicación que asegure su independencia del poder político y su

¹⁰² Habermas Jürgen *Op. cit.*, *supra* nota 9. p. 239.

¹⁰³ *Ibid.*, pp. 242-251.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 193.

limitación como poder fáctico, para que estos actúen con imparcialidad frente a los fenómenos políticos, económicos y sociales, que le den voz a todos los actores y grupos de la sociedad y se conviertan en un auténtico vínculo discursivo entre la sociedad civil y las autoridades.

En este contexto, la garantía de libertad de información de la ciudadanía surge como un elemento inexcusable del régimen, sin la cual no puede existir una auténtica libertad política. En esta materia, la democracia también debe garantizar la máxima revelación y publicidad de los actos del Estado y de sus actividades económicas, la gratuidad y la facilidad de acceso de los servicios informativos; y debe precisar las causas de excepción por las cuales se puede restringir la transmisión de información.

Aunque la mayoría de las constituciones del mundo reconocen y garantizan las libertades de expresión y de imprenta, como observa Jaime Cárdenas, son muy pocas las que garantizan de manera efectiva otras formas y contenidos de la libertad de expresión¹⁰⁵, como son los derechos de audiencia e información entre ellos: el acceso a documentos públicos, el derecho de réplica, el secreto profesional, la cláusula de conciencia, el derecho de autor periodístico y las garantías de audiencia; menos aún se concibe el derecho de resistencia o de desobediencia civil como derechos expresivos.

En esta óptica, como señala Jaime Cárdenas, la publicidad democrática sería un principio político orientado a derribar secretos, todos aquellos que hacen posible el control y la manipulación del ejercicio del poder político¹⁰⁶. Los diversos elementos normativos de la libertad expresiva empujarían según José Luis Stein Velasco hacia la configuración de una ciudadanía que pugne por el derecho a divulgar opiniones y recibir información por medios propios, por participar en el control de los medios masivos de comunicación y la gestión de medios de comunicación propios, una ciudadanía abocada a conseguir una

¹⁰⁵ Jaime Cárdenas señala que existen tres modelos de regulación de la libertad de expresión: el *régimen decimonónico*, que protege de manera general libertad de expresión y prensa; el *sistema minimalista*, que reconoce libertades de imprenta, y el modelo *cuasiparadigmático*, en el que podrían incluirse países como España, Suecia y Brasil, que reconocen al menos una de las libertades de audiencia. Cárdenas, Jaime; García Campos, Alan; Nieto Castillo, Santiago. *Estudios jurídicos en torno al IFE*. IIJ. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2000.

¹⁰⁶ Cárdenas Gracia, Jaime. "The theoretical basis for participatory and deliberative democracy". En: *Mexican Law Review* 6, July-dec, 2006. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. México p. 64.

auténtica representación de los intereses sociales y a defender sus derechos desde los medios¹⁰⁷.

La apropiación privada de los procesos comunicativos.

Como hemos visto, en el siglo dieciocho Jeremías Bentham formuló una crítica al principio de igualdad en el que cuestionaba el carácter absoluto, equitativo e imprescriptible de los derechos civiles, los cuales para él eran «metafísicamente verdaderos pero políticamente falsos»¹⁰⁸. Bentham aludía a la existencia de una interdependencia y retroalimentación entre los procesos de comunicación y el ejercicio del poder en las sociedades burguesas, que no podía ser eludido por la filosofía ni por la teoría.

Como Habermas lo reconoce, el análisis de los procesos de comunicación en el Estado liberal no puede soslayar que las condiciones en las que se realiza el proceso comunicativo en las sociedades burguesas exponen a la esfera pública a los efectos de represión y exclusión provenientes de una desigual distribución del poder social¹⁰⁹.

Esta postura expresa claramente la perspectiva empírico-descriptiva de la esfera pública, que reconoce a ésta como un fenómeno político cuyo carácter irrestricto lo convierte en el espacio político apropiado para la lucha sobre «la interpretación de las necesidades»¹¹⁰ y la representación de formas de vida válida. Un espacio que puede verse fuertemente influido por el poder económico para reforzar las presiones ejercidas sobre ciertos problemas, tematizarlos, proveerlos de testimonios y fuentes, en favor de sus propios intereses.

Con la instalación de lo público en el espacio mediático, los medios se encontraron no sólo con la posibilidad de interpretar la realidad política sino de poder definirla¹¹¹. La realidad política, la ciudadanía y la construcción de la soberanía adquirieron una dimensión «mediática». Esta capacidad de los *mass media* ha transformado el ejercicio del poder político en las sociedades contemporáneas, como observa G. Sartori, y lo han convertido en una

¹⁰⁷ Stein Velasco, José Luís. *Op. cit.*, *supra* nota 95. p.92

¹⁰⁸ Bentham, Jeremías. "Reflexiones sobre la Revolución en Francia". Citado en: Faúndez Ledesma, Héctor. *Op. cit.*, *supra* nota 68. p. 36.

¹⁰⁹ Habermas, Jürgen. *Op. cit.*, *supra* nota 9. p. 385.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 392.

¹¹¹ Stein Velasco, José Luís. *Op. cit.*, *supra* nota 95. *Ibid.*, p. 21.

«telecracia», aquella sociedad donde los medios masivos cuentan con la capacidad suficiente para establecer los principios de reconocimiento social¹¹².

En la perspectiva mediática de la esfera pública, como la que describen Luhmann y Sartori, la opinión pública es un «espejo» del sistema, una mirada autoreferencial que los protagonistas de la vida pública y la política se dirigen a sí mismos y a sus actuaciones con el objeto de justificarlos y legitimarlos. Un reflejo de los procesos de decisión y cambio del sistema, que cumple al mismo tiempo las funciones de información, propaganda y justificación.

Aunque el desarrollo de las tecnologías de la información y la comunicación hizo albergar en algunos críticos del espacio público expectativas de una generalización de los procesos comunicativos como actos de socialización¹¹³, la estructura económica de los procesos comunicativos y de las tecnologías del ramo, caracterizadas por la apropiación privada y por una enorme concentración de los poderes comunicativos de la sociedad, impiden que los significados proporcionados por el sistema sean desbordados o cuestionados¹¹⁴.

Las desiguales condiciones de gestión, apropiación y difusión de los procesos de comunicación e información que existen entre las naciones contemporáneas, constituyen un reflejo de las asimetrías presentes en el orden de las relaciones económicas, políticas y sociales, donde persisten grandes desigualdades entre los ciudadanos para el acceso a los procesos de producción, validación, regulación, control y presentación de los bienes colectivos en general y en particular de los bienes expresivos e informativos.

En sociedades donde las capacidades de comunicación se concentran en pocas manos, pocos tienen realmente la posibilidad de decir, escribir, dirigirse a los demás e influir en la voluntad colectiva. Con la excepción de los «*espacios del lector*» y los «*teléfonos abiertos*»¹¹⁵, la responsabilidad de las representaciones que se difunden, las oportunidades para acceder a los

¹¹² El ciudadano habría sido sustituido por el *homo videns* Sartori, Giovanni. *Homo Videns. La sociedad teledirigida*. Madrid, Taurus, 1998.

¹¹³ Manacorda, Paola. *Emergenza Internet, Conferenza dell'Associazione Italiana Internet Providers* - 27 noviembre 1998.

¹¹⁴ Mientras que en 1973 había 57 grandes empresas de comunicación, en 2006 sólo quedan 6. En México 284 empresas acaparan el 96.5 % del espectro radioeléctrico (462 estaciones de canales analógicos y 279 estaciones permitidas).

¹¹⁵ Ortega Ramírez, Patricia. "Medios públicos y democracia, nuevas necesidades y viejas opciones". En: *El Cotidiano*, 98. Septiembre-Diciembre de 1999. p. 37.

espacios de información y las opciones de programación están dictados por intereses económicos que actúan, como lo señala José Luis Stein, por fuera de cualquier control democrático¹¹⁶.

En la práctica, según explica María del Carmen de la Peza Cásares, la libertad de comunicación se identifica con el libre mercado y se mantiene bajo el control de grandes corporaciones mediáticas que cuentan con un gran poder financiero y que se caracterizan por la configuración de monopolios, que los convierten en los nuevos poderes corporativos de control con capacidad suficiente para la manipulación de los procesos comunicativos y la definición de los contenidos normativos en la sociedad¹¹⁷.

Noam Chomsky dice que la identificación entre independencia y propiedad privada de los medios distorsiona el proceso comunicativo por el cual se produce la «voluntad colectiva». Esto crea una relación simbiótica entre los grandes poderes económicos y las fuentes de la información que afecta la imparcialidad y credibilidad de la comunicación en las sociedades contemporáneas. La magnitud de recursos que requieren los medios de comunicación, dice Chomsky, facilita sus conexiones con las grandes empresas cuya publicidad es la principal fuente de ingresos y cuyos intereses orientan el contenido de la información¹¹⁸.

En un contexto restrictivo de los significados de la acción política, como es el liberal, la concentración privada de los medios masivos permite la certificación de las realidades políticas y sociales y les otorga valor de autenticidad. El ejemplo más pertinente lo encontramos en los procesos político-electorales, que son impensables sin los medios masivos y las técnicas publicitarias, desde donde son presentadas y justificadas las decisiones más controvertidas pero para los cuales las elecciones no son otra cosa que eventos financieros de alta rentabilidad.

La incidencia mediática de los procesos políticos genera una imagen de permanente confrontación y malestar que se encuentra en la base del desgaste del modelo democrático-liberal y que produce un enorme cansancio del

¹¹⁶ Stein Velasco, José Luis. *Op. cit.*, *supra* nota 95. p. 87-91.

¹¹⁷ De la Peza Cásares, María del Carmen. *Op. cit.*, *supra* nota 100. p. 12.

¹¹⁸ Chomsky, Noam. "Los guardianes de la libertad". Citado en: Faúndez Ledesma, Héctor. *Op. cit.*, *supra* nota 70. p. 204.

electorado frente a opciones políticas contrapuestas a quienes se asigna la responsabilidad de las contradicciones del sistema. Los procesos políticos de *suma nulla* (aquellos donde uno de las alternativas resulta vencedora y las demás derrotadas, como elecciones uninominales o los referendos) son hábilmente explotados y distorsionados por los medios de comunicación para generar la idea de un choque entre sectores sociales y políticos en competencia y favorecer el punto de vista que más conviene a sus intereses.

Los medios de comunicación manipulan la información política de diversas maneras, explica María del Carmen de la Peza: proporcionando información parcial o deformada, presentando los problemas en términos distorsionados, especulando sobre los hechos y vinculándolos con otros con los que no guardan una relación directa, no presentando los problemas de mayor relevancia, sugiriendo parámetros de juicio inadecuados. La información se encuentra sujeta a las presentaciones, énfasis, interpretaciones de los medios, cuyo lente, impide a los individuos un juicio ponderado y autónomo¹¹⁹.

Una de las prácticas más socorridas por los medios en las sociedades contemporáneas son las «campañas negativas», campañas de odio impulsadas desde los medios de comunicación por periodistas sin escrúpulos en contra de ciertos personajes políticos o de ciertas posturas políticas, regularmente contra aquellos que representan intereses contrarios a los intereses de los grandes poderes financieros, así como la omisión de las opiniones y las de los sectores que se consideran afines. Esta conducta se materializa también a través de la desigualdad de trato en la venta de publicidad a los diferentes partidos y personajes políticos.

La práctica contemporánea de información por parte de los medios atiza el desprestigio del estamento político, los partidos y los legisladores, lo que promueve el desaliento por la participación ciudadana y clausura el diálogo entre ciudadanos, favoreciendo los intereses económicos más poderosos. Con esta conducta los medios de comunicación ayudan a incrementar la brecha que existe entre la ciudadanía y los partidos políticos, entre los ciudadanos y los órganos del poder político, sustituyendo la participación política del ciudadano

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 100.

con la opinión de un «experto» o los exabruptos de un comunicador protagonista.

La dimensión mediática de la publicidad liberal favorece la idea de la comunicación como un flujo informativo unidireccional desde los medios de comunicación, como productores de signos convenientes para la acción colectiva, hacia una audiencia universal receptora y cautiva, encargada de reproducir los signos y los significados proporcionados. Esto despolitiza la vida comunitaria y permite que lo público se configure como una forma de vida en la que cada individuo se mantiene aislado en su domicilio sin oportunidad de discutir los asuntos de la colectividad y de reconocerse como ciudadano.

3.2.4. La virtualización de lo público y la privatización de la política en el Estado contemporáneo

No obstante que la libertad de expresión (de la que forman parte fundamental las libertades expresivas y de audiencia) se considera como fundamento normativo de la publicidad en el Estado liberal, la escisión de las libertades civiles de su base social se mantiene como la causa principal de la crisis del modelo de representación política que sirve principio de soberanía política en el liberalismo, y constituye la evidencia de que la práctica institucional en el Estado democrático liberal es inconsistente con los significados políticos en el orden social.

Diversos autores en el ámbito de las ciencias jurídicas y políticas, como José Antonio Estévez Araujo, han denunciado que las condiciones en las que opera la publicidad liberal son incompatibles con una concepción de la democracia que entienda esta como principio que vincula la soberanía política con las libertades públicas, y pone en entredicho la concepción normativa del espacio público como un foro que cumple una función racionalizadora de las decisiones políticas¹²⁰.

En este sentido, la regulación de los medios de información y comunicación en las sociedades liberales se encuentra atravesada por una contradicción entre la forma como están configuradas la esfera pública y la esfera privada. En el orden civil la libertad expresiva surge con base en una noción burguesa

¹²⁰ Estévez Araujo, José Antonio. *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*. Madrid, Trotta, 1994. . p 129-131.

del espacio público, que hace de las libertades un ámbito irrestricto del individuo; en este contexto los medios de comunicación son tratados como bienes privados y no como bienes colectivos, lo que permite que unas cuantas personas y grupos financieros puedan concentrar las capacidades comunicativas necesarias para tener un papel preponderante en la legitimación del poder político.

Sin embargo cuando la libertad expresiva asume un carácter político, su ejercicio sólo es reconocido y reconducido cuando se considera un resultado necesario del orden jurídico. En este contexto los derechos comunicativos son vistos como un asunto de interés público, pero no como derechos que obliguen a garantizar un espacio de publicidad común sino como funciones proveídas por el Estado de acuerdo con un esquema donde la libertad civil, la ciudadanía y la sociedad civil juegan un papel meramente funcional a los fines del gobierno.

Esta contradicción facilita la aparición de la llamada «sociedad del espectáculo»¹²¹, donde los medios de masas ostentan una libertad de expresión irrestricta que ocupa la totalidad del espacio público y lo virtualiza, arrojando a la política por fuera del ámbito de reconocimiento social e imponiendo la confrontación de intereses económicos como *Estado natural de la política*.

En estas condiciones, explica José Luis Stein, el principio de rentabilidad adquiere una auténtica primacía sobre la publicidad. El control privado de la comunicación masiva virtualiza la política, minimiza los contenidos –las razones y las propuestas– y resalta las características de forma que son presentadas como una mercancía para el consumidor. La virtualización del acto político no pondera la verdad de lo que se comunica sino la verosimilitud del discurso que la expresa, de modo que los elementos de forma y estilo adquieren preponderancia sobre los elementos materiales y de contenido. El lugar de la argumentación lo ocupan las técnicas de comunicación de masas como la publicidad, las encuestas y la mercadotecnia política¹²², con el consecuente detrimento de los significados de la práctica política colectiva.

¹²¹ Debord, Guy. “*Sociedad del espectáculo*”. Madrid, Pre-textos, 1991.

¹²² Stein Velasco, José Luis. *Op. cit.*, *supra* nota 95. pp. 49-68.

El carácter mediático de la publicidad liberal separa a la política de sus fuentes sociales y colectivas, lo que genera una ficción de individualidad que tiene como contraparte una ciudadanía apática, desinformada, reactiva a la oferta de servicios de comunicación e información, contraria al debate y a la confrontación como formas constitutivas de la política.

Habermas observa que en los regímenes contemporáneos «la forma externa de la comunicación» no corresponde con la «forma interna de argumentación» debido a la forma como se encuentra estructurada la opinión pública reduce a la ciudadanía a la condición de **audiencia** a la que se le ofrece la información como si fuera una mercancía por la cual optar, y a la que se le descarga de la obligación de tomar y sustentar las decisiones públicas, actividades que pasan a recaer tanto en las instancias correspondientes del Estado como en las técnicas privadas de virtualización de la publicidad.

Esto ha sido calificado por Habermas como un síndrome de despolitización de la comunicación en la democracia representativa, que muestra la disociación que existe en el Estado liberal entre las funciones deliberativas e informativas de la esfera pública y las funciones decisorias concentradas en los instrumentos y técnicas de acción estatal¹²³. En estas condiciones, dice el filósofo alemán, lo que queda de la publicidad es sólo una «**esfera pública privada**» dominada por grandes corporaciones privadas que actúan como grupos de interés.

En la «esfera pública privada», moldeada de acuerdo con técnicas orientadas al consumo, cualquier concepción normativa de lo público puede ser banalizada y sometida a sus propias contradicciones internas. La norma deja de ser considerada un vínculo discursivo racional de la comunidad y se vuelve un medio para ofrecer soluciones privadas a los problemas públicos¹²⁴. La capacidad de creación de sentido por parte de los medios de comunicación desvirtúa cualquier noción de la libertad civil como una libertad esencialmente política. En este contexto la gestión de los procesos comunicativos se realiza a través de técnicas de ejercicio del poder mediante las cuales la virtualidad se coloca en el lugar que antes ocupaba la publicidad.

¹²³ Habermas Jürgen. *Op. cit.*, *supra* nota 9. p. 458.

¹²⁴ De la Peza Cásares, María del Carmen. *Op. cit.*, *supra* nota 100. p. 9.

Al colocar la virtualidad en el lugar de la legitimidad, los grupos económicos más poderosos se encuentran en posibilidad de reconstruir las interpretaciones sociales, de manipular los **relatos** políticos, de disociar las representaciones del poder político de los procesos reales de dominación social, de someter al receptor a la dialéctica del empresario-emisor imponiéndole su propio lenguaje, su concepción del mundo y su forma de vida.

Para Alain Finkielkraut esto constituye «la disolución del mundo común, la confusión de las fronteras, el olvido de la diferencia de lo privado y lo público (...), el tiro de gracia dado a las formas y a las mediaciones del orden social»¹²⁵, como lo es el derecho. La pérdida de un sentido social y comunicativo del entorno público surge como correlato de la consolidación del Estado totalitario, lo que nos remite inevitablemente a la denuncia que hiciera Carl Schmitt acerca de la decadencia de la esfera pública en la sociedad liberal en virtud de la fusión de la sociedad en el Estado que preconiza el liberalismo, lo que inevitablemente le otorga a la opinión pública un carácter homogéneo y maleable¹²⁶.

En este contexto, la mediatización de lo político y lo jurídico reaparece como una técnica adecuada de comunicación que es también una forma adecuada para el control del poder político y económico. La dimensión espectacular de los procesos comunicativos contemporáneos permite a sus dueños y gestores crear «seudo eventos» en la esfera pública, presentar los hechos y opiniones en forma arbitraria y favorecer ciertas formas de vida, actos dirigidos a la legitimación de un ejercicio totalitario del poder político que no obstante puede seguir siendo considerado formalmente como un poder democrático.

¹²⁵ Finkielkraut, Alain. *Op. cit.*, *supra* nota 26. p. 48.

¹²⁶ La presunta separación entre el Estado y la sociedad propugnada por el liberalismo es un elemento que en realidad despolitiza la relación entre ambos y persigue la subordinación de la sociedad en el Estado, lo que Schmitt califica Estado total.

CAPÍTULO CUARTO

LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA DEMOCRACIA LOS PROCEDIMIENTOS CARDINALES DE AUTOPRODUCCIÓN Y CLAUSURA DEL ESTADO DEMOCRÁTICO

Siguiendo la línea trazada en el capítulo anterior, por la que se busca resaltar las contradicciones internas entre dos formas de concebir la democracia, para abrir paso a una crítica de ésta como ficción jurídica y como forma de dominación, en este capítulo se realizará una interpretación del régimen contemporáneo de democracia liberal a partir de los procedimientos que son considerados por el conjunto de teoría como los elementos irremplazables de la definición democrática.

Para ello se estudiará la génesis, y se realizará una descripción y una valoración normativa del modelo de representación política, del sistema de partidos sobre el cual sienta sus bases y del conjunto de técnicas electorales que sirven como pauta para la interpretación de los procesos políticos en el Estado contemporáneo democrático liberal. Esta tarea será complementada con una crítica de cada uno de estos elementos constitutivos de la democracia a la luz de su práctica efectiva y del contexto de su aplicación en los regímenes políticos contemporáneos, especialmente en los países de América Latina, pero sobre todo a partir de los significados que producen en el orden de las relaciones sociales.

El propósito de esta tarea consiste en tratar de demostrar que los rasgos jurídicos y el funcionamiento de cada uno de estos tres elementos constitutivos de la democracia liberal (representación, partidos y elecciones), como técnicas de representación de la soberanía política, importan un trasfondo político como elementos destinados a obtener el consentimiento y la obediencia por parte de los súbditos y no como herramientas necesarias para la formación discursiva de la voluntad política o para la legitimación de las decisiones políticas.

Asimismo, se intenta demostrar a través de los ejemplos proporcionados en el constitucionalismo contemporáneo que no está generalizada una base procedimental en los países democráticos que sea congruente con los significados normativos de ésta como principio de autogobierno y autoconocimiento, lo que desautoriza al régimen democrático liberal como un modelo normativo capaz de favorecer la igualdad individual y la igualdad en la sociedad, como base de su carácter democrático y lo exponen como un sistema de dominación que para funcionar sin contratiempos ha adoptado un relato de autogobierno que carece de referentes tangibles en el orden político, social y económico.

En este sentido, los elementos constitutivos de la democracia serán vistos como procedimientos internos de autoproducción del régimen, cuya puesta en práctica es condición previa para el ejercicio de la fuerza. Por eso se discutirán y se pondrán al descubierto los verdaderos alcances que tiene el vínculo procedimental que ofrece cada uno de estos instrumentos para poner en relación a la norma (y a los actos del Estado) con el orden de las relaciones de la sociedad civil, así como la capacidad que cada uno de ellos ofrece para que se expresen y tematizen los problemas sociales y para abrir los cauces de solución.

Asimismo se tratará de caracterizar el marcado componente estatalista y autoreferencial, en la forma de técnicas puestas al servicio de los fines internos del Estado, que tienen los componentes considerados como necesarios y suficientes de la democracia. En esta tarea, sin duda, la interpretación normativa de la democracia tendrá menos peso de la que ha tenido en los capítulos anteriores y ganará en importancia la interpretación de los aspectos,

condiciones y consecuencias que, siendo parte de la definición interna de estos instrumentos cardinales, permanecen en silencio u ocultos por el sistema como presupuestos de para funcionamiento.

Esto se verá con mayor claridad en el tercer apartado de este capítulo, que trata de las procesos electorales como técnicas de control político; pues mientras que el análisis de la representación democrática y el sistema de partidos políticos el énfasis se dirige a resaltar las contradicciones entre los principios sobre los cuales están fundados y la forma de su ejercicio en el orden de las relaciones políticas como técnicas de gobierno, en el caso de las técnicas electorales su análisis e interpretación entrará de lleno en el campo político, de modo que sean reapropiadas como tecnologías dirigidas a conseguir el éxito de un modelo de dominación política.

4.1. LA REPRESENTACIÓN DEMOCRÁTICA, COMO HIPOSTACIÓN DE LA VOLUNTAD POLÍTICA.

4.1.1 La filología del concepto de representación

La representación es un producto necesario del carácter intersubjetivo de la experiencia y como tal tiene un doble carácter, epistemológico y ontológico. Necesitamos las representaciones para materializar nuestros conocimientos, descripciones, intereses y comunicarlas a los demás, pero también para darle sentido a nuestra práctica, costumbres y valores. Sin las representaciones no existiría comunidad ya que fijan y construyen los acuerdos básicos sobre la realidad. La subjetividad humana se realiza mediante representaciones. Aunque no es posible establecer una relación necesaria entre la realidad y su representación el principio del conocimiento y la praxis surgen de la posibilidad de contrastar, negar o criticar la presunción que se establece con la representación¹.

Desde la antigüedad, la representación está asociada a una función *ficcional*, la asignación de un valor en oposición a otros significados. En su origen egipcio-hebreo-griego la representación es «mimesis»², imitación como forma esencial de expresar la analogía entre representación y realidad. Se habla de

¹ Las bases del concepto filosófico de representación fueron retomados de Abbagnano, Nicolás. *Diccionario de Filosofía*. México, Fondo de Cultura Económica, 1988

² *Mimesis* es un vocablo latino que deriva del griego *mimēsis*, imitación que es distinto de "representación", pero cuyo ejercicio conlleva ésta. El concepto se originó con la problematización del teatro en la Grecia Antigua.

mímesis cuando la representación tiene tal parecido con su referente, que adquiere un valor propio distinto del original. Para Aristóteles la base del aprendizaje es la imitación, el hombre sería, parafraseando al estagirita, un animal mimético, porque de esa forma relaciona el mundo de las ideas y el mundo sensible, lo que sirve como soporte a una forma de vida que afirma la superioridad del logos frente a la naturaleza³.

Una postura distinta, relevante para entender el aspecto ficcional de la representación, fue adoptada por la tradición hebrea donde la mimesis es una falsación del orden divino. Dios no puede ser representado porque el *imago* carece de valor frente a su referente real y peor aún, lo desvirtúa. Para Platón la mimesis es apariencia, una débil copia del mundo de las ideas, por eso él niega la mimesis y adopta el relato (*lexis*).

La representación como expresión de identidad entre signo y realidad es un término que generalizó la escolástica tardía. El debate entre nominalistas y realistas se centró en el valor de la representación como fuente de conocimiento, para Santo Tomás representar era, siguiendo el modelo metonímico de Aristóteles «contener la similitud de la cosa», por lo que las representaciones universales debían tener una correspondencia con el mundo existente. Guillermo de Occam, como exponente destacado del nominalismo, decía que la representación es un instrumento que nos habla tanto del mundo sensible como del mundo de las ideas, pero como expresión de abstracciones generales la representación no tiene una correspondencia en el mundo real, sólo es un recurso sucedáneo del ser para *aprehender* el mundo.

El concepto que prevaleció en el pensamiento científico, tanto racionalista como empirista, presuponía la identidad entre el mundo sensible y el mundo de las representaciones. Hasta Emmanuel Kant nos encontramos con un nuevo desarrollo que abriría el paso a nuevos métodos de investigación. El concepto kantiano parte de la idea de identidad, reconoce la existencia de ciertas afirmaciones reguladoras o hipotéticas que actúan como convenciones entre la realidad y el mundo sensible pero que, como tales, adquieren autonomía frente al sujeto como frente al objeto.

³ La tesis de Camille Paglia es que la preeminencia del logos sobre la naturaleza en la cultura occidental tiene su origen en la fascinación de la cultura griega por la función mimética. Paglia, Camille. *Sexual Personae: Art and Decadence from Nefertiti to Emily Dickinson*. New York, Vintage, 1985.

Las representaciones impelen al ser humano a adoptar una postura, frente a ellas nos comportamos «como si» fueran reales; el imperativo categórico obliga a actuar «como sí» este fuera el principio de la comunidad política; la libertad individual obliga al sujeto «como si» fuera regla de la naturaleza. Esta línea de pensamiento dio lugar al cuestionamiento de la identidad entre la realidad y los códigos de su representación. En este marco, F. Vaihinger, miembro de la Escuela de Marburg, decía que los conceptos y categorías que usaban las ciencias carecían de validez y a menudo eran contradictorias, pues eran usadas por su utilidad, conclusión a la que también parece arribar Wittgenstein.

La representación como ficción que se impone sobre su entorno material no aceptaría ser verificada, lo que la acercaría más al mito que a la razón⁴. Con Hegel se iniciaría una línea de razonamiento que uniría la epistemología y la ontología y que llega hasta la fenomenología contemporánea, que se sostiene sobre la distinción entre el mundo de las representaciones y el mundo sensible, de acuerdo con este concepto el «ser» debe realizar un esfuerzo hermenéutico por encontrar las verdades esenciales cifradas en el mundo de las representaciones, ya que se presentan como un modelo de vida, un aparato relacional que da sentido a la experiencia del individuo y modela su comportamiento, haciendo de este un *objeto* leído por el sistema.

En la medida en que la validez de toda representación viene acompañada de una interpretación sujeta a convenciones, la interpretación de la misma, como la que aquí se presenta de los sistemas de representación democrática, debe reconstruir las relaciones necesarias entre las esferas política y jurídica para descubrir no sólo las relaciones de identidad sino las de exclusión. Para ello se requiere confrontar la subjetividad social con el conjunto de experiencias a las que da significado, pero también con el aparato conceptual convencional que le proporciona su validez.

Hoy en día, la representación es un tema central de la hermenéutica y de la filosofía analítica, disciplinas para las que la existencia de las representaciones parece estar más vinculada a un sentido práctico-político, que a un sentido cognitivo y normativo en los términos de la teoría del discurso. Esto es lo que

⁴ Sobre Vaihinger y la filosofía del “como si” ver: Abbagnano, Nicolás. *Op. cit.*, *supra* nota 1. p. 534.

parece caracterizar a las representaciones políticas, como se pretende demostrar aquí: no consisten en conceptos, categorías y juicios sino en predicados social y culturalmente aceptados, así como en procedimientos establecidos que lejos de vincular el mundo de las formas y las esencias se convierten es un fin en sí mismo.

En este sentido, se quiere mostrar que la representación democrática como fuente de significación de la comunidad política más que un acuerdo necesario entre individuos autónomos representa una «forma o modelo de vida» en la sociedad capitalista.

4.1.2. Las fuentes doctrinarias de la representación política

La representación es consustancial a la comunidad política, ya que puede actuar como un todo o bien mediante representantes. La base del modelo representativo es la asamblea, que funciona como centro de legitimación e imputación de las formas de representación política. Aunque el gobierno representativo no es de origen liberal sino aristocrático, la representación fue el acicate de las empresas liberales y su configuración es propia de la modernidad.

En las monarquías medievales la legitimidad del poder del monarca le venía dado de su carácter como representante de Dios en la tierra, que era la justificación y explicación de toda la praxis política absolutista. La monarquía, era una forma absoluta de representación descendente, como la denominaba Bobbio, que fue subvertida en la historia moderna gracias a la fuerza de diferentes procesos sociales y políticos que buscaron una nueva legitimación del ejercicio del poder, basada en el papel que jugaban los sujetos sociales y económicos en la vida pública.

Frente a la representación de lo político como *potestas* de Dios se impuso la *potestas* del pueblo. La idea de una representación de los intereses generales, la encontramos ya en la escolástica tardía. En el siglo XII, Guillermo de Occam planteó la necesidad de encontrar nuevas formas de justificación del poder del Papa Juan XXII, que debía limitarse mediante un poder *conciliar* que representara la comunidad de fieles (corporaciones, cabildos catedralicios,

clérigos, seculares e mujeres). Las órdenes religiosas se organizaron siguiendo ese modelo.

En el siglo XVI, Francisco de Vitoria presentó la legitimidad del poder como una expresión de la soberanía de la comunidad. La base de la formación de la República debía ser la sociedad civil y no el Monarca, el principio de mayoría debería ser adoptada como la fórmula práctica para la formación del gobierno y la creación de las leyes⁵. Estas ideas inspiraron la lucha contra el absolutismo, la creación de los parlamentos, así como la organización de burgos y corporaciones⁶.

La identificación de la representación con la voluntad popular inspiró las revoluciones aristocráticas y burguesas que abrieron paso hacia una soberanía popular, impulsadas por modelos de representación de carácter «ascendente», cuya fuerza y legitimación venía de la participación de la sociedad civil. En este sentido, los primeros parlamentos en los siglos catorce y quince, en Inglaterra y Suecia, reunieron a la aristocracia propietaria para resolver el tema crucial del pago de impuestos.

Debido a su origen anglosajón, las primeras teorías sobre la representación política fueron expuestas por el utilitarismo. En el siglo dieciocho Edmund Burke se manifestó a favor de la representación como una forma de gobierno capaz de contener a una sociedad impetuosa e incapaz de resolver los problemas del Estado. Mientras la representación corporativa impedía la deliberación y el acuerdo, la representación política hacía descansar las decisiones en una minoría con independencia de juicio para representar la comunidad de intereses de la sociedad.

En el campo del racionalismo ilustrado las teorías de la representación se remontan a la obra de Juan Jacobo Rosseau en el siglo dieciocho, quien como fundamento de la representación política propuso una teoría de la «*volonte generale*» que toma forma con la agregación de voluntades e intereses de los ciudadanos. Inspirado en Rousseau, Montesquieu elaboró una teoría de la soberanía política, que corresponde con la fórmula de «supremacía de la ley»,

⁵ De acuerdo con el nivel de identidad entre la voluntad de la sociedad civil y la autoridad, Vitoria distingue entre república perfecta, que goza de legitimidad, y república imperfecta, donde esas esferas divergen.

⁶ Sabine, George. *Historia de la teoría política*. México, Fondo de Cultura Económica, 1994. p. 32.

que es resultado de un pacto representativo mediante el cual se expresa la voluntad general.

La concepción de W. F. J. Hegel conjuga ambas tradiciones para postular que la representación política expresa la superioridad moral del Estado sobre la sociedad civil⁷. En un contexto en el que sociedad y Estado configuran un sistema necesidades, la sociedad civil se inclina por hacer depender la voluntad general del sufragio, lo que para Hegel significa el gobierno de la plebe, mientras que en el Estado la representación se erige como una fórmula ligada a los círculos significativos de intereses sociales y a las unidades funcionales que requieren expresividad.

En el siglo diecinueve John Stuart Mill también abordó el tema de la representación política desde una perspectiva empírica. En «*Consideraciones sobre el gobierno representativo*», Mill defendió la representación como un método que no niega la disputa política y que ofrece solución a las dificultades prácticas de la democracia. Siguiendo las ideas expuestas por Tocqueville en «La democracia en América», Mill discute por vez primera los tópicos de la representación moderna: la veracidad de la representación, el gobierno como representante del conjunto de la sociedad, la representación como ideal de control, la representación de las minorías como condición de validez⁸.

En esas primeras fuentes de la representación encontramos también las primeras formulaciones que cuestionan la existencia de una relación sustancial entre democracia y representación. En especial Rosseau y Voltaire advirtieron sobre los peligros de un modelo político-retórico donde la voluntad de los ciudadanos podía ser suplantada en cualquier momento por quienes detentan su representación⁹.

4.1.3. Las fuentes históricas de la representación

El modelo utilitario norteamericano

La Convención que dio nacimiento a la Unión Americana y su Constitución en 1786 marcó la pauta de los modelos de representación adoptados en los

⁷ El Estado es el ideal racional práctico, la sociedad civil es el reino de la inclinación ciega.

⁸ La verdadera prueba de la validez de la representación "es la medida en que las minorías pueden hacer oír su voz en igualdad de condiciones que las mayorías". Mill, John Stuart. *Consideraciones sobre el gobierno representativo*. Tecnos, Madrid, 2000.

⁹ Kelsen, Hans. *Esencia y valor de la democracia*. México, Ediciones Coyoacán, 2005. p. 120-121.

Estados identificados como democráticos. Las colonias americanas estaban habituadas a una representación de carácter económico; en un contexto de gran fluidez entre la clase política y la sociedad civil, la frase «**no taxation without representation**» representa la anuencia de los colonos a llevar las decisiones a los órganos representativos y su reconocimiento de la representación política como forma de expresión de los intereses sociales¹⁰.

Al igual que la República clásica en la antigüedad griega, como lo explica Francisco Gargarella, los Estados Unidos fueron construidos sobre la base del «temor a la democracia» como modelo político, pues sus significados remitían a un ejercicio directo del poder político por parte de la *plebe*, contra el que combatieron Platón y Aristóteles¹¹. Como figura asociada a los *checks and balances* del régimen, el modelo de representación adoptado en la Convención Federal impulsó una fórmula de representación destinada a contener la «violencia social» y a evitar que los conflictos entre las facciones, una mayoría pobre «ávida de poder político» y una minoría poderosa «en cuanto a su capacidad política y económica», pudieran fracturar el régimen político¹².

El sesgo «contra-mayoritario» de la Constitución norteamericana llevaba implícita la convicción elitista de que las mayorías no estaban capacitadas para tomar las decisiones adecuadas en materia de interés público¹³. En «El Federalista», James Madison decía que «cuanto mayor es el número de los integrantes de una asamblea (...), mayor es el predominio de la pasión sobre la razón», de modo que una asamblea numerosa tenía menos capacidad para tomar decisiones que una asamblea pequeña y un grupo de especialistas era más apto para dar soluciones a la comunidad que la comunidad misma¹⁴.

El sistema de representación norteamericano se construyó en torno a tres propósitos: 1) evitar las tendencias facciosas de las mayorías, 2) lograr que los sectores sociales mantengan su influencia dentro del sistema, y 3) asegurar

¹⁰ «No se puede imponer un gravamen a quien no está representado». Fioravanti, Mauricio. *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones* Madrid, Editorial Trotta, 1999. 2000. p. 86.

¹¹ La gran virtud del sistema, «es la de haber evitado el triunfo de aquellos que pretendían una democracia desbocada y sin controles». Los constituyentes desconfiaban de la intervención activa de la ciudadanía en política y rechazaron todo tipo de democracia que pudiera representar un perjuicio para la clase poseedora. Por han sido señalados como «una minoría de ricos y aristócratas» que se aprovecharon de los miembros más débiles o pobres de la sociedad. Gargarella, Roberto. *Crisis de la representación política*. México, Fontamara, 1997. p. 46.

¹² James Madison en «El Federalista» 10 decía que el riesgo de comportamientos facciosos podía provenir tanto del accionar de las mayorías como del accionar de las minorías, *Ibid.*, p. 27.

¹³ *Ibid.*, p. 44.

¹⁴ Estas creencias movieron a los delegados a evitar la publicidad del debate en el constituyente. *Ibid.* p. 54.

que los grupos más aventajados mantengan el control del sistema¹⁵. Para alcanzar tales fines los «padres fundadores» tomaron varias medidas: aumentaron la duración de los mandatos, establecieron mandatos fiduciarios, redujeron el tamaño de las cámaras, crearon distritos extensos; asimismo pusieron fin a la revocación de mandatos y la rotación de cargos, figuras que prevalecían en algunos Estados confederados.

Por su parte, el Senado fue concebido como una cámara correctora con facultades para proteger «las libertades naturales y la riqueza de la nación»¹⁶. La Convención trató de reconciliar los derechos fundamentales y las bases de propiedad burguesa¹⁷ mediante un modelo abocado a moderar la voluntad mayoritaria, haciéndola pasar por un *filtro* representativo con autonomía técnica para deliberar y tomar decisiones¹⁸, como diseño óptimo para cumplir los siguientes objetivos: 1) que los grupos minoritarios no quedaran indefensos frente a los «impulsos» de la mayoría; 2) que la ciudadanía quedara separada del ejercicio directo del poder, y 3) que se alcanzara la estabilidad política¹⁹.

Como técnica para la estabilidad del sistema, la representación fue considerada como «un bien necesario que alejaba los males del autogobierno popular», no obstante que había dejado a la ciudadanía sin las herramientas necesarias para controlar a sus representantes²⁰. El modelo norteamericano ofreció respuestas prácticas para el ejercicio del poder político por parte de los sectores dominantes en donde las mayorías «quedaban inhabilitadas para deliberar e incapacitadas para controlar por si mismas el gobierno»²¹.

El concepto que definió el compromiso en este modelo no fue el de mandato, sino el de *responsiveness* (capacidad de respuesta), una disposición especial por parte del representante «para percibir y asumir los deseos e intereses de sus representados», en el cual «no se somete a esos intereses, sino que conserva la iniciativa para anticiparlos»²².

¹⁵ *Ibid.* p. 29.

¹⁶ *Ibid.*, p. 66.

¹⁷ *Ibid.*, p. 22.

¹⁸ *Ibid.*, p. 55.

¹⁹ *Ibid.* p. 33.

²⁰ *Ibid.* p. 71.

²¹ *Ibid.* p. 47.

²² *Ibid.* p. 150.

El modelo racionalista francés

Durante el proceso de transito entre una Europa absolutista a una sociedad liberal burguesa, los cargos de elección y representación de carácter aristocrático así como los de las asociaciones burguesas se instituyeron como una forma de un mandato imperativo, los representantes eran fiduciarios de los grupos que los designaban. Este modelo expresaba el poder de las corporaciones (la aristocracia y la burguesía organizadas) sobre el resto de la sociedad. Rousseau decía que esta forma de representación era contraria a la democracia ya que la voluntad del pueblo no podía ser tutelada ni reducida por métodos electorales a una mayoría. La democracia requería de la permanente participación del pueblo en el gobierno.

La Revolución de 1789, inspirada por estas ideas, concibió la República como un poder constituyente permanente donde el pueblo en todo momento gozaba del derecho de participar en las deliberaciones para definir la voluntad popular. Este modelo, sin embargo, condujo al denominado *Estado total*, donde las esferas individual y pública desaparecen sometidos de los imperativos estatales, que se convierte en el *leitmotiv* de un poder que ocupa todos los espacios de la vida privada y social²³.

La instauración de la II República requirió que las atribuciones de la Asamblea Nacional fueran limitadas, un sistema de representación indirecta como la norteamericana y la desaparición del mandato revocatorio. El ideólogo de este proceso, Emmanuel-Joseph Sièyes²⁴, se encargó de proveer las razones para justificar la autonomía de la Asamblea y la falta de responsabilidad de los representantes²⁵. Sièyes decía que para devolver a los representantes su capacidad de debatir y decidir libremente era necesario separarlos de sus representados, convertirlos en poderes que no representaran intereses particulares sino el interés de toda la «nación». La voluntad general

²³ Ideas retomadas del ensayo de Prud'homme, Jean François. *Consulta popular y democracia directa*. México, Cuadernos de Divulgación Democrática, Instituto Federal Electoral, 1999.

²⁴ Las ideas del Abad de Sièyes están expuestas en: Bobbio Norberto. *Liberalismo y democracia*. México, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, 1989. p. 36-64. Asimismo en: Ruipérez, Javier. *El constitucionalismo democrático en los tiempos de globalización*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. 2005. La originalidad de Sièyes como político y jurista, dice Rosenvallon, no es la de haber argumentado en favor de la representación política moderna sino la de haber encontrado en ella una fórmula inequívoca para traducir en el orden político la división del trabajo que prevalece en el orden económico. Rosenvallon, Pierre. *La consagración del ciudadano. Historia del sufragio universal en Francia*. México, Instituto Mora, 1999.

²⁵ Bobbio Norberto. *Ibid.* p. 37.

permanecería en las manos de los ciudadanos, pero se separaría de ellos «el poder último de decisión»²⁶.

Sièyes decía que la soberanía era indelegable, tal como lo Rousseau la había concebido, pero separaba la soberanía de su ejercicio y decía que este sí podía ser delegado. La «nación soberana», de acuerdo con este ideólogo del liberalismo, no delegaba el ejercicio de todas sus funciones sino solo algunas de ellas, además esa delegación no era irrevocable, en cualquier momento el pueblo podía reasumir su ejercicio. Esta concepción del ejercicio de la soberanía por parte de los poderes constituidos, a través de la cual se expresa la separación entre el momento de creación de la ley y el de su aplicación, se encuentra reconocida en el constitucionalismo contemporáneo.

Sièyes, Presidente de la Asamblea Nacional, miembro del Comisariado y del Directorio de la Primera República, convirtió a los «representantes de la nación soberana» en «representantes soberanos de la nación». Sièyes construyó una retórica que apenas oculta su interés por definir la suerte representativa como la «expresión natural» de la voluntad general, soslayando que la representación no es sino tan solo una parte de las formas como se realiza la voluntad común.

Como lo habría advertido Diderot, la representación nacional dejó de ser una demanda antiabsolutista y se convirtió en una fórmula jurídica abstracta, un «acto de puro entendimiento interno de individuo». La representación política que resulta de esta concepción no tiene una referencia empírica real, es una concepción mistificada como la que expone E. Kaufmann, de carácter consuetudinario, donde la representación política se concibe como la «voluntad del pueblo acuñada por el espíritu del pueblo», una fuerza espiritual real a la que el representante le da forma y articula²⁷.

4.1.4. El vínculo jurídico entre representación y democracia

La teoría de la representación de derecho público es distinta a la del derecho privado. En el *Codex*, el mandato civil tiene un carácter imperativo, expresa una acción jurídica perfecta. Las formas pre-democráticas de representación se

²⁶ Bovero Michellangelo. *Una Gramática de la democracia*, contra el gobierno de los peores. Madrid, Editorial Trotta, 2002. p. 33.

²⁷ Böckenförde, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*. Madrid, Editorial Trotta, 2002. p. 149

realizaban sobre la base de este mandato del elector. La representación política rompió el equilibrio de la acción jurídica perfecta, el representante dejó de ser mandatario para convertirse en fiduciario, pues a diferencia del mandatario civil el representante persigue intereses generales y no particulares y su designación descansa en la confianza del «cuerpo electoral».

La definición que mejor se acerca a la relación que guarda el representante con sus electores, según lo explica Böckenförde es la de una consulta: «menor que una orden y mayor que un consejo». No obstante, la titularidad del escaño de representación política en el modelo liberal nunca deja de ser personal, el representante recibe del pueblo la designación pero sus poderes los ejerce libremente en calidad de un bien público. El nexo de imputación que se establece la representación, con fuerza para poder obligar a todos los miembros de la comunidad, observa el jurista alemán, le viene de la «autorización para actuar en nombre de la colectividad» que se le otorga en el proceso electivo²⁸.

En el régimen democrático, este nexo de imputación pasó a descansar en la existencia de un conjunto de procedimientos y técnicas para representar de manera general los intereses ciudadanos, técnicas que lograron su consolidación en el siglo diecinueve como fórmula legítima de acción política²⁹. En este contexto la elección de los representantes mediante el sufragio universal se convirtió en la función matriz de la democracia, caracterizada en teoría por agregar a la representación corporativa el carácter universal del procedimiento electivo.

En este sentido, no todo Estado representativo es democrático pues antes de que aparecieran los conceptos que definieron la «democracia representativa», como el sufragio universal, ya existían diferentes principios de representación con características diferentes. La identificación entre democracia y representación se produjo como consecuencia del tránsito de la soberanía política hacia la órbita de las asambleas representativas, según explica Javier Ruipérez, una estrategia que condujo el poder constituyente hacia los órganos legislativos, que asoció el principio democrático con la decisión de un

²⁸ *Ibid.* p. 145.

²⁹ *Ibid.* p.127-128.

grupo especializado y que eliminó los elementos que daban a éste el carácter de un *poder popular*³⁰.

Con el sufragio universal, la soberanía popular dejó de ser entendida como un vínculo necesario entre el Estado y la sociedad y se transformó en un principio universal abstracto del cual fue separado el poder último de decisión para depositarlo en los órganos constituidos del Estado³¹. El ejercicio de la soberanía fue retenido en manos de los órganos representativos al tiempo que el pueblo era reducido a una fuerza interna de autolegitimación³².

Según Michellangelo Bovero la estructura de este sistema asemeja al de una pirámide invertida. Bovero dice que la pirámide es un modelo que representa adecuadamente a la autocracia como un sistema donde las decisiones parten del vértice y «bajan a través de un sistema de encargos hacia la base». En la democracia en cambio se produciría según Bovero un proceso inverso «que parte de la base, donde están los sujetos racionales, y desde donde asciende a través de un sistema de designaciones hasta los órganos facultados para tomar decisiones»³³.

El jurista italiano no niega que «al ascender por los niveles del edificio institucional, la orientación dada por la suma de las decisiones de los ciudadanos electores [pueda] ser distorsionada»³⁴. No obstante, él asegura que en la democracia representativa el sistema de libertades «reduce al mínimo las discordancias entre las voluntades prevalecientes de los individuos y los resultados políticos» de modo que «el proceso decisional mantiene la orientación dada por la base»³⁵.

La teoría analítico-normativa coincide en que la legitimidad no es algo preestablecido sino que se produce a través de la interacción de los representantes, que tienen, en este sentido, la obligación de respetar los

³⁰ Se consolidó la idea de que la soberanía se ejerce a través el poder legislativo y que la única ley fundamental es la infalibilidad del legislador. Ruipérez, Javier. *El constitucionalismo democrático en los tiempos de globalización*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. 2005. pp. 116-117.

³¹ Bovero Michellangelo. *Op cit.*, supra nota 26. p. 33.

³² Rosenvallon, Pierre. *La consagración del ciudadano. Historia del sufragio universal en Francia*. México, Instituto Mora, 1999. p. 47.

³³ Bovero Michellangelo. *Op cit.*, supra nota 26. p.34

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ *Ibidem*.

límites materiales que establece la Constitución³⁶. La «regla del juego» que haría posible la transferencia de los principios de deliberación hacia un segundo orden del sistema que se encarga de resolver de manera conclusiva la voluntad colectiva, es la presunción de que los órganos representativos toman sus decisiones con base en la deliberación y la argumentación.

Autores de la teoría funcionalista y realista, como Giuseppe Sartori o Robert Dahl, coinciden que en las sociedades contemporáneas los procedimientos de representación son necesarios y suficientes para garantizar que los representantes actúen de acuerdo con los principios del sistema así como para lograr la identidad entre representantes y representados. La autorización que se obtiene por vía de la representación, sostiene Robert Dahl, «facilitaría el ejercicio de la democracia en escala ampliada» para lo cual ofrece: «**a) receptividad**³⁷ de los representantes hacia las necesidades del electorado, **b)** un sistema de control de los representantes, y **c)** la posibilidad de la destitución del cargo mediante el proceso electoral»³⁸.

En la perspectiva normativa, como observa Michael Tropol, la democracia representativa no sería una fórmula política empírica sino una categoría jurídica definida por la Constitución, donde el representante no es aquel que recibió su designación en los procesos electorales sino el que actúa dentro de los límites de las competencias que le otorga la Carta³⁹.

Los autores del contexto del neo constitucionalismo, como E. W. Böckenförde sostienen que el la representación política sería una condición necesaria pero no suficiente de la democracia. En este sentido, el autor nos remite a un concepto de representación que incorpora un momento normativo que no reposa en fórmulas predestinadas y que tampoco reside ideas formales o *gnosis* basadas en un deber abstracto, sino que debe referirse en última instancia al pueblo a los ciudadanos o al electorado como fuente de veracidad.

³⁶ Böckenförde, Ernst Wolfgang. *Op cit.*, supra nota 27. p. 150. John Locke. Sect. 202. "Where ever law ends, tyranny begins, if the law be transgressed to another's harm; and whosoever in authority exceeds the power given him by the law, and makes use of the force he has under his command, to compass that upon the subject, which the law allows not, ceases in that to be a magistrate; and, acting without authority, may be opposed, as any other man, who by force invades the right of another".

³⁷ El subrayado es mío.

³⁸ Cuanto menor sea una unidad democrática, mayor será el potencial de participación ciudadana y menor la necesidad de delegar las decisiones; cuanto mayor sea la unidad, mayor será la capacidad para lidiar con problemas y mayor la necesidad de delegar sus decisiones. Dahl, Robert, *On democracy*, New Heaven, London, 1998. p.110. Citado en: De Souza Santos, Boaventura. *Democratizar la democracia*. Fondo de Cultura Económica. México, 2005. p. 43.

³⁹ Tropol, Michael. "El juez y la democracia". En: Elster, Jon (comp.). *La democracia deliberativa*. Barcelona, Gedisa, 2001. p. 223.

De acuerdo con el autor, para poder caracterizar a la representación política como democrática el sistema tiene que cumplir tres condiciones:

- 1) (...), una **permanente** remisión al pueblo del poder de decisión y de dirección de los órganos representativos que actúan por sí; esto es, tiene que incorporar la existencia de una estructura jurídico-legitimadora del poder del Estado y de los cargos públicos que opere de abajo-arriba.
- 2), (...), **excluir la posibilidad de que los representantes (...), se deslicen hacia** una posición de soberanía. Su poder de dirección no debe configurarse sino como una competencia adecuada al cargo y limitada jurídicamente.
- 3) (...), **incluir la posibilidad** de que el poder de decisión representativo se pueda corregir y contrapesar democráticamente, ya sea mediante la posibilidad de retirar a los representantes, ya sea mediante la decisión directa sobre ciertos asuntos por el pueblo mismo⁴⁰.

Conforme con el concepto de soberanía recogido en esta interpretación, el pueblo debería mantenerse en todo momento como titular del poder constituyente. Lo que para Böckenförde puede ser posible siempre y cuando «la decisión de transferir el poder de gobernar se mantenga jurídicamente como algo revocable, es decir, mientras esa decisión no represente una enajenación irrevocable»⁴¹.

4.1.5. El ámbito de validez de la representación política

A. Legitimidad formal. La identificación de la democracia con la «democracia representativa» se origina en la separación que caracteriza a la modernidad entre el ejercicio del poder y su legitimación, entre el poder soberano y su representación como voluntad general. La mediación representativa nos hace presumir que la legitimidad del ejercicio del poder descansa en el consentimiento de los gobernados.

El sociólogo Pierre Bourdieu, dice que la validez de la representación descansa en un «*coup de force symbolique*» (abuso de autoridad simbólico) que se produce entre el principio identidad política (los contenidos y conceptos por medio de los cuales se expresa la unidad política) y el principio de representación (los procedimientos jurídicos por medio de los cuales se

⁴⁰ Böckenförde, Ernst Wolfgang. *Op cit., supra* nota 27. p.143

⁴¹ *Ibid.* p. 50.

representa esa unidad)⁴². Como observara Carl Schmitt, el hecho de que la unidad política tenga que ser representada, provoca una tensión entre legalidad y legitimidad en el orden político, que tiene como horizonte la adecuada representación de los intereses públicos.

Para Habermas el hilo conductor que impide la separación total entre legalidad y legitimidad es el principio del derecho. Tanto la legitimidad de las leyes como el ejercicio del poder político encuentran una respuesta al interior del Estado de derecho. No está en las manos de los ciudadanos, dice Habermas, «la elección **de las formas como va a realizarse su autonomía (...)**, [ellos] no pueden disponer acerca de qué lenguaje quieren servirse». El derecho viene a dado como único lenguaje posible en el que los ciudadanos, como sujetos sociales, pueden expresar su autonomía⁴³.

El principio del derecho vincula el ejercicio de los poderes del representante a condiciones democráticas y de equidad en el orden político y social, que se alzan como sus presupuestos de legitimidad, de modo que se acepta que en sí mismos los resultados de ese procedimiento expresan el consenso de los implicados. Solo mediante procedimientos jurídicos, dice Habermas, «puedan cumplirse **suficientemente** las condiciones comunicativas necesarias para que los discursos pragmáticos, éticos y morales (...) [obtenidos a través de ellos] tengan en su favor la presunción de legitimidad»⁴⁴.

La validez de la representación radicaría en la universalidad del procedimiento electivo y en las libertades formales del sistema, lo que incluiría la capacidad expresiva de los grupos e intereses sociales y la posibilidad de que la voz de los grupos marginales sea escuchada, en el contexto de discursos efectuados representativamente. La imposible identidad entre la acción de la autoridad y la voluntad popular se resuelve, dice Habermas, en su representación procedimental, que es la mediación por la cual el ejercicio del poder adquiere autonomía funcional dentro de los marcos significativos de la

⁴² Bourdieu, Pierre. “*Délégation et fétichisme*”. Citado en: Gwénaél, Le Brazidec. “Régimen representativo y democracia directa, hacia la participación de los ciudadanos. En: Concha Cantú. Hugo. *Sistema Representativo y democracia semidirecta*. México, Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002. p. 349.

⁴³ El principio democrático parece mediar entre el principio moral y el derecho. Habermas, Jürgen. *Facticidad y Validez*. Editorial Trotta. Madrid, 2000, p. 159.

⁴⁴ *Ibidem*. El subrayado es mío.

comunidad: la «acción legitimada y autorizada por el pueblo en la que se actualizan y manifiestan los contenidos de esa voluntad»⁴⁵.

La teoría normativa contemporánea siempre ha sido cuidadosa en señalar que la representación formal se constituye como un vínculo de dominio autónomo de la sociedad, sólo en tanto que la representación material limita ese dominio a los contenidos de la voluntad popular expresada en la Constitución. En este sentido la representación formal perseguiría, de acuerdo con George Burdeau, diversos fines prácticos: 1. Consagrar la legitimidad de los gobernantes; 2. Expresar la voluntad del pueblo; 3. Suministrar una imagen de opinión pública; y 4. Determinar una mayoría gubernamental⁴⁶.

B. Deliberación y equidad. La teoría de la representación parte del supuesto racionalista de que el «bien común» sólo puede descubrirse y determinarse deliberativamente en el plano de la actuación de órganos representativos⁴⁷. El resultado es una «voluntad popular hipotética» que coincide con el interés general en la medida que se generalicen las condiciones formales de equidad democrática.

Bovero señala que la naturaleza colegiada de los órganos deliberativos, hace alusión a una «especie cualitativamente distinta del procedimiento decisonal», que tiene que ver con el «momento anterior a la decisión», en el que se discuten y ponderan los argumentos para persuadir y convencer a los interlocutores⁴⁸. Según el autor, cuando los diputados son elegidos como participantes en discursos efectuados de forma representativa, la elección no es un «cheque en blanco» para el representante ya que a lo largo del proceso político se verá sometido a los imperativos de publicidad y deliberación, que le confieren racionalidad a sus decisiones.

Habermas postula que la fuerza que otorga la deliberación y la argumentación guarda relación directa con los presupuestos comunicativos de los discursos efectuados representativamente y la oportunidad de integración en el sistema que ofrecen al conjunto de los intereses representables⁴⁹. En

⁴⁵ Böckenförde, Ernst Wolfgang. *Op cit.*, *supra* nota 27. p. 146.

⁴⁶ La definición de George Burdeau se encuentra en: Vanossy, José Reinaldo. "Mandato". En: Aa. Vv. *Diccionario Electoral*. México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, IFE, UNAM, 2003. 2 tomos. p. 830.

⁴⁷ Habermas, Jürgen. *Op cit.*, *supra* nota 43. p. 253

⁴⁸ Bovero, Michelangelo *Op cit.*, *supra* nota 26. p. 64.

⁴⁹ Habermas, Jürgen. *Op cit.*, *supra* nota 43. p. 250

este sentido los procedimientos políticos (la elección, los derechos de participación, la composición de las delegaciones, el principio de la mayoría, el estatuto y la inmunidad parlamentarias, el mandato, la formación de fracciones) deben ser regulados «a la luz de los principios de la teoría del discurso»⁵⁰.

La deliberación y la imparcialidad se encuentran vinculadas, dice Habermas, pues proveen de una decisión formada intersubjetivamente y legitiman los procedimientos que aseguran condiciones de equidad expresiva⁵¹. En este contexto, la tarea del constitucionalismo democrático consistiría en asegurar que los destinatarios de la ley estén igualmente representados en dichos procedimientos, para que cada uno de los intereses y orientaciones valorativas presentes en la sociedad puedan hacerse valer en la discusión política.

Habermas considera que en los regímenes liberales, la garantía de los espacios públicos autónomos a cargo de la ciudadanía, la competencia entre opciones políticas y la separación de poderes, aseguran una formación institucionalizada de la voluntad política y al mismo tiempo mantienen abierto el sistema a las orientaciones que la sociedad imponga a los contenidos de esa voluntad⁵². Otros autores, como Jaime Cárdenas, consideran que el sistema representativo, por sí mismo es incapaz de mantener la permeabilidad y equidad en el sistema, para lo cual son necesarias correcciones significativas a fin de cumplir con criterios sustanciales, como es el «producir igualdad y libertad» y «la capacidad de los ciudadanos para controlar a sus representantes»⁵³.

C. El principio de protección de mayorías y minorías. La existencia de mayorías y minorías políticas es una condición del sistema representativo. La fórmula mayoritaria integra la representación partidaria para dar como resultado un modelo de mayorías y minorías relativas que ha sido definido como pluralista⁵⁴. La importancia del sistema, según Manuel Aragón, no reside en sus cualidades prácticas, como la formación de gobierno y de la representación política con

⁵⁰ Sobre la ética discursiva ver el capítulo primero. *Ibid.*, p. 239.

⁵¹ *Ibid.* p. 258.

⁵² *Ibid.*, p. 240

⁵³ Cárdenas Gracia, Jaime. "Hacia otra democracia". En Carbonell, Miguel y Valadés, Diego. *El proceso constituyente mexicano. A 150 años de la Constitución de 1857 y 90 años de la Constitución de 1917*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 130.

⁵⁴ Cfr. Duverger, Maurice. *Los partidos políticos*. México, Fondo de Cultura Económica, 1989. p. 38.

base en el principio de mayoría, sino en su capacidad de expresar la pluralidad política y favorecer la composición y el acuerdo entre los intereses presentes en la sociedad.

El presupuesto del sistema de representación es que la sociedad está fragmentada en grandes grupos que merecen protección institucional⁵⁵, para operativizar este presupuesto los regímenes modernos se han basado principalmente en la representación de partidos. Los modelos de representación pluralista son diversos y producen diferentes «marcos políticos»⁵⁶, los cuales buscarían hacer coincidir, en mayor o menor medida, la proporción de representantes de cada partido (y por lo tanto las expectativas de su comportamiento) con la proporción de votos obtenidos.

Sin embargo, según Manuel Aragón, la representación pluralista no sólo expresa la diversidad de partidos, intereses y clases sino que expresa también la heterogeneidad social⁵⁷. Una representación de este tipo se realizaría cuando los discursos efectuados representativamente cumplen con condiciones de equidad discursiva: que todos los grupos de la sociedad puedan participar por igual en la formación de los discursos públicos, que los ámbitos de decisión representativa permanezcan «abiertos a las incitaciones, intervenciones, temas, informaciones y razones que afluyen desde un espacio público estructurado discursivamente».

Desde esta perspectiva la representación es, según Habermas, «un delicado **test de universalización (...) que provee un espectro lo más amplio posible de perspectivas de interpretación expectables, incluyendo la comprensión que de sí y del mundo tienen los grupos minoritarios**»⁵⁸. En este sentido, bajo la divisa de que la representación debía expresar «los mismo intereses, sentimientos, opiniones y puntos de vista de la gente»⁵⁹, a finales del siglo pasado los regímenes representativos desarrollaron reglas para fortalecer la pluralidad política como una respuesta a las «barreras sistémicas» que impiden que los intereses de ciertos grupos (como las mujeres o los pueblos indígenas) estén

⁵⁵ Gargarella, Roberto. *Op. cit.*, *supra* nota 11. p. 33.

⁵⁶ Vanossy, José Reinaldo. *Op. cit.*, *supra* nota 46. p. 831.

⁵⁷ Gargarella, Roberto. *Op. cit.*, *supra* nota 11., p. 29.

⁵⁸ Habermas, Jürgen. *Op. cit.*, *supra* nota 43. p. 251.

⁵⁹ En los siglos dieciocho y diecinueve existía un consenso en que la representación debía ser entendida como identidad entre la sociedad civil y el Estado. Gargarella, Roberto. *Op. cit.*, *supra* nota 11., p. 70.

debidamente representados⁶⁰. La mayor parte de ellas regulan las cuotas de participación por género, introducidas para que las mujeres tengan mayores oportunidades de hacer oír su voz en el parlamento⁶¹.

El sistema de mayorías, como observa Jaime Cárdenas, es concebido de manera distinta en un régimen parlamentario que en uno presidencial. En el primero el gobierno está abierto a la participación de las minorías opositoras y la fuerza política depende de la cooperación entre los partidos, lo que favorece el diálogo entre fracciones opositoras y la construcción de mayorías; en el segundo, el poder ejecutivo presidencial expresa un consenso mayoritario sostenido sobre la base de la exclusión de las demás opciones⁶².

Por su parte, el hecho de que en los regímenes de democracia representativa prevalezca la realidad política y los representantes no ejerzan su cargo de manera individual sino a través de las posturas de los grupos partidarios a los cuales se adscriben, no ha sido considerado por la teoría como una ruptura del orden constitucional⁶³. Por el contrario, los reglamentos de funcionamiento de las cámaras legislativas, como afirma Manuel González Oropeza, cada día adquieren mayor peso específico como lineamientos pluralistas que configuran una realidad política autónoma, que deja en manos de los grupos parlamentarios la distribución de las oportunidades para participar en la formación de discursos y compromisos sociales⁶⁴.

D. El Compromiso. Weber estaba en contra de concebir el parlamento en términos románticos como espacio para los acuerdos representativos. Para este autor, la idea del parlamento como el «lugar en el que se formulan los programas políticos autorizados» tergiversa su verdadera naturaleza que gira en torno a la negociación de compromisos.

⁶⁰ Actualmente en los Estados Unidos la representación política de las mujeres, los negros y las minorías raciales corresponde apenas a una tercera parte de su peso real en la sociedad. Kymlicka, Will. *Ciudadanía multicultural*. Paidós, Barcelona, 1996. p. 54.

⁶¹ La Constitución francesa establece la paridad de representación por sexos (un hombre, una mujer) en todas las candidaturas nacionales. En: Barreiro, Line. "Cuota de género". Aa. Vv. *Diccionario Electoral*. México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, IFE, UNAM, 2003. 2 tomos. p. 304-312.

⁶² Cárdenas Gracia, Jaime. "Formación de mayorías y transformación del Congreso". En: García Ramírez, Sergio. (coord.). *Estudios jurídicos en homenaje a Olga Islas de González Mariscal*. Instituto de Investigaciones Jurídicas 2007, UNAM, T. 1 p. 242.

⁶³ Bovero Michellangelo. *Op cit.*, supra nota 26. p. 58.

⁶⁴ Gracias a esto en el modelo norteamericano los partidos mantienen el control sobre los procesos de argumentación y justificación de las decisiones públicas mediante las actividades de presión y cabildeo. González Oropeza, Manuel. "Participación ciudadana como complemento del gobierno representativo". En: Orozco Henríquez, Jesús. *Democracia y representación en el umbral del siglo XXI*. IJ, México. p. 257.

Con base en la lectura de Max Weber, Habermas incorporó junto con la teoría de la ética discursiva, una concepción práctica de la representación **producto de un amplio «agavillamiento de intereses (...) y generalización de valores»⁶⁵**. De acuerdo con esta concepción los representantes no toman sus decisiones con base en los criterios de una razón «inscrita en los procesos burocráticos y en las operaciones de mercado», sino que sus decisiones deben ponderar entre intereses y orientaciones valorativas contrapuestas.

Para Habermas el cuerpo legislativo es un espacio esencial para preservar la competencia de valores, su fuerza reside en su capacidad para reducir voluntades e intereses a una solución que todos aceptan. Esa capacidad reside en el compromiso que en el orden complejo de la representación política permite a los representantes «formular conscientemente objetivos que respondan a las presiones cambiantes de la sociedad y que se correspondan con las estrategias de éxito de los partidos».

En este sentido el sufragio adquiere su verdadero sentido cuando se le concibe como medio para designar representantes a los que se otorga un mandato para *negociar compromisos*.

4.1.6. La democracia representativa como ficción política

Los peligros de la separación entre el cuerpo de representantes y la ciudadanía (que es la disociación entre el interés público y el privado) fueron cuestiones debatidas desde el siglo dieciocho. Las contradicciones que resultan de concebir la representación como un principio de autodeterminación popular salpican de aporías la concepción formal de la democracia representativa, como bien lo ejemplifica Jean Dabin⁶⁶.

En contra de lo que predica la teoría democrática, en los regímenes representativos no existen evidencias de la existencia de procesos que remitan las decisiones al cuerpo electoral; las autoridades no tienen otra responsabilidad de su actuación que la de carácter político y aún en este caso la decisión del legislador se impone sobre la voluntad del cuerpo electoral. La

⁶⁵ Habermas, Jürgen. *Op cit., supra* nota 43. p. 249.

⁶⁶ La legislación expresa la voluntad general pero es resultado de la exclusión social; la soberanía se ejerce de forma mediata a través de partidos, delegados y representantes; la unidad política adquiere sentido hasta que el pueblo adopta un carácter pasivo; sólo la acción representativa produce la existencia política del pueblo. Dabin, Jean. *Doctrina general del Estado. Elementos de filosofía política*. México. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003. p. 191.

representación tiene ante todo el sentido básico de **sustituir** a los ciudadanos en las fases posteriores del juego, es contradictorio como dice Jaime Cárdenas, considerarla como democrática cuando sus resultados no lo son⁶⁷.

¿Qué pasa cuando un representante es repudiado por la ciudadanía? Nada. Los procedimientos ciudadanos existentes para combatir abusos y violaciones de los representantes carecen de viabilidad porque son juzgados por los mismos poderes representativos. Las relaciones políticas y el principio de autodeterminación han sido reducidos mediante procedimientos basados en presupuestos abstractos de equidad con el objeto de producir un espacio político eficiente.

En este sentido la representación política tiene un carácter ficcional, conforme el sentido que aporta L. Vahinger en su crítica a la noción de representación en Kant, sentido donde las representaciones son adoptadas no por su validez sino por su utilidad. La autonomía de la representación se convierte en una coartada que asegura su capacidad de sustituir a su objeto y de actuar «como sí» fuera este.

El recurso ficcional tiene importantes consecuencias en el campo del derecho, pues las figuras jurídicas actúan «como si» tuvieran un significado real. Representar jurídicamente equivale a volver sensible algo abstracto mediante algo concreto, de modo que se convierta en su signo. La presunción *ius et de iure* toma por verdadero un hecho que no existe, para fundamentar en él un derecho que deja de ser ficción para instituir una realidad jurídica.

La representación política, como ficción jurídica, supone una presunción legal por la cual la validez de la función no admite prueba en contrario. Esto hace de la representación política un presupuesto de validez de sí misma, que mantiene su capacidad para mantener la unidad del Estado como centro de imputación jurídica y de legitimar sus directrices, gracias a que crea una esfera autónoma a través de la cual se lee la realidad política.

La necesidad de las presunciones legales se encuentra en relación directa con la seguridad jurídica y la gobernabilidad política como valores que favorecen escenarios estables para la dominación. En este sentido la

⁶⁷. Cárdenas Gracia, Jaime. "The theoretical basis for participatory and deliberative democracy". En: *Mexican Law Review* 6, july-dec, 2006. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. México. p. 69

representación es un instrumento ideológico, en el sentido marxista del concepto, una herramienta discursiva de la clase dominante que oculta la escisión del sujeto de su realidad y sobre la cual se sustenta la legitimidad y la necesidad de su dominación.

La representación política como ficción fue instituida, para representar la soberanía popular, pero está destinada según Kelsen a ocultar la restricción esencial que experimenta el principio de libertad política mediante una figuración procedimental restrictiva⁶⁸, haciendo creer que el pueblo se autodetermina políticamente cuando se vincula el concepto formal de representación como uno de los significados de la democracia⁶⁹.

Elementos de la ficción representativa

A. ***La ficción de la representación de partidos.*** La crisis de representación política, como hemos visto con Böckenförde, está asociada a las limitaciones significativas inherentes al modelo representativo⁷⁰, entre ellas por sustituir los procedimientos de legitimación y aplicación del derecho por una interfase partidaria que se convierte en el único gozne entre la sociedad y el Estado, un espacio que concentra las decisiones políticas y actualiza los significados del corporativismo⁷¹

Weber, Schmitt, Kelsen y posteriormente Bobbio, coinciden en que el modelo representativo de partidos socava la concepción liberal clásica de los cuerpos representativos como sitios donde domina la reflexión racional guiada por el interés general. Todos ellos observan que el cuerpo representativo sería el único órgano con legitimidad para promulgar la ley, sin embargo en la práctica predominan un conjunto de habilidades y técnicas por parte de los partidos que les permiten secuestrar las decisiones públicas.

El principio de proporcionalidad y la teoría de la democracia están contruidos sobre la base de la representación de partidos⁷², que resulta de deducir la voluntad general de la voluntad de estos, como facciones legitimadas que se ubican por encima de la voluntad de los electores y de los

⁶⁸ Kelsen, Hans. *Op cit.*, *supra* nota 9. p. 55.

⁶⁹ *Ibidem.*

⁷⁰ Böckenförde, Ernst Wolfgang. *Op cit.*, *supra* nota 27. p. 154.

⁷¹ Held, David. *Modelos de democracia*. Madrid, Alianza Universidad, 1993. p. 189

⁷² Kelsen, Hans. *Op cit.*, *supra* nota 9. p. 89

propios representantes⁷³. Esta ficción favorece que los representantes se conviertan en un apéndice de los poderes fácticos y que la soberanía quede «subordinada al mandato imperativo del partido».

B. La ficción de la deliberación. Como lo vimos en el capítulo anterior, los espacios de deliberación y de opinión pública en ningún modo son permeables en la sociedad contemporánea a las incitaciones, temas e intervenciones de la ciudadanía, tal como Habermas lo supone. En la sociedad contemporánea la realidad política y la opinión pública se producen a través de los *mass media* donde sólo cuenta la opinión de los anunciantes, de los gobiernos y los partidos, en estas condiciones los planos intermedios que se insertan entre la base ciudadana y el vértice estatal son ocupados, en contra de los principios formales del discurso, por los grupos que tienen mayor oportunidad de influir en las decisiones políticas con respecto del ciudadano común.

En este sentido, una vez constituido el cuerpo de representantes como cuerpo autónomo éste se vuelve vulnerable a las presiones de los grupos de interés económico para actuar por fuera de los márgenes de la voluntad constituyente; al mismo tiempo el sistema excluye la argumentación que surge de los sectores críticos así como la participación de los grupos sociales y ciudadanos en el «momento deliberativo» que antecede a la decisión política, intervenciones de la sociedad que son silenciadas y reprimidas.

C. La ficción de la soberanía nacional. La retórica de Sièyes, según la cual los representantes políticos no representan a sus electores sino a toda la nación⁷⁴, sirvió entre otras cosas para la consolidación de un sistema de representación de carácter arbitrario en el que los poderes informales terminaron por suplantar el principio de representación política.

La aparente lógica constitucional inscrita en el enunciado de «soberanía nacional» condenó al principio democrático a verse sometido a los intereses coyunturales de las mayorías legislativas y gobernantes que, apelando a su condición soberana, pueden gozar de la capacidad para conocer e interpretar la voluntad general. Cuando se predica la soberanía de los cuerpos

⁷³ Esta actuación contradictoria con los principios de la representación liberal fue incorporada en la Constitución en Sri Lanka, donde el tribunal constitucional reconoció a los partidos la atribución de remover a los representantes electos en la lista del partido que no acaten la disciplina del partido. Zamora Rivas, R. Ignacio "Partidocracia". Aa. Vv. *Diccionario Electoral*. México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, IFE, UNAM, 2003. 2 tomos. p. 967.

⁷⁴ Ruipérez Javier. *Op. cit.*, *supra* nota 29. p.115.

representativos, como ocurre en los regímenes contemporáneos, se abre la puerta para que estos cuerpos actúen como un poder absoluto, autosuficiente e ilimitado en el contenido de su voluntad, lo que conlleva el peligro de que atropellen el orden constitucional y los procedimientos de control⁷⁵.

En este contexto, en las décadas recientes la primacía de la seguridad jurídica en el orden jurídico ha otorgado una gran libertad de actuación a los representantes políticos cuyo cargo, en la óptica iuspositivista, es visto como una encarnación o un instrumento de la justicia⁷⁶.

D. La ficción de la existencia de mecanismos de control. Autores como Perzowski han mostrado que ninguna de las dimensiones de la representación garantiza que los actos de los gobernantes lleguen a ser sancionados⁷⁷. Conforme con el modelo de representación norteamericano, la vinculación de la representación política con el cuerpo electoral se realiza solo mediante los mecanismos inter-orgánicos de corrección, contrapeso y representación pluralista de la *res pública*, mecanismos en los que los representantes no son responsables ante sus electores sino ante los poderes públicos.

Desde su surgimiento, la representación democrática ha excluido los mecanismos de control ciudadano de los órganos mayoritarios necesarios, de acuerdo con la concepción normativa, para presuponer que los gobernados conservan el poder último de sanción de la actuación del régimen. De hecho, como tímidamente reconoce Bovero, nada impide que «al ascender por los diversos niveles, la orientación dada por las decisiones iniciales de los ciudadanos electores sea distorsionada»⁷⁸, sin que esto conlleve responsabilidad alguna para los representantes.

Ni siquiera el proceso electivo, como lo propusiera Norberto Bobbio y después Bovero, permite realmente sancionar la acción representativa, pues como ha quedado demostrado en la experiencia de los regímenes democráticos contemporáneos, no hace falta una alta participación ciudadana para el éxito del sistema. El pueblo es igualmente representado y el órgano representativo

⁷⁵ *Ibid.*, pp. 118-119.

⁷⁶ Kelsen, Hans. *Op cit.*, *supra* nota 9. p. 148.

⁷⁷ Perzowski, Adam. "Minimalist conception of democracy: a defense". Citado en: Cossío D., José Ramón. *Concepciones de la democracia y justicia electoral*. México, Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática, IFE, primera Edición. Abril de 2002. p. 18-24.

⁷⁸ Bovero Michellangelo. *Op cit.*, *supra* nota 26. p. 33

legitimado, como observa atinadamente Michael Tropol, cualquiera que haya sido la proporción de la población que haya participado en las elecciones o la mayoría que se haya pronunciado en el seno de la asamblea⁷⁹.

De hecho en el contexto teórico del realismo jurídico se considera que la participación política debe tolerarse dentro de un mínimo razonable que permita la estabilidad del sistema. Esto ha contribuido a proporcionar una justificación para que los representantes se comporten sistemáticamente de manera «auto-interesada»⁸⁰, como meros apéndices de los poderes económicos y políticos, especialmente en la administración pública⁸¹.

E. *La ficción de la superación del corporativismo.* En los Estados contemporáneos el cuerpo legislativo como espacio de compromiso de intereses está erosionado, la representación territorial ha perdido su capacidad para expresar intereses sociales por lo que ha sido desplazada progresivamente, tanto de manera formal como informal, por los procesos corporativos de decisión. La sustitución de las formas territoriales por las formas funcionales de representación ha dado lugar a la aparición del Estado consociativo, una subespecie de la democracia liberal contemporánea que institucionaliza la interlocución del gobierno con los sectores más fuertes de la sociedad como mecanismo general de mediación de intereses.

Más allá de su origen en el Estado socialista, la democracia consociativa como rasgo liberal tiene su origen en la segunda mitad del siglo pasado en Suecia y Noruega, donde fue creado un Consejo de Estado integrado de manera tripartita que reasumió las funciones de dirección económica del Estado. Este modelo ha mostrado tener algunas ventajas frente al modelo de representación partidaria, como es su capacidad de generar acuerdos con respaldo popular y para mantener abiertos los espacios de organización social con los que se vincula el Estado.

Los regímenes que han adoptado este modelo, junto con los procedimientos representativos liberales han instituido canales de representación corporativa creados sobre la base del papel que juegan las élites, económicas y sociales en

⁷⁹ Tropol, Michael. *Op. cit.*, *supra* nota 37., p. 220.

⁸⁰ Gargarella, Roberto. *Op. cit.*, *supra* nota 11., p. 83.

⁸¹ Cfr.: Cárdenas Gracia, Jaime. *Poderes fácticos e incompatibilidades parlamentarias*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2006. 243 pp.

el sistema. Estas estructuras corporativas están integradas por representantes funcionales, como delegados de corporaciones, sindicatos y ramas del poder económico y social, que tienen a su cargo las tareas de dirección política y económica⁸².

Como Bobbio lo previera, el modelo de organización tripartita se ha vuelto predominante en Europa, como la confirmación del cambio de piel del sistema de representación democrática hacia un sistema basado en el principio de representación «corporativa»⁸³, aún y cuando se considera que este tipo de arreglos limitan y reconducen la libertad asociativa de los ciudadanos⁸⁴. No obstante, existen algunos arreglos consociativos, como los adoptados en Yugoslavia, Irlanda, Croacia o el Líbano, que merecen una valoración más profunda por la teoría democrática en la medida en que integran una representación cultural y social⁸⁵.

Cuando los acuerdos corporativos institucionalizados recaen sobre los cuerpos representativos regularmente favorecen a los integrantes de las Cámaras Altas, cuerpos donde son designados por elecciones de segundo grado o «intra-opción», como ocurre en Chile donde el veintitrés por ciento del cuerpo senatorial es vitalicio y es designado por la Corte, las Fuerzas Armadas y el Presidente.

En los países donde no existen formalmente los canales corporativos éstos han surgido en un contexto de informalidad y opacidad, gestionados por los grupos políticos y económicos más poderosos. Esto se manifiesta en la creciente adopción de decisiones políticas vinculadas a la aparición de un «circuito corporativo» informal que se impone sobre el «circuito representativo» formal, como un fenómeno que se produce en el ámbito de las élites políticas bajo el ropaje de «decisiones técnicas especializadas».

⁸² Held, David. *Op. cit.*, *supra* nota 71., p. 261. En México un modelo de este tipo se APLICA para la jurisdicción laboral y algunos aspectos de la política salarial.

⁸³ Bobbio, Norberto, *El futuro de la democracia*. p.30. Citado en: Mouffe, Chantal. *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía pluralismo y democracia radical*. Barcelona. Paidós. 1999. p. 135

⁸⁴ Silva Herzog, Jesús. *Esfemas de la democracia*. IFE, Cuadernos de divulgación democrática. México, Cuarta ed. 2001. p. 46.

⁸⁵ Yugoslavia, siguiendo a la vez la tradición liberal y la soviética, tiene un parlamento con cinco cámaras, tres integradas por representantes de sindicatos, cooperativas y ramas de actividad. En Irlanda, 72% de los integrantes del Senado son representantes de algún sector social, cultural, industrial, agrícola, administrativo y sindical; el 10% representa a las universidades y el 18% restante es designado directamente por el Primer Ministro. En Croacia 14 escaños pertenecen a integrantes de las comunidades étnicas, nacionalidades y grupos minoritarios. Líbano es ejemplo de sociedad de representación consociativa de carácter cultural, que reserva un número determinado de bancas para cristianos y musulmanes. Nogueira Alcalá, Humberto "Grupos de presión". En: Aa. Vv. *Diccionario Electoral*. México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, IFE, UNAM, 2003. 2 tomos. p. 679.

El *lobbyismo* en el Congreso Norteamericano es un ejemplo característico de este fenómeno, que integra como señala Estévez Araujo un conjunto de técnicas dirigidas a proteger los intereses de los grupos financieros y militares poderosos mediante la manipulación de los principios de representación política y los procesos discursivos de representación social⁸⁶. El cuerpo legislativo deja de ser un auténtico centro de decisiones y se convierte, según Gerhart Leibholz, en la sede donde se formalizan las decisiones que han sido adoptadas en otros ámbitos⁸⁷.

En este caso el juego democrático no resulta falseado sino invertido. La argumentación deja de funcionar como un contexto de descubrimiento para operar como un contexto de justificación⁸⁸. La elección se convierte en un rito de legitimación externo, en donde el ciudadano es excluido de los procesos de formación de la soberanía política y su lugar, dice Bovero, queda en manos de aquellos sectores que tienen el poder preponderante para poder formular las estrategias sociales⁸⁹.

4.1.7. La crítica democrática de la representación política

Distintos autores coinciden en que los presupuestos del modelo de representación política están en el origen del déficit significativo de los sistemas políticos contemporáneos. Como parte del núcleo positivista, Hans Kelsen consideraba que la representación rompía «los procesos de significación política que vienen de la base»⁹⁰ y vulneraba el concepto de democracia que incluye elementos como autonomía, libertad política y autodeterminación⁹¹.

El jurista valón Jean Dabin, por su parte, también advirtió que el funcionamiento del sistema de representación liberal era contradictorio con los postulados de la democracia, «si se hace referencia a la etimología de la palabra y a ciertas proclamaciones dogmáticas». Para él los regímenes democrático-representativos, basados en «instituciones minimalistas»

⁸⁶ Estévez Araujo, José Antonio. *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*. Madrid, Editorial Trotta, 2002. p. 130.

⁸⁷ Gerhart Leibholz "Conceptos fundamentales de la política y de teoría de la constitución". Citado en: Zamora Rivas, R. Ignacio. *Op cit.*, supra nota 73. p. 967 ver 175

⁸⁸ Habermas, Jürgen. *Op cit.*, supra nota 43. p. 384.

⁸⁹ Bovero Michellangelo. *Op cit.*, supra nota 26. p. 159.

⁹⁰ Kelsen, Hans. *Teoría General del Derecho y el Estado*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1995. p. 343–347.

⁹¹ *Ibid.* p. 141.

representan una «impostura democrática», donde «todo lo atribuido a los representantes es [...] quitado al pueblo»⁹².

En este sentido, Jaime Cárdenas dice que en las sociedades contemporáneas es imposible que se reúnan las condiciones fácticas para hacer realidad los presupuestos de validez del modelo de representación democrática. Este autor identifica cuatro características restrictivas, contraintuitivas de las bases de legitimidad, que desvirtúan los presupuestos de validez del sistema:

1) No representa a muchos sectores relevantes de la sociedad; **2)** es un sistema en donde los gobernantes y gobernados se encuentran cada vez más alejados entre sí; **3)** no ha servido para moderar el poder —el sistema de pesos y contrapesos— sino para que otros poderes —los fácticos— al margen o con la complicidad indebida del Estado colonicen y privaticen las instituciones; y, **4)** es un sistema que conduce al vaciamiento de la democracia⁹³.

Las limitaciones del modelo representativo han reconducido el sistema democrático hacia la crisis del Estado de derecho, como un fenómeno jurídico y político en el que los factores reales de poder se adueñan de las instituciones y la esfera pública⁹⁴. En el contexto de la crisis del Estado de derecho el derecho-poder del ciudadano como miembro de la comunidad pierde su carácter normativo y se convierte en una tecnología política, que no logra escapar, como lo reconoce Michellangelo Bovero, de la heteronomía fundamental que caracteriza toda relación política como una relación de mando-obediencia⁹⁵.

En su teoría de la democracia Carl Schmitt anticipó la contradicción inherente a toda democracia representativa, que es la contraposición que existe entre el principio de identidad, propio de la democracia, como una aspiración de unidad política, y el principio de representación como un principio aristocrático de diferenciación que hace imposible conseguir la identidad entre gobernantes y gobernados⁹⁶. En este sentido, según Schmitt, la adopción del modelo representativo constituiría una estrategia de falsación de lo democrático por lo

⁹² Dabin, Jean. *Op cit.*, *supra* nota 66. p. 205.

⁹³ Cárdenas Gracia, Jaime. "El proceso electoral de 2006 y las reformas electorales necesarias". En: "Revista Mexicana de Derecho Constitucional", Num. 16. Enero-Junio de 2007. UNAM, México. p. 55.

⁹⁴ Cárdenas Gracia, Jaime. *Op cit.*, *supra* nota 53., p. 128.

⁹⁵ Bovero Michellangelo. *Op cit.*, *supra* nota 26., p. 87.

⁹⁶ Schmitt, Carl. *The crisis of parliamentary democracy*. London. Cambridge. 1985. Citado en: Mouffe, Chantal. *Op cit.*, *supra* nota 83. p. 148. p. 163.

liberal⁹⁷, donde los representantes no pueden asumir otro papel que el de *commissaires* que una vez que asumen el cargo se convierten en delegados de los grupos de interés.

La separación entre la creación y la aplicación de la norma se resuelve en el sometimiento de los cargos representativos a «la ley de su mejor aprovechamiento». La forma del nombramiento del representante, dice Schmitt, crea la ficción de una delegación de la voluntad, con base en la cual éste se erige en un comisario temporal ligado formalmente a «una misión que no está limitada a su contenido»; en el caso del Poder Ejecutivo su titular se convierte en el brazo *sin voluntad* de la ley lo que hace de su cargo una «comisión pura»⁹⁸.

La *auctoritas* que surge de la representación democrática muestra su esencia, como lo señala Böckenförde, cuando «los que ejercen el poder unificado en la organización política disponen de (...) un poder no vinculado democráticamente»⁹⁹. En este contexto, siguiendo las ideas de Giorgio Agamben, la legitimidad representativa se lograría en el momento de máxima ineficacia jurídica, cuando la autoridad puede a la vez «acordar legitimidad y suspender el derecho». Cuando en nombre del pueblo la autoridad actúa como poder omnipotente¹⁰⁰.

Nos encontramos pues frente al desgaste del concepto de «representación democrática», que se ha utilizado para caracterizar un régimen de excepción que desvirtúa la dogmática y la pragmática de la democracia y establece una concepción hegemónica centrada exclusivamente en procesos electorales y representativos¹⁰¹. Esta noción también es privilegiada por el derecho internacional y la doctrina, como una estrategia que permite la estabilidad política del sistema de dominación democrático. Es el caso por ejemplo del «Protocolo de Washington» que dio nacimiento a la OEA, que autoriza a los

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ Schmitt, Carl. La dictadura (desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria). Madrid, Alianza Editorial, 1999. p. 169. Citado en: Agamben, Giorgio. *El Estado de excepción. Homo Sacer, II, I*. Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editora, 2004

⁹⁹ Böckenförde, Ernst Wolfgang. *Op cit.*, *supra* nota 27. p. 141.

¹⁰⁰ Agamben, Giorgio. *El Estado de excepción. Homo Sacer, II, I*. Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editora, 2004 p. 146.

¹⁰¹ Arendt Clipart, "Parliamentary versus Presidential government". Oxford, Oxford Press, 1984. Citado en Nohlen, Dieter. "Sistemas electorales". En: Aa. Vv. *Diccionario Electoral*. México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, IFE, UNAM, 2003. 2 tomos. p. 1154-1168.

países parte a intervenir en los países independientes para «coadyuvar al establecimiento de la democracia representativa».

En este sentido es forzoso, como nos lo urge Pedro de Vega García, buscar una noción más humilde de representación política, una noción menos excluyente de otras prácticas y formas de organización política, y que favorezca realmente la expresión de los intereses sociales¹⁰². Para ello es necesario partir de la crítica a toda concepción de representación que se erija «como una actividad extraña [a la ciudadanía], un asunto de especialistas» y construir nuevas prácticas que permitan ahondar en los significados de la democracia política¹⁰³.

Si bien no es posible la representación plena tampoco es posible una práctica política que prescindiera de la representación como una necesidad interna de justificación del ejercicio del poder político. Sin embargo para adquirir validez y mantenerse como fuente de legitimidad el sistema representativo requiere que los procedimientos de control, transparencia y rendición de cuentas gocen de una justificación externa que permita configurar un vínculo normativo entre la representación política y el cuerpo electoral.

Uno de estos procedimientos de legitimación es el control constitucional y jurisdiccional del poder representativo. Sin embargo no basta con la actividad judicial, como ha insistido Jaime Cárdenas, se deben agregar otros mecanismos que aseguren: transparencia de los poderes representativos, deliberación en el ejercicio del cargo representativo, rendición de cuentas, creación y derogación ciudadana de leyes, candidaturas independientes, democratización de los partidos políticos, límites constitucionales a los poderes fácticos (en especial los *mass media*), incompatibilidades parlamentarias¹⁰⁴.

¹⁰² De Vega García, Pedro. "La crisis de la representación política en la democracia de partidos". En: Varios. *Tendencias contemporáneas del derecho electoral*. México. Cámara de Diputados, IFE, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993.

¹⁰³ Gargarella. "Representación, deliberación e imparcialidad". En: Elster, Jon (comp.). *La democracia deliberativa*. Gedisa, Barcelona, 2000.

¹⁰⁴ Cárdenas Gracia, Jaime. *Op cit., supra* nota 93. p. 55-57. Ver también, Cárdenas Gracia, Jaime. *Poderes fácticos e incompatibilidades parlamentarias*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2006. 243 pp. Las incompatibilidades parlamentarias son un conjunto de condiciones inherentes al cargo representativo para proteger la independencia del legislador, o bien características que debe reunir quien es designado a un cargo de este tipo para cumplir condiciones de equidad: inviolabilidades de opinión y voto del legislador, inmunidades parlamentarias, la prohibición del mandato imperativo, incompatibilidad entre cargos legislativos y ejecutivos en el sistema presidencial. Otras incompatibilidades tienen que ver con la prohibición del ejercicio de ciertas actividades de carácter económico político o profesional, como establece la legislación en Uruguay, Bolivia y Argentina.

Lo cierto, como lo sostiene el realismo jurídico y la teoría analítica, es que la sociedad contemporánea no ha construido alternativas a la democracia representativa como forma de expresión de los intereses sociales y de organización del dominio en el capitalismo liberal. Dadas las dimensiones y complejidad de las sociedades actuales, que acentúan la despolitización y concentran el poder económico, parece muy difícil sustituir al principio de representación como mecanismo de actualización de la voluntad popular para relevar el ejercicio de poder de los representantes.

Sin embargo, en un contexto en el que los significados de la representación son presentados como democráticos, otros instrumentos de expresión política, considerados como correctivos necesarios del sistema, son colocados, como lo observa Fioravanti, en el lugar del enemigo, *el otro* de la democracia, un poder irrefrenable y peligroso que destruye la estabilidad, la seguridad y la gobernabilidad, como nociones privilegiadas que configuran la «unidad política nacional»¹⁰⁵.

Con base en su auto-identificación como principio universal, la representación democrática mediatiza los intereses particulares y rechaza toda experiencia singular que redefina la voluntad política de acuerdo con el principio democrático. La democracia se sostiene como una forma de representación unitaria de carácter comisarial que se separa del cuerpo electoral para actuar de acuerdo con intereses privilegiados. Este modelo es el único referente contemporáneo para la acción y la interpretación política, como *fictio* legal es la única base que tiene el ciudadano para identificarse como miembro de la comunidad política democrática y para darle sentido a su acción política.

La mentira democrática consiste en reducir la participación ciudadana a una *fictio* legal, dice Gwénaél Le Brazidec¹⁰⁶, a un acto de heteronomía: hacer creer que el principio democrático se expresa en la generalidad de los procedimientos de formación de la ley cuando en realidad descansa en la arbitrariedad de su ejercicio. En este sentido no importa que la *autorictas*

¹⁰⁵ Fioravanti, Mauricio. *Op cit.*, *supra* nota 10. p. 66.

¹⁰⁶ "La ley votada por el pueblo es un acto de autonomía, la ley votada por los representantes es un acto de heteronomía". Gwénaél, Le Brazidec. "Régimen representativo y democracia directa, hacia la participación de los ciudadanos. En: Concha Cantú. Hugo. *Sistema Representativo y democracia semidirecta*. México, Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002. p. 348-354.

representativa, autorice, ratifique o sancione, su ejercicio no incluye su validez jurídica sino que se impone de manera directa sobre el cuerpo y el sistema de creencias y valores del ciudadano, como un acto de falsación de lo político que forma parte del carácter biopolítico de los sistemas de dominación contemporáneos¹⁰⁷.

4.2. EL SISTEMA DE PARTIDOS POLÍTICOS, LA USURPACIÓN DE LA LEGITIMACIÓN POLÍTICA DE LA SOCIEDAD CIVIL

4.2.1. La naturaleza de los partidos en el régimen representativo

Los partidos políticos son producto de la quiebra del régimen feudal. Los cambios ocurridos en el sistema de servidumbre feudal impulsaron el nacimiento de la sociedad burguesa y las revoluciones en Inglaterra y en Francia, que dieron origen al Estado liberal a cargo de una sociedad dividida en estratos y clases sociales. Para mantener su poder la naciente burguesía no sólo requería sustituir las fórmulas estamentarias y corporativas de representación por nuevas reglas para circulación de la clase política sino también consolidar nuevos espacios institucionales de organización política que dieran respuesta a las necesidades de legitimación en el Estado capitalista¹⁰⁸.

Los partidos políticos tienen su más importante antecedente en los Estados Unidos. James Madison en «El Federalista 10» (1792) advertía de la existencia en el Congreso de facciones políticas basadas en diferencias de intereses, facciones que para él podían ser fructíferas para poder alcanzar un balance en la estructura social y mantener con ello la unidad nacional¹⁰⁹. Madison definió la facción con base en el principio de mayoría, «un número de ciudadanos, que corresponden con la mayoría o la minoría, que se unen y actúan motivados por la pasión o el interés común, contra los derechos de los demás ciudadanos o los intereses permanentes y agregados de la comunidad»¹¹⁰.

¹⁰⁷ Agamben, Giorgio. *Op cit., supra* nota 100. p. 141.

¹⁰⁸ La información histórica sobre partidos políticos se presenta con base en la lectura de: Cárdenas Gracia, Jaime. *Partidos políticos y democracia*. Cuadernos de Divulgación democrática Num. 8, IFE México, tercera ed. 2000.

¹⁰⁹ El equilibrio como resultado de la acción de los partidos no era algo automático, Madison ponía como condición para ello la existencia de líderes responsables. En 1860 las divisiones entre los miembros nortefños del Partido Demócrata y sus colegas sureños con respecto de la esclavitud derivaron en una guerra civil.

¹¹⁰ Gargarella, Roberto. *Op. cit., supra* nota 11. p. 27.

En «Partidos políticos y democracia» Jaime Cárdenas dice que los partidos no nacieron como fórmulas de organización del pueblo sino de las élites económicas y políticas¹¹¹. En su origen «eran clubes de notables que congregaban a segmentos de la elite con propósitos electorales», que eran rechazados por muchos revolucionarios burgueses, imbuidos en la teoría de la voluntad general, porque consideraban a estas estructuras como obstáculos para el libre mandato.

Sin embargo durante el siglo diecinueve los grupos previamente organizados dentro del parlamento en facciones fueron poco a poco aceptados como instrumentos prácticos para la toma de decisiones del órgano legislativo. De esas facciones nacieron directamente los partidos políticos que se consolidaron a principios del siglo pasado con el establecimiento de reglas de representación proporcional que permitieron su identificación con *fracciones* de la voluntad general que representaban intereses *de facto*.

Partire dividere, es la divisa que caracteriza a los partidos. En este contexto, la teoría de los «*cleavages*» explica que los partidos surgieron a partir de las fracturas ocurridas entre distintos sectores de la sociedad en el interior de los diversos órdenes sociales: político, económico, cultural y social, teoría, que a decir de Dieter Nohlen «tiene algunas generalizaciones fundadas empíricamente»¹¹². En este sentido, La sociedad industrial dio origen a los partidos burocratizados de masas, destinados a afirmar una identidad de clase y transmitir sus pautas de comportamiento como una cultura social.

Los partidos obreros surgieron para contrarrestar las ventajas económicas de las elites y darle voz a los «trabajadores», el nuevo sujeto social de la sociedad industrial. Una parte de los partidos de los trabajadores, influidos por la crítica marxista, se transformaron en partidos revolucionarios de los trabajadores y dejaron de aceptar las elecciones como vía necesaria y suficiente para alcanzar el poder político. Sin embargo su llegada al poder condujo a modelos totalitarios de Estado, a cargo de un solo partido de Estado, que controlaba

¹¹¹ Cárdenas Gracia, Jaime. *Op. cit.*, *supra* nota 165.

¹¹² Nohlen, Dieter. «El sistema de partidos». En: Aa. Vv. *Diccionario Electoral*. México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, IFE, UNAM, 2003. 2 tomos. p. 1152.

unilateralmente el poder político y las bases de organización social y económica¹¹³.

No obstante en la democracia liberal los partidos de masas lentamente fueron perdiendo su identidad, al reducir la política a un modelo de competencia entre élites que agregan intereses para subsumirlos dentro del esquema representativo. Es por eso que en las sociedades post-industriales, los partidos de masas experimentaron una nueva transformación que aún no ha concluido del todo en nuestros días. Esta etapa consiste en «la pérdida o disolución de las señas de identidad ideológica y programática (...), para poder captar a los votantes por encima de sus divisiones sociales, ideológicas, de clase o religiosas». En este periodo, la legitimidad política y el orden discursivo, como base de autoentendimiento de los partidos en el orden público, fueron sustituidos por los referentes simbólicos de la cultura mediática de la «sociedad del espectáculo».

No obstante, en el contexto de la crítica a los totalitarismos, la teoría jurídica ha coincidido en que no obstante la pérdida de identidad social de los partidos, estos son insustituibles como medios para expresar la pluralidad social y «reconciliar el sufragio libre y universal con las desigualdades sociales». No se puede soslayar que la competencia de partidos competitivos es todavía el único gozne que presuntamente vincula en los regímenes democráticos contemporáneos a la sociedad civil (ámbito de libertad personal) con el Estado liberal (ámbito de organización política).

Esto ha puesto al descubierto que, independientemente de las justificaciones que se le puedan dar a los partidos políticos, su cometido central es el de integrar los poderes públicos mediante las elecciones. En este sentido prevalece en la teoría que los partidos son el «sujeto-ciudadano» de la democracia¹¹⁴, que las decisiones representativas son en los hechos el resultado de una negociación institucionalizada entre partidos basada en el apoyo que cada uno de ellos encuentra en los electores.

¹¹³ Cárdenas Gracia, Jaime. "El derecho a saber y los partidos políticos". En: *Congreso Internacional de Derecho de la información. Culturas y sistemas jurídicos comparados* Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México. 2006

¹¹⁴ El sujeto ciudadano, para Etienne Balibar es lo que sigue después del sujeto. Como producto del sujeto trascendente el sujeto ciudadano tiene una carácter performativo. Con la ciudadanía reaparece no sólo el sujeto en sentido viejo, el sujeto de la obediencia, el sujeto de los deberes, metamorfoseado en sujeto de la ley, sino que surge también un nuevo sujeto, que es el sujeto que hace la ley: el ciudadano sujeto. Balibar, Etienne. *Citoyen sujet. Reponse a la question de Jean-Luc Nancy: Qui vient apres le sujet?* ". Paris, *Cahiers Confrontation*, n° 20. 1989.

Lo cierto es que las decisiones políticas del modelo de Estado democrático liberal no tienen otro punto referente práctico que el sistema de partidos, cuyo número y pluralidad es la única expresión política posible del pluralismo social que al *cosificarse* en los partidos ha dejado de ser una expresión de la pluralidad de la sociedad para convertirse en una propiedad interna del sistema, que asegura a los partidos mayoritarios su lugar en la competencia por la integración y conducción del cuerpo representativo.

Pero si bien es verdad que su capacidad para agregar intereses descendió a lo largo del siglo pasado debido al papel preponderante de los medios masivos de comunicación en la socialización de los valores de identidad¹¹⁵, hasta ahora, como reconoce Habermas, los partidos no han dejado de ser el único referente del sistema que sustituyen cualquier otra forma de legitimación social¹¹⁶.

4.2.2. El largo y difícil camino de la regulación de los partidos políticos

A lo largo del siglo diecinueve, la teoría jurídica y los sistemas normativos toleraron a los partidos políticos como grupos de facto. No obstante la juridificación de los procesos legislativos en las primeras décadas del siglo pasado ofreció la posibilidad de un reconocimiento indirecto a los partidos mediante su identificación con los grupos parlamentarios. Mientras el Partido Comunista de la URSS ya había sido constitucionalizado en 1936 en los países liberales los partidos sólo estaban contemplados en las leyes electorales y las leyes del Congreso; la constitucionalización liberal de los partidos políticos ocurrió después de la Segunda Guerra Mundial, como parte de lo que se ha calificado como un proceso de racionalización del ejercicio del poder político.

Los conceptos constitucionales sobre los partidos políticos son producto de un largo proceso de argumentación y legitimación política. Conforme a la *lexis* constitucional los partidos se encuentran entre el espacio público y el espacio privado, pertenecen al ámbito de la sociedad civil pero no son asociaciones privadas sino entidades de interés público que no pertenecen al Estado. Los partidos cuentan con prerrogativas espaciales para concurrir a la formación de

¹¹⁵ Cárdenas Gracia, Jaime. *Op. cit.*, *supra* nota 165. p. 25

¹¹⁶ Habermas, Jürgen. *Op. cit.*, *supra* nota 43. p. 529.

la representación política, lo que les permite de acuerdo con Kelsen «reasumir la voluntad de los individuos y proyectarla en forma de voluntad general»¹¹⁷.

Este carácter privilegiado de los partidos en el orden constitucional se ha traducido rápidamente en una acentuada protección en el derecho electoral contemporáneo. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán desarrolló algunos de los conceptos fundamentales que permitieron la consolidación del sistema representativo como un régimen de competencia partidaria en el que «la voluntad popular se expresa a través de los partidos políticos (...) como unidades inexcusables de acción de los ciudadanos».

En este contexto interpretativo, de acuerdo con las reglas del juego institucional, los partidos políticos sólo tienen atribuciones para «cooperar» en la formación de la voluntad popular y no para confrontarla o desagregarla; gracias a ello reciben un financiamiento público que les permite transmitir su oferta política y estar en condiciones de llegar a ser una mayoría política. Por eso mismo quedan excluidas las organizaciones que «por sus fines y su funcionamiento (...), desvirtúen el régimen de libertades individuales o pongan en riesgo los principios de la República y la Democracia»¹¹⁸.

De acuerdo con el grado de intervención del Estado en la vida de los partidos, la teoría jurídica distingue entre legislación *minimalista* de origen anglosajón, donde la legislación exige pocos requisitos para el funcionamiento de los partidos, y legislación *maximalista*, de origen alemán, contexto en el que se piden muchos requisitos para la formación de los partidos y existen algunos instrumentos para controlar su actuación y su vida interna. La teoría también ha distinguido entre un ámbito externo de regulación formado por las obligaciones y derechos del partido con el Estado, y un ámbito interno formado por los deberes y derechos que un partido otorga a sus militantes¹¹⁹.

Entre los temas más controvertidos de la regulación de los partidos políticos se encuentra el del financiamiento. En su investigación sobre «Las finanzas de la política» Francisco José de Andrea Sánchez señala que la legislación

¹¹⁷ Esta idea, formulada por Kelsen, fue retomada de: Fernández Santillán. José F. *La democracia como forma de gobierno*. México, Cuadernos de Divulgación Democrática. Instituto Federal Electoral, 1999. p. 27.

¹¹⁸ La definición del Tribunal Constitucional Alemán se encuentra en: Leibholz Gehrard. "Representación e identidad", en Miranda, Angélica *et al.* *Teoría Constitucional I*. México, Universidad Autónoma Metropolitana, 1997. p. 209-210.

¹¹⁹ De Andrea Sánchez, Francisco José. *Los partidos políticos. Su marco teórico jurídico y las finanzas de la política*. UNAM México. 2002.

norteamericana ya había abordado esta problemática aún antes de su reconocimiento constitucional. El *Federal Corrupt Act* (1925) prohibió a los funcionarios federales, sociedades anónimas, bancos y sindicatos contribuir a los gastos de los partidos, los *Hatchs Acts* (1939 y 1940) pusieron límites al monto de las contribuciones individuales para gastos en publicidad en las campañas. Estas medidas fueron acompañadas por la *Federal Elección Campaign Act* (1971) y la *Federal Elección Campaign Act Ammendments* (1974), que crearon la *Federal Election Fund* como órgano encargado de controlar las contribuciones pecuniarias, fijar topes de gastos máximos y garantizar la rendición de cuentas¹²⁰.

En el derecho continental, la legislación italiana fue la primera en regular el financiamiento de los partidos, aunque el derecho alemán fue el primero en centrarse en el financiamiento de las campañas. La regulación contemporánea contempla ambos aspectos, pero el verdadero problema reside en el financiamiento privado de las campañas partidarias, aspecto que tiene actualmente gran peso en la legislación de muchos países que han incorporado requisitos legales para la selección de los candidatos, control de los gastos de las campañas y precampañas, reembolso de los mismos, obtención de un umbral de representación, sistemas de fiscalización financiera, control de fuentes de financiamiento y publicidad en radio y televisión.

Este tipo de reglas buscan garantizar la equidad y evitar una oferta electoral artificial. Existe el consenso de que el financiamiento privado de las campañas electorales redundaría en desmedro del bien común, al comprometer a los representantes frente a sus patrocinadores. No obstante, las experiencias de control arrojan el fracaso de todos los intentos por regular el financiamiento y el gasto de los partidos; ni en Europa ni en Estados Unidos se han logrado limitar las relaciones entre los partidos y los grupos económicos de poder. Los preceptos formales siempre dejan vacíos y silencios que hacen posible a los partidos y órganos encargados de aplicar la ley evadir sus obligaciones¹²¹.

En virtud de las grandes dificultades para prohibir la inyección de recursos privados en los procesos políticos, muchas de las legislaciones del mundo han

¹²⁰ *Ibid.* p. 336.

¹²¹ *Ibid.*, p. 41. Una resolución reciente de la Corte Suprema Judicial norteamericana (21 de enero de 2010), mayoritariamente conservadora, decidió poner fin a las restricciones en el gasto de las empresas para las campañas electorales.

adoptado por un modelo de financiamiento mixto, inspirado en el modelo alemán que privilegia el financiamiento público sobre el privado como medio para asegurar que en la integración del gasto partidario no prevalezcan los recursos y los intereses de los particulares¹²².

4.2.3. Los partidos como entidades democráticas

Otra de las cuestiones más debatidas del funcionamiento de los partidos es la democracia en su vida interna. Si los partidos políticos no actúan con métodos democráticos no habría modo que el sistema en su conjunto fuera democrático. Por eso se considera que la intervención del Estado en la vida interna de los partidos sólo está legitimada y justificada cuando se trata de proteger la libertad de asociación democrática de los ciudadanos en partidos políticos. La intervención estatal en los partidos políticos debe ser considerada una providencia garantista y democrática cuando busca eliminar los mecanismos formales internos de exclusión y promover los de inclusión.

Como resultado del predominio de los partidos políticos sobre los ciudadanos en el ejercicio del voto pasivo en la doctrina constitucional existe un amplio consenso en torno a la necesidad de que los órganos de protección judicial intervengan en su vida interna, no para resolver cuestiones ideológico-programáticas sino para asegurar la equidad de los procedimientos internos y el respeto de los derechos políticos de sus militantes. Los controles democráticos, de acuerdo con Gerhart Leibholz, son una carga impuesta a la libertad de asociación para minimizar los efectos perniciosos de los partidos como factores de poder, asegurar que realicen las funciones encomendadas y «colaboren» con el funcionamiento del Estado democrático.

Como forma de asociación política de interés público no hay razones para excluir a los partidos políticos de los controles constitucionales, a fin de garantizar la libre participación, la autodeterminación y el correcto ejercicio de los recursos por parte de los militantes partidarios, tanto en una dimensión

¹²² Chuayfett Chemor, Emilio. "Algunas reflexiones sobre el financiamiento interno a los partidos políticos". En: Hernández María del Pilar. *Partidos políticos democracia interna y financiamiento de precampañas*. IJ, UNAM, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Petróleos Mexicanos, Universidad Complutense de Madrid, México, 2002. p. 41. En algunos países de Latinoamérica existe una regulación sobre partidos políticos que dispone reglas para la organización interna y el control de financiamiento: Argentina (1982), Brasil (1989), Chile (1997), Colombia (1999), Ecuador (1978) Uruguay (1966), no obstante, no siempre han sido respetadas las disposiciones en la materia. Ver: Aguirre Ramírez, Pedro. "Hacia una ley de partidos en México". En: Hernández, María del Pilar. *Partidos políticos, democracia interna y financiamiento de precampañas*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2002. 44-46

formal como sustancial¹²³. En este sentido, como hemos señalado la jurisprudencia constitucional alemana ha ofrecido criterios sustantivos para armonizar el funcionamiento interno de los partidos con la Constitución¹²⁴.

Esto se ha traducido en una regulación de los partidos políticos de carácter democrático, que incluye sus aspectos materiales como su concepto jurídico, naturaleza, funciones, constitución, etc., así como las garantías de organización democrática como son registro, derechos y obligaciones de los militantes, régimen patrimonial, financiamiento, ejercicio de recursos, justicia electoral, procesos electorales internos, relación con los medios. De acuerdo con Jesús Silva Herzog la normativa partidaria busca proteger varios principios democráticos, iguales derechos de participación, la prohibición de las estructuras corporativas, derecho universal de voto, propuesta y candidatura, existencia de medios de impugnación para la protección de los derechos políticos¹²⁵.

Con la regulación de su vida interna los partidos políticos reasumen los principios constitucionales del régimen democrático-representativo como principio de reconocimiento y a su vez el sistema reconoce a los partidos «democráticos» como su fundamento.

Jaime Cárdenas considera que para garantizar verdaderas condiciones de organización democrática de los partidos hay que agregar otros instrumentos regulatorios en su vida interna como son mecanismos de democracia directa como el refrendo, la iniciativa de reforma y la revocación de dirigentes; el respeto a la integración de las minorías; medios de auditoría y responsabilidad de los funcionarios; descentralización de los órganos partidarios; nombramiento de cargos por parte del cuerpo electoral; periodicidad de los cargos; carácter colegiado de los órganos de decisión; libertad de debate, publicidad y acceso a la información¹²⁶.

La Constitución de Portugal de 1960 fue la primera en dedicar una amplia regulación referente a la organización interna de los partidos y a su relación

¹²³ Orozco Henríquez, Jesús J. *La democracia interna de los partidos en Iberoamérica y su garantía jurisdiccional*. México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Cuadernos doctrinarios de justicia electoral 7. 2004. p. 12.

¹²⁴ De Andrea Sánchez, Francisco José. *Op. cit.*, *supra* nota 176. p. 327.

¹²⁵ Asimismo los partidos modernos están obligados a promover los valores democráticos y los derechos humanos. Silva Herzog, Jesús. *Op. cit.*, *supra* nota 84. p. 42.

¹²⁶ Cárdenas Gracia, Jaime. *Op. cit.*, *supra* nota 165. p. 38.

con los ciudadanos. Esta orientación normativa fue enriquecida por la «Ley de Partidos» de Alemania de 1967, que autorizaba la intervención de los órganos constitucionales y legales en la vida interna de los partidos para corregir su conducta y garantizar procesos democráticos internos. En España, nos dice De Andrea Sánchez, el derecho de asociación partidaria está sujeto a la revisión constitucional. La «Ley Orgánica 6/0002» de Partidos Políticos proscribía las organizaciones «que no se ajusten a principios democráticos o vulneran las libertades fundamentales y promuevan constantemente la violencia para la consecución de objetivos políticos»¹²⁷.

En América Latina como ocurre en los países de Europa del Este el sistema de partidos se caracteriza por su pragmatismo y polarización¹²⁸, por su falta de institucionalización jurídica así como por la ausencia de una cabal regulación que permita la formación de mayorías de gobierno, lo que constituye la principal debilidad política de los regímenes de la región. La totalidad de las Constituciones contemplan «explícita o implícitamente» la existencia de partidos políticos, así como la capacidad de los tribunales para conocer sobre su vida interna¹²⁹.

En un contexto contradictorio y heterogéneo, donde por ejemplo en Brasil los partidos mantienen monopolio absoluto del voto pasivo¹³⁰, destaca el carácter garantista de la legislación de Bolivia cuya «Ley de Partidos» (1999) establece que los estatutos partidarios deben incluir, protección de los derechos humanos, no discriminación, rechazo a la injerencia extranjera, obediencia al régimen constitucional. Esta ley también sanciona con separación e inhabilitación a los senadores, diputados, consejales y alcaldes que se incorporen a un partido distinto al que los postuló¹³¹.

De manera particular destaca también la legislación sobre partidos de la República Oriental del Uruguay, que constituye un caso singular dentro de la normativa partidaria global. No obstante las modificaciones en los años noventa que redujeron su alcance, la «Ley de Lemas», vigente desde 1925,

¹²⁷ Ver: Virgala Foruria, Eduardo. "Los partidos políticos ilícitos tras la Ley Orgánica 6/2002". p.26. Biblioteca Digital del Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM.

¹²⁸ Nohlen, Dieter. *Op cit.*, *supra* nota 170. p. 1154.

¹²⁹ En Colombia, Honduras, Panamá, Paraguay, República Dominicana, Argentina, Paraguay, Bolivia, México y Guatemala, los militantes de los partidos pueden recurrir al tribunal para proteger sus derechos de participación y asociación. Orozco Henríquez, Jesús J. *Op. cit.*, *supra* nota 181. p. 21.

¹³⁰ Para ser candidato es necesario estar afiliado al partido que postula. Aragón Reyes, Manuel. *Op cit.*, *supra* nota 116.

¹³¹ Soto Ríos, Sonia. *Op cit.*, *supra* nota 112. p. 28-29. p. 17.

establece un sistema que reconoce la existencia de fracciones dentro de los partidos y permite que dentro de un mismo partido se postulen varios candidatos para un cargo constitucional, uno por cada lema o fracción que lo integran, mediante un sistema de acumulación de votos de los lemas de un mismo partido¹³².

4.2.4. El Estado de partidos, ¿facticidad o validez?

Hans Kelsen es uno de los primeros autores de la teoría jurídica en advertir que la democracia representativa deviene inevitablemente en un Estado de partidos, de cuyo adecuado funcionamiento depende¹³³. Kelsen utilizó este concepto para denunciar una situación de hecho en el sistema liberal, en donde los órganos del Estado carecen de autonomía y las decisiones recaen realmente en los partidos políticos. En un régimen de este tipo, dice el jurista austriaco, la voluntad general se mueve necesariamente conforme las condiciones de conciliación y transacción entre intereses sociales representados por los partidos¹³⁴.

El concepto de *Estado de partidos* apareció como parte del contexto de la crítica de las distorsiones del modelo democrático representativo, sin embargo una parte de la teoría jurídica considera que el concepto no necesariamente tiene un significado peyorativo. Manuel Aragón en este sentido se pronuncia en favor de un sentido democrático del concepto «Estado de partidos», que incluiría el papel que cumplen los partidos en la democracia representativa como factor de distinción entre el pueblo y el Estado¹³⁵, como medios legitimados para postular a los candidatos a los cargos representativos y como expresión de un electorado diversificado en la democracia pluralista.

Para los autores de la teoría realista, como Giovanni Sartori, el Estado de partidos es insustituible como manifestación racionalizada de la democracia plebiscitaria y como medio para lograr la organización de la clase gobernante y la articulación de los intereses contradictorios de la sociedad. A través de estos, dice Silva Herzog, se hace comprensible el universo conceptual de la

¹³² Actualmente se ha eliminado de la elección presidencial y se tiende a restringirlo en favor de un sistema bipartidista, de partidos con identidad unificada. Rial, Juan. "Ley de Lemas". En: Aa. Vv. *Diccionario Electoral*. México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, IFE, UNAM, 2003. 2 tomos. pp. 780-787.

¹³³ Kelsen, Hans. *Op cit.*, *supra* nota 9. p. 37

¹³⁴ *Ibid.* p. 43.

¹³⁵ Aragón Reyes, Manuel. *Op cit.*, *supra* nota 116. p. 9.

política, se «trazan las coordenadas del debate público: la derecha, el centro, la izquierda». Los partidos mantienen una interpretación propia de la historia que agrega ideas e intereses y recrea identidades sociales¹³⁶. En este contexto, para la teoría realista el sujeto de la democracia no se compondría de individuos sino de partidos de los cuales emanan los demás órganos del Estado.

Inspirado en los modelos de Duverger, quien observó la existencia de un vínculo entre la fórmula electoral y sistema de partidos, Sartori propuso la siguiente clasificación de los sistemas políticos en tanto que expresión del **Estado de partidos**: 1) sistema de partido único (Ex-Unión Soviética); 2) partido hegemónico (México hasta 2000); 3) partido predominante (el **Congress Party** de la India,); 4) sistema bipartidista (Estados Unidos, Gran Bretaña); 5) pluralismo moderado (Suiza, Bélgica, Alemania); 6) **pluralismo** polarizado (Chile hasta 1973, Italia hasta 1993, Malasia como pluralismo atomizado)¹³⁷.

Lo cierto es que frente al colapso autoritario de los regímenes políticos de la esfera soviética en donde el jefe de partido concentraba todos los poderes del Estado, el «Estado de partidos» de las democracias occidentales surgió como la única alternativa legítima de Estado democrático. Objetar su existencia, para Claudio Katz, equivale a postular en los hechos una unanimidad forzada contraria al objetivo de pluralidad política.

Sin embargo, la experiencia muestra que una de las causas de la crisis de legitimidad de las instituciones democráticas y del déficit de representación democrática material en las sociedades contemporáneas reside en el sistemático incumplimiento de los partidos de sus condiciones normativas¹³⁸. El Estado de partidos al contrario de lo que muchos autores pretenden, expresa que el Estado de derecho ha sido reducido, mediante la suplantación del principio democrático por la representación y técnicas electorales, a un esquema en el que el ejercicio del derecho y la política son secuestrados por grupos de interés, con lo que las bases de certeza y legalidad del orden jurídico quedan nulificadas.

¹³⁶ Jesús. Silva Herzog, Jesús. *Op cit.*, *supra* nota 84. p. 40

¹³⁷ Nohlen, Dieter. *Op cit.*, *supra* nota 170. p. 1151.

¹³⁸ Böckenförde, Ernst Wolfgang. *Op cit.*, *supra* nota 27. p. 154.

En este sentido, el «Estado de partidos» no es una expresión de autodeterminación política, como los autores de la teoría jurídica analítica han querido hacer creer, sino una consecuencia natural del desgaste y la deformación del modelo democrático a través del principio representativo. Lo que según Böckenförde «tiene el efecto de socavar la credibilidad de los demás rasgos estructurales del sistema» como el principio de separación y equilibrio entre poderes públicos¹³⁹.

Böckenförde dice que los efectos negativos del Estado de partidos sólo pueden ser inhibidos impulsando el principio democrático y alentando el significado que tienen instrumentos participativos como las candidaturas ciudadanas y el control ciudadano de las decisiones representativas¹⁴⁰. Esto significa para Roberto Blanco Valdés: 1) superar el modelo organizativo de partidos políticos; 2) debilitar a los partidos mediante cambios al sistema electoral (sistema de listas abiertas, candidaturas independientes); 3) corregir las tendencias oligárquicas en la legislación; 4) un sistema de elecciones abiertas; 5) poner límites a las posiciones representativas¹⁴¹.

4.2.5. La necesaria e insuficiente crítica de los partidos políticos

El cuestionamiento del papel privilegiado de los partidos políticos como voceros exclusivos de la ciudadanía o como forma organizativa que no altera sustancialmente las relaciones sociales ni pone en riesgo las formas de dominación no es nuevo. Claus Offe cita a varios autores que han denunciado esta forma organizativa que pervierte la política (Luxemburgo), que conduce a la oligarquía (Michells) y a la sumisión plebiscitaria de las masas al poder carismático del *líder* y la burocracia del partido (Weber)¹⁴².

En su obra clásica «Los partidos políticos» (1911), Robert Michells denunció la contradicción inherente en los sistemas democráticos en virtud de que basan su funcionamiento en partidos políticos que, por su naturaleza, son organizaciones oligárquicas. Michells enunció la famosa «ley de hierro» de los

¹³⁹ *Ibíd.* p. 124.

¹⁴⁰ Böckenförde, Ernst Wolfgang. *Op cit., supra* nota 27. p. 124

¹⁴¹ Blanco Valdés, Roberto. "Los partidos políticos". Citado en: Cárdenas Gracia, Jaime. *Op cit., supra* nota 27. p. 84

¹⁴² Offe, Claus. "Democracia de competencia entre partidos y el Estado de bienestar keynesiano". En: Offe, Claus. *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*. Sistema, Madrid, 1988. p. 62

partidos políticos que alude a su necesaria burocratización y oligarquización, así como a la ausencia de democracia en su seno¹⁴³.

Al estudiar la democracia de masas Max Weber observó que los partidos políticos, dentro del contexto de la burocratización del Estado, experimentan un fuerte impulso hacia la especialización y jerarquización que «los obliga a dotarse de un aparato permanente y a fomentar la aparición de líderes carismáticos». El paso de un sistema de partidos de clase a un modelo de competencia partidaria impulsó un cambio decisivo en la noción de democracia, prevista por el funcionalismo, en la que el partido con su líder a la cabeza constituye un baluarte contra la irracionalidad de las masas¹⁴⁴.

Karl Schmitt por su parte cuestionó que el sistema de partidos destruye cualquier posibilidad de formación discursiva de los acuerdos públicos representativos, que dejan de ser tomados por los representantes y pasan a manos de los dirigentes de partidos enfrentados entre sí no «como opiniones que discuten» sino «como grupos de poder» que llevan a cabo compromisos con base en el cálculo de mutuos intereses y las posibilidades de alcanzar el poder político. Los partidos, decía Schmitt, son aparatos propagandísticos que apelan a las pasiones y los intereses individuales de la ciudadanía.

En su valoración de la democracia Norberto Bobbio¹⁴⁵ culpó a los partidos de que el Estado democrático haya dejado de cumplir las promesas que le dieron origen y denunció su tendencia a convertirse en instrumentos de grupo y no en portadores de la participación ciudadana. En analogía con Weber, Bobbio denunció que los partidos eran órganos corporativos destinados a convertirse en «maquinas de votar» basados en los privilegios que sus miembros se conceden a sí mismos¹⁴⁶.

El carácter competitivo del sistema de partidos, como explica Hannah Arendt en «*On revolution*», tiene como efecto la desactivación de la discusión pública y la despolitización de la sociedad. La intervención de los partidos reduce los

¹⁴³ La formulación de Michels es "quien habla de organización habla de oligarquía". Robert Michels. *Los Partidos Políticos*. Ammrou. Buenos Aires, 1996. Citado en: Held, David. *Op cit.*, *supra* nota 71. p. 190-192. Ver también: Cárdenas Gracia, Jaime. *Op. cit. supra* nota 165.

¹⁴⁴ En el sentido que Weber daba a esas formaciones, asociaciones para conquistar el poder y repartir ventajas entre sus miembros. Held, David. *Op cit.*, *supra* nota 71. p. 198.

¹⁴⁵ Bobbio, Norberto. "El Futuro de la democracia", Citado en Miranda, Angélica *et al.* *Teoría Constitucional I*. México, 1997, Universidad Autónoma Metropolitana. p. 204.

¹⁴⁶ Max Weber, "Economía y Sociedad", citado en Leibholz. *Op cit.*, *supra* nota 175, p. 213.

espacios de definición política basados en el debate y el conflicto entre grupos sociales y los reemplaza por las opiniones en competencia de partidos disciplinados y jerarquizados, cuyas acciones son identificadas como la forma legítima de acción política¹⁴⁷. El Estado democrático es oligárquico, dice Hannah Arendt, porque concentra la participación política en los partidos políticos¹⁴⁸ que representan fuerzas ideológicas pero no rasgos sociales o culturales y por tanto no agotan los cauces del pluralismo¹⁴⁹.

Por su parte Jürgen Habermas en «Facticidad y validez» acusa a los partidos políticos de haberse posesionado del sistema político sin plegarse a la división funcional de poderes. Habermas caracteriza a estos como **cárteles** de poder no previstos en la Constitución que someten a los poderes del Estado por diversos medios: a) el reclutamiento de personal en la administración pública, la administración de justicia, los medios de comunicación y otros sectores sociales; b) la sustitución de las decisiones políticas de los organismos competentes a los pactos entre partidos, y c) la instrumentalización del espacio público-político con vistas a hacerse del poder administrativo¹⁵⁰.

El conjunto de la teoría normativa y analítica coincide en que las características de los partidos son contradictorias con una concepción de la democracia entendida como autodeterminación. Para Zamora Rivas entre estas características se encuentran: 1. La facultad exclusiva de hacer nominaciones para puestos de representación; 2. El control sobre los representantes para actuar en todo momento según la línea trazada; 3. La concepción patrimonialista de la política, como un medio institucional para apoderarse de los recursos del Estado; 4. La partidización de la sociedad civil, en un contexto donde la participación está secuestrada por partidos, lo que obliga a las organizaciones sociales a allanarse a una postura partidaria¹⁵¹.

El doble papel de los partidos políticos como representantes y como representados, como lo explica Ana María Rivadeo, les ha permitido «secuestrar la política» (entendida esta como la búsqueda del bien común) y

¹⁴⁷ Hannah Arendt. "On revolution" Citada en: Cohen, Jean y Arato, Andrew. *Sociedad civil y teoría política*. Fondo de Cultura Económica, México, 2002. p. 225.

¹⁴⁸ *Ibid.* p. 225.

¹⁴⁹ Nohlen, Dieter. *Op cit.*, *supra* nota 146. p. 1169

¹⁵⁰ Habermas, Jürgen. *Op cit.*, *supra* nota 43. p. 520.

¹⁵¹ Zamora Rivas, M. Ignacio. *Op cit.*, *supra* nota 73. pp. 970-972

proyectarla dentro un escenario formal de competencia, donde sus propios intereses se hacen valer a través de los cargos políticos¹⁵².

El escenario de competencia de partidos obliga a estos a presentar una imagen de unanimidad y consenso que es la expresión de su «contribución» a la formación de la representación política. Esto significa, como señala Claus Offe, que las dirigencias partidarias deben mantener la división interna bajo control mediante prácticas excluyentes que recompensan o castigan a los miembros y favorecen la consolidación institucional de un poder unificado¹⁵³.

La competencia también constriñe a los partidos a subordinar su plataforma política a las reglas del mercado, en donde al igual que una empresa se somete al *marketing* la política se somete a las técnicas publicitarias que adaptan la comunicación partidaria a la publicidad comercial¹⁵⁴. La propuesta política, describe Estévez Araujo, es presentada como una *oferta* a los ciudadanos, que son vistos como clientes *indecisos* que corresponden con las capas menos ilustradas de la población¹⁵⁵.

En estas condiciones los gastos de las campañas políticas hacen de los partidos espacios cruciales para la intervención de los grupos de *facto*. Los crecientes costos de la propaganda en la sociedad de masas conllevan fuertes presiones económicas que hacen inevitable que los partidos establezcan acuerdos con los grupos económicos más poderosos, que se prestan a financiar los gastos del candidato a cambio de que éste una vez electo, legisle en favor de esos grupos.

Este sistema informal de financiamiento abre la puerta a la *oligocracia*, un sistema que funciona con reglas no escritas desde hace varias décadas en los Estados Unidos en el que los partidos y los poderes económicos han establecido una relación orientada por la capacidad de presión y cabildeo de los grupos de poder económico y militar. En el contexto normativo norteamericano cualquier regulación que busque limitar este régimen informal es vista como una intervención no autorizada del Estado en la libertad económica, de

¹⁵² Rivadeo, Ana María. "La reinención democrática de la Nación". En: Bejar, Raúl y Rosales, Héctor. *La Identidad nacional mexicana como problema político y cultural*. México, Siglo veintiuno editores, Universidad Nacional Autónoma de México, 1999. p. 191.

¹⁵³ Offe, Claus. *Op. cit.*, *supra* nota 191. p. 64. Ver también: Gargarella, Roberto. *Op. cit.*, *supra* nota 11. p. 82.

¹⁵⁴ *Ibid.* p. 63.

¹⁵⁵ Estévez Araujo, José Antonio. *Op. cit.*, *supra* nota 86. p. 129

expresión y asociación.

La falta de un verdadero control sobre la actividad financiera de los partidos también los ha convertido en espacios vulnerables a las operaciones del crimen organizado¹⁵⁶. A pesar de las prohibiciones el flujo ilícito de recursos tiene una fuerza propia que no ha podido ser vencida por la legislación. La opción ha sido la de privilegiar financiamiento público y establecer reglas para limitar el financiamiento privado, lo que convierte a los partidos en «juez y parte» del uso de los recursos públicos¹⁵⁷ y acrecienta su propensión a excluir otras formas de participación política.

Los requerimientos prácticos de financiamiento junto con la subordinación a un contexto electoral imponen dentro de los partidos una concepción «gradualista» de la política que descarta reivindicaciones y necesidades no realizables en el corto plazo o demasiado comprometedoras para el contexto normativo liberal. Cohen y Arato explican que la gobernabilidad del sistema sustituye a la participación social como divisa de acción partidaria; al eludir su compromiso de generar identidades colectivas el partido se vuelve incapaz de asegurar los intereses que presuntamente representa¹⁵⁸.

Estos rasgos del Estado contemporáneo han incitado un sentimiento antipartidario en la sociedad civil. Sin embargo, cabe preguntarse si es posible romper con el monopolio político de los partidos. El abstencionismo y el voto en blanco han sido presentados como opciones dentro del sistema que formulan el escepticismo de la ciudadanía por el Estado de partidos como la fórmula más adecuada para dar cauce a la política en la democracia representativa, opciones que no pasan de ser una expresión más dentro del modelo representativo de partidos¹⁵⁹.

Estas opciones se insertan dentro del marco normativo contextual de la democracia, es decir son elementos cuya regulación y efecto se encuentran en última instancia en manos de los representantes y a través de ellos de los partidos políticos. En este sentido, Jaime Cárdenas asegura que el único camino para la transformación del sistema es el ahondamiento de su crisis y su

¹⁵⁶ Njaim, Humberto. "Financiamiento de la política". En: En: Aa. Vv. *Diccionario Electoral*. México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, IFE, UNAM, 2003. 2 tomos. p. 563.

¹⁵⁷ *Ibid.* p. 567.

¹⁵⁸ Cohen, Jean y Arato, Andrew. *Op. cit.*, *supra* nota 86. p. 68.

¹⁵⁹ Alcubilla, Enrique Arnaldo. *Op. cit.*, *supra* nota 131. p. 7.

descrédito, «al punto de que los propios partidos se den cuenta que un sistema partidocrático sólo los mantendrá alejados de la sociedad»¹⁶⁰.

A pesar de lo anterior, los partidos políticos se mantienen hasta el día de hoy en el centro de las decisiones representativas como unidades inexcusables de organización política cumpliendo las funciones de compromiso que en el pasado cumplían las corporaciones¹⁶¹. La progresiva implantación de técnicas y reglas electorales orientadas a lograr la estabilidad política del régimen (listas bloqueadas, porcentajes mínimos, sistemas mayoritarios, estanco del voto pasivo y la disciplina legislativa) han fortalecido el Estado de partidos, lo que se vuelve el mayor obstáculo para la transformación democrática de la vida política en el Estado liberal¹⁶².

En este marco José Antonio Estévez Araujo dice que los partidos se han convertido en «elementos del dispositivo estatal» al que buscan poseer y controlar (como un instrumento al servicio de ciertos fines) como medio para imponer la identidad plena entre el Estado y la sociedad¹⁶³. En este sentido cada partido político tiene tendencias totalizadoras y excluyentes implícitas, que lo llevan a inmiscuirse en las formas de vida de su «clientela» y a volverse intolerantes con cualquier otra opción ideológica, política o cultural.

Esta naturaleza estatal de los partidos, como lo dice Jaime Cárdenas, les da la capacidad suficiente para mantener la opacidad en la vida pública y «colocar su vida interna al margen del control legal y constitucional»¹⁶⁴. En este sentido su actuación queda reflejada mejor en el concepto de partidocracia, propuesto por Ignacio Zamora Rivas, vocablo que expresa con mayor precisión la naturaleza del fenómeno contemporáneo del Estado de partidos pues resalta las connotaciones peyorativas que tiene la actividad de los partidos políticos como una apropiación abusiva de los espacios públicos y del Estado de derecho¹⁶⁵.

¹⁶⁰ Leroux, Jaime. "Las instituciones a examen. Entrevista con el Dr. Jaime Cárdenas". En: *La Guillotina* 56. Primavera del 2007. México. p. 51.

¹⁶¹ Leibholz Gehrard. *Op cit.*, *supra* nota. 175, p. 209-210.

¹⁶² Sartori, Giovanni. *Op cit.*, *supra* nota. 144., p. 215.

¹⁶³ Los discursos partidarios tienen una fuerte tendencia a asumir un carácter pontificio y excluyente. Estévez Araujo, José Antonio. *Op. cit.*, *supra* nota 86. p. 128.

¹⁶⁴ Cárdenas Gracia, Jaime. *Op cit.*, *supra* nota. 53., p. 181.

¹⁶⁵ Zamora Rivas, M. Ignacio. *Op cit.*, *supra* nota 73. p. 964-973.

4.3. LAS FUNCIONES ELECTIVAS, TÉCNICAS DISCIPLINARIAS DEL HECHO POLÍTICO.

4.3.1. La configuración legal de los derechos políticos

Los derechos políticos no son auto-ejecutivos, se requiere determinar en la ley los procedimientos necesarios para hacerlos valer y permitir que su ejercicio se realice en un plano de igualdad formal. La igualdad no está dada por su enunciación, no es un presupuesto fáctico sino una presunción legal que debe de construirse mediante¹⁶⁶. No se trata, como los derechos humanos, de algo que se presume como inherente a la condición humana, exigibles *ex ante*, sino atribuciones consensuadas *ex profeso* por la comunidad como expresión de autodeterminación, como lo define Kelsen, para representar el derecho que asiste a sus miembros en la formación del gobierno de la comunidad. En este sentido sólo pueden ser exigidas *ex post* una vez que han sido ejercidos¹⁶⁷.

La formulación legal de los derechos políticos los configura, establece un régimen para operativizar su ejercicio y eliminar impedimentos. Eso no autoriza al legislador a romper el marco constitucional que lo prevé. El Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación David Góngora Pimentel ha sostenido que «una reglamentación excesiva (...) puede cerrar las puertas para que los ciudadanos tengan acceso al poder». El legislador, establece la Jurisprudencia, debe respetar el núcleo normativo esencial del derecho que se trata de conformidad con la «garantía de contenido esencial» que tiene fundamento en su enunciación constitucional¹⁶⁸.

En este sentido, la interpretación y valoración de cualquier régimen político, como afirma Habermas, conlleva necesariamente la reconstrucción de su derecho electoral¹⁶⁹. La configuración legal de los derechos políticos obliga a una constante comparación entre las experiencias jurídico-políticas nacionales. Entre los tópicos constitucionales más comunes de valoración están el sufragio,

¹⁶⁶ Arenas Bátiz, Carlos Emilio. "El voto como derecho fundamental de configuración legal". En: Concha Cantú, Hugo. *Sistema representativo y democracia semidirecta*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002. p. 73.

¹⁶⁷ Kelsen, Hans. *Op cit.*, *supra* nota 9. p. 33.

¹⁶⁸ Sobre la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales y la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en esta materia ver "La interpretación electoral y la interpretación de los principios rectores". En: Cárdenas Gracia, Jaime; García Campos, Alan; Nieto Castillo, Santiago. *Estudios jurídicos en torno al IFE*. IIJ. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2000. pp. 103-114.

¹⁶⁹ Los procedimientos jurídicos mediante los cuales se ha de institucionalizar la imparcialidad de las decisiones y la igualdad de oportunidades de los ciudadanos. Habermas, Jürgen. *Op cit.*, *supra* nota 43. p. 584. Los procedimientos jurídicos mediante los cuales se ha de institucionalizar la imparcialidad de las decisiones y la igualdad de oportunidades de los ciudadanos.

la participación, las prerrogativas y obligaciones ciudadanas, las modalidades para la designación de los representantes, el régimen de partidos políticos, el régimen de publicidad; por su parte se relega a leyes secundarias lo relativo a registros, padrones, campañas, comicios, escrutinio, sufragio pasivo, etc.

Cada vez más frecuentemente las constituciones políticas incluyen pronunciamientos en torno a los procesos y las formas por medio de los cuales se configuran los derechos políticos. La tendencia en los países de Latinoamérica es que la configuración de los derechos políticos se hace cada vez más desde la Constitución para evitar que los principios constitucionales sean deformados por la ley. No obstante esta configuración constitucional, como observa Perzowski, en muchos casos carece de elementos normativos o de argumentaciones de orden práctico y más bien está compuesta mayoritariamente de justificaciones de orden técnico.

En este contexto, los instrumentos y formas legales de los derechos políticos se consideran absolutamente necesarios para instituir el derecho protegido, no existe en la interpretación constitucional comparada un concepto de derecho electoral que rompa con los *corsés* que impone la configuración técnico-legal de los procesos políticos. Una excepción, acaso también de carácter político, es la resolución que dio la Corte Suprema Boliviana al recurso SC0064/2004, presentado por el gobierno contra la convocatoria a un referéndum, donde se estableció que la inexistencia de un marco legislativo en la República de Bolivia para la realización de dicho referéndum no obstaba para su cumplimentación como un ejercicio político de la sociedad¹⁷⁰.

4.3.2. El sufragio universal y los comicios libres

Los procesos electivos fueron conocidos y practicados en la mayoría de las culturas de la antigüedad en cada uno de las cuales tenían características particulares. El sufragio moderno es representativo y electivo, no es el mismo tipo sufragio que el que se reconocía en la Grecia clásica que era directo y delegativo. En las sociedades contemporáneas el sufragio es normalmente el único instrumento de la libertad política, en Grecia antigua era un procedimiento más entre otros.

¹⁷⁰ Soto Ríos, Sonia. "Bolivia". En: Escobar, Guillermo y Guedan, Moguel (eds.) *Democracia e instituciones en América Latina*. Madrid, Editorial Dykinson, 2005. p. 36.

Aristóteles decía que la elección con base en la riqueza era un principio oligárquico y que la elección con base en el mérito era un principio aristocrático que no podía tener otra justificación que la de la selección de una idea o una persona «en tanto mejor que otra»¹⁷¹. La elección aristocrática, como selección de los mejores, fue practicada desde la antigüedad y después retomada por los concilios pontificios de la Iglesia y asimilada a la designación del Consejo de Estado del Príncipe, como un fenómeno político típico de la modernidad.

Con la caída del absolutismo el sentido del sufragio aristocrático como técnica de representación del interés público inició su transformación. En la medida en que el ejercicio del poder público pasó de manos de la nobleza a las de los propietarios, los oficios y los habitantes emancipados de los burgos, el sufragio público – base del «Tercer Estado» francés - se convirtió en una técnica de legitimación del poder político y de una forma de vida.

En un contexto público de libre concurrencia económica, el voto se configuró sobre la base de los preceptos de Código Civil, que se erigió como modelo de civilidad en la comunidad política y como tal fue considerado como una atribución inherente del *homo economicus*, con capacidad económica suficiente para garantizar su interés público. El sufragio moderno, como sugiere Rosenvallón, fue un privilegio de las formas de vida sancionadas en el *Codex* y un medio para legitimar la transferencia del poder político a la burguesía.

Como parte de la cultura política liberal, al sufragio público y las elecciones les fueron atribuidas cualidades metafísicas. Fueron concebidas, según Gwénaél le Brazidec, como la expresión de «un género de vida superior», como el rito de iniciación en el «género civil», como una forma de «unción sagrada o rito de consagración moderno»¹⁷². El carisma de la democracia desde un principio se centró principalmente en las elecciones y el sufragio libre como escenarios de una épica política moderna que gira en torno a la antigua «victoria en el combate»¹⁷³.

¹⁷¹ *Aristos* en griego significa el mejor. *Aristocracia* el poder de los mejores. El sorteo correspondería con el principio democrático. (Política II, viii, 26).

¹⁷² Gwénaél, Le Brazidec. *Op cit.*, *supra* nota 106. p. 357.

¹⁷³ Fernández Segado, Francisco. "Legitimidad". En: Aa. Vv. *Diccionario Electoral*. México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, IFE, UNAM, 2003. 2 tomos. p. 2-3. p. 771. "(...) tenéis ahí un medio para acabar pacíficamente con todos los conflictos, desanudar todas las crisis, y, si el sufragio universal funciona en la plenitud de su soberanía, *no hay otra revolución posible*, porque ya no hay más revoluciones que intentar, ningún otro golpe de Estado que temer cuando Francia ha hablado". Rosenvallon, Pierre. *Op cit.*, *supra* nota 32.p. 311.

Los procesos electivos ofrecieron un procedimiento sencillo para representar la soberanía en el Estado capitalista, mediante un juego que supone que cada ciudadano dispone por igual de una fracción de la soberanía para poder determinar la voluntad general, en una concepción en la que la soberanía se descompone en un conjunto de voluntades individuales escindidas, representadas en su conjunto por las decisiones de la mayoría a las que todos los participantes del juego deben adherirse.

Construido sobre el principio de obligación civil, el sufragio conjuga en su concepto la noción de **derecho** del racionalismo ilustrado y la de **atribución** del utilitarismo inglés. La definición contemporánea es híbrida e incluye tanto su carácter subjetivo como un derecho ciudadano que reconocen los convenios internacionales, y un carácter objetivo en tanto que función política del Estado. Esto significa que los derechos políticos son normas y reglas pero también son posiciones subjetivas, derechos o libertades.

En un sentido subjetivo conectado con la lectura de Rosseau, el derecho-sufragio es un derecho público exigible ante el Estado. Como tal, dice Manuel Aragón, conlleva una dimensión material o sustantiva que hace posible la legitimación del gobierno, el control de los poderes, la expresión de la opinión pública y la producción de gobierno y representación¹⁷⁴. La importancia del sufragio como sumisión a la voluntad de la mayoría, dice Kelsen, radica en que permite concebir la libertad política como auto-determinación¹⁷⁵ pues, como lo afirma Habermas, requiere de un proceso comunicativo que presupone condiciones de libertad y equidad de la discusión¹⁷⁶.

En su dimensión objetiva la definición de los derechos políticos está integrada por el conjunto de principios, normas y reglas que regulan el ejercicio del derecho del sufragio tanto activo como pasivo así como la organización de las elecciones, la integración del sistema electoral, del control de su regularidad y la veracidad de los resultados.

El sentido objetivo del sufragio universal, de acuerdo con Manuel Aragón, lleva implícito su dimensión como libertad democrática, como el umbral formal

¹⁷⁴ Aragón Reyes, Manuel. "Democracia y Representación. Dimensiones subjetiva y objetiva del derecho de sufragio". En Orozco Henríquez, Jesús. *Democracia y representación en el umbral del siglo XXI*. IJ, México. p.11.

¹⁷⁵ Kelsen, Hans. *Op cit.*, *supra* nota 90. p. 21.

¹⁷⁶ Habermas, Jürgen. *Op cit.*, *supra* nota 43. pp. 380-381.

mínimo a partir del cual se integran los demás principios constitucionales y las reglas del derecho electoral¹⁷⁷; algunas de ellas son enumerados por Francisco Fernández Segado: primacía del sistema representativo, libre participación en comicios; universalidad, igualdad, libertad y secreto del sufragio; libertad para ser electo; libertades civiles y equidad en la competencia; tipificación de conductas delictivas y existencia de recursos jurídicos¹⁷⁸.

En el Estado contemporáneo el sentido objetivo del voto se impone cada vez más sobre su sentido subjetivo, cada vez más se imponen los criterios técnicos sobre los normativos. La teoría jurídica liberal minimiza toda interpretación normativa que este por fuera del contexto procedimental de la libertad política. En este sentido, la legitimación formal del sufragio, su expresión jurídica, tal como teoría analítica la ha definido, se ha erigido en el escenario posible de la libertad política moderna.

Es en este sentido que el sufragio se acerca más a una técnica mediante la cual las elites pueden disponer de la organización y las necesidades estratégicas de la comunidad política. Si bien la universalización del sufragio, como bien lo observa Rosenvallon, ofreció en el siglo veinte una respuesta a la crisis de la sociedad industrial también transformó el sentido de los procesos electivos como técnicas de legitimación ya que los convirtió en medios de inclusión que ofrecían una fórmula de adhesión a las decisiones tomadas previamente por las élites políticas¹⁷⁹.

En las sociedades de masas los comicios lograron abreviar los procesos políticos, de acuerdo con la retórica democrática ya no haría falta seguir recurriendo a rupturas revolucionarias o a la intervención directa de la ciudadanía, tampoco que las deliberaciones las hiciera directamente la sociedad civil, opciones que solo redundan en una mayor inestabilidad política. Los comicios universales habrían simplificado la operación política delegándola en un cuerpo especializado, mediante un juego formal de designación que otorga un peso idéntico a cada ciudadano, equipara la mayoría con la voluntad

¹⁷⁷ Aragón Reyes, Manuel. *Op cit.*, *supra* nota 116. pp. 5-6

¹⁷⁸ . Lo que incluye la judicialización del sistema de controles y verificación de la regularidad de la elección. En: Fernández Segado, Francisco. *Op cit.*, *supra* nota 115. pp. 775-778.

¹⁷⁹ Rosenvallon, Pierre. *Op cit.*, *supra* nota 32. p. 311

general, a los partidos con fracciones de la misma, presupone la racionalidad, utilidad y legitimidad de los resultados y obliga a todos a obedecerlos¹⁸⁰.

Como tal, el sufragio universal hizo necesaria la aparición de un aparato burocrático dedicado a la organización de la representación y la administración del llamado sufragio pasivo. Con ello los partidos políticos pasaron a situarse, según David Held, como centros informales de formación de la soberanía en tanto que agentes del ejercicio del sufragio¹⁸¹. El sufragio universal también trajo consigo a una burocracia especializada encargada de asegurar la certeza, independencia, imparcialidad, publicidad y legalidad del sistema.

Hoy día el sufragio permite a cualquier ciudadano, dentro de los marcos nacionales y en los términos de su configuración legal, mostrar su adhesión o rechazo a los candidatos a los cargos de representación política, o bien en un menor número de naciones, votar por el refrendo o la revocación de las decisiones representativas en el poder legislativo. No otorga ninguna otra capacidad sobre el sistema o las decisiones de gobierno, tampoco expresa nada acerca de la capacidad de los sufragantes para postularse.

El carácter privilegiado del sufragio universal y los procesos electivos para la legitimación del poder político en el Estado liberal conlleva una homogenización de la participación política en las sociedades contemporáneas. El Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas reconoce solamente como expresión legítima del paradigma «democrático» y del carácter universal de los derechos humanos, la forma de los comicios electivos públicos y abiertos para la designación de algunos cargos políticos como procesos en los que el elector solo puede optar por una entre varias opciones previas.

4.3.3. Elementos electorales de derecho constitucional

1. Qué se vota. Los alcances de la democracia y de la representación en los regímenes contemporáneos dependen del alcance y la diversidad de instrumentos que tiene la ciudadanía para concurrir en la formación de la voluntad política. Como hemos visto los comicios públicos para la designación

¹⁸⁰ Rodríguez Zepeda, Jesús. *Estado de derecho y democracia*. México, Cuadernos de Divulgación Democrática, Instituto Federal Electoral, 1999. p. 29.

¹⁸¹ Held, David. *Op. cit.*, *supra* nota 71., p. 189.

de representantes políticos y el sufragio universal son los procedimientos privilegiados de participación. En este contexto el ciudadano concurre para sufragar por una opción previa la calidad de la democracia dependería de lo que se pone en juego durante los comicios, el alcance de la pregunta que se hace al elector.

La elección de los representantes ha sido considerada como una condición necesaria y suficiente de la democracia¹⁸² sin embargo los comicios pueden decidir asuntos distintos a la designación de los cargos; se puede sufragar para decidir la revocación de esos cargos, para aprobar o rechazar los cambios en la Constitución, para dirimir una controversia política entre los poderes públicos, para obtener la adhesión o revocación de un acto legislativo. El alcance que tienen los comicios, como medios para la formación de decisiones, está determinado en la Constitución Política.

2. Número de mandatos. Otro dato registrado en la Constitución que permite valorar el alcance de la democracia es el número de cargos dentro de la jerarquía estatal que son designados mediante elección popular. En los países federales se elige un número mayor de representantes que en los países centralistas ya que en los primeros además de los cargos de poder nacional y los representantes populares de carácter local, se eligen representantes de un nivel intermedio de gobierno. En contraparte en los países europeos, se realizan votaciones en el nivel regional de los órganos comunitarios europeos. En Estados Unidos los jueces de algunos Estados y condados de ese país son designados mediante sufragio universal.

La tendencia contemporánea en el Estado liberal es la de restringir el número de mandatos. En este contexto de las teorías realistas y funcionalistas de la democracia existe el consenso de que, en el caso del cuerpo legislativo, mientras mayor sea el número de integrantes mayor será el predominio de la pasión y el interés individual sobre la razón y el compromiso de intereses, en virtud de que mientras mas representantes haya mayor será la proporción de legisladores inexpertos y con capacidades acotadas¹⁸³.

¹⁸² Kelsen, Hans. *Op cit.*, *supra* nota 9. pp. 45-47. Ver también pp. 54-55.

¹⁸³ Gargarella, Roberto. *Op. cit.*, *supra* nota 11. p. 150.

3. Duración del mandato. El tiempo que dura el mandato de elección popular es un elemento constitucional que busca asegurar el carácter democrático de la función representativa. Se considera que los periodos no deben de ser muy cortos, ya que mientras mayor sea su duración existen mayores oportunidades para consensuar y desarrollar una política de gobierno, y a la inversa mientras menor duración tenga existen menos oportunidades por parte de los electores para calificar su ejercicio.

En la tradición constitucional norteamericana anterior a la Federación se consideraba que una mayor frecuencia de las elecciones resultaba en beneficio del control del pueblo sobre sus representantes. Por eso Estados Unidos es uno de los países que establece una duración muy corta de sus mandatos representativos, por ejemplo donde los miembros de la Cámara de Representantes renuevan su mandato cada dos años con reelección ilimitada.

4. Reelección. En la tradición liberal la reelección es un aspecto inherente de la definición democrática. Norberto Bobbio decía que el sufragio democrático consistía en la elección sistemáticamente repetida como lo es la designación periódica de los representantes y la posibilidad de su reelección, como una modalidad del juicio sobre las decisiones que aborda precisamente la valoración de los resultados, «una decisión sobre la sustancia de los problemas colectivos», en el que la ciudadanía tendría la oportunidad de sancionar a sus representantes al optar por no reelegirlos. La reelección sería en este caso una forma de control que fortalece al poder representativo y sanciona su ejercicio.

La teoría democrática analítica considera que la profesionalización de las funciones parlamentarias a través de la reelección permite tomar decisiones más adecuadas. En muchos países democráticos se acepta que la reelección de los representantes es un elemento constitucional que enriquece el debate político ya que pondera la experiencia política del representante como un factor que favorece la especialización; en este sentido se considera que mientras los centros de decisión se encuentren más aislados de las presiones de la ciudadanía habrá más posibilidades de adoptar decisiones correctas¹⁸⁴.

En muchos países prevalece la reelección indefinida como un procedimiento considerado democrático. No obstante se debe aclarar que la reelección junto

¹⁸⁴ *Ibidem.*

con la revocación del mandato, se entienden de manera distinta en un sistema parlamentario que en uno presidencial. Ambos son instrumentos de formación y revocación de gobierno característicos del régimen parlamentario, pero en los sistemas presidencialistas donde el gobierno se elige de manera directa mediante sufragio universal, la reelección sucesiva no puede ser ilimitada como en el sistema parlamentario, debido al enorme poder político que concentra el jefe de gobierno.

Por eso en los regímenes presidenciales las limitaciones a la reelección de los representantes, especialmente del Poder Ejecutivo, es una importante forma de control democrático, como un límite externo al principio de mayoría que busca evitar que los titulares de los cargos representativos utilicen el cargo en su beneficio. En el contexto latinoamericano la Constitución de 1917 de México aportó la demanda de no reelección como un elemento democrático que busca evitar las tendencias elitistas que afectan la alternancia. Se trata de eliminar los aspectos nocivos de la reelección como medio para la consolidación de elites cerradas frente a la sociedad civil y de inequidades de la competencia donde el aspirante a reelegirse siempre cuenta con mayores oportunidades de acceso a los recursos públicos.

5. Voto libre u obligatorio. La estipulación de la obligatoriedad del voto en muchas constituciones es consecuencia de su configuración legal, lo que arrastra sin embargo la desaparición de su faceta como libertad política. Decir que el voto es a la vez libre y obligatorio es un contrasentido, dice Manuel Aragón, la libertad de sufragio es incompatible con la obligación de acudir a las urnas, lo que coloca al sufragio como una función al servicio de un fin¹⁸⁵.

La mayoría de las constituciones de Latinoamérica establecen el voto obligatorio lo que subraya su carácter como una función institucional. En Estados Unidos el ejercicio del sufragio se considera como un derecho universal no obstante que permanentemente ha sido reglamentado y acotado por las autoridades administrativas (que establecen requisitos para su ejercicio como pagar impuestos, saber leer y escribir o ser blanco) lo que ha impedido que sea realmente libre y equitativo. Esto ha motivado una vasta jurisprudencia e incluso enmiendas constitucionales destinadas a eliminar los obstáculos

¹⁸⁵ Aragón Reyes, Manuel. *Op cit.*, *supra* nota 116. p. 15-16

impuestos a la libertad política, a lograr una nueva configuración de los distritos o el reconocimiento del voto para la mujer¹⁸⁶.

6. Abstención. En todos los procesos electivos se presenta una abstención técnica que tiene motivos estructurales relacionados con la anomia de la sociedad y la incertidumbre del sistema. El porcentaje de no votantes o de «anulistas» en las elecciones es variable y depende de la coyuntura política. En las elecciones locales de la mayoría de los países democráticos se presenta una abstención mayor que puede llegar a ser del ochenta por ciento¹⁸⁷.

Una parte de la población se abstiene de sufragar porque carece de interés en los procesos políticos o porque considera que su participación no va a modificar los resultados. Este tipo de abstención es variable y en ella influyen factores como la edad, el sexo, el nivel de educación, el nivel de ingresos, la religión, etc.

Sin embargo que existe otro tipo de abstención que, como observa Manuel Aragón, debe ser protegida por la Constitución. En un régimen donde el «derecho político fundamental es el de votar»¹⁸⁸, según el *dictum* de Kelsen, se debe proteger tanto la libertad de votar como la de no votar. Si el sufragio es una libertad y no una obligación se debe proteger su ejercicio como su no ejercicio en tanto que derecho de conciencia de cada ciudadano que expresa su rechazo al sistema político y al sistema electoral, motivado por la convicción de la inutilidad del acto electivo para transformar un orden sociopolítico excluyente¹⁸⁹.

En este caso la abstención puede tomar la forma de un movimiento social o ciudadano que promueve la abstención activa o cualquier otra forma de participación inhibitoria o anulatoria, que se presenta a sí misma como un testimonio colectivo conciente del silencio frente al régimen, con la convicción

¹⁸⁶ Ver: Patiño Camarena, Javier. *Nuevo Derecho Electoral Mexicano 2006*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005. p. 77

¹⁸⁷ Los índices de abstencionismo en los países que se consideran prototipos de la democracia electoral como Alemania, España, Francia e Inglaterra están en el orden de 28% a 33%; mientras que en los países de voto obligatorio como Austria, Bélgica o Italia están entre 10% y 15%. En Estados Unidos en las elecciones presidenciales de 1996 se presentó un porcentaje de abstención mayor del 50% y en Suiza en 1995 alcanzó un 60%. En Latinoamérica destaca la abstención de 68% registrada en Guatemala en las elecciones de 1995. Alcubilla, Enrique Arnaldo "Abstencionismo". En Aa. Vv. *Diccionario Electoral*. México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, IFE, UNAM, 2003. 2 tomos. p. 2-3.

¹⁸⁸ Kelsen, Hans. *Op cit.*, *supra* nota 90. p. 103.

¹⁸⁹ Aragón Reyes, Manuel. *Op cit.*, *supra* nota 116. pp. 4-5.

de que un alto índice de abstención o anulación pueda poner en duda la legitimidad política del sistema electoral y del régimen político de el emanado.

No obstante, los regímenes democráticos funcionan regularmente aún con índices muy altos de abstención en virtud que la abstención se encuentra por fuera de la definición constitucional en la totalidad de los países considerados democráticos. Ningún país ha establecido umbrales mínimos de votación que permitan desvirtuar la certeza o la validez de un proceso electivo.

4.3.4. Elementos técnicos del derecho electoral

La configuración legal recae sobre un conjunto de instrumentos y técnicas legales que buscan asegurar que la ciudadanía exprese su elección conforme los principios democráticos.

1. Registro. La realización del censo es un elemento técnico que garantiza la equidad de los comicios y cuyos métodos deben ser precisados en la legislación. Para ello se requiere de instrumentos de revisión y auditoria del padrón por parte de los ciudadanos, los partidos y los candidatos. Durante muchos años en varios países de Latinoamérica las técnicas de inscripción electoral han ofrecido la posibilidad de manipular los procesos de inscripción y registro electoral de los ciudadanos y a través de ellos manipular el conjunto del proceso.

2. El distrito y la circunscripción. En la mayor parte de los países prevalece el voto territorial sobre cualquier otra forma de representación política¹⁹⁰. En este sentido los sistemas de adjudicación de distritos y circunscripciones territoriales requieren de la intervención de técnicas como la demografía y la estadística, que bien pueden ser usadas para asegurar la equidad general o bien para favorecer a un partido o fuerza social¹⁹¹.

La creación de distritos extensos o pequeños, pueden producir distorsiones en la representación política que violan la equidad del peso entre los votos de las regiones¹⁹². El tamaño de los distritos y las circunscripciones puede afectar la proporcionalidad de la representación esto permite desdibujar el principio de

¹⁹⁰ En los sistemas del *ius territoriali* participan todos los ciudadanos de un territorio, mientras que en los sistemas de *jus sanguini* participan sólo aquellos que acrediten la nacionalidad.

¹⁹¹ Nohlen, Dieter "Circunscripciones electorales". En: En Aa. Vv. *Diccionario Electoral*. México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, IFE, UNAM, 2003. 2 tomos. p. 168.

¹⁹² *Ibid.* p. 169

equidad frente a los criterios diferenciales que siempre permanecen indeterminados.

3. Las autoridades electorales. Su objeto es la organización y operación material del proceso electoral y asegurar que se realice conforme con los principios legales. Asimismo promover la participación mayoritaria de la población en los comicios para dar legitimidad a sus resultados.

Sin embargo no basta con organizar elecciones es necesario que éstas se celebren con apego a los principios constitucionales de legalidad, equidad, certeza, independencia, imparcialidad: que cada cabeza cuente un voto, que los votos se cuenten, que no se presenten acciones fraudulentas, que los partidos políticos respeten las reglas de la contienda, que los medios de comunicación respeten las limitaciones que impone la equidad, que se respete la libertad de expresión, que los gobiernos actúen con imparcialidad, etc.

Para garantizar estos principios, la legislación precisa las garantías para el ejercicio de la función electoral, los requisitos e impedimentos para ocupar cargos, el régimen de responsabilidad de los funcionarios, los procedimientos para llevar a cabo sus atribuciones, elementos que buscan revestir al cargo de una autoridad propia, independiente. Asimismo, en virtud de la incompatibilidad entre la función gubernativa y la electoral, en algunas constituciones se considera que la garantía de imparcialidad reside en que sean los ciudadanos, mediante una participación profesional de orden técnico, los que lleven a cabo las tareas electorales¹⁹³.

En algunos Estados de la Unión Americana la designación de los jueces encargados de la función electoral se realiza mediante elección popular. Por su parte la Constitución Bolivariana de Venezuela ordena la creación de cargos de poder ciudadano y vecinal, de carácter electivo, que cumplen funciones de autoridad electoral¹⁹⁴.

4. Proceso Electoral. La legislación precisa y sanciona los tiempos, términos y condiciones para la celebración del proceso electoral así como los de cada una de sus etapas; asimismo regula el papel de los actores políticos legitimados en

¹⁹³ Vargas Cullell, Jorge. "Calidad de la democracia". En Aa. Vv. *Diccionario Electoral*. México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, IFE, UNAM, 2003. 2 tomos. p. 168. p. 110-121.

¹⁹⁴ Molina, José E. "Cargos de elección". En: Aa. Vv. *Diccionario Electoral*. México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, IFE, UNAM, 2003. 2 tomos. p. 1255. p. 143.

el momento en que se designan los candidatos, en el que se realizan las campañas políticas, en el que se ejerce el voto hasta aquel en el que se configuran los resultados y se resuelven las controversias. En virtud de la existencia de un término perentorio de los cargos representativos el ejercicio de este conjunto de procedimientos técnico-jurídicos se encuentra sujeto a plazo improrrogable.

5. Las precampañas y la campaña electoral. Son reguladas por un conjunto de reglas particulares, que tratan sobre los tiempos para la postulación, selección y nombramiento de los candidatos; las prerrogativas de los candidatos; la prohibición a la intervención gubernativa en el proceso; las reglas de financiamiento público y privado; las limitaciones al gasto de los candidatos; las reglas de publicidad y acceso a los medios de comunicación; las reglas sobre publicidad y autenticidad de las encuestas¹⁹⁵. Un conjunto de disposiciones de orden técnico que buscan asegurar la equidad en la contienda y garantizar la publicidad.

6. La forma de los comicios. Otro aspecto técnico que se determina desde la legislación es la forma como se vota. Existen diversos métodos de votación, el más común y sencillo de ellos es la votación por boleta; en este método se entrega al sufragante una boleta que recoge las distintas opciones, el sufragante selecciona la de su preferencia con una marca y deposita el documento en una urna. Este método garantiza la libertad y secreto del sufragio emitido.

Existen modalidades diversas en la selección o en la forma de determinar la opción predilecta, que afectan la secrecía. En el caso de España el votante deposita un sobre con las listas de candidatos de su preferencia, de modo que la elección se realiza en el momento de solicitar el sufragio. Este método obliga a dar publicidad al voto pero permite dar mayor confiabilidad y elimina errores del conteo.

¹⁹⁵ Las encuestas pueden tener efectos muy nocivos sobre la opinión pública. Es por eso que en Francia y en España existe una regulación que incluye un órgano de control técnico de encuestas y sondeos. Ecuador prohíbe encuestas 30 días antes de las elecciones; Paraguay y Perú las prohíben 15 días antes de la elección. Ver: Durán Barba, Jaime. "Encuestas electorales". En: En Aa. Vv. *Diccionario Electoral*. México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, IFE, UNAM, 2003. 2 tomos. p. 485. Ver también: Guillermo y Guedan, Moguel (eds.) *Democracia e instituciones en América Latina*. Madrid, Editorial Dykinson, 2005.

La votación automática, sustituye a la papeleta y al sobre electoral por la activación manual de un botón de un dispositivo electrónico que registra la selección. Los métodos electrónicos presuponen el conocimiento instantáneo y preciso del resultado final al cierre de la votación, así como la desaparición del voto nulo y el escrutinio, lo que favorecería la realización de elecciones simultáneas y de consultas populares¹⁹⁶.

Los promotores de la votación electrónica aseguran que es posible establecer controles que garanticen el anonimato y la privacidad del votante así como la seguridad y verificabilidad del sistema. Sin embargo los opositores subrayan la dificultad para garantizar la identificación del ciudadano y la secrecía del voto y cuestionan que la especialización técnica hace vulnerable al sistema a la introducción de algoritmos para la manipulación de los resultados.

7. Resultados Preliminares. Las técnicas de informática y muestreo son aplicadas en los procesos electorales de las sociedades de masas contemporáneas para proporcionar resultados relativamente confiables en un plazo inmediato. Las legislaciones de la mayoría de los países prevén la realización de un proceso de conteo automatizado de los votos a través de un modelo sofisticado de muestreo, que en el término de unas cuantas horas permite prever los resultados finales (si existen márgenes para ello) e informar a la población de los mismos.

Diversos autores, motivados por las experiencias recientes en el Estado de Florida en 2000 y en México en 2006, han subrayado la posibilidad de que en las sociedades contemporáneas dominadas por la comunicación de masas se pueda realizar una manipulación política de los resultados premilitares mediante algoritmos, como técnicas de control del poder político que generan enorme desconfianza en los procedimientos democráticos y deslegitiman el proceso en su conjunto.

¹⁹⁶ Estados Unidos es uno de los países con mayor experiencia en *e-voto* y en la elaboración de una reglamentación al respecto. En ese país en el 2000 solamente el 1,6% de los electores utilizó boletas electorales, el 9,1% votó mediante el registro electrónico directo; el 27,3% usó lectores ópticos; el 18,6%, máquinas con palancas de votar y el 34,3%, tarjetas perforadas. En los años setenta el gobierno federal creó una Comisión Electoral formada por expertos encargados de emitir los criterios para implementar los dispositivos electrónicos y elaborar un marco general para que Estados y Municipios puedan hacer uso de ellos. El sistema electoral norteamericano ha sido fuertemente criticado debido a su alto grado de incertidumbre, sin embargo la causa de los problemas de recuento en los estados de Florida en el año 2000 y en Utah en el 2004, no se originó en los sistemas electrónicos de votación y conteo electoral sino en el uso de sistemas mecánico-electrónicos como las tarjetas perforadas. Ver: "Voto Electrónico". En la enciclopedia electrónica open source Wikipedia. Consultado en http://es.wikipedia.org/wiki/Voto_electrónico, consultada el 29 de agosto de 2008.

8. Escrutinio. La legislación electoral también precisa los procedimientos necesarios para llegar hasta los resultados electorales. Para ello no basta con la cuantificación de los votos sino que es necesario hacer una valoración jurídico-política del proceso que le den a éste la legalidad y legitimidad necesarias para poder tener un efecto vinculante. El concepto de cómputo es más limitado que el de escrutinio, que se realiza en tres etapas, cada una de las cuales tiene sus propios medios de fiscalización y control por las partes legitimadas (que son los partidos políticos y los candidatos).

La etapa preliminar se realiza con el conteo en las mesas, los escrutinios en el distrito y los resultados definitivos en la circunscripción; la etapa intermedia es un periodo de impugnación de las irregularidades y la última etapa, que corresponde al órgano electoral supremo, consiste en la calificación del proceso y la determinación de los resultados finales¹⁹⁷.

Al igual que los modelos de fiscalización y auditoria, existen diversos modelos de escrutinio, cuya confiabilidad reside en la mayor o menor auditoria de los procedimientos. No obstante mientras más complejos los sistemas, son más susceptibles de ser falseados los resultados. Se dice que quien escruta, elige, de modo que la oposición puede ganar las elecciones pero los escrutinios los gana el gobierno¹⁹⁸.

En este aspecto, el papel de los órganos jurisdiccionales en la solución de controversias y la calificación de los procesos es un elemento central para el control y la legitimación de la democracia representativa. La jurisprudencia electoral requiere ahondar en la definición del concepto de nulidad y del momento en que las irregularidades en el proceso dejan de ser problemas cuantitativos y se convierten en problemas cualitativos.

9. Delitos electorales. La determinación de las conductas que constituyen delitos electorales sanciona las prácticas que pretenden distorsionar los resultados de la elección y atentan contra los principios constitucionales del proceso político. Las penas buscan evitar el fraude en alguna de las etapas del

¹⁹⁷ Franco Cuervo, Beatriz. "Escrutinios". En: En Aa. Vv. *Diccionario Electoral*. México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, IFE, UNAM, 2003. 2 tomos. pp. 502-503.

¹⁹⁸ *Ibid.* p. 501.

proceso y garantizar condiciones de publicidad y equidad de los contendientes¹⁹⁹.

4.3.5. El sistema proporcional y la ingeniería electoral como componentes de la definición constitucional del Estado democrático

Platón y Aristóteles advirtieron que no había razones para pensar que la decisión de la mayoría era la más adecuada o la más conveniente y que por el contrario podía ser la más inapropiada para la comunidad²⁰⁰. En el siglo diecinueve Tocqueville y Stuart Mill también pensaban que el ideal igualitario de la democracia quedaba desvirtuado cuando la *polis* se sometía a la tiranía aritmética de la mayoría. La política democrática reducida a su expresión numérica pura implicaba una «aplicación no proporcionada de la igualdad».

Estos autores también observaron que el modelo mayoritario sería inviable si el Estado no garantizaba un campo de libertad para la acción y la expresión de las minorías, que les otorgara un *quantum* de protección de sus libertades e intereses y que asegurara las condiciones de equidad y publicidad necesarias para que tuvieran oportunidad de convertirse en mayorías²⁰¹.

En los primeros años del siglo veinte los países europeos (con excepción de Inglaterra que hasta hoy mantiene un régimen mayoritario) introdujeron en sus constituciones nuevos procedimientos para la integración de los cuerpos representativos encargados de crear las leyes para que estos reflejaran con mayor fidelidad el conjunto de intereses sociales y preferencias expresadas en los comicios. En estos países se aplicaron reglas de distribución proporcional para la integración del cuerpo legislativo, que otorgaban escaños a los candidatos de los partidos que hubieran obtenido una votación relevante²⁰². En los países de régimen presidencial, con excepción de los Estados Unidos, junto con la elección de los cargos gubernativos por mayoría, también se adoptaron reglas para la integración proporcional del cuerpo legislativo²⁰³.

¹⁹⁹ Planas Silva, Pedro. "Fraude electoral". En: En Aa. Vv. *Diccionario Electoral*. México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, IFE, UNAM, 2003. 2 tomos. pp. p. 629-639

²⁰⁰ "El principio de mayorías es un método bueno decidir, pero puede ser pésimo para elegir". Cfr. Bovero, Michellangelo. *Op cit.*, *supra* nota 26. p. 66.

²⁰¹ Sartori, Giovanni. *Teorías de la democracia. 1. El debate contemporáneo*. Madrid, Alianza Universidad, 1988. p. 17.

²⁰² Sartori, Giovanni. *Teoría de la democracia 2. Los problemas clásicos*. Madrid, Alianza Editorial, 2000. p. 415.

²⁰³ Cfr. Duverger, Maurice. *Op cit.*, *supra* nota 54. p. 38.

El principio de proporcionalidad, de acuerdo con Dieter Nohlen, es la expresión de la pluralidad del régimen representativo, en tanto que afirma una base pluripartidista del pacto político. La proporcionalidad introdujo una interpretación normativa del régimen que busca que la calidad de la representación se erija como un componente democrático del sistema para asegurar una representación política que mejor corresponda con la diversidad de intereses de la sociedad. La proporcionalidad se vincula a la legitimidad del régimen como un criterio de correspondencia entre votación y representación²⁰⁴.

Sin embargo, los objetivos explícitos del modelo proporcional no han sido conseguidos aún a cabalidad. La experiencia muestra que los sistemas político-electorales de todo el mundo sobre-representan al partido ganador y sub-representan al perdedor; asimismo que los partidos con más votos tienen proporcionalmente más recursos y están en mejores condiciones de competencia que los que obtienen menos votos. Prevalece el principio de mayoría que busca un gobierno fuerte, sobre el de proporcionalidad que tiende a fortalecer la pluralidad política y la equidad de la competencia.

Elementos del modelo de representación proporcional

A. ***La fórmula electoral***. Componente de la definición constitucional que recae en el procedimiento por el cual los votos son convertidos en escaños conforme las variables territorial y demográfica. Su definición forma parte de una disciplina denominada ingeniería electoral, que integra un conjunto de saberes sobre las reglas del juego que vinculan el proceso electoral con la representación y que abarca aspectos como la división del territorio en circunscripciones, la fórmula de presentación de la candidatura, el procedimiento de asignación de bancas y de mayorías, los límites de representación, etc.²⁰⁵.

Las diferentes fórmulas electorales en la democracia liberal se distinguen como técnicas por su diferente capacidad para representar la pluralidad de fuerza políticas lo que permite que la composición de algunos órganos deliberativos refleje con mayor fidelidad los resultados de la votación popular

²⁰⁴ Nohlen, Dieter. "Sistemas electorales". En: Aa. Vv. *Diccionario Electoral*. México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, IFE, UNAM, 2003. 2 tomos. p. 1161.

²⁰⁵ *Ibid.* p. 1158.

que en otros. En este sentido, como veremos, se distinguen también por las diferentes capacidades que otorgan a los electores para expresar sus preferencia e influir directamente en la composición del cuerpo legislativo.

La fórmula de mayoría relativa es el método usado para la designación de los cargos gubernativos, aunque en algunos países todavía se usa para designar al cuerpo legislativo. Su mecánica es simple, otorga el mandato al candidato que haya obtenido el mayor número de votos aunque no tenga la mayoría absoluta. En el caso de los cuerpos legislativos este método produce resultados que permiten una composición desigual, que subrepresenta a las opciones no mayoritarias y produce el fenómeno conocido como la *ley del cubo*, donde el partido vencedor siempre tendrá un porcentaje de escaños mayor que el porcentaje de votos obtenidos.

Para corregirlo se ha introducido el sistema de proporcional que incluye un Cociente Electoral para la distribución de los escaños; el más utilizado de estos **cocientes es el conocido como «fórmula D'hont»**, que consiste en una función matemática de repartición que resulta de dividir la votación nacional entre el número de escaños por designar y la determinación del resto mayor, datos con base en los que se designan el número de escaños que le corresponden a cada partido con respecto de la votación que obtuvo en una circunscripción o a nivel nacional.

El hecho de que este cociente favoreciera a los partidos con cuentan tradicionalmente con mayor votación impulsó la confección de fórmulas destinadas a corregir los niveles de desviación de las fórmulas políticas con menor votación. Entre ellas están: 1. La «fórmula Haggbach-Bishof», donde la primera repartición se realiza mediante un cociente rectificado que resulta de multiplicar por dos el cociente natural y el resto se reparte mediante cociente natural y resto mayor. 2. La «fórmula Saint-Lague», que también utiliza un cociente rectificado para mejorar la representación de minorías. 3. La «fórmula Droop», que utiliza un cociente imperial que resulta de dividir la votación del partido entre la votación nacional y que expresa el porcentaje de escaños que corresponden a cada partido²⁰⁶.

²⁰⁶ Este método fue usado en los países de Europa oriental. La reforma político electoral en los países constituyó una reacción contra el principio de mayoría soviética, lo que se ha traducido en una fragmentación extrema de las fuerzas políticas y en desproporción de votos y diputados. Nohlen, Dieter. *Sistemas electorales en Europa del Este*. México, Ensayos Num. 3, Instituto Federal Electoral, 1997.

B. La forma de selección. Vinculada con la fórmula electoral se encuentra la forma de selección de los representantes, la forma como son presentados los candidatos mediante la cual el elector expresa su preferencia o se adhiere a una propuesta, aspecto que muchas veces está configurado legalmente. En el sistema parlamentario, por ejemplo, los representantes se designan a partir de listas de partido; en el régimen presidencialista, en cambio, las elecciones se centran en la selección de candidatos de partido.

Cualquiera de las formas de selección concentra en los partidos la capacidad previa de designación de los candidatos en las listas, lo que agrava las deficiencias del sistema representativo. No obstante, dentro del campo de la democracia liberal las formas de selección de algunos países otorgan mayor capacidad a los ciudadanos para poder realizar su selección que otras.

De acuerdo con la forma de selección, la teoría distingue entre voto nominal, (un voto por elector), voto binominal (dos votos por elector) y voto ordinal o preferencial, que recoge los votos de una lista que puede ser cerrada o abierta. En los sistemas parlamentarios, la mayoría de las candidaturas por lista son cerradas, esto quiere decir que el voto se otorga a todos los candidatos enlistados en el orden que el partido votado los postuló. Los casos de lista abierta son excepcionales, el método «Hare», por ejemplo, permite que el elector ordene libremente sus preferencias de entre los candidatos de una lista, lo cual restringe el margen de intervención de los partidos políticos en la designación de los representantes y éstos cuentan no sólo con el respaldo de su partido sino de los electores que los *seleccionaron*.

Existen ciertos sistemas que se destacan por su capacidad de producir significados democráticos. Alemania, por ejemplo, tiene el mismo número de representantes de mayoría relativa que de representación proporcional; el sistema otorga dos votos, uno uninominal mayoritario para un candidato que se selecciona de las listas de partidos, y otro de representación proporcional para una lista partidaria cerrada en una circunscripción nacional. Este modelo permite que la proporción de votos se aproxime a la proporción de escaños obtenidos, no obstante excluye a los partidos con un umbral de voto inferior al cinco por ciento de votos²⁰⁷.

²⁰⁷ Japón tiene un sistema de lista abierta como el alemán, en este régimen son declarados vencedores a nivel nacional todos los candidatos cuya votación esté por encima del 25% de la votación nacional válida. Ver: Nohlen, Dieter. "El sistema

En Australia, por su parte, la elección de los miembros de la Cámara de Representantes ofrece al elector un voto preferencial. Se otorgan dos votos a cada ciudadano que le permiten seleccionar libremente dos candidatos de las listas de partido. El cargo se otorga a los candidatos que hayan obtenido un umbral de votación en una serie de recuentos sucesivos. Los votos de los candidatos vencedores y los de los que no obtuvieron el margen de votación requerido ceden sus segundas preferencias a los demás candidatos, que acumulan la votación de la primera y segunda preferencias para llegar al umbral. Los candidatos que no logran el umbral de votación se descartan y reparten sus votos de segunda preferencia. Así se sigue el recuento hasta completar la mayoría²⁰⁸.

En Francia, desde 1958 se estableció un sistema de doble vuelta electoral (*ballotage*) que busca que los representantes cuenten con el respaldo de una mayoría absoluta de sus electores. Las elecciones se realizan mediante circunscripciones en las que el candidato debe obtener más de la mitad de los votos para ser designado. Si ninguno de los contendientes lo consigue se realiza una segunda vuelta en la que participan los candidatos que obtuvieron más del diez por ciento de los votos. Con ello se evitan los partidos pequeños, al obligarlos a formar coaliciones y efectuar acuerdos, algo importante en un régimen semi-presidencial como el francés donde no existen otros estímulos para los acuerdos partidarios. Este sistema tiende a conformar dos bloques políticos opuestos.

En países como Australia o en Francia, donde el sistema electoral da al elector la oportunidad de seleccionar una segunda opción, el ciudadano al votar realiza un cálculo que le permite sufragar en su primera oportunidad conforme con sus preferencias ideológicas y en la segunda de acuerdo con un cálculo de conveniencia política.

En Latinoamérica las limitaciones del sistema representativo han favorecido que el poder político se mantenga en manos de las oligarquías vinculadas a los partidos mayoritarios. Las reformas institucionales instauradas en las dos

electoral alemán". En: Aa. Vv. *Diccionario Electoral*. México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, IFE, UNAM, 2003. 2 tomos. Pp. 1147-1149.

²⁰⁸ Irlanda también cuenta con un sistema de voto preferencial que permite seleccionar el orden de preferencia de los candidatos. Fernández Sesgado, Francisco. "Voto". En: Aa. Vv. *Diccionario Electoral*. México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, IFE, UNAM, 2003. 2 tomos. p. 1255. Ver también: Valdés Zurita, Leonardo. *Sistemas electorales y de partidos*. México, Cuadernos de Divulgación Democrática, IFE. Num. 7. p. 28.

últimas décadas en los países de Sudamérica han buscado dotar de mayor legitimidad al sistema mediante la integración de procedimientos de democracia participativa, como veremos después, así como mediante transformaciones técnico-jurídicas de los procesos electivos, separadas de sus aspectos normativos y reducidas a una pura *techné*.

La gran mayoría de los regímenes latinoamericano comparten la fórmula electoral de sistema mixto, donde una parte de los representantes son designados de manera uninominal y la otra mediante una fórmula proporcional, que dadas las condiciones histórico-políticas de la región, produce un sistema presidencial con un cuerpo legislativo proporcional, régimen que para muchos autores conduce a la parálisis institucional y a la confrontación entre los poderes públicos²⁰⁹.

En términos de su importancia como técnica electoral, las reglas de juego institucional que acabamos de revisar en los países de la región cada vez más se encuentran previstas desde la Constitución. Sin embargo no existe uniformidad en su adopción o criterios consistentes que permitan configurar una identidad técnico-electoral latinoamericana. La dispersión de los saberes es la nota distintiva de los regímenes políticos de la región de modo que los rasgos singulares son la nota que los separa²¹⁰.

4.3.6. Las técnicas electorales en el Estado democrático liberal.

Kropotkin decía que la burguesía había dejado de combatir furiosamente al sufragio universal después de la Revolución de 1848 en Francia, cuando se demostró que el voto en manos del pueblo no era en realidad un arma contra

²⁰⁹ Sannin Fonnegra, Javier. "Formas de Gobierno". En: Aa. Vv. *Diccionario Electoral*. México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, IFE, UNAM, 2003. 2 tomos. pp. 611-613.

²¹⁰ Algunos de esas singularidades son: 1. En los países donde habita una mayor proporción de población indígena, como Perú, Bolivia, México y Guatemala, todavía se presentan enormes sesgos en los censos electorales. 2. En la historia de muchos países Latinoamérica, el Ejército ha jugado un papel importante para mantener la dominación de las oligarquías; en varias ocasiones las fuerzas armadas han tomado el poder político por la fuerza para soportar esa dominación. En Honduras el Ejército conserva atribuciones especiales de sanción en el régimen, por esta razón en ese país, así como en Perú y Paraguay los miembros activos de las fuerzas armadas no tienen derecho a votar ni a ser electos. 3. En Honduras y Colombia, donde el sufragio es obligatorio, se prevén estímulos para su ejercicio: descuentos en gastos educativos, rebajas en trámites administrativos, puntos de carrera civil. 4. Argentina cuenta con un sistema de doble vuelta para la elección presidencial, para ser designado se requiere el 45% de los votos válidos o más del 40% si el vencedor tiene 10% de diferencia sobre la segunda fuerza. 5. En Chile opera un sistema mayoritario binominal, instaurado durante el régimen de Pinochet que se mantiene debido a su eficacia. En él se presentan dos listas abiertas de partido, el elector emite dos votos por los candidatos de su preferencia. Este modelo obliga a la formación de bloques y favorece la formación de una elite que reparte las candidaturas. 6. Destaca la votación mediante listas abiertas en las Constituciones de Ecuador y Bolivia; en Ecuador el elector tiene tantos votos como escaños a elegir, lo que le permite una participación directa en la selección de los representantes. Ver: Guillermo y Guedan, Moguel (eds.) *Democracia e instituciones en América Latina*. Madrid, Editorial Dykinson, 2005.

los privilegios de las minorías sino un procedimiento que permitía reconducir a las multitudes hacia un gobierno representativo mediante un esquema plebiscitario que permitía integrar el disenso, controlar los conflictos y asegurar la dominación.

Cuando las escuelas jurídicas positivas querían encontrar un principio de regularidad en la vida política, el llamado «sufragio público y universal» surgió como un medio para lograr orden y estabilidad. La utilización del sufragio como un instrumento político permitió que su justificación se deslizara, como lo demuestra Rosenvallón, desde la teoría de la voluntad popular hacia a una retórica de la conservación social, que revelaba que su «justificación última» residía en la «clausura del campo político que lo precede», la expresión de la legitimación de un hecho consumado²¹¹.

En este sentido coincido con la definición de Jean Dabin del voto, en el sentido de que este no es otra cosa que un «consentimiento consuetudinario [...] **tácito ex post facto** por aquiescencia de un régimen o del titular de un cargo que ya habían sido acordados desde un principio». La legitimidad de las técnicas electorales residirían en la costumbre, el hábito o algún otro medio de normalización o regularización que proporcionaron²¹², parafraseando a Pierre Leroux, la base empírica sobre la cual se logró la separación entre el mundo real y el mundo legal en la que se apoyan todos los despotismos representativos²¹³.

En este sentido la definición de los procesos e instrumentos electorales admite un sentido interno que las concibe como técnicas de poder que pueden ser manipuladas políticamente con el fin de conseguir una votación estratégica. Como tales serían valorados no de acuerdo con su capacidad expresiva sino por su capacidad de producir los resultados deseados. Este sentido las formulaciones electorales nulifican la calidad democrática del juego político y permiten que emerjan a la luz las contradicciones entre el país legal y el país real²¹⁴.

²¹¹ Rosenvallón, Pierre. *Op cit.*, *supra* nota 32. p. 310.

²¹² Dabin, Jean. *Op cit.*, *supra* nota 66. p. 177.

²¹³ Leroux, Pierre "Election". Citado en: Rosenvallón, Pierre. *Op cit.*, *supra* nota 32. p. 225.

²¹⁴ Bovero, Michellangelo. *Op cit.*, *supra* nota 26. p. 63.

Maurice Duverger había observado que el funcionamiento de los sistemas electorales contemporáneos es un elemento que los votantes toman en cuenta para tomar sus decisiones, de modo que el método de selección y la fórmula electoral tienen un efecto psicológico sobre el ciudadano que dan como resultado un voto estratégico que para él es un componente democrático. El comportamiento del electorado estaría gobernado menos por los principios de identidad política o ideológica aun que sí por el cálculo de las posibilidades de éxito o fracaso de los contendientes, el elector apoyaría a los candidatos que cuentan con oportunidades de ganar en vez de a aquellos con los que tiene afinidades.

Según Duverger esto permitiría al ciudadano, no sólo optimizar el ejercicio del voto sino a la larga decidir el número de partidos existentes²¹⁵. Con base en este supuesto se han establecido correlaciones entre sistemas electorales y sistemas de partidos, de modo que el sistema de mayoría relativa produciría un régimen bipartidista; los sistemas de segunda vuelta generarían regímenes pluripartidistas con partidos abiertos a la negociación, mientras que los sistemas de representación proporcional dan lugar a regímenes de partidos cerrados a la negociación²¹⁶.

Es cierto que los electores no actúan igual en un sistema mayoritario que en uno proporcional o en la primera que en la segunda vuelta, opciones donde los votantes pueden producir resultados convenientes²¹⁷. Sin embargo, aunque estas formulaciones tienen fuertes bases empíricas no son del todo ciertas, como cuestiona Dieter Nohlen, ya que las fórmulas electorales son resultado de la existencia de los partidos y no su causa, de modo que las relaciones entre los partidos políticos y las técnicas electorales deben ser interpretadas en el contexto sociopolítico que se producen.

El efecto de la generalización de las técnicas electorales de las técnicas electorales no sería beneficioso, como supone Duverger, sino que implicaría una pérdida de sentido interno de los procesos electorales en los que se ha borrado la distinción entre las causas y los efectos de una «votación

²¹⁵ Valdés Zurita, Leonardo. *Op cit.*, supra nota 150. p.33. Ver también: Duverger, Maurice. *Instituciones políticas y derecho constitucional*. Barcelona, Ariel, 1996.

²¹⁶ Nohlen, Dieter. *Op cit.*, supra nota 146. p. 1159. Ver también: Nohlen, Dieter. "El sistema de partidos". En: Aa. Vv. *Diccionario Electoral*. México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, IFE, UNAM, 2003. 2 tomos. p. 1151-1154.

²¹⁷ Rial, Juan. "Las leyes sociológicas de Maurice Duverger". En: En: Aa. Vv. *Diccionario Electoral*. México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, IFE, UNAM, 2003. 2 tomos. pp. 790-798.

estratégica». La introducción de encuestas en los procesos electorales contemporáneo, por ejemplo, lleva implícita esta tónica de manipulación del voto estratégico mediante una *techne* que produce la generalización de los micro-plebiscitos (la llamada «democracia de las encuestas») dirigida a sustituir los procedimientos político-institucionales por las nociones y apreciaciones inducidas desde los medios de comunicación²¹⁸.

Como técnica de poder, el perfeccionamiento de los procedimientos electorales le dio al sistema democrático representativo la autonomía necesaria para su asegurar funcionamiento así como para suprimir la acción política directa de la ciudadanía, que fue reconducida hacia el campo formal del derecho (como técnica de representación) y en particular hacia la atribución electiva, como medio a través del cual el ciudadano realiza un juicio de ponderación entre alternativas previas.

La falacia electoralista consiste en la falsa presunción de que el sufragio es un medio universal de acción política de la sociedad civil que permite al ciudadano intervenir en el sistema conforme con el principio de autodeterminación, cuando en la realidad el ciudadano no puede influir en el contenido de las opciones que se le presentan ni en la forma de su presentación, definiciones que son resultado como lo reconoce Bovero con perspicacia analítica, de una cadena de decisiones correctas «tomadas en el periodo político precedente sobre las decisiones que serán tomadas en el periodo sucesivo»²¹⁹.

El electorado tampoco tiene capacidad para deshacerse de los procedimientos de formulación de preguntas, con ello la voluntad popular, como lo reconoce Leonardo Valdés, queda «reducida a una dimensión contingente»²²⁰ escondida detrás de la formula y las técnicas del sistema. En este sentido no hay nada activo en el sufragio individual. La votación popular expresa un juicio «que se reduce a decir si o no», cuando lo realmente importante del sistema político no es la elección del representante, sino el derecho a decidir las preguntas y las técnicas de formulación.

²¹⁸ Bovero, Michellangelo *Op cit.*, *supra* nota 26. p. 43.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 61.

²²⁰ Valdés Zurita, Leonardo. *Op cit.*, *supra* nota 150. p. 41.

La llamada «interfase eleccionaria» es una interfase heterónoma que una vez que ha traducido los votos en escaños desvirtúa el proceso electivo y privilegia los intereses políticos de las clases dominantes. Un dispositivo que, de acuerdo con Ezequiel Adamovski, «canaliza la energía política de la sociedad con el objetivo de impedir su auto-determinación». No sólo para asegurar la exclusión de la sociedad civil y los ciudadanos de los ámbitos formales de decisión sino para asegurar formalmente la obediencia a las decisiones estatales²²¹.

Es cierto que la valoración de los procesos de elección democráticos, como dice Dieter Nohlen, no puede mantenerse aislada del contexto sociopolítico en el que están inscritos. Pero en estas condiciones también es necesaria la crítica de las formulaciones y procesos de la teoría democrática, para demostrar que estos procesos están gobernadas por un conjunto de técnicas jurídico-electorales bajo la lógica de la clausura del Estado como campo de la «no-política».

En este sentido, no puede perderse de vista que el ejercicio y la utilización de los procedimientos y técnicas electorales no es exclusivamente un problema lógico-formal sino que es ante todo un problema de poder²²², y que por lo tanto su manipulación técnica constituye un peligro que atenta contra la autenticidad de los procesos políticos y debilita al régimen en su conjunto. Sobre es inevitable la referencia a las innumerables sospechas de fraude ocurridas en los procesos electorales federales de 2006 en México, sospechas que hablan de la posibilidad latente de que los instrumentos electorales sean usados como técnicas para falsificar los resultados de los comicios.

²²¹ Adamovsky, Ezequiel. "Problemas de la política autónoma: el pasaje de lo social a lo político", En: <http://argentina.indymedia.org/news/2006/03/382729.php> consultado el 10 de abril de 2008.

²²² Nohlen, Dieter. *Op cit.*, *supra* nota 146. p. 1173 -1175.

CAPÍTULO QUINTO

LOS ELEMENTOS REFLEXIVOS DE LA DEMOCRACIA INSTANCIAS DE AUTOCORRECCIÓN INTERNA Y VINCULACIÓN CON LA EXPERIENCIA SOCIAL

Este trabajo concluye con el análisis de los aspectos reflexivos del sistema que requieren ser incluidos en el modelo la democracia liberal para favorecer la autocorrección de los extremos representativos del sistema. No todas las definiciones internas pueden ser adoptadas por métodos electivos y representativos; no podemos creer ciegamente que las condiciones de formación discursiva de la voluntad de la mayoría política, que hace las veces de voluntad común, están realmente gobernadas por los principios de autoentendimiento e intersubjetividad.

Por el contrario, como hemos visto, los procesos representativos y electivos son procesos de compromiso gobernados por los intereses de los grupos más poderosos, de modo que su representación jurídica es una forma ficcional de la autodeterminación insuficiente para garantizar los derechos fundamentales.

El sistema democrático requiere incorporar en el modelo de representación política diversos niveles de control y auto regulación que permitan a los ciudadanos poner límites a los actos de los representantes populares en el ejercicio de su cargo, tanto a los cargos del Poder Ejecutivo como los del Poder Legislativo, con base en las demarcaciones normativas del Estado de derecho y los valores internos del modelo constitucional de soberanía democrática.

Los niveles de control interno del sistema que aquí se analizan tienen naturaleza diversa, el primero, la jurisdicción, fue incorporado como condición interna del modelo de soberanía política liberal frente a los regímenes absolutistas, como un procedimiento autónomo fundamental para la garantía de los principios y valores del régimen político y en particular de los derechos humanos.

La jurisdicción, concebida como una práctica necesaria para la legitimación de los contenidos normativos de los procesos políticos en el Estado contemporáneo y como parte del sistema de control del Estado de derecho, otorga, en teoría, al ciudadano la oportunidad de acceder ante un órgano judicial del Estado a demandar la protección de la justicia, no solo contra los actos lesivos de un particular sino también contra los actos ilícitos o extra legales de una autoridad. En este caso la jurisdicción mantendría abiertas las puertas del sistema al ciudadano, como medio discursivo para vincular argumentativamente a la norma con la práctica concreta.

El segundo tipo de práctica interna autoreflexiva para el control del sistema que se revisan tiene un origen democrático, su ejercicio jurídico-político no tiene más de un siglo. Consiste en la institución de procedimientos de participación directa de la ciudadanía en la definición de las decisiones públicas, a través de mecanismos que otorgan a los ciudadanos la última palabra sobre los significados y los términos de las decisiones de la vida pública. Estas prácticas servirían como un puente para vincular Estado y sociedad mediante procedimientos de formación, refrendo o derogación de la norma legislada, así como de revocación y control de los representantes populares, que para muchos autores constituyen complementos necesarios del régimen de representación democrática en virtud de las deficiencias del modelo

Muchos autores de la vertiente normativa de la teoría jurídica consideran indispensable el reforzamiento de los elementos reflexivos del sistema a cargo de los ciudadanos, como medio de vinculación con una práctica de origen «no estatal», para lograr la autocorrección y el fortalecimiento del modelo constitucional de democracia liberal, especialmente en lo que se refiere a los dos elementos reflexivos que se han mencionado porque en ellos recae la

garantía de que la voluntad representativa mayoritaria no va a suplantar y desvirtuar la noción de bien común configurada constitucionalmente en los regímenes democráticos.

En este sentido se considera a la jurisdicción como el espacio en el que recae la garantía de los derechos fundamentales y de la equidad de su ejercicio, incluidos entre ellos los derechos políticos; los instrumentos participativos por su parte, al agregar los intereses y opiniones de los distintos sectores de la sociedad, son considerados como elementos que favorecen una mayor vinculación de la libertad política con los contenidos de la norma democrática. Se considera que sin estos elementos el régimen político democrático carecería de elementos para poder relacionar la validez de la norma con su efectividad y con la obediencia de la sociedad.

El análisis que se realiza de estos elementos busca caracterizarlos como instrumentos de vinculación normativa de la soberanía nacional, pero también busca poner al descubierto las limitaciones y exclusiones de su ejercicio dentro del contexto normativo liberal, que funcionan como factores determinantes para permitir que se desvirtúen los fundamentos normativos de la democracia. En este sentido se presenta una somera investigación del papel que tienen en algunos de los principales países de la democracia liberal, y especialmente en el contexto Latinoamericano, que permite valorar sus alcances como elementos de autocorrección internos.

Este autor ha preferido no abordar las formas de autocontrol institucional del sistema, relacionados con la noción de «*Checks and balances*» del constitucionalismo norteamericano, como son los controles intraorgánicos y los controles interorgánicos, característicos del modelo de Estado democrático-liberal, en el que la soberanía se ejerce como una forma de «poder compartido» entre órganos del Estado, que tienen funciones diferenciadas y cuyo ejercicio se erige como un muro contra el abuso de poder de los demás órganos del Estado. Es cierto que este rasgo es fundamental para la conformación del Estado de derecho, sin embargo se ha omitido su estudio en virtud de que es el tema de investigación del otro trabajo del autor de estas líneas y ahí se dedican muchas páginas al estudio de la dimensión orgánica de la democracia.

La carencia de un análisis del papel de la sociedad en los procesos reflexivos del sistema en el nivel institucional busca también inclinar la reflexión de este capítulo hacia el nivel de la sociedad civil y la ciudadanía, como campos en los que se situarían realmente los procesos de control y perfeccionamiento del sistema representativo. En este sentido en la última parte de este capítulo se abordan los linderos que separan al Estado como una entidad normativa y auto-reflexiva localizados en el nivel de la legitimación de los procedimientos de participación política de la sociedad civil, como hecho político singular y los significados que produce en el orden de las relaciones sociales y políticas.

En este caso, el análisis del hecho jurídico-político se centra en la desobediencia civil, la rebelión y el derecho de resistencia, fenómenos políticos del régimen democrático contemporáneo que son considerados aquí como atribuciones originarias de la sociedad civil, mediante las cuales el sistema se encuentra en condiciones de actuar de manera auto-reflexiva. Los grupos de la sociedad civil y los ciudadanos, como escenario político en el que se producen las interacciones discursivas que discurren hacia una voluntad general, tendrían siempre en sus manos la capacidad de determinar de manera autónoma, de acuerdo con la libertad de conciencia de cada ciudadano, cuáles deben ser los significados de la norma como valor moral.

El estudio de los temas de frontera entre la acción institucional y el hecho político singular nos permitirá conocer los distintos rasgos reflexivos del modelo de Estado de derecho democrático constitucional que lo vinculan discursivamente con los procesos sociales, como medios que permiten una legitimación democrática del sistema que en ocasiones le permiten reabsorber los significados de la práctica social y reorientar la cultura civil y política.

En este sentido, en este capítulo, a diferencia del anterior en el que el análisis se orientó hacia la crítica de los elementos constitutivos del modelo de democracia liberal y la interpretación de sus silencios, en este caso el análisis pone mayor énfasis en los aspectos normativos; de modo que la hermenéutica de los procesos reflexivos del sistema nos guiará para estudiar los fundamentos en los que reside en última instancia la legitimidad del régimen democrático liberal, la validez de la norma como base de su efectividad y

obediencia y la capacidad del régimen liberal contemporáneo para poder sobrevivir.

5.1. LA JURISDICCIÓN, VALIDACIÓN ARGUMENTATIVA DE LA NORMA Y LA AUTORIDAD DEMOCRÁTICAS EN EL CASO CONCRETO.

La jurisdicción forma parte integral del régimen liberal como la garantía fundamental del Estado de derecho. El sistema liberal postula la existencia de espacios autónomos de deliberación y argumentación especializados donde los ciudadanos pueden concurrir para resolver sus controversias en el caso particular, así como sus diferencias de interpretación de la ley conforme con los procedimientos y principios definidos en la Constitución y la legislación. Este tipo de espacios se consideran indispensables en un régimen democrático para que el ejercicio de las atribuciones y los derechos sean calificados y legitimado en el caso particular.

Antes del surgimiento de los tribunales de justicia como órganos independientes del titular del poder del Estado en el siglo diecisiete, los tribunales eran un *fuero* del monarca, una forma privilegiada de ejercicio del poder «decir el derecho» frente a los señores feudales. Su especialización y autonomización como órganos autónomos en el Estado moderno permitió vincular a la norma con la experiencia a través del caso concreto, como una condición fundamental del principio orgánico de separación y equilibrio de poderes propio del Estado de derecho así como de la validez del orden jurídico.

La consolidación del poder judicial junto con la del poder legislativo permitió por ejemplo al Rey de los normandos gobernar sobre los ingleses. Sin embargo a diferencia de la cámara legislativa de representación, el Poder Judicial actuó como un instituto de apelación que mantenía abiertos para la sociedad civil los canales de interlocución y argumentación para la defensa de sus derechos y para la definición del derecho. La sentencia clásica de que «*where is no remedy, there is no right*» (donde no hay ningún remedio, no hay ningún derecho) denota que los derechos fundamentales no pueden existir sin una verdadera garantía que los haga justiciables, que no existe el Estado de derecho si los actos de los particulares y de la autoridad no están subordinados a las normas generales, abstractas e impersonales emitidas por el legislador, a través de un sistema público autónomo de protección de las libertades,

determinación de responsabilidades y resolución de las controversias, así como de definición, interpretación y delimitación de los contornos del derecho.

La jurisdicción es una de las actividades normativas del Estado cuya complejidad y nivel de reflexividad interno determina los verdaderos alcances del principio democrático en el régimen político. Si el Poder Judicial carece de una verdadera independencia, si sus atribuciones no son lo suficientemente amplias para controlar los actos de los representantes populares, si no existen medios para controlar a los jueces, si la jurisdicción no mantiene lo suficientemente abiertas sus puertas a la ciudadanía como un actor a la vez, individual y colectivo, el principio democrático se vería disminuido frente al empuje de los poderes fácticos en el Estado liberal.

Durante mucho tiempo la jurisdicción en el Estado liberal estuvo subordinada a las teorías positivistas en los que prevalecían la razón al legislador y los intereses del administrador-comisario. Sin embargo, en la segunda mitad del siglo veinte y gracias a la introducción del principio democrático, esta actividad se ha venido transformando para convertirse en una función vital del Estado constitucional mediante el cual se califican y dibujan los linderos sustantivos y adjetivos del régimen democrático.

5.1.1 La legitimidad democrática de la jurisdicción.

Uno de los temas centrales de la teoría jurídica es el cuestionamiento en torno a las bases democráticas de la jurisdicción. De acuerdo con Hans Kelsen el carácter democrático de la jurisdicción no puede hacer caso omiso de los procedimientos por medio de los cuales se designan quienes ostentan un cargo judicial¹. En esta perspectiva, como observa Jaime Cárdenas, los jueces de condado de algunos estados de la Unión Americana, que se eligen mediante sufragio universal, o los jueces de algunos Estados en Alemania que se designan por un consejo ciudadano², gozarían de mayor legitimidad en comparación de otros regímenes en donde la designación de los jueces se

¹ Cárdenas Gracia, Jaime. "Hacia un cambio en la cultura jurídica nacional". En: *Revista Latinoamericana de Derecho*. Año IV, Num. 7-8, enero-diciembre de 1997. pp. 145-173.

² Sobre las comisiones creadas en Baden-Württemberg, Bremen, Hamburg, Hessen, Rheinland-Pfalz, Saarland para la selección de jueces con miembros ciudadanos el Tribunal Constitucional alemán las considero "(...) como «abiertamente» compatibles con el derecho Federal y con el Derecho Constitucional". La comisión para la selección de jueces de Hamburgo, se compone de uno a tres senadores, seis miembros elegidos por la ciudadanía, por tres miembros judiciales, elegidos por los jueces, y dos miembros designados por el colegio de abogados. Cfr. Böckenförde, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*. Madrid, Editorial Trotta, 2002. p. 62.

realiza de manera indirecta, como resultado de una mayoría calificada del Congreso o de un nombramiento por parte del Poder Ejecutivo.

Si bien es cierto que la legitimidad del poder judicial no puede ser desvinculada del procedimiento de designación de sus integrantes, la existencia de un procedimiento democrático de designación no es suficiente para garantizar la legitimidad democrática de la jurisdicción, pues el poder judicial no es un poder de carácter representativo en el sentido estricto sino una forma de ejercicio del poder (normativa, discursiva y performativa) que requiere necesariamente ser «materialmente democrática»³ como la define Perfecto Andrés Ibáñez: que existan garantías para la realización del círculo hermenéutico que vincula a la norma con el caso concreto y la actualización de aquella conforme a las consideraciones que surgen en torno a éste.

En los jueces reside la garantía de complejidad y reflexividad del derecho en el Estado constitucional que hace posible, en palabras de Zagrevelsky, «la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia»⁴. Mediante una actividad argumentativa y justificatoria cuya importancia, siguiendo a Ernesto Garzón Valdez, no radica en su capacidad expresiva de la voluntad popular, sino en su capacidad de actuar como órgano «contra-mayoritario» que permite poner «límites a los extravíos de los representantes de la voluntad mayoritaria»; la función judicial «vincula a la legislación con los poderes constituyentes», en el sentido que actualiza la voluntad representativa dentro de los límites y competencias que le obliga la Constitución, lo que también hace del juez un representante democrático⁵.

En la democracia liberal el segmento de la experiencia afectado por la jurisdicción aparece como un componente constitutivo de la misma, de modo tal que la práctica civil y política adquiere sentido sólo en la medida en que está vinculada a la norma democrática. La actividad judicial, dice E. W. Böckenförde, moldea con gran fuerza a la democracia, la provee de reglas, principios y procedimientos; señala sus límites y sus alcances; es un puente entre el hecho político y la norma democrática que establece la

³ Ibáñez, Perfecto Andrés. "Democracia con jueces". En: Orozco Henríquez, J. Jesús y Vázquez, Rodolfo. *La función judicial. Ética y democracia*. Gedisa, ITAM. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Barcelona, 2003. p. 252.

⁴ Zagrevelsky, Gustav. *El derecho Dúctil. Ley, derechos y justicia*. Madrid, Trotta, 2003. p. 153.

⁵ Garzón Valdez, Ernesto. "El papel del poder judicial en la transición a la democracia". En: Orozco Henríquez, J. Jesús y Vázquez, Rodolfo. *La función judicial. Ética y democracia*. Gedisa, ITAM. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Barcelona, 2003. p. 252.

correspondencia necesaria entre ésta y aquel⁶. A través de esa labor la norma democrática adquiere sentido dentro del sistema porque es acuñada a través de su calificación en el caso concreto.

En este sentido, el sistema judicial es más democrático, como instrumento destinado a la protección de los derechos fundamentales y los principios democráticos del Estado constitucional, en cuanto mayor es su capacidad para incorporar a la ciudadanía, a través de procesos argumentativos y discursivos, en la formación de las decisiones generales; en la medida en que se hace más complejo y su actividad regula nuevos y diversos escenarios de la experiencia civil y política de la comunidad. La jurisdicción es un componente democrático en la medida en que otorga más atribuciones y capacidades a un mayor número actores civiles para controvertir cualquiera de los actos públicos y privados.

La práctica judicial, en este sentido, cumple una función proyectiva y auto reflexiva del sistema, que busca orientar las políticas públicas, la vida institucional y la praxis de los distintos sectores de la sociedad, hacia la adopción de ciertos conceptos que influyan en las definiciones del Estado democrático, la vida civil y en la cultura política nacional.

5.1.2. La Jurisdicción constitucional y el control de los principios de identidad democrática

En la democracia representativa existen varias instancias jurisdiccionales que regulan diversas materias para cada uno de los niveles de gobierno⁷: procedimientos contenciosos en los que las partes presentan sus argumentos y evidencias a efecto de que un tercero resuelva, procedimientos por medio de los cuales se impugna una resolución o acto de la autoridad, juicios constitucionales para la protección de los derechos fundamentales, procedimientos contenciosos para la protección de derechos políticos, instrumentos procesales para sancionar la responsabilidad criminal, civil o administrativa; instrumentos judiciales destinados a corregir, modificar, revocar o anular los actos y resoluciones administrativas, legislativas y

⁶ Böckenförde, E. W. *Op. cit.*, *supra* nota 2. p. 194.

⁷ Cossío D, José Ramón. *Concepciones de la democracia y justicia electoral*. Primera Edición. Abril de 2002. Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática. IFE; México. p.10 -11.

jurisdiccionales cuando adolecen de errores, deficiencias, de inconstitucionalidad o ilegalidad, etc.

Los autores de las teorías positivistas dicen que estamos sometidos a normas generales votadas democráticamente y a normas individuales deducidas de las normas democráticas⁸. En este contexto la jurisdicción constitucional es el espacio en el que se desarrolla una noción sustantiva de la democracia, pues agrega al consenso democrático representativo, como lo dice Hans Kelsen, «un específico consenso antitotalitario», a través de una facultad que el autor austriaco denomina «legislación negativa», que reside en la capacidad reflexiva y argumentativa del Tribunal Constitucional para anular la ley incongruente con la Constitución.

A diferencia de otras normas, como lo reconoce la dogmática jurídica, las Constituciones otorgan facultades a los órganos jurisdiccionales y legislativos para tomar decisiones sin predeterminedar su contenido. Ni la decisión del legislador, ni la del juez y menos aún la del Tribunal Constitucional están predeterminedas en todos sus extremos. La aplicación de la ley por parte del juez sería «un verdadero acto de creación»⁹ que conlleva un importante grado influencia política por parte de los tribunales¹⁰ y permite que los jueces se conviertan, como lo observa Sartori, «en *jueces-legisladores* a la manera de *políticos-legisladores*»¹¹.

De acuerdo con Fernando Ojesto, el significado de los derechos fundamentales y del principio democrático se va descubriendo argumentativamente en el caso concreto a través de la jurisdicción constitucional¹². La Constitución deja de ser entendida así como una Ley general y se convierte en un conjunto de enunciados que es necesario interpretar para descubrir su significación como Estatuto normativo en el caso concreto. Los jueces disponen de un margen de decisión para elegir la ley aplicable, para determinar su significado y para decidir si los representantes

⁸ Tropel, Michael. "El juez y la democracia". En Orozco Henríquez, J. Jesús y Vázquez, Rodolfo. *La función judicial. Ética y democracia*. Gedisa, ITAM. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Barcelona, 2003. pp. 216 – 217.

⁹ Ojesto Martínez Porcayo, José Fernando. "Poder, derecho y jueces. La jurisdicción como participación política". En: Aa. Vv. *Testimonios sobre el Poder Judicial de la Federación y su contribución al desarrollo democrático de México*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2003. p. 463

¹⁰ Iprinmy, Rodrigo; García Villegas, Mauricio. "Corte constitucional y emancipación social en Colombia". En: De Sousa Santos, Boaventura. *Democratizar la democracia*. Fondo de Cultura Económica. México, 2005. p. 261.

¹¹ Sartori, Giovanni. *Teorías de la democracia. 2. Los problemas clásicos*. Madrid, Alianza Universidad, 1988. 338 pp. p. 406.

¹² Ojesto Martínez Porcayo, José Fernando. *Op. cit.*, *supra* nota 9. p. 453.

transgredieron o no su competencia. En este sentido la Corte, dice Rolando Tamayo y Salmorán, al decidir que una ley expresa la voluntad política, no realiza una constatación empírica o una deducción lógica sino «un acto de voluntad»¹³.

Este acto de voluntad es un acto político, ya que la tarea de vinculación de las normas democráticas a la Constitución no es una actividad de carácter objetivo en la que el Juez no hace ninguna apreciación propia, tal como lo pretendían las teorías formalistas cuando la jurisdicción estaba subordinada a una noción legislativa del derecho, que aceptaba como válidas todas las órdenes del Estado (pasaba cualquier *iussum* como *ius*) y resolvía la legitimidad de la ley en una legalidad formal.

En el nivel constitucional, como lo afirma José Antonio Estévez Araujo, la relación entre el juez y la ley deja de tener una dimensión técnico-jurídica, como una actividad lógico-deductiva exclusiva e incorpora una dimensión ética, como actividad que implica la realización de valoraciones y ponderaciones entre derechos y principios para las que otros órganos judiciales no están autorizados¹⁴. En el nivel constitucional, de acuerdo con Luigi Ferrajoli:

(...) la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuere su significado, sino sujeción a la ley en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución. Y en el modelo constitucional garantista la validez ya no es un dogma asociado a la mera existencia formal de la ley, sino una cualidad contingente de la misma ligada a la coherencia de sus significados con la Constitución (...)¹⁵.

Este aspecto de la jurisdicción constitucional tiene una importancia mayúscula cuando se trata de la interpretación del principio democrático. La decisión de los jueces en el contexto democrático tiene que apoyarse en un conjunto de reglas de reconocimiento, por una parte, junto con criterios de fundamentación y validez, entre los que cabe mencionar la igualdad y la libertad política, el carácter abierto del proceso constituyente; la definición de las fórmulas de aplicación, y de los rasgos instrumentales que se reconocen como rasgos de familia del juego democrático.

¹³ Tamayo y Salmorán, Rolando. *Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002. p 216.

¹⁴ Estévez Araujo, José Antonio. *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*. Madrid, Trotta, 1994. p. 140.

¹⁵ Ferrajoli, Luigi. *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Madrid, Editorial Trotta. 1999. p. 26.

Sin duda, muchos de los conceptos que forman parte del acervo constitucional reconocidos como propios de la democracia moderna han sido introducidos por la jurisprudencia (i.e. la interpretación de los derechos fundamentales, así como a los derechos sociales, económicos y culturales, el *ius gentium*). Entre esos conceptos Jesús Orozco Henríquez destaca: la seguridad jurídica, la racionalidad de las decisiones públicas, la no arbitrariedad del cargo, la deliberación y argumentación pública, la interpretación restrictiva de facultades de los poderes públicos, la interpretación extensiva de las libertades individuales sociales, la limitación de la excepción, etc.¹⁶.

En términos de participación de la ciudadanía, para Ronald Dworkin la jurisdicción retoma el impulso del ciudadano como portador de una postura moral y política que orienta la interpretación de la norma; por su parte Peter Häberle dice que la capacidad de «legislación negativa» del Tribunal Constitucional es constitutiva de la voluntad popular porque es una garantía del ciudadano frente a las violaciones en cualquier nivel de la legalidad por parte de los representantes, porque se orienta la protección de las minorías contra las mayorías y porque es un medio que ofrece a todos los actores sociales, políticos y ciudadanos la posibilidad de ser intérpretes de la Constitución.

Häberle sostiene que, así como el legislador representa a la nación, el juez representa al ciudadano y al conjunto de los intereses civiles implicados en una controversia en el caso concreto; en este sentido al juzgar la constitucionalidad de una ley o una resolución el Tribunal Constitucional está obligado a tomar también en cuenta los intereses de quienes no han sido representados en la resolución de la controversia, o bien los intereses de quienes no son representables en los espacios políticos y judiciales¹⁷.

En este sentido, la actividad valorativa y cognitiva de la Corte motivada por «una indebida intervención del poder en la libertad del individuo» puede llevar a una discrepancia en torno a un caso concreto entre la interpretación jurisdiccional y la que sostienen las instituciones político-representativas y las

¹⁶ Orozco Henríquez, J. Jesús. "Democracia, imperio del derecho y función jurisdiccional". En: Orozco Henríquez, J. Jesús y Vázquez, Rodolfo. *La función judicial. Ética y democracia*. Gedisa, ITAM. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Barcelona, 2003. p. 305.

¹⁷ Häberle, Peter. *Constitución como cultura*. Bogota, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo, 2002. p. 143.

mayorías políticas, que pueden derivar en ocasiones, más bien escasas en la historia de los países donde la jurisdicción está más consolidada como los Estados Unidos e Inglaterra, en una confrontación entre poderes públicos.

5.1.3. La jurisdicción como medio de participación de la ciudadanía

Los orígenes de la jurisdicción son diversos, en la mayoría de los pueblos antiguos esta actividad la realizaba el Monarca, sin embargo entre los griegos y los romanos existen testimonios de la existencia de una actividad judicial autónoma, basada en fórmulas ancestrales, rituales y secretas. Como tal, la actividad judicial se mantuvo como uno de los fueros propios del derecho canónico y de la Iglesia, sólo hasta el siglo diecisiete volvieron a aparecer en Inglaterra los sistemas judiciales autónomos del Rey, basados en consejos de representación de los estamentos sociales.

En Francia durante el siglo diecinueve se desarrolló un modelo de «jurisdicción positiva» sometido a una interpretación nomológica de la ley civil como espacio privado indecidible por el juez. Sin embargo, a lo largo del siglo veinte la interpretación jurisdiccional se ha venido abriendo al reconocimiento de nuevas fuentes y modos de ejercicio, como son las fuentes consuetudinarias, políticas y sociales, constitucionales, la opinión pública y la interpretación del ciudadano, etc. En las últimas décadas, en el contexto de la teoría democrática, como da testimonio Fernando Ojesto, han surgido diversas voces que se pronuncian por que los poderes y procedimientos judiciales cuenten con garantías que aseguren los principios de la ética discursiva sin los cuales los órganos judiciales no pueden cumplir con su función democrática¹⁸.

La teoría de la «sociedad de los intérpretes constitucionales», postulada por Peter Häberle, surge como una teoría democrática de la jurisdicción que señala que ésta es un espacio *crucial* del régimen democrático en tanto que ofrece al ciudadano la oportunidad de controlar los actos de sus representantes y definir los contenidos de la norma. La apertura de la Constitución a la «sociedad abierta de los intérpretes» partiría del supuesto de que ni los jueces ni los representantes encarnan en exclusiva el principio de publicidad y juridicidad en el Estado democrático, que se sustentaría según Fernando Ojesto, en la *ratio*

¹⁸ Estas reglas son relativas la estructura de los argumentos (analizadas entre otros por Robert Alexy) necesarias para asegurar la imparcialidad de la argumentación práctica. Ojesto Martínez Porcayo, José Fernando. *Op. cit.*, *supra* nota 9. p. 487.

decidendi que como parte del proceso constitucional mantendría abierto un constante diálogo, crítica y actualización de la norma a través de la opinión y la argumentación de ciudadanos, autoridades administrativas, jueces y legisladores¹⁹.

Para Häberle la acción ciudadana ante la *iuris dicto* desencadena la acción de los poderes públicos como la génesis de un *círculo hermenéutico*²⁰ donde el ciudadano ejercería «el atributo esencial de su condición como agente del orden público» proyectando su particular interpretación normativa. Esta acción sería una forma particular de expresión del interés general, que se pone a prueba en la arena judicial en el caso particular, como espacio en el que se procesa, según la frase de Claude Lefort, «la incertidumbre democrática» que caracteriza a un modelo constitucional de contenido abierto²¹.

La participación del ciudadano a través del ejercicio de la acción judicial, mantendría abiertos los canales del sistema para regular los actos de sus representantes en un sentido normativo. El círculo de legitimidad democrático de producción de las normas no habría concluido cuando estas hayan sido aprobadas, sino hasta después que fueron aplicadas por la autoridad y valoradas por los ciudadanos en el caso concreto, a través de la acción judicial. El principio de soberanía, como observa José Fernando Ojesto Martínez Porcayo, no se habría clausurado sino hasta el momento cuando los ciudadanos hayan agotado las vías de participación judicial para controvertir la norma y a su vez los tribunales hayan hecho la valoración jurisdiccional de la legislación o del acto de autoridad²².

El desarrollo de «un derecho procesal constitucional con instrumentos pluralistas de participación»²³ incrementa los alcances democráticos de la jurisdicción, según Häberle, porque acrecienta la capacidad de cada ciudadano para apersonarse ante un tribunal y abordar los diversos temas de la vida

¹⁹ *Ibid.*, p. 454.

²⁰ El proceso se abre con “un signo de interrogación”. “El ciudadano concurre porque cree y afirma tener la razón en su interpretación de la norma”, para lo cual aporta evidencias que sustentan su pretensión. Su acción “se enriquece con las excepciones de la contraparte”, otro aparato empírico conceptual para apreciar los hechos a la luz del texto normativo, así como por las acciones de los terceros que pudieran llegar a ser lastimados en su derecho. Häberle, Peter. *Op. cit.*, *supra* nota 17. p. 121 - 122.

²¹ Silva Herzog, Jesús. *Esferas de la democracia*. IFE Cuadernos de divulgación democrática. México, Cuarta ed. 2001. p. 46 Sobre el concepto de incertidumbre democrática Cfr. Lefort, Claude. *La incertidumbre democrática*. Ensayos sobre lo político. Barcelona, *Anthropos* Editorial, 2004.

²² Ojesto Martínez Porcayo, José Fernando. *Op. cit.*, *supra* nota 9. p.497.

²³ Häberle, Peter. *Op. cit.*, *supra* nota 17. p. 156.

política democrática²⁴; cuestionar la constitucionalidad de una Ley; solicitar la protección de sus derechos fundamentales; instar al juez constitucional a revisar la doctrina judicial; demandar la responsabilidad de las autoridades, incluidos los miembros de los tribunales; presentar de manera colegiada un recurso constitucional contra leyes; confrontar el contenido de las normas legales con los valores y reglas constitucionales.

Häberle dice que la participación de la ciudadanía en los espacios judiciales crece cuando la práctica integra una mayor pluralidad de fuentes y ofrece un mayor número de recursos. Una procedimentalización democrática de las garantías constitucionales (Häberle tiene en mente el sistema de protección constitucional alemán que es uno de los más desarrollados del mundo) requiere de procedimientos jurisdiccionales que den acceso a todos los grupos de la sociedad civil para defender no sólo sus derechos individuales sino también sus derechos sociales y colectivos, así como para lograr la protección de los intereses difusos; asimismo requiere que las resoluciones ofrezcan al ciudadano efectos vinculatorios *erga omnes*, para hacer efectivo el principio de legislación negativa²⁵.

Para Häberle la ausencia de estos canales de participación en los regímenes democráticos reduce al órgano encargado de la defensa de la Constitución al papel de un tribunal legal «obligado a adoptar decisiones para las que no está legitimado». Frente a esa carencia es necesario defender una concepción de la Constitución como un «proceso abierto» a la defensa de los derechos fundamentales, sociales y colectivos²⁶, que impulse la creación de mecanismos que permitan a los ciudadanos, en palabras de Dworkin, proyectar sobre la norma la validez y el alcance de su participación²⁷.

²⁴ Häberle menciona en este caso los rasgos del sistema de protección alemán como modelo de jurisdicción abierto.

²⁵ El recurso constitucional no sólo debe procurar la defensa de un interés personal sino también de la participación democrática, que persigue una finalidad garantista de defensa de posiciones individuales. Ojesto Martínez Porcayo, José Fernando. *Op. cit.*, *supra* nota 9. p. 500.

²⁶ Häberle, Peter. "Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten". Citado en: Estévez Araujo, José Antonio. *Op. cit.*, *supra* nota 14. pp. 88 y 142.

²⁷ Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Ariel, Barcelona, 2002. p. 308-309.

5.1.4. Experiencias de control constitucional en el mundo

Estados Unidos

La jurisprudencia constitucional ha tenido mayor protagonismo como referente político del Estado en los países que adoptaron el modelo del *common law*, como Inglaterra y los Estados Unidos, donde la actividad jurisdiccional tiene mayor peso específico en la formación de las definiciones del sistema normativo y del régimen político que en los países legiscentristas. Esto se debe a la atribución de distintas facultades de legislación negativa a la Corte Suprema norteamericana, desde el siglo diecinueve y durante el siglo veinte, que le han permitido jugar un papel fundamental para la identificación de los principios de reconocimiento del régimen democrático.

Es importante subrayar por ejemplo la experiencia de la «Corte Warren Burger»²⁸ en los años sesenta del siglo pasado en los Estados Unidos que, como parte del cambio en la cultura política norteamericana a favor de los derechos civiles, impulsó un cambio en la interpretación de la democracia (desde una noción procedimentalista a una concepción sustantiva) que dotó de nuevos contenidos al ejercicio de los derechos civiles a la luz del principio de igualdad y ofreció garantías institucionales para que el ejercicio de los derechos políticos ofreciera realmente condiciones de equidad a todos los ciudadanos.

El cambio fundamental generado por esta Corte no residió solamente en la expansión de los contenidos de ciertas normas constitucionales, sino en que estas normas fueron interpretadas bajo una nueva luz, que las puso en relación con principios constitucionales como la XIV Enmienda, lo que convirtió a la jurisdicción constitucional en una actividad reforzadora de la representación, una función institucional tendiente a impedir que las minorías pudieran verse privadas de ejercer sus derechos. Esto fue posible porque como lo dice Estévez Araujo

(...) la Constitución estadounidense no puso en primer plano la declaración de una serie de derechos sustantivos inviolables sino que se

²⁸ Los períodos de jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos se designan por el nombre del *Chief Justice* en turno. Entre 1969 y 1986 se le conoce como la "Corte Burger" por el nombre de su Presidente Warren Burger, nominado por el Presidente Dwight D. Eisenhower pensando que sería un juez conservador, pero durante cuya presidencia se emitieron resoluciones consideradas entre las más liberales de la historia norteamericana.

inclinó por instaurar una serie de mecanismos que hicieran posible la participación en condiciones de igualdad de todos los interesados en los procesos en que se adoptaran decisiones que les afectasen. Asimismo, creó mecanismos (como la cláusula de igual protección), para asegurar que los gobernantes tuvieran en cuenta los intereses de todos aquellos a los que afectan. Esta «orientación reforzadora de la representación» de la tarea del juez constitucional no es inconsistente con la que se derivaba del planteamiento de los valores sustantivos²⁹.

Los fallos judiciales de la Corte Warren Burger, como lo analiza José Ramón Cossío, ofrecieron un nuevo modelo de interpretación constitucional que incorporó conceptos que cambiaron la cultura política en la Unión Americana y el mundo entero, que han influido de manera determinante en la redefinición del sentido de la democracia y en la recomposición del diseño constitucional y político de la misma³⁰.

El camino hacia la reformulación del sentido de los preceptos constitucionales sobre libertades civiles y políticas permitió ampliar el contenido de la libertad de asociación (*NAACP vs. Alabama* de 1958, *Shelton vs. Toker* de 1960 o *NAACP vs. Button* de 1963) y de la libertad de expresión (*New York Times Co. vs. Sullivan* de 1964)³¹. En estos casos, la Corte Suprema promovió una política judicial que operó «como obstáculo contra la discriminación»³² y que contribuyó al reconocimiento y protección de los derechos de género, preferencia, cultura, dignidad, capacidad, identidad y alteridad en los Estados Unidos³³.

En materia de derechos políticos, el «Corte Warren Burger» revocó la doctrina de las «*political question*»³⁴, establecida por la Corte Suprema desde el famoso caso de *Luther v Borden* en 1849³⁵, que había servido como

²⁹ Estévez Araujo, José Antonio. *Op. cit.*, *supra* nota 14. p. 77.

³⁰ Cossío D, José Ramón. *Op. cit.*, *supra* nota 7. p. 53.

³¹ También se revocaron sentencias que ponían un límite a la política *mccarthyista* que imponía penas por sospechas (*Yates vs. United States* o *Watkins vs. United States*, de 1957) *Ibid.*, p. 52.

³² *Ibid.*, p. 51.

³³ Iprinmy, Rodrigo; García Villegas, Mauricio. *Op. cit.*, *supra* nota 10. p. 276. La teoría jurídica norteamericana también estaba dividida. Por una parte estaban aquellos autores que, desde la sociología del derecho, defendían la idea de que a través de las decisiones judiciales podían lograrse cambios sociales significativos; en contraposición los seguidores de los "Estudios críticos del derecho" sostuvieron posiciones escépticas frente a las demandas jurídicas. *Ibid.*, p. 261.

³⁴ Conforme la "Cláusula de Garantía Federal" del artículo cuarto de la Constitución de Estados Unidos, la Corte Suprema de ese país se abstiene de conocer las controversias consideradas como "political questions".

³⁵ *Luther v. Borden*, (1849) Conocido caso en que la Corte Suprema de los Estados Unidos estableció la doctrina de las "political question", aplicable a las controversias surgidas en virtud de la "Cláusula de Garantía Federal" del artículo cuarto de la Constitución de Estados Unidos. Martín Luther formaba parte de una rebelión para derrocar al gobierno de Rhode Island impulsada por quienes deseaban ampliar el derecho de voto a todos los residentes del estado. La rebelión se tornó violenta. Martín Luther fue detenido por M. Borden, un funcionario del Estado, que registró su casa y presuntamente dañó

fundamento para que la Corte se abstuviera de conocer las controversias que trataban sobre el ejercicio de los derechos políticos o el principio de representación. En distintos casos la Corte ofreció una interpretación de la «cláusula federal» (según esta cláusula cada Estado de la Federación tenía libertad para establecer su forma de gobierno y que la Corte Suprema no podía decidir sobre la legitimidad de un gobierno o la forma de designación de las autoridades estatales) que hacía prevalecer el principio de equidad presente en la Enmienda XIV de la Constitución norteamericana para autorizar a la Corte resolver sobre la organización del ejercicio del voto en los Estados de la Unión.

Esta interpretación permitió la derogación de diversas disposiciones electorales de los Estados contrarias al principio de equidad; además permitió la modificación de los distritos que castigaban el voto negro en Tennessee (Baker v. Carr 1962)³⁶ o que privilegiaban el voto rural en Oregón (Pacific Status Tel v. Oregon); o bien estableció que los distritos electorales no debían corresponder con los condados sino con el número de habitantes (Maryland Committee v. Taewes 1964)³⁷.

Asimismo la Corte declaró inconstitucionales varias leyes electorales estatales que otorgaban ventajas a los partidos políticos (Williams v. Rhodes, 1968), que impedían que el peso del sufragio fuera el mismo en cada distrito (Reynolds v. Slip, 1964, donde se estableció el principio de «un hombre, un voto»). En otras resoluciones la Corte señaló que los plebiscitos y el referéndum no eran fórmulas contrarias a la forma republicana de gobierno que ordenaba la Constitución.

Alemania

Entre los países de derecho continental destaca el caso de la jurisdicción constitucional en Alemania, donde se adoptó un sistema de control constitucional especializado y abierto a la participación de los ciudadanos para

su propiedad. Luther sostenía que el gobierno de Rhode Island no era "republicano" debido a que el electorado estaba restringido sólo a las clases más adineradas lo que era contrario al Artículo Cuarto de la Constitución que establece que "los Estados Unidos garantizarán a todo Estado en esta Unión una forma republicana de gobierno", Luther sostenía que Borden había actuado sin la debida autorización. Sin embargo la Corte resolvió no conocer de la controversia presentada porque esta era una "cuestión política" y hacerlo habría implicado violar la "Cláusula Federal" de la Constitución que establece la libertad de cada Estado para autodeterminarse y de crear los procedimientos para ello.

³⁶ González Oropeza, Manuel. "Hacia una nueva ley de partidos en México". En: Varios. *Tendencias contemporáneas del derecho electoral*. Cámara de Diputados, IFE, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México. 1993. p. 492-495.

³⁷ También decidió sobre la asignación de curules en la Cámara de Representantes y con respecto de la legalidad de los actos administrativos del Congreso. En: *Ibid.*

dirimir los temas de orden público. Este rasgo puede ser valorado cabalmente si se examina el papel del tribunal constitucional alemán en la creación y transformación del orden jurídico.

El amparo alemán tiene las mismas características del amparo mexicano porque actualiza amparo contra leyes, contra resoluciones judiciales y administrativas; sin embargo a diferencia del mexicano, el amparo alemán se puede presentar en cualquier momento, contra todos los actos de las autoridades del estado. Asimismo, mientras el amparo mexicano procede para aquellas personas para quienes la promulgación del acto de autoridad tiene una afectación presente o cuando obliga a decisiones que no se pueden corregir, el recurso constitucional alemán procede además cuando el acto de la autoridad interviene en las «posiciones protegidas por un derecho fundamental»³⁸ presentes o futuras sin esperar su transformación en un mandato de autoridad. En este sentido el tribunal realiza un «control normativo abstracto», que pone al alcance del ciudadano la acción de inconstitucionalidad sin necesidad de que su pretensión tenga conexión con el caso concreto³⁹.

América Latina

Con respecto de la jurisdicción constitucional alemana o norteamericana, en la mayoría de los países de América Latina el Poder Judicial carece de las atribuciones que le permitan gozar de autonomía orgánica respecto de los demás poderes e incidir de manera efectiva y regular mediante resoluciones de carácter general en el orden de las políticas públicas. Es por eso que en muchos países, como en México, el titular del Poder Ejecutivo todavía mantiene un enorme poder e influencia sobre los jueces, magistrados y ministros.

Asimismo en la región todavía se mantienen cerradas muchas vías de participación de los ciudadanos para la valoración judicial del orden público. A estas carencias del sistema judicial latinoamericano, Jaime Cárdenas agrega la ineficacia del principio de supremacía constitucional, que impide a los jueces de

³⁸ Häberle, Peter. *El Tribunal Constitucional como Tribunal Ciudadano*. Santiago de Querétaro, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, 2005. p. 121.

³⁹ El tribunal incluye acción de inconstitucionalidad a propuesta de los órganos del Estado, de los *länder*, un tercio del *Bundestag*. Asimismo una variante la declaratoria de inconstitucionalidad por omisión del legislador, mediante la cual se logra una "sentencia constructiva sobre el financiamiento de los partidos". *Ibid.*, p. 61-63.

la región a realizar a un control difuso de la constitucionalidad y a ordenar a las demás autoridades del Estado a abstenerse de la aplicación de las leyes contrarias a la Constitución.

Cabría mencionar, sin embargo, que existen ciertos rasgos excepcionales en el derecho constitucional latinoamericano que permiten su comparación con los sistemas más consolidados. Así por ejemplo en Costa Rica, la Ley de Jurisdicción Constitucional en su artículo 75, permite a cualquier ciudadano, presentar una acción de inconstitucionalidad de manera directa sin que sea necesario un juicio previo, contra las normas y actos de autoridad que lesionen, no los intereses individuales, sino los intereses de la comunidad⁴⁰.

Por su parte, la Constitución de la República del Perú incorpora una acción popular en el juicio de amparo que procede contra los reglamentos, acuerdos administrativos y todas las resoluciones de carácter general que contravengan la Constitución, los derechos políticos y la ley. Asimismo otorga a los ciudadanos una acción de inconstitucionalidad contra normas con carácter de ley que contravengan a la Constitución «en el fondo y la forma» en lo referente a la participación política y los derechos políticos⁴¹.

Colombia es otro de los países donde el régimen de jurisdicción constitucional ha dado un fuerte impulso a la participación de los jueces en las definiciones acerca de ciertas políticas públicas. El artículo 241 de la Constitución otorga a los ciudadanos un *amicus curiae*, una acción pública de inconstitucionalidad que ha favorecido un activismo innovador por parte de los jueces, alentado por la crisis de representación y de los partidos políticos, cuyas resoluciones han alentado la defensa de los derechos de los pueblos a una identidad política y cultural, las definiciones sobre los derechos sobre los recursos naturales en el territorio, la protección de los derechos de igualdad de los homosexuales para formar matrimonio, la protección de los deudores hipotecarios, la despenalización del consumo de drogas, la protección del trabajo frente a la flexibilización de los contratos⁴².

⁴⁰ Martínez, José Gerardo. "Costa Rica". En: Escobar, Guillermo y Guedan, Moguel (eds.) *Democracia e instituciones en América Latina*. Madrid, Editorial Dykinson, 2005. p. 142.

⁴¹ Asimismo incluye una acción de cumplimiento contra autoridad que se niegue a acatar dichas disposiciones. Mendoza Canepa, Raul. "Perú". En: Escobar, Guillermo y Guedan, Moguel (eds.) *Democracia e instituciones en América Latina*. Madrid, Editorial Dykinson, 2005. p. 266.

⁴² En este país los particulares pueden habilitarse temporalmente como árbitros o conciliadores, autorizados por las partes para resolver sus controversias. Viana, Andre. "Colombia". Escobar, Guillermo y Guedan, Moguel (eds.) *Democracia e instituciones en América Latina*. Madrid, Editorial Dykinson, 2005. p. 104. En Bolivia, por su parte, se incorporó un juez

En Chile, por su parte, tanto la Ley de los Derechos de los Consumidores, como la Ley del Medio Ambiente, reconocen legitimación activa a los ciudadanos y a las asociaciones civiles, para representar tanto el interés individual como el interés colectivo de la ciudadanía ante las autoridades jurisdiccionales y administrativas en los recursos que procedan para la defensa de sus intereses como consumidores y de la salud de la población⁴³.

5.1.5 La jurisdicción electoral y los procedimientos de validación del ejercicio de los derechos políticos.

La jurisdicción electoral es una parte de la justicia democrática en la que se decide y se califica el ejercicio y la interpretación de los derechos políticos de los ciudadanos. Según Fernando Ojesto, la justiciabilidad del ejercicio del sufragio, de la libertad de participación política y de la libertad de expresión (que suponen definiciones jurisdiccionales en torno a temas como son los alcances de los derechos políticos, el contenido de los principios constitucionales de los procesos electorales, su configuración legal, la actuación de las autoridades electorales, los requisitos de legitimidad, entre otros) hace de los derechos políticos, derechos equiparables a los derechos fundamentales⁴⁴.

El contencioso político surgió en Inglaterra en el siglo diecinueve como consecuencia natural de la división de poderes, que otorgó a la justicia ordinaria («los jueces de la Reina») la capacidad de resolución de conflictos político-electorales. Sin embargo fue hasta la segunda mitad del siglo pasado que el contencioso electoral se consolidó en los países denominados como democráticos el modelo de jurisdicción electoral como medio de calificación y validación de los procesos electivos; baste considerar que en Francia el contencioso político apareció en 1958 o que en México fue incorporado hasta 1990.

Como parte del modelo liberal, la jurisdicción electoral se funda en los principios del *rule of law*; la judicialización de los derechos político-electorales

ciudadano en los tribunales colegiados, para la substanciación de los juicios del orden criminal. Se seleccionan por insaculación. Soto Ríos, Sonia. "Bolivia". En: Escobar, Guillermo y Guedan, Moguel. *Democracia e instituciones en América Latina*. Madrid, Editorial Dykinson, 2005. p. 39.

⁴³ Marshal, Pablo; Atria, Fernando. "Chile". En: Escobar, Guillermo y Guedan, Moguel. *Democracia e instituciones en América Latina*. Madrid, Editorial Dykinson, 2005. p. 59.

⁴⁴ Ojesto Martínez Porcayo, José Fernando. *Op. cit.*, *supra* nota 9. p. 503.

exige que la resolución de los conflictos motivados por su ejercicio se circunscriba a criterios de juricidad y no de oportunidad política⁴⁵. Con base en las disposiciones del derecho electoral, las decisiones del sistema son proveídas por una autoridad autónoma y las controversias que suscitan estas decisiones son resueltas en primera instancia a través de un sistema de medios de impugnación a cargo de un órgano jurisdiccional especializado autónomo.

Finalmente los casos son resueltos de forma definitiva e inatacable por un tribunal jurisdiccional, que puede ser un tribunal autónomo, un tribunal del Poder Judicial, o bien pueden recaer en el propio Tribunal Constitucional⁴⁶.

La jurisdicción electoral resuelve sobre la impugnación de los actos de la autoridad electoral⁴⁷, en ella se conoce de la pretensión de una de las partes legitimadas (los ciudadanos, partidos políticos y candidatos electorales) de anular un acto de la autoridad electoral, de la autoridad partidaria o cualquier acto dentro del proceso electoral que haya vulnerado sus derechos políticos en cualquiera de los momentos de su ejercicio (emisión de listas electorales, expedición de credenciales, campañas de proselitismo, designación de autoridades y órganos electorales, inscripción de candidatos, nominación de representantes en las mesas, emisión del sufragio, declaratoria de validez, actas de casilla, actas distritales, declaración de mayoría, etc.).

En este contexto, como lo explica Santiago Nieto, el conjunto de medios de impugnación electoral están abocados al control de «la regularidad de los procesos político-democráticos» y destacadamente al «control de la constitucionalidad de las leyes electorales», en donde la jurisprudencia cumple «una función aclaratoria, supletoria y actualizadora» de la norma en el caso concreto, acudiendo para ello «a la analogía, la gramática, la teoría sistemática, a los principios generales del derecho o a la costumbre»⁴⁸.

⁴⁵ En materia política se trata de revisar la constitucionalidad y/o legalidad, sin embargo suele recurrirse como regla de reconocimiento a lo que disponga el procedimiento administrativo.

⁴⁶ En algunos países esta jurisdicción la realiza el tribunal constitucional, sin embargo en la mayoría de naciones lo hace un juez de instancia.

⁴⁷ Orozco Henríquez, Jesús. "Justicia electoral". En: Varios. AA. VV. *Diccionario Electoral*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Federal Electoral, México, 2 tomos. 2003. p. 767.

⁴⁸ Cfr. Nieto Castillo, Santiago. *Interpretación y argumentación jurídica en materia electoral*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003.

Como toda actividad judicial, el derecho procesal electoral requiere de garantías dirigidas a lograr certeza, objetividad, independencia e imparcialidad en la actuación del órgano que hace las veces de árbitro electoral encargado de organizar y efectuar las elecciones, así como de los órganos a los que se encomienda la tarea de calificar y validar los resultados. En el caso de la jurisdicción electoral se requiere garantizar la autonomía del órgano encargado de decidir en última instancia las controversias derivadas de los procesos político-electorales, también se debe asegurar la independencia e imparcialidad de quienes ocupan los cargos, finalmente es indispensable la existencia de garantías procesales para asegurar los principios de debido proceso.

Los requerimientos y exigencias que se derivan del derecho electoral y de su aplicación obligan a la especialización del contexto normativo electoral. El derecho procesal electoral conjuga la actividad electoral y la judicial lo que supone la especialización de las técnicas para su procedencia e interpretación. En este sentido la interpretación del derecho electoral es un conocimiento práctico, una *techné*, que impide a los jueces dar definiciones más allá de la justicia contextual. Sin embargo, como técnica relativamente reciente, en muchos países no se han desarrollado de manera suficiente algunas garantías procesales, como la definición de los sistemas de obtención y valoración de pruebas en un contexto en el que difícilmente se aceptan las pruebas para mejor proveer.

Asimismo en la jurisdicción electoral prevalecen los problemas de ambigüedad, opacidad, vacíos y lagunas dentro del sistema jurídico-electoral relacionados directamente con la interpretación de los conceptos fundamentales de la Constitución. El Juez Electoral enfrenta en muchas ocasiones lo que la doctrina norteamericana denomina como las «*political cuestión*», decisiones políticas fundamentales del Poder Constituyente en torno a la forma como se organiza la República, así como en torno a las fórmulas y principios del sistema de representación político-electoral.

Muchos de los principios y definiciones del derecho electoral, que son la base de la legitimidad del régimen de representación política, han sido desarrollados a través de la jurisprudencia electoral⁴⁹. Entre ellos están: la vinculación entre

⁴⁹ González Roura, Felipe. "Jurisprudencia Electoral". En: AA. VV. *Diccionario Electoral*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Federal Electoral, México, 2 tomos. 2003. 747-751.

la nulidad y eficacia del voto (la nulidad tiene una interpretación restrictiva bajo el principio de conservación de los actos públicos celebrados válidamente); las condiciones de intervención del Estado en los partidos políticos y la obligación de estos de representar y conducirse conforme con los principios democráticos; la forma como deben ser contados los votos en blanco para definir el mínimo de representación o para aceptar el registro a los partidos políticos; la forma como debe conducirse la publicidad de los candidatos durante las campañas y presentarse la información en los medios, etc.

Los alcances de la jurisdicción electoral como medio de control en el régimen democrático residen, además de la existencia de las garantías orgánicas y procesales en la amplitud del repertorio de recursos que la justicia electoral ofrece al ciudadano para impugnar los actos de las autoridades electorales y partidos políticos, así como en la amplitud del acceso que tiene el conjunto de la ciudadanía como actor legitimado en los recursos de la jurisdicción electoral, frente a la actual legitimación exclusiva de la que gozan los partidos políticos y los candidatos para acceder a los recursos de la justicia electoral.

Experiencias de jurisdicción electoral en el mundo

El modelo de jurisprudencia electoral que surgió en Inglaterra fue adoptado en los Estados Unidos, de modo que las impugnaciones contra los actos violatorios de los derechos político-electorales del ciudadano en esos países se presentan ante un tribunal administrativo ordinario. En esos regímenes la resolución definitiva y la calificación final del proceso electoral las efectúa la Cámara de Representantes y no un tribunal especializado.

El Tribunal Constitucional alemán como órgano encargado de conocer de todos los actos del Estado está encargado de resolver las impugnaciones contra los actos realizados durante los procesos electorales así como de proteger los derechos político-electorales de los ciudadanos en caso de violación⁵⁰. Este tribunal ha participado también en definiciones destacadas del contexto normativo político-electoral sobre publicidad electoral, presupuesto público, financiamiento de partidos y asociaciones políticas, operación del

⁵⁰ Terrazas Salgado, Rodolfo. "Impugnación constitucional en materia electoral". En: Orozco Henríquez, J. Jesús. *La justicia electoral en el umbral del siglo XXI*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México. 1999. pp. 1259-1260.

Ejército, así como el papel de los partidos políticos en el régimen democrático entre otros temas, acciones para las que están legitimados los parlamentarios a título individual o colectivo, los partidos y las fracciones del *Bundestag*⁵¹.

En España, los medios de impugnación electoral se presentan ante el tribunal contencioso administrativo, aunque la última palabra en la materia la tiene siempre el Tribunal Constitucional. En ese país al igual que en Alemania, existe un amparo constitucional contra actos de naturaleza electoral, que goza de preferencia absoluta en su tramitación, con independencia de que se agote la vía jurisdiccional ordinaria⁵².

En los países de América Latina, por su parte, se desarrolló un sistema de impugnación electoral mediante tribunales especializados y abocados a la materia. Este modelo surgió, de acuerdo con Jesús Orozco Henríquez, con base en «la necesidad de salvaguardar la naturaleza jurisdiccional de la función de juzgar las elecciones», sin subordinarla al poder judicial⁵³. No obstante, como el propio autor lo reconoce, en la jurisdicción político-electoral latinoamericana prevalecen las definiciones erráticas así como muchas deficiencias de técnica procesal y legislativa, debido a que «con frecuencia» la norma electoral es el resultado de la negociación entre las fuerzas políticas⁵⁴.

Entre las experiencias latinoamericanas que se deben destacar la que representó la Corte Electoral Uruguay de 1925, que constituye el primer antecedente en el mundo de jurisdicción especializada en materia electoral, que influyó en otros países de la región. Asimismo, la legislación electoral de Colombia, Nicaragua y Honduras, donde la norma electoral incorpora un recurso popular electoral, que inviste de capacidad a cualquier ciudadano o grupo de ciudadanos para formular impugnaciones contra los actos electorales⁵⁵.

⁵¹ En este sentido destaca la proscripción de partidos políticos, como el Partido Comunista o el Partido Socialista del Imperio por “su enemistad organizada contra la Constitución”. Häberle, Peter. *Op. cit.*, *supra* nota 38.p. 65.

⁵² Orozco Henríquez. Jesús, *Op. cit.*, *supra* nota 47 p. 760

⁵³ *Ibid.*, p. 761-762.

⁵⁴ Orozco Henríquez. Jesús. “Medios de Impugnación”. En: AA. VV. *Diccionario Electoral*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Federal Electoral, México, 2 tomos. 2003. p. 846.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 879 - 881.

5.1.6. La crítica de la labor judicial en la democracia liberal

Los alcances que tiene la democracia en el régimen liberal, como lo señala José Ramón Cossío, dependen de la forma como esta estructurada la impartición de justicia, de la amplitud del repertorio de las funciones de control que la jurisdicción desempeña en el sistema así como del conjunto de atribuciones judiciales de las que el ciudadano goza para el control de la representación política⁵⁶. Sin la existencia de este sistema de garantías judiciales de los derechos y «principios democráticos» el modelo de democracia representativa en el Estado contemporáneo quedaría reducido a un modelo de competencia plebiscitario y oligárquico como el que han descrito las teorías realistas y pluralistas.

En este sentido, Häberle es consciente que el enriquecimiento de los procedimientos democráticos a través del desarrollo de los procesos de jurisdicción constitucional, es una medida necesaria para dotar de credibilidad de las instituciones democráticas, como sucede en los Estados Unidos donde la legitimación democrática ha dejado de proceder directamente de las instancias políticas electivas diseñadas para tal efecto y ha sido asumida por las instancias judiciales. En este contexto se propone el concepto de «Constitución como cultura»⁵⁷ como una hábito por medio del cual el sistema se aboca «a la sociedad abierta de los interpretes del derecho», que pugna por el desarrollo del derecho procesal constitucional destinado a corregir las deficiencias de la representación, como *médium* privilegiado para la participación política del ciudadano⁵⁸.

En un contexto de ausencia de otros referentes normativos del hecho político que los que constitutivos del sistema democrático, así como de crisis del modelo de representación democrático y desconfianza política de los ciudadanos en el régimen, el verdadero peso de la justificación del régimen democrático recae de manera preponderante en la función «materialmente democrática» de «decir el derecho» que realizan los jueces.

Sin embargo los procesos judiciales no son neutros como lo reconoce José Ramón Cossío, pues forman parte de un orden jurídico que se identifica con un

⁵⁶ Cossío D, José Ramón. *Op. cit.*, *supra* nota 7. p. 30.

⁵⁷ Häberle, Peter. *Op. cit.*, *supra* nota 17. p. 43 – 78.

⁵⁸ Häberle, Peter. *Op. cit.*, *supra* nota 38. p 71.

orden político y que se concibe como una modalidad de realización de éste⁵⁹. En este sentido la práctica judicial en los países democráticos, especialmente los de origen legicentristas, nunca ha logrado romper con los linderos del contexto de justificación del régimen representativo y tampoco ha sido capaz de poner realmente un freno a los poderes informales y formales que giran en torno al principio de representación política.

Con muy pocas excepciones, como en Alemania donde el arreglo constitucional de poderes le otorga una gran independencia y fuerza propia a la jurisdicción constitucional, o en Estados Unidos donde la *Supreme Court* ha sido históricamente una fuente del derecho y un instrumento de protección contra los representantes, la función jurisdiccional en la mayoría de los países democráticos carece de una auténtica preponderancia en la definición de la norma respecto de los demás poderes políticos.

En este sentido es significativo que en la mayoría de los regímenes democráticos el Poder Judicial se encuentra subordinado al Ejecutivo y a la Administración pública, ya que de ellos depende el nombramiento de sus integrantes y la asignación de recursos para su funcionamiento. También se encuentra sometido al poder legislativo, no sólo porque éste se encarga de la aprobación de las leyes sobre la organización del poder judicial sino sobre todo porque su actividad se ve reducida a la fuerza del texto, mediante una forma de interpretación unívoca que excluye el error, la singularidad y el cambio.

5.2. OTROS INSTRUMENTOS DE PARTICIPACIÓN Y CONTROL DEL RÉGIMEN DEMOCRÁTICO A CARGO DE LA CIUDADANÍA

La inclusión de los instrumentos de participación y control político ciudadana como uno de los rasgos reflexivos de la democracia contemporánea, parte de la consideración de que los derechos políticos en si mismos constituyen un aspecto reflexivo del sistema que permite vincular los procesos normativos del Estado con la experiencia y los significados que producen en el orden de las relaciones sociales. Mientras nuevos y distintos vínculos establezca el sistema entre la voluntad normativa del Estado y la voluntad política de la sociedad,

⁵⁹ Cossío D, José Ramón. *Op. cit.*, *supra* nota 7. p. 44.

mayor reflexividad adquieren las decisiones del Estado, como resultado de la inclusión de la opinión de otros actores sociales y políticos, así como de el control ciudadano del poder, con base en el principio de publicidad.

En este sentido podría recordarse que Norberto Bobbio consideraba que la elección repetida de los representantes, la base constitutiva y el derecho por excelencia del modelo de democracia liberal, es una actividad de carácter reflexivo, que permite a la ciudadanía controlar a sus representantes y orientar las políticas públicas y la creación de normas hacia determinada dirección. Aquí se coincide con este señalamiento de Bobbio, sin embargo, como se ha visto en el capítulo anterior, se ha preferido considerar que los derechos electivos y representativos son instrumentos necesarios y suficientes del modelo de democracia liberal, con base en los cuales el sistema puede introducir (o no) diversos elementos reflexivos.

Es por eso que se considera que la adopción constitucional de los instrumentos participativos que se estudian a continuación, que a diferencia de la función jurisdiccional que tiene un origen liberal proceden de una raíz democrática, actúa como un factor de control y auto-regulación del sistema de democracia electiva y representativa, al dar oportunidad a que sean los ciudadanos, a través del cuerpo electoral, los que den la última palabra cuando se trata de definir el sentido de las decisiones fundamentales, más importantes o controvertidas.

El reconocimiento constitucional de estos instrumentos forma parte de la llamada concepción clásica de la democracia, que tiene su inspiración en la teoría de la soberanía popular del pensamiento político ilustrado, especialmente rousseauiana, que hemos revisado con detenimiento en el capítulo segundo, y que tiene diversas fuentes entre las destacan las experiencias de participación que ofrecieron las Constituciones del mundo antiguo, que se mantuvieron vivas manera aislada en algunas regiones en la Edad Media y muchas de las cuales fueron retomadas y reinterpretadas por las iglesias cristianas católica y oriental; tradición que fue recogida por los burgos autónomos en las penínsulas Ibérica e Itálica durante el siglo XVI, donde los ciudadanos disponían de diversos instrumentos de participación.

La teoría de la soberanía popular concebía a la República como un poder constituyente en el que el pueblo siempre interviene. Los principales autores iusnaturalistas, como Locke o Rosseau, supusieron que toda ley que el pueblo no hubiese ratificado directamente debería ser considerada nula. En esta perspectiva el universo político del ciudadano, el *demos*, estaría configurado de la manera más amplia posible, como en el *Demos* griego⁶⁰ y no como en el *demos* liberal, que se limita a un tipo de sufragio que sirve como medio para que el ciudadano elija a aquel, entre diferentes opciones configuradas de antemano, al que le corresponde decidir en su nombre.

Sin embargo, a partir del siglo diecinueve el Estado liberal de acuerdo con el principio de soberanía nacional, no sólo separó a los representantes de los representados, sino que excluyó cualquier otra forma de intervención política, individual o colectiva, que no estuviera mediada por la representación política, de modo que todas las capacidades sociales fueron reabsorbidas como funciones propias del Estado, para asegurar que la creación y aplicación de la norma se realice de manera indirecta: primero se elige el parlamento y al jefe de Estado luego los designados se encargan de la creación y la aplicación de la norma, respectivamente.

En este contexto, el reconocimiento en algunas constituciones democráticas de este siglo de Los procesos de la democracia participativa, refrendaria o semi directa, como han sido llamados por la teoría, destinados a que la ciudadanía controle directamente la actuación de los representantes, es un elemento que ha favorecido el enriquecimiento de los significados de la democracia al actuar como un factor reflexivo que permite a los ciudadanos sancionar y corregir las desviaciones y abusos en los que pueden incurrir los representantes.

Estos instrumentos contribuyen con un *quantum* de legitimidad del sistema representativo pero no lo sustituyen ni lo desbordan, como tales han sido incorporados en los momentos de crisis política como mecanismos reflexivos de carácter excepcional. En este sentido, el conjunto de teoría democrática contemporánea coincide en rechazar cualquier intención de que estos instrumentos de participación suplanten el papel de los instrumentos

⁶⁰ El *demos* griego ofrecía un conjunto de instrumentos de participación a la disposición del ciudadano: una *ekklesia*, una asamblea ciudadana, un consejo de representantes, diferentes magistraturas y cargos rotativos por atribución, por regla, sorteo o elección.

constitutivos, no obstante los acepta como elementos que refuerzan la representación.

5.2.1. Las figuras participativas dentro del contexto liberal.

A lo largo de la historia del Estado moderno, han surgido importantes y diversas experiencias de participación política de la comunidad, tanto en los países centrales que encarnan el Estado capitalista desarrollado, como en los países subordinados que han adoptado en las décadas recientes el modelo de Estado democrático-representativo, especialmente los latinoamericanos. No obstante, sumidos en un contexto jurídico positivista liberal muy pocos de esos países ejercen realmente estos medios de participación política no convencional como principio de autodeterminación política.

La tradición participativa en el contexto liberal hundiría sus raíces en lo que se denomina el *Agreement of the people* de 1647, un «acuerdo del pueblo» mediante el cual Oliverio Cronwell obtuvo la aprobación popular para que el Parlamento tomara en sus manos la capacidad de dirigir la política económica del Estado, que hasta ese momento estaba en manos del Rey.

Otro antecedente lo encontramos en algunos de los Estados de la Confederación Norteamericana, que tuvo vida entre 1776 y 1986, que llegaron a contar con instrumentos de participación política que fueron desaparecidos por la Constitución Federal⁶¹. Según Robert Gargarella, en las Constituciones de los trece estados de la Confederación se aplicaba la rotación anual de los cargos y la revocación de poderes, de modo que el ejercicio del gobierno «aparecía conectado a la idea de un poder llevado adelante por la ciudadanía, actuando directa y personalmente»⁶².

Es importante reconocer también que uno de los acervos de la tradición socialista, durante la segunda mitad del siglo diecinueve y principios del siglo veinte, como bien lo observaba Norberto Bobbio, es el ejercicio de los procedimientos y arreglos de participación ciudadana alternativos a la democracia representativa. Los publicistas del socialismo proponían un cambio en los procedimientos de toma de decisiones políticas en el sistema capitalista;

⁶¹ Roberto Gargarella considera que los constitucionalistas americanos crearon un sistema en el que las mayorías quedaban inhabilitadas para deliberar e incapacitadas para ejercer un control sobre el gobierno. Gargarella, Roberto. *Crisis de la representación política*. México, Fontamara, 1997. p. 47

⁶² *Ibid.*, p. 55.

idea animó la experiencia de la Comuna de París, que creó una serie de cargos ciudadanos en la administración de la ciudad, así la Revolución Rusa y la Constitución de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (soviet quiere decir asamblea) que se basó originalmente en procedimientos como el mandato imperativo y la revocabilidad del cargo que suponían un rompimiento con la «democracia capitalista».

En este contexto de Guerra, crisis del capitalismo y del Estado liberal, durante las primeras décadas del siglo veinte, que obligó al régimen liberal a vincular su validez como Estado soberano con el principio democrático, el constitucionalismo de países como Suiza y Alemania incorporó en la Constitución, algunos de los conceptos de la soberanía popular. En el caso de la Federación Helvética, la defensa del *volkgeist* y un ideario político de matriz rosseauniana dieron origen a la primera República liberal participativa en el mundo; en el caso alemán, la derrota en la Guerra Mundial y la insurrección obrera de 1919 obligaron a la formulación de un modelo constitucional que reconoció diferentes derechos políticos como fuente de la República. La Constitución de Weimar de 1919, incluía junto con el sufragio, otras formas de participación ciudadana como la iniciativa popular, el referendo constitucional obligatorio, el referendo facultativo de leyes, el *referéndum* derogatorio por iniciativa popular y la revocación del jefe del Reichstag⁶³.

Siguiendo el ejemplo de estos países, a partir de la segunda mitad del siglo pasado, algunos países europeos como Francia, España, Suecia o Italia, fueron incorporando algunos de estos instrumentos que permitía reforzar la legitimidad del régimen y facilitar las decisiones del gobierno determinantes, de modo que se consideraron como un complemento del régimen representativo.

En los años noventa, los países de Latinoamérica que promulgaron una nueva Constitución, como Colombia, Argentina, Brasil, Ecuador, Colombia, Bolivia, Guatemala y Panamá, integraron algunos de estos instrumentos como parte del arreglo político en sus Constituciones⁶⁴, como un «mecanismo

⁶³ Escobar Fornos, Iván. "El sistema representativo y la democracia semidirecta". En: Concha Cantú, Hugo. *Sistema Representativo y democracia semidirecta*. México, Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

⁶⁴ Cfr. Zovatto, Daniel. "Las instituciones de democracia directa a nivel nacional en América Latina. Un balance comparado. 1978–2001". En: *Democracia y Formación Ciudadana*. México, Instituto Electoral del Distrito Federal, 2002. pp. 71 – 101.

compensatorio», define Ignacio Mora Rivas, frente a la excesiva concentración de poder por parte del Presidente y de los partidos políticos, que en algunos casos ha facilitado la conducción del descontento social⁶⁵.

México, República Dominicana y Honduras permanecen como los únicos países en la región que no han integrado ninguno de esos instrumentos en sus Constituciones en el nivel federal. Asimismo, en países como Brasil y Argentina, que si tienen incluidos estos procesos en sus constituciones, no han promulgado todavía las leyes para configurar su realización⁶⁶, pues los procesos de participación democrática, como parte de la estructura del régimen político democrático, como técnicas y procedimientos electorales, se realizan mediante su configuración legal y son objeto de control legal y constitucional.

5.2.2. El referendo o derogación ciudadanos de la Ley.

El referendo es un medio por el cual la ciudadanía «determina el contenido de las decisiones colectivas» a través de un proceso comicial en el que la ciudadanía aprueba o revoca los contenidos de las decisiones político-jurídicas tomadas en los órganos legislativos. Con ello se otorga a la ciudadanía un contrapoder que le permite intervenir en los procesos de argumentación, deliberación, decisión y justificación de las decisiones políticas materiales.

Esta capacidad se otorga porque se considera que la participación ciudadana favorece la legitimación de cierto tipo de decisiones consideradas como estratégicas, aquellas que afectan las relaciones del régimen con la sociedad, entre las que se encuentran las reformas constitucionales, las decisiones sobre el patrimonio de la nación, la aprobación de los tratados internacionales, las anexiones o modificaciones del territorio, las leyes controvertidas y las decisiones políticas fundamentales.

En éste caso, un poder público legitimado para tal efecto o un porcentaje calificado de la ciudadanía, presentan a la consideración popular una propuesta de referendo o derogación de una reforma legal o un acuerdo adoptados

⁶⁵ Mora Rivas, M. Ignacio. "Partidocracia". En: AA. VV. *Diccionario Electoral*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Federal Electoral, México, 2 tomos. 2003. p. 993.

⁶⁶ Zovatto, Daniel. "La práctica general de las instituciones de democracia directa en América Latina, un balance comparado 1978-2000". En: Concha Cantú, Hugo. *Sistema Representativo y democracia semidirecta*. México, Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002. p. 898.

previamente, y el electorado se pronuncia por su aprobación o rechazo. Mediante este procedimiento, también llamado consulta popular, las Constituciones participativas concluyen el procedimiento de reforma, adición o derogación legislativa o constitucional (en los países donde se reconoce este derecho existen materias como la fiscal, que quedan excluidas de control mediante referéndum).

El poder de convocar el referendo o derogación puede ser obligatorio o facultativo y recae regularmente en el órgano encargado de hacer las leyes, aunque también se suele atribuir al Jefe de Estado. En estos casos el parlamento expresa la voluntad popular *ad referéndum*. Asimismo, bajo ciertas condiciones se puede atribuir también a un número calificado de ciudadanos el derecho de convocar la celebración de un referéndum para la revocación de una reforma legal o constitucional. En algunas constituciones el resultado del referéndum convocado mediante iniciativa popular es obligatorio para los poderes constituidos, en otros casos el resultado es meramente indicativo.

Como hemos visto existen varias modalidades del referendo. Es obligatorio cuando la norma fundamental lo dispone expresamente, en este caso se considera que si es obligatorio también lo deben ser los actos generales del Estado aprobados mediante este instrumento. El referéndum es facultativo cuando la Constitución le otorga al órgano legislativo, al gobierno o a ambos, la facultad de convocar a la ciudadanía (consulta popular facultativa) para obtener la confirmación o revocación de un acto legislativo; si el referéndum es facultativo entonces el resultado puede ser obligatorio o bien sólo consultivo (o deliberativo) no vinculante de acuerdo con las hipótesis constitucionales para el órgano que lo convocó.

La teoría normativa coincide en que si la Constitución le otorga al pueblo la soberanía, el resultado que produzca el ejercicio de cualquier forma de consulta popular siempre debería ser considerado como obligatorio para todos los poderes públicos⁶⁷. Por otra parte también existe el referéndum arbitral como un recurso que la Constitución otorga a las fracciones parlamentarias en el órgano legislativo para allanar sus diferencias.

⁶⁷ Aragón, Manuel. *Constitución, democracia y control*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002. p. 75.

En algunos países europeos, así como en Estados de la Unión Americana⁶⁸ se han adoptado una o varias de las modalidades del referéndum. El referéndum constitucional fue utilizado en los Estados de la Confederación Americana de Massachussets, Connecticut, New Hampshire y Rhode Island en el siglo dieciocho, cuando sometieron sus constituciones a la aprobación popular. Hoy en día treinta y nueve estados de la Unión Americana autorizan a sus gobiernos la realización de consultas ciudadanas sobre distintas cuestiones.

El referéndum también se encuentra contemplado en las Constituciones de varios países europeos. En Suiza, por ejemplo, el refrendo es considerado como una de las fuentes de la soberanía; en 1802 la Constitución Helvética reconoció a los habitantes de los cantones (unidades políticas autónomas de la República Helvética) la facultad de tomar sus decisiones por medio de asambleas; en 1840 los cantones empezaron a someter sus constituciones al veredicto popular, lo que fue retomado a nivel federal en 1848. En 1874, este recurso se extendió de manera facultativa al conjunto de leyes federales y de aplicación general; la enmienda de 1921 lo extendió a la ratificación de los tratados internacionales⁶⁹.

En Italia la existencia de la *referenda abrogativa* permitió en los años setentas y ochentas importantes cambios en la legislación, que obtuvieron el reconocimiento del divorcio civil, la despenalización del aborto y el control del financiamiento de los partidos. En España, los artículos 167 y 168 de la Constitución prevén el *referéndum* para la sanción definitiva a la reforma de la Constitución⁷⁰.

En Francia, el artículo 11 de la Constitución de la Quinta República le permite al Presidente proponer reformas a las leyes sin la intervención del parlamento mediante consulta popular; asimismo le autoriza someter a referéndum, a petición del gobierno o de las cámaras, los acuerdos o tratados internacionales que sean contrarios a la Constitución o que «afecten el funcionamiento de las instituciones existentes», instrumento que ha sido utilizado en varias

⁶⁸ Las referencias están en: Prud'homme, Jean François. *Consulta popular y democracia directa*. México, Cuadernos de Divulgación Democrática, Instituto Federal Electoral, 1999., p. 28–39.

⁶⁹ Un panorama sobre los instrumentos de la democracia referendaria en Suiza: Caminal, Miquel. *El federalismo pluralista. Del federalismo nacional al federalismo plurinacional*. Barcelona, Paidós, 2002 p. 179-189. Ver también: Prud'homme, Jean François. *Op. cit.*, *supra* nota 68; asimismo ver: Concha Cantú, Hugo. *Sistema Representativo y democracia semidirecta*. México, Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

⁷⁰ Cfr.: Aragón Manuel. *Op. cit.*, *supra* nota 67, p. 73.

ocasiones⁷¹. En Inglaterra, el ingreso a la Unión Europea dio lugar al único *referéndum* en su historia, lo que ratifica su condición de excepcionalidad como forma reflexiva de auto regulación.

El Plebiscito, una distinción semántica

El plebiscito, es una forma particular de referéndum facultativo, de carácter excepcional, que recae sobre los actos de gobierno. Tiene su origen en el *plebiscitum* romano, figura de carácter arbitral a la que se recurrió durante la República para legitimar los actos del gobierno. La naturaleza discrecional de los plebiscitos los ha identificado como instrumentos dictatoriales al servicio de los órganos de gobierno; no olvidemos que fueron los líderes de las dictaduras como Napoleón, Franco, Hitler o Pinochet quienes utilizaron esta institución para justificar sus políticas, de donde viene la connotación peyorativa del concepto plebiscitario.

En este sentido, Héctor Gross Espiell se pronuncia por distinguir el referéndum, la reforma, derogación o iniciativa legal, del plebiscito en el que, con independencia de sus consecuencias jurídicas, se estaría en presencia de consultas sobre hechos y actos políticos y no sobre actos normativos⁷². El plebiscito, como un recurso del príncipe, le da medios para orientar la política en caso de conflicto con los representantes, como un instrumento maniqueo, que supone la elección entre dos opciones contrapuestas.

En la actualidad la celebración de un plebiscito debe tener un carácter excepcional de modo que se requiere de su procedencia constitucional así como de las garantías de un Estado democrático de derechos.

5.2.3. La capacidad de iniciativa legislativa ciudadana

La capacidad de la ciudadanía para presentar una iniciativa de reforma legislativa también tiene diferentes modalidades, una de ellas consiste en la capacidad de los ciudadanos presentar propuestas legislativas, iniciativas de reforma, adición y derogación de leyes o de la Constitución, para su

⁷¹ El 3 de mayo de 1946 los franceses rechazaron el texto de Constitución aprobado por la Asamblea Nacional que creaba la ley sobre la autodeterminación de Argelia; otros temas que fueron sometidos a consulta popular fueron motivadas la creación de las regiones, los acuerdos de *Maastricht* y el ingreso de nuevos países a la Unión Europea. Cfr: Prud'homme, Jean François. *Op. cit.*, *supra* nota 68. p. 39-43.

⁷² Gross Espiell, Héctor. "Democracia directa y sistema representativo en el Uruguay". En: Concha Cantú, Hugo. *Sistema Representativo y democracia semidirecta*. México, Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002. pp. 291 – 299.

deliberación, aprobación o rechazo en los órganos correspondientes. En este caso, la Constitución otorga a un número calificado de ciudadanos la facultad de obligar a los poderes representativos a iniciar el procedimiento para sancionar la iniciativa y proceder a su dictaminación, discusión y votación.

Se considera que el reconocimiento de la capacidad de iniciativa legislativa a los ciudadanos y a las organizaciones de la sociedad civil, estas se involucran en la definición de las normas con base en sus necesidades y se convierten en actores públicos del proceso de discusión de las normas relacionadas con sus intereses directos.

Varios estados de la Unión America incluyen en sus constituciones la iniciativa popular; desde 1904 en aquel país se han presentado un sinnúmero de iniciativas de este tipo en el orden estatal, 40 por ciento de las cuales han sido aprobadas. No obstante en el nivel federal no existe la facultad popular para iniciar leyes, aunque el Reglamento Interior del Congreso General establece el procedimiento que debe darse a las peticiones presentadas por los ciudadanos para que puedan ser reconocidas como una iniciativa de ley⁷³.

La otra forma de la iniciativa legislativa ciudadana, como ya lo hemos visto, es el referendo derogativo ciudadano también conocido como petición popular, que sirve como contrapoder frente a la elite política que ocupa los cargos de representación. En este caso la Constitución atribuye a un número determinado de ciudadanos, en los casos y bajo las condiciones estipuladas, la capacidad para proponer la celebración de un referéndum derogatorio. Esta forma particular de la iniciativa popular, no sólo por su forma derogativa, sino porque no está dirigida al parlamento sino a los órganos electorales que están obligados a la celebración de un referendo para confirmar o derogar la legislación.

En España el artículo 92 de la Constitución prevé un instrumento denominado referéndum consultivo, que otorga al pueblo el derecho de veto de leyes (referéndum derogatorio) para lo cual se requieren al menos 500 mil firmas acreditadas⁷⁴. En el caso de Suiza para reformar la Constitución es necesaria una petición con 100 mil firmas de ciudadanos, recogidas en un

⁷³ Prud'homme, Jean François. *Op. cit.*, *supra* nota 68. p. 33-34.

⁷⁴ Aragón Manuel. *Op. cit.*, *supra* nota 67. p. 73.

plazo máximo de 18 meses, en los comicios para tal efecto se requiere una doble mayoría, de sufragios y de cantones. El referéndum derogatorio requiere de una petición de 50 mil firmas recogidas en un plazo de 90 días⁷⁵.

5.2.4. La revocación del mandato de los representantes

Esta figura es una variante invertida de la elección popular, en este caso la Constitución establece que los ciudadanos que eligieron a un representante tienen la atribución de revocar su mandato mediante veredicto popular, el cual se realiza a través de una petición popular que debe cumplir con ciertos requisitos, y que obliga a los órganos correspondientes a celebrar comicios para someter a la consideración del electorado la permanencia o remoción de su cargo del representante electo antes de que termine el plazo fijado por la ley.

Mediante la revocación del mandato, conforme la premisa constitucional, el representante mantiene su independencia durante el tiempo que dura su encargo, pero la pierde en el momento en que los electores lo determinen, porque ellos mantienen la última palabra sobre su permanencia.

Esta disposición fue utilizada en muchas formaciones políticas republicanas desde la Grecia antigua hasta la Revolución Francesa, pero fue desplazada por el sistema de representación democrática. En los Estados de la Confederación Norteamericana el derecho de revocatoria de mandato había sido un derecho habitual (la opinión pública lo consideraba como un derecho originario de la comunidad), sin embargo la Convención Federal de 1786 la descartó para proteger los intereses de la oligarquía contra «las decisiones apasionadas e irreflexivas del pueblo», que eran susceptibles de provocar consecuencias indeseables para la comunidad política.

Su desaparición provocó una fuerte reacción en contra al interior de los Estados de la Unión⁷⁶, cuyos habitantes defendían el principio de que «si una persona autoriza a otra a que realice cierto trabajo por ella, debe retener el poder de desplazarla de esa tarea». De allí que no debe de extrañar, como dice Gargarella, que «a la hora de aprobar o proponer enmiendas a la Constitución Federal, los representantes de estados como Rhode Island o Nueva York

⁷⁵ Prud'homme, Jean François. *Op. cit.*, *supra* nota 68. p. 36.

⁷⁶ Gargarella, Roberto. *Op. cit.*, *supra* nota 61. p. 95.

incluyesen entre sus reclamos, el pedido de revocatoria de mandato, especialmente de los miembros del Senado»⁷⁷.

En sus valoraciones sobre la democracia directa, Norberto Bobbio dedicó un importante espacio a la revocación del mandato, en buena medida para cuestionarla como elemento que deformaba el verdadero sentido de la elección repetida de los representantes como forma de sanción de su actuación y porque su inclusión en las Constituciones de los países «socialistas» había tenido como trasfondo el asegurar el mandato imperativo. No obstante, decía que tal vez no existía otro medio en manos de la ciudadanía para poder exigir cuentas a su representante.

Por su parte, Kelsen en su «Teoría General del Derecho y del Estado», cita a la Constitución de California, que en 1949, en su artículo XXIII, sección 1, señalaba que todo funcionario público municipal podía ser removido de su puesto por los electores⁷⁸.

5.2.5. La libertad de candidaturas a los cargos de representación política

La teoría contemporánea de la democracia admite que el sufragio universal integra dos libertades del ciudadano, la libertad de elegir entre opciones diversas, a la que se le denomina sufragio activo, y la libertad para postularse y ser electo a un cargo de representación popular, que se denomina sufragio pasivo. Cabría señalar que los términos de tal distinción positivista de la libertad política individual, distorsionan el sentido político que tiene la libertad del ciudadano para postularse como candidato a ejercer un cargo público, al definir como pasiva a una libertad que tiene que ver directamente con la participación activa directa de los ciudadanos en los órganos de gobierno.

El derecho a ser votado es un derecho reconocido en la Constitución liberal, sin embargo su ejercicio se encuentra configurado legalmente de manera excluyente para el ciudadano mediante el sistema de partidos políticos. La legislación sobre partidos políticos en la mayoría de los regímenes democrático-liberales del mundo subordina la libertad de postulación política del ciudadano, como un derecho político universal, a su configuración

⁷⁷ *Ibid.*, p. 71.

⁷⁸ Kelsen, Hans. *Teoría General del Derecho y el Estado*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1995. p. 344.

partidaria, como capacidad exclusiva de los partidos para instrumentar la «libertad pasiva».

Ningún régimen podrá ser calificado como democrático, como lo reconoce Manuel Aragón, mientras la universalidad del sufragio se limite a la atribución del voto activo dentro de los marcos del Estado nacional y mientras el sufragio pasivo se mantenga secuestrado por los partidos políticos a través de la legislación ordinaria. El voto pasivo será democrático sólo cuando haya sido atribuido a todos los ciudadanos y no solo a una parte de la sociedad, pues la fórmula que otorga a los partidos políticos su ejercicio no satisface la libertad política en todos sus términos⁷⁹ al excluir otras formas de asociación y expresión de la ciudadanía.

No obstante, en algunas legislaciones locales como la de la comunidad de Andalucía, en España las candidaturas los cargos representativos son aceptadas como una prerrogativa de las plataformas y coaliciones entre organizaciones ciudadanas, sindicatos o agrupaciones sociales. Esta atribución le quita a los partidos la exclusividad para proponer candidaturas en el proceso de elección de los cargos representativos, y permite que las asociaciones civiles, sin intermediación de los partidos, puedan tener una voz propia en los órganos deliberativos.

La Constitución española prevé el acceso de las candidaturas independientes a la elección de diputados y senadores, cuando estas cuenten con el apoyo de un porcentaje de 1% de ciudadanos inscritos en el censo, cuya firma acreditada, junto con la de los patrocinadores de la candidatura, debe acompañar la petición correspondiente, o bien cuando esta sea presentada por una Coalición de organizaciones civiles, sindicales y sociales⁸⁰.

5.2.6. La participación ciudadana en la administración pública.

Existen algunas experiencias, en ciudades importantes de países considerados emergentes, como India y Brasil en lo que ha tomado impulso una concepción participativa de la administración pública, que de acuerdo con Boaventura de

⁷⁹ Cfr: Aragón, Manuel. "Democracia y Representación. Dimensiones subjetiva y objetiva del derecho de sufragio". En: Orozco Henríquez, Jesús. *Democracia y representación en el umbral del siglo XXI*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México. pp. 17-21

⁸⁰ Es significativo el caso de Mozambique donde en 1988 se logró una articulación de asociaciones vecinales y sociales a nivel local, que presentaron candidaturas independientes y que arrebataron el 80% del total de los cargos a los partidos, con un resultado desastroso, de modo que hoy por hoy se ha retornado al sistema de candidaturas a través de los partidos.

Sousa surge desde «los intersticios que existen entre las instituciones intermedias o locales y la sociedad civil», que se traduce en experiencias de participación ciudadana donde las funciones administrativas se convierten en tareas de la sociedad y el conocimiento que brindan los actores sociales se sitúa en el centro de las decisiones públicas.

En Brasil, la experiencia del «presupuesto participativo», adoptada por el Cabildo municipal en la ciudad de Porto Alegre, funciona de manera informal, como resultado de la «decisión de un partido o movimiento de renunciar a su prerrogativa legal de decisión y transferirla a instancias de participación social». Se basa en la definición participativa de los recursos que serán asignados en el presupuesto municipal. Esto ha transferido la deliberación sobre el presupuesto al nivel local y barrial, abriendo el espacio para la participación de las organizaciones sociales y vecinales en la determinación del gasto público.

Este modelo ha sido imitado en otras ciudades del subcontinente, como Sao Paulo, Brasil; Punta del Este, Uruguay; o Lima, Perú⁸¹. En Kerala, estado gobernado por el partido comunista en el sur de La India, también fue aplicado un modelo similar de participación popular en el gasto público con resultados exitosos en materia de desarrollo y equidad social.

Este tipo de solución es posible, dice Boaventura de Sousa, en sociedades como las democráticas donde el vínculo que une a la justicia distributiva con la democracia ha devenido en un nexo constitutivo, que compele a la complejización de la metodología que la garantiza⁸². En este caso, dice Leonardo Avritzer, el aumento de la complejidad discursiva produce el desplazamiento de la división de poderes al seno de la administración pública, para compensar la arbitrariedad de las decisiones centralizadas y especializadas, que no agregan intereses ni procesan información⁸³, en áreas como el medio ambiente y la cultura⁸⁴.

⁸¹ De Sousa Santos, Boaventura. "Presupuesto participativo en Porto Alegre". En: De Sousa Santos, Boaventura. *Democratizar la democracia*. Fondo de Cultura Económica. México, 2005. p. 445.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ De Sousa Santos, Boaventura, Avritzer, Leonardo. "Para ampliar el canon democrático". En: De Sousa Santos, Boaventura, *Democratizar la democracia*. México, Fondo de Cultura Económica, 2004. p. 43.

⁸⁴ Avritzer, Leonardo. "Modelos de deliberación democrática". En: De Sousa Santos, Boaventura, *Democratizar la democracia*. México, Fondo de Cultura Económica, 2004. p. 492.

Los impulsores de esta experiencia sostienen que el ejercicio de control del gasto público por parte de los ciudadanos ha concitado un gran interés en la población, ha impulsado la participación de nuevos sectores, así como la rendición de cuentas de los gobernantes⁸⁵. El carácter tangible de los resultados y el aumento de los índices de desarrollo han dado crédito al modelo de presupuesto participativo como un modelo de administración donde los diferentes puntos de vista y propuestas sociales concurren en una misma jurisdicción.

Esta experiencia ha sido cuestionada debido a que su acción se centra en la distribución de los recursos públicos de modo que puede considerarse como una «forma embrionaria de democracia redistributiva» a la que se debería elogiarse por sus virtudes técnicas más que democráticas, debido a que su nexo constitutivo con la distribución de recursos lo hace susceptible de corporativizar la acción pública. Entre las virtudes se encuentra que fomenta la planeación descentralizada, transfiere las funciones de planeación y ejecución del nivel federal a los ámbitos locales, lo que ha permitido sustituir, en los diferentes niveles del gobierno donde se toman las decisiones presupuestales, a las élites burocráticas por los organismos de representación de base vecinal.

5.2.7. Los mecanismos de control a cargo de la ciudadanía.

Como hemos visto en otros capítulos, Ernest W. Böckenförde señala que la legitimación democrática material, que vincula las decisiones políticas con la voluntad de la ciudadanía, se realiza por diferentes vías: «(...) **mediante la** atribución de la legislación al Parlamento como órgano de representación del pueblo, legitimado mediante elección directa», mediante la «vinculación de los órganos del Estado a las leyes establecidas» y «mediante una «responsabilidad sancionada democráticamente, con los controles correspondientes, y adecuada para el tipo de tareas asumidas»⁸⁶.

Una vez que ha sido establecida la legitimación de los poderes representativos, dice Böckenförde, esta no puede volverse autónoma sino debe «poder retrotraerse siempre y de forma determinable» a la voluntad del pueblo y ha de ser responsable ante éste. Solo bajo esta presuposición normativa

⁸⁵ Heller, Patrick; Isaac, Thomas. "La política y el diseño institucional de la democracia: Lecciones de Kerala, India". En: De Sousa Santos, Boaventura, *Democratizar la democracia*. México, Fondo de Cultura Económica, 2004. pp. 319-362.

⁸⁶ Böckenförde, Ernst Wolfgang. *Op. cit.*, *supra* nota 2. p. 62.

puede decirse «que el pueblo actúa a través de sus representantes»⁸⁷. Entre las formas determinables de control que tienen una gran importancia como rasgos autoreflexivos están los que facultan, como parte del sistema de responsabilidad constitucional, la intervención ciudadana para la sanción de sus representantes.

Para muchos autores de la teoría constitucionalista la frontera entre la democracia representativa y la participativa residiría más en la capacidad que tienen los ciudadanos para controlar a sus gobernantes que en la concurrencia a las consultas populares. En esta perspectiva la participación ciudadana debería orientarse a sancionar la publicidad de los procesos político-administrativos, a la realización de auditorías ciudadanas de los poderes, a la apertura de la información reservada, a la transparencia a los poderes fácticos y a conseguir que todos los procedimientos del Estado sean públicos.

En el siglo veinte, en la mayoría de los países considerados como democráticos se han establecido procedimientos de responsabilidad administrativa, criminal, civil y política de los servidores públicos, entre ellos los que ejercen la titularidad de los cargos de representación popular. Ninguno de estos países garantiza el papel que tiene de la ciudadanía en los procedimientos de responsabilidad contra los servidores públicos.

En la mayoría de las legislaciones aún prevalece un insuficiente control de la autoridad, las hipótesis que configuran la responsabilidad de la actuación de los representantes no están suficientemente determinadas, de modo que los encargados del gobierno todavía realizan sus funciones de manera irresponsable. Por otra parte no existen mecanismos que vinculen a los ciudadanos con los procesos de información, transparencia y rendición de cuentas de los servidores públicos.

5.2.8. Otras formas de participación política

Existen otros instrumentos de participación política, principalmente en el nivel local, que enriquecen el principio democrático y que no se han consolidado aún en el régimen constitucional democrático. Entre estos se encuentran:

⁸⁷ *Ibid.*, p. 60.

1. ***El reconocimiento de autonomía local.*** La determinación constitucional de autonomía local para una entidad del Estado en un territorio determinado, es una forma de enriquecer el federalismo y acercar las decisiones sobre los asuntos públicos a las autoridades locales, y en su caso comunitarias, así como para permitir una representación más adecuada de los intereses de las regiones y comunidades.

Esto supone la aceptación de la potestad originaria de los gobiernos locales para normar ciertas materias como el presupuesto o para determinar las formas de su gobierno y del ejercicio de sus derechos políticos. La autonomía local tiene una fuerte proyección hacia los derechos políticos y civiles, pues reconoce una práctica común de ciertas comunidades políticas, como son por ejemplo los pueblos indios americanos, que favorece la intervención directa de los ciudadanos en los espacios deliberativos comunitarios.

Cuando dentro del Estado, las distintas posiciones del sujeto se enmarcan en contextos culturales distintos, es decir, cuando en la sociedad coexisten diferentes identidades político-jurídicas, los consensos sólo pueden lograrse sobre la base de la concurrencia de diversas praxis en la comunidad política nacional.

2. ***La audiencia pública y el cabildo abierto.*** Existen diversas experiencias de estas fórmulas de participación en el nivel del gobierno municipal en varios países, donde es posible que los ciudadanos y las juntas de vecinos hagan oír su voz en las deliberaciones públicas, conozcan directamente las posturas y propuestas de sus representantes y se abra un espacio para el diálogo entre los representantes y los ciudadanos, como base para llegar a acuerdos en torno a la acción pública. Estos elementos actúan como factores de control que son necesarios en temas como la prestación de servicios y la definición del presupuesto.

3. ***La ciudadanización de las funciones públicas.*** Más allá del carácter retórico del término, el concepto busca expresar los criterios que deben reunir los titulares de ciertos órganos del Estado, encargados de funciones que requieren imparcialidad y especialización técnica. En este caso la designación se realiza mediante mecanismos de colaboración entre los poderes del Estado y recae en personalidades honorables de la sociedad civil o en especialistas. La

ciudadanización constituye una garantía de imparcialidad de aquellos órganos a los que se ha dotado de autonomía constitucional. Su carácter como órganos ciudadanos es relativo, pues no son un medio de participación que esté a la mano de cualquier ciudadano, sino de los especialistas y eméritos que son designados en esos cargos.

4. ***La constitucionalización y reglamentación de los sistemas de planeación y consulta.*** Resultado del constitucionalismo de los Estados del llamado «socialismo real», los sistemas de planeación y consulta han sido adoptados en los regímenes democrático-liberales con muy poco éxito ya que adolecen de instrumentos de aplicación y sanción. Estos instrumentos de política pública del Estado democrático permiten integrar la participación de los ciudadanos, así como de las organizaciones sociales y civiles, en la definición de las políticas públicas del Estado democrático, a partir de un sistema integral que les permita intervenir en las etapas de diagnóstico, formulación, aprobación, aplicación y evaluación de los planes políticas públicas.

Con la salvedad de los esquemas de participación promovidos por el denominado «presupuesto participativo», en algunas pocas localidades, donde la planeación se orienta a la realización de los cometidos económicos y sociales, la planeación democrática es hoy en día sólo un principio declarativo del Estado liberal.

5. ***La instauración de procedimientos de conciliación en el ámbito judicial.*** La incorporación de instancias de conciliación en juicios del orden criminal, que cuentan con la participación de las organizaciones ciudadanas en la legislación criminal y administrativa en Holanda o en Suecia, ha sido destacada como una medida que busca la participación directa de la ciudadanía en los procedimientos de sanción de las conductas ilícitas y determinación de las responsabilidades correspondientes. Esto se logra a través del reconocimiento legal de instancias arbitrales autónomas, procedentes de la sociedad civil, con autoridad para la solución de las controversias por sus propios medios, especialmente en materia de delitos patrimoniales, a través de fórmulas que

buscan la retribución del daño y el trabajo social del inculpado, como un paso previo a la intervención judicial⁸⁸.

5.2.9. Instrumentos políticos de participación en América Latina.

En los años noventa del siglo pasado, temáticas como la regulación de los mercados, el ensanchamiento de la esfera pública y la acción local, contribuyeron para que los partidos socialdemócratas de América Latina se inclinaran hacia la democracia participativa como fórmula frente a la crisis del régimen político democrático que había llevado a un colapso autoritario en varios países de Sudamérica. Los instrumentos participativos fueron aceptados como parte de un proceso general de democratización por medio del cual se avanza hacia el control del Estado y del mercado.

Con la salvedad de que un aparatado más adelante se realizará una valoración de la experiencia participativa latinoamericana, a continuación se presenta un panorama de la implementación de cada uno de los instrumentos en el contexto regional.

1. El referéndum. En pocos países latinoamericanos se reconoce el refrendo sobre las reformas constitucionales. En 1957 Uruguay fue el primer país latinoamericano en adoptar este mecanismo, que requiere un *quórum* del 35 % del electorado para tener validez como procedimiento vinculante. En Colombia la Constitución reconoce el referéndum constitucional para los temas de derechos humanos y participación popular y para tener validez debe contar con un 25% del padrón electoral. Chile y Paraguay también incluyen en sus constituciones el refrendo constitucional, mientras que en Perú, se prevé un «referéndum constitucional arbitral», que se aplica durante el proceso de reforma constitucional en una situación de conflicto entre poderes.

2. Consulta popular facultativa. Varios países latinoamericanos cuentan con la consulta popular facultativa, Argentina la adoptó en su Constitución en 1994, aunque no ha legislado sobre el tema; Brasil lo hizo en 2001 pero tampoco la ha reglamentado; Colombia, cuya Constitución de 1991 fue reformada en 2001, adoptó varios instrumentos de consulta popular facultativa y obligatoria

⁸⁸ Con base en la apelación popular de sentencia vigente en Colorado. Cinco por ciento de la población puede pedir que se someta a referendo una ley que el Tribunal Supremo haya declarado inconstitucional. Cfr. Escobar Fornos, Ivan. *Op. cit.*, *supra* nota 63. p. 146.

pero no los ha utilizado; entre ellos está la consulta obligatoria a los pueblos indios sobre los proyectos que afecten sus derechos fundamentales. Ecuador, Uruguay y Venezuela cuentan con la consulta popular facultativa de leyes con carácter vinculante, mientras que en Argentina y Paraguay el Congreso determina si la consulta es obligatoria o no. Otros países con consulta popular son Salvador, Guatemala, Panamá, Perú y Nicaragua.

3. Refrendo derogatorio de leyes. En Venezuela la Constitución de 1999 incluyó referendo revocatorio de leyes a nivel federal⁸⁹; Costa Rica también reconoce un referéndum derogatorio popular de leyes con base en una petición popular que requiere de un número de firmas equivalente al 5% del padrón. La Constitución de Argentina lo reconoce sólo cuando el Congreso o el Presidente previamente han presentado una consulta no vinculante al electorado, la petición debe contar con número de firmas equivalentes a 1.5% del padrón distribuidos en al menos seis distritos electorales; el resultado es vinculante solo si a los comicios acudió al menos un 35% del electorado⁹⁰.

En Bolivia el referéndum derogatorio de leyes requiere de una petición ciudadana respaldada por un 6% del electorado; también se reconoce en el nivel municipal pero en este caso se requiere que la petición se encuentre respaldada por un 10% de los electores del Municipio; en ambos casos la petición popular de refrendo debe pasar por un control constitucional previo que permite que los resultados sean vinculantes. Colombia, Panamá y Uruguay también reconocen el *referenda* derogatorio de leyes con carácter vinculante mediante iniciativa ciudadana.

4. Revocación de mandato. Colombia, Ecuador, Panamá y Venezuela consideran la revocación del mandato en su Constitución en todos los niveles del gobierno⁹¹; la Constitución Bolivariana de Venezuela de 1999 en su artículo 72 señala que todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables, incluso el de Presidente de la República. Para su procedencia se requiere que la petición este suscrita por un 20% de los electores del municipio, distrito o circunscripción donde fue electo el representante cuyo

⁸⁹ Molina, José Enrique. *Democracia representativa y participación política en Venezuela*. San José, Centro de asesoría y promoción legal, 1999.

⁹⁰ Bóckel, Juan José. "Argentina". En: Escobar, Guillermo y Guedan, Moguel. Madrid, *Democracia e instituciones en América Latina*. Editorial Dykinson, 2005.

⁹¹ Zovatto, Daniel. *Op. cit.*, *supra* nota 64, p. 78.

mandato se pretende revocar y que la petición haya sido presentada después de la primera mitad de su mandato. Los resultados de los comicios son vinculantes si la opción vencedora es apoyada por un «número de votantes igual o mayor» que los que lo eligieron, y que haya un quórum del 25% del padrón⁹².

La Constitución de Ecuador de 1998, en su artículo 26, establece «el derecho general» (no circunscrito al ámbito federal o local) de «revocar el mandato que los ciudadanos confieren a los dignatarios de elección popular». La petición debe estar suscrita por un número de ciudadanos equivalente al 30% del padrón respectivo para la elección de diputados o poderes locales.

Por su parte, los artículos 103 y 104 de la Constitución de Colombia de 1993, reconocen que la figura de la revocatoria, como parte del Título que trata de las «Formas de Participación Democrática», es una forma de ejercicio de la soberanía del pueblo colombiano. La petición popular debe contar con un respaldo de un número de ciudadanos equivalente al menos al 55% de la votación válida emitida cuando se eligió el representante cuyo mandato se pretende revocar. Para tener efectos vinculantes la opción ganadora debe contar con mayoría absoluta y en los comicios debió haber participado un 30% del padrón⁹³.

5. Iniciativa popular. Este instrumento está reconocido en las Constituciones de Argentina, Brasil, Cuba, Colombia, Ecuador, Guatemala, Perú, Venezuela, El Salvador, Nicaragua, Paraguay y Uruguay. Sólo en este último país la iniciativa popular puede presentarse también para proponer una reforma constitucional⁹⁴. Los requisitos, en cuanto al número de ciudadanos, para que prospere la petición son variables: Cuba con 10 mil ciudadanos electores y Venezuela con 20 mil electores, parecen requerir un número más accesible de firmas que en Colombia, donde la debe presentar el 5% de ciudadanos del censo electoral, en Ecuador, donde debe hacerlo un número de ciudadanos equivalente al 10% del padrón; o en Paraguay donde la petición la debe suscribir un 2% de ciudadanos inscritos en el padrón.⁹⁵

⁹² Aragón, Manuel. "Revocatoria de mandato". En: AA. VV. *Diccionario Electoral*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Federal Electoral, México, 2 tomos. 2003. p. 1146.

⁹³ Viana, Andre. *Op. cit.*, *supra* nota 42. p. 96-100

⁹⁴ Zovatto, Daniel. *Op. cit.*, *supra* nota 64. p. 35.

⁹⁵ Bóckel, Juan José. "Paraguay" En: En: Escobar, Guillermo y Guedan, Moguel. Madrid, *Democracia e instituciones en América Latina*. Editorial Dykinson, 2005. p. 246.

6. Presupuesto participativo. En Brasil, en las ciudades donde ha gobernado el Partido del Trabajo se ha impulsado la participación popular en la discusión, elaboración y ejecución del presupuesto público municipal. La experiencia más conocida se verifica como ya hemos visto en la ciudad de Porto Alegre. Este instrumento carece de un reconocimiento jurídico formal, funciona como una prerrogativa de la cámara de ediles, ante la cual la prefectura presenta los acuerdos y el cabildo tiene la facultad de aprobar a denegar. Sin embargo es el resultado de un largo proceso de interacción entre los órganos de planeación, decisión y ejecución de la administración pública y las instancias de representación ciudadana de carácter territorial, en el que se discuten las prioridades de inversión y los destinos de una parte del gasto municipal conforme a las necesidades y razonamientos expuestos en el Consejo Presupuestal Popular. En los últimos años este procedimiento se ha hecho más complejo, mediante la incorporación de plenarias regionales y temáticas, así como de un Consejo de Delegados⁹⁶.

Este instrumento configura «un modelo de cogestión de lo público» que reconoce una autonomía relativa del gobierno y de las organizaciones comunitarias, lo que ha enriquecido los criterios de justicia distributiva e influido en la transformación de la cultura política de la sociedad, de una cultura de la protesta a una cultura propositiva de argumentación, deliberación y negociación sobre los problemas públicos.

Mucho se ha discutido a torno la calidad de la representación que genera el presupuesto participativo, se cuestiona que una tarea de esta naturaleza requiere de información relevante especializada a la que sólo tiene acceso el gobierno y que con este programa el gobierno sólo busca cooptar a los grupos vecinales, distorsionando sus prioridades e imponiéndoles su agenda política,⁹⁷. En «La democracia socialista del Siglo XXI» Claudio Katz⁹⁸ sostiene que la experiencia de presupuesto participativo de Porto Alegre fue absorbida como fórmula de manejo corporativo del gasto social, que no logró realmente delinear una fórmula alternativa para un auténtico control del Estado ni del mercado.

⁹⁶ De Sousa Santos, Boaventura. «Op. cit., supra nota 81. p. 400.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 451.

⁹⁸ Katz, Claudio. *La democracia socialista del Siglo XXI. El porvenir del socialismo*. Buenos Aires, Ed. Herramienta e Imago Mundi, 2004.

7. Candidaturas independientes. En la mayoría de los países latinoamericanos los partidos mantienen el monopolio de la postulación de candidatos para los puestos de elección popular. La excepción la constituyen las constituciones de Colombia, Perú, Venezuela, Chile, Ecuador, y a nivel legislativo Honduras y República Dominicana, donde los ordenamientos electorales legitiman, no sólo a los partidos sino también a las agrupaciones sociales y los movimientos ciudadanos de carácter independiente para presentar candidatos a los puestos de elección popular⁹⁹. En estos países la ley electoral exige un número muy elevado de personas inscritas en el padrón para poder presentarla.

En Colombia el artículo 108 de la Constitución reconoce el voto pasivo para los partidos y los movimientos políticos, definidos como grupos significativos de ciudadanos, pero en los hechos se les requieren los mismos requisitos que a los partidos para funcionar¹⁰⁰. Por su parte, el artículo 35 de la Constitución del Perú reconoce la legitimación para postular candidatos a los partidos, a los movimientos regionales y los movimientos locales.

Entre las legislaciones electorales, la chilena se inclina por garantizar la igualdad de oportunidades para las candidaturas independientes frente a los partidos políticos. Al efecto, la norma constitucional expresada en el artículo 19.5 establece la plena igualdad entre los candidatos independientes y los miembros de partidos políticos tanto en la presentación de candidaturas como en su participación en procesos electorales¹⁰¹.

La Constitución Política de Bolivia, en sus artículos 63, 64, 88 y 223 establece lo que ha sido llamado un «sistema democrático mixto»¹⁰², en el que la representación popular se ejerce a través de los partidos políticos, las agrupaciones ciudadanas y los pueblos indígenas. La Ley de Agrupaciones Ciudadanas y Pueblos Indígenas define las agrupaciones ciudadanas como «personas jurídicas de derecho público, sin fines de lucro, con carácter indefinido, creadas exclusivamente para participar por medios lícitos y

⁹⁹ Aragón, Manuel. *Op. cit.*, *supra* nota 99. p. 19.

¹⁰⁰ Viana, Andre. *Op. cit.*, *supra* nota 42. p. 96.

¹⁰¹ Esta normativa se repite en la legislación electoral chilena entregando Un conjunto de garantías a los candidatos independientes. García Rodríguez, Juan Ignacio. "Candidaturas independientes" En. Aa. Vv. *Diccionario Electoral*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Federal Electoral, México, 2 tomos. 2003. p. 133.

¹⁰² Soto Ríos, Sonia. *Op. cit.*, *supra* nota 42. p. 27-54.

democráticos en la actividad política del país, a través de los diferentes procesos electorales para la conformación de los poderes públicos»¹⁰³.

Las transformaciones recientes realizadas en la Constitución de Bolivia sustentan una noción de derecho electoral abierta que opera tanto para la selección de representantes como para «la adopción de decisiones trascendentes» y que integra un Tribunal Constitucional. Se dispone que los pueblos indios participen en la formación de la voluntad popular a través de «organizaciones con personalidad jurídica reconocidas por el Estado, cuya organización y funcionamiento obedece a usos y costumbres ancestrales» que cuentan con capacidad para postular candidatos en los procesos electorales y que ordena una cuota de 50% de mujeres en todas las candidaturas¹⁰⁴.

5.2.10. Valoración de los instrumentos participativos en América Latina

La integración en el orden constitucional de algunos instrumentos de participación ciudadana en varios países latinoamericanos fue una medida adoptada por las elites políticas y económicas de esos países en la década de los años noventa, en un contexto de crisis económica, que buscaba dotar de legitimidad al proceso de «restauración democrática» frente al colapso autoritario al que habían llevado los regímenes militares instaurados en la región, frente a las protesta social y política, que establecieron un Estado de excepción y suprimieron las libertades civiles y políticas.

En el marco de la restauración de la República, como lo observa Daniel Zovatto, los representantes presentaron las formulas de participación como oferta para poder llegar al poder político, por su parte las Asambleas que redactaron las nuevas constituciones se valieron de los instrumentos de participación política como medio de legitimación del nuevo régimen de representación democrática. No obstante, Zovatto señala que con estos instrumentos la sociedad civil de la región no ha ganado un mayor protagonismo en las deliberaciones públicas, ni se han fortalecido los niveles de control ciudadano sobre el gobierno o sobre otros órganos del sistema representativo.

¹⁰³ La Constitución de Bolivia es del 20 de febrero de 2004, la Ley de agrupaciones ciudadanas del 6 julio de 2005. *Ibid.*, p. 44.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 45.

Por el contrario, como lo señala Zovatto, estos instrumentos han operado de manera muy limitada en la generación de cambios políticos, sociales o económicos en la sociedad y en los regímenes latinoamericanos¹⁰⁵. Existen diversas causas de esta falta de influencia política, entre ellas se encuentra el hecho de que su introducción fue el resultado de una concesión política por parte de los partidos políticos, que no han impulsado las reglamentaciones necesarias para poder aplicarlas, como ocurre en el caso argentino y brasileño.

Asimismo han sido muy pocas las ocasiones las que estos instrumentos han sido convocados, ya sea por las dificultades para cubrir los requisitos que requiere la presentación de una petición ciudadana o bien por la renuencia de los representantes para convocarlas y aplicarlas, o cuando lo han hecho el nivel de desinformación ha sido tan alto, los poderes fácticos especialmente los comunicativos han puesto todos los obstáculos para que el ejercicio de estos instrumentos pueda realizarse en condiciones de equidad, y el nivel de participación ha sido muy bajo¹⁰⁶.

En este sentido, cabe recordar también que la legislación de los países latinoamericanos que reconocen instrumentos participativos, ya sea mediante la fórmula de petición popular, referéndum derogatorio o de las candidaturas independientes, impone condiciones muy elevadas para aceptar su procedencia, como es la colección de una cantidad de firmas equivalentes a las que se requieren para formar un partido político o a un porcentaje muy elevado del padrón, lo cual las hace inviables.

Si buscamos otras razones nos encontraremos con que en el derecho latinoamericano no existe una unidad conceptual en torno a los criterios y términos que deben operar y regular este tema, de modo que no existen una valoración comparada que permita orientar nuestras presunciones en torno a las causas de la poca fuerza de los medios participativos en Latinoamérica como instrumentos para impulsar cambios desde la sociedad.

La excepción es el caso uruguayo. La experiencia de este país debe destacarse porque expresa el trasfondo material que pueden comportar los procedimientos participativos como forma ejercicio de la libertad política. En la

¹⁰⁵ Zovatto, Daniel. *Op. cit.*, *supra* nota 64. p. 80-81.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

República Oriental del Uruguay los instrumentos participativos han sido utilizados por la sociedad civil en diversas ocasiones para orientar las políticas de Estado¹⁰⁷. En principio la Constitución en su concepto de soberanía sigue un criterio práctico, no es el pueblo el que ejerce la soberanía, sino que existe un «ejercicio directo de la soberanía nacional [por parte] del cuerpo electoral» a través de la elección popular, la iniciativa popular y el referéndum derogatorio¹⁰⁸.

En 1980, durante el periodo de la dictadura militar de 1973-1985, se presentó un plebiscito popular, cuyos resultados fueron desfavorables para el régimen militar, lo que abrió un proceso de negociaciones que dio paso a la restauración democrática. En 1989, una coalición de organizaciones y partidos políticos de izquierda presentó un referéndum en torno a la Ley de Amnistía en 1889, que actuó como medio para la legitimación del proceso de restauración de la democracia representativa. En este caso, no obstante que se mostró la disconformidad de la ciudadanía con la clase política y se logró convocar a un fuerte movimiento social, la iniciativa fracasó en el intento de detener una ley que resolvía no sancionar la violación de derechos humanos durante la dictadura.

Unos años más tarde, en 1992, la misma coalición de organizaciones políticas y sociales, mediante una petición popular de referéndum, logró la derogación de una ley que autorizaba la privatización de la empresa telefónica uruguaya. Sin embargo, en los años posteriores, cuando se convocó a referéndum para derogar una ley sobre la distribución de energía, los resultados no fueron favorables, tampoco cuando se intentó por esta vía atacar el sistema privado de retiros y pensiones. Otra iniciativa en 1999, para defender al sector de los maestros de enseñanza también fue derrotada.

Salvo las experiencias comentadas de Uruguay, y las consultas populares realizadas en esta década en Venezuela, en torno a la nueva Constitución de ese país y a la continuidad del mandato representativo del Presidente Hugo Chávez, así como las modalidades de régimen mixto en Bolivia, en el resto de los países de América Latina, los instrumentos político-participativos no han jugado ningún rol en la definición de las decisiones político-económicas

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 94.

¹⁰⁸ Gross Espiell, Héctor. *Op. cit.*, *supra* nota 72. p. 297.

nacionales o en la configuración del contexto normativo del sistema democrático representativo de los países de la región. De hecho, como hemos visto en los casos de los países más importantes, como Brasil y Argentina, estos no se encuentran reglamentados y en México ni siquiera se encuentra integrado en el nivel federal.

Las condiciones políticas y económicas de los países de la región, así como las prácticas informales y la concentración de atribuciones por parte de quienes ocupan el poder en estos países, que caracterizan a los regímenes en América Latina como «Estados fallidos»¹⁰⁹, hace que los mecanismos de democracia participativa jueguen como un elemento distorsionador del sistema. Por eso, la mayor parte de los teóricos pluralistas de la democracia de la región, como Daniel Zovatto, recomiendan evitar su uso indiscriminado y establecer límites claros para su aplicación¹¹⁰.

5.2.11. La democracia participativa como complemento de la representación democrática

El avance en el reconocimiento de algunos instrumentos de democracia participativa en el constitucionalismo contemporáneo ha generado dos posturas contrapuestas en la teoría democrática en torno al el papel que estos juegan en el sistema representativo, que pueden reinterpretarse también como dos visiones distintas de la relación entre el Estado y la sociedad. Una está representada por la teoría normativa, a la que se adhiere quien esto escribe, que considera que los instrumentos participativos juegan un importante papel como elementos reflexivos que favorecen la apertura constitucional y el enriquecimiento de los significados de los principios y procedimientos constituyentes de la democracia representativa y la forma como se toman las decisiones en Estado contemporáneo.

Por otro lado se encuentra la postura de la teoría analítica, de orientación positivista, que considera que el ejercicio de los instrumentos representativos pone en riesgo la estabilidad del régimen democrático, cuyos requerimientos internos se saturan y colapsan por la participación intensa de la ciudadanía o la

¹⁰⁹ El concepto de “Estado fallido” ha sido adoptado por diversas voces en los Estados Unidos para referirse a Estados como Irán, Pakistán o Irak, y recientemente a México, en loOs que el Estado carece no sólo de capacidad para articular los intereses sociales, sino que carece de la fuerza necesaria para hacer valer la legalidad y el Estado de derecho, para enfrentar a los poderes fácticos, así como para superar las condiciones de inestabilidad permanente.

¹¹⁰ Zovatto, Daniel. *Op. cit.*, *supra* nota 64. p. 100.

existencia de demasiados vínculos del sistema jurídico con su entorno de carácter político y social.

De acuerdo con Boaventura de Souza Santos la disputa entre estas dos posturas en torno a los significados de la democracia, si como elemento de representación o de participación, puede derivar en un futuro cercano en uno de los conflictos centrales entre las naciones del norte y las del sur, como expresión de la tensión necesaria que existe entre los movimientos sociales y los medios de participación política democrática, por un lado, y los sistemas de representación democrática, como medios de dominación política en el capitalismo, por el otro.

Las teorías normativas

Al centrar su atención en los elementos de validez del sistema, las teorías normativas enfilan sus razones hacia la defensa de un modelo de Estado constitucional en el que las instituciones representativas se complementan con los instrumentos de democracia participativa, como imperativo para el perfeccionamiento y legitimación de los sustratos materiales del pacto¹¹¹. En este sentido, Robert Gargarella considera que su presencia en el contexto liberal fortalece el ideal de gobierno republicano, que inspiró las revoluciones burguesas en Francia y Norteamérica, entendido conforme la filosofía contractualista iusnaturalista como aquel que es llevado a cabo de manera directa y personal por la ciudadanía¹¹².

En un contexto político-jurídico en el que no existen otras fórmulas de participación de los ciudadanos que los procesos electivos y los partidos políticos, la incorporación instrumentos de democracia participativa, se considera podrían orientar el hecho político, como lo señala Françoise Prud'homme, hacia una «inmediatez de las interacciones», una relación «*tête a tête*», un diálogo entre los participantes del pacto, que aliente su interés en los asuntos públicos, fomente la educación, aumente la responsabilidad de la clase política y de los medios de comunicación. Un régimen que mantiene una atención permanente a la opinión del ciudadano y no solo en tiempo de elecciones¹¹³.

¹¹¹ Sartori, Giovanni. *Teorías de la democracia. 1. El debate contemporáneo*. Madrid, Alianza Universidad, 1988. p. 156.

¹¹² Gargarella, Roberto. *Op. cit.*, *supra* nota 61. p. 55.

¹¹³ Prud'homme, Jean François. *Op. cit.*, *supra* nota 68. p. 35.

En el contexto teórico neo constitucionalista y garantista se considera que la inclusión de estos instrumentos supondría un cambio de grado en el concepto de soberanía, relacionado con las fuentes por medio de las cuales se decide el derecho, lo que tiene como efecto inmediato la legitimación del pacto político¹¹⁴. La existencia de instrumentos de democracia participativa sería, de acuerdo con Manuel Aragón, una condición indispensable para que el régimen democrático pueda cumplir con el principio de soberanía popular, de suerte que no quedara en manos de los legisladores la última palabra sobre la definición del contexto normativo, (sobre todo de los legisladores que tienen la capacidad de cambiar la Constitución, que los convierte en los verdaderos soberanos del régimen representativo)¹¹⁵.

Al analizar la experiencia de la Constitución de Weimar, Kelsen señalaba que para poder contener los «efectos perversos de la representación» era necesario que la ciudadanía sancionara en última instancia las decisiones representativas, el jurista austriaco pensaba que el ejercicio directo de las funciones de soberanía era el gobierno que mejor cumplía con el ideal democrático¹¹⁶.

La consolidación y desarrollo de algunos instrumentos participativos en el constitucionalismo europeo en la segunda mitad del siglo veinte, como lo observa Böckenförde, fortaleció la concepción normativa de estos instrumentos de participación y reforzó su papel como mecanismos políticos de control y equilibrio de los poderes representativos. De acuerdo con este autor, estos instrumentos ofrecen un ejercicio de autorregulación que fortalece el sistema de representación democrática porque «permite equilibrar y controlar el poder de los partidos»¹¹⁷ lo que «restringe y minimiza» los rasgos representativos y de mediación en sistema¹¹⁸.

Los defensores de los instrumentos participativos, como Ana María Rivadeo, subrayan que su inclusión en el régimen constitucional no sólo a fortalecería la institucionalidad democrática sino que permitiría proyectar a la ciudadanía

¹¹⁴ Se usa la expresión «democracia participativa» y no la de «democracia plebiscitaria» porque el adjetivo *plebiscitario* alude al aspecto mayoritario de la democracia y no al participativo.

¹¹⁵ Aragón, Manuel. «Plebiscito». Aa. Vv. *Diccionario Electoral*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Federal Electoral, México, 2 tomos. 2003. p. 985

¹¹⁶ Kelsen, Hans. *Op. cit.*, *supra* nota 78, p. 342-346.

¹¹⁷ Böckenförde, Ernst Wolfgang. *Op. cit.*, *supra* nota 2. p. 124.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 135.

hacia la libertad política, lo que a su vez alienta una reformulación de la praxis ciudadana, que es asumida como parte constituyente del pacto político¹¹⁹.

El contexto participativo, a través de múltiples actividades e iniciativas de los ciudadanos en el orden institucional y social, daría origen a una nueva forma de ciudadanía democrática impulsada por la movilización de las organizaciones y movimientos de la sociedad civil, de la que surgirían los acuerdos y directrices necesarios para la definición del contexto normativo. La sociedad civil tendría un rol vital en la democracia como fuente expresiva para la definición de los contenidos de la norma. Según el sociólogo Alain Touraine, en un contexto institucional participativo, los movimientos sociales jugarían un doble papel como «sistemas de reconocimiento social que expresan identidades colectivas» y como «intermediarios políticos no partidarios», que permiten articular las necesidades de la esfera pública y las vinculan con los aparatos institucionales del Estado.

En este sentido, diversos autores observan que en los regímenes contemporáneos se presentaría una tendencia «global e irreversible dentro del sistema de pesos y contrapesos constitucional»¹²⁰, como lo podemos ver en los regímenes de Europa y de muchos países de Latinoamérica, para hacer posible el «control de las autoridades» por parte de los ciudadanos y permitir que sean escuchadas algunas voces sociales que nunca habían sido tomadas en cuenta¹²¹.

Las teorías realistas y positivistas

Las teorías realistas y pluralistas de la democracia ponen el énfasis en el carácter contradictorio entre los principios de la democracia representativa y la democracia participativa. En esta perspectiva los instrumentos participativos no son elementos constituyentes del régimen sino sólo elementos operacionales de la relación sociedad y Estado. La preocupación central en este caso reside en proteger los «elementos constitutivos de la representación»,

¹¹⁹ Rivadeo, Ana María. “La reinención democrática de la Nación”. En: Bejar, Raúl y Rosales, Héctor. *La Identidad nacional mexicana como problema político y cultural*. México, Siglo veintiuno editores, Universidad Nacional Autónoma de México, 1999. p.188.

¹²⁰ González Oropeza, Manuel. “Participación ciudadana como complemento del gobierno representativo”. En Orozco Henríquez, Jesús. *Democracia y representación en el umbral del siglo XXI*. IJ, México. p. 263.

¹²¹ Cronin, Thomas E., “Direct Democracy: The Politics of Initiative, Referendum, and Recall”. Citado en: Cárdenas Gracia, Jaime. Cárdenas Gracia, Jaime. “The theoretical basis for participatory and deliberative democracy”. En: *Mexican Law Review*. 6 July-dec, 2006 Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. p. 74.

como son los partidos políticos, las elecciones y el sistema de competencia política, que ofrecen estabilidad al régimen político, de modo que el ejercicio de los derechos participativos sólo tendría sentido si coadyuvara a la protección de los principios del sistema.

Los autores formalistas y realistas ponen el énfasis en los riesgos que representan los instrumentos participativos para la gobernabilidad de la democracia. Un antecedente de esta crítica la encontramos en Max Weber, para quien la llamada democracia semi directa conlleva el peligro de conducir a un gobierno opresivo, tal como Platón lo había sentenciado, donde la minoría movilizaba sometía a la mayoría. Weber decía que mediante su participación los electores envían señales correctivas al sistema «cuando perciben que los representantes se desvían de sus ofertas»¹²² pero que esta participación no debería ser muy intensa porque acababa con la gobernabilidad del sistema¹²³.

En «El futuro de la democracia» Norberto Bobbio también problematizó en torno al alcance que tienen los derechos políticos en la democracia representativa y cuestionó que en ella la participación de los ciudadanos no fuera continua sino intermitente y que la relación entre sociedad y Estado se redujera a un supuesto que se ejerce una vez cada tres años, lo que favorece el distanciamiento de los ciudadanos de los centros de poder. El jurista turinés describió la diferencia que existe entre la democracia representativa y la participativa, de acuerdo con la «diversa estructura del proceso político decisonal» que existe entre ambas pues en la primera se vota «para determinar quién deberá tomar las decisiones colectivas» y en la segunda se votan las decisiones colectivas directamente.

Bobbio reconoció que ambos modelos eran contradictorios, aunque aceptó que la Constitución podía incluir procedimientos alternos para garantizar el papel del ciudadano como autor de las leyes; no obstante advirtió que estos medios no podían sustituir a las instituciones representativas, que se yerguen en el punto de referencia a la luz del cual tenían que ser analizados y valorados los regímenes democráticos¹²⁴.

¹²² González Oropeza, Manuel. *Op. cit.*, *supra* nota 120. p. 263.

¹²³ Nohlen, Dieter. "Sistemas Electorales". En: Aa. Vv. *Diccionario Electoral*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Federal Electoral, México, 2 tomos. 2003. p. 1170

¹²⁴ Cfr: "Democracia representativa y democracia directa". En: Bobbio, Norberto. *El futuro de la democracia*. México, Fondo de Cultura Económica, 1986. pp.32-49.

Siguiendo esta lógica, que hace de la gobernabilidad y del principio de identidad del sistema el aspecto capital de la democracia, Giovanni Sartori sostiene que los instrumentos de participación ciudadana provocan un desgaste adicional del régimen representativo debido al cansancio del electorado frente a las situaciones de confrontación entre opciones contrapuestas¹²⁵. El carácter plebiscitario de los *referéndum* facultativo y derogativo, según Sartori, hace que su ejercicio sea fuente de conflictos y enfrentamientos entre opciones políticas irreconciliables; pues el resultado de su ejercicio produce una *suma nulla*, es decir, que en vez de agregar intereses, dividen a la sociedad en bandos opuestos en los que una opinión es la vencedora y la otra queda excluida.

Para los autores pluralistas, como Sartori, la sanción ciudadana de los actos legislativos o administrativos, puede derivar con mucha facilidad de una pugna entre opciones excluyentes, lo que impide la negociación, fomenta la polarización y «quintuplica los riesgos de la democracia». Con ellos «desaparece el compromiso y la deliberación en los órganos colegiados y se desvanece la responsabilidad legislativa»¹²⁶, componentes del régimen representativo que permiten «equilibrar intereses contrapuestos»¹²⁷.

Es por eso que para el contexto teórico pluralista aunque el uso de los instrumentos participativos ayude a fortalecer la institucionalidad democrática en su conjunto, «no otorgan un *plus* de democracia al sistema» ni una garantía de mayor democracia dentro de los procesos pluralistas, y si bien pueden servir como medios de legitimación de los procesos representativos de toma de decisiones, solo pueden operar como una «segunda vía», en el caso de desgaste o *impasse* de los procesos representativos, por lo que su ejercicio deben tener un carácter excepcional.

En este sentido, la oportunidad del referéndum gira en torno a la necesidad de gobernabilidad del sistema, es decir a la capacidad de esos medios de participación de fortalecer las decisiones adoptadas mediante el modelo representativo. El riesgo que observan los autores realistas y pluralistas es que el resultado de su ejercicio, en un contexto de desconfianza generalizada ante

¹²⁵ Sartori, Giovanni. *¿Qué es la democracia?* Instituto Federal Electoral, Tribunal Federal Electoral. México, 1993. p. 81.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ Held, David. *Modelos de democracia*. Madrid, Alianza Universidad, 1993. p. 227 - 229.

la democracia representativa, genere consecuencias indeseables para la identidad del sistema, en el caso de que el cuerpo electoral y el cuerpo representativo se vieran confrontados¹²⁸.

De este modo, se ha desarrollado un contexto de fobia, por parte del grueso de los autores del contexto democrático, hacia las instituciones de «democracia semi-directa», que son vistas como una amenaza para la democracia. No obstante autores como Thomas E. Cronin, consideran que estas críticas son exageradas, pues si bien los referéndum constitucionales y las cartas constitutivas «ocasionalmente han expresado tendencias contra las minorías, los resultados de los procesos participativos no han violado derechos en un grado mayor que lo que lo han hecho las legislaturas»¹²⁹.

5.2.12. Elementos para la valoración de los instrumentos participativos

Los resultados que arroja la constitucionalización de los instrumentos de la democracia semi-directa o participativa son desiguales. En su desempeño sin duda influye el hecho de que su excepcional reconocimiento haya sido resultado de una necesidad del sistema frente a situaciones críticas que no ha contado con una verdadera aceptación por parte de las elites políticas y económicas en competencia. Si las Constituciones de los países europeos incluyen mecanismos de democracia refrendaria ha sido para salvar de crisis políticas a la democracia liberal, su sentido dentro del contexto representativo ha sido la sobrevivencia del régimen.

En este sentido, la participación de la ciudadanía en decisiones de gobierno en vez de ser aceptada y practicada como un elemento reflexivo del sistema, ha sido reconocida sólo como un correctivo de carácter excepcional, al permitir en los momentos críticos o de ingobernabilidad, la introducción de «elementos de racionalidad y justificación para el régimen político»¹³⁰. Su inclusión dentro del esquema representativo-liberal tendría que ver más con criterios de oportunidad que con sus virtudes democráticas: la oportunidad de proveer

¹²⁸ Aragón, Manuel. "Plebiscito". *Op. cit.*, *supra* nota 115. p. 984.

¹²⁹ Citado en: Cárdenas Gracia, Jaime. *Op. cit.*, *supra* nota 121. p. 74.

¹³⁰ W. Weber, "*Mittelbare und unmittelbare Demokratie*", 1959; "*Spannungen und Kriifte im westdeutschen Verfassungssystem*", Citados en: Bockenforde, Ernst Wolfgang. *Op. cit.*, *supra* nota 2. p.137.

«válvulas de escape» al sistema de representación política de cara al descontento popular¹³¹.

En Suiza el ejercicio de estos instrumentos siempre ha tenido un sentido plebiscitario que los convierte en escenarios para la manipulación política. Así, por ejemplo, frente la movilización social en favor de una iniciativa ciudadana se presenta una mayor intervención informal de la clase política, los poderes fácticos y los medios de comunicación para desvirtuar el sentido de la iniciativa y silenciar los aspectos que están en juego en los comicios derogatorios. La participación ciudadana, como observa Sartori, fácilmente puede ser distorsionada por los grupos de presión más poderosos, mediante la cooptación partidaria de los movimientos y organizaciones de la sociedad civil¹³² y su subordinación a los intereses de los grupos de poder de facto.

Como expresión del fracaso de la democracia representativa, la inclusión de algunos instrumentos de la democracia participativa en Latinoamérica, como hemos visto, no ha redundado en una mayor participación e interés de la sociedad en las vida política¹³³; en Suiza cada vez se observa una menor participación de la población y un mayor desinterés en los procedimientos de democracia participativa, como el referendo de leyes, debido al hartazgo por lo que Sartori denomina la «multiplicación de micro-plebiscitos¹³⁴, la presentación de opciones contrapuestas en diversos espacios de la vida pública.

A estos elementos de crítica se agrega el hecho que observa Gwénaél Le Brazidec de que los instrumentos de «democracia semi-directa», tal como han sido introducidos en algunos regímenes contemporáneos, se encuentran orientados a que sean las instituciones y los órganos de poder los legitimados para formular las preguntas y exponer las controversias de una consulta pública, espacio para el que los ciudadanos tienen un acceso residual. De este modo, la agenda, la definición de los problemas, la distinción de la cuestión, la forma de plantearla y la organización del proceso quedan en manos de

¹³¹ Cárdenas Gracia, Jaime. *Op. cit.*, *supra* nota 121. p. 74.

¹³² Sartori, Giovanni. *Op. cit.*, *supra* nota 125. p. 81.

¹³³ Merino, Mauricio. *La participación ciudadana en la democracia*. México, Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática, Instituto Federal Electoral, 1998. p. 38-39.

¹³⁴ Sartori, Giovanni. *Op. cit.*, *supra* nota 125. p.81.

especialistas, y los electores no tienen otra opción que la de responder o no responder a las opciones contrapuestas¹³⁵.

Otra debilidad de estos instrumentos gira torno a su aplicación y ejercicio en muchos países, donde no se admite la justiciabilidad de las definiciones políticas fundamentales, como en Norteamérica donde las decisiones tomadas por este procedimiento no admitirían ser discutidas, valoradas o calificadas por los tribunales. En este sentido, a pesar de que el *referéndum* fácilmente puede ser manipulado o bien usado para imponer regímenes de excepción, en el constitucionalismo no se han desarrollado de manera suficiente los criterios de control de estos derechos políticos.

Si bien en ese país existen formas de legitimación autónoma del régimen federal, como es el caso de algunos de los estatus político-participativos estatales, que permiten diferenciaciones en la estructura de su legitimación, esto no debe obstar para que los procedimientos considerados como formas de legitimación democrática, como lo afirma Ernst W. Böckenförde, estén sometidos a las exigencias del Derecho Constitucional, especialmente al principio de equidad y al mandato de argumentación y justificación que ofrece el control jurisdiccional y constitucional, como sucede en otros países con sistema federativo como el alemán donde la materia político electoral están a cargo de un órgano autónomo de orden federal¹³⁶.

5.3. ELEMENTOS PARA UNA TEORÍA DE LA INDETERMINACIÓN DE LA DEMOCRACIA

En la sección final de este capítulo se realiza una aproximación en torno a ciertos elementos reflexivos del sistema de producción del derecho que resultan particularmente determinantes para calificar un régimen político como democrático, en la medida en que sin ellos es imposible articular de modo visible la voluntad de la ciudadanía y la voluntad política en el Estado. En este

¹³⁵ Le Brazidec, Gwénaél. "Régimen representativo y democracia directa, hacia la participación de los ciudadanos". En: Concha Cantú, Hugo. *Sistema Representativo y democracia semidirecta*. México, Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

¹³⁶ Las tareas, la organización y las competencias del titular de la Administración Funcional Autónoma tienen que estar reguladas por ley, y han de limitarse a los asuntos propios de los que se integran en tales organizaciones. No se les pueden encargar tareas que afecten la generalidad. Es imprescindible la existencia de una inspección jurídica del Estado, que controle el cumplimiento de estas obligaciones legales, relativamente amplias, de la Administración funcional autónoma. Böckenförde, Ernst Wolfgang. *Op. cit.*, *supra* nota 2. pp. 75 - 76.

apartado, el objeto de análisis no se dirige hacia una atribución o una garantía que el sistema ofrece al ciudadano sino que se trata de estudiar algunas rasgos del concepto democrático que resultan más problemáticos para la teoría jurídica.

La investigación de estos elementos reflexivos del sistema jurídico, orientados a preservar un sentido normativo del mismo y a vincular la norma (y su aplicación) con la voluntad de los ciudadanos y la sociedad civil, se dirige hacia las fronteras del sistema, hacia los aspectos que constituyen los límites de la interpretación normativa sin los cuales es imposible vincular de modo factible las decisiones políticas del Estado y las distintas posturas y argumentaciones que se expresan en la sociedad. Sin ellos tampoco es posible reproducir los rasgos democráticos en el seno de la sociedad civil.

En última instancia las características democráticas que se estudian, constituyen los elementos críticos de la teoría del derecho y del Estado para poder articular de manera fehaciente la legitimidad del derecho vigente, como un derecho abierto a lo *otro* que ayude a comprender al derecho y la política como un instrumento de «acción expresiva» de la sociedad civil, y que incluya el reconocimiento de la contradicción entre la norma y el hecho político singular.

5.3.1. El contenido abierto del derecho

El carácter abierto de la norma como garantía democrática es uno de los aspectos más problemáticos de la práctica jurídica, especialmente para la de aquellos países que adoptaron el modelo de la *iuris prudentia civilis*. En este caso a diferencia de otros temas como el de la igualdad o la libertad, el tema carece aún de una suficiente base metafísica que permita sustentar el sentido y el alcance que puede tener la apertura normativa en la democracia, en este sentido el texto constitucional y su interpretación se mantienen como los límites materiales de la apertura del derecho, fuera de los cuales no está dado *decir el derecho*.

La dogmática democrática (la teoría democrática procedimental y las teorías normativas) coincide, con diversos matices, en que los procedimientos políticos no prefiguran el contenido de las decisiones que surgen del ejercicio del poder

democrático. Para Bockenforde, los contenidos «responden en cada caso a lo que los ciudadanos o sus representantes decidan incorporar, que se mantendrán mientras haya consenso»¹³⁷. Sin embargo en la jurisprudencia constitucional se considera que existen elementos de identidad del sistema democrático y republicano, las llamadas decisiones políticas fundamentales, que no pueden ser objeto de deliberación.

Autores del constitucionalismo alemán como Peter Häberle consideran que la Constitución no debería establecer otros límites que los de la soberanía nacional. Las cláusulas de intangibilidad que han impedido al juez o al legislador abordar algunos temas de la Constitución como la forma de arreglo republicano o los procedimientos electivos y representativos, «son una limitación sustantiva de la libertad democrática» en tanto que se sitúan más allá de las verdaderas condiciones constituyentes de la formación democrática de la voluntad política y que la vinculan con los procesos expresivos, discursivos y argumentativos de la sociedad civil.

Recordemos que en la mayoría de las naciones consideradas como democráticas, especialmente las de origen legicentrista, la estructura de los procesos políticos representativos se considera como un elemento indecible del sistema que no puede constituir un derecho o una garantía del ciudadano. El tema fue discutido en la Corte Suprema Norteamericana en los años sesenta del siglo pasado, la que enfrentó muchas dificultades de parte de los poderes constituidos para superar la interpretación constitucional prevaleciente (*stare decisi o cerciorati*) en materia de equidad o la que establecía límites para conocer las controversias de la materia política.

El hecho es que han sido muy pocas las veces en que los tribunales o las legislaturas democráticas defienden una concepción contraria al principio de identidad de la norma democrática. En este contexto es difícil creer que el más alto nivel de reflexividad del sistema democrático liberal -la institucionalización de la posibilidad de cambiar a través de los procesos del sistema- abra realmente las puertas sistema al disenso, al contrasentido político singular, a la resistencia o la desobediencia civil, como formas de acción democrática de la sociedad civil y la ciudadanía, a los que no sólo se les coloca en la ilegalidad

¹³⁷ *Ibid.*, p. 80.

sino que se les excluye como fuentes del derecho, de modo que en permanecen invalidados e innombrados en el espacio público como hechos políticos.

Frente a una concepción que pretende imponer el principio de identidad como forma de clausura del sistema, la democracia como horizonte normativo requiere ser comprendida como un principio de acción de la ciudadanía que impele hacia un diálogo permanente entre realidad y norma. En el contexto de la acción de la sociedad civil la democracia debe ser concebida como una forma de vida que conlleva el rompimiento de toda concepción del Estado y del derecho sustentada en el principio de identidad o entendida como ontonomía, como entidad predeterminada, acabada o autodenominada, tal como la prefigura la filosofía trascendental, sino como un instrumento de la sociedad civil para hacer posible las heterodefiniciones en el derecho, para hacer valer el punto de vista del observador externo, del *otro*, quien no está en posición de ejercer directamente el poder.

Un derecho de esta naturaleza, en el que quede sin sentido la idea positivista de la norma constitucional como un orden universal definitivo¹³⁸ y donde la fuerza de la ley residiría no sólo en la fuerza del vínculo político y jurídico (los derechos políticos y las garantías judiciales) que producen y reproducen los significados que se ponen de manifiesto en la sociedad, sino fundamentalmente en su carácter abierto como una norma que siempre puede ser transformada en todos sus términos a través de un proceso auto reflexivo interno. Un derecho así, como lo concibe Ferrajoli, es la única posibilidad de mantener al derecho como un lenguaje articulado con la realidad.

5.3.2. La legitimación por el procedimiento y la legitimación de los procedimientos

Uno de los aspectos más controvertidos de la apertura del derecho democrático gira en torno a los procedimientos por medio de los cuales se ejercen los derechos políticos y las garantías judiciales. Como hemos visto, la dogmática democrática privilegia una definición formal que ha convertido a los procedimientos constitutivos, como la elección, la representación y los partidos

¹³⁸ Madrazo, Jorge. "Comentarios al artículo 135 constitucional". En: *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada*. México, Porrúa, 1999. p. 1413.

políticos, en los elementos privilegiados de la definición de la democracia y la forma válida del hecho político. Sin embargo, la democracia no se agota en su descripción analítica o normativa o en su identificación con un modelo de representación de intereses, porque siempre es una relación que puede enriquecerse mediante nuevos procedimientos que conduzcan a nuevos significados.

Esto ya había sido observado por Karl Schmitt, quien se negaba a admitir que pudieran tener valor de voluntad popular sólo aquellas manifestaciones políticas que se «ajustaban a una determinada forma preestablecida»¹³⁹. Como vínculo entre el hecho político y la representación jurídica, para el jurista alemán los procesos políticos democráticos traducen una parte del conjunto de los intereses sociales en un contexto jurídico-político, pero no pueden sustituir esos intereses y tampoco los pueden representar en su totalidad.

En este sentido, dentro del contexto de la crítica neo-constitucionalista a la fórmula representativa y legalista del derecho, se considera que el sistema no puede ofrecer alternativas auténticas de vinculación política entre los ciudadanos y el poder político porque la soberanía política en los regímenes políticos contemporáneos no se encuentra suficientemente procedimentalizada, es decir, que no se han desarrollado los procesos democráticos políticos y judiciales en el nivel constitucional de modo tal que permitan recrear los significados de la democracia.

Este fenómeno, asociado a las definiciones de los círculos de interpretación realista y positivista de la democracia que ha sido denominado por algunos críticos como *low intensity democracy* (democracia de baja intensidad) expresa el dilema normativo de la democracia contemporánea, cuya existencia se realiza a través de un modelo restrictivo donde la configuración de los modelos políticos no es resultado de la disputa entre auténticas opciones y alternativas políticas y sociales, como Dieter Nohlen concluye tras investigar las experiencias de «transición democrática» en Europa del Este, sino que son consecuencia de «la imposición, negociación y componenda» entre grupos de poder¹⁴⁰.

¹³⁹ Carl Schmitt. "Teoría de la Constitución". Citado en: Estévez Araujo, José Antonio. *Op. cit., supra* nota 14. p. 157.

¹⁴⁰ Nohlen, Dieter. *Sistemas electorales en Europa del Este*. Ensayos 3. IFE México 1997. p. 14.

En este contexto, tal como lo han expuesto Häberle y Estévez Araujo, para hacer frente al déficit de legitimidad en el sistema de *low intensity democracy* no sólo es indispensable la legitimación de la norma y del acto de autoridad **a través** del procedimiento sino además es necesaria la «legitimación del procedimiento»¹⁴¹. En vez de esperar a que el proceso devuelva al régimen la legitimidad perdida se hace indispensable, como lo dice Jaime Cárdenas, poner en duda la legitimidad de los procedimientos existentes e iniciar una tarea de «procedimentalización» de la Constitución¹⁴² para abrir canales de comunicación entre el sistema y su entorno socio-político que le permita enriquecer los significados democráticos de la práctica institucional y de las relaciones sociales.

Peter Häberle, a diferencia de Luhmann, valora los procedimientos democráticos conforme con su capacidad para «incrementar la complejidad del sistema y de hacer surgir alternativas sociales, políticas, culturales y económicas». Esa concepción del procedimentalismo democrático constituye una ruptura con la tradición que identifica a la democracia con una forma de gobierno, tradición que no reconoce la libertad política «de manera incondicionada» sino sólo los parámetros que se sitúan dentro del sistema constitucional, y permite asociar nuevamente su concepto con una praxis política ciudadana o ejercicio colectivo del poder político.

Sin embargo, esta postura crítica en torno a la forma de la libertad política, enfrenta el problema de que carece de una metafísica y un lenguaje propios para que le permita articular la experiencia que arroja el ejercicio de los nuevos procedimientos participativos en el marco de las instituciones y en el marco de la sociedad civil. Por otra parte, las experiencias concretas de creación de instituciones y procedimientos alternativos desde la sociedad civil en los países democráticos aún son débiles, no han consolidado una política identitaria y se mantienen aisladas como discursos libertarios marginales.

Sin duda el principal reto que enfrenta el procedimentalismo democrático como expone Jürgen Habermas es desarrollar un lenguaje para la fundamentación y la ponderación de los procedimientos¹⁴³, como el que se ha

¹⁴¹ Estévez Araujo, José Antonio. *Op. cit.*, *supra* nota 14. p. 87.

¹⁴² Cárdenas Gracia, Jaime. *Op. cit.*, *supra* nota 121. p. 72.

¹⁴³ Habermas, Jürgen. *Facticidad y Validez*. Trotta. Madrid, 2000, pp. 787. p. 554.

venido desarrollando dentro del contexto liberal a partir de la introducción de los instrumentos participativos. Desde mi punto de vista lo que hace falta en la teoría democrática es un lenguaje que ponga el acento en la capacidad de intervención de la sociedad civil en la formación de las definiciones públicas, para defenderse de los abusos así como en los efectos que tienen esas definiciones en el orden de las relaciones sociales.

5.3.3. Desobediencia civil, Derecho de resistencia y Revolución

En el constitucionalismo liberal-democrático los problemas de interpretación normativa surgen, entre otros factores, cuando se trata de la validación de la legitimidad democrática de ciertos actos del Estado, especialmente cuando la autoridad realiza determinados actos restrictivos de las libertades individuales para proteger el orden público o autoriza la realización de ciertas actividades económicas en un territorio considerado como un bien colectivo; actos que pueden generar un fuerte rechazo y resistencia en algunos sectores de la población por ser consideradas injustas o carentes de legitimidad.

En su estudio de la desobediencia civil Ernesto Garzón Valdés enumera un conjunto de problemas derivados de la legitimidad que pueden dar origen a la desobediencia civil por parte de la sociedad: 1) la ausencia de efectos legales de las previsiones constitucionales; 2) la violación de las provisiones constitucionales por parte de las autoridades; 3) la violación de los tratados internacionales; 4) la violación de las leyes vigentes por parte de las autoridades; 5) La aplicación de leyes que son consideradas inválidas¹⁴⁴.

Frente a situaciones de esta naturaleza, los autores de la teoría democrática, como lo observa Chantal Mouffe, han coincidido en la defensa de las instituciones democrático-liberales y sus decisiones sobre la base de la presunta neutralidad de los procedimientos e instituciones democráticos, que son presentados como el resultado de una «racionalidad deliberativa» que otorga a las decisiones públicas y a los actos del Estado un fundamento procedimental puro. Esto significa que en general el conjunto de la teoría democrático-liberal excluye la posibilidad de institucionalizar un desacuerdo razonable y prefiere la institucionalización de un acuerdo irracional y

¹⁴⁴ Garzón Valdez, Ernesto, "Acerca de la desobediencia civil". En: *Sistema*, Madrid, No. 42, May 1981, pp. 83-85. Citado en: Cárdenas Gracia, Jaime. *Op. cit.*, *supra* nota 121. p. 80.

prejuicioso para un sector de la sociedad¹⁴⁵; incluso en el ámbito de la jurisdicción se considera que la objeción moral de la norma no excluye de la responsabilidad en el caso de su trasgresión.

Sin embargo, existen diversos ejemplos en la historia del papel que tiene la desobediencia civil y política, como fuente de renovación y cambio de los contenidos y significados de la norma, así como de la forma como está organizado el poder soberano. Tanto la tragedia griega como la retórica romana dieron cuenta de la atribución moral del miembro de la comunidad de poner en duda la justicia del orden jurídico positivo a la hora de que es aplicado por el soberano; esta forma de la libertad de conciencia como atribución política llevó a Antígona, por ejemplo, a desobedecer las leyes de Tebas y a actuar según su idea de justicia natural por lo que fue expulsada de la ciudad, inspiró también a Espartaco para organizar la rebelión de los esclavos en Roma.

En los regímenes liberal democráticos, la desobediencia civil supone un dilema para la ciudadanía que se pregunta sobre la validez de las normas o la justicia del sistema, porque si bien el reconocimiento democrático de la desobediencia en la jurisprudencia permite incluir en el orden jurídico nuevos elementos y contenidos de valoración del hecho político, al mismo tiempo su ejercicio constituye un acto de desafío directo a la autoridad constituida que puede derivar en una confrontación. Nos encontramos frente a uno de los problemas estructurales del Estado liberal democrático contemporáneo: ¿bajo qué criterios puede considerarse que la desobediencia civil es una acción legítima? La respuesta a esta pregunta tiene diversos matices dependiendo de su orientación hacia la democracia o hacia el liberalismo.

Para la tradición liberal la desobediencia civil tiene un carácter normativo cuando protege los derechos individuales frente a las decisiones de la mayoría. Con una orientación preferentemente positivista, esta perspectiva presenta una concepción estática de la desobediencia en la que la defensa de lo privado frente a lo público es su única causa de justificación. Para John Rawls, por ejemplo, la desobediencia del ciudadano se justifica como un medio para la defensa de los derechos humanos y la autonomía moral del individuo, como

¹⁴⁵ Mouffe, Chantal. *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía pluralismo y democracia radical*. Barcelona. Paidós. 1999. p. 204.

una forma de denunciar las contradicciones existentes entre las decisiones de la autoridad y el principio de la libertad individual.

En «*The morality of freedom*», Joseph Raz parecería darle un fundamento de razonabilidad a la desobediencia cuando observa que un consenso completamente inclusivo es absurdo (como el que pretende el modelo democrático) puesto que todo consenso se basa en actos de exclusión. Sin embargo esta teoría no busca una justificación material de la desobediencia sino una descripción formal del mismo como orden nomológico.

Ronald Dworkin por su parte, con un pie en la tradición liberal y otro en la democrática, dice que no existe el deber de obediencia de los mandatos de la autoridad cuando violan los derechos morales del individuo¹⁴⁶; la desobediencia civil sería un principio político en el Estado moderno que permitiría defender «principios morales que definen una concepción del bien político»¹⁴⁷. En este caso, la desobediencia a la ley sería coherente con el sistema cuando se funda en la convicción del individuo de actuar de acuerdo con los dictados de su conciencia moral, como legislador de su propia vida en común.

Dworkin lleva la teoría liberal a sus límites, para él la fundamentación moral que hace el objetor mediante su rechazo a la norma permite construir «la justificación material de una futura resolución judicial» o legislativa del caso¹⁴⁸. Quienes desobedecen la ley serían parte de un proceso necesario dentro del sistema para aclarar la validez de las decisiones y poner en cuestión la legitimidad de la autoridad que las adoptó. En este sentido la desobediencia civil sería no sólo un medio de control del ciudadano frente a la autoridad o la mayoría, sino también «un medio para crear derechos»¹⁴⁹ de orden político, un elemento indispensable del proceso constituyente del régimen.

Como parte del contexto neo constitucionalista, Ernesto Garzón Valdés presenta varias condiciones para considerar al acto de desobediencia civil como un acto normativo: 1) tener como objetivo el mejoramiento de la sociedad y no sólo de un grupo; 2) incluir la reivindicación del derecho moral a violar una ley injusta; 3) contar con una naturaleza pública dirigida no sólo para

¹⁴⁶ Dworkin, Ronald. "Taking rights seriously". Citado en Cohen, Jean y Arato, Andrew. *Sociedad civil y teoría política*. Fondo de Cultura Económica, México, 2002. p. 649.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 642.

¹⁴⁸ Dworkin, Ronald. *Op. cit.*, *supra* nota 27. p. 312.

¹⁴⁹ Citado en Cohen, Jean y Arato, Andrew. *Op. cit.*, *supra* nota 146. p. 650.

persuadir a los gobernantes sino a influir en la opinión pública; 4) incluir la aceptación del castigo; 5) reivindicar la naturaleza no violenta de los actos; 6) que los actos se hallan realizado en un marco de respeto a la ley; 7) que los actos sean llevados a cabo bajo circunstancias excepcionales, en virtud de que a) no existen los medios de participación política, b) el grupo no cuenta con capacidad para hacer valer sus demandas en los canales existentes, o c) está presente un sentido de urgencia derivado de un término fatal¹⁵⁰.

Para la tradición democrática la desobediencia civil es un mecanismo legítimo de participación política en la formación de la opinión pública cuando se usa en un contexto de grandes desequilibrios sociales como estrategia por parte de las personas, los grupos y los sectores sociales vulnerables para la defensa de sus derechos humanos personales, sociales, económicos, culturales, colectivos, civiles, políticos, contra determinadas leyes o actos realizados por la autoridad o por grupos privados, que denotan una concentración excesiva de facultades, atribuciones, derechos o fueros sobre los recursos vitales considerados como un patrimonio colectivo, incluida la comunicación.

En «*Present times*», texto donde analiza los movimientos de desobediencia civil contra el apartheid en los estados del sur de los Estados Unidos, Hannah Arendt señala que la desobediencia civil se manifiesta a través de acciones colectivas y movimientos por parte de una minoría organizada que actúa unida por un acuerdo y una opinión común¹⁵¹, «para articular una opinión minoritaria y disminuir el poder moral de la mayoría»¹⁵². Arendt concluye que los actos de desobediencia civil introdujeron un cambio en la manera de pensar el espacio público en los Estados Unidos, en este sentido, como lo señala José Antonio Estévez Araujo, más que un desafío a la autoridad fueron un recurso ante la opinión pública, concebida como auditorio universal, para llamar la atención y generar debate sobre la injusticia de una decisión, una norma o una situación concreta¹⁵³.

La desobediencia civil, como lo reconoce Habermas, sería una consecuencia de la escasa calidad de los procesos democráticos como medios para articular los intereses de los distintos sectores sociales, que se pone de relieve cuando

¹⁵⁰ Garzón Valdez, Ernesto. *Op. cit.*, *supra* nota 144. p. 80.

¹⁵¹ Arendt, Hannah. "Present times". Citada en: Cohen, Jean y Arato, Andrew. *Op. cit.*, *supra* nota 146. p. 664.

¹⁵² *Ibid.*, p. 666.

¹⁵³ Estévez Araujo, José Antonio. *Op. cit.*, *supra* nota 14. p. 137.

el ciudadano reemplaza a los poderes constituidos como elementos del sistema y realiza la última de valoración moral y política del acto de autoridad que pone límite al poder de la mayoría. La desobediencia civil haría recaer en el objeto de conciencia la soberanía política y la legitimidad de la ley, lo que genera una presión plebiscitaria en la opinión pública sobre el asunto debatido que cumple una función pedagógica en la comunidad política.

La desobediencia está en el filo entre legalidad y la legitimidad. Es por eso que, como expresión la tradición liberal del derecho, muchos juristas rechazan aceptar ciertas expresiones de la desobediencia civil como acciones ciudadanas de legitimación democrática de la norma, menos aún cuando la objeción representa un cuestionamiento del sistema en su conjunto y no en un caso particular. La dogmática está de acuerdo en aceptar la desobediencia basada en razones de justicia, como una acción colectiva para persuadir a la opinión pública sobre la ilegitimidad de una ley, pero se considera ilegítima una noción política de desobediencia civil que llega a la frontera del rechazo de las decisiones de la autoridad por parte de las colectividades y grupos sociales, acciones que buscan obstaculizarlas o resistir su aplicación, las cuales son objeto de una mayor criminalización¹⁵⁴ en las sociedades contemporáneas.

El límite de la definición democrática aparece en el momento en que la desobediencia se convierte en rebelión. Como lo señala Manuel Aragón, una definición integral de la desobediencia que incluya el derecho de rebelión no puede ser incorporada en el sistema sin que éste entre en contradicciones. Como parte de la tradición constitucionalista, Aragón sostiene que en el Estado constitucional todos los medios de control social del poder, a excepción de los delictivos, deben ser considerados lícitos, incluida la desobediencia civil.¹⁵⁵ En este caso, la legislación criminal se mantiene como el límite de la desobediencia civil en tanto que acto político, de modo que el operador del derecho puede excluir aquellas prácticas sociales contrarias al principio de soberanía política como principio de obediencia.

Para el liberalismo contemporáneo, la rebelión es un concepto límite entre la desobediencia civil y el derecho de resistencia, derecho presente en Locke y en

¹⁵⁴ El concepto de "criminalización" se utiliza en el contexto de la teoría de los derechos humanos para señalar la utilización política de los órganos de procuración de justicia del Estado para reprimir a las organizaciones y movimientos sociales y someter sus acciones de protesta al orden criminal.

¹⁵⁵ Aragón, Manuel. *Op. cit.*, *supra* nota 67. p. 174.

Rousseau e integrado en las declaraciones de derechos humanos francesas del siglo diecinueve, pero que hoy sólo es aceptado, como lo explica Francisco Schröder Cordero, como un principio político congruente con la metafísica contractualista más no como un principio jurídico que legitime un «derecho subjetivo a la insurrección»¹⁵⁶. En términos jurídicos, la expresión liberal del derecho a la Resistencia o la Revolución, como entidades morales de la doctrina democrática, de acuerdo con el Dr. Fix Zamudio no reside en «el derecho jurídico a la revolución sino (en) el derecho a defender el orden constitucional de su quebrantamiento».¹⁵⁷

Frente a esto Jaime Cárdenas observa que el grado de flexibilidad de la Constitución no es un dato normativo sino político, «no es lo mismo decir que la soberanía popular radica en la autorización o en el consentimiento que decir que radica en el disenso, o en el derecho de resistencia», lo que conlleva una contradicción interna¹⁵⁸. La solución a este problema dice Cárdenas no puede ser lógica, no puede ser enunciada como un veredicto o a un mandato, sino que lleva inevitablemente al terreno de la legitimidad del ejercicio de la violencia, que es un axioma político propio del orden jurídico.

Las frontera entre la concepción de la desobediencia como pluralismo inclusivo y la que la concibe como un principio de indeterminación, radicaría en que la primera considera que el derecho de desobediencia y de resistencia, como fuentes de conflicto interno en el sistema democrático, fundan una relación normativa en la que prevalece el principio de obediencia, que funda una relación jurídica; mientras que la segunda (como principio de indeterminación) lo hacen conforme al principio de autonomía que funda una relación política.

Sin embargo, como lo observa como observa Chantall Mouffe en «*El retorno de lo político*», el hecho de que el sistema jurídico absorba los conflictos sociales y los sedimente como rutinas de comportamiento social, no excluye que el conflicto reaparezca en la superficie discursiva dada su naturaleza política del orden social. Esto se debe a que «ciertos modos de vida y valores son incompatibles con otros», de modo que es imposible eliminar los

¹⁵⁶ Schröder Cordero, Francisco Arturo. "Comentarios al artículo 136 constitucional". En: *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada*. México, Porrúa, 1999. p. 1422.

¹⁵⁷ La opinión del Dr. Hector Fix Zamudio se encuentra en *ibidem*.

¹⁵⁸ Cárdenas Gracia, Jaime. *Op. cit.*, *supra* nota 121. p. 67.

antagonismos de la sociedad y menos aún tratar de ocultar su naturaleza, política¹⁵⁹.

5.3.4. La sociedad civil como el locus de las definiciones normativas

Otro problema crucial de la definición contemporánea de la democracia por parte de la teoría jurídica y la mayor parte de la teoría de la democracia es la definición del lugar en el que radica la soberanía política y en qué consiste esta soberanía como última instancia de las decisiones públicas: si es en las instituciones como premisas del Estado y de las funciones de autoridad, a través de las cuales se representa el interés público, o si es en la sociedad civil real actuante y antagonista, como legisladora colectiva de la comunidad política.

Los enfoques teóricos de origen liberal, incluidos los enfoques analísticos y normativos, dan una respuesta parcial a este problema debido a que se centran en las instituciones del Estado, pues parten de una idea de que el Estado expresa un bien público predeterminado inamovible, en el que sin embargo no todos los sectores sociales están incluidos. Olvidan que en el espacio público actúan diversos grupos que mantienen una idea del bien que no corresponde con las expectativas de democracia como igualdad.

Frente a estas posturas es indispensable reconocer que no se trata de entender el carácter normativo de las leyes fundamentales solamente como la «posibilidad para reflejar los cambios sociopolíticos que operan en el seno de la comunidad como su rasgo democrático fundamental»¹⁶⁰, sino también de acuerdo con su capacidad real para introducir el principio de igualdad y libertad en las relaciones entre los diversos sectores en los diversos espacios de la sociedad civil, incluso en el núcleo duro de las relaciones económicas.

Un enfoque de la democracia centrado en la sociedad civil, como lugar donde se producen las relaciones políticas, como el que propone Boaventura de Sousa Santos, debe dejar de poner el acento en las condiciones estructurales del sistema por medio de las cuales se realiza la democracia para dirigir su

¹⁵⁹ Mouffe, Chantal. *Op. cit.*, *supra* nota 145. p. 174.

¹⁶⁰ Cárdenas Gracia, Jaime. "Hacia otra democracia". En Carbonell, Miguel y Valadés, Diego. *El proceso constituyente mexicano. A 150 años de la Constitución de 1857 y 90 años de la Constitución de 1917*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 174. p 169.

atención hacia el orden de las relaciones y significados que se producen en el seno de la comunidad política para realizar su valoración.

En este contexto, la acción de la sociedad civil reaparece como respuesta práctica frente a las teorías de la «democracia de baja intensidad» de corte pluralista y neo-liberal. La democracia requiere de una sociedad civil activa que diga *ya basta*, «que ponga límites a los eventuales desbordes de los funcionarios y de los aparatos del Estado»¹⁶¹, pero también que construya la democracia en la sociedad civil, que «constituya, agregue y redefina intereses pluralistas», que genere «zonas de igualdad» y equidad en el espacio público, que estimulen el diálogo, el intercambio y la confrontación, un enfoque que a la democracia como un proceso que la sociedad misma realiza por medio de sus propios medios y fines y no a través de los medios estatales.

La demarcación normativa, la forma como se presentan el derecho y los actos de la autoridad, como sostiene Chantal Mouffe, es expresión de una determinada forma de hegemonía dentro del campo de lo social¹⁶². Frente a la conformación de esos márgenes normativos es indispensable impulsar en el seno de la sociedad civil, las diferentes interpretaciones, modalidades de la ciudadanía y formas posibles de hegemonía y de intercambio entre grupos y colectividades sociales¹⁶³, como formas de acción política para poder establecer significados democráticos tanto en el seno de la sociedad como en el seno del Estado.

La ausencia de expectativas político-normativas dentro de los marcos de la democracia-representativa y la incapacidad de representar la experiencia política singular por parte de la teoría democrática, son la muestra más clara de la inexistencia de canales que permitan vincular a las instituciones con la vida económica y social de otra manera que no sea informal. Esa es la muestra de que el *locus* de la democracia liberal está en la capacidad del Estado para poder representar los intereses sociales, como una ficción necesaria para el uso de la fuerza.

¹⁶¹ Nun, José. *Democracia, gobierno del pueblo o gobierno de los políticos*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2000. p. 104.

¹⁶² Chantal Mouffe. *Op. Cit. Supra* nota 145. p. 193.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 21.

Frente a esta situación no queda otra alternativa razonable para la teoría jurídica y la práctica democrática que colaborar con la organización y la movilización de los grupos ciudadanos y asociaciones de la sociedad civil para detener el abuso de las autoridades y el poder de las mayorías, pero también para lograr la consolidación y articulación de las diversas formas de práctica democrática dentro de la sociedad civil así como para construir un lenguaje que permita significar y articular estas prácticas y sustentar su carácter normativo.

El fortalecimiento de los significados normativos de la democracia dentro la sociedad civil es una condición indispensable para la transformación del actual modelo de democracia liberal. Si sólo centramos nuestra atención en los significados jurídicos de la democracia, como aquellos mandatos de obediencia que obligan a las autoridades democráticas o las consecuencias de la aplicación de estos mandatos, las funciones expresivas del modelo de democracia liberal representativa seguirán subsumiendo los significados sociales de la democracia a su expresión jurídica.

Es por eso que desde la teoría política libertaria ya se empiezan a escuchar voces que plantean la necesidad de romper con la institucionalidad liberal-democrática, entendida como una función abstracta, neutral, pura y universal asignada por «el derecho», aplicada a través de las instituciones con base en el principio de obediencia y oponer a ésta la acción política directa de los sujetos y las comunidades con base en el principio de autonomía, como legisladores de su propia voluntad¹⁶⁴.

Frente a este llamado que postula la necesidad de dar la espalda a las instituciones, con base en el derecho de conciencia y de resistencia, como principio para la acción política autónoma y la creación de un nuevo orden político-normativo, la teoría jurídica no puede seguir centrando su atención de manera exclusiva en el Estado como fuente de los acuerdos normativos, ni puede seguir haciendo de la norma un principio omnicompreensivo del régimen, especialmente en materia política, sino que tiene que voltear sus ojos hacia la sociedad y hacia la introducción y ampliación de los vínculos del Estado y del orden normativo con la sociedad y sus organizaciones.

¹⁶⁴ Sobre estas voces Cfr. Holloway, John. *Cambiar el mundo sin tomar el poder*. Editorial Herramienta, Buenos Aires, 2001.

CONCLUSIONES

1. LA CRÍTICA DEL LOGOS DE LA DEMOCRACIA.

Las teorías de la democracia proporcionan una definición eficiente del fenómeno democrático basada en afirmaciones ostensibles dentro de un campo de sentido. Las definiciones de este fenómeno mantienen muy pocos vínculos con los significados de la democracia en el campo de las relaciones sociales; por fuera de los marcos del sistema jurídico no existen evidencias que vinculen a la democracia con un campo de la experiencia social.

Las teorías de la democracia analizadas: minimalistas (positivistas), realistas (pluralistas), normativas o discursivas, analizan la democracia desde el punto de vista del Estado, en torno al cual giran los predicados y las justificaciones del sistema y se valoran, califican y excluyen los vínculos con la sociedad civil.

Para las teorías normativas y discursivas el principio democrático residiría en la introducción en el sistema de un principio de reflexividad en la producción del derecho, tanto de orden material como formal que vincula a la norma con principios normativos así como con los discursos sociales. La noción de democracia que proporcionan tiene como sujeto de su definición no sólo al Estado, sino también a la sociedad civil y los actores sociales.

No obstante la definición de hecho democrático de estas teorías soslaya los aspectos político-pragmáticos que resultan la separación entre el orden discursivo y el funcionamiento del sistema estatal. Conciben el hecho democrático como una solución de continuidad de la experiencia institucional

en el orden práctico o cognoscitivo, mediante un camino ascendente de superación y liberación de la sociedad civil y no como un hecho en el orden social que conlleva el principio de ruptura, negación o resistencia.

Para las teorías positivistas y realistas la definición del hecho democrático recae en los procedimientos necesarios para lograr la gobernabilidad del régimen liberal. La referencia interna hace que estas teorías reproduzcan la semiosis del sistema gobernada por los intereses del campo económico, eso les impide ubicar el hecho democrático fuera de los marcos del Estado o bien pensar en procedimientos alternativos para articular el modelo democrático por fuera del orden de las relaciones institucionales.

En ambos casos, lo político viene grabado en estas teorías como una definición interna que sirve como criterio de clausura del principio de identidad que sustentan las representaciones jurídicas del modelo democrático. En ese sentido carecen de herramientas para interpretar el hecho democrático singular o aquel que ha sido excluido de los principios de identidad y universalidad internos.

La democracia como principio político-jurídico es una noción encadenada al concepto de derecho que la produce. La reflexión sobre las justificaciones para recurrir al *imperia* es el origen de la necesidad de un derecho democrático que permita superar la contradicción entre el principio de formación soberana de la voluntad popular como teorema apodíctico de la razón y el carácter político del principio de soberanía como *vis* vinculado al ejercicio la fuerza.

Las distintas formas de concebir el derecho también suponen distintas formas de entender la democracia y forman parte del universo del fenómeno democrático. En algunas ocasiones la forma de entender el derecho excluye ciertas interpretaciones de la democracia como fenómeno normativo. Las teorías jurídicas positivistas y realistas al analizar el derecho suelen resaltar las cualidades formales y funcionales (el texto, el dato o el fenómeno jurídicos), dan cuenta de los rasgos de funcionamiento y jerarquización pero excluyen los vínculos normativos que le dan validez al sistema discursivo como principio de fuerza.

Las teorías normativas por su parte, se inclinan hacia una concepción del

derecho más acorde con los significados literales de la democracia, que vinculan a esta con el principio de autonomía y autoconocimiento, así como a la protección de valores y principios democráticos como la garantía de los derechos humanos, civiles y políticos o la defensa de la igualdad social. Sin embargo su campo semántico no deja de estar dentro de los contornos de la perspectiva interna del derecho y lo normativo queda subsumido dentro de un sistema de dominación que funciona como criterio de identidad.

Las teorías discursivas permitirían un acercamiento normativo del derecho que ilumina muchos de los aspectos cruciales de la democracia, como la validación de los procedimientos; analizan la democracia desde un punto de vista material como proceso intersubjetivo de autoentendimiento, que vincula sociedad y Estado, y también desde un nivel reflexivo, como un vínculo procedimental entre los procedimientos jurídicos y la ética del acto lingüístico, que sienta las bases democráticas del derecho.

No obstante estas teorías carecen de referentes externos para vincular los procesos discursivos en el orden jurídico con el campo semántico de las relaciones sociales. Tampoco advierten que el orden discursivo revela su fuerza expresiva por lo que calla y no por lo que dice, como huella de una elección anterior que permanece oculta en la representación jurídica de la democracia y que se presenta en la forma de violencia y prácticas contradictorias en el orden social.

Por eso la concepción de derecho que se sostiene en este trabajo procura la crítica de su objeto desde la hermenéutica. Es resultado de la escisión entre los significados normativos de la democracia y los que produce la experiencia política denominada democrática en el Estado liberal, como concepto ontológico predeterminado, universal y omnicomprendivo que actúa como representación de un sistema de dominación, tal como lo han descrito y estudiado las teorías posmodernas. En este sentido se llama a la crítica de la democracia liberal como régimen de dominación y clausura que busca sustituir a la política como una práctica normativa abierta y reducir los vínculos entre la sociedad y el Estado.

2. HERMENÉUTICA DE LA NORMA DEMOCRÁTICA.

El Estado democrático liberal se encuentra escindido entre el principio de obediencia y el de autonomía. Ambos principios forman parte de las fuentes políticas de la democracia contemporánea y son el eje de la disputa que en el futuro decidirá la suerte del régimen democrático tal como lo concebimos jurídicamente.

Una de esas fuentes es la función normativa del derecho. Con la adopción de la democracia como modelo de gobierno y la reformulación de la República a la luz del principio democrático, centrado en el carácter universal de los derechos del individuo, la democracia reabsorbió los significados de la soberanía y el Estado de derecho. La enunciación constitucional del principio democrático, como categoría del ser y del deber ser, se proyectó como ideal normativo en todos los niveles del orden social y Estatal, como un compromiso, a la vez valorativo y descriptivo, con el derecho y las instituciones que produce así como de las sociedades que caracteriza.

Esta base normativa sirve como fundamento de uno de los posibles futuros de la democracia que es el de la democracia «participativa», donde la participación política de la ciudadanía es el presupuesto de la autodeterminación política y la soberanía se mantiene siempre abierta y en manos de la sociedad civil a través de distintos procedimientos de participación que enriquecen la voluntad representativa, corrigen sus desviaciones y sirven como complemento de legitimidad.

Esta base procedimental sería el vínculo normativo entre la sociedad y el Estado para profundizar en significados democráticos como los son la defensa de los derechos humanos, la igualdad para la libertad, la democracia como control, la autonomía de la sociedad civil, la reflexividad del Estado constitucional y la legitimación de los procedimientos. Asimismo para desarrollar un sentido fuerte de comunidad y bien político coherente con el principio de autodeterminación.

En esta perspectiva se considera la democracia y el liberalismo son órdenes compatibles y que el liberalismo no tendría otro expediente de validez para defender los derechos fundamentales y el modelo político que el que le ofrecen

los procedimientos democráticos que vinculan de manera tangible a la norma con la voluntad política de la sociedad y por medio de los cuales los miembros de la comunidad se pueden sentir representados en las decisiones tomadas. Se cree que es posible democratizar la sociedad liberal, haciendo más complejos e intensos los procesos de participación política.

Sin embargo cabe afirmar las dificultades para arribar a una definición y una práctica normativas de la democracia nos llevan a suponer que la democracia y el liberalismo son dos órdenes nomológicos independientes y contradictorios que descansan en concepciones distintas acerca del papel del Estado y la sociedad en la constitución de la política y el derecho.

La segunda de las fuentes hermenéuticas del Estado democrático liberal tiene su origen en la perspectiva funcionalista del poder, de origen liberal, en donde la democracia es vista como una fórmula de gobierno para la competencia de intereses sociales. Esta perspectiva pasa por alto los elementos contradictorios entre democracia y liberalismo que se expresan en la idea de la libertad privada como noción primada de bien común, el carácter estatalista de la soberanía democrático-liberal o la instrumentación de la libertad política. Se concentra en el individuo como espacio de libertad y soslaya a la ciudadanía como actor político colectivo.

La idea de un bien común apolítico impide a esta perspectiva «comprender la formación de identidades colectivas» y reconocer las formas no institucionales de la política. La intervención del Estado sólo se acepta para asegurar los derechos privados como la base de la identidad Estado-sociedad y la plenitud del sistema. Al desarticular a la norma de sus fuentes sociales el modelo liberal despolitiza el conflicto y lo conduce a través de sus representaciones jurídicas, eso produce la destrucción del tejido social y el vaciamiento de sentido de las prácticas sociales.

En este contexto la política redistributiva actúa como único nexo constitutivo del Estado democrático, que sirve como amortiguador de las contradicciones producidas por el mercado y como fuente de sentido político de la comunidad, lo que permite que la economía se erija en el centro de articulación política de la democracia. Las consecuencias de esta lectura, donde la democracia aparece como una forma de gobierno subordinada a una forma de poder basado en la

libertad privada y como medio de una identidad y unidad (ficticias) entre Estado y sociedad, permiten vislumbrar otro de los futuros posibles del régimen democrático.

En la perspectiva autoritaria, la especialización de las funciones estatales, resultado de la tendencia de las fuerzas burocráticas a convertirse en una fuerza autónoma, expresaría la fatal separación entre el acto de creación y de aplicación de la norma, como momentos distintos de la soberanía y el derecho en los que han sido incorporado desigualmente el principio democrático.

El campo de la aplicación de la norma crea un espacio eficiente para el ejercicio del poder en el que prevalece una enorme incertidumbre y opacidad en el ejercicio de los poderes. El ejercicio de los cargos representativos crea un espacio de silencio o anomia donde actúa una pura fuerza de no ley, Un Estado de excepción donde la lógica y la praxis se indeterminan **y actúa una pura violencia sin logos**. La actividad de los representantes apela a una misión ligada a los principios y fundamentos internos del sistema para validar una actuación situada por fuera de los confines de reconocimiento democrático

El avance de la perspectiva autoritaria expresado en fenómenos como la separación entre la sociedad y el Estado, la crisis del Estado de derecho o la instauración del Estado de seguridad, mostraría que la relación entre la norma y el mundo fáctico no es una relación normativa, contingente o empírica sino una relación violenta y arbitraria. El Estado de derecho estaría constituido como un régimen de «exclusión originaria» de la vida política, donde la democracia es un medio eficiente para subordinar la subjetividad a una noción trascendente de comunidad que funciona como **Cama de Procasto** para poner la singularidad y la diferencia a merced del comisario y donde la excepción asume el lugar de la regla.

En este modelo la justificación de la intervención arbitraria del Estado es la razón de ser del sistema. La violación de la vida privada responde a causas de orden público mientras que la supresión autoritaria de la vida civil se funda en la protección de la libertad privada.

3. LOS PRESUPUESTOS DE LA DEMOCRACIA

La constitución y calificación del sujeto político de la democracia así como la consolidación de un entorno para el ejercicio de los derechos expresivos, elementos considerados por la teoría como pre-condiciones sin las cuales no existirían bases para la democracia, se mantienen en los regímenes democrático liberales contemporáneos como dos aspectos incumplidos.

La conquista de la ciudadanía fue resultado de diferentes acciones de desobediencia y resistencia por parte de grupos y sectores excluidos de la definición normativa como sujetos políticos. Por eso en la definición de la ciudadanía universal todavía están marcadas las huellas de la exclusión que han puesto la subjetividad individual a merced de la soberanía. La presunción de un individuo trascendente, principio y fin de la comunidad, que se encuentra en equidad de derechos y obligaciones y cuya protección es el imperativo categórico conlleva un género de vida sin determinaciones específicas que omite las diferencias que hacen posible la constitución de un individuo como sujeto político y social.

En el Estado liberal la «desubjetivización del individuo» ha corrido paralela a su reconocimiento como ciudadano. La intervención jurídica obliga a la subjetividad a ocupar una posición diferencial, un «no-lugar»; no la libertad de la vida privada sino una «no-representación» basada en la desaparición de los espacios públicos y privados de construcción y reconocimiento. Las formas de identidad corporativa, ligadas a la distribución del gasto público en las que el ciudadano es visto como un cliente, permanecen como las únicas formas de identidad política liberal.

En aras de la superación de estas limitaciones la ciencia jurídica debe trascender las formas de subjetividad establecidas en la ley y orientar su investigación hacia la experiencia subjetiva singular como fuente normativa: el extranjero, el menor, el condenado en juicio criminal, el sujeto vulnerable, el inimputable, la colectividad. Se requiere de la validación de una forma de libertad política que supere el *subjetus* para dar paso al *subjectum*.

Los enfoques jurídicos sobre la ciudadanía se mantienen atados a una noción de individualidad fijada en las leyes civiles que producen un sujeto pre-

determinado por su capacidad civil; carecen de un lenguaje propio que defina el bien común como un bien colectivo y desarrolle una sintaxis de comunidad política que no reduzca la experiencia y la formación de premisas civiles a los cálculos individuales.

La crítica del universalismo del Estado liberal es una condición necesaria de la ciudadanía democrática, esta debe orientarse hacia una nueva articulación entre lo particular y lo universal que proporcione una noción de bien común que reconozca las diferentes expresiones de la subjetividad y no pretenda trascenderlas mediante una idea sustancial u objetiva de ciudadanía o de **res-pública**. La democracia no sólo está localizada en el Estado sino en el seno de la sociedad, como una forma de identificación ciudadana a través de su participación en procedimientos que ofrecen alternativas de acción normativa.

La actividad de la ciudadanía y de los movimientos sociales permite ampliar el concepto de lo público más allá de los partidos e instituciones y pone en contacto a la norma con el «componente del mundo de la vida», haciendo de lo personal, lo cultural, las identidades y la publicidad espacios para conquistar nuevos derechos e instituciones que correspondan con las definiciones del sujeto. La movilización social y ciudadana cumplen la función de legitimación de la soberanía y validación de la ley como una forma de vida que se abre paso a la persecución de fines colectivos.

Las libertades expresivas en su definición normativa formarían parte del concepto mismo de democracia, como medio a través del cual los ciudadanos le dan sentido a su experiencia política y social. No son un derecho privado sino un poder público, en última instancia, el derecho a disentir y ejercer la crítica como principio de validez de la práctica jurídico-institucional. El carácter discursivo y expresivo de la libertad política implica la protección del espacio público, así como la protección de las libertades comunicativas e informativas, concebidos como procesos abiertos a la formación de la opinión.

Como fundamento de la soberanía política el principio de publicidad tiene que estar protegido en los mismos términos que los derechos fundamentales. La «esfera pública» expresa la existencia, en el nivel de los derechos fundamentales, de una esfera de libertad expresiva del ciudadano a salvo de toda una intervención estatal arbitraria, a la que el Estado provee al mismo

tiempo de condiciones para garantizar la equidad y la libertad en el ejercicio de los derechos de expresión y audiencia para todos los grupos sociales, conforme a principios como la maximización del diálogo, equidad y oportunidad de los participantes, etc.

Las libertades comunicativas no son derechos absolutos, su ejercicio se encuentra limitado desde diferentes perspectivas: conforme con la relevancia de lo que se comunica, de acuerdo con la forma de comunicación y de acuerdo con la oportunidad de acceso de los grupos sociales. Las restricciones serán validas si se concentran en delimitar, por causas de orden público, las circunstancias de lugar, ocasión y forma mediante las cuales se transmite el mensaje.

El «orden público» reaparece como elemento de clausura y control de la expresión. No sólo como escenario discursivo de la libertad política o del bien colectivo sino como principio de justificación de las restricciones formales de la libertad civil. Entre los operadores del derecho prevalece una visión caracterizada por la censura hacia las expresiones contrarias a los principios políticos y civiles de identificación interna. Sin embargo el mayor peligro para la libertad civil reside en las restricciones basadas en «seguridad nacional» que al limitar la expresión buscan asegurar la sobrevivencia del régimen.

En contraparte la intervención regulatoria para asegurar la independencia de los medios de comunicación tiene como fin proteger los derechos civiles y expresivos. En este caso la intervención estatal se dirige a eliminar los obstáculos y efectos nocivos que se producen como resultado del carácter privado de los medios de comunicación, mediante normas que buscan obligar a que el mercado comunicativo se adecue a los requerimientos democráticos: pluralidad de medios, protección de los periodistas, derechos de audiencia, gestión plural de los flujos comunicativos, iguales oportunidades de acceso y restricción de las exclusiones

No puede haber una auténtica competencia democrática si los medios de comunicación no garantizan la pluralidad de opiniones en los procesos político-electorales. Los medios son el escenario de las campañas políticas, de modo que los imperativos que la racionalidad discursiva les impone busca la viabilidad de la democracia. La libertad de los proveedores de comunicación e

información es contingente con respecto de la gestión argumentativa de la validez de los procesos políticos; si dicha gestión suprime la diversidad y reduce el debate deben existir mecanismos de responsabilidad y control de control para corregirlo.

Las condiciones de la publicidad en el liberalismo son incompatibles con una concepción de la democracia como principio que vincula la soberanía política con las libertades civiles. La publicidad se encuentra atravesada por una contradicción entre la configuración de la esfera pública y la privada. La estructura económica de los procesos comunicativos y las tecnologías del ramo favorece una concentración de los poderes comunicativos de la sociedad, lo que impide que el campo semántico proporcionado por el sistema se vea desbordado mientras que la comunicación e información se mantiene secuestrada por las corporaciones mediáticas con capacidad para definir e imponer el sentido de los procesos comunicativos.

Esta contradicción reaparece en la forma de una «sociedad del espectáculo» donde los medios de masas ostentan una capacidad de expresión irrestricta que ocupa la totalidad del espacio público y lo virtualiza arrojando la política por fuera del ámbito de reconocimiento. Con la virtualización del acto político los medios no sólo acaparan la interpretación de la realidad política sino la capacidad de definirla, el lugar de la argumentación lo pasan a ocupar las técnicas de comunicación de masas como la publicidad, las encuestas y la mercadotecnia, que resaltan las características de imagen del hecho político que son presentadas como una mercancía.

La despolitización de la comunicación separa a la política de sus fuentes sociales y colectivas, disocia las funciones deliberativas e informativas de las funciones decisorias; predomina una «*esfera pública privada*» que ofrece soluciones privadas a los problemas públicos. La gestión de los procesos comunicativos surge como una técnica adecuada de ejercicio del poder que mediatiza el hecho político y jurídico; una gestión totalitaria del poder que formalmente sigue siendo considerada como democrática.

4. LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA DEMOCRACIA

En los países democráticos no está generalizada una base procedimental congruente con los significados normativos de la democracia. Los elementos constitutivos se consideran como suficientes para lograr la validez de la norma, la legitimidad de la autoridad y la obediencia de la sociedad civil; eso los reduce a *técnicas* al servicio del Estado para conseguir el éxito del modelo de dominación política. En ningún momento del proceso democrático el ciudadano puede determinar la forma como se le presenta la libertad política.

El mundo es resultado de un conjunto de representaciones (predicados política, social y culturalmente aceptados) que se presentan como modelo de vida. que dan sentido a la experiencia del sujeto y hacen de este un *objeto* leído por el sistema. En términos analíticos la identidad entre realidad y representación tiene una función *ficcional* que convierte a las representaciones en modelos establecidos que se convierten es un fin en sí mismos. Para encontrar las verdades cifradas en el mundo de las representaciones es necesario un esfuerzo hermenéutico.

La representación política es un instrumento de origen *aristocrático*, su identificación con la voluntad y la soberanía popular animó las revoluciones antiabsolutistas las que una vez triunfantes dieron lugar a regímenes que reformularon la representación como un bien necesario para alejar los males del autogobierno popular. El hecho de que la identidad política del Estado sea representada provoca una tensión permanente entre legalidad y legitimidad que en el Estado liberal se resolvió sólo a través procedimientos que le dieron autonomía al ejercicio del poder.

El carácter ficcional de la representación es la «regla del juego» que permitió la transferencia de la deliberación del lugar donde reside la soberanía al lugar donde es representada. Esta transferencia se basó en la presunción de que la deliberación en los órganos representativos provee de una decisión formada intersubjetivamente y de que el pueblo se podía mantener como titular del poder constituyente mientras la representación fuera revocable.

De acuerdo con los ideólogos de la representación sus virtudes no radican en sus cualidades prácticas, como la formación de gobierno y de instancias de

deliberación, sino en su capacidad de expresar la pluralidad política y favorecer la composición entre intereses. En este sentido se le concibe como un delicado **test** de universalización que provee un espectro lo más amplio posible, de perspectivas de interpretación expectables a través de un mandato para **negociar compromisos**.

La representación cumple su función ficcional cuando las relaciones políticas y el principio de autodeterminación se sustituyen por procedimientos basados en presupuestos abstractos con el objeto de producir un espacio público eficiente que asegura que la representación sustituya su objeto. La ficción de la representación política se descompone en una serie de antinomias propias del modelo: la sustitución de cualquier forma de representación ciudadana por el sistema de partidos, la presunción de la deliberación en los órganos representativos, la idea de que el pueblo es titular de la soberanía nacional, la irrevocabilidad de los mandatos, la reaparición del corporativismo.

La representación muestra su verdadero rostro cuando los que ejercen el poder político disponen de un margen de poder de actuación no vinculado democráticamente, con base en el cual se convierten en **comisarios** ligados a una misión que no está limitada a su contenido. El desgaste del modelo de «representación democrática» se ha utilizado como fórmula para caracterizar al régimen de excepción que genera.

Las sociedades liberales contemporáneas no aseguran los presupuestos de validez de la representación democrática. En dichas sociedades la actuación del representante, vinculada a valores como la seguridad y gobernabilidad que favorecen escenarios estables de dominación, termina convirtiéndose en un presupuesto de validez de sí misma. El sistema de representación política no puede mantener por sí mismo la permeabilidad, equidad y apertura que requiere el sistema democrático, para cumplir con ellos es necesario introducir correcciones significativas.

El modelo representativo no escapa a la heteronomía que caracteriza toda relación mando-obediencia: su ejercicio se impone sobre el cuerpo y el sistema de creencias del ciudadano como un acto de falsación de lo político; se le quiere mantener como único referente para la acción y la interpretación política de la democracia. Se quiere hacer creer que vinculando los significados

de la democracia con el concepto formal de representación el pueblo se autodetermina políticamente.

La representación política democrática se funda en una propiedad interna del modelo que es el sistema de partidos, sujetos privilegiados de la democracia cuyo cometido es integrar los poderes públicos mediante las elecciones. No existe otro referente institucional de la pluralidad social que el que ofrecen los partidos políticos, las decisiones representativas en realidad son resultado de una negociación institucionalizada entre partidos con base del apoyo que estos obtienen de sus electores.

Los partidos políticos están en el ámbito de la sociedad civil pero no son asociaciones sino entidades de interés público con prerrogativas especiales en el orden constitucional para concurrir a la formación de la representación política. Esto les permite reasumir la voluntad de la ciudadanía y proyectarla en forma de voluntad general, por eso gozan de una acentuada protección en las leyes y de financiamiento; la jurisprudencia alemana los ha definido «como unidades inexcusables de acción ciudadana».

Sin embargo, los partidos sólo tienen atribuciones para «cooperar» con la formación de la voluntad popular y no para «confrontarla» o «desagregarla». Están excluidas las organizaciones que desvirtúen el régimen de libertades o pongan en riesgo los principios democráticos.

La intervención estatal en los partidos políticos es considerada como una medida democrática cuando busca eliminar los elementos de exclusión interna. La regulación y la judicialización de la vida de los partidos ha buscado minimizar los sus efectos perniciosos como factores de poder y reasumir los principios constitucionales del régimen democrático como principio de reconocimiento. En este sentido destaca las legislaciones partidarias en Bolivia y Uruguay que reabsorben la pluralidad al interior de los partidos políticos.

El asunto más controvertido de la regulación es el financiamiento privado de las campañas políticas, aspecto que tiene fuerte peso en la legislación. No obstante las experiencias arrojan el fracaso de los intentos por controlar el financiamiento de partidos y campañas; ni en Europa ni en los Estados Unidos se ha logrado limitar las relaciones entre partidos y grupos de poder. El

régimen de patrocinio económico de la política bajo reglas no escritas cada vez más se impone en los hechos y en la interpretación constitucional.

El concepto de *Estado de partidos* surgió en el contexto de la crítica del modelo representativo. No obstante para una parte de la teoría no tiene un significado negativo, por el contrario se le considera insustituible como «manifestación racionalizada de la democracia plebiscitaria» y como medio para lograr la organización de la clase gobernante y la articulación de los intereses contradictorios de la sociedad. Frente al régimen soviético y su colapso el liberalismo impulsó el *Estado de partidos* como alternativa de Estado democrático.

Sin embargo el Estado de partidos expresa el sistemático incumplimiento de los partidos de sus condiciones normativas. Muestra que el Estado de derecho ha sido reducido a un esquema donde el derecho y la política están secuestrados por grupos de interés. En este sentido el vocablo *partidocracia*, como a una apropiación abusiva de los espacios públicos y del Estado de derecho, expresa con mayor fidelidad las connotaciones negativas que tienen los partidos en el Estado democrático liberal.

El conjunto de la teoría jurídica y democrática coincide en que la práctica partidaria es contradictoria con una concepción de la democracia como principio de autodeterminación. Autores como Kelsen, Schmitt, Bobbio o Habermas han acusado a los partidos de secuestrar la política y subordinar su plataforma a las reglas del mercado; de ser entidades del dispositivo estatal con tendencias totalizadoras y excluyentes; y de prepresentar el principal obstáculo para la transformación democrática del Estado liberal.

El sistema de competencia partidario tiene su base en un conjunto de técnicas para la realización de los procesos electivos. La operativización del ejercicio de los derechos políticos requiere sujetarse a su formulación legal, que se considera indispensable para instituir el derecho político. No existe en la interpretación constitucional un concepto de derecho electoral que sea contrario a su configuración técnico-legal. Por eso la valoración de cualquier régimen político lleva a la reconstrucción de su derecho político.

El sufragio público y los comicios representativos están contruidos sobre el principio de obligación, que conjuga en su concepto la noción de **derecho** del racionalismo ilustrado y la de **atribución** del utilitarismo inglés. Su validación, como técnicas políticas para la legitimación del poder y de un modelo de vida, permitió que les fueran atribuidas cualidades metafísicas como género de «vida superior» o rito de iniciación en el «orden civil».

En sentido subjetivo son derechos públicos que llevan implícita una dimensión sustancial que permite la legitimación del gobierno, el control de los poderes, la expresión de la opinión pública y la producción de gobierno y representación. En sentido objetivo son el umbral formal mínimo de la democracia que llevan implícitos un conjunto reglas y principios de la libertad política democrática: primacía del sistema representativo, libertades civiles, libre participación; homogenización de la participación política; universalidad, igualdad, libertad y secreto del sufragio; libertad de postulación; existencia de recursos, equidad de competencia, tipificación de delitos, etc.

En las sociedades contemporáneas el sentido objetivo de los derechos políticos se impone sobre el subjetivo, el aspecto técnico prevalece sobre el normativo como expresión de que el paradigma democrático se orienta hacia la confirmación de las decisiones tomadas previamente por las élites. Los elementos técnicos del derecho electoral están presentes en las definiciones del derecho constitucional: qué se vota, número y duración de mandatos, formación de mayorías, reelección, forma del voto, abstención, sistema de partidos; y también forman parte insustituible de su definición legal: registro, distrito, circunscripción, autoridades electorales, proceso electoral, financiamiento, resultados preliminares, escrutinio, delitos electorales.

La introducción de la proporcionalidad, como un elemento técnico, introdujo una interpretación normativa para que la calidad de la representación se erigiera como componente democrático, garantizando un campo de acción y expresión para las minorías así como condiciones de equidad y publicidad. Sin embargo en los regímenes contemporáneos los objetivos del modelo proporcional no han sido conseguidos a cabalidad, sobre-representan al ganador y permiten que los partidos con más votos cuenten con mejores condiciones de competencia.

En ese sentido la llamada ingeniería electoral, los procedimientos para convertir votos en escaños en función de variables territoriales y demográficas, ha adquirido gran relevancia. Esta disciplina conjuga saberes y técnicas sobre las reglas del juego electivo que permiten que la representación refleje o no los resultados de la votación. Las técnicas se distinguen también por la capacidad que otorgan a los ciudadanos para expresar sus preferencias en un sistema donde los partidos concentran el poder de designación. Destacan por sus significados democráticos los regímenes de Australia o Alemania, que incluyen el voto binomial con lista abierta.

Las restricciones técnicas presentes en el derecho político comparado muestran que la interfase electoral es un vínculo heterónimo que cosifica la autodeterminación y asegura la obediencia a las decisiones estatales. El sufragio universal y los comicios públicos son medios de orden y estabilidad, su introducción permitió que la justificación de la soberanía pasara hacia a retórica de la conservación social. Su carácter como procedimientos privilegiados consiste en que permiten la clausura del campo político que les precede y procede, son medios para el «consentimiento consuetudinario tácito *ex post facto* por aquiescencia» de decisiones ya habían sido tomadas desde un principio.

5. LOS ELEMENTOS REFLEXIVOS DE LA DEMOCRACIA

Los linderos que separan al Estado y la sociedad civil se localizan en el nivel de la legitimación de los procedimientos de participación de la ciudadanía. Cruzar esos linderos, el desarrollo y profundización de los procedimientos, es una condición necesaria para la transformación del actual modelo de democracia liberal. De otra forma las funciones expresivas del concepto liberal representativo de la democracia seguirán subsumiendo los significados colectivos de la democracia a los marcos de su expresión legal.

La jurisdicción es la garantía fundamental del Estado de derecho. No hay democracia ni Estado de derecho sin garantías judiciales de los derechos fundamentales, si la autoridad no está subordinada al orden jurídico mediante un régimen protección de libertades, resolución de controversias y delimitación de los contornos del derecho. Si no se mantienen abiertos para la sociedad civil los canales de interlocución y argumentación.

La actividad judicial vincula a la norma con el caso concreto, cumple una función contra-mayoritaria que es actualizar la voluntad de los representantes dentro de los linderos y competencias de la Constitución, proveer al derecho político de reglas, principios y procedimientos. Eso le permite moldear con fuerza a la democracia. Como componente democrático se orienta hacia la protección de las minorías, la regulación de nuevos escenarios y hacia el reconocimiento de atribuciones diversas a los ciudadanos.

Mientras que el representante lo es de la nación, el juez representaría al ciudadano y al conjunto de los intereses civiles implicados y no representados en una controversia. La actividad judicial conlleva un importante grado de influencia política que puede llegar a una confrontación con las instituciones o con las mayorías políticas.

En virtud de su capacidad reflexiva y argumentativa para anular la ley incongruente con la Constitución, la jurisdicción constitucional es el puente entre el hecho social y la norma democrática. Incorpora una dimensión ética que desarrolla los significados de la norma y relativiza su dimensión técnico-jurídica. El principio de soberanía no se clausuraría sino hasta cuando los ciudadanos hayan agotado las vías de participación judicial y los tribunales hayan hecho su valoración de la norma.

Muchos conceptos del acervo democrático fueron introducidos por este medio: seguridad jurídica, racionalidad de las decisiones, no arbitrariedad, deliberación y argumentación, interpretación restrictiva de poderes públicos, interpretación extensiva de las libertades, limitación de la excepción.

Frente a la crisis del modelo de democracia representativa es necesario mantener abiertos los canales judiciales de participación ciudadana. Se requiere el desarrollo de un derecho procesal constitucional destinado a corregir el conjunto de deficiencias de la representación política. Hacen falta procedimientos que den acceso a todos los ciudadanos y grupos de la sociedad civil para defender sus derechos individuales, sociales y colectivos, a través de control normativo abstracto y con resoluciones que ofrezcan efectos vinculatorios *erga omnes*.

La jurisprudencia tiene mayor fuerza en los países del *common law*. En Estados Unidos los fallos judiciales de la «Corte Warren Burger» ofrecieron un nuevo modelo de interpretación constitucional que ofreció conceptos que cambiaron la cultura política en ese país e influyeron en la redefinición del sentido de la democracia en todo el mundo. En América Latina, con pocas excepciones, el Poder Judicial carece de verdadera autonomía y mantiene cerrada las vías de participación ciudadana, de control difuso y supremacía constitucional.

El órgano jurisdiccional encargado de la regularidad y la constitucionalidad de los procesos políticos se consolidó en el siglo veinte. La justiciabilidad de los derechos políticos los hizo equiparables a los derechos fundamentales y permitió que las decisiones del modelo se tomaran con base en criterios de juricidad y no de oportunidad. El control judicial de los derechos políticos conjuga la actividad electoral y judicial pero nunca va más allá de la justicia contextual. En este sentido prevalecen muchos problemas de ambigüedad, opacidad, vacíos y lagunas relacionados directamente con la interpretación de los conceptos fundamentales de la Constitución. Sus exigencias obligan a la especialización de las técnicas de procedencia.

La actividad judicial en el Estado democrático liberal forma parte de un orden jurídico que se identifica con un orden político y se concibe como modalidad de realización de éste. La práctica judicial no ha sido capaz aún de romper los linderos del contexto de justificación del régimen liberal y tampoco de poner un freno a los poderes informales. Los integrantes del Poder Judicial se encuentran subordinados al Poder Ejecutivo pues de su titular depende su nombramiento y la asignación de recursos; pero sobre todo están sometidos al poder legislativo en la medida en que su actividad se encuentra subordinada a la *fuerza* del texto

El reconocimiento constitucional de diversos instrumentos de la democracia participativa en algunos países ha permitido enriquecer los significados de la democracia al otorgar a los ciudadanos la capacidad de corregir desviaciones y abusos de los representantes. El Estado liberal fue animado en sus orígenes por una tradición participativa (a la que se adscribiría tanto la Confederación

norteamericana como al pensamiento socialista) que permanece soslayada por la teoría jurídica positivista y realista.

No obstante en la segunda mitad del siglo pasado la mayoría de los países liberales europeos, siguiendo el ejemplo de la Confederación Helvética y la Constitución de Weimar, adoptaron algunos de esos instrumentos y en la década pasada muchos países de Sudamérica se sumaron a su reconocimiento constitucional. La teoría considera que su adopción está justificada como instrumento excepcional destinado a corregir las deficiencias de la representación política.

En esos países se han incorporado de manera desigual instrumentos de participación ciudadana como el referendo constitucional, el referendo de leyes, el referendo derogatorio por petición popular, la iniciativa legislativa, la revocación de mandato o la libertad de candidaturas; procedimientos que mediante los comicios públicos y la utilización normativa de sus técnicas dan mayor capacidad a los ciudadanos para intervenir en las decisiones y controlar a sus representantes.

Existen otros instrumentos participativos a los que no se les ha dado suficiente relevancia: cabildo abierto, sistemas de planeación, ciudadanización de los organismos autónomos de control, espacios de conciliación judicial, participación ciudadana en la administración pública. Destaca entre ellos la experiencia de definición participativa del presupuesto municipal en ciudades del sur de Brasil, donde la deliberación sobre los recursos públicos se transfirió al nivel local creando un vínculo complejo entre justicia distributiva y democracia que para algunos tiene más virtudes técnicas que democráticas

La adopción en América Latina de las formulas de participación fue una reacción frente al colapso autoritario del régimen democrático en esos países para dotar de mayor legitimidad al proceso de «restauración democrática» y al nuevo régimen constituido. Fueron propuestos por los candidatos a suceder el poder militar y los constituyentes los adoptaron para su legitimación. No obstante, en los países más importantes de la región estos instrumentos nunca han sido utilizados, como sucede con la consulta popular facultativa reconocida en Argentina, Brasil pero donde nunca se ha legislado.

Con su introducción la ciudadanía no ha ganado protagonismo en las deliberaciones ni en el control sobre el gobierno y los representantes. Por una parte han sido convocados muy pocas veces debido a la renuencia de los representantes, por otra parte los poderes fácticos especialmente los comunicativos, han buscado poner obstáculos a su ejercicio y promovido la desinformación que juegan como un elemento distorsionador.

Otra las limitaciones es el elevado número de firmas que se requieren para realizar una petición o iniciativa popular. El referendo revocatorio en países como Bolivia o Venezuela requiere al menos un 5% del padrón; lo mismo ocurre en términos generales con otros instrumentos petitorios como la revocación del mandato y la iniciativa popular, que ahí donde son reconocidos requieren de un *quorum* muy alto para ser convocados. También es el caso de las candidaturas independientes.

Pocos hechos destacan en este contexto, entre ellos que en Cuba se requieren sólo 10 mil electores para presentar una iniciativa popular; destaca también la legislación de Bolivia que otorga personalidad jurídica y atribuciones electorales a las organizaciones de los pueblos indios. La experiencia de Uruguay también merece resaltarse porque expresa el trasfondo material que pueden comportar los procedimientos participativos como forma ejercicio de la libertad política, en este caso como instrumento de los sectores de la sociedad civil para detener las medidas de privatización de los servicios públicos.

En la teoría jurídica prevalecen dos visiones contrapuestas sobre los instrumentos representativos, que son dos visiones de la relación Estado-sociedad. En la perspectiva normativa se considera que juegan un papel reflexivo que favorece la apertura y enriquece los significados de la democracia representativa. Estos medios otorgan un *quantum* de legitimidad del sistema pero no lo sustituyen, lo complementan, son medios para controlar a los partidos y perfeccionar el contenido de la norma. Su introducción supondría un cambio de grado de la soberanía política.

La postura positivista concibe la participación como fuente de conflictos y resalta el carácter contradictorio entre representación y participación. Se considera que ponen en riesgo la gobernabilidad y el principio de identidad del régimen que se colapsa por la participación intensa y la existencia de

demasiados vínculos con su entorno; se subraya también el desgaste adicional que sufre el régimen con su ejercicio debido a la confrontación permanente entre opciones contrapuestas.

En este contexto se considera que son instrumentos de carácter excepcional que permiten fortalecer las decisiones representativas en caso de desgaste o *impasse* de los órganos representativos y proveer de válvulas de escape para lograr la sobrevivencia del régimen de cara al descontento popular.

En el nivel de la reflexividad existen diversos *elementos críticos* de la teoría del derecho que merecen nuestra atención en la medida en que abordan aspectos cruciales de la democracia en torno a los cuales gira la posibilidad de articular de manera fehaciente la legitimidad del derecho democrático como un medio para la «acción expresiva» de la sociedad civil, abierto a lo *otro* de la democracia y a la contradicción entre norma y hecho singular.

El contenido abierto del derecho es un principio democrático que impele al diálogo entre realidad y norma, la Constitución no debería tener otros límites que la soberanía nacional, las cláusulas de intangibilidad se encuentran por fuera de las condiciones constituyentes e históricas. Sin embargo en la democracia liberal las llamadas decisiones políticas fundamentales no son objeto de deliberación, el más alto nivel de reflexividad del sistema -la institucionalización del cambio- cierra las puertas al disenso como forma de acción ciudadana, lo excluye como acto político ilegal, lo mantiene invalidado e innombrado como fuente del derecho.

La única posibilidad del lenguaje jurídico para articularse con la realidad es romper de toda concepción ontológica de la ley y el Estado como entidad predeterminada y autodenominada, y hacer posible las heterodefiniciones, hacer valer el punto de vista del *otro* quien no está en posición de ejercer el poder o decir el derecho. Los significados democráticos no pueden agotarse en la descripción de sus procedimientos o su identificación con un modelo de representación, pues implican una relación que siempre puede enriquecerse con nuevos procedimientos y significados.

Los procedimientos democráticos son presentados como el resultado de una «racionalidad deliberativa» que otorga a las decisiones públicas y a los actos

del Estado un fundamento procedimental puro. Sin embargo no hay tal neutralidad de los procedimientos democráticos, detrás de su presunta pureza se esconde su sentido político como medios de dominación. En este sentido no se han desarrollado de manera suficiente los procedimientos democráticos en el nivel constitucional para recrear los significados de la democracia, que se realiza a través de un modelo donde no existen auténticas alternativas.

La democracia no está suficientemente procedimentalizada, en ella sólo tienen valor de voluntad popular las expresiones políticas que se ajustan a una forma preestablecida. Se requiere avanzar hacia la legitimación de nuevos procedimientos, abrir canales de comunicación entre el sistema y su entorno para incrementar su complejidad y hacer surgir alternativas sociales, políticas, culturales, jurídicas y económicas asociadas a una praxis colectiva. Se requiere también de un lenguaje que ponga el acento en los problemas de legitimidad política, en la capacidad de la sociedad civil para intervenir en la formación de las decisiones y en los efectos que estas tienen en el orden social.

La teoría también requiere hacer frente al avance de los actos restrictivos de las libertades para proteger el orden público por parte de la autoridad y de las decisiones que autorizan actividades económicas sobre bienes considerados como colectivos que pueden dar lugar a una respuesta violenta en la sociedad. En esos casos la desobediencia civil expresa el dilema del ciudadano que se pregunta sobre la validez de la norma. La desobediencia permite incluir nuevos elementos de valoración de la norma pero al mismo tiempo constituye un acto de desafío a la autoridad constituida.

En la perspectiva liberal el ejercicio del derecho de desobediencia y de resistencia puede ser considerado como legítimo cuando funda una relación jurídica en la que prevalece el principio de obediencia; en la tradición democrática se consideran legítimos como actos que fundan una relación política conforme el principio de autonomía e indeterminación.

Una parte de la tradición liberal representada por Rawls, brinda una concepción estática donde la defensa de lo privado es la causa de justificación: la desobediencia sería legítima cuando protege derechos individuales frente a las decisiones de la mayoría. Para R. Dworkin la desobediencia civil es un principio político para defender principios morales que definen una concepción

del bien común. En este contexto la desobediencia requiere para ser legítima: provenir de circunstancias excepcionales, respetar la ley, buscar el mejoramiento general no de grupo, estar dirigida a la opinión pública, incluir la aceptación del castigo y tener una naturaleza no violenta.

En la tradición democrática la desobediencia se considera un mecanismo legítimo cuando se utiliza en un contexto de desequilibrios sociales para la defensa de los derechos humanos, sociales, económicos, culturales, colectivos, civiles, políticos, por parte de los ciudadanos, o bien contra leyes y actos realizados por la autoridad o por grupos que denotan una concentración excesiva de facultades, atribuciones, privilegios o poderes. Desobedecer la ley en esta perspectiva es parte de un proceso para aclarar la validez de las decisiones y la legitimidad de la autoridad; un medio para crear derechos que hace recaer en el objeto la soberanía y la legitimidad, lo que genera una presión plebiscitaria que cumple una función pedagógica en la opinión pública.

Si bien la desobediencia civil, como parte del movimiento nacional por los derechos civiles, impulsó un cambio en la concepción del espacio público en los Estados Unidos, se considera ilegítima cualquier noción de desobediencia que llegue al rechazo de las decisiones de la autoridad mediante acciones de las colectividades y los grupos sociales que buscan obstaculizarlas o resistir su aplicación. Estas acciones son objeto de criminalización.

El sistema no puede incorporar una definición integral de la desobediencia que incluya el derecho de rebelión sin caer en contradicción. La legislación criminal se mantiene como el límite de las acciones legítimas, en ese contexto, el derecho de resistencia es aceptado como un principio de la metafísica contractualista pero no como un principio jurídico que funde un derecho a la insurrección, sino sólo el derecho a defender el orden constitucional de su rompimiento. La solución no es lógica no puede ser enunciada o prescrita, radica en el terreno de la legitimidad del ejercicio de la violencia como axioma político del orden jurídico.

La legitimidad del régimen democrático, la validez de la norma democrática como base de su obediencia y la capacidad del régimen democrático liberal para poder sobrevivir radican en la adopción de mecanismos de legitimación democrática que permiten reabsorber los significados de la práctica social y

reorientar la cultura política. No hay legitimidad política si no hay vínculos con la sociedad. El carácter normativo de las leyes fundamentales radica en la posibilidad para reflejar los cambios sociopolíticos y en su capacidad para introducir el principio de igualdad y libertad en las relaciones sociales, incluso en el núcleo de las relaciones económicas.

Los enfoques teóricos de la democracia se centran en el Estado como un bien público predeterminado e inamovible, en el que sin embargo no todos están incluidos. La teoría jurídica no puede seguir pensando en la norma como un principio omnicomprendivo sino que debe voltear hacia la introducción y ampliación de los vínculos jurídicos del Estado, la ciudadanía y la sociedad civil. Frente a la democracia de baja intensidad el derecho requiere establecer significados democráticos en el seno de la sociedad, requiere de una sociedad activa que ponga límites a los funcionarios, que construya la democracia desde la sociedad, que agregue y redefina intereses sociales, que genere zonas de equidad en el espacio público.

BIBLIOGRAFIA

- Aa. Vv. *Diccionario Electoral*. México, Instituto Interamericano de derechos Humanos, IFE, UNAM, 2003. 2 tomos
- Aa. Vv. *Diccionario Jurídico Esparsa-Siglo veintiuno*. Madrid, Fundación Moro, 2001.
- Aa. Vv. *Democracia y Justicia. Documento presentado por los asesores e invitados del EZLN en la mesa de trabajo 2*. Diálogo de Sacam ch'en an Andrés de los Pobres. 1996 (mim.).
- ABBAGNANO, Nicolás. *Diccionario de Filosofía*. México, Fondo de Cultura Económica, 1988.
- ADAMOVSKY, Ezequiel. *Problemas de la política autónoma: el pasaje de lo social a lo político*. 12 de marzo 2006. En: <http://argentina.indymedia.org/news/2006/03/382729.php>. Consultado el 10 de abril de 2008.
- AGAMBEN, Giorgio. *El Estado de excepción. Homo Sacer, II, I*. Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editora, 2004
- AGUIRRE, Pedro (coord.). *Sistemas Políticos y electorales comparados*. Instituto Federal Electoral. México, 1999.
- ALARCÓN OLGUÍN, Víctor. *Leyes de Participación ciudadana en México*. Un acercamiento comparado. En: *Democracia y Formación Ciudadana*. México, Instituto Electoral del Distrito Federal, 2002.
- ALARCÓN OLGUÍN, Víctor. *Libertad y democracia*. Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática. Instituto Federal Electoral, México, 1998.
- ALCUBILLA, Enrique. "Abstencionismo". En Aa. Vv. *Diccionario Electoral*. México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, IFE, UNAM, 2003. 2 tomos. p. 2-3.

ALMIRÓN, Nuria. "La prehistoria de la Web". En: <http://www.almiron.org/index2.html>, consultada el 20 de noviembre de 2008.

ALMIRÓN, Nuria. "Los amos de la globalización. Internet y poder en la era de la información" En: <http://www.almiron.org/index2.html>, consultada el 20 de noviembre de 2008.

ALSTON, W. F. *Filosofía del lenguaje*, Madrid, Alianza 1980, Col. Alianza Universidad.

ANDRADE SÁNCHEZ, Eduardo. "Comentarios a los artículos 39 y 40 constitucionales". En: *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada*. México, Porrúa, 1999.

ANDREA SÁNCHEZ, Francisco José. *Los partidos políticos. Su marco teórico jurídico y las finanzas de la política*. UNAM México. 2002.

ARAGÓN, Manuel. "Democracia parlamento y representación". En: *VARIOS: Tendencias contemporáneas del derecho electoral*. México, Cámara de Diputados, Instituto Federal Electoral, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993

..... "Democracia y Representación. Dimensiones subjetiva y objetiva del derecho de sufragio". En *Orozco Henríquez, Jesús. Democracia y representación en el umbral del siglo XXI*. México, UNAM-IIJ, 1999.

..... *Constitución, democracia y control*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002.

ARISTÓTELES. *Política*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1963.

ARRIARÁN, Samuel y BEUCHOT, Mauricio. *Filosofía y Multiculturalismo*. México, Ítaca, 1999.

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. "Tres problemas de tres teoría de la validez jurídica" En: *OROZCO HENRÍQUEZ, Jesús y VÁZQUEZ, Rodolfo. La función judicial. Ética y democracia*. Barcelona, Gedisa, ITAM, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2003.

ATIENZA, Manuel. "Tres problemas de la teoría de la validez jurídica". En: *Orozco Henríquez, J. Jesús y Vázquez, Rodolfo. La función judicial. Ética*

- y democracia*. Gedisa, ITAM. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Barcelona, 2003
- *Introducción al Derecho*. Distribuciones Fontamara, México, 2005, pp. 248.
- *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. México, Instituto de investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005.
- AVRITZER, Leonardo. "Modelos de deliberación democrática". En: DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *Democratizar la democracia*. fondo de cultura económica. México, 2005.
- BALIBAR, Etienne. *Citoyen sujet. Reponse a la question de Jean-Luc Nancy: Qui vient apres le sujet?* ". Paris, *Cahiers Confrontation*, n° 20. 1989.
- BOBBIO Norberto. *Liberalismo y democracia*. México, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, 1989.
- "El Futuro de la democracia". En MIRANDA, Angélica *et al. Teoría Constitucional I*. México, 1997, Universidad Autónoma Metropolitana.
- "El modelo iusnaturalista". En: BOBBIO, Norberto. *Sociedad y Estado en la filosofía moderna*. Fondo de Cultura Económica, México. 1986. 270 pp.
- BOCHENSKY. I. M. *Los métodos actuales del pensamiento*. Ediciones Rialp, Madrid, 1988, 16va ed.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*. Madrid, Editorial Trotta, 2002. 201 pp.
- BOVERO, Michelangelo. "El modelo hegeliano-marxiano". En: BOBBIO, Norberto. *Sociedad y Estado en la filosofía moderna*. México, Fondo de Cultura Económica, 1986.
- *Los desafíos actuales de la democracia*. México, Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática Instituto Federal Electoral, 1998.
- *Una Gramática de la democracia*, contra el gobierno de los peores. Madrid, Editorial Trotta, 2002.
- CAMINAL, Miquel. *El federalismo pluralista. Del federalismo nacional al federalismo plurinacional*. Barcelona, Paidós, 2002.

CÁRDENAS GRACIA, Jaime F. "Comentarios a los artículos 115, 116 , 117, 118, 119, 120 y 121 constitucionales". En: *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada*. México, Porrúa, 1999.

..... *Transición política y reforma constitucional en México*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.

..... *Una Constitución para la Democracia. Propuestas para un nuevo orden constitucional*. México, Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996.

..... "El derecho a saber y los partidos políticos". En: *Congreso Internacional de Derecho de la información. Culturas y sistemas jurídicos comparados* Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México. 2006

..... "El proceso electoral de 2006 y las reformas electorales necesarias". En: "Revista Mexicana de Derecho Constitucional", Num. 16. Enero-Junio de 2007. UNAM, México. p. 55. Consultado en Biblioteca jurídica virtual del IJ: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/16/ard/ard2.htm>

..... "Formación de mayorías y transformación del Congreso". En: GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. (coord.). *Estudios jurídicos en homenaje a Olga Islas de González Mariscal*. Instituto de Investigaciones Jurídicas 2007, UNAM, T. 1 p. 242.

..... "Hacia otra democracia". En CARBONELL, Miguel y VALADÉS, Diego. *El proceso constituyente mexicano. A 150 años de la Constitución de 1857 y 90 años de la Constitución de 1917*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, p. 174.

..... "Hacia un cambio en la cultura jurídica nacional". En: Revista Latinoamericana de Derecho. Año IV, Num. 7 - 8, enero-diciembre de 1997. p. 145 - 173 Consultado en: Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México: <http://www.publica/librev/rev/revlad/cont/7/cnt/cnt6.pdf>, el 12 de mayo de 2008

..... "Hacia un cambio en la cultura jurídica nacional". En: Revista Latinoamericana de Derecho. Año IV, num 7-8,

enero-diciembre de 1997. pp 145-173 Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.

..... "The theoretical basis for participatory and deliberative democracy". En: "Mexican Law Review" 6, july-dec, 2006. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. México, consultado en: <http://info8.juridicas.unam.mx/cont/6/arc/arc3.htm> el 2 de abril de 2008

..... *Partidos políticos y democracia*. Cuadernos de Divulgación democrática Num. 8, IFE México, tercera ed. 2000.

..... *Poderes fácticos e incompatibilidades parlamentarias*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2006. 243 pp.

CÁRDENAS GRACIA, JAIME; García Campos, Alan; Nieto Castillo, Santiago. *Estudios jurídicos en torno al IFE*. IJ. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2000

CASTELLS, Manuel. *La Galaxia Internet. Reflexiones sobre Internet, empresa y sociedad*. Madrid, Plaza & Janés, 2001.

CASTILLA URBANO, Francisco. *El pensamiento de Francisco de Vitoria*. Barcelona, Universidad Autónoma Metropolitana-Iztapalapa, Antrophos, 1992.

CERRONI, UMBERTO. "La libertad de los modernos". En: MIRANDA, Angélica *et al. Teoría Constitucional I*. México, Universidad Autónoma Metropolitana, 1997.

COBO, Rosa. *Fundamentos del Patriarcado Moderno*. Ediciones Cátedra. Unviversitat de Valencia, Valencia, 1991.

COHEN, Jean y ARATO, Andrew. *Sociedad civil y teoría política*. Fondo de Cultura Económica, México, 2002. 688 pp.

COHEN, Joshua "Deliberación y libertad". En: ELSTER, Jon (comp.). *La democracia deliberativa*. Barcelona, Gedisa, 2001. pp 255-290.

CONCHA CANTÚ, Hugo. *Sistema Representativo y democracia semidirecta*. México, Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

- CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo. "Repensar la gobernabilidad en la democracias". En: VALADÉS, Diego (coord.). *Gobernabilidad y constitucionalismo en América Latina*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
- COSSIO D., José Ramón. *Concepciones de la democracia y justicia electoral*. Primera Edición. Abril de 2002. Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática. IFE; México.
- CUNNINGHAM, Frank. *Theories of democracy. A critical introduction*. New Cork, Routledge, 2002. 247 pp.
- DABIN, Jean. *Doctrina general del Estado. Elementos de filosofía política*. México. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003. 499 pp.
- DADOR José Luis. *La ciberdemocracia posible: Reflexión prospectiva a partir de la experiencia en España*. En <http://www.azc.uam.mx/csh/sociologia/sigloxx/ciberdemocracia.htm>, consultada el 20 de noviembre de 2006
- DE CERTAU, Michel. *La escritura de la historia*. México, Universidad Iberoamericana, 1993.
- DE LA CUEVA, Mario. "Estudio Preliminar". En: MIRANDA, Angélica *et al. Teoría Constitucional I*. México, Universidad Autónoma Metropolitana, 1997.
- "Kelsen y la escuela de Viena". En; MIRANDA, Angélica *et al. Teoría Constitucional I*. México, Universidad Autónoma Metropolitana, 1997.
- "La idea del Estado". En: MIRANDA, Angélica *et al. Teoría Constitucional I*. México, Universidad Autónoma Metropolitana, 1997.
- DE LA PEZA CÁSAIRES, María del Carmen. "Medios De comunicación Política y Democracia". En: Revista El cotidiano 98. Septiembre-Diciembre de 1999.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura, AVRITZER, Leonardo. "Para ampliar el canon democrático". En DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Democratizar la democracia*. México, Fondo de Cultura Económica, 2004. 590 pp.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura. "Presupuesto participativo en Porto Alegre". En DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Democratizar la democracia*. México, Fondo de Cultura Económica, 2004. 590 pp.

- *Democratizar la democracia*. Fondo de cultura económica. México, 2005.
- *La globalización del derecho. Nuevos caminos de la emancipación y la regulación*. Bogota, Universidad Nacional de Colombia, 1998. 288 pp.
- DE VEGA GARCÍA, Pedro. "La crisis de la representación política en la democracia de partidos. En: Varios. *Tendencias contemporáneas del derecho electoral*. Cámara de Diputados IFE, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993.
- DEBORD, Guy *La sociedad del espectáculo*. Madrid, Pre-textos, 1991.
- DELEUZE Giles. "Un concepto filosófico". En: AAVV. *Después de sujeto quien viene*. Hojas sueltas.
- DERRIDA, Jacques, NANCY Jean L . *Hay que comer bien o el cálculo del sujeto*. Traducción del texto "Après le sujet qui vient?" Paris, Cahier Confrontation, Num. 20, Aurnier, 1989, pp. 91-114
- DUVERGER, Maurice. *Instituciones políticas y derecho constitucional*. Barcelona, Ariel, 1996.
- *Los partidos políticos*. México, Fondo de Cultura Económica, 1989.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel, 2002. 505 pp.
- ESCOBAR, Guillermo y GUEDAN, Moguel (eds.) *Democracia e instituciones en América Latina*. Madrid, Editorial Dykinson, 2005
- ESPINOSA TOLEDO, Ricardo. *Sistemas parlamentario, presidencial y semipresidencial*. México, Cuadernos de Divulgación Democrática. Instituto Federal Electoral, 1999.
- ESTEVA, Gustavo. "Autonomía y democracia radical". En: BARTOLOMÉ, Miguel A. y BARABAS, Alicia. *Autonomías étnicas y estados nacionales*. México, Instituto Nacional de Antropología e Historia, Conaculta, 1998.
- ESTEVEZ ARAUJO, José Antonio. *La Constitución como proceso y la desobediencia civil*. Madrid, Trotta, 1994.
- FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. *Los límites de la libertad de expresión*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.

- FERNÁNDEZ SANTILLÁN, José F. *La democracia como forma de gobierno*. México, Cuadernos de Divulgación Democrática. Instituto Federal Electoral, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Madrid, Editorial Trotta. 1999.
- FILC, Judith. "Desafiliación extranjera y relato autobiográfico". En: Amado, Ana y Domínguez, Nora (Comp). *Lazos de Familia, cuerpos, herencias, ficciones*. Buenos Aires, Paidós, 2004.
- FINKIELKRAUT, Alain. *La humanidad perdida. Ensayo sobre el siglo XX*. Barcelona, Anagrama, 1998.
- FIORAVANTI, Mauricio. *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones* Madrid, Editorial Trotta, 1999. 2000. 165 pp.
- FIX FIERRO, Héctor. *Los derechos políticos de los mexicanos*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- FIX- ZAMUDIO, Héctor. "La justicia constitucional". En. SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis (comp.). *Tendencias actuales del Derecho*. México, Fondo de Cultura Económica, 1994, 384 pp.
- FLORES OLEA, Víctor. "Hacia una democracia radical". En: Villoro, Luis. (coord.). *Perspectivas de la democracia en México*. México, El Colegio Nacional, 2001.
- FOUCAULT, Michel. *Tecnologías del yo*. Barcelona, Ediciones Paidós, 1990.
- FRIEDRICH, C.J. *La Filosofía del Derecho*. México, Fondo de Cultura Económica, 2004
- FROSINI, Vittorio. *La letra y el espíritu de la Ley*. Barcelona, Ariel 1995.
- GARCÍA PELAYO, Manuel. "La estructura constitucional del estado democrático liberal". En: MIRANDA, Angélica et al. *Teoría Constitucional I*. México, Universidad Autónoma Metropolitana, 1997.
- GARGARELLA, Roberto. *Crisis de la representación política*. México, Fontamara, 1997.
- "Representación, deliberación e imparcialidad". En: ELSTER, Jon (comp.). *La democracia deliberativa*. GEDISA, Barcelona, 2000.

- GIL GALINDO, Víctor. *La Democracia Electrónica*. ITESM-Universidad Autónoma de Barcelona, En: <http://hipertextos.mty.itesm.mx/num1gil.html>, consultada el 26 de noviembre de 2006
- GILMAN, Robert. *Teledemocracy. An Interview With Ted Becker*, En <http://www.context.org/ICLIB/IC07/Becker.htm>, consultada el 25 de noviembre de 2006.
- GONZÁLEZ ROURA, Felipe. "Jurisprudencia Electoral". En: *Diccionario Electoral*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Federal Electoral, México, 2 tomos. 2003. p. 747-751.
- GONZÁLEZ CASANOVA, Pablo. *La democracia en México*. México, Era, 1976.
- GONZÁLEZ MONTES, Soledad. *Relaciones de género y transformaciones sociales*. El colegio de México, México D.F. 1995. 337 pp.
- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel. "Participación ciudadana como complemento del gobierno representativo". En: Orozco Henríquez, Jesús. *Democracia y representación en el umbral del siglo XXI*. IIJ, México.
- HÄBERLE, Peter. *Constitución como cultura*. Bogota, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo, 2002.
- *El Tribunal Constitucional como Tribunal Ciudadano*. Santiago de Querétaro, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, 2005. pp. 158.
- HABERMAS, Jürgen. "Tres modelos normativos de democracia" y "El vínculo interno entre Estado de derecho y democracia", En *La inclusión del otro*, Barcelona, Paidós, 1999. p. 252
- *Facticidad y Validez*. Trotta. Madrid, 2000, pp. 787.
- *La Teoría de la Acción Comunicativa*. Tomo I. Madrid. Taurus. 1989
- HART, Herbert L. *El concepto de derecho*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1967, pp.369
- HAURIOU, André. "Los sistemas o regímenes electorales". En: MIRANDA, Angélica *et al. Teoría Constitucional I*. México, Universidad Autónoma Metropolitana, 1997.

- "Objeto y significación del derecho constitucional". En: MIRANDA, Angélica *et al.* *Teoría Constitucional I*. México, Universidad Autónoma Metropolitana, 1997.
- HELD, David. *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*. Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica, 1995. 369 pp.
- *Modelos de democracia*. Madrid, Alianza Universidad, 1993
- HERNÁNDEZ, María del Pilar. *Partidos políticos democracia interna y financiamiento de precampañas*. IJ, UNAM, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Petróleos Mexicanos, Universidad Complutense de Madrid, México, 2002.
- HOBBS, Thomas. *Tratado sobre el ciudadano*. Madrid, Editorial Trotta, Edición de Joaquín Rodríguez Feo, 1999.
- HOLLOWAY, John. *Cambiar el mundo sin tomar el poder*. Editorial Herramienta, Buenos Aires, 2001.
- IPRINMY, Rodrigo; GARCÍA VILLEGAS Mauricio. "Corte constitucional y emancipación social en Colombia". En: DE SOUSA SANTOS, Boaventura. *Democratizar la democracia*. Fondo de Cultura Económica. México, 2005. p. 259.
- KELSEN, Hans. Esencia y valor de la democracia. México, Ediciones Coyoacán, 2005.
- *Teoría General del Derecho y el Estado*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1995. 478 pp.
- KENNY, A. *El legado de Wittgenstein*, México, Siglo XXI, 1990.
- KORKER, Arthur. "El Marx de Baudrillard". En: Josep Pico, (comp). *Modernidad y posmodernidad*. México, D.F., Alianza Editorial, 1990. pp. 293-317.
- KUHN, Thomas. S. *La estructura de las revoluciones científicas*. México, Fondo de Cultura Económica, 1989.
- KYMLICKA, Will. Ciudadanía multicultural. Paidós, Barcelona, 1996.
- LAGARDE, Marcela. *Claves del podería y la autonomía de las mujeres*. Instituto Andaluz de la Mujer. Sevilla, 1997.
- LE BRAZIDEC, Gwenaél. "Régimen representativo y democracia directa: hacia la participación política de los ciudadanos". En: CONCHA CANTÚ, Hugo.

- Sistema Representativo y democracia semidirecta*. México, Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- LEIBHOLZ, Gehrard. "Representación e identidad". En: MIRANDA, Angélica *et al. Teoría Constitucional I*. México, Universidad Autónoma Metropolitana, 1997.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona, Ariel, 1986.
- LUCKMANN, Thomas y SCHUTZ, Alfred. *Los fundamentos de la vida cotidiana*. Madrid, Taurus, 1993.
- LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales, lineamientos para una Teoría General*. Madrid. Alianza/ iberoamericana. 1991.
- LYOTARD, Jean Francoise *La Condición Posmoderna. Informe sobre el saber. México, D.F. Ediciones Cátedra, 1990*
- MADRAZO, Jorge. "Comentarios al artículo 135 constitucional". En: *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada*. México, Porrúa, 1999.
- "Comentarios al artículo 41 constitucional". En: *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada*. México, Porrúa, 1999.
- MANACORDA, Paola. *Emergenza Internet, Conferenza dell'Associazione Italiana Internet Providers* - 27 noviembre 1998. En: <http://www.interlex.it/attualit/manacord.htm>, consultada el 20 de noviembre de 2006.
- MAQUIAVELO, Nicolás. *Obras Políticas*. La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, Instituto Cubano del Libro, 1971.
- MARÍA CÁRCOVA, José. *La opacidad del Derecho*. Madrid, Trotta, 2002.
- MARISCAL, Judith. "La participación ciudadana en la era digital: la experiencia de México". CIDE, México, Julio 2003. En: http://www.icamericas.net/documents/dp_uploads/estudios_report/Mexico_citizen_participation_spa.pdf, consultada el 20 de noviembre de 2006
- MARTÍ CAPITANICHI, Luz del Carmen. "Las constituciones locales en el sistema federal mexicano". En: SERNA DE LA GARZA, José María (*coord.*). *Federalismo y Regionalismo. Memoria del VII Congreso Interamericano*

- de Derecho Constitucional*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002. 692 pp.
- MARTÍN GRANADOS, Ignacio. "Los actores políticos e Internet. Retos y cambios en la política tradicional". Facultad de Ciencias Políticas y Sociología. Universidad Complutense de Madrid. En: <http://www.edemocracia.com/ePolitica/index.html>
- MARTÍNEZ QUINTANA, María Violante. *Problemas, diseños de estudio y políticas sociales para las mujeres*. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Sevilla, 1999.
- MARX, Carlos y ENGELS, Federico "Extractos de 'La Sagrada Familia'" en *Obras Escogidas*. Moscú, Editorial Progreso, 1978.
- MARX, Karl. *Contribución a la Crítica de la Economía Política*. México, Siglo veintiuno editores, 1978.
- MELGAR ADALID, Mario. "Comentarios al artículo 3 constitucional". En: *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada*. México, Porrúa, 1999.
- MERINO, Mauricio. *La participación ciudadana en la democracia*. México, Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática, Instituto Federal Electoral, 1998.
- MIER, Raymundo. "Una jornada en los medios masivos; el ciclo del olvido". En: Revista El Cotidiano 98. Septiembre-Diciembre de 1999. p. 37
- MILL, John Stuart. *Consideraciones sobre el gobierno representativo*. Tecnos, Madrid, 2000
- MIRABITO, Michael. *Las nuevas tecnologías de la comunicación*. Barcelona, Gedisa, 1998.
- MOLINA, José Enrique. *Democracia representativa y participación política en Venezuela*. 1986. Centro de asesoría y promoción legal, San José Costa Rica. consultado en <http://www.bibliojurídica.org/libros/> el 23 de abril de 2008-04-29
- MONTESQUIEU, Charles L. *El Espíritu de las Leyes*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1985
- MOUFFE, Chantal. *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía pluralismo y democracia radical*. Barcelona. Paidós. 1999.

- MOUFFE, Chantal. *Liberalismo Pluralismo y Ciudadanía democrática*. México, IFE, 1997
- NIETO CASTILLO, Santiago. *Interpretación y argumentación jurídica en materia electoral*. México, Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM, 2003
- *La interpretación de los órganos electorales*. Santiago de Querétaro. Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política. 2002. pp. 68.
- NOHLEN, Dieter. "El sistema de partidos". En: Aa. Vv. *Diccionario Electoral*. México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, IFE, UNAM, 2003. 2 tomos.
- "Sistema electoral". En: Aa. Vv. *Diccionario Electoral*. México, Instituto Interamericano de derechos Humanos, IFE, UNAM, 2003. 2 tomos. p. 1161.
- *Sistemas electorales en Europa del Este*. Ensayos 3. IFE México 1997.
- *Sistemas electorales en Europa del Este*. Ensayos Num. 3, Instituto Federal Electoral, México, 1997.
- NUN, José. *Democracia, gobierno del pueblo o gobierno de los políticos*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2000
- OFFE, Claus. "Democracia de competencia entre partidos y el Estado de bienestar keynesiano. Factores de estabilidad y de desorganización" En: OFFE Claus. *Partidos políticos y nuevos movimientos sociales*. Madrid, Sistema, 1988.
- OJESTO MARTÍNEZ PORCAYO, José Fernando. "Poder, derecho y jueces. La jurisdicción como participación política". En: *Testimonios sobre el Poder Judicial de la Federación y su contribución al desarrollo democrático de México*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2003. pp. 429-504.
- OQUENDO, Ángel R. *democracia y pluralismo*. México, Distribuciones Fontamara S.A., 2004.
- OROZCO HENRÍQUEZ, Jesús J. *La democracia interna de los partidos en Iberoamérica y su garantía jurisdiccional*. Tribunal electoral del PJF. Cuadernos doctrinarios de justicia electoral 7. México, 2004. 38 pp.

- "Comentarios a los artículos 99, 108, 109 110 y 111 constitucionales". En: *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada*. México, Porrúa, 1999.
- ORTEGA RAMÍREZ, Patricia. "Medios públicos y democracia, nuevas necesidades y viejas opciones". En: Revista El Cotidiano 98. Septiembre-Diciembre de 1999. p. 37
- ORTIZ LEROUX, Jaime E. "Lecciones jurídicas del zapatismo". En La Guillotina num 52. México, febrero-marzo, 2004.
- "Las instituciones a examen. Entrevista con el Dr. Jaime Cárdenas". En: Revista La Guillotina 57. Primavera del 2007. México. p. 52
- "No hay autonomía sin ciudadanos": En: La Guillotina 54. Primavera del 2005. México. p. 23
- PANTOJA MORÁN, David. "La idea de la soberanía". En: MIRANDA, Angélica *et al. Teoría Constitucional I*. México, Universidad Autónoma Metropolitana, 1997.
- PATIÑO CAMARENA, Javier. *Nuevo Derecho Electoral Mexicano 2006*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2005.
- PECES-BARBA, Gregorio. *Ética, poder y derecho*. México, Distribuciones Fontamara, 2001.
- PÉREZ FERNÁNDEZ del Castillo, Germán. *Democracia, ciudadanía y Justicia*. México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2004.
- PEROT, Michelle, DUBY, George (dir). *Historia de las mujeres*. Taurus, Barcelona, 1994. 10 Tomos.
- PICO, Joseph (comp) *Modernidad y posmodernidad*. México, D.F., Alianza Editorial, 1990.
- POPPER, Karl C. *La lógica de la investigación científica*. Madrid, Tecnos, 1973.
- PRIETO SANCHIZ, Luis. *Constitucionalismo y Positivismo*. Fontamara, México, 2004. 108 pp.
- PRZEWORKI, Adam "Deliberación y dominación ideológica". En: En: Elster, Jon (comp.). *La democracia deliberativa*. Barcelona, Gedisa, 2001. pp. 183-206.

- RAP Arthur., *Teoría analítica del conocimiento*, Madrid, Tecnos, col. Estructura y función, 1969.
- RAWLS, John. *Una teoría de la justicia*. Madrid, Aguilar, 1988.
- REALE, G.; ANTISORI, D. *Historia del Pensamiento filosófico y científico*. Barcelona. Editorial Helder, 1992. 3 Tomos
- REYES HEROLES, Jesús. *El liberalismo mexicano en pocas páginas*. México, Lecturas mexicanas. Fondo de Cultura Económica, 1985.
- RIVADEO, Ana María. "La reinención democrática de la Nación". En: Bejar, Raúl y Rosales, Héctor. *La Identidad nacional mexicana como problema político y cultural*. México, Siglo veintiuno editores, Universidad Nacional Autónoma de México, 1999.
- RIVERA LÓPEZ, Eduardo. *Ensayos sobre liberalismo y comunitarismo*. México, Distribuciones Fontamara, 1999. 162 pp
- ROCKEFELLER, Steven C. "Comentario a la política del reconocimiento". En TAYLOR, Charles. *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. México, Fondo de Cultura Económica, 1993 154 pp.
- RODRÍGUEZ ARAUJO, Octavio. *El Régimen Político y los partidos políticos en México*. Toluca, Instituto Electoral del Estado de México. 2002.
- ROITMAN, Marcos. "La democracia es el adjetivo, no el sustantivo". La Jornada. México D.F. 10 de octubre de 2006.
- ROLL, Eric. *Historia de las doctrinas económicas*. México, Fondo de Cultura Económica, 1984.
- ROMERO, Jorge Javier. La democracia y sus instituciones. México, Instituto Federal Electoral. Serie ensayos. 1998.
- ROSÉN, Tommy. *E-Democracy in Practice: Experiences of a New Political Tool*. En: <http://www.svekom.se/skvad/indexeng.htm>, consultada el 16 de noviembre de 2006
- ROSENVALLON, Pierre. *La consagración del ciudadano. Historia del sufragio universal en Francia*. México, Instituto Mora, 1999.
- ROSS, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*. Eudeba, Buenos Aires, 2005. pp.364.
- RUIPEREZ, Javier. *El constitucionalismo democrático en los tiempos de globalización*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. 2005. 227 pp.

- RUIZ MASSIEU, José Francisco. "El derecho municipal mexicano, constantes y perspectivas". En. SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis (comp.). *Tendencias actuales del Derecho*. México, Fondo de Cultura Económica, 1994, 384 pp.
- SABINE, George. *Historia de la teoría política*. México, Fondo de Cultura Económica, 1994, 698 pp.
- SANDEL, Michael. *El liberalismo y los límites de la justicia social*. Barcelona, Gedisa, 2000.
- SANTIAGO NINO, Carlos. *Introducción al análisis del derecho*. Ariel Derecho, Barcelona, 1999. 9° ed.
- SARTORI, Giovanni. *¿Qué es la democracia?* Instituto Federal Electoral, Tribunal Federal Electoral. México, 1993, p. 167.
- *Homo Videns. La sociedad teledirigida*. Madrid, Taurus, 1998.
- *Teorías de la democracia. 1. El debate contemporáneo*. Madrid, Alianza Universidad, 1988. 239 pp.
- *Teorías de la democracia. 2. Los problemas clásicos*. Madrid, Alianza Universidad, 1988. 338 pp.
- SCHERPE, Kluss "La conciencia apocalíptica de la modernidad". En. En: Josep Pico, (comp). *Modernidad y posmodernidad*. México, D.F., Alianza Editorial, 1990.
- SCHMITT, Carl. "El concepto positivo de Constitución". En: MIRANDA, Angélica et al. *Teoría Constitucional I*. México, Universidad Autónoma Metropolitana-Azcapotzalco, 1997.
- *La Dictadura. desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Madrid, Alianza Editorial, 1999.
- *Sobre el parlamentarismo*. Madrid, Editorial Tecnos, 1996. 118 pp.
- SCHROEDER Cordero, Francisco Arturo. "Comentarios al artículo 136 constitucional". En: *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada*. México, Porrúa, 1999.

- SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo y democracia*. Barcelona, Ediciones Orbis, 2 tomos, 1983. 500 pp.
- SILVA HERZOG, Jesús. *Esferas de la democracia*. IFE Cuadernos de divulgación democrática. México, Cuarta ed. 2001.
- STEIN VELASCO, José Luis. *Democracia y medios de comunicación*. UNAM-IIIJ, México, D.F. 2005. 396 pp.
- STOKES, Susan C. "Patologías de la deliberación". En: ELSTER, Jon (comp.). *La democracia deliberativa*. Barcelona, Gedisa, 2001
- SUBIRATS, Joan. *Los dilemas de una relación inevitable. Innovación democrática y tecnologías de la información y de la comunicación*. Universidad Autónoma de Barcelona, en <http://www.democraciaweb.org/subirats.PDF>, consultada el 13 de noviembre de 2006
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. *Razonamiento y argumentación jurídica. El paradigma de la racionalidad y la ciencia del derecho*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- TARSKI, Alfred. "Concepto de enunciado verdadero". En: BOCHENSKY. I. M. *Los métodos actuales del pensamiento*. Ediciones Rialp, Madrid, 1988, 16va ed.
- TAYLOR, Charles. *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. México, Fondo de Cultura Económica, 1993 154 pp.
- TROPEL, Michael. "El juez y la democracia". En: En: Elster, Jon (comp.). *La democracia deliberativa*. Barcelona, Gedisa, 2001. pp. 209-233.
- VALADÉS, Diego. "Estado de Derecho". En: AA. VV. *Diccionario Electoral*. México, Instituto Interamericano de derechos Humanos, IFE, UNAM, 2003. 2 tomos
- VALDÉS ZURITA, Leonardo. *Sistemas electorales y de partidos*. México, Cuadernos de Divulgación Democrática, IFE. Num. 7., 1977.
- VELASCO GÓMEZ, Ambrosio. "¿Qué Democracia para qué nación?. Reflexiones desde la Filosofía Política". En: BEJAR, Raúl y ROSALES, Héctor. *La Identidad nacional mexicana como problema político y cultural*. México, Siglo veintiuno editores, Universidad Nacional Autónoma de México, 1999. 402 pp.

VIGO, Rodolfo L. *La interpretación constitucional*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995.

VILLORO, Luis. "Los pueblos indios y el derecho de autonomía". En: Nexos. Num. 197, mayo de 1994, México.

VIRGALA FORURÍA, Eduardo. "Los partidos políticos ilícitos tras la Ley Orgánica 6/2002". p.26. En: Biblioteca Digital del Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM.
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/10/est/est7.pdf>

WEBER, Mex. *Economía y Sociedad*. México, Fondo de Cultura Económica, 1983.

WITTGENSTEIN, Ludwig., *Sobre la certidumbre*. Caracas, Ed. Tiempo Nuevo, 1965.

ZAGREVELSKY, Gustav. *El derecho Dúctil. Ley, derechos y justicia*. Madrid, Trotta, 2003.

ZAMORA RIVAS, R. Ignacio "Partidocracia". Aa. Vv. *Diccionario Electoral*. México, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, IFE, UNAM, 2003. 2 tomos. p. 964-973.

ZOVATTO, Daniel. "Las instituciones de democracia directa a nivel nacional en América Latina. Un balance comparado. 1978-2001". En: *Democracia y Formación Ciudadana*. México, Instituto Electoral del Distrito Federal, 2002.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

<http://www.juridicas.unam.mx/infjur/leg/legmexfe.htm>. Consultada hasta el 26 de septiembre de 2008.

CONVENCIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS,

<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-32.html>, Consultada el 16 de junio de 2008

PALABRAS EN OTRAS LENGUAS, ABREVIATURAS E INICIALES

A quo. (Latín). A partir del cual / desde el cual. *iudex a quo*, designa al juez o tribunal contra cuya sentencia se ha interpuesto un recurso.

Ad quem. (Latín). a quien; ante quien; para el cual. *iudex ad quem* juez ante quien se introduce una apelación de otro inferior,

Ad referéndum. (Latín). A condición de ser aprobado por quien posee poder para ello.

Advertising. (Inglés). Anuncio publicitario.

Amicus curiae. (Latín). Amigo de la corte. Se refiere a las prestaciones dadas por terceros en un juicio.

Apartheid. (Afrikáans). Régimen de segregación racial impuesto por los colonos holandeses bôer en Sudáfrica.

Arcanus (Latín). Secreto. Se refiere a los signos mágicos del tarot.

Arcana imperii. (Latín). Los secretos de Estado y del poder político.

Aristos. (Griego). El mejor.

Auctoritas. (Latín). Autoridad; vis para ejercer el poder

Ballotage. (Francés). Votar con boletas. Se refiere a la segunda vuelta electoral.

Bundestag. (Alemán). El parlamento federal. La dieta.

Cerciorati. (Latín). Avocación. En la terminología jurídica norteamericana el writ of cerciorati es un auto de avocación que permite a la Corte suprema revisar cualquier decisión pública.

Chat. (Inglés). Charla. Se usa para designar una conversación por medios electrónicos.

Checks and balances. (Inglés). Pruebas y equilibrios. Se refiere al sistema orgánico de pesos y contrapesos del régimen federal norteamericano.

Chief Justice. (Inglés). Presidente del Tribunal

Cleavages. (Inglés). Hendiduras, fracturas.

Codex. (Latín). Código.

Codex civiles. (Latín). El Código civil

Comissaires. (Francés). Comisarios.

Common law. (Inglés). Derecho común. Modelo de producción del derecho que se basa en fuentes judiciales y consuetudinarias comunes de un pueblo. Así se denomina el modelo del derecho anglosajón.

Common wealth (Inglés). Bien común como noción de República.

Constructo. (Latín). Construcción, se usa para definir una construcción social o psicológica.

Contrario sensu. (Latín). En sentido contrario. Expresión de la lógica escolástica para sostener una tesis opuesta a la discutida.

Corpus misticum. (Latín). El cuerpo místico. En la tradición canónica se refiere a la comunidad de fieles.

County. (Inglés). Condado.

Cuasi factum. (Latín). Casi un hecho.

Demos. (Griego). Pueblo. Una circunscripción de gobierno.

Deux ex machina. (Latín). Dios surge de la maquina. Expresión de origen teatral para aludir a la referencia interna de un sistema.

Dictum. (Latín). La expresión, lo dicho.

- Ekklesia.** (Griego). Asamblea
- e-mail.** (Inglés). Correo electrónico
- Entertainment.** (Inglés). Entretenimiento
- Episteme.** (Griego). Saber.
- Erga omnes.** (Latín). Contra todos. Una resolución judicial con efectos generales.
- Et al.** (Et alios). (Latín). Y otros
- Ethos** (Griego). Punto de partida, rasgo, inclinación. Hábito o modo de ser.
- Ex ante.** (Latín). Antes de (un evento).
- Ex legem.** (Latín). A partir de las leyes.
- Ex parte populi.** (Latín). De parte del pueblo.
- Ex parte priincipis.** (Latín). De parte del Príncipe.
- Ex post.** (Latín). Después de (un evento).
- Ex post facto.** (Latín). Posterior a los hechos.
- Ex principiis derivationes.** (Latín). De parte del Príncipe.
- Fictio.** (Latín). Ficción.
- fictio iuris.** (Latín). Ficción jurídica.
- Gnosis.** (Griego). Conocimiento absoluto e intuitivo, especialmente de lo sagrado.
- Government.** (Inglés). Gobierno
- Homo economicus.** (Latín). El hombre económico.
- Homo videns.** (Latín). El hombre que mira.
- Ibid.** (*abr. Ib ídem*). (Latín). Lo mismo
- Ibidem.** (Latín). Lo mismo
- Imago.** (Latín). Retrato, copia, imagen
- Impasse.** (Francés). Una situación que no tiene salida.
- Imperia.** (Latín). Mando autoridad, soberanía, dominio.
- In concreto.** (Latín). En concreto.
- Iuris dicto.** (Latín). Decir el derecho.
- Iuris et de iure.** (Latín). Presunción jurídica de pleno derecho.
- Iuris prudentia civiles.** (Latín). La jurisprudencia civil.
- Ius.** (Latín). El derecho, la justicia.
- Ius comunicatio.** (Latín). El derecho comunicativo.
- Ius gentium.** (Latín). El derecho de gentes, consuetudinario.
- Ius Societas.** (Latín). El derecho de la comunidad.
- Ius territoriali.** (Latín). El derecho de un territorio
- Iussum.** (Latín). Autorización o mandato
- Jus sanguini.** (Latín). El derecho de sangre.
- Kakistocracia.** (Griego). El poder de los peores.
- Länder.** (Alemán). Estado de la federación
- Leitmotif.** (Alemán). Motivo principal, adorno principal
- Lexis.** (Latín). Orden, contrato.
- Liberty and property.** (Inglés). Libertad y propiedad.
- Lobby.** (Inglés). Se refiere a la actividad de los grupos privados de presión.
- Locus.** (Latín). Lugar
- Logos.** (Griego). Razón, razonamiento, sentencia.
- Marketing.** (Inglés). Mercadeo.
- Mass media.** (Inglés). Medios masivos de comunicación.
- Médium.** (Latín). Medio
- Mimeisis.** (Griego). Imitación

Nomos. (Griego). Ley. Circunscripción administrativa.

On line. (Inglés). En línea.

Op. Cit. (Opus Cita). (Latín). Obra mencionada

Open source. (Inglés). Una fuente abierta. Se refiere al carácter abierto de ciertos recursos técnicos o conocimientos.

Pactum associationis. (Latín). El pacto asociativo.

Pactum subjectionis. (Latín). El pacto de sujeción

Partire dividere. (Italiano). Partir dividir

Personae. (Latín). Persona.

Plebiscitum. (Latín). Plebiscito.

Poiesis. (Griego). Creación.

Polis. (Griego). Ciudad

Politeia. (Griego). Constitución.

Political question. (Inglés). Cuestiones políticas. Se refiere a las decisiones políticas fundamentales.

Post hoc. (Latín). Después de esto.

Potestas. (Latín). Autoridad. como poder socialmente reconocido.

Pouvoir constituant. (Francés). Poder Constituyente.

Preceptae. (Latín). Orden, precepto.

Prima facie. (Latín). A primera vista.

Quantum. (Griego). Cantidad

Quid juris. (Latín). El asunto jurídico.

Ratio decidendi. (Latín). La razón para decidir

Rechtsstaat. (Alemán). Estado de derecho.

Referenda abrogativa. (Italiano). Referendo derogatorio.

Res pública. (Griego). La cosa pública.

Responsiveness. (Inglés). Sensibilidad.

Rule of law. (Inglés). Estado de derecho.

Simulacrae. (Latín). Simulacro.

Societas. (Latín). De la sociedad.

Stare decisi. (Latín). Las cosas se mantienen decididas. Define un modelo de validación jurisdiccional del derecho en los países del *common law*.

Subjectum. (Latín). Sujeto, alude a lo subjetivo.

Subjectus. (Latín). Súbdito

Suma nulla. (Latín). Suma cero. Anulación mutua de intereses

Supra. (Latín). Arriba, encima.

Supreme Court. (Inglés). La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos.

Surveillance. (Francés). Sobrevivencia

Techné. (Griego). Técnica.

Teledemocracy. (Inglés). Teledemocracia

Tête a tête. (Francés). Cara a cara

Vacuum. (Latín). Vacío.

Vis. (Latín). De la voluntad.

Volkgeist. (Alemán). El espíritu del pueblo.

Volonte generale. (Francés). Voluntad general.

ABREVIATURAS E INICIALES

OTAN. Organización del Tratado del Atlántico del Norte.

EZLN. Ejército Zapatista de liberación Nacional.

TIC. Tecnologías de la información y la Comunicación.

SMS. *Short messages services* (Servicios de mensajes cortos).

Abr. Abreviatura.

Cfr. Confrontar

Eds. Editores.

Comp. Compilador

Num. Número

Aa. Vv. Autores varios.