



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
PROGRAMA DE MAESTRÍA Y DOCTORADO EN FILOSOFÍA
FACULTAD DE FILOSOFÍA Y LETRAS
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES FILOSÓFICAS

LOS PODERÉS FÁCTICOS EN LAS DEMOCRACIAS CONSTITUCIONALES. LA
CONTRAPOSICIÓN ENTRE EL PODER DE HECHO Y EL PODER DE *JURE*.

TESIS QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE:
MAESTRÍA EN FILOSOFÍA

PRESENTA:
ALEJANDRO ROJAS MÉNDEZ

ASESORA:
NORA RABOTNIKOF
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES FILOSÓFICAS UNAM

CIUDAD UNIVERSITARIA, SEPTIEMBRE 2017



Universidad Nacional
Autónoma de México



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.

Índice

Agradecimientos.	4
Introducción.	6
Capítulo 1. Pensar la política: Derecho y política en la transición a la democracia en México.	13
1.1. <i>Dos dimensiones de la transición a la democracia en México.</i>	16
1.1.1. Por el camino de las reformas: la dimensión histórico-política de la transición.	16
1.1.2. La significación de la transición: la dimensión teórico-política.....	21
1.2. <i>Pensar la transición. La teorización sobre el cambio político en México.</i>	25
1.2.1. La madre de todas las batallas: la esfera electoral.....	25
1.2.2. Las reglas del juego. Relación entre política y actores sociales.....	28
1.2.3. La regulación de la política: el proceso de construcción y diseño del IFE.	32
1.3. <i>El legado de la transición.</i>	34
1.3.1. Énfasis en la creación y diseño institucional.	34
1.3.2. Civilización o remplazo de la política.	37
1.3.3. Límites del modelo de la transición.	39
Capítulo 2. La ilusión de Weimar: El Rechtstaat alemán y la relación del Derecho con la política.	42
2.1. <i>La primacía de la política en Carl Schmitt</i>	46
2.2. <i>Kelsen: La defensa de la Constitución</i>	55
2.3. <i>Herman Heller: la interdependencia entre política y Derecho</i>	62
Capítulo 3. En busca de los límites estatales: El Estado constitucional de Derecho. ...	68
3.1. <i>Norberto Bobbio: derecho y poder dos caras de la misma moneda.</i>	70
3.1.1. La prioridad del derecho sobre la política.....	70
3.1.2. La definición mínima de la democracia: la positivización de la política	72
3.1.3. Las promesas incumplidas de la democracia: la acotación de la política.....	77
3.2. <i>El modelo de democracia constitucional: la subordinación de la política al Derecho.</i> ...	81
3.2.1. El modelo teórico	82
3.2.2. El proyecto político	89
Capítulo 4. Los límites del Derecho para neutralizar la política: la dimensión conflictual de la democracia.	93

4.1. <i>Los límites del Derecho</i>	96
4.1.1. El retorno del Derecho.	96
4.1.2. Los derechos de la democracia.....	105
4.2. <i>El poder de la política</i>	109
Conclusiones	116
Bibliografía	126

Agradecimientos.

Este trabajo fue realizado durante el periodo que permanecí en el programa de posgrado en filosofía de la UNAM; un lapso que comprendió de 2013 a 2017. Durante ese tiempo los apoyos institucionales y personales fueron incontables; ahora confío nombrar a todos y cada uno ellos.

En primer lugar, al programa de Posgrado en Filosofía de la UNAM que me abrió sus puertas y me permitió desarrollar la presente investigación en un ambiente de diálogo y constante aprendizaje, en el que pude iniciarme en la investigación filosófica. Esa formación no hubiera sido materialmente imposible sin la beca recibida por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt).

A Nora Rabotnikof, mi maestra, que me introdujo en la lectura filosófica de la política. Sus comentarios, el tiempo dedicado a mi trabajo, la paciencia y afabilidad con la que me ayudó y escuchó todas las ocasiones en las que llegué lleno de dudas y sin respuestas (incluso más allá de lo académico), fueron fundamentales para la elaboración y conclusión de este trabajo.

A Corina de Yturbe, quien desde la primera ocasión me trató con una amabilidad que sólo ella es capaz; por su trato y disposición para ayudarme en cuanto le requerí le estoy en deuda y profundamente agradecido.

Este trabajo se nutrió ampliamente de la estancia de investigación que realicé en la Universidad de Turín, Italia. Para poder realizar esos estudios recibí muchos apoyos. Gerardo Cruz fue el primer puente de comunicación que tuve con la universidad de Turín, sin él y sin su persistencia no habría tomado la iniciativa de emprender el viaje. Nora Rabotnikof y Corina de Yturbe fueron de vital ayuda para que mi solicitud fuera aprobada por el comité académico del posgrado. Por último, sin el apoyo económico adicional recibido por el Conacyt no habría sido posible mi partida.

En Turín pude formular muchas ideas que se plasman en la tesis que presento; el ambiente, las instalaciones, principalmente sus bibliotecas, de la universidad me posibilitaron hacerlo. Agradezco a Michelangelo Bovero, quien me recibió como estudiante

a su cargo y que me brindo toda la ayuda posible para que mi estancia en la Universidad de Turín fuera confortable, por sus sugerencias para el proyecto de investigación y por la disposición con la que siempre atendió mis dudas y planteamientos.

Daniela Barberis, Stefano Musco, Silvia Rocchetta, Lucilla Moliterno, Pamela Padilla, Claudio Lagos, Eleonora Salina, Davide y Roberto Martino; todos ellos me brindaron su ayuda y amistad haciendo mi paso por Turín un viaje entre amigos.

A mi familia, por su apoyo incondicional, porque a ellos les debo todo lo que soy o seré.

Finalmente, a Andrea Olvera, por el cariño que me brinda, por ser y por estar, por las lecturas compartidas, por el diálogo constante; por ser mi primera lectora (y en quién pienso al escribir), por sus observaciones a este trabajo y por todo lo que me ha dado en este tiempo.

Introducción.

La tendencia a la hipóstasis es frecuente en la sociología, el Derecho y la ciencia política. Conceptos como “democracia”, “Estado”, “ley”, entre otros, son pensados como entes, como seres existentes en el mundo. Los debates académicos y políticos reproducen esta tendencia y toman dichos conceptos como realidades dadas, sin considerar que detrás de los conceptos subyace una forma particular de pensar y ver el mundo. Los conceptos son palabras que dotan de sentido y significado al mundo; un instrumento para acercarse al conocimiento, pero no crean al mundo.

La idea original de esta investigación se enmarcaba dentro de esa tendencia a la hipóstasis; el proyecto planteado buscaba dar cuenta de la relación entre el poder institucional (poder de *jure*) y el poder de hecho (poder de facto). El eje articulador de esas dos nociones eran los llamados poderes fácticos. El interés en esa relación surgió de un trabajo previo en el que se analizó el papel de los poderes fácticos en el proceso de transición a la democracia en México. Nuestro objetivo era analizar filosóficamente el origen y naturaleza del poder de hecho y el poder de *jure* para dar cuenta de la emergencia de los poderes fácticos. Esa “emergencia” era la premisa del proyecto; en nuestra lectura, el fenómeno de esos grupos de poder se podía explicar a partir de entender el proceso de transición a la democracia y cómo fueron cambiando las relaciones de poder en nuestro país. La característica de ese cambio, intuíamos, era el paulatino “empoderamiento” de esos grupos de poder frentes a los poderes institucionales.

Bajo este enfoque emprendimos el proceso de investigación. El primer paso fue encontrar los supuestos de la transición a la democracia. La relectura de la vasta literatura sobre el cambio político en México nos llevó a cuestionar nuestra idea original. Con la revisión de los estudios de la transición, en clave filosófica, nos dimos cuenta que paralelo al proceso histórico-político de construcción de la democracia en México se fue gestando y delimitando, paulatinamente, un campo del pensamiento democrático.

Con este concepto nos referimos a una esfera político-intelectual enfocada al análisis de la transición y consolidación de la democracia en México. En este campo confluyen diferentes disciplinas académicas, ciencia política, derecho, sociología, economía, etc.;

corrientes teóricas, neoconstitucionalismo, neoinstitucionalismo, *rational choice*, entre otras; así como distintas trayectorias individuales en lo ideológico. Quienes venían de la izquierda recuperando el larguísimo debate sobre la crisis del marxismo en clave socialdemócrata y liberal, los más cercanos al liberalismo social, el de la Revolución y al de los 90, que a partir de pensar y tematizar la transición fueron conformando un campo intelectual democrático que luego se expresó en ámbitos académicos, medios de comunicación y en la pertenencia institucional bajo la figura del Consejero que combina de modo novedoso virtud moral, saber técnico especializado y capacidad política.

Dentro de este campo de pensamiento se ha desarrollado un discurso hegemónico sobre la transición a la democracia en México. La creación y diseño institucional, el reformismo, el compromiso democrático, el rechazo a la idea de “revolución”, el pluralismo político, el consenso, son algunos de los elementos más importantes del discurso imperante sobre la transición. En la manera de articular las categorías mencionadas hay una forma particular de pensar la relación entre política y Derecho, caracterizada por la preeminencia de lo jurídico y la neutralización y eliminación de lo político.

Reconociendo la existencia de este campo de pensamiento democrático, el problema de los poderes fácticos puede ser explicado a partir de explicitar la forma de pensamiento político imperante en el debate teórico político mexicano. En este discurso existe una articulación y significación de la dinámica política con un alto contenido jurídico, en el que la normalidad democrática y la calidad de la democracia se miden a partir del entramado jurídico institucional y de su valoración por los integrantes de este campo democrático.

El planteamiento del campo de pensamiento democrático mostraba las limitaciones del proyecto de investigación original. Las categorías de análisis, las distinciones y el esquema propuesto fueron formulados con el léxico propio del discurso hegemónico de la transición. Para dar cuenta del campo de pensamiento democrático resultaban necesarias otras categorías. Ello nos llevó a replantear el problema de investigación. El trabajo que presentamos es, entonces, un intento para dilucidar la formación de una concepción hegemónica del Derecho, la democracia y la política, presente en la transición a la democracia en México.

Las perspectivas, los enfoques y los ejes temáticos que se abrieron para abordar un problema como el planteado fueron múltiples. Nuestro estudio pudo desarrollarse desde el campo de la historia intelectual; bajo esa perspectiva nuestro análisis de la transición como fenómeno histórico-político (capítulo 1) y la reconstrucción del concepto Estado de Derecho, en la tradición del *Rechtsstaat* y en el modelo de Estado constitucional de Derecho (capítulos 2 y 3), tendría que hacerse en términos de la recepción e influencia que éstos tuvieron en la conformación de campo de pensamiento democrático. Sin embargo, nuestra investigación tiene un propósito distinto. Más que mostrar influencias de las teorías jurídico-constitucionales europeas en el debate mexicano sobre la democracia y el Estado de derecho, buscamos delinear el uso que se hace de tales teorías para justificar una forma de pensar la política y la democracia que se gestó en el proceso de la transición.

A ésta forma de concebir la política, que hemos denominado “campo de pensamiento democrático”, le subyace una manera de articular la dinámica política que puede ser analizada desde diferentes ejes temáticos. La relación entre lo individual y colectivo, la influencia de lo social en la conformación de lo político, los límites de la democracia representativa, en oposición a otros tipos de democracia (participativa, directa, deliberativa, etc.), son algunos de los ejes desde los que se puede estudiar nuestro problema. Empero, consideramos que la relación entre Derecho y política es la más útil para nuestros propósitos. Con estos dos macro conceptos buscamos establecer las fronteras del discurso predominante sobre la transición a la democracia. En la relación analítica conceptual propuesta se puede agrupar las distintas disciplinas y corrientes teóricas que convergen en el campo de pensamiento democrático mexicano. Consideramos que la multiplicidad de posturas que contribuyeron a la conformación de ese campo democrático comparte una visión de la política y del Derecho.

En consecuencia, nuestra investigación se articula a partir de la relación del Derecho y la política y la forma cómo son integrados en el discurso predominante sobre la transición a la democracia. Bajo esta perspectiva, la presente investigación la dividimos en cuatro apartados. En el primer capítulo reconstruimos los supuestos de la transición a la democracia en México. Nuestra reflexión parte de un proceso histórico político; por tal motivo, partimos de una reconstrucción *grossa modo* de la transición. No se trata de hacer

la historia de la transición, los estudios al respecto son innumerables; nuestra empresa es trazar los momentos más importantes de ese proceso histórico-político para la conformación del campo de pensamiento democrático.

Este campo, además de una serie de categorías de análisis y un discurso dominante, incluso hoy visto como un léxico de sentido común, lo integra un grupo de académicos que han tenido una fuerte vinculación e influencia en los sectores políticos institucionales. Definir o encasillar en un concepto a este grupo resulta difícil pues, como hemos comentado líneas arriba, las trayectorias ideológicas, personales y las formaciones académicas son de diversa índole; sin embargo usamos el concepto “transicionistas” para referirnos al grupo de académicos que han conformado un “canon” sobre la transición a la democracia y cuyas obras son nuestro punto de partida.

A pesar de la tosquedad de la etiqueta “transicionistas” consideramos que dada la variedad de perfiles que convergen en el discurso dominante sobre la transición sería inadecuado usar algún otro concepto. Definir a este grupo como “neoconstitucionalistas”, no obstante la preeminencia del Derecho (electoral y constitucional) en los estudios, resultaría insuficiente pues no contemplaría aquellas obras de contenido politológico o económico que han contribuido al “canon de la transición”. De igual manera, denominarlos “neoinstitucionalistas” no contemplaría la fuerte carga jurídica presente en el campo democrático establecido. Por tal motivo, en el primer capítulo usaremos el concepto “transicionistas” para referirnos al grupo de intelectuales que han tematizado la transición y elaborado un discurso dominante sobre ella.

En primer capítulo también presentamos lo que para nosotros es un rasgo fundamental del pensamiento político mexicano contemporáneo, a saber el énfasis en la creación y diseño institucional. Nuestra sospecha es que dentro del campo de pensamiento democrático el diseño institucional y el Derecho son dotados de una capacidad omnicompreensiva, de acuerdo a la cual la política y lo político, el momento de la decisión soberana, pueden ser reemplazados por el procedimiento, la norma y el consenso. Si bien esa manera de concebir la política se gestó durante el proceso de transición a la democracia, creemos que se ha extendido a todas las áreas de entramado institucional mexicano. En ese sentido, la transición es un proceso catalizador de otros procesos políticos e impuso una

forma de pensar la política que hoy es predominante en México, caracterizada por el énfasis en la creación y diseño institucional.

En el discurso hegemónico sobre la transición y en los estudios de los “transicionistas” hay un núcleo de autores y posturas teóricas que son frecuentemente citadas y referidas. En nuestro intento de mostrar las características del campo de pensamiento político democrático, en los capítulos 2 y 3 retomamos la batería teórica conceptual más recurrida por los “transicionistas” y la reconstruimos en términos de la relación política-Derecho y su vínculo con la democracia. El objetivo, una vez más, no es mostrar el grado de influencia que tales autores tuvieron en la conformación del discurso sobre la transición. Hacemos esta reconstrucción conceptual para mostrar el uso particular que se hace de tales propuestas. Para nosotros, dentro de la gama de autores seleccionados hay elementos para pensar la política, el Derecho y la democracia de una manera más amplia de cómo es concebida los integrantes del campo democrático. Esta triada conceptual (política, Derecho y democracia) serán el eje de estos dos capítulos.

En el segundo capítulo recuperamos el debate teórico-político que se generó en Alemania a principios del siglo XX a partir de la República de Weimar. Independientemente de lo acotado de ese debate, en términos espacio temporales, consideramos que en él hay elementos que nos permiten pensar la relación entre política y Derecho de una manera más abstracta. En este ejercicio retomamos a tres de los autores más destacados en el debate alemán y que son frecuentemente citados en el debate mexicano, a saber, Carl Schmitt, Hans Kelsen y Hermann Heller. Desde perspectivas distintas, los tres autores abordan el problema la relación entre el poder y el Derecho. Para Schmitt lo político y la decisión soberana es el momento fundacional del ordenamiento existente. Para Kelsen, el poder es jurídico y es la norma fundamental la que dota de validez al ordenamiento. Heller por su parte, piensa el ordenamiento jurídico y el aparato social como suerte de integración de las fuerzas políticas y sociales. En los tres casos, se trata de explicar cómo es posible establecer y mantener el orden jurídico en un contexto plural y marcado por una potencial, pero constante, conflictividad política.

La discusión sobre Weimar no tuvo en cuenta los límites substanciales del Estado. En la tradición alemana, el *Rechtsstaat*, Estado de leyes, las limitaciones a la formación de leyes y

a la actuación estatal son estrictamente formales su actuación; validez y eficacia son los elementos que definen a ese modelo jurídico. Frente al trauma de la segunda guerra mundial, la reflexión jurídica y política se centró en los límites de la acción estatal y a la creación de normas. Como resultado de esa discusión se generó un nuevo modelo, el Estado constitucional de Derecho. Este tipo de Estado se caracteriza por la presencia de límites, formales y sustanciales, a la producción de leyes; éstas ya no sólo son creadas conforme al procedimiento, también deben ser acordes y no contravenir alguno de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución.

En su versión ferrajoliana, el Estado constitucional de derecho se compagina sintéticamente con la forma de gobierno democrática dando como resultado el modelo de democracia constitucional. La democracia constitucional se caracteriza por limitar la voluntad de la mayoría y la toma de decisiones por el método democrático; el límite son los derechos fundamentales. La decisión de la mayoría no puede ir en contra de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución.

Además de ser una propuesta teórica conceptual, la democracia constitucional contempla un proyecto político caracterizado por un conjunto de instituciones jurídicas especializadas que amplíen la división de poderes existente. El objetivo de ese proyecto político es poner freno a los “poderes salvajes” presentes en las democracias modernas y que atentan contra la estabilidad, la legalidad y contra la democracia misma, tanto a nivel local como global. Por tal motivo, este proyecto político desembocara en una propuesta cosmopolita similar a aquella de la paz perpetua kantiana.

En el tercer capítulo de esta investigación reconstruimos el modelo teórico y el proyecto político de la democracia constitucional. Creemos que esta propuesta es vista como una teoría acorde con el discurso hegemónico de la transición a la democracia. El campo de pensamiento democrático, formado paulatinamente en consonancia de las vicisitudes propias de proceso histórico-político del cambio político en México, encontró en el modelo de Ferrajoli un nicho conceptual que dotara de veracidad teórica un discurso surgido de la particularidad política mexicana. Una vez más, no queremos decir que la democracia constitucional haya forjado el campo de pensamiento democrático; para nosotros, el campo usa el modelo ferrajoliano para justificar y validar ideas y supuestos ya formados.

En el último capítulo de nuestro trabajo ponemos en duda algunos de los supuestos del discurso hegemónico de la transición. En particular, buscamos mostrar las limitaciones que tienen el Derecho y el diseño normativo institucional para aprehender la práctica política. Los argumentos presentados en este capítulo enfatizan la necesidad de pensar la democracia y la política en términos de antagonismo y aceptar la posibilidad siempre latente del conflicto político. No se trata rechazar las funciones del Derecho como regulador de la vida social; buscamos establecer sus límites. ¿Todo puede ser traducido al lenguaje de los derechos? Es la pregunta que nos guía en ese apartado. Para ello, recurrimos dos autores provenientes del marxismo, pero que después han incursionado en la teoría política y el Derecho constitucional.

Consideramos que retomar las categorías del conflicto político y el antagonismo en la teoría política democrática nos brinda elementos para pensar la política más allá del paradigma jurídico institucional. Para nosotros, resulta necesario repensar la política y la democracia en México, poner en duda el campo de pensamiento democrático formado durante la transición. Esta necesidad queda manifiesta a la luz del cada vez mayor desencanto con la democracia y la transición mexicana. Algunos de los otrora defensores y promotores del cambio político hoy son de sus más fervientes críticos. Creemos que el desencanto se origina en la sobrecarga de expectativas en la democracia y en la forma de pensar la política impuesta por el “canon de la transición”. Frente a este problema, nuestro trabajo es un modesto intento de ampliar los horizontes del campo de pensamiento democrático a fin de comprender la complejidad de la dinámica política nacional.

Capítulo 1. Pensar la política: Derecho y política en la transición a la democracia en México.

En el escenario político académico contemporáneo mexicano existe una corriente teórica que paulatinamente ha cobrado un papel predominante tanto en el debate académico como en el actuar político, a través de vinculación cada vez mayor con las instituciones políticas del país, nos referimos al llamado neoconstitucionalismo. Esta postura se caracteriza por pensar la relación poder/Derecho de tal forma que el Derecho neutraliza y se sitúa por encima del poder. Combinado con los enfoques del (neo) institucionalismo el énfasis, casi exclusivo, está puesto en la construcción de instituciones jurídicas. Estas dos corrientes teóricas, entre otras, convergen en el campo de pensamiento democrático mexicano, es decir, el discurso hegemónico sobre la transición a la democracia. Nuestra sospecha, intuición, hipótesis es que el diseño de las instituciones jurídicas no apunta sólo a encauzar y ordenar la esfera política, sino a tratar de anticipar y regular toda eventualidad política.

La reconstrucción de los caminos que llevaron esta postura resultaría inabordable. Sería necesario adentrarse en la tradición del liberalismo y el constitucionalismo mexicano, en la relación entre juristas y política en diferentes momentos históricos, adentrarse en los procesos de institucionalización académica, etc. En esta tesis solo intentaremos abordar uno de los hilos teóricos, no siempre explicitados, que podrían ayudar a aclarar el porqué de este énfasis en la construcción jurídico-institucional: la relación entre política y derecho (caps. 2 y 3). En este capítulo haremos una breve reconstrucción de la forma en que se pensó y se piensa la transición en México, tratando de mostrar que, al concentrarse casi exclusivamente en lo electoral, y en el modelo de construcción institucional del IFE, esa forma de concebir la relación entre política y derecho se extendería con posterioridad a todo el ejercicio y el pensamiento de la política en México. El llamado neoconstitucionalismo sería una especificación posterior de la temática de la transición.

El contexto en el que se desarrolló el campo de pensamiento democrático mexicano comparte algunos rasgos con el clima teórico de América latina en la década de los 80. Durante esta década, la democracia prácticamente monopolizó el debate teórico político en la región. Después o frente a las experiencias de dictaduras acaecidas en la década de los 70

en el cono sur, la democracia representó una nueva forma de hacer y pensar la política.¹ En el caso mexicano, la democracia fue la bandera de la oposición a la hegemonía priista. La democracia representó una antítesis con el pasado y con las “viejas” formas de pensar la política.

Tanto en el caso mexicano como en el resto de América latina, la reflexión en torno a la democracia motivó una relectura de los clásicos de la filosofía política y generó recuperaciones de autores que en décadas pasadas hubiesen parecido impensables. Sin embargo, los acuciantes problemas de la región fueron el semillero más importante en la reflexión teórica política durante la década. Señalar las especificidades de la reflexión sobre la democracia en cada país sobrepasa los límites de este trabajo. No obstante, podemos decir que en el concepto de “democracia” se aprehende el común denominador del clima teórico de la región.

El concepto de “democracia” ocupó el lugar de una idea límite. Con ella se podía pensar en contra de lo no querido, el autoritarismo. Con este concepto se hacía referencia a experiencias políticas de diversa índole. Por un lado, y por oposición, con la idea de transición a la democracia se delimitaba la brutalidad de la violencia instalada por los regímenes militares sudamericanos, la violación sistemática de los derechos humanos, la imposición del terror y otros crímenes. Por otro lado, la idea de transición posibilitó someter a crítica aquellas alternativas políticas que negaban total o parcialmente las garantías ofrecidas por el Estado de Derecho.²

Como parte de este uso de la idea de transición, algunos intelectuales de izquierda, transformando la valoración de antiguos términos, reflexionaron el socialismo como una profundización de la democracia, aceptando que “el avance de la organización popular no puede hacerse sin antes recuperar los contenidos del Estado de Derecho.”³ En ese sentido, y a partir de esta década el problema del Estado de derecho, su construcción o modernización

¹ Cfr. Nora Rabotnikof, “El retorno de la filosofía política: notas sobre el clima teórico de una década” en *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 54, núm. 4, octubre-diciembre, 1992.

² Véase Cecilia Lesgart, “Usos de la transición a la democracia. Ensayo, ciencia y política en la década de los ochenta.” en *Estudios sociales*, vol. 22, núm. 1, 2002, pp. 163-185

³ *Ibid.*, p. 173

se fue ligando al estudio del fenómeno de la democracia, generando una amplia literatura sobre las normas e instituciones jurídicas necesarias para el adecuado funcionamiento de la democracia en América latina.

En el caso mexicano, desde la década de los 80 y particularmente en la década siguiente, los estudios sobre el problema de la democracia y la transición fueron prolíficos. A pesar de las diversas críticas hechas a la transición mexicana, la confianza en los “avances hacia la democracia” era generalizada en los teóricos mexicanos. La transición a la democracia se pensó como un proceso gradual caracterizado por una “mecánica” constante, por la presencia de partidos políticos, un conjunto de normas y procedimientos que regularan los comicios y por la celebración periódica de elecciones. Cada elección representaba una oportunidad para poner a prueba el modelo y mejorarlo a partir de la creación de nuevas normas o procedimientos que respondieran a la conflictiva política electoral y a las demandas hechas por las fuerzas políticas participantes. Bajo esta perspectiva, la alternancia en el año 2000 se pensó como el último “giro en la tuerca” de la construcción de la democracia en México.⁴ La confianza en la transición había rendido sus frutos.

Después de la transición y particularmente a raíz de los conflictos electorales de 2006 el concepto de “crisis” se volvió recurrente en el debate teórico político. Los adjetivos de la crisis fueron diversos, de representatividad, legitimidad, cohesión social, participación política, de partidos políticos, institucional, por mencionar algunos. A pesar de la variedad, todos estos adjetivos comparten la desilusión en la transición a la democracia que una década antes cobijó las esperanzas de todos. Nuestra hipótesis es que la llamada crisis de la democracia, en el caso mexicano, radica en la sobrecarga de expectativas que se atribuyeron a ésta forma de gobierno. Adyacentemente, intuimos que la desilusión de la transición, expresada por sus otrora defensores y promotores, se origina en las limitaciones del modelo de la transición y el diseño institucional, así como en su implementación en el proceso de modernización y creación del Estado de derecho.

⁴ Cfr. José Woldenberg, et. al, *La mecánica del cambio político en México. Elecciones, partidos y reformas*. Cal y Arena, México, 2011.

1.1. *Dos dimensiones de la transición a la democracia en México.*

1.1.1. Por el camino de las reformas: la dimensión histórico-política de la transición.

La transición a la democracia en México, en su dimensión histórica política, es vista como un proceso de mediana duración cuyo punto de partida se sitúa a finales de la década de los 70. Historiadores y politólogos ven en la reforma política de 1977 el primer paso en el proceso de cambio político en México. Este proceso fue significado como la construcción de instituciones, actores, normas y procedimientos ligados a la toma de decisiones públicas. El lugar de los actores sociales y políticos resultaba ambiguo: por un lado “ya había” pluralismo partidario, ciudadanos, sociedad civil movilizada. Por otro lado, ello sería un resultado de la transición y las reformas.

El proceso de democratización en nuestro país supuso la integración de las distintas fuerzas políticas existentes. La integración tenía como objetivo posibilitar la coexistencia pacífica e institucional de las distintas fuerzas políticas. Las fuerzas de izquierda, escribe Luis Salazar “se vieron forzadas a abandonar progresivamente posturas doctrinarias y revolucionarias a favor de la lucha reformista por cargos de elección popular.” Por su parte, las fuerzas de derecha “también fueron asumiendo –continúa Salazar- posiciones menos doctrinarias e intolerantes, asumiendo en cambio un pragmatismo electoral que pronto habría de redituales avances regionales considerables.”⁵

Esta integración fue una respuesta del sistema político para mantener la estabilidad y el orden del sistema. Sobre este punto, existe un amplio consenso entre los teóricos mexicanos en ver a la reforma política de 1977 como una medida del gobierno para integrar a las fuerzas de izquierda, hasta ese momento marginadas.⁶ En un discurso pronunciado en

⁵ Luis Salazar, “Introducción. México 2000: alternancia y transición a la democracia” en *Ibid.*, (coord.) *México 2000. Alternancia y transición a la democracia*, Carl y Arena, México, 2001, p.24

⁶ En ese sentido, escriben Becerra, Woldenberg y Salazar “No hay duda de que en su origen, la <<reforma política>> trató de imprimir medidas preventivas al escenario político con el fin de legitimar al sistema de gobierno, distender la enorme conflictividad social y política e incluir en el espacio institucional a las

Chilpancingo Guerrero, Jesús Reyes Heróles, entonces Secretario de Gobernación, estableció los objetivos y la ruta del proceso de cambio político en nuestro país. Frente a los problemas presentados por la crisis económica de esa época, la salida fue la ampliación de la representación política “de tal manera que se pueda captar en los órganos de representación el complicado mosaico ideológico nacional de una corriente mayoritaria, y pequeñas corrientes que, difiriendo en mucho de la mayoría forman parte de la nación.”⁷

Al mismo tiempo, la reforma política fue un intento, por parte del sistema político, de recuperar la legitimidad perdida, así como de dar vitalidad a un sistema desgastado. Si bien la reforma se llevó a cabo hasta la década de los setenta, el desgaste del sistema, así como la pérdida de legitimidad, se habían presentado una década antes. A finales de los sesenta, el gobierno se había desgastado a tal extremo que se vio en la necesidad de “adentrarse a una dinámica más incluyente y conciliadora, en otras palabras, a una lógica de negociación con la oposición y los diversos grupos sociales, reconociendo con ello que la política debía recuperar su espacio para salir de las entrañas del partido del gobierno y del sistema corporativo de organización, integración y participación.”⁸

La ampliación de la representación política permitiría integrar a las distintas fuerzas políticas en una unidad democrática, formándose así, un pluralismo exclusivamente político y consensual. El llamado a la unidad hecho por Reyes Heróles tenía dos objetivos. Por un lado, abrir la posibilidad de una verdadera participación a las fuerzas políticas minoritarias, toda vez que suponía “que la mayoría prescindiera de medios encaminados a constreñir a las minorías e impedirles que puedan convertirse en mayorías.” Por otro lado, esta unidad

organizaciones marginadas; sin embargo, sus derivaciones fueron más allá.” (José Woldenberg, et. al, *La mecánica del cambio político en México...*, ed. cit, p.142)

⁷ Jesús Reyes Heróles “Discurso pronunciado en Chilpancingo 1977” en Germán Pérez del Castillo, et al, (comps.) *Memoria histórica de la transición democrática en México 1977-2007*, t.1, México, Miguel Ángel Porrúa, FCPS UNAM, 2009, p.67.

⁸ Gerardo Cruz Reyes, *Los acuerdos en la democratización del Estado y el cambio político en México*, México, Instituto Electoral del Distrito Federal, 2006, p.35

implicaba la “renuncia a medios violentos, trastocadores del derecho”⁹ por parte de las minorías, así como el acatamiento de la voluntad de la mayoría.

La estrategia adoptada permitió al gobierno estructurar la forma mediante la cual se darían los cambios. Con esta estrategia, sin desatender los intereses en el corto plazo, el gobierno pudo establecer términos en los cuales se daría la reforma, al mismo tiempo que reconocía y aceptaba las propuestas de la oposición. Empero, el reconocimiento no se hacía en el momento de su exposición, sino sólo una vez ocurridos los procesos políticos y electorales.¹⁰ En ese sentido, la reforma de 1977, para los teóricos mexicanos, es vista como “un verdadera reforma *desencadenante*, pues su efecto principal consistió en poner en órbita otra, y después otra y otra reforma más.”¹¹

La transición ha sido conceptualizada como una transición “desde arriba”. La reforma de 1977 inauguró una dinámica que marcaría la pauta en la década de los 80, a saber, el control gubernamental del contenido de las reformas electorales. Las iniciativas presidenciales, salvo algunas ligeras modificaciones, fueron las que a la postre se aprobaron. Sin embargo, a pesar del control del gobierno la reforma del 77 es vista como el punto de partido en el proceso de democratización en México. En palabras de José Woldenberg “la reforma [...] intentaba ofrecer una respuesta y encauzar esa efervescencia política y social; *el gobierno y su partido tuvieron la iniciativa y controlaron las decisiones, los tiempos y los trazos maestros de aquella reforma, pero no pudieron controlar sus consecuencias.*”¹²

⁹ Jesús Reyes Heróles “Discurso pronunciado en Chilpancingo 1977” en Germán Pérez del Castillo, et al, (comps.) *Memoria histórica de la transición democrática en México 1977-2007...*ed. cit., p. 67. Las cursivas son nuestras

¹⁰ Véase Gerardo Cruz Reyes, *Los acuerdos en la democratización del Estado y el cambio político en México*, México, Instituto Electoral del Distrito Federal, 2006, pp. 55-60

¹¹ José Woldenberg, et. al, *La mecánica del cambio político en México. Elecciones, partidos y reformas*, ed. cit., p.149. Sobre los efectos de la reforma de 1977 véase *Ibid.*, pp. 136-148. Uno de los más importantes fue que “los grupos, los proyectos y las personalidades políticas del país, particularmente los de la izquierda, volteaban su mirada, sus energías, su participación, cada vez más, hacia los procesos electorales.” (*Ibid.*, p.158)

¹² *Ibid.*, p.149. Las cursivas son nuestras

Bajo esta dinámica de negociación y control por parte del gobierno se llevaron a cabo las diversas reformas político electorales que forman parte del proceso de democratización del Estado mexicano. En 1986, el presidente Miguel de la Madrid convocó tanto a partidos, académicos, organizaciones políticas y sociales, como a ciudadanos a participar en las audiencias públicas en las que se analizaría la renovación política que serviría de base a la reforma política aprobada en su sexenio.¹³ A pesar de la participación en las audiencias, la reforma aprobada fue, salvo algunas pequeñas modificaciones, la iniciativa propuesta por el presidente de la Madrid.¹⁴ Las audiencias cubrieron, a decir de los estudiosos, al menos, dos objetivos, por un lado dieron la impresión de una genuina apertura democrática; por otro lado, permitieron explorar y conocer cuáles eran las reformas prioritarias desde el punto de vista de la oposición.¹⁵

Las reformas político-electorales aprobadas durante la década de los noventa, a decir de los teóricos mexicanos, son las respuestas que dio el gobierno a los problemas de legitimidad y contingencia social ocurridos durante esa década. Carlos Salinas, después de las elecciones de 1988, encontró en la reforma electoral una forma para legitimar su gobierno.¹⁶ El proceso de negociación de la reforma, una vez más, siguió la dinámica establecida en las reformas anteriores. Después de las negociaciones, en las que los partidos presentaron sus propuestas¹⁷, en 1989 se llevó a cabo una reforma constitucional en las que se definió el carácter y los órganos encargados para la realización de las elecciones. Se estipuló la organización del proceso electoral como una función estatal y pública realizada

¹³ Sobre las propuestas presentadas en las audiencias públicas véase *Ibid.*, pp.167-178

¹⁴ El Contenido de la reforma es ampliamente documentado por Woldenberg, Becerra y Salazar, véase *Ibid.*, pp. 178-198.

¹⁵ Gerardo Cruz Reyes, *Op. cit.*, p.68

¹⁶ Salinas también se legitimó mediante programas sociales, por ejemplo, el programa Solidaridad que le aseguro un amplio consenso social. Véase Gerardo Cruz Reyes. *Op. Cit.*, p.87; Paulina Fernández Christileb “De la transición democrática a un autoritarismo renovado” en Gerardo Ávalos Tenorio (coord.) *El Estado mexicano. Historia, estructura y actualidad de una forma política en transformación*, México, UAM-Xochimilco, 2009., pp.249-250; y Enrique Provencio “La política social 1989-1994” en Pablo Pascual Moncayo (coord.) *Las elecciones de 1994*, México, Cal y Arena, 1995, pp.83-101

¹⁷ Sobre las distintas propuestas de los partidos Véase Ricardo Becerra, Pedro Salazar, José Woldenberg, et. al., *La mecánica del campo político en México. Elecciones, partidos y reformas.*, ed. cit., pp.220-237

bajo la responsabilidad de los órganos del Estado en los que convergían los partidos políticos y los ciudadanos.¹⁸

Siguiendo la dinámica de creación institucional, iniciada en la reforma de 1989, la reforma electoral de 1993 tuvo como principal objetivo perfeccionar las instituciones y los procedimientos electorales en materias de suma importancia como el financiamiento público y privado a los partidos, el sistema de representación proporcional en las dos Cámaras. Así, después de las discusiones en las sesiones públicas el 3 de septiembre de 1993 se concretó la reforma electoral. Con las modificaciones hechas a la ley se intentó dotar de mayor equidad e imparcialidad a las elecciones presidenciales de 1994.

Sin embargo, los eventos ocurridos al inicio de ese año mostraron la necesidad de reformar la ley electoral, pues sería este el canal para mantener la paz y la seguridad nacional. De acuerdo con Jorge Carpizo, la reforma de 1994 se originó gracias al levantamiento armado del Ejército Zapatista de Liberación Nacional, que mostró las tareas inconclusas con los sectores indígenas de nuestro país; la decisión de darle una solución política al conflicto también es un factor que nos permite entender el origen de la reforma, así como la decisión de que los temas políticos electoral fueran negociados con los partidos políticos y el gobierno.¹⁹

Las reformas posteriores, tanto la de 1996 como la de 2007, fueron respuestas institucionales a los problemas ocurridos durante las elecciones federales que les precedieron. Por un lado, la reforma de 1996 puso el acento en las condiciones de equidad de la competencia electoral en respuesta al claro uso de dinero del erario para la campaña de Zedillo, quien en su discurso de toma de posesión exhortó a llevar a cabo la reforma electoral “definitiva” en cuestiones como “el financiamiento de los partidos, los topes a los gastos de campaña, el acceso a los medios de comunicación y la plena autonomía de los órganos de autoridad electoral.”²⁰ Por su parte, la reforma de 2007 buscó solucionar los

¹⁸ *Ibid.*, p. 240.

¹⁹ Jorge Carpizo “La reforma electoral de 1994” en Jorge Alcocer V (coord.) *Elecciones, diálogo y reforma México, 1994 v: I*, México, Nuevo Horizonte, 1995., p.15

²⁰ Discurso de toma de posesión del Presidente Ernesto Zedillo citado en Gerardo Cruz reyes *Op. Cit.*, p.112

problemas sucedidos en la elección de 2006, principalmente aquellos relacionados con los medios de comunicación y su marco normativo.²¹

Las reformas electorales son vistas como partes integrantes del proceso de cambio político en México. Cada una de ellas fue resultado de un proceso de negociación entre el gobierno y los distintos actores sociales y políticos. En esa negociación se atendieron problemas específicos relacionados con el ámbito electoral y la paulatina liberalización del régimen. En nuestro país, la liberalización del régimen ha representado una forma para responder a un conflicto con una fuerza política y llevar el conflicto al campo electoral. Asimismo, las reformas han permitido la integración de las distintas fuerzas políticas dentro del entramado jurídico institucional.

1.1.2. La significación de la transición: la dimensión teórico-política.

Los intentos de significación y conceptualización de la transición la democracia en México constituye la dimensión teórica-política de este proceso. Esta dimensión se enmarca dentro de los límites de la ciencia política. La democratización en el mundo ha sido estudiada desde diversos enfoques. Existen, al menos, cinco escuelas de pensamiento en torno a la democratización. La primera escuela pertenece a las teorías de la transición a la democracia; éstas se enfocan en la negociación entre las élites y los trabajos más representativos de esta escuela son los de Guillermo O'Donnell, Philippe Schmitter, Juan Linz, Alfred Stepan, Terry Karl y Giuseppe Di Palma. La segunda escuela de pensamiento en torno a la democratización es aquella de las teorías que ponen particular atención a los movimientos sociales y a la sociedad civil, la cual incluyen las obras de Sonia Álvarez, Ruth Berins Collier, Elizabeth Jean Wood, Robert Putnam, Margaret Kohn y Jonathan Fox.

²¹ No es el objetivo del presente trabajo detallar cada reforma electoral. Nuestro objetivo es mostrar cómo las reformas electorales han sido utilizadas como respuestas institucionales para resolver conflictos políticos. En otro lugar he tratado detalladamente el contenido de las reformas electorales, así como las reacciones e implicaciones jurídicas que éstas han traído consigo. véase Alejandro Rojas Méndez, *El proceso de empoderamiento de los poderes fácticos en el proceso de reforma electoral en México 2006-2009* (tesis de Licenciatura, FCPYS UNAM; México, 2012)

Una tercera escuela es aquella que pertenece a los análisis que exploran la relación entre la democracia y la estructura de clase, aquí podemos encontrar los trabajos de Diertich Rueschermeyer, Evelyn Huber, John Stephens, Eva Bellin y Edward Gibson. La cuarta manera de estudiar los procesos de democratización es a partir modelos basados en la economía política, ejemplos de esta forma de estudiar la democratización son los textos de Stephan Haggard, Robert Kaufman, Adam Pzeworski, Merilee Grindle. Y, finalmente existe una forma de abordar el fenómeno de la democracia que pone el énfasis en el impacto de las fuerzas internacionales y la geopolítica en la democratización, las obras de Lawrence Whitehead, William Robinson y James Petras son los referentes de esta manera de estudiar el fenómeno de la democracia.²²

En el caso mexicano, la literatura existente enfatiza la negociación entre las fuerzas políticas y sociales durante el proceso de transición a la democracia. Esta negociación ha sido acotada al terreno de lo electoral y cada elección es vista como una nueva etapa en el proceso de negociación, construcción y transformación institucional. La transición mexicana ha sido encasillada dentro de la tercera ola democratizadora. En este mismo esquema, México ha sido pensado como un país con un proceso de apertura dirigido desde arriba; esta característica es compartida con los casos español y brasileño. En ambos, el proceso de transición fue dirigido por las autoridades gubernamentales; en su primera etapa se dio un proceso de apertura o de democratización que posteriormente devino en un cambio del orden constitucional.²³

Si bien la transición mexicana fue un proceso surgido desde arriba, el caso mexicano guarda algunas diferencias con el proceso español y el brasileño, las cuales han llevado a considerar a la democratización mexicana como un caso *sui generis*. En primer lugar, el tránsito a la democracia en nuestro país no ha sido resultado de un gran pacto fundador entre las élites. En el caso mexicano, la democratización no se produjo a partir de la creación de una nueva Constitución ni de una refundación del Estado. En nuestro país, la

²² Véase John M. Ackerman “Democratización: pasado, presente y futuro” en *Perfiles latinoamericanos*, núm. 28, julio-diciembre 2006, pp.118-150

²³Samuel Huntington, *Op. cit.*; y Guillermo O’Donnell, Philippe C. Schmitter y Lawrence Whitehead. *Transiciones desde un gobierno autoritario: Latinoamérica, España*, Paidós, 1994

constante durante el proceso han sido diversas reformas políticas y electorales. Las reformas constitucionales y legales que componen el proceso de cambio político han sido negociadas entre los distintos actores; sin embargo, la negociación se ha acotado al terreno de lo electoral, el sistema de partidos y la (más ambigua) construcción del Estado de Derecho.

Del mismo modo, los estudiosos han caracterizado a la democratización mexicana como un proceso de apertura gradual del sistema. Para Mauricio Merino, por ejemplo, “la transición en México ha consistido en un *proceso gradual incorporación y ajuste mutuo*.”²⁴ Esta tendencia a la apertura se verifica, a decir del autor, en el hecho que el Partido Revolucionario Institucional (PRI) sigue siendo un partido altamente competitivo en el plano nacional. En palabras Mauricio Merino “La transición en México no ha supuesto [...] una ruptura *sino una apertura hacia la pluralidad*.”²⁵

Una diferencia más de la transición mexicana, respecto del caso español y brasileño, consiste en el orden institucional del régimen democrático. En México, en contraste con otros países, no se tuvieron que crear instituciones políticas formales pues éstas ya se encontraban presentes en la Constitución, pero estaban sometidas a la dinámica del régimen del partido hegemónico y sólo se recuperaron. Los casos más ejemplares son la Cámara de Diputados, los gobiernos estatales y municipales; además se han recuperado a los congresos locales.²⁶ En México, las instituciones construidas han sido en aras de modernizar el Estado de Derecho.

De esta manera, paralelo al proceso de democratización, en México desde finales de la década de los 80, pero, principalmente durante los años 90, se llevaron a cabo una serie de reformas constitucionales que permitieron la liberalización del régimen político mexicano y la modernización del Estado de Derecho. Algunas de éstas son la reforma judicial, la reforma educativa y la reforma en materia de la relación Estado-Iglesia. Asimismo, durante este periodo se construyeron organismos autónomos, descentralizados y comisiones

²⁴ Mauricio Merino, *La transición votada. Crítica a la interpretación del cambio político en México*, México, FCE, 2003, p.18. Las cursivas son nuestras.

²⁵ *Ibid*, p.18. Las cursivas son nuestras.

²⁶ *Ibid.*, pp.18-19

nacionales, por ejemplo, la CNDH, la Auditoría Superior de la Federación (ASF), y el IFE, para mencionar sólo las más representativas.²⁷ La construcción de una nueva institución ha sido la respuesta que el sistema político ha encontrado para hacer frente a las contingencias sucedidas durante este proceso de cambio.²⁸

Los dos procesos, si bien corren de manera paralela, han sido significados de manera distinta. La construcción de normas e instituciones jurídicas especializadas para regular la esfera electoral, en los teóricos mexicanos, es prioritaria a la construcción del Estado de Derecho en México. El Estado de Derecho, su construcción y modernización, de acuerdo a los teóricos mexicanos, fue posible sólo en la medida que se avanzó en la transición a la democracia. De esta manera, la transición cobra un doble significado. Por un lado, es vista como un proceso catalizador de otros procesos políticos. Por otro lado, la forma en que se llevó a cabo el proceso (a partir de una construcción gradual de normas e instituciones jurídicas especializadas) ha sido vista como una forma eficaz de resolver, contener e institucionalizar el conflicto político y se ha extrapolado al ámbito de la construcción y modernización del Estado de Derecho. La proliferación durante los últimos veinte años de institutos autónomos, descentralizados especializados es muestra de lo anterior.

La eficacia de la transición radica, a decir de los “transicionistas”, en que fue un proceso gradual y pacífico de apertura política y liberalización del régimen. La transición se distingue de una revolución por tres motivos. En primer lugar, se distingue de una revolución en la medida que no fue un cambio súbito ni violento. La transición se

²⁷ Sobre las características de cada uno de estos organismos véase, John M. Ackerman, *Organismos autónomos y democracia: el caso de México*, México, siglo XXI-Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2007.

²⁸ En el caso del IFE, por ejemplo, el ex consejero presidente José Woldenberg escribe: “El IFE nació en octubre de 1990. Fue la respuesta a la crisis de los comicios de 1988. [...] El IFE nació en medio de un proceso de transición democrática. Una sociedad plural, compleja, modernizada, demandaba un formato político en el cual pudiera reconocerse. México y su diversidad política no cabían más en el molde de un partido <<casi único>>. [...] La misión del IFE era y es profundamente civilizatoria. Coadyuvar a que la pluralidad política que de manera natural coexiste en el país, pueda expresarse, recrearse y competir de manera ordenada y pacífica.” (José Woldenberg “Quince años del IFE” en *Después de la transición. Gobernabilidad, espacio público y derechos*, México, Cal y Arena, 2006, pp.91-92)

caracteriza por ser un cambio negociado entre los distintos actores y en el que no hay rupturas definitivas. En el caso mexicano, la negociación estuvo centrada en las reglas del juego y en la creación institucional necesaria para la celebración de elecciones periódicas con un mínimo de legitimidad y credibilidad por parte de todas las fuerzas políticas. La transición, en ese sentido, es significada como un proceso de cambio político gradual caracterizado por la construcción de normas, procedimientos e instituciones que regulen la competencia electoral. Una vez resuelto el ámbito electoral y habiendo sido establecidas las reglas del juego se podría “avanzar” en la construcción y modernización del Estado de Derecho.

1.2. Pensar la transición. La teorización sobre el cambio político en México.

1.2.1. La madre de todas las batallas: la esfera electoral.

Una de las intuiciones (hipótesis) que guían este trabajo es que tanto en la manera de pensar la relación política/Derecho en México, así como en la forma de hacer política el proceso de transición a la democracia representa un modelo paradigmático, un referente al cual se acude constantemente y que se ha exportado a otros ámbitos de la actividad política, particularmente aquellos que están vinculados con el Estado de Derecho. Pensar la transición, en ese sentido, significa al mismo tiempo pensar la construcción de instituciones electorales y la construcción y modernización del Estado de derecho.

En el proceso de transición a la democracia en México lo electoral ha sido visto como un problema de primer orden. Las distintas reformas constitucionales y legales que componen el proceso de transición a la democracia tienen como común denominador la centralidad de lo electoral. Existe un consenso en la literatura sobre el tema en ver a esta esfera como un ámbito privilegiado en el proceso de transición y partir del cual se desencadenaron otros procesos. Lo electoral, para los “transicionistas” mexicanos, representa “una esfera que, al desarrollarse y expandirse, al cobrar vida propia, alteró y sigue alterando otros ámbitos de la vida nacional: la discusión pública, la forma en que funciona el gobierno, la relación entre los estados y las regiones del país, el prestigio político de la nación ante el mundo, las

conductas, las ideologías, las estrategias de los actores, la cultura y la cultura política.”²⁹ Las elecciones, desde esta perspectiva son vistas como “*la ocasión y la forma privilegiadas mediante las cuales se ejercen y afirman los derechos y las libertades políticas.*”³⁰

La transición se mide a partir de la celebración y los resultados de las elecciones, así como de la creación, modificación y especialización del marco normativo en materia electoral. Las etapas del proceso, a decir de los analistas, han consistido en regular la competencia entre los partidos políticos, construir instituciones autónomas que fungieran como árbitro electoral, así como la creación de un marco legal que estableciera los procedimientos y sanciones para el desarrollo de las elecciones.³¹

En ese sentido, las tareas de la transición, a decir los estudiosos, fueron dos, la consolidación de los partidos y la creación de instituciones y leyes electorales. “Se trataba – escribe Woldenberg, Becerra y Salazar- de *crear y propiciar dos realidades: primero la consolidación y el desarrollo nacional de los partidos políticos y, segundo, la creación de leyes y unas instituciones reguladoras de su competencia.*”³² De esta forma, lo electoral se convirtió en el elemento medular del cambio político en nuestro país, en la primera y más grande de las batallas por la democracia en México.

Esta visión es la predominante en los estudios en torno a la transición a la democracia en México. A pesar de que las reformas político-electorales fueron, al menos en una primera etapa, iniciativas gubernamentales, éstas sirvieron para encausar a la oposición en la contienda electoral. De esta manera, lo electoral se convirtió en la arena en la que se libró la batalla contra el autoritarismo. Lo electoral significó una nueva forma de hacer política. En consecuencia, la democracia, vista como una forma opuesta al régimen autoritario y de partido hegemónico, tuvo una condensación en la dimensión electoral.

A partir de la regulación de la esfera electoral se buscó lograr un cambio político y la instauración de un régimen pluralista. La transición, en ese sentido, tuvo dos grandes

²⁹ José Woldenberg, et. al, *Op cit.*, p.54

³⁰ *Ibidem.* Las cursivas son nuestras.

³¹ Véase Gerardo Cruz Reyes, *Los acuerdos en la democratización del Estado y el cambio político en México*, México, Instituto Electoral del Distrito Federal, 2006, pp.53-147; José Woldenberg, et al, *Op cit.*, pp.75-482

³² *Ibid.*, p.31. Las cursivas son nuestras.

objetivos “liquidar los privilegios y recursos ilegítimos e ilegales del partido <<oficial>>, prácticamente único –del PRI- y [...] generar un verdadero pluralismo político partidario, dotado de reglas e instituciones capaces de garantizar una competencia equitativa, transparente y cuyos resultados fueran puntualmente respetados.”³³

Para lograr esos objetivos durante el proceso de transición a la democracia se tuvo que generar una mecánica para el cambio político. Se trata de un proceso “compuesto por múltiples elementos, los cuales, en su mutua interacción desatan una dinámica *expansiva* y *autorreforzante*.”³⁴ La mecánica del cambio político parte del fortalecimiento de los partidos políticos, a través de la creación de normas e instituciones que regulen la competencia electoral y el sistema de partidos para después obtener como resultado un cambio en el sistema político. En palabras de los autores mencionados: “los partidos fuertes producen elecciones competidas; las elecciones competidas colocan a partidos distintos en las posiciones de gobierno y de representación; desde esas posiciones conquistadas, los partidos impulsan nuevas reformas, nuevas reglas del juego que los fortalecen. Y partidos fortalecidos, cada vez más visibles, producen elecciones crecientemente competitivas; y con ello aumenta la centralidad política de los comicios.”³⁵

Este esquema mecánico ha sido predominante en las explicaciones del cambio político en México. De acuerdo con este esquema, la transición a la democracia en México fue equivalente a un proceso de diseño y construcción de normas e instituciones jurídicas que regularan la competencia electoral. Una vez creadas las instituciones necesarias para garantizar el desarrollo de las elecciones y la alternancia, se podría hablar de una transformación en país y del arribo de la democracia. Para Pedro Salazar, la existencia de un sistema democrático en México se puede afirmar toda vez que “contamos con un sistema de partidos competitivo, con instituciones electorales sólidas, con una opinión pública libre y que ejerce su capacidad de crítica, y con una ciudadanía que puede elegir (y

³³ Luis Salazar “Política y democracia en México” en Antonella Atilli y Luis Salazar, *Más allá de la transición. los cambios políticos en México 1977-2008*, México, Miguel Ángel Porrúa UAM-I, 2010, p.122

³⁴ José Woldenberg, et al, *Op cit.*, p.33. Las cursivas son nuestras

³⁵ José Woldenberg, et. al, *Op. Cit.*, pp.33-34

de hecho) entre opciones políticas alternativas mediante el voto.”³⁶ Líneas adelante concluye “El sistema político mexicano es democrático porque las reglas que determinan el *quien gobierna y cómo lo hace* corresponden a los <<procedimientos universales>> que caracterizan a esta forma de gobierno.”³⁷ En otras palabras, la transición a la democracia, con el subsecuente diseño institucional, es pensada como un acto sólo de voluntad jurídica.

1.2.2. Las reglas del juego. Relación entre política y actores sociales.

En nuestro país, la liberalización del régimen ha representado una forma para responder a un conflicto con una fuerza política y llevar el conflicto al campo electoral. Asimismo, las reformas han permitido la integración de las distintas fuerzas políticas dentro del entramado jurídico institucional. Esta doble intencionalidad de las reformas muestra un elemento particular de la política en México: la necesidad de una reforma institucional previa, necesaria, para la integración e institucionalización de las fuerzas políticas.

El desarrollo del marco normativo especializado que regulara la competencia electoral tuvo como objetivo la integración de las distintas fuerzas políticas en aras de generar un pluralismo político que permitiera avanzar en la construcción de la democracia en México. El pluralismo político se construyó a partir de la negociación y los acuerdos entre las distintas fuerzas y actores políticos. Uno de los principales acuerdos de los distintos actores de la transición fue evitar la vuelta al “México bronco” o a cualquier alternativa fuera del Estado de Derecho. Para ello, se resaltó constantemente, en cada proceso electoral y proceso de reforma, la “*la viabilidad de la lucha legal y electoral frente a los brotes de violencia política en nuestro país. [...] El cambio político mexicano camina sobre esa insistencia machona y absoluta a favor de la no violencia*”³⁸

³⁶ Pedro Salazar, “Adenda. Desde la incompreensión de la transición hasta la transición incomprendida: algunas lecturas del cambio político en México” en José Woldenberg, et al, *Op cit.*, p.558

³⁷ *Ibid.*, p.559

³⁸ José Woldenberg, et. al, *La mecánica del cambio político en México...*, ed. cit., p.28. Las cursivas son nuestras.

A diferencia de otros países en los que la transición a la democracia estuvo más allá del ámbito electoral, en nuestro país la transición se centró en “una búsqueda de creación del nuevo andamiaje legal electoral y constitucional, así como de instituciones estatales autónomas, a través de las cuales dar realidad y garantizar en distintos aspectos el funcionamiento de la fórmula democrática pluralista, en la que muy diversas fuerzas políticas pudieran llegar a coincidir.” Esta fórmula consistió en la creación de “un conjunto de reglas eficaces para dirimir el conflicto social en lucha por el poder, así como para regular y controlar su ejercicio.”³⁹

El establecimiento de las reglas del juego permitiría, paradójicamente, la integración de los actores y fuerzas políticas ya existentes dentro de los canales electorales y, al mismo tiempo, posibilitaría la creación de los actores toda vez que las reformas establecieron mecanismos para la formación de nuevos actores en el escenario político.⁴⁰ Durante la transición, escribe Woldenberg, “México descubriría que <<lo electoral>> era mucho más que una esfera apartada y circunscrita.” Esto es así porque “en realidad lo electoral afecta e impacta muchos otros ámbitos; *al amparo de los procesos comiciales y merced a la existencia de partidos cada vez más poderosos, se fue modificando el paisaje político y cultural del país.*”⁴¹

Los cambios a los que se refiere el autor se pueden englobar en dos tipos. En primer lugar se encuentran aquellos de tipo procedimental; las normas electorales y el arribo a puestos de gobierno de partidos distintos al PRI, entre otros. Un segundo de tipo de cambios son los de tipo político cultural; entre los cambios de este tipo encontramos la creación de ciudadanía y el cambio en la cultura política de los mexicanos. De acuerdo con el ex presidente del IFE, uno de los cambios más importantes que trajo consigo la transición fue “*una verdadera creación de ciudadanía. No escépticos ni súbditos, sino personas que saben que su voto contribuye a optar entre diferentes alternativas.*”⁴² Una vez más, resulta

³⁹ Antonella Atilli, *Op. cit.*, pp.22-23

⁴⁰ Las asociaciones políticas nacionales, así como las distintas formas de registro de los partidos políticos en la reforma de 1977 son un ejemplo de este fenómeno. Cfr. José Woldenberg, et. al, *Op cit.*, pp.109-114

⁴¹ José Woldenberg, “Seis tesis en materia electoral” en *La construcción de la democracia*, México, Plaza y Janes, 2002, p.26

⁴² *Ibid.*, p.27. Las cursivas son nuestras.

paradójica la concepción de la creación de actores en el proceso de transición. Por un lado los actores existían antes del proceso y fueron ellos quienes demandaron la apertura del régimen, pero al mismo tiempo estos actores ciudadanos serían resultado del proceso.⁴³

Durante el mismo proceso, a decir de los teóricos mexicanos, se gestó un cambio en la cultura política de los mexicanos. Pasamos, sólo en la medida que se desarrolló la transición y el cambio normativo e institucional, de la cultura del fraude electoral y el autoritarismo a la cultura del respeto a las leyes y del pluralismo político. En sus palabras “si hasta hace menos de quince años eran públicas y sostenibles tesis tan autoritarias como las del <<fraude patriótico>>, hoy se han vuelto impensables, ya no digamos impracticables. [...] Hoy la idea de pluralismo se naturaliza, se vuelve una noción compartida por todos los actores y los valores de convivencia con tolerancia en la diversidad se ensanchan.”⁴⁴

Asimismo, los cambios institucionales y legales efectuados durante el proceso de transición han modificado la correlación de fuerzas políticas en nuestro país. Este cambio, a decir de los analistas mexicanos, fue posible gracias a la formación de un sistema de partidos fuertes, mediante distintas reformas electorales, las cuales han dado como resultado el cambio de “casi todas las relaciones y las prácticas políticas: han erosionado el poder del presidencialismo, han planteado nuevas relaciones entre los gobiernos estatales y el gobierno federal, han invertido la dinámica del Congreso de la Unión, y los partidos de diferente signo se encuentran todos los días procesando, negociando, definiendo las políticas estatales en todos los órdenes. *Ante nuestros ojos surge una reforma del poder del Estado.*”⁴⁵

⁴³ La Ley de participación ciudadana representa el epítome de esta paradoja en el ideario teórico político mexicano. Esta ley establece los procedimientos y los actores de la participación ciudadana, su objetivo es “instituir y regular los instrumentos de participación y los órganos de representación ciudadana; a través de los cuales los habitantes pueden organizarse para relacionarse entre sí y con los distintos órganos de gobierno del Distrito Federal; con el fin primordial de fortalecer el desarrollo de una cultura ciudadana.” Sin embargo, esta ley fue lograda a partir de la participación de actores ciudadanos ya existentes.

⁴⁴ *Ibid.*, p.28

⁴⁵ José Woldenberg, et. al, *La mecánica del cambio político en México. Elecciones, partidos y reformas*, ed. cit., p.36. Las cursivas son nuestras.

Esta concepción del cambio político, producto de un cambio normativo, fue exaltada a partir de la alternancia. Después de 70 años de gobierno de un mismo partido, en el año 2000 llegó al poder un partido distinto. El fenómeno de la alternancia, fue visto como un cambio en la sociedad, es cierto, producto de varias reformas electorales. A decir de los teóricos mexicanos, el 2 de julio del año 2000 representó “la prolongación de fenómenos sucesivos que se habían instalado en México desde hace años y cada vez con mayor intensidad: partidos políticos con un poder creciente, aumento de competitividad, copiosas votaciones, alternancia en los niveles municipal y local del poder estatal.” Siguiendo el esquema de la mecánica, continúan Woldenberg, Becerra y Salazar “El 2 de julio fue una nueva vuelta de tuerca, la mayor, en la irresistible expansión de la democracia en México.”⁴⁶ En este mismo sentido se pronuncia Luis Salazar cuando comenta que un día después de la elección presidencial del año 2000 “el país despertó con la buena noticia [...] de que ya contaba con los ingredientes básicos de cualquier democracia moderna: referentes partidarios plurales y comicios equitativos, transparentes y acreditados.”⁴⁷

De acuerdo con esta visión, los cambios sociales y en la cultura política son exclusivamente resultado de un cambio en las normas e instituciones jurídicas existentes. O sea son variables dependientes de la legalidad. Con la creación de un marco normativo electoral especializado que regulara la esfera electoral y el sistema de partidos se fue generando una “cultura democrática” entendida como la celebración y participación en la contienda electoral. En ese sentido, con la alternancia en el año 2000, se constató que la transición a la democracia, además de cumplir el objetivo de romper con la hegemonía priista, había logrado una transformación en la cultura política mexicana, había dotado de certeza y credibilidad a los procesos electorales y, por ende, generado un clima de confianza en las instituciones y en la legalidad del país. El IFE sería el ícono de este cambio político cultural.

⁴⁶ *Ibid.*, p.486

⁴⁷ Luis Salazar, “Introducción. México 2000: alternancia y transición a la democracia” en Luis Salazar C. (coord.), *México 2000. Alternancia y transición a la democracia*, México, Cal y Arena, 2001, p.17.

1.2.3. La regulación de la política: el proceso de construcción y diseño del IFE.

En el proceso de transición a la democracia en México la creación de instituciones y normas jurídicas que regularan las elecciones tuvieron un papel central. La integración y construcción de actores políticos fue condicionada a la construcción de estas instituciones. En ese sentido, el proceso de construcción y diseño del IFE, así como la creación de las normas electorales representan una condición de posibilidad del cambio político.⁴⁸ Para José Woldenberg, la transición a la democracia fue posible sólo porque “con anterioridad se *habían construido las normas, las instituciones, el sistema de partidos y la correlación de fuerzas capaz de propiciarla y procesarla*, es decir, porque antes de se había desmontado el régimen autoritario y se había edificado uno democrático.”⁴⁹

En este mismo sentido, la creación del Instituto Federal Electoral (IFE), ahora Instituto Nacional Electoral (INE), fue vista por los estudiosos como la mayor construcción institucional del proceso de democratización en nuestro país. El IFE, en palabras de Woldenberg, Becerra y Salazar “fue una respuesta amplia y significativa a la preocupación de actores y observadores de la política nacional. *Desde su creación, México ha dado un salto indiscutible en materia de organización electoral.*”⁵⁰ Por sus características y funciones el IFE constituyó una diferencia de primer orden respecto a los procesos de cambio político en otras latitudes. Además, el Instituto es reflejo de una forma particular de pensar la política en México. Este ente fue resultado de la inclusión de las fuerzas y actores políticos a finales de la década de los 70, pero, al mismo tiempo, el Instituto fue el principal impulsor de las reformas de los años 90 y de la creación de actores en esa década. El Instituto es, para los “transicionistas” mexicanos, “la <<invención institucional>> de México en materia electoral.”⁵¹

⁴⁸ Sobre las características y funciones del IFE véase José Woldenberg, et. al, *Op cit.*, pp. 249-255.

⁴⁹ José Woldenberg, “Introducción” en *Después de la transición. Gobernabilidad, espacio público y derechos*, ed. cit., p.11. Las cursivas son nuestras.

⁵⁰ José Woldenberg, Pedro Salazar y Ricardo Becerra, *La mecánica del cambio político en México. Elecciones, partidos y reformas*, México, Cal y Arena, 2011, p. 249.

⁵¹ *Ibid*, p.497

Para estos estudiosos, el IFE tuvo como tarea principal “mantener abierta, transitable, la vía electoral.”⁵² Ante los conflictos de la elección presidencial de 1988 se encontró en la construcción del Instituto una respuesta adecuada. Con la creación del IFE se buscó dotar de imparcialidad los procesos electorales en México. “En la historia de la transición política –comenta Lorenzo Córdova- el IFE nace como un mecanismo para enfrentar el problema de la credibilidad en torno a las elecciones, es decir, como un instrumento para darle certezas a los actores, credibilidad en torno a los procesos electorales, transparencia, confianza y, en consecuencia, legitimidad a las elecciones.”⁵³

Del mismo modo, el IFE tuvo una función pacificadora y civilizatoria. Con la creación de este instituto se trató de “coadyuvar a que la pluralidad política que de manera natural coexiste en el país, pueda expresarse, recrearse y competir de manera ordenada y pacífica.”⁵⁴ El instituto sería el encargado de integrar y, al mismo tiempo, de crear a los actores políticos en un contexto pacífico de convivencia en el que gradualmente se fueran construyendo o mejorando las reglas del juego en la competencia electoral. Las elecciones, organizadas por el IFE, serían una “escuela de democracia” en la que los actores y fuerzas políticas aprenderían una nueva forma de hacer y pensar la política distinta a las “viejas” prácticas propias del régimen priista.

Con estas expectativas encima, el IFE se convirtió en un referente del estado de la transición, su correcto funcionamiento sería sinónimo del correcto avance en el camino hacia la democracia. Del mismo modo, después de los conflictos electorales de 2006 y 2012 y ante la proliferación de las voces que señalan una crisis en diversos ámbitos del entramado institucional en nuestro país, la respuesta del sistema político ha sido la modificación de la institución que una década antes era el símbolo de la modernidad y el cambio político. El diseño institucional es reflejo de los tiempos. El ahora INE es la institución de la era post-transición.

⁵² *Ibid*, p.492

⁵³ Entrevista a Lorenzo Córdova Vianello, el 10 de febrero de 2004 en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, citada en Gerardo Cruz Reyes, *Op. cit.*, p.117

⁵⁴ José Woldenberg “Quince años del IFE” en *Después de la transición. Gobernabilidad, espacio público y derechos*, México, Cal y Arena, 2006, pp.91-92

1.3. *El legado de la transición.*

1.3.1. Énfasis en la creación y diseño institucional.

El proceso de transición a la democracia albergó las esperanzas de actores políticos y teóricos. El arribo de la democracia a nuestro país significaría el comienzo de una nueva era en la política mexicana, una etapa de convivencia pacífica en la que la pluralidad política coexistiría tranquilamente y dentro de los márgenes del Derecho. La democracia, además, fue pensada como una condición necesaria para la resolución de los problemas sociales que aquejan a México toda vez que para los teóricos mexicanos la democracia es “el mejor método para acercarse a ellos, para evaluarlos, discutirlos abiertamente e incluir visiones en las soluciones.”⁵⁵

En la manera como se desarrolló el proceso de cambio político, la construcción y diseño institucional tuvo un papel significativo y delineó una forma de pensar y hacer la política que se extrapoló a otros ámbitos de la institucionalidad mexicana. El modelo y características con las que fue diseñado, su eficacia durante la década de los noventa, así como el arribo a la presidencia de un candidato de un partido distinto al PRI en la primera elección presidencial organizada por el Instituto compuesto de “consejeros ciudadanos”, dotaron al IFE de un alto nivel de legitimidad y aceptación ciudadana. En el imaginario colectivo, la tan esperada llegada de la democracia fue posible gracias la construcción y ciudadanización del IFE.

Como consecuencia se fue arraigando, tanto en la forma de hacer política como en la manera de pensarla, la idea de que los cambios políticos son, necesariamente, resultado de cambios institucionales o normativos previos. De acuerdo a esta concepción, lo que determina y explica el carácter democrático del sistema político mexicano son “sus reglas del juego” no los resultados de las elecciones ni la articulación o integración de los actores políticos.⁵⁶ Nuestra intuición es que en el énfasis en las reglas del juego para explicar la transición a la democracia en México convergen dos corrientes de pensamiento, el

⁵⁵ José Woldenberg, et, al, *Op. Cit.*, p. 72

⁵⁶ Véase *Ibid.*, p. 563

constitucionalismo y el neoinstitucionalismo. Este binomio, está en la base del campo de pensamiento democrático y se ha expandido en todo el entramado institucional mexicano.

El constitucionalismo en México tiene una larga tradición y su presencia va más allá del ámbito del Derecho. La ciencia política en México es deudora del derecho constitucional, algunas de las obras clásicas de esta ciencia fueron hechas por constitucionalistas. No es el objetivo de este trabajo dar cuenta de los procesos que convergen para explicar este fenómeno histórico académico; nuestra intención es señalar que en la forma de pensar la política y en el énfasis que se hace en la creación y diseño institucional subyace una fuerte carga jurídica. Para el constitucionalismo la democracia es una forma de gobierno que se opone al uso arbitrario del poder. Las Constituciones democráticas se caracterizan por el establecimiento de límites y controles al poder. Para Jorge Carpizo “La democracia constituye una serie de reglas del juego que se encuentran principalmente en la Constitución y en la ley.” De esta manera, concluye el autor “la democracia presupone un orden jurídico, una Constitución y un Estado de derecho que garanticen las libertades y los derechos fundamentales de las personas.”⁵⁷

Ligado a la larga tradición del constitucionalismo, el desarrollo y difusión del neoinstitucionalismo en México ha llevado a pensar el proceso de transición como un proceso jurídico institucional, esta concepción es uno de los pilares del campo de pensamiento democrático. La transición, escribe José Woldenberg, “sucedió de *manera institucional y pacífica* y con un alta participación política.”⁵⁸ En este sentido, la transición debía tener como objetivo la construcción de instituciones jurídicas que permitieran y aseguraran el libre ejercicio del voto; al mismo tiempo debía encauzar las contingencias dentro de los canales institucionales y así evitar los brotes de violencia. “La experiencia de

⁵⁷ Jorge Carpizo, *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América latina*, Colombia, Universidad Externado de Colombia y UNAM, 2009, p.101

⁵⁸ José Woldenberg, “Introducción” en *Después de la transición. Gobernabilidad, espacio público y derechos*, México, Cal y Arena, 2006, p.11. Las cursivas son nuestras

la transición mexicana es la de una *transformación lenta, gradual legal, sistemáticamente negociada. Su recurso no fue el fusil sino los votos.*”⁵⁹

En el proceso de transición a la democracia en México se empató la tradición del constitucionalismo mexicano de pensar los límites del poder con el compromiso reformista del neoinstitucionalismo. Juristas y politólogos tenían en común el rechazo a la idea de revolución. El cambio tendría que darse a través de métodos pacíficos y graduales. La transición, por definición, se opone a la revolución; no se querían cambios abruptos y sin control. La experiencia de la revolución mexicana y otros movimientos armados fueron los referentes para el rechazo a la violencia. Frente a ese rechazo, la transición, entendida como un proceso gradual y pacífico, cobró fuerza y aceptación tanto en el ideario político como en el académico.

La transición a la democracia, en ese sentido, sería también un cambio epocal, del tiempo de los hombres (o del hombre fuerte, el presidente) al tiempo de las instituciones. El cambio se mediría a partir de las instituciones que se construyeran y de su funcionalidad. A mayor especialización de las instituciones creadas sería más difícil que los hombres, la contingencia y el conflicto podría ser neutralizado o canalizado dentro de los cauces y procedimientos institucionales. Este andamiaje institucional sería símbolo de una nueva época en la historia política mexicana.

Nuestra sospecha es que el énfasis en la creación y diseño de instituciones jurídicas se encuentra presente una respuesta a la hegemonía priista. El régimen postrevolucionario, caracterizado por un presidencialismo fuerte con facultades constitucionales y metaconstitucionales y a partir del cual se articulaba todo el sistema político⁶⁰ fue combatido con una diversificación de instituciones. El rechazo a esa forma de hacer política encontró en la transición y en la creación de instituciones especializadas su estandarte.

⁵⁹ José Woldenberg, et. al, *La mecánica del cambio político en México...*, ed. cit., p.37. Las cursivas son nuestras.

⁶⁰ Existe una amplia literatura sobre el presidencialismo mexicano, baste mencionar Jorge Carpizo, *El presidencialismo mexicano*, Siglo XXI, México, 1978; Daniel Cosío Villegas, *El sistema político mexicano*, Joaquín Mortiz, México, 1972; Arnaldo Córdova, *La formación del poder político en México*, Era, México, 1972.

1.3.2. Civilización o remplazo de la política.

El énfasis en la creación y diseño de instituciones jurídicas no sólo representa un rasgo característico del proceso de transición a la democracia en México, además es símbolo de una forma particular de pensar la relación entre el derecho y la política. La transición, hemos dicho, ha sido significada como la era de las instituciones, en esta era la política debe desarrollarse dentro de los cauces institucionales. De acuerdo a esta perspectiva, los cambios y conflictos políticos requieren del diseño o reforma institucional antes de poder ser atendidos.

En el caso de la transición, la creación de instituciones fue pensado como una condición *sine qua non* para el arribo de la democracia. El pacto fundacional de este proceso, aquel en el que todos los actores estuvieron de acuerdo, fue en la creación de ese entramado institucional que posibilitara una competencia electoral imparcial y sin intervención gubernamental. Uno de los rasgos de mayor valía en el proceso de transición fue evitar rupturas con alguna fuerza política y la consecución de consensos en todas las reformas electorales. Para los estudiosos del proceso, el símbolo de la transición fue “la mesa redonda, la mesa de la negociación, las reglas y las instituciones que <<abren las puertas del futuro>>.”⁶¹

La política, para los transicionistas mexicanos, ha posibilitado “diseñar un cauce para el encuentro y recreación de las diferentes fuerzas políticas, y de generar leyes e instituciones que han permitido la coexistencia de la diversidad en la esfera pública.”⁶² El diseño institucional, en ese sentido, tiene una doble funcionalidad. Por un lado, posibilita el desarrollo de la política, entendida como el encuentro de actores antagónicos; por otro lado, la institucionalidad limita a la política misma, la dinámica, el “encuentro y recreación” de los actores sólo se puede dar dentro de los márgenes del marco jurídico e institucional existente. Aquellos conflictos o procesos políticos que se den fuera del marco institucional son considerados como anómalos o amenazantes de la institucionalidad. Para evitarlos es

⁶¹ José Woldenberg, et al, *La mecánica del cambio político en México...*, ed. cit., p. 29

⁶² José Woldenberg, “El deterioro de la política” en *Después de la transición. Gobernabilidad, espacio público y derechos*, ed. cit., p.105

necesario que exista un compromiso en el respeto y defensa de la institucionalidad más allá de su *performance* real por parte de los actores políticos.

Con el arribo de la democracia en el año 2000 el problema del Estado Derecho cobró mayor relevancia en los estudios políticos en México. La construcción o modernización del Estado de Derecho se ha pensado como el paso siguiente después de la transición. La alternancia, producida gracias a la existencia del IFE, representa, para los estudiosos mexicanos, una nueva era, la cual ha abierto nuevos debates sobre reformas al sistema de justicia, federalismo, la relación con el ejército y la población civil, la relación Estado-Iglesia y el lugar de los migrantes y los pueblos indígenas en la sociedad mexicana, todos estos debates se presentan en términos de construcción de normas e instituciones jurídicas que los regulen.⁶³

Las instituciones y procedimientos especializados electorales en México son vistas como infalibles, como símbolo de una democracia moderna y eficiente. El éxito del modelo IFE en la década de los 90 hizo que esta fórmula institucional fuera reproducida en otras áreas del Estado de Derecho, así como en la resolución de conflictos políticos. La proliferación de organismos e institutos autónomos especializados en la última década del siglo XX y en la primera del siglo actual son una prueba de la exportación del modelo de la transición.

Este fenómeno se corrió paralelo al desarrollo del neoconstitucionalismo en México. Esbozar el desarrollo de ésta postura teórica nos llevaría dar cuenta de la tradición constitucional mexicana, la relación entre juristas y política, el liberalismo, entre otros elementos; una empresa de esa envergadura sobrepasa los límites del este trabajo en el que pretendemos esbozar un hilo teórico, a saber, la relación entre política y Derecho. Nuestra sospecha es que con el desarrollo del neoconstitucionalismo y el proceso de transición a la democracia, en el que se enfatizó la creación y diseño de instituciones jurídicas, se gestó paulatinamente una forma particular de pensar la relación entre política y Derecho, según la cual el diseño institucional y la creación de normas jurídicas deben ser capaces no sólo de

⁶³ Véase Andrew Selee y Jacqueline Peschard, "Mexico's Democratic Challenges" en *Ibid*, (eds.) *Mexico's Democratic Challenges: Politics, Government, and Society*, Stanford University Press, California, 2010, pp. 1-26

encauzar y ordenar la esfera política, sino a tratar de anticipar y regular toda eventualidad política.

De este objetivo se desprende una concepción ética sobre la política, el Derecho y la democracia. La democracia está asociada con el bien, es sinónimo de paz y otros valores morales. Mauricio Merino, por ejemplo, considera que la democracia, permite “humanizar la política”, además, la democracia es conveniente porque es “el único régimen que se ha propuesto la paz como destino.”⁶⁴ En los estudios acerca de la transición a la democracia en México, la política es vista como un elemento que puede y debe ser regulado y neutralizado a un nivel que ser anticipado todo evento contingente. Una regulación de esa naturaleza es, para nosotros, un remplazo de la política por el Derecho.

1.3.3. Límites del modelo de la transición.

La exportación del modelo de transición a otros ámbitos de la vida política e institucional del país ha llevado a una transformación en la concepción de la política. Hoy en día la política se entiende como Derecho, toda eventualidad debe ser prevista por una norma y a través de una institución especializada. Nuestra sospecha es que esa transformación conlleva un vaciamiento de la política misma. En la actualidad la toma de decisiones públicas no supone una discusión en términos de opciones antagónicas o divergentes; la

⁶⁴ Mauricio Merino, *La transición votada. Crítica a la interpretación del cambio político en México*, ed. cit., p.238. Esta valoración de la democracia no es exclusiva de los estudiosos mexicanos, es un rasgo común en parte de la teoría política contemporánea. Este sector valora a la democracia de forma positiva y le da un halo de sacralidad. La democracia, hoy en día, es “sacra –escribe Massimo Salvadori- como en un tiempo lo ha sido la *respublica christiana*, la monarquía de derecho de derecho divino, la patria o la nación para los nacionalistas.” (Massimo Salvadori, *Democrazia senza democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2009, p.5) Esta sacralización se acentuó después de la caída del muro de Berlín, pues la democracia liberal se ha visto, a partir de ese momento, como la última y única forma de gobierno. Desde esta perspectiva, la democracia se presenta como el lado positivo de las antinomias; la democracia se opone al totalitarismo y autoritarismo, es hermana de la libertad y fundamento de la dignidad del hombre. “La democracia –concluye Salvadori- viene, por lo tanto, sin duda asimilada al bien.” (*Ibid.*, p.4)

discusión gira en torno al tipo de institución o al marco normativo adecuado para esas decisiones.

En consecuencia, el concepto de Estado de Derecho se ha convertido en el estandarte de todas las causas políticas. Movimientos sociales de todo tipo, conflictos vecinales, inmobiliarios, pugnas entre partidos políticos, todos recurren al concepto de Estado Derecho y al respeto de los derechos humanos como bandera de sus causas. La constante invocación a estos dos conceptos nos hace pensar, en primer lugar, que la contienda política se ha modificado y se le ha dado prioridad a la discusión sobre el Derecho y los derechos humanos, frente a proyectos generales, frente a la discusión política en sentido amplio. En segundo lugar, nos lleva a pensar sobre los límites del discurso del Derecho y el modelo de la transición para asir la dinámica política; los conflictos políticos recientes, así como el uso constante del concepto de crisis (con varios adjetivos) por los otrora defensores de la transición nos lleva a cuestionar los límites y alcances eficacia del este modelo.

A pesar del uso reiterado del concepto de Estado de Derecho no es claro el significado que se le atribuye a este concepto en el imaginario político nacional. En ocasiones se puede vincular con la tradición del *RechtStaat* alemán, el Estado de leyes, es decir, un Estado en el que la ley tiene validez por su existencia misma. Empero, el neoconstitucionalismo mexicano se reclama heredero del modelo también de Estado constitucional de derecho, el cual supone límites formales y materiales a la legislación. Frente a esa ambigüedad conceptual resulta necesario examinar las diferencias entre estas dos concepciones de Estado de derecho y de la relación entre política, Derecho y democracia presentes en ellas.

En el siguiente capítulo reconstruiremos *grosso modo* la discusión sobre estos dos modelos de Estado de derecho en algunos de sus autores más destacados. Nuestra lectura estará guiada por la relación y articulación entre Derecho y política, así como el papel que el conflicto en cada modelo. Intuimos que la ambigüedad conceptual sobre el Estado de derecho, así como la forma cómo se piensa la política y el énfasis en la construcción institucional presente en el pensamiento político mexicano tiene una influencia teórica de los modelos de Estado de Derecho que hemos mencionado.

Otro eje que guiará los siguientes capítulos es si realmente la política puede ser aprehendida en el discurso del derecho y de los derechos fundamentales. Pensamos que varios de los problemas de conceptualización y comprensión de los conflictos políticos recientes radican en la incapacidad para pensar la dinámica política en términos de antagonismo y hegemonía, en la negación del papel del conflicto, así como en la tendencia de encasillar la política dentro de los límites del Derecho.

Capítulo 2. La ilusión de Weimar: El RechtStaat alemán y la relación del Derecho con la política.

En la forma en que se tematizó la transición y consolidación de la democracia en México intervinieron elementos derivados de la experiencia de los años de hegemonía priista, de los diagnósticos de los principales actores políticos, de las caracterizaciones de la Revolución mexicana, pero también de las recepciones y reformulaciones de modelos que recogían las experiencias de otros países; España, Europa del Este y el cono sur fueron de los ejemplos más estudiados. Sería imposible trazar un mapa de las recepciones y rechazos, de las tradiciones nacionales y su vinculación con perspectivas generales. Empero, partimos de la intuición de que en la insistencia en el concepto de Estado de Derecho, en la forma particular de entender su significado y alcance, en la omnipresencia de las invocaciones a su vigencia, fortalecimiento o crisis, subyace una forma derivada del llamado campo de pensamiento democrático mexicano, decir, un pensamiento político de fuerte impronta jurídica que hereda “matrices” de pensamiento del liberalismo político mexicano (y del constitucionalismo de la Revolución Mexicana), y las combina con el llamado neoinstitucionalismo (*mainstream* de la ciencia política), con referencias normativas a la “democracia participativa” (surgida de la emergencia de nuevos movimientos sociales, y de la proliferación y reivindicaciones de las políticas de la identidad) y con una visión, también normativa de la globalización, entendida no sólo como creación inestable de un orden internacional, sino como una etapa civilizatoria progresista.

La historia del constitucionalismo mexicano ya ha sido escrita. En la década de los 70, los análisis particulares encontraron en el presidencialismo la clave del sistema político mexicano.⁶⁵ Estos estudios han sido debatidos a luz del proceso de transición a la democracia en nuestro país y del proceso de modernización del Estado de Derecho y creación institucional acaecido en la década de los 90. En años recientes, a la proliferación del prefijo neo se sumó la autopresentación de una postura teórica contemporánea caracterizada como neo constitucionalismo. Ésta no pretende ser ya exclusivamente una teoría de la Constitución sino una teoría política *tout court*.

⁶⁵ Cfr. Jorge Carpizo, *El presidencialismo mexicano*, Siglo XXI, México, 1978; Daniel Cosío Villegas, *El sistema político mexicano*, Joaquín Mortiz, México, 1972; Arnaldo Córdova, *La formación del poder político en México*, Era, México, 1972.

A la teoría de la Constitución, sus límites y controles, el autoproclamado neoconstitucionalismo mexicano ha añadido el análisis institucional, también antecedido del prefijo neo. Esta combinación ha generado una forma particular de pensar conceptos como Derecho, política, Estado de Derecho, democracia, por mencionar los conceptos más socorridos. Tal como señalamos en el capítulo anterior, el campo de pensamiento democrático mexicano se caracteriza por pensar a la legalidad y a las instituciones jurídicas como condición suficiente y necesaria para dirimir las controversias políticas. Otra característica del campo de pensamiento democrático es el papel marginal que le otorga al conflicto político.

En el pensamiento hegemónico sobre la transición mexicana, el conflicto político es relegado y se prioriza la construcción de consensos, instituciones y normas que regulen la convivencia política de las diversas fuerzas políticas y sociales. El pluralismo, que desde la ciencia política de los 80 fue pensado como la concurrencia de múltiples organizaciones diversas en la sociedad civil (movimientos sociales, ongs, universidades, asociaciones empresariales, gremiales, etc.) que canalizan y negocian sus demandas particulares por canales partidarios en la arena legislativa (a través del lobbismo institucionalizado y los llamados grupos de presión), es tomado, en cambio, como una virtud cívica ligada a la tolerancia y la razonabilidad. La Constitución, en esta perspectiva, debería brindar el marco para la regulación de estos intercambios entre intereses particulares organizados y jurídicamente reconocidos entre sí (con un modelo contractual) y también, como régimen garantizaría el *output* armonioso de la interacción entre movimientos sociales y partidos, entre sociedad civil y Estado, entre el reino de las diferencias y los consensos políticos partidarios posibles.

Todos los conceptos invocados en el debate sobre la transición y en el análisis político tienen su historia (democracia, liberalismo, Estado de Derecho, legalidad, legitimidad, liberalismo). Y también su historia desde una perspectiva disciplinaria (sociología, derecho, filosofía). Las versiones más “potentes” de esas tradiciones fueron intentos por reflexionar críticamente experiencias históricas particulares y elaborar, desde allí, propuestas teóricas más generales. Los “transicionistas” mexicanos se reclaman herederos de diversos teóricos que han debatido el problema del Estado de Derecho, la política y la democracia. En este y en el próximo capítulo reconstruiremos críticamente algunos de los autores más socorridos

por los teóricos mexicanos. No intentamos hacer un ejercicio de historia intelectual ni conceptual. Tampoco intentamos hacer un ejercicio filológico, ni reconstruir “influencias” y relecturas. Quisimos centrarnos sólo en dos ejes, en principios muy generales que podrían formularse como “pensar la política desde el Derecho” y “pensar el derecho desde una política democrática”. Hemos intentado leer y releer a los autores invocados centrándonos en estos ejes.

Uno de los referentes para abordar el fenómeno del Estado de Derecho más citado y socorrido por el campo de pensamiento democrático es la experiencia y la teorización del *Rechtstaat* alemán. Los análisis en torno a la Constitución y al Estado de Carl Schmitt, Hans Kelsen y, en menor medida, Hermann Heller así son retomados. Estos tres autores abordaron el problema del origen y naturaleza del Estado de Derecho y su relación con la política. La reflexión elaborada responde a las particularidades del contexto de la República de Weimar; sin embargo, en la obra de los tres autores existen elementos que nos permiten pensar la relación entre los macro conceptos Derecho y política en un contexto más general y abstracto. Para Schmitt, Kelsen y Heller el Derecho y el Estado son vistos como medios para la superación del conflicto. Las diferencias teóricas entre cada uno de estos autores radican en su concepción de Estado y en el peso que le otorgan al Derecho o a la política. Mientras que para Schmitt el Estado es una unidad política, Kelsen piensa al Estado como un ordenamiento jurídico; por su parte Heller lo concebirá como una suerte de síntesis entre los dos elementos, el político y el jurídico.

En los albores del siglo XX, la teoría política era, fundamentalmente, teoría constitucional. En este contexto, la discusión en torno a la relación entre la Constitución, el Estado y la política ocupó un papel central en las discusiones teóricas de la época. La discusión que se dio en Alemania a principios del siglo pasado fue particularmente rica. El proceso de unificación alemana potenció la reflexión en torno a la naturaleza y fundamento del Estado y el Derecho.⁶⁶ Tomando como referentes las aportaciones de pensadores como Jellinek, Gierke y Gerber, quienes establecieron las bases de la concepción orgánica del

⁶⁶ Un muy útil reconstrucción de este proceso y de la influencia que tuvo en el pensamiento alemán de las primeras décadas del siglo XX es la elaborada por Nora Rabotnikof. Partimos de esta reconstrucción para elaborar algunas de las ideas presentadas en este apartado. Véase Nora Rabotnikof, *Max Weber: desencanto, política y democracia*, IIF-UNAM, México, 1989, pp. 19-47

Estado⁶⁷; Carl Schmitt, Hans Kelsen y Hermann Heller debaten en torno a la naturaleza y fundamento del Estado y de la Constitución, así como la relación que existe entre política y ordenamiento jurídico. En sus obras, los tres autores toman como referente a la República de Weimar, la cual representa el paradigma de Estado de Derecho y democracia de la primera mitad del siglo XX.⁶⁸

Por un lado, Schmitt prioriza la política y, por lo tanto, concibe a la democracia como un forma política de gobierno cuyo criterio distintivo es la identidad, entendida como unidad política, del pueblo y su representante, el cual encarna la voluntad del pueblo. Por su parte, Kelsen concibe al Estado como un ordenamiento jurídico cuyo fundamento es el Derecho mismo; dentro de esta postura, Kelsen pensará a la democracia como un método de organización para la formulación de leyes y la formación de un orden social. Por último, Heller concebirá al Estado como el resultado de la interacción entre el poder y el Derecho, en donde el primero crea al segundo, pero el segundo valida al primero.

⁶⁷ Una interesante síntesis de las propuestas de cada uno de estos autores y las aportaciones para la teoría del Estado se encuentra en el prólogo a la traducción española de la *Teoría general del Estado general del Estado* de George Jellinek, a cargo de Fernando de los Ríos. Véase “Prólogo del Traductor” en George Jellinek, *Teoría general del Estado*, trad. Fernando de los Ríos, México, FCE, 2012, pp. 13-52

⁶⁸ Sobre la postura de cada uno de los autores que abordamos frente a la república de Weimar véase David Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, Oxford University Press, Oxford and New York, 1999

2.1. La primacía de la política en Carl Schmitt

La figura de Carl Schmitt es una de las más polémicas en la historia del pensamiento político. Su colaboración con el régimen Nazi hizo de él un personaje con muy mala reputación.⁶⁹ No obstante, su obra ha sido ampliamente discutida. Dentro de la obra de Schmitt existen dos grandes objetos de estudio y crítico, el Estado parlamentario, tal como se desarrollaba en Weimar, y el liberalismo.

En el primer nivel de la obra de Schmitt se encuentra una crítica al positivismo jurídico y al modelo de democracia parlamentaria. Para Schmitt, el positivismo jurídico tiene la pretensión de negar el carácter político, es decir, conflictual, del Estado; éste se convierte en el ejecutor de los propósitos de la asamblea legislativa o parlamento. De igual forma, la democracia parlamentaria niega el papel del conflicto al pretender que la política se manifieste sólo en la discusión de los representantes de la asamblea.⁷⁰

El positivismo jurídico y la democracia parlamentaria, de acuerdo con Schmitt, son los elementos que constituyen el Estado burgués de Derecho, el cual, en su forma ideal plena “culmina en una *conformación judicial general* de toda la vida del Estado.” Ello se manifiesta en el hecho que “*para toda especie de diferencias y litigios, sea entre autoridades superiores del Estado, sea entre autoridades y particulares, sea, en un Estado federal, entre la federación y un Estado miembro, etc., habría de haber, para ese ideal de Estado de Derecho, un procedimiento en que, sin atención a la clase de litigio y objeto litigioso, se decidiera a la manera de procedimiento judicial.*”⁷¹

⁶⁹ Parece existir un acuerdo entre los estudiosos de la obra de Schmitt en separar su producción teórica de su posición política. Chantal Mouffe escribe, por ejemplo “A pesar de sus defectos morales [refiriéndose a Schmitt], es un pensador político importante cuya obra sería un error descartar sólo debido a su apoyo a Hitler en 1933. Sin duda alguna, Schmitt es un adversario, pero un adversario de admirable calidad intelectual, un adversario con cuyo trato podríamos beneficiarnos. Ignorar sus ideas nos privaría de muchas perspectivas que *podrían utilizarse para repensar la democracia liberal con vistas a fortalecer sus instituciones.*” (Chantal Mouffe “Introducción: El desafío de Schmitt” en *El desafío de Carl Schmitt*, trad. Gabriel Merlino, Prometeo Libros, Buenos Aires, 2011., p. 11. Las cursivas son nuestras.)

⁷⁰ Paul Hirst “El decisionismo de Carl Schmitt” en Chantal Mouffe (coord.) *El desafío de Carl Schmitt*, trad. Gabriel Merlino, Prometeo Libros, Buenos Aires, 2011., p. 21

⁷¹ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, trad. Francisco Ayala, Alianza editorial, Madrid, 1982, p. 144. Las cursivas son nuestras.

La crítica de Schmitt al positivismo jurídico va en el sentido de subrayar “la dimensión política” que precede al Derecho. El Derecho positivo toma el orden jurídico como una realidad dada y no se pregunta por la instancia que lo hace vigente. Frente a esta manera de pensar el Derecho, Schmitt resalta la decisión soberana como un fundamento de legitimidad y vigencia del ordenamiento jurídico. La célebre definición de soberanía de Carl Schmitt, según la cual soberano es quién decide sobre el Estado de excepción⁷², resalta el carácter político que subyace al ordenamiento jurídico. Para Schmitt “todo orden descansa sobre una decisión, y también el concepto del orden jurídico, que irreflexivamente suele emplearse como cosa evidente, cobija en su seno el antagonismo de los dos elementos dispares de lo jurídico. *También el orden jurídico, como todo orden, descansa en una decisión, no en una norma.*”⁷³ El estado de excepción es, entonces, el momento de la verdad del Estado de Derecho.

El positivismo jurídico busca el fundamento del ordenamiento en una norma. Sin embargo, el ordenamiento jurídico, para ser válido, requiere una situación de “normalidad fáctica”, de acuerdo con Schmitt “no hay una norma que sea aplicable al caos.” Por tal motivo, en una situación excepcional en la que el ordenamiento jurídico y el conjunto de instituciones pierden legitimidad y vigencia “es necesario de todo punto implantar una situación normal, y soberano es quien con carácter definitivo decide si la situación es, en efecto, normal.”⁷⁴ Es en la decisión soberana donde radica la esencia de la soberanía popular, de la voluntad colectiva y de la soberanía del Estado “que más que monopolio de la coacción o del mando, hay que definirla jurídicamente como el monopolio de la decisión.”⁷⁵

En esta situación la autoridad estatal se separa de la norma jurídica, se sitúa por encima de ella y se crea una paradoja que Schmitt expresa en los siguientes términos: “la autoridad [del Estado] demuestra que para crear derecho no necesita tener derecho.”⁷⁶ El derecho es confirmado a partir de la situación de excepción o de su posibilidad. Ésta muestra los

⁷² Carl Schmitt, *Teología política. Cuatro capítulos sobre la doctrina de la soberanía*, trad. Francisco Javier Conde y Jorge Navarro Pérez, Trotta, Madrid, 2009, p. 11

⁷³ *Ibid.*, p. 16

⁷⁴ *Ibid.*, p. 18

⁷⁵ *Ibidem*

⁷⁶ *Ibidem*

límites de la racionalidad jurídica.⁷⁷ En palabras de Schmitt “*Lo normal nada prueba; la excepción, todo; no sólo confirma la regla, sino que ésta vive de aquélla.* En la excepción, la fuerza de la vida efectiva hace saltar la costra de una mecánica anquilosada en repetición.”⁷⁸ Sólo la situación extrema patentiza la soberanía, en una democracia es a través de la identidad entre voluntad popular y liderazgo que se manifiesta la soberanía.

El reconocimiento de la decisión como un momento fundamendador del Derecho rompe con los postulados del positivismo jurídico y el modelo de Estado burgués de Derecho. La pretensión de resolver cualquier tipo de conflicto a través de un procedimiento jurídico constituye la ilusión de la República de Weimar. Frente a esta ilusión Schmitt reposiciona el carácter político del Estado en la ejecución y garantía del ordenamiento jurídico. Para Schmitt, el Estado se define como “el *status* político de un pueblo organizado en el interior de unas fronteras.”⁷⁹ La organización de un pueblo se da a partir de un proceso de inclusión/exclusión, de la delimitación de un nosotros y un ellos. Este proceso es un acto político que precede a formación de un ordenamiento jurídico estatal. Por tal motivo, para Schmitt el concepto de Estado supone el de lo político.

Lo político es el criterio distintivo de la política. Este criterio se expresa en la distinción amigo/enemigo.⁸⁰ Ésta distinción no es de tipo moral, tal como lo señala Schmitt “El enemigo político no necesita ser moralmente malo, ni estéticamente feo; no hace falta que se erija en competidor económico, e incluso puede tener ventajas hacer negocios con él. Simplemente es el otro, el extraño, y para determinar su esencia basta con que sea existencialmente distinto y extraño en un sentido particularmente intensivo.” En consecuencia, escribe Schmitt, “El sentido de la distinción amigo-enemigo es marcar el grado máximo de intensidad de una unión o separación, de una asociación o de una disociación.”⁸¹ Schmitt, sin embargo, no es un apologista de la guerra, para él, lo político “consiste no en guerra o conflicto armado en sí, sino precisamente en la relación de

⁷⁷ Heiner Beliefeldt, Deconstruction of the "Rule of Law": Carl Schmitt's Philosophy of the Political” in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, Vol. 82, No. 3, 1996, p.380.

⁷⁸ Carl Schmitt, *Teología política*, ed. cit., p. 20. Las cursivas son nuestras.

⁷⁹ Carl Schmitt, *El concepto de lo político*, trad. Rafael Agapito, Alianza editorial, Madrid, 1998, p. 49

⁸⁰ *Ibid.*, p. 56.

⁸¹ *Ibid.*, 57

enemistad: no en la competición, sino en la confrontación. No está limitado por ninguna ley: es anterior a la ley.”⁸²

Existe una razón histórica por la cual Schmitt da primacía al argumento político. En el diagnóstico de Schmitt “la política ha perdido obviamente su lugar indiscutible en la sociedad. Ya no puede ser identificada como un dominio cerrado vinculada a determinadas personas, grupos o instituciones de la autoridad establecida. Además, parece que hay una tendencia en la sociedad moderna a reemplazar gradualmente la política con gestión administrativa que a su vez está obligada a cumplir con las normas jurídicas abstractas.” Esta tendencia es el ideal del *Rechtstaat* de Weimar. Como consecuencia de este cambio en la sociedad, en el que ya no hay incentivos para la lucha ni la discusión y en el que la sociedad es vista como una asociación utilitaria, Schmitt hace hincapié en el argumento político y lo presenta como “una categoría antropológica fundamental, es decir, una realidad ineludible inherente a la condición humana la cual, al mismo tiempo, alberga posibilidades insondables del hombre.”⁸³ A partir de la distinción amigo/enemigo, Schmitt elabora una crítica al modelo de Estado constitucional, particularmente al modelo de Weimar.⁸⁴ Para Schmitt, el modelo de Estado constitucional niega el carácter político del Estado y al negarlo, el Estado pierde toda posibilidad de ser centro de unidad e identidad política y se vuelve incapaz de asegurar la convivencia política entre los distintos grupos sociales.⁸⁵ Es decir, cuando la política está en todas partes, ya no puede identificarse política y Estado.⁸⁶

⁸² Paul Hirst, “El decisionismo de Carl Schmitt” en Chantal Mouffe (coord.) *El desafío de Carl Schmitt*, ed. cit., p. 21

⁸³ Heiner Beliefeldt, “Deconstruction of the “Rule of Law”: Carl Schmitt's Philosophy of the Political” in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, Vol. 82, No. 3, 1996, p. 380. En escritos posteriores a *El concepto de lo político* Schmitt variará su definición del enemigo, al respecto véase Gregorio Saravia, “Carl Schmitt: Variaciones sobre el concepto de enemigo.” en *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 15, enero 2012.

⁸⁴ Cfr. Ernst-Wolfgang Böckenförde, “The concept of the Political. A Key to Understanding Carl Schmitt’s Constitutional Theory” in David Dyzenhaus (ed.), *Law as Politics. Carl Schmitt’s Critique of Liberalism*, Duke University Press, Durham, 1998, pp. 37-55

⁸⁵ Claudio Bonvecchio, *Decisionismo. La dottrina política di Carl Schmitt*, Unicopoli, Milano, 1984., p.20

⁸⁶ Esta idea, en el marxismo italiano, se leyó alguna vez como politización de lo social y socialización de la política.

En un segundo nivel de análisis, Schmitt problematiza la relación que existe entre modelo de Estado parlamentario y el liberalismo. El modelo parlamentario es uno de los rasgos característicos del liberalismo político. El liberalismo pretende resolver el conflicto mediante el diálogo, entendido como *confrontación de opiniones individuales*. Asimismo, el liberalismo organiza al Estado como un sistema de instituciones con la pretensión de disolver la conflictividad presente en la sociedad; la representación parlamentaria, la producción de leyes universales y abstractas, la separación de poderes y la distinción entre Estado y sociedad son los medios a través de los cuales el liberalismo disuelve la conflictividad de la sociedad.⁸⁷

El liberalismo busca neutralizar el conflicto a partir de los procedimientos e instituciones de la democracia parlamentaria. Sin embargo, en esta pretensión subyace una forma de hacer política y afrontar el conflicto. Un último elemento de la crítica de Schmitt al liberalismo consiste en el juicio moral que implica la pretensión de negar lo político.

El liberalismo se asume como un orden pacífico en el que el adversario es visto como enemigo sólo por su condición de “estorbo y ruptura de la paz”, motivo por el cual se le declara “*hors-la-loi y hors l’humanité*.”⁸⁸ En ese mismo sentido se encuentra el llamado a principios universales como el de *humanidad* por parte del liberalismo. “En el concepto de la humanidad –escribe Schmitt– excluye el del enemigo. [...] Cuando un Estado combate a su enemigo político en nombre de la humanidad, no se trata de una guerra de la humanidad sino de una guerra en la que un determinado Estado pretende apropiarse un concepto universal con él (a costa del adversario), del mismo que se puede hacer mal uso de la paz, el progreso, la civilización con el fin de reivindicarlos para uno mismo negándoselos al enemigo.”⁸⁹ Como consecuencia, la guerra en nombre de la humanidad puede llegar a la “más extremada inhumanidad.”⁹⁰ Es este punto en el que Schmitt muestra la importancia del reconocimiento de lo político. Para Schmitt, la negación de lo político sólo tiene como

⁸⁷ Carlo Gialli, “Schmitt y el Estado” en *La mirada de Jano. Ensayos sobre Carl Schmitt*, trad. María Julia de Ruschi, FCE, Argentina, 2011, pp. 30-31.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 106

⁸⁹ *Ibid.*, p. 83

⁹⁰ *Ibid.*, p. 84

resultado la criminalización del adversario; a la inversa, el reconocimiento de lo político, entendido como la posibilidad de conflicto, permite su reglamentación jurídica.⁹¹

La crítica al positivismo jurídico y al liberalismo se puede extender al concepto de Estado de Derecho. El modelo de Estado que Schmitt tiene como referente es el Estado parlamentario de la República de Weimar. Para el autor de *Teoría de la Constitución*, Weimar se caracteriza por ser un Estado legislativo parlamentario. El Estado legislativo ha sido identificado con el Estado de Derecho, en palabras de Schmitt “Lo que, desde el siglo XIX, se ha entendido entre los Estados de Europa continental como <<Estado de Derecho>> era, en realidad, el Estado legislativo y, concretamente, el Estado legislativo parlamentario.”⁹² En este Estado, el poder soberano, en su forma decisional, desaparece. El ejercicio del poder hace conforme a una ley o en nombre de la ley y “*se limita a hacer valer en forma competente una norma vigente.*”⁹³

En realidad, escribe Schmitt “*el Estado de Derecho, pese a toda la juricidad y normatividad, sigue siendo un Estado, y contiene siempre otro elemento específicamente político, a más del elemento específico del Estado de Derecho*”⁹⁴ pocas líneas después, Schmitt concluye “Lo político no puede separarse del Estado –unidad política de un pueblo–; despolitizar el Derecho político (*Staatsrecht*) no es otra cosa que <<desestatizar>> el Derecho político.”⁹⁵ La preeminencia de lo político en el Estado invierte la concepción del Estado de Derecho del positivismo jurídico y del liberalismo político, según la cual el Estado está limitado por normas y éstas anteceden al elemento político. Para Schmitt el Estado de Derecho es primero Estado (político) y después es de Derecho.

A partir del reconocimiento del Estado como unidad política del pueblo y de la primacía de la política frente al Derecho, Schmitt elabora una crítica al parlamentarismo de Weimar.

⁹¹ Antonio Scalone, “Derecho, decisión y representación: el poder en Carl Schmitt” en Giuseppe Duso (coord.) *El poder. Para una historia de la filosofía política moderna*, trad. Silvio Mattoni, Siglo XXI, México, 2007, p. 333

⁹² Carl Schmitt, *Legalidad y legitimidad*, trad. José Díaz García, Aguilar, España, 1971, p. 4

⁹³ *Ibid.*, p. 5

⁹⁴ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, ed. cit., p. 137

⁹⁵ *Ibidem*

A diferencia de la creencia liberal, según la cual el parlamentarismo se identifica con la democracia, Schmitt señala que puede existir democracia sin parlamentarismo, de la misma manera en que puede existir un parlamentarismo sin democracia.⁹⁶ En el argumento de Schmitt el parlamentarismo es compatible con la democracia sólo a condición de que se cumpla con el principio de representación.

El concepto de representación de Schmitt difiere del defendido por el liberalismo. Para el jurista de Plettenberg la representación no es “un fenómeno de carácter normativo, no es un procedimiento, sino algo *existencial*.”⁹⁷ El carácter existencial de la representación política se comprende a partir de la distinción entre dos términos alemanes, a saber, *Vertretung* y *Repräsentation*.⁹⁸ La *Vertretung* es una representación mediante elecciones, políticamente “inauténtica”, es una representación de intereses. En contraste, la *Repräsentation* es una representación política auténtica que se manifiesta no por elección sino por identificación del pueblo con el gobernante.

La identificación del pueblo con el gobernante es lo que caracteriza al Estado como unidad política. En Schmitt, la representación política no se trata de hablar en nombre de otras personas o defender los intereses de un grupo particular, representar políticamente es “hacer perceptible y actualizar un ser imperceptible mediante un ser de presencia pública.”⁹⁹ El gobernante hace perceptible, encarna la voluntad del pueblo; como la cruz representa al Cristo, o la bandera a la nación. Esta noción de representación no sólo desemboca en la cuestión entre democracia directa y representativa; además abre el camino hacia el problema más complejo de cómo se representa la voluntad del pueblo (aclamación plebiscitaria, fusión de la masa en la figura del líder). Este segundo problema cobra relevancia a la luz del surgimiento de nuevos movimientos sociales; empero ha sido poco estudiado.

⁹⁶ Pueden existir democracias populares, democracia directa y, del otro lado, parlamentos de sufragio restringido o de base aristocrática.

⁹⁷ *Ibid.*, p. 209

⁹⁸ Esta distinción aparece en Carl Schmitt, *Catolicismo y forma política*, trad. Carlos Ruiz Miguel, Técnos, 2000

⁹⁹ Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, ed. cit., p. 209

En el sistema parlamentario de Weimar no se cumple con la representación política entendida como encarnación de la voluntad. La adopción los principios liberales ha hecho que se pierda el carácter político del Parlamento. En palabras de Schmitt “un Parlamento tiene carácter representativo sólo en tanto que existe la creencia de que su actividad propia está en la publicidad. [...] *Tan pronto como se produce el convencimiento de que en el marco de la actividad parlamentaria lo que se desenvuelve a la luz del día es sólo una formalidad vacía, y las decisiones recaen a espaldas de lo público, podrá quizá el Parlamento cumplir todavía algunas funciones útiles pero ha dejado de ser representante de la unidad política del pueblo.*”¹⁰⁰

Ante esta situación Schmitt encuentra en la democracia plebiscitaria una forma en que se puede recuperar el sentido político de la democracia. “Ciertamente –escribe Schmitt– cuando pierde su validez la representación del Parlamento y ya no se cree en ella, el procedimiento plebiscitario es siempre el más fuerte.”¹⁰¹ A diferencia del liberalismo que funda el concepto de democracia en el principio de libertad, Schmitt prioriza el principio de igualdad, en sus palabras “sólo la igualdad puede valer con razón para la política interior como principio democrático.”¹⁰²

La igualdad para Schmitt es un principio político y no se refiere a una igualdad material entre los hombres. En sus palabras “la igualdad de todo el que tenga <<figura humana>> no puede ofrecer fundamento a un Estado, ni a una forma política, ni a una forma de Gobierno. De ella no pueden obtenerse distinciones y delimitaciones específicas, sino sólo la supresión de distinciones y delimitaciones [...] Del hecho que todos los hombres son hombres no puede deducir nada específico ni la religión, ni la moral, ni la política, ni la

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 208. Las cursivas son nuestras. En ese punto, Schmitt retoma la noción de soberanía popular de Rousseau. Para los dos autores la soberanía es imposible de representar en el Parlamento. Los diputados o legisladores son “comisarios y no pueden resolver nada definitivamente”, toda vez que el soberano es “un ser colectivo [y] no puede ser representado más que por él mismo.” El pueblo, por lo tanto, debe ratificar, en persona, las leyes hechas en el Parlamento. (J.J. Rousseau, *El contrato social*, UNAM, México, 1978) De esta manera, Schmitt y Rousseau verán en el pueblo una sustancia política que está por encima de todo ordenamiento jurídico.

¹⁰¹ Carl Schmitt, *Legalidad y legitimidad*, ed. cit., p. 98

¹⁰² Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*, ed. cit., p. 222

economía.”¹⁰³ Esta igualdad, del hombre en tanto hombre, es propia del liberalismo y se relaciona con los derechos fundamentales. Empero, la igualdad que funda a la democracia es una igualdad política y por lo tanto debe relacionarse con la posibilidad de establecer una distinción específica, entre aquellos que pertenecen a un pueblo determinado y aquellos que no. “Por eso, -escribe Schmitt- la Democracia política no puede basarse en la indistinción de todos los hombres, sino sólo en la pertenencia a un *pueblo determinado*.”¹⁰⁴ La igualdad democrática, es decir, la pertenencia de todos los ciudadanos a un pueblo determinado, es el supuesto de todos los otros tipos de igualdad: igualdad ante la ley, igualdad de sufragio, entre otras. Esta igualdad democrática es, por lo tanto, una igualdad substancial. “Todos los ciudadanos pueden ser tratados como iguales, tener igualdad ante el sufragio, etc., porque participan de esa sustancia.”¹⁰⁵ Esta sustancia es la pertenencia al pueblo.

La democracia plebiscitaria cumple con los principios de representación [*Repräsentation*] y de igualdad del pueblo. En una democracia, tal como la planteada por Schmitt, existe una identificación entre gobernantes y gobernados. Esta identificación implica que la separación existente en la democracia real entre gobernantes y gobernados, no puede ser cualitativa. En palabras de Schmitt “aquellos que gobiernan se diferencian *a través* del pueblo, pero no *frente* al pueblo.”¹⁰⁶ Es a partir de la aclamación pública como el pueblo le da su aprobación al gobernante, en ella se verifica la identidad y la representación del pueblo con el soberano. “Sólo el pueblo verdaderamente reunido es pueblo, y sólo el pueblo verdaderamente reunido puede hacer lo que específicamente le corresponde a la actividad de ese pueblo: puede *aclamar*, es decir, expresar por su asentamiento o recusación, gritar <<viva>> o <<muera>>, festejar a un jefe o una proposición, vitorear al rey o a cualquiera otro o negar la aclamación con el silencio o murmullos.”¹⁰⁷ La aclamación es el momento político por excelencia, en él se reafirma la unidad política del

¹⁰³ *Ibid.*, p. 224

¹⁰⁴ *Ibidem*

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 225

¹⁰⁶ *Ibid.*, p. 233.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 238

pueblo y la capacidad soberana del gobernante de decidir sobre los asuntos públicos más allá de los procedimientos jurídico-institucionales.¹⁰⁸

2.2. Kelsen: La defensa de la Constitución

La antípoda de la postura de Schmitt la representa la propuesta teórica de Hans Kelsen. Al igual que en el caso de Schmitt, la obra de Kelsen se puede analizar en dos niveles. En el primer nivel el jurista austriaco analiza el fenómeno del Derecho desde una perspectiva científica; en este nivel se encuentra la teoría pura del Derecho. Kelsen le da al adjetivo “pura” a su teoría del Derecho porque “quiere obtener solamente un conocimiento orientado hacia el derecho, y porque desearía excluir de ese conocimiento lo que no pertenece precisamente al objeto determinado como jurídico.”¹⁰⁹ Esta pretensión de pureza jurídica se encuentra presente en toda la obra de Kelsen y es lo que nos permite entender su concepción de Estado, Derecho y democracia. Sin embargo, el análisis sobre el funcionamiento de las democracias realmente existentes y las características de los Estados, así como la relación del Derecho y la política constituyen un segundo nivel en el análisis de la obra de Kelsen.

Dentro del primer nivel de análisis de la obra de Kelsen es posible pensar los conceptos políticos como conceptos jurídicos. El Estado, concepto clásicamente político, es definido como un ordenamiento jurídico. Para Kelsen, la organización estatal se resuelve en el plano del derecho al identificar al estado con el ordenamiento jurídico.¹¹⁰ En este punto Kelsen se

¹⁰⁸ Un vez más, el parangón con Rousseau es claro, para los dos autores la soberanía no puede ser delegada en un representante; la aclamación es ese momento de refrendo y constatación de la unidad entre el pueblo y el “comisario” o representante popular. Sin embargo, la tendencia en los sistemas democráticos contemporáneos es judicializar el ejercicio de la soberanía popular. La regulación e institucionalización de las figuras del plebiscito y el referéndum son muestra de esa tendencia. Otro elemento, que en el caso mexicano ha cobrado una importancia fuerte en los últimos años, son las encuestas de opinión que son vistas como expresiones de la voluntad colectiva.

¹⁰⁹ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, trad. Roberto J. Vernengo, UNAM, México, 1982, p. 15

¹¹⁰ Lorenzo Córdova, *Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*, FCE, México, 2009, p. 69.

sitúa en contraste con los teóricos de la política, para Kelsen “El Estado no es otra cosa que el conjunto de normas que son efectivamente observadas en un territorio, primero está el derecho y después el poder.”¹¹¹

La primacía del Derecho sobre el poder lleva a Kelsen a replantear las características del Estado. Aceptando la definición weberiana del Estado como el monopolio de la fuerza, Kelsen añade que este monopolio es jurídico. En sus palabras. “el Estado es una organización política, porque es un orden que regula, monopolizándolo, el uso de la fuerza. [...] *El Estado es una sociedad políticamente organizada, porque es una comunidad constituida por un orden coercitivo, y este orden es el derecho.*”¹¹²

La identificación del Estado con el ordenamiento jurídico implica un cambio en la concepción de la soberanía. Para el jurista austriaco, la soberanía es un concepto jurídico. La soberanía es definida como la cualidad de un orden normativo, “considerado como autoridad de la que emanan los diversos derechos y obligaciones.”¹¹³ Para Kelsen, el cambio en el concepto de la soberanía es resultado de desarrollo y evolución del Estado de Derecho. En éste proceso de evolución, “el poder del Estado se afirma, en última instancia, como un poder jurídicamente cualificado. *Pero con el poder jurídicamente ordenado aparece [...] el orden jurídico; y su objeto, como contenido del derecho, no es ya precisamente <<poder>> en su sentido originario, sino lo que se designa con ese nombre, inseparablemente unido con su forma: el derecho.*”¹¹⁴

La reducción de la soberanía a términos jurídicos no elimina la categoría de poder. El poder no es más sólo político; el poder del Estado es un poder jurídico, expresado en la capacidad de producir y hacer valer las normas.¹¹⁵ Este poder jurídico se deriva de una norma que autoriza la producción y ejecución de las normas. Con esta concepción de poder jurídico, Kelsen logra desarrollar un sistema jurídico que se auto produce. El derecho, nos

¹¹¹ Norberto Bobbio, “Dal diritto al potere e viceversa” en *Teoría generale della politica*, ed. cit., p. 185

¹¹² Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Máynez, UNAM, México, 2012, p. 226. Las cursivas son nuestras.

¹¹³ Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, ed. cit., p. 302

¹¹⁴ Hans Kelsen, *Teoría general del Estado*, trad. Luis Legaz Lacambra, Ediciones Coyoacán, México, 2012, p. 126. Las cursivas son nuestras.

¹¹⁵ Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, ed. cit., p. 157

dice Kelsen, “regula su propia creación en cuanto una norma jurídica determina la forma en que otra es creada, así como, en cierta medida, el contenido de la misma.”¹¹⁶

Esta forma de pensar al Estado y a la soberanía lleva a Kelsen a plantearse el problema de la validez de la norma. Una norma es válida sólo en virtud de que sea producida por un poder jurídico autorizado y de acuerdo con los procedimientos establecidos por una norma superior, que a su vez sea también válida. De esta manera, el problema de la validez de las normas nos lleva a plantear el problema del *quién* y el *cómo* han sido producidas las normas.

Para Kelsen, la respuesta a estas preguntas es la misma, una norma superior. “Cuando una norma jurídica –nos dice Kelsen- es válida por haber sido creada en la forma establecida por otra, la última constituye la razón de validez de la primera. La relación entre la que regula la creación de otra y esta misma norma, puede presentarse como un vínculo de supra y subordinación [...] La norma que determina la creación de otra, es superior a ésta; la creada de acuerdo con tal regulación, inferior a la primera.”¹¹⁷ De esta manera surge el problema de la validez de la norma superior. Toda norma tiene su fuente de validez en una norma superior a ella; este proceso de regresión lleva a Kelsen a plantear una norma como la fuente de validez de todas las otras normas, la *Grundnorm* o norma fundamental. La norma fundamental es una norma que funda el sistema jurídico en su totalidad, sin embargo, esta norma no tiene una norma por encima que le de validez, debe presuponerse válida por sí misma. Su única tarea es “la de establecer un poder creador de leyes, el llamado <<poder constituyente>>.”¹¹⁸

El proceso de regresión que lleva a Kelsen a plantear la idea de *Grundnorm*. Una norma que encuentra su validez en una norma superior; ésta, a su vez requiere ser validada por otra norma superior. La Constitución es la norma que dota de validez a un ordenamiento jurídico. De acuerdo con el jurista austriaco, la Constitución tiene un sentido material y se define como “los preceptos que regulan la creación de normas jurídicas generales y, especialmente, la creación de leyes.”¹¹⁹ No obstante, la Constitución encuentra su validez

¹¹⁶ Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, ed. cit., p. 146

¹¹⁷ *Ibidem*

¹¹⁸ Lorenzo Córdova, *Op. cit.*, p.75

¹¹⁹ Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, ed. cit., p. 147.

en una Constitución anterior. Este proceso abre una regresión temporal en la que “llegaremos finalmente a una Constitución que es *históricamente la primera y que fue establecida por algún usurpador o por alguna asamblea. La validez de esta primera Constitución es el supuesto último, el postulado final del que depende la validez de todas las normas de nuestro sistema jurídico.*”¹²⁰

En este punto se muestra la limitación de la teoría del ordenamiento jurídico de Kelsen. El autor no puede evitar reconocer el elemento político que subyace a la norma fundamental; este reconocimiento se hace explícito cuando acepta que el origen de la norma fundamental es o una asamblea o un usurpador. En ese mismo sentido, Bobbio señala que en el sistema de Kelsen lo que en realidad cierra el sistema es el poder. “Desde un punto de vista puramente formal –escribe Bobbio– es perfectamente indiferente y legítimo en un sistema de grados, si se procede de la norma inferior hacia una norma superior, llegar a la norma de las normas, y si se procede del poder inferior, llegar al poder de los poderes. Pero luego, cuando llegados a la norma de las normas ésta reenvía al poder de los poderes [...], es necesario reconocer que lo que cierra el sistema no es la norma sino el poder.”¹²¹

¹²⁰ *Ibid.*, p. 135. Las cursivas son nuestras. Sobre este punto, Carlo Gialli comenta que tanto Kelsen como Schmitt comparten la visión del derecho como falto de fundamento. Sin embargo, para Kelsen la falta de fundamento vuelve al derecho “puro y científicamente analizable” mientras que para Schmitt “la carencia de fundamento del derecho lo <<ensucia>> con la política, lo vuelve impuro y lo orienta contra un enemigo.” (Carlo Gialli, *La mirada de Jano...*, ed. cit., pp. 26-27)

¹²¹ Norberto Bobbio, “Kelsen y el problema del poder” trad. Gustavo Molina ramos en *Crítica jurídica*, núm. 8, 1988, p. 23. En ese mismo texto, Bobbio señala que en la afirmación de la norma fundamental sobre el poder se encuentra una razón práctica. En palabras de Bobbio: “Además de satisfacer una exigencia de corrección formal, probablemente la norma fundamental refleja una preferencia práctica. Por más que Kelsen haya afirmado insistentemente el carácter científico de la teoría pura del derecho y rechazado toda interpretación ideológica, no se puede renunciar del todo a tratar de captar el sentido de su construcción y de entender el porqué de ciertas tesis, a través de sus elecciones políticas. Considero correcto que bajo la teoría pura del derecho se encuentra la ideología del estado burgués, no obstante que los marxistas impertérritos hayan continuado a repetirlo. Diría sin embargo que detrás de la tesis del primado del derecho sobre el poder, que se manifiesta en la suposición de la norma fundamental, hay, si bien inconsciente y también expresamente desmentido, el ideal del Estado de derecho, es decir, del estado en el cual, para expresarse con una fórmula tradicional usada durante siglos por los legistas, <<*lex facit regem*>> y no <<*rex facit legem*>>.” (*Ibid.*, p. 24)

Uno de los objetivos de la propuesta teórica de Kelsen es transformar los principales conceptos políticos a términos jurídicos. En ese sentido, la teoría de las formas de gobierno es reducible a la distinción entre los distintos tipos de Constitución. Para Kelsen, formas de constitución es sinónimo de formas de Estado.¹²² El criterio utilizado por Kelsen para distinguir las Constituciones o Estados es la forma en que se producen las normas. Esta forma, a su vez, responde al principio de libertad política. “Políticamente libre –escribe Kelsen- es el individuo que se encuentra sujeto a un ordenamiento jurídico en cuya creación participa.”¹²³ De esta forma, la distinción entre democracia y autocracia es igual a la distinción entre una Constitución en la que se cumple con el principio de libertad política y otra Constitución en la que tal principio no se cumple. En palabras de Kelsen, “La democracia significa que la <<voluntad>> representada en el orden legal del Estado es idéntica a las voluntades de los súbditos. La oposición a la democracia está constituida por la servidumbre implícita en la autocracia.”¹²⁴

A partir de esta distinción, Kelsen identifica a la democracia con el ideal de autonomía, entendida como autodeterminación, en la medida que los individuos participan en la producción de las leyes que los rigen. Por su parte, la autocracia está identificada con el principio de heteronomía, en la medida que los individuos no participan de la formulación de las normas. La democracia, en consecuencia es una forma de gobierno en la que se cumple el principio de libertad política. La libertad de los ciudadanos se expresa mediante la identificación de la voluntad del representante con la de los representados. La realización del ideal de libertad política equivaldría a que las decisiones colectivas fueran tomadas por unanimidad; no obstante, es imposible tomar las decisiones por unanimidad debido a la diversidad de intereses presentes en la sociedad.¹²⁵ Los límites de la unanimidad no son sólo prácticos. De acuerdo con Kelsen, en un orden social en el que no hubiera contradicción entre éste y la voluntad de los súbditos no se podría distinguir entre la existencia de un orden social o el estado de anarquía. “En la realidad social –escribe

¹²² Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y Estado*, ed., cit., p. 335

¹²³ *Ibid.*, p. 337. En *esencia y valor de la democracia*, Kelsen define la libertad política como aquella libertad de “quien, aun estando sometido, lo está solamente a su propia voluntad y no a la ajena.” (Hans Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, trad. Rafael Luengo Tapia, Colofón, México, 2005, p. 17)

¹²⁴ *Ibidem.*

¹²⁵ *Ibid.*, p. 20

Kelsen-, el más alto grado de autodeterminación política [...] difícilmente puede distinguirse de un estado de anarquía. El orden normativo que regula la conducta recíproca de los individuos, resulta completamente superfluo si todo conflicto entre dicho orden y súbditos queda excluido *a priori*. [...] Un orden social genuino es incompatible con el más alto grado de autodeterminación.”¹²⁶ Por tal motivo, concluye Kelsen, si la libertad política ha de ser la base del orden social, tal principio debe tener límites.¹²⁷

El primer límite al principio de libertad política es el principio de mayoría. El principio de mayoría se funda en la idea que el orden social debe concordar con la voluntad del mayor número y discrepar con el menor posible. En ese sentido, Kelsen encuentra en el principio de mayoría simple o absoluta la mejor forma de tomar decisiones en un orden social acercándose al principio de libertad política y autonomía.¹²⁸ Sin embargo, la afirmación del principio de mayoría no niega la existencia de la minoría, al contrario, lo supone. “Excluir a una minoría de la creación del orden jurídico sería contrario al principio democrático y al principio mayoritario, aun cuando la exclusión fuese decidida por una mayoría.”¹²⁹ El principio de mayoría adquiere un carácter democrático en la medida que posibilita que el orden social coincida con el mayor número de súbditos posible y, al mismo tiempo, respeta la existencia de la minoría.

El segundo límite del principio de libertad política es el principio de representación. La representación política posibilita que el orden social coincida con la voluntad de los ciudadanos en la medida que el representante hace presentes los intereses de aquellos que lo eligieron. El principio de representación supone la distinción entre democracia directa y democracia representativa. La democracia directa, que representaría el nivel más alto de realización del principio de autodeterminación, se caracteriza “por el hecho de que la legislación, lo mismo que las principales funciones ejecutivas y judiciales, son ejercidos en masa reunidos en asamblea.”¹³⁰ Sin embargo, para Kelsen, “la democracia del Estado moderno es una democracia mediata (*sic*), parlamentaria, en la cual la voluntad colectiva

¹²⁶ Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, ed. cit., p. 339

¹²⁷ *Ibidem*

¹²⁸ *Ibid.*, p. 3340; Hans Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, ed. cit., p. 22

¹²⁹ Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, ed. cit., p. 341

¹³⁰ *Ibid.*, p. 342

que prevalece es la determinada por la mayoría de los ciudadanos.”¹³¹ La democracia representativa limita el principio de libertad política, pero es el medio que posibilita que el mayor número posible de ciudadanos participen del proceso de producción de normas.

El modelo de democracia representativa que Kelsen tiene en mente es el modelo parlamentario. El parlamentarismo es, en palabras de Kelsen, “la única forma real en que se puede plasmar la idea de la democracia dentro de la realidad social presente.”¹³² El parlamentarismo conlleva un sistema de partidos fuerte. Éstos son “órganos para la voluntad estatal.” La función de los partidos políticos es posibilitar la existencia de la democracia. De acuerdo con Kelsen, “la democracia sólo es posible cuando los individuos, a fin de lograr una actuación sobre la voluntad colectiva, se reúnen en organizaciones definidas por diversos fines políticos, de tal manera que entre el individuo y el Estado se interpongan aquellas colectividades que agrupan en forma de partidos políticos las voluntades políticas coincidentes de los individuos.”¹³³ Este modelo de democracia, a partir de los partidos políticos, coincide con la afirmación del pluralismo político defendido por el liberalismo. Para Kelsen “Sólo por ofuscación o dolo puede sostenerse la posibilidad de la democracia sin partidos políticos. La democracia, necesaria e inevitablemente requiere un *Estado de partidos.*”¹³⁴

Un Estado de partidos supone una pluralidad de partidos políticos. Para Kelsen, el pluralismo político es inherente a la democracia.¹³⁵ La existencia de múltiples partidos políticos posibilita la representación de la pluralidad de intereses de la sociedad. A diferencia de Schmitt para quien la igualdad, en sentido sustancial, es decir, la homogeneidad del pueblo, es lo que define a la democracia; para Kelsen, ésta es sólo jurídica. Para Kelsen los ciudadanos son iguales porque lo son ante la ley; para Schmitt los ciudadanos son iguales sustancialmente, homogéneos, en la delimitación de un enemigo,¹³⁶ y sólo por eso pueden ser iguales ante la ley.

¹³¹ Hans Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, ed. cit., p. 47

¹³² *Ibid.*, p. 50

¹³³ *Ibid.*, p. 37

¹³⁴ *Ibidem*

¹³⁵ Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado*, ed. cit., p. 351.

¹³⁶ Por eso, la guerra es una situación privilegiada para dibujar al enemigo exterior. No es una igualdad sustantiva en el sentido liberal, sino una homogeneización política.

La existencia de una pluralidad de intereses representados en el parlamento plantea la pregunta por las formas de resolución del conflicto de intereses así como la coexistencia de los diversos grupos políticos y sociales. Para Kelsen, el compromiso democrático es lo que posibilita la coexistencia de la diversidad; el compromiso democrático “forma parte de la naturaleza de la misma democracia.”¹³⁷ La definición de compromiso que nos brinda Kelsen muestra una diferencia radical a la propuesta de Schmitt para la resolución de un conflicto. Mientras que para el jurista de Plettenberg el conflicto político, en última instancia, lleva a la eliminación del enemigo o a la afirmación del soberano; para Kelsen, los conflictos se resuelven con una norma. De esta forma, Kelsen reconoce la existencia de una diversidad de intereses en la sociedad, los cuales pueden entrar en conflicto. La política, en Kelsen, se expresa en la negociación entre los partidos políticos, debates parlamentarios, procesos electorales, entre otros; todos estos actos, sin embargo, están regulados por normas jurídicas y en última instancia apuntan a la formulación y actualización del ordenamiento jurídico.

2.3. Herman Heller: la interdependencia entre política y Derecho

Carl Schmitt y Hans Kelsen representan dos respuestas opuestas al problema de la relación entre poder y derecho, así como a la caracterización de poder constituyente y poder legítimo. El primero le da prioridad a la política y a la decisión como factor fundante y legitimador del orden legal. El segundo, por su parte, concibe la política como una serie de procedimientos institucionales para la resolución pacífica de los conflictos. Dentro de este contexto de debate, la obra de Hermann Heller nos aporta un punto medio entre las concepciones de Schmitt y Kelsen. Para Heller, tanto Schmitt como Kelsen son representantes del positivismo jurídico, pues consideran al poder y la decisión, o al ordenamiento jurídico “de un modo aislado y prescindiendo de su correlación entre sí”¹³⁸ En respuesta a estas limitaciones, Heller estudia la relación del Derecho y del poder a partir de su conexión con el ámbito social. En ese sentido, los fenómenos políticos son vistos como resultado de la ordenación de las relaciones sociales.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 342

¹³⁸ Hermann Heller, *Teoría del Estado*, trad. Luis Tobío, FCE, México, 2011, p. 9

Para Heller, la política se define como el “orden de la cooperación entre relaciones humanas de toda índole.”¹³⁹ De acuerdo con esta definición, existe política en todos los ámbitos de la vida humana; existe una política económica, artística, educativa, religiosa, entre otras. Por lo tanto, concluye Heller, el fin de la política es “el orden de las relaciones sociales, la organización de la sociedad”¹⁴⁰

En ese sentido, el Estado aparece como un ámbito más en donde existe política. La función del Estado es, como la de toda la política, establecer el “orden por el orden, con la *máxima* exclusión *posible* de la coacción física, de la violencia.”¹⁴¹ La reducción de la coacción física es posible en la medida que el Estado y la Constitución sean resultados y expresión de las relaciones sociales de poder existentes en una comunidad. En consecuencia, Heller, retomando a Lasalle¹⁴², define a la Constitución como una norma fundamental que, escrita o no, expresa siempre “la forma política básica de la cooperación de los poderes sociales dentro de un pueblo.”¹⁴³

La validez de una Constitución, de acuerdo con Heller, no reside en una norma jurídica (en su carácter de norma suprema) como en Kelsen, ni en una decisión soberana como en Schmitt, sino en qué “relaciones sociales fácticas de poder permite, aprueba o rechaza [...]

¹³⁹ Hermann Heller, “El sentido de la política” en *El sentido de la política y otros ensayos*, trad. Maximiliano Hernández y Encarnación vela Sánchez, Pre-textos, Valencia, 1996, p. 57

¹⁴⁰ *Ibidem*

¹⁴¹ *Ibidem*

¹⁴² Cfr. Ferdinand Lassalle, *¿Qué es una Constitución?*, México, Colofón, 2009. Para Lassalle, los factores reales de poder son “esa fuerza activa y eficaz que informa todas las leyes e instituciones jurídicas de la sociedad en cuestión, haciendo que *no puedan ser*, es sustancia, *más que tal y como son*.” (*Ibid.*, p. 11) Las leyes son el resultado de la interacción entre los factores reales de poder, la Constitución de un Estado, de acuerdo con Lassalle, no es un documento escrito en el que se establezcan los principios de gobierno, sino “la suma de los *factores reales de poder* que rigen en ese país.” (*Ibidem*) Lassalle señala 6 factores reales de poder: A) La monarquía, B) La aristocracia, C) La gran burguesía, D) Los banqueros, E) la conciencia colectiva y la cultura general, y, F) La pequeña burguesía y la clase obrera. Cada uno de estos factores reales de poder es representante de un interés particular que trata de evitar verse afectado por una disposición jurídica; cada uno de éstos factores, tiene diversas estrategias para lograr que sus intereses no se vean afectados y para hacerse escuchar en la elaboración de leyes. (véase *Ibid.*, pp. 11-19)

¹⁴³ Hermann Heller, “Libertad y forma en la Constitución del imperio” en *El sentido de la política y otros ensayos*, ed. cit., p. 62

y para qué relaciones futuras de poder es útil.”¹⁴⁴ No obstante, el derecho positivo, que tiene su fuente en la Constitución, se distingue de otras ordenaciones sociales a partir de la forma en que asegura el cumplimiento de las normas. A diferencia de ordenaciones sociales como las de la urbanidad y la decencia, en las que el cumplimiento de las normas resulta de la aceptación o reprobación de la opinión pública generalizada, el ordenamiento jurídico “tiene a su disposición una organización especial a cuyos órganos incumbe la tarea específica de garantizar el nacimiento y mantenimiento del derecho. En el Estado moderno estos órganos de creación y ejecución del derecho son, inmediata o mediamente, órganos del Estado.”¹⁴⁵

Para Heller, a diferencia de Kelsen, el Estado crea y mantiene el Derecho. En Kelsen, el Derecho es lo que dota de validez al Estado, sin derecho no puede existir el Estado. En Heller, en cambio, el Estado, como resultado de un poder constituyente es el que origina al Derecho. El Estado, al ostentar el monopolio de la coacción legítima, se convierte en una unidad suprema de decisión y acción frente a otras organizaciones sociales. Por tal motivo, el Estado se reserva la facultad de denominar derecho a la normatividad que asegura la organización estatal. Una vez que se forma el Estado y se instituye como la unidad suprema de decisión, éste “viene realmente a ser la fuente de validez formal del derecho por cuanto él establece y asegura el derecho legal mediante sus órganos y señala las condiciones para la validez del derecho consuetudinario.”¹⁴⁶

Esta afirmación, si bien puede asemejarse a la proposición de Schmitt en la medida que es la política la crea el derecho, se diferencia de lo expuesto por el jurista de Plettenberg al afirmar que el derecho, una vez creado, genera poder. El poder que ejerce y crea el derecho estriba en la capacidad de ordenar las relaciones sociales de poder al interior de un ámbito determinado. No obstante, la función creadora de poder del derecho se encuentra limitada por la misma normatividad del derecho positivo. En este punto, Heller se sitúa en el punto medio entre las posturas de Schmitt y Kelsen. Por un lado, Heller reconoce que el derecho no se auto produce y requiere expresar relaciones de poder; sin embargo, la política no es

¹⁴⁴ *Ibidem.*

¹⁴⁵ Hermann Heller, *Teoría del Estado*, ed. cit., p. 239

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 241

ajena al derecho, éste, una vez creado, ejerce el poder de regular las relaciones sociales de poder.

Para Heller, en consecuencia con lo anterior, existe una relación dialéctica entre el poder y el derecho. En palabras del autor “Al carácter formador de poder del derecho corresponde el carácter creador de derecho del poder.”¹⁴⁷ Con esta relación la organización del Estado y la política estatal se distinguen de otras formas de organización social y políticas. El poder del Estado no es sólo político ni decisional como lo piensa Schmitt, ni poder jurídico creador de normas como lo define Kelsen. El poder del Estado es poder político, pero este poder político es un poder “jurídicamente organizado.”¹⁴⁸ Además, añade Heller, el poder político, aquel que ejerce el Estado, tiene una doble dimensión, a saber, la dimensión del derecho y la dimensión del poder. Desde la perspectiva del derecho, el poder político es el poder supremo; desde la perspectiva del poder, el poder del Estado es el poder normativamente más fuerte.¹⁴⁹ En otras palabras, Heller contrapone el poder y el derecho y encuentra una relación de interdependencia entre ellos.

El poder del Estado lleva a Heller a preguntarse por las formas de éste. De acuerdo con el autor, la manera en que se distribuye el poder en un Estado determina su constitución. Para Heller, retomando la distinción hecha por Kelsen, existen dos formas de fundamentales de Estado, democracia y autocracia. El criterio para distinguir entre una y otra forma de Estado no es, como en Kelsen, la forma en cómo se crean las normas, sino la direccionalidad de la organización del poder al interior Estado; mientras que la democracia es una estructura de poder organizada de abajo hacia arriba, la autocracia organiza el poder de arriba hacia abajo. “En la democracia –escribe Heller- rige el principio de la soberanía del pueblo: todo poder estatal procede del pueblo; en la autocracia, el principio de la soberanía del dominador: el jefe del Estado reúne en sí todo el poder del Estado.”¹⁵⁰

De esta forma, la soberanía popular es un elemento central en la concepción de democracia presente en Heller. El pueblo debe ser homogéneo. Sin embargo, la homogeneidad del pueblo no presupone la eliminación de la diferencia del otro como en

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 250

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 248

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 313

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 313

Schmitt; para Heller, la homogeneidad social “no puede nunca comportar suspensión de la estructura social antagonista por naturaleza. [...] Homogeneidad social es siempre un estado socio-psicológico en el que, en una conciencia y un sentimiento del <<nosotros>>, *en una voluntad actualizada de comunidad, aparecen reconciliados los siempre existentes antagonismos y luchas de intereses.*”¹⁵¹ El sentimiento del “nosotros” que se requiere para lograr un pueblo homogéneo y la actualización de la voluntad de una comunidad política se alcanza mediante la integración, a través de acuerdos y distribución de funciones, de las distintas fuerzas sociales en la Constitución. La Constitución representa, en ese sentido, la suma y articulación de los factores reales de poder.

En este punto se muestra una vez más la relación de interdependencia entre la política y el Derecho. Para Heller “toda la política aspira a transformar en Derecho estatal las pretensiones sociales de poder; se propone insertar tales expectativas sociales en el orden engendrado por el poder del Estado.”¹⁵² Con este movimiento de integración de las demandas sociales en el ordenamiento jurídico la voluntad estatal se actualiza y lograr formar y mantener la unidad del pueblo.

La forma democrática de Estado, además de un pueblo homogéneo, en el sentido de pertenencia a un “nosotros”, necesita de procedimientos que sea capaces de expresar la voluntad del pueblo, en la cual la democracia encuentra su fundamento. Para Heller, el concepto de democracia quiere decir gobierno del pueblo, por lo tanto, como en otras formas de dominación, la democracia debe generar una “unidad de decisión y de acción” es decir, tiene que ofrecer “un sistema de unificación de voluntades para el que regirá la ley del mayor número.” No obstante, “Lo específico de la forma democrática de dominación está en la designación de sus representantes por la colectividad y en la posición de aquellos no como soberanos, sino como magistrados.”¹⁵³

La democracia representativa representa la mejor forma de integrar a la diversidad de intereses y relaciones sociales de poder en el interior de un Estado. Los representantes en un sistema democrático, de acuerdo con Heller, están limitados por el derecho. Para Heller,

¹⁵¹ Hermann Heller, “Democracia política y homogeneidad social” en *Escritos políticos*, trad. Salvador Gómez de Arce, Alianza editorial, Madrid, 1985, p. 263. Las cursivas son nuestras.

¹⁵² Hermann Heller, “Estado, Nación y socialdemocracia” en *Escritos políticos*, ed. cit., p. 232

¹⁵³ Hermann Heller, “Estado, Nación y socialdemocracia” en *Op. cit.*, p. 260

a diferencia de Schmitt, la representación política en un sistema democrático, que pretenda la unidad al interior de un Estado, no puede ser ajena a medidas y controles jurídicos. En palabras de Heller “la designación de representantes es la fase más importante de la dinámica en la que se engendra la unidad de decisión política. Y así, toda la problemática de la democracia actual consiste en que la designación democrática de los representantes se lleve a cabo, con arreglo a formas jurídicas, de abajo arriba.”¹⁵⁴

De esta forma, en Heller encontramos una relación dialéctica entre el poder y el derecho dentro de la dinámica democrática. Por un lado, la democracia es expresión de la voluntad del pueblo, un pueblo que encuentra su unidad a través de la Constitución que da origen al ordenamiento jurídico. Al mismo tiempo, el ordenamiento jurídico se convierte en un límite a la dinámica democrática misma, en la medida que los representantes se encuentran sujetos a los límites que establece la ley. En Heller, por lo tanto, la relación entre la política y el derecho es de interdependencia.

En la reconstrucción crítica que hemos presentado de Schmitt, Kelsen y Heller acentuamos la relación entre el Derecho y la política. El común denominador es la preocupación por los problemas presentes en la República de Weimar; la interrogante es qué hacer cuando el ordenamiento jurídico y el sistema institucional entran en crisis. Si bien las respuestas de los autores presentados apuntan en direcciones opuestas, en los tres casos el conflicto juega un papel importante en la construcción de la propuesta teórica. En Schmitt, el conflicto lleva a la situación de excepción, y ésta pone de manifiesto el momento o el lugar de la soberanía que confirma o defiende el orden jurídico. En Kelsen, la política es un instrumento para la superación del conflicto en el marco del Derecho; esta superación se logra a partir de negociación entre partidos, procedimientos institucionales y creación de normas. Por último, en Heller el Derecho es la expresión de relaciones de poder.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 261

Capítulo 3. En busca de los límites estatales: El Estado constitucional de Derecho.

En la reflexión mexicana en torno al Estado de Derecho, su transformación y modernización, en el énfasis del diseño institucional, en su constante invocación, en la significación y alcance que le son atribuidos, intuimos, se encuentra un pensamiento político con una fuerte impronta jurídica. El neoconstitucionalismo mexicano se reclama heredero y continuador de la tradición constitucional europea. Uno de los conceptos más socorridos en el debate nacional es el de Estado de Derecho. Sin embargo, y a fuerza de constantes invocaciones así como de un uso omnicompreensivo, este concepto ha perdido claridad significativa.

En el capítulo anterior reconstruimos críticamente los argumentos de tres autores que son frecuentemente socorridos en el debate mexicano. La recuperación de Schmitt, Kelsen y Heller hecha en el capítulo anterior tuvo como objetivo dar cuenta del lugar que ocupa el conflicto y la relación entre poder y Derecho en el *Rechtsstaat* alemán. Este modelo se caracteriza por establecer el origen y fundamento de la ley. El origen puede ser una decisión, como en la propuesta de Schmitt, una norma, de acuerdo a Kelsen, o la suma de los factores reales de poder según Heller. A pesar de las diferencias en torno al fundamento de la ley, el común denominador es la falta de limitaciones al poder, sea éste político o jurídico.

Luego del trauma de la guerra y los totalitarismos en Europa, que mostraron las limitaciones del modelo *Rechtsstaat*, la teoría jurídica puso sobre la mesa debate el problema de los límites al poder político y la producción normativa. Consecuencia de este debate se desarrolló un nuevo paradigma jurídico constitucional que establecía límites formales y substanciales al poder político así como la producción legislativa, nos referimos al modelo de Estado constitucional de Derecho. En los últimos años, este modelo ha sido retomado y discutido en el ambiente académico mexicano, particularmente aquel en donde se ha discutido la transición a la democracia.

Nuestra hipótesis es que a la forma de pensar la transición subyace una concepción de la política con alto contenido jurídico. Además, intuimos que el modelo de transición,

caracterizado por el énfasis en el diseño y creación institucional, ha sido llevado a todos los procesos políticos acaecidos en las últimas décadas. El objetivo de esta extrapolación ha sido limitar no sólo el poder político sino cualquier tipo de poder. Esta pretensión es una de las premisas fuertes del modelo de Estado constitucional de Derecho. De esta manera, consideramos conveniente para los fines de nuestra investigación la reconstrucción de este modelo teórico por dos motivos. El primer motivo es la preponderancia de la discusión sobre el Estado de Derecho en el ambiente académico mexicano y la cercanía que se le ha atribuido al modelo de transición a la democracia.

Otra motivación que guía este capítulo es el análisis del modelo de Estado constitucional de Derecho, como modelo teórico y como proyecto político. En el nivel teórico buscamos señalar los alcances y limitaciones del modelo para la comprensión de la política. En el nivel político examinaremos, a través de la reconstrucción de los argumentos de los autores, la propuesta de crear un constitucionalismo a escala global; nos centraremos en la pretensión del constitucionalismo de neutralizar cualquier tipo de poder.

En la discusión que se ha hecho en el ambiente mexicano en torno al modelo de Estado constitucional de derecho, las reflexiones de Norberto Bobbio en torno a la política y al Derecho han sido constantemente socorridas. Para el filósofo italiano, Derecho y poder son dos caras de la misma moneda.¹⁵⁵ Bobbio, no obstante, prioriza el Derecho y lo concibe como un medio para controlar el ejercicio del poder. En la misma línea, el autor de *El futuro de la democracia* acota la democracia a una definición mínima, la cual se compone por un conjunto de reglas que establecen los procedimientos para la toma de decisiones públicas. La recepción, adopción y discusión de la obra de Bobbio en el contexto mexicano ha relegado el papel del conflicto en la democracia. En la reconstrucción del pensamiento de Norberto Bobbio examinaremos el papel que el jurista turinés le otorga al conflicto y a la política en un contexto de larga tradición democrática.

Un referente del constitucionalismo mexicano, que años recientes ha sido discutido ampliamente en el ambiente teórico nacional, es la obra de Luigi Ferrajoli y el modelo de

¹⁵⁵ Norberto Bobbio “El poder y el derecho” en *Origen y fundamentos del poder político*, trad. José Fernández Santillán, Grijalbo, México, 1996, p.21; Norberto Bobbio, “Dal potere al diritto e viceversa” en *Teoria generale della politica*, Einaudi, Torino, 2009, p.185

democracia constitucional. Este modelo se compone de dos elementos. El primer elemento es un paradigma jurídico neo constitucional, el cual se caracteriza por establecer límites formales y substanciales al poder y a la misma creación de normas jurídicas. El segundo elemento es de tipo axiológico; en este nivel la democracia es considerada como un valor político y como la mejor forma de gobierno posible. A la empresa teórica, Ferrajoli añade un proyecto político que busca elevar el modelo constitucional de Derecho a una escala global, emulando el ideal kantiano de la paz perpetua.¹⁵⁶

3.1. Norberto Bobbio: derecho y poder dos caras de la misma moneda.

3.1.1. La prioridad del derecho sobre la política

Para Norberto Bobbio, entre el derecho y el poder existe una relación de interdependencia recíproca.¹⁵⁷ El filósofo italiano utiliza una metáfora para explicar esta relación. De acuerdo con el autor de *El futuro de la democracia*, el Derecho y el poder son dos caras de la misma moneda. Siguiendo esta metáfora, Bobbio señala que dependiendo del punto de vista adoptado la cara principal de la moneda puede ser el poder o el derecho. Para quienes priorizan el poder, como lo hace la larga tradición de la filosofía política, el poder es el que crea al derecho; por el contrario, quienes se sitúan del lado del derecho, por ejemplo Kelsen, primero está el derecho y después el poder.¹⁵⁸

En la obra de Bobbio podemos encontrar cercanías con la segunda postura de afrontar el problema entre el derecho y el poder. Aunque se reconozca la interdependencia recíproca entre derecho y poder, el primero es el concepto fuerte de la dicotomía. Para Bobbio, la relación del derecho con la política es doble. En primer lugar, la acción política se explica a través del derecho; en segundo lugar, el derecho delimita y disciplina la acción política. En palabras de Bobbio “Cuando por derecho se entiende el conjunto de normas u ordenamiento normativo, dentro del cual se realiza la vida de un grupo organizado, la política tiene que ver con el derecho bajo dos puntos de vista: en cuanto la acción política

¹⁵⁶ Cfr. Immanuel Kant, *Sobre la paz perpetua*, trad. Joaquín Abellán, Alianza editorial, Madrid, 2012

¹⁵⁷ Norberto Bobbio, “I confini della politica” en *Teoria generale della politica*, ed. cit., p. 177

¹⁵⁸ *Id.*, “Dal potere al diritto e viceversa” en *Teoria generale della politica*, ed. cit., p.185

se explica a través del derecho y en cuanto el derecho delimita y disciplina la acción política.”¹⁵⁹

El carácter prioritario del derecho sobre la política se expresa en la relación entre Estado y derecho. Para Bobbio, el Estado no puede existir sin un ordenamiento jurídico que regule la vida de los individuos. Bobbio retoma y replantea la distinción clásica entre el gobierno de los hombres y el gobierno de las leyes. Con esta distinción, el filósofo turinés plantea el problema del Estado como un problema de límites y controles jurídicos a la actividad política. En la modernidad, el gobierno de las leyes es un gobierno en el cual se encuentran limitados tanto gobernantes como gobernados. En este mismo sentido, el derecho, en particular la defensa y protección de los derechos humanos se encuentran, a decir de Bobbio, a la base de las Constituciones modernas. Asimismo, los derechos humanos están íntimamente relacionados con la paz y la democracia. La relación entre derecho, democracia y paz, en palabras de Bobbio es la siguiente: “sin derechos humanos reconocidos y protegidos no hay democracia; sin democracia no existen las condiciones mínimas para la solución pacífica de los conflictos.”¹⁶⁰

La relación entre derecho, democracia y paz conllevan una acotación de la política. El derecho encausa los conflictos políticos; estos deben ser resueltos a través de procedimientos jurídico-institucionales y no a partir de actos extra procedimentales, como la decisión soberana en el caso de Schmitt. Para Bobbio la política se define por la búsqueda de acuerdos y la solución de los conflictos políticos a través del derecho. Siguiendo a Bobbio, Michelangelo Bovero señala que existen dos formas de concebir la política: como conflicto y como consenso. La primera concepción ve la política como resultado del conflicto y del antagonismo existente en la sociedad; por otro lado, la segunda concepción de política ve en la superación del conflicto y en la construcción de consensos el elemento propiamente político.¹⁶¹

¹⁵⁹ *Id.*, “I confini della politica” en *Teoria generale della politica*, ed. cit., pp. 177-178

¹⁶⁰ Norberto Bobbio, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, p. 1

¹⁶¹ Estas dos formas de pensar la política se encuentran presentes a lo largo de la historia del pensamiento político. Sobre este particular véase Michelangelo Bovero, “Lugares clásicos y perspectivas contemporáneas sobre política y poder” en Norberto Bobbio y Michelangelo Bovero, *Origen y fundamentos del poder político*, trad. José F. Fernández Santillán, Grijalbo, México, 1996, pp. 37-64

Bobbio reconoce que el conflicto es, en última instancia la razón de ser de la política, en el sentido de que es el conflicto lo que motiva la creación de normas, instituciones y la construcción de consensos. Sin embargo, la política no se agota en el conflicto y antagonismo; para Bobbio la política se debe pensar como “la formación de un conjunto de reglas, mediante pactos, para la resolución de los conflictos y el logro de la convivencia ordenada, como negociación y compromiso, vinculada a ciertos valores e ideales.”¹⁶² En ese sentido, para Bobbio las dos concepciones de la política son complementarias. Cada una de estas concepciones debe ser pensada en función de su contraria “la concepción de la política como creación de un orden mejor no tiene ninguna pertinencia si o va acompañada de la concepción de la política como enfrentamiento estratégico que permite revelar los mecanismos efectivos del poder que permitan la realización de los ideales o valores políticos.”¹⁶³

3.1.2. La definición mínima de la democracia: la positivización de la política

La relación de reciprocidad entre el derecho y la política se expresa también en la concepción de democracia presente en la obra de Norberto Bobbio. La célebre concepción mínima de la democracia pone al derecho como un medio para que la acción política se lleve a cabo dentro de los límites establecidos por el mismo derecho. Bobbio privilegia la dimensión jurídica de la democracia. De acuerdo a esta dimensión “La democracia debe entenderse como un conjunto de procedimientos que garantizan a los ciudadanos la participación, directa o indirecta, a lo largo de las diferentes etapas del proceso que lleva a la toma de decisiones obligatorias para todos.”¹⁶⁴

Bobbio aborda el problema de la democracia a partir del problema de las tipologías de las formas de gobierno. Para el filósofo italiano, las principales teorías de las formas de gobierno son las de Aristóteles, Maquiavelo, Montesquieu y Kelsen, ésta última es la que más se acerca al pensamiento de Bobbio. De acuerdo con el autor las teorías de las formas de gobierno elaboran sus tipologías a partir de dos criterios, a saber, el descriptivo y el

¹⁶² Corina Yturbe, *Pensar la democracia: Norberto Bobbio*, UNAM-IIF, México, 2007, p. 43

¹⁶³ *Ibidem*

¹⁶⁴ Corina Yturbe, *Op. cit.*, p. 76

axiológico. Bajo el primer criterio, la tipología de las formas de gobierno se resuelve en un juicio de hecho de las distintas formas de gobierno que existen. Por otro lado, el criterio prescriptivo conlleva un juicio de valor acerca de las distintas formas de gobierno existentes. El criterio descriptivo se asocia con la pregunta *¿Quién gobierna?* El criterio prescriptivo se asocia con la pregunta *¿Cómo gobierna?*¹⁶⁵

Estos dos criterios permiten distinguir a la democracia de otras formas de gobierno. La democracia se opone a cualquier tipo de forma de gobierno autocrática a partir de su caracterización como “un conjunto de reglas (primarias o fundamentales) que establecen *quién* está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo qué procedimientos.”¹⁶⁶ Las reglas que permiten establecer los procedimientos para la toma de decisiones públicas son llamadas por Bobbio reglas del juego, éstas permiten “la más amplia y más segura participación de la mayor parte de los ciudadanos, sea en forma en forma directa, sea en forma indirecta, en las decisiones políticas, es decir, en las decisiones que le interesan a toda la colectividad.”¹⁶⁷

A pesar de que Bobbio señala que la participación de la ciudadanía puede ser directa, el filósofo italiano reconoce que en la modernidad la democracia sólo puede ser representativa. La distinción entre democracia directa y democracia representativa equivale a la distinción entre democracia de los antiguos y democracia de los modernos. De acuerdo con Bobbio, a nivel descriptivo la diferencia entre la democracia de los antiguos y la de los modernos es que la primera era directa mientras que la segunda es representativa.¹⁶⁸ En ese sentido, las reflexiones de Bobbio sobre la democracia están dirigidas a la democracia representativa.

En la modernidad el proceso de democratización de los diversos Estados se ha expresado en el proceso de ampliación del sufragio, así como de la ampliación del campo de elección de los ciudadanos, por ejemplo la Cámara alta o Senado en el que tradicionalmente los

¹⁶⁵ Norberto Bobbio, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, trad. José F. Fernández Santillán, FCE, México, 2008, pp. 9-10

¹⁶⁶ *Id.*, *El futuro de la democracia*, trad. José F. Fernández Santillán, FCE, México, p. 24

¹⁶⁷ Norberto Bobbio, “Quali alternative alla democrazia rappresentativa?” en *Quale Socialismo? Discussione di un’alternativa*, Einaudi, Torino, 1977, p. 42

¹⁶⁸ *Id.*, “La democrazia dei moderni paragonata a quella degli antichi (e a quella dei posteri).” en *Teoria generale della politica*, ed. cit., p. 323

miembros eran electos por el soberano.¹⁶⁹ Este proceso de ampliación del sufragio implicó un proceso de creación y establecimiento de normas procedimentales que permitieran la participación de la ciudadanía y la toma de decisiones políticas. Bobbio establece 6 reglas de la democracia representativa, las llamadas reglas del juego. Estas reglas son:

a) todos los ciudadanos que hayan alcanzado la mayoría de edad, sin distinción raza, religión, de condición económica, etc., deben gozar de los derechos políticos, es decir, del derecho de expresar, a través del voto, su opinión y/o elegir a quien la exprese por él; b) el voto de todos los ciudadanos debe tener un peso igual (esto es, debe contar por uno); c) todos los ciudadanos que gozan de los derechos políticos deben ser libres de votar según su opinión, formada lo más libremente posible, es decir, en un competencia libre entre grupos políticos organizados que compiten entre ellos para agregar las demandas y transformarlas en deliberaciones colectivas; d) deben ser libres [los ciudadanos] también en el sentido que deben ser puestos en la condición de tener alternativas reales, es decir, de elegir entre soluciones diversas; e) sea por deliberación colectiva, sea por elección de los representantes vale el principio de mayoría numérica, aunque pueden ser establecidos diversas formas de mayoría (relativa, absoluta, calificada) en determinadas circunstancias previamente establecidas; f) ninguna decisión tomada por la mayoría debe limitar los derechos de la minoría, en modo particular el derecho de convertirse, en igualdad de condiciones, mayoría.¹⁷⁰

Estas reglas del juego, o universales procedimentales, establecen el quién y el cómo de la toma de decisiones políticas. Los universales procedimentales son reglas constitutivas de la democracia. Bobbio distingue entre reglas constitutivas y reglas regulativas. Éstas últimas, regulan comportamiento humanos que se realizan previos a la existencia de las reglas, por ejemplo el nutrirse o el aparejarse; por su parte, las reglas constitutivas “constituyen en sí mismas los comportamientos previstos.”¹⁷¹ El ejemplo que utiliza Bobbio es la regla que establece el movimiento del caballo en el ajedrez; el caballo se mueve de esa

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 324

¹⁷⁰ Norberto Bobbio, “Quali alternativi alla democrazia rappresentativa?” en *Quale socialismo?.....*, ed. cit., pp. 42-43; *Id.*, “Dall’ideologia democratica agli universali procedurali” en *Teoria generale della politica*, ed. cit., p. 381

¹⁷¹ Norberto Bobbio, *El futuro de la democracia*, ed. cit., p. 78

forma sólo porque lo establece así la regla, antes de ella no había movimientos previstos, ni ajedrez. De la misma manera, el procedimiento democrático sólo es posible mediante el establecimiento de reglas procedimentales como las enunciadas por Bobbio; sin ellas, a pesar de que existen formas de organización política no se puede hablar de democracia en sentido moderno. La democracia se define por la existencia de las reglas para el procedimiento democrático.

La concepción de democracia de Bobbio, además del carácter procedimental, expresado en la llamada definición mínima de la democracia, está ligada a una concepción axiológica de la democracia. En última instancia, los valores de la libertad e igualdad dan fundamento a la democracia. No obstante, es el valor de la libertad el que encuentra un lugar privilegiado en la concepción de democracia de Bobbio. El concepto de libertad se puede entender de dos formas, como falta de impedimentos o como autonomía; la primera concepción corresponde a la teoría liberal, la segunda a la teoría democrática. La teoría liberal tiene como fin ampliar la esfera de acciones individuales no impedidas; por su parte la teoría democrática tiende a aumentar las acciones reguladas a través de proceso de autodeterminación. En consecuencia, un Estado liberal es aquel en el que la injerencia del poder público está lo más posiblemente restringida; un Estado democrático, por otro lado, es aquel en el que son más numerosos los órganos de autogobierno.¹⁷²

La cuarta regla de la democracia formulada por Bobbio, a saber la necesidad de contar con alternativas reales para elegir, implica que aquellos que están llamados a elegir cuenten con un conjunto de libertades, libertad opinión, expresión, reunión y asociación, las cuales son características del Estado liberal. Cuando hablamos de un Estado liberal, siguiendo a Bobbio, nos referimos a un Estado limitado, material y formalmente. Las limitaciones materiales implican la garantía de los derechos individuales; los límites formales implican controles al poder público. De esta forma, garantía de derechos y controles del poder son elementos característicos del Estado liberal.¹⁷³

En relación con la democracia moderna, el Estado liberal es, para Bobbio, el supuesto histórico y jurídico del Estado democrático. “El Estado liberal y el estado democrático –

¹⁷² Norberto Bobbio, “Kant e le due libertà” en *Teoria generale della politica*, ed. cit., p. 40

¹⁷³ Norberto Bobbio, “Della libertà dei moderni comparata a quella dei posteriori.” en *Teoria generale della politica*, ed. cit., p. 224

señala Bobbio- son interdependientes en dos formas: 1) en la línea que va del liberalismo a la democracia, en el sentido de que son necesarias ciertas libertades para el correcto ejercicio democrático; 2) en la línea opuesta, la que va de la democracia al liberalismo, en el sentido de que es indispensable el poder democrático para garantizar la existencia y la persistencia de las libertades fundamentales.”¹⁷⁴

La comunión entre democracia y liberalismo es posible siempre que se tome a ésta en su sentido jurídico institucional, tal como la ha definido Bobbio.¹⁷⁵ Desde esta perspectiva, la democracia no es sólo compatible con el liberalismo, sino que puede ser considerada como “el desarrollo natural del estado liberal”¹⁷⁶ Al hacer la conjunción entre democracia y liberalismo, Bobbio le atribuye a la democracia el compromiso de salvaguardar los derechos individuales; al mismo tiempo la democracia no puede funcionar sin la correcta garantía de los derechos individuales. De esta forma, en Bobbio la democracia se convierte en un concepto prioritariamente jurídico.

Acotada al plano jurídico, la democracia adquiere un compromiso mayor, a saber, el de resolver pacíficamente los conflictos políticos. Para Bobbio un Estado democrático es aquel que “se funda en un pacto de no agresión entre distintos grupos políticos, y en la estipulación, entre esos mismos grupos, de un conjunto de reglas que permiten la solución pacífica de los conflictos que puedan surgir.”¹⁷⁷ La democracia, en este sentido, se convierte en un medio a través del cual encausar el conflicto político. Si bien el conflicto es una posibilidad, de acuerdo con Bobbio, en la medida que existan Estados democráticos tal como él los ha definido, las posibilidades de controlar y resolver esos conflictos a través del derecho quedan aseguradas. Al respecto, Corina Yturbe escribe “En un sistema democrático hay pluralidad, existen grupos disidentes y, dado que los ciudadanos tienen el poder de refrendar y sustituir a sus representantes, estos cambian con regularidad. Aun

¹⁷⁴ *Id.*, *El Futuro de la democracia*, ed. cit., pp. 26-27

¹⁷⁵ Existen, por lo menos, dos sentidos del concepto de democracia, el jurídico institucional y el sentido ético. De acuerdo al primero la democracia se caracteriza por un conjunto de reglas y procedimientos para la toma de decisiones políticas; desde el punto de vista ético, la democracia debe aspirar a la igualdad material entre sus ciudadanos. (Norberto Bobbio, *Liberalismo y democracia*, trad. José F. Fernández Santillán, FCE, México, 2006, pp. 39-40)

¹⁷⁶ *Id.*, *Liberalismo y democracia*, ed. cit., p. 45

¹⁷⁷ Norberto Bobbio, *El futuro de la democracia*, ed. cit., p. 206

cuando la presencia de distintos intereses contrapuestos implique necesariamente la presencia de conflictos, el acceso al poder y los cambios se dan a través de una competencia institucional.”¹⁷⁸ Esta competencia conlleva una regulación jurídica de la política.

3.1.3. Las promesas incumplidas de la democracia: la acotación de la política

La reflexión en torno a la democracia hecha por Bobbio es primordialmente teórico conceptual. A diferencia de la tendencia en la ciencia política de la época, que priorizaba los estudios empíricos sobre las democracias reales, los estudios de Bobbio abordan los cambios en las concepciones del concepto de democracia. No obstante, Bobbio también elaboró un análisis realista de la democracia. Para Bobbio la contraposición entre democracia formal y democracia sustancial, en boga en su época y replanteada por Ferrajoli años después, es engañosa; para el filósofo italiano es más provechosa la distinción entre democracia ideal y democracia real. Esta distinción está a la base del análisis de las promesas no cumplidas de la democracia.¹⁷⁹

La distinción entre democracia ideal y democracia real se inserta dentro de la distinción entre hechos y valores. Michelangelo Bovero señala que esta distinción es, antes que todo, un esquema analítico “de inmediata eficacia heurística.”¹⁸⁰ De la misma manera, Bovero explica que la distinción entre hechos e ideales en Bobbio tiene una relación compleja que se puede conceptualizar como momentos. “Por un lado –escribe Bovero-, los ideales no pertenecen a un supra mundo eterno y perfecto; ellos nacen históricamente de la elaboración de las diversas necesidades de los hombres, de sus diferentes problemas, del sentimiento de insatisfacción, en suma, de la infelicidad: surgen de los hechos, de la

¹⁷⁸ Corina Yturbe, *Op. cit.*, p. 83

¹⁷⁹ Norberto Bobbio, “Diritto e potere” en *De senectute e altri scritti autobiografici*, Einaudi, Torino, 1996, p. 159

¹⁸⁰ Michelangelo Bovero “Introduzione” en *Teoria generale della politica*, ed. cit., p. L. Bovero añade que esta distinción puede ser considerada como “el cuadro sinóptico de la interpretación bobbiana de la historia, o mejor, como la perspectiva más general, delineada en un modelo conceptual continuamente enriquecido y reformulado, a partir del cual Bobbio observó el mundo histórico” (*Ibid.*, p. LI)

condición humana.” El segundo momento reconoce la dificultad de los ideales para permear la realidad, debido en parte a la misma “profundidad (objetiva) de las causas que los han hecho nacer” y en parte por “la errada percepción (subjetiva) de aquella misma profundidad, a menudo subestimada por quien los persigue, en la que puede suceder que en el intento de curar a la materia de su aspereza se termine por obrar aún más ásperamente y por infligir al mundo, [...] otros y peores males.”¹⁸¹

La distinción entre democracia ideal y democracia real permite el examen de las democracias existentes a pesar de que ninguna de ellas se ajuste a los ideales de la democracia. De acuerdo a Bobbio el análisis de la democracia debe hacerse a partir del “contraste entre lo que había sido prometido y lo que se realizó efectivamente.”¹⁸² El contraste descrito, le permite a Bobbio identificar seis “promesas no cumplidas” de la democracia. Las promesas no cumplidas de la democracia están ligadas a los límites en la participación ciudadana en el proceso de toma de decisiones públicas; limitaciones que son resultado del mismo proceso de democratización que, de manera paradójica, han resultado en una reducción de la participación ciudadana.¹⁸³

La primera promesa no cumplida de la democracia tiene que ver con el pluralismo político. La democracia, nos dice Bobbio, nació de una concepción individualista de la sociedad, propia del constitucionalismo clásico. De acuerdo a esta concepción, la comunidad política es un producto artificial de la voluntad de los individuos. A partir de la hipótesis del individuo soberano, la teoría democrática postuló la eliminación de los cuerpos intermedios en la representación. Sin embargo, lo que la cruda realidad muestra es que son los grupos y no los individuos quienes se han convertido los sujetos políticamente relevantes dentro de las democracias modernas.¹⁸⁴

¹⁸¹ *Ibid.*, p. LVI

¹⁸² Norberto Bobbio, *El futuro de la democracia*, ed. cit., p. 28. En este sentido, Corina Yturbe señala que “La finalidad de esta comparación es, entonces, explicar las características que hoy encontramos en las llamadas democracias reales, es decir, en los regímenes democráticos empíricamente existentes, que al ser comparadas con una determinada imagen ideal de la democracia, parecerían contradecir o traicionar sus principios fundamentales.” (Corina Yturbe, *Op. Cit.*, p. 88)

¹⁸³ Corina Yturbe, *Op. cit.*, p. 93

¹⁸⁴ Norberto Bobbio, *El futuro de la democracia*, ed., cit., pp. 28-30

En relación con el desarrollo de la sociedad pluralista, la segunda promesa no cumplida de la democracia es la reivindicación de los intereses. La democracia moderna, en oposición a la democracia de los antiguos, nace como democracia representativa, debería caracterizarse por la representación política, es decir, por un tipo de representación en la que el representante, en la medida que fue llamado a velar por los intereses de la nación, no puede estar sujeto a los intereses de un grupo. Empero, en las democracias existentes los representantes, en la medida que se encuentran vinculados a grupos como sindicatos o partidos, actúan en nombre de los intereses de los grupos que representan.¹⁸⁵

La derrota del poder oligárquico es la tercera promesa no cumplida de la democracia. La democracia se funda en el principio de libertad como autonomía, entendida como la capacidad que tiene el individuo de darse leyes a sí mismo; llevada a sus últimas consecuencias, la libertad como autonomía tiene como consecuencia la plena identificación entre quien elabora y recibe la ley y, por tanto, la eliminación de la distinción entre gobernantes y gobernados. Empero, la democracia representativa, única forma existente y practicable según Bobbio, es, en sí misma, una renuncia al principio de libertad como autonomía. Contra los argumentos que defenestran la democracia representativa por la formación de una élite política, Bobbio reconoce que esa élite es inevitable, incluso, continúa Bobbio, esa élite evita la formación del ciudadano total. Éste es resultado de un exceso de participación de los ciudadanos, imposible en una sociedad compleja y diferenciada como la contemporánea.¹⁸⁶

En consonancia con la imposibilidad de desaparecer el poder oligárquico, la cuarta promesa no cumplida de la democracia tiene que ver con la ampliación de los espacios de la democracia. El proceso de democratización se caracterizó por la ampliación del sufragio hasta llegar al sufragio universal. Llegados a este punto, a decir de Bobbio, si aún es posible hablar de ampliación del proceso de democratización, sólo es en términos del paso de la democracia política a la democracia social. La democracia social es el resultado de un proceso de ampliación de los espacios en los que se vota, la fábrica, la escuela, entre otros. Si esta ampliación de espacios no se da no es posible hablar de una democratización plena.

¹⁸⁵ *Ibid.*, pp. 30-32

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 33

La eliminación del poder invisible es la quinta promesa no cumplida de la democracia. “La democracia –escribe Bobbio- es idealmente el gobierno de un poder visible, es decir, el gobierno cuyos actos se realizan ante el público y bajo la supervisión de la opinión pública.”¹⁸⁷ Contrario a ese ideal, en las democracias existentes el secreto no sólo no ha sido destruido sino que sería imposible reconocer el sistema de poder sin él. Para Bobbio existen tres tipos de poder invisible, el primer tipo es aquel que está en contra del Estado, dentro de este tipo se encuentran las organizaciones secretas como la mafia o asociaciones religiosas o políticas que se configuran como grupos terroristas. El segundo tipo de poder invisible es aquel que se forma para obtener beneficios ilícitos, dentro de este tipo se encuentran todas las asociaciones delictivas; este tipo se diferencia del primero a partir de los fines que persigue. Por último, existe un poder invisible dentro del Estado, conformado por los servicios secretos. Los tres tipos de poder invisibles no han podido ser erradicados. Para Bobbio, la persistencia de los tres tipos de poder invisible significa que “el poder es opaco; la opacidad del poder es la negación de la democracia.”¹⁸⁸

La última promesa no cumplida de la democracia es la del ciudadano educado. El ideal democrático postulaba que en la medida que se ampliara el sufragio se generaría un “amor a la cosa pública”, asimismo se concebía a la participación democrática como una forma de educar a la ciudadanía; a partir del voto, las clases trabajadoras podrían comprender la complejidad de la política y así, generaría una alta participación política. Sin embargo, “en las democracias más consolidadas se asiste impotentes al fenómeno de la apatía política, que frecuentemente involucra a cerca de la mitad de quienes tienen derecho al voto.”¹⁸⁹ Este fenómeno se extiende también a las democracias aún no consolidadas.

Bobbio, no obstante, niega el carácter falaz de las promesas de la democracia; en realidad, nos dice el filósofo italiano, las promesas no se podían cumplir debido a la

¹⁸⁷ Norberto Bobbio, “El poder invisible” en *Democracia y secreto*, trad. Ariella Aureli y José F. Fernández Santillán, FCE, México, 2013, p. 27

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 32. En un célebre ensayo “Democracia y secreto” Bobbio afirma que el secreto es la esencia del poder. “El poder, escribe Bobbio- en su forma más auténtica siempre ha sido concebido a imagen y semejanza del de Dios, que es omnipotente precisamente porque es el omnividente invisible.” (Norberto Bobbio, “Democracia y secreto” en *Democracia y secreto*, ed. cit., p. 41. Este mismo ensayo se encuentra en *Teoria generale della politica*, ed. cit., pp. 352-369)

¹⁸⁹ Norberto Bobbio, *El futuro de la democracia*, ed. cit., p. 40

complejidad de la sociedad contemporánea. “Las promesas -escribe Bobbio- no fueron cumplidas debido a los obstáculos que no fueron previstos o que sobrevinieron luego de las <<transformaciones>> [...] de la sociedad civil.”¹⁹⁰ Bobbio distingue tres obstáculos no previstos en la transformación de la sociedad civil: la tecnocracia, la alta burocratización y la ingobernabilidad. Estos problemas están ligados a un proceso de diferenciación que ha vuelto a las sociedades altamente complejas. Lo que demuestran estas transformaciones es la dificultad del ejercicio de la política de acuerdo a los ideales liberales. Frente a la imposibilidad de cumplir esos ideales se han acotado paulatinamente los espacios y formas de participación política. La democracia representativa, con las características expuestas por Bobbio, es un método de organización política que satisface, realísticamente, los ideales de participación y autodeterminación.

3.2. El modelo de democracia constitucional: la subordinación de la política al Derecho.

Después de la segunda guerra mundial, la relación entre derecho y poder fue discutida ampliamente; en Europa se desarrolló un nuevo paradigma jurídico constitucional que pretende llegar a ser una teoría política *tout court*, este modelo es el de democracia constitucional expuesto por Luigi Ferrajoli. No es casual que en el neoconstitucionalismo mexicano una de las fuentes más citadas sean las obras de filósofo italiano, toda vez que comparten la concepción de la política con una fuerte impronta jurídica. De esta manera, resulta relevante reconstruir la propuesta teórico-política de Luigi Ferrajoli.

La propuesta de democracia constitucional es una síntesis de dos elementos, por un lado, una forma de gobierno y, por el otro, una forma de Estado; estas dos formas son, a saber, la forma de gobierno democrática y el Estado constitucional de derecho.¹⁹¹ A la par del modelo teórico, Luigi Ferrajoli expone un proyecto político acorde al modelo de democracia constitucional. Este proyecto político surge a partir del reconocimiento de una situación de crisis del derecho y de la democracia moderna. Esta crisis se manifiesta en tres

¹⁹⁰ *Ibid*, p. 41

¹⁹¹ Cfr. Michelangelo Bovero, “Nuevas reflexiones sobre democracia y Constitución” en Pedro Salazar Ugarte, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, FCE, México, 2008, p. 14

aspectos: la crisis de la legalidad, la crisis del Estado social y crisis del Estado nacional. Estos tres aspectos de crisis del derecho, a decir de Ferrajoli, implican una crisis de la democracia.¹⁹² La respuesta del neoconstitucionalismo a esta crisis consiste en la ampliación del ámbito de validez de las normas concernientes a la garantía de los derechos fundamentales más allá de las fronteras de los Estados nacionales.

3.2.1. El modelo teórico

El modelo de democracia constitucional se ha presentado como un avance en el desarrollo de la teoría jurídica y política. En años recientes ha sido ampliamente discutida entre teóricos del derecho y de la política; Italia, por razones obvias, ha sido uno de los países en los que el debate ha sido más álgido. La democracia constitucional, al igual que la República kantiana, es un arquetipo, un “modelo al cual referirse en la formación de los proyectos de Constituciones reales.”¹⁹³ De esta forma, el vínculo entre democracia y Constitución se hace patente. La democracia es un medio de toma de decisiones que se encuentra garantizado y limitado por la Constitución.

El constitucionalismo se caracterizara, a nivel teórico, por ser una doctrina acerca de los límites del poder. La propuesta de Ferrajoli parte del constitucionalismo moderno o neoconstitucionalismo; además, reconoce que el constitucionalismo es la orientación prevaleciente dentro de la filosofía del derecho contemporánea. De acuerdo al jurista italiano, el constitucionalismo moderno es resultado de la introducción en Europa de Constituciones rígidas, superiores a la legislación ordinaria y asistida de controles jurisdiccionales de constitucionalidad; igualmente, el constitucionalismo se ha producido a partir de un cambio de paradigma en el derecho, concerniente a las condiciones de validez de las leyes, las cuales no dependen solamente de la forma y el procedimiento de creación, sino

¹⁹² Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. Perfecto Ibáñez y Andrea Greppi, Trotta, Madrid, 2004, pp. 15-17

¹⁹³ Fabrizio Cattaneo, *L'idea di repubblica da Kant a Habermas*, ed. cit., p. 67

también al contenido, es decir, a la concordancia del contenido de la ley con los principios establecidos en las normas constitucionales.¹⁹⁴

El constitucionalismo moderno se distingue del primer constitucionalismo por el establecimiento de límites, formales y sustanciales, a la producción de normas. A este modelo de subordinación de las normas y poderes a controles constitucionales, cuyo núcleo central es la garantía de los derechos fundamentales¹⁹⁵, Ferrajoli los llama garantismo. En este sentido, el garantismo supone “la sujeción al derecho de cualquier poder, sea público o privado, a través de reglas, vínculos y controles jurídicos idóneos para impedir, en garantía

¹⁹⁴ Luigi Ferrajoli, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Laterza, Roma-Bari, 2013, p. V. De acuerdo a Ferrajoli, se han desarrollado tres modelos teóricos de derecho, correspondientes al desarrollo de la teoría del derecho. El primer modelo es el jurisprudencial pre-moderno, en éste, el derecho, al no existir un monopolio sobre la producción de normas, consiste en un patrimonio de máximas, categorías, principios y precedentes judiciales dictados por la cultura y la práctica jurisprudencial y doctrinaria; la norma que reconoce este modelo es la justicia, el iusnaturalismo es la filosofía del derecho que corresponde a este paradigma. El segundo paradigma es el legislativo o paleo-iuspositivista, de acuerdo a este modelo, producto de la instauración del monopolio de producción normativa, el reconocimiento de una norma depende del principio de legalidad, es decir si son producidas de acuerdo a un procedimiento establecido por otra ley; a este modelo de derecho le corresponde el iuspositivismo como filosofía. Por último, el tercer modelo o paradigma es el constitucional o neo-iuspositivista, este modelo se caracteriza por subordinar al derecho a la misma legislación; por esto, nos dice al autor, completa la formación del Estado constitucional de derecho; de acuerdo a este modelo la existencia y vigencia de una norma depende de la forma de producción, la validez depende también de la sustancia o contenido de la norma. A cada uno de estos paradigmas le corresponde una forma de validez. Mientras que el paradigma jurisprudencial tiene una validez sustancial, el modelo legislativo tiene una validez formal; por su parte el modelo constitucional tiene una validez formal y sustancial. (*Ibid.*, pp. 5-10)

¹⁹⁵ Los Derechos fundamentales son, en palabras de Ferrajoli “... todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar.” (Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, ed. cit., p. 37)

de los derechos de todos, el ejercicio arbitrario o ilegal.”¹⁹⁶ De esta forma, el garantismo es la cara activa del constitucionalismo.

El modelo garantista, en palabras de Ferrajoli, “equivale, en el plano teórico, al sistema de límites y vínculos sustanciales, cualesquiera que estos sean, impuestos a la totalidad de los poderes públicos por normas de grado jerárquicamente superior a las producidas por su ejercicio.”¹⁹⁷ En otras palabras, el modelo garantista implica un conjunto de límites respecto al contenido de las leyes, es decir, establece, una *esfera de lo indecible*¹⁹⁸ en el derecho, una esfera sobre la cual no se puede decidir; en el centro de esta esfera se encuentran los derechos fundamentales. El establecimiento de límites a la legislación, a partir de los derechos fundamentales, representa un refuerzo del positivismo jurídico, característico del Estado legislativo, dando pie a la formación del Estado constitucional de derecho.

¹⁹⁶ Id., *La democrazia attraverso i diritti*, ed. cit., p. 19. En este mismo sentido, Fabrizio Cattaneo señala que en el modelo de Ferrajoli se supone la capacidad del derecho para vincular y limitar cualquier tipo de poder, no sólo político. (Cfr. Fabrizio Cattaneo, *Op. cit.*, p. 81)

¹⁹⁷ Luigi Ferrajoli, *Garantismo una discusión sobre derecho y democracia*, trad. Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2009, p. 42

¹⁹⁸ Ferrajoli, recuperando algunas observaciones hechas por Michelangelo Bovero, enuncia cuatro diferencias de la noción de esfera de lo indecible respecto de las nociones de “coto vedado” y “territorio inviolable” usadas por Ernesto Garzón Valdés y Norberto Bobbio, respectivamente. En primer lugar, la noción de esfera de lo indecible se ha presentado como una noción jurídica, propia de la teoría del derecho, que establece límites jurídicos o constitucionales a las decisiones de la mayoría; es decir, hay cosas que la mayoría no puede decidir. Las nociones de Garzón Valdés y Bobbio son categorías filosófico-políticas que se insertan dentro de los principios liberales. Mientras que las nociones de coto vedado y territorio inviolable establecen sólo aquello que no puede ser decidido, la categoría de esfera de lo indecible, además de establecer prohibiciones, establece también lo que *debe ser* decidido; en esto radica la segunda diferencia de la propuesta de Ferrajoli con aquellas de Bobbio y Garzón Valdés. La esfera de lo indecible se diferencia de las categorías coto vedado y territorio inviolable por el ámbito de acción, la esfera de lo indecible no sólo al Estado, “también al mercado”. De acuerdo a Ferrajoli incluso los derechos de autonomía para negociar deben ser sujetos de límites y vínculos constitucionales. Por último, la esfera de lo indecible constituye la dimensión sustancial de la democracia constitucional; el respeto y garantía de los derechos fundamentales forma parte de la definición, no es una precondition de la democracia, como lo es para Bobbio y Garzón Valdés. Cfr. Luigi Ferrajoli, “La esfera de lo indecible y la división de poderes” en *Estudios constitucionales*, año 6, núm. 1, 2008, pp. 337-343

De acuerdo a Ferrajoli, este modelo jurídico tiene dos vínculos con el sistema político, uno estructural y otro instrumental. El nexo que existe entre el Estado de derecho¹⁹⁹ y el positivismo jurídico, expresado en el principio de legalidad, representa un nexo estructural entre sistema político y constitucionalismo. De acuerdo con éste, los poderes públicos están subordinados al derecho: la jurisdicción y la administración a la legalidad ordinaria; la legislación ordinaria a la legalidad constitucional. En este paradigma, la legalidad adquiere una complejidad estructural y una valencia desconocida por el modelo de Estado legislativo. Esta vinculación entre Estado de derecho y constitucionalismo garantista, a decir de Ferrajoli, “reside en el hecho que las Constituciones rígidas han positivado aquellos principios políticos en normas jurídicas de rango constitucional, confiándoles la efectividad no simplemente a su respeto espontaneo por parte de los jueces y legisladores, sino también al control jurisdiccional de constitucionalidad sobre sus violaciones.”²⁰⁰

Adyacentemente, existe un vínculo instrumental, el cual se expresa en la relación que existe entre el constitucionalismo y la democracia. Ferrajoli reconoce que el constitucionalismo no implica ni puede ser implicado de la democracia, toda vez que el constitucionalismo se presenta como una teoría formal del derecho, la cual puede ser compatible, hipotéticamente con formas de organización políticas liberales y antidemocráticas. Esta es una de las diferencias entre el Constitucionalismo garantista y la tradición anglosajona de *Rule of Law*, la cual, incorpora principios de justicia sustancial sedimentados en su tradición secular como límites al despotismo político (más allá y quizás contra el derecho producido por el Estado), por esto conserva, bajo este aspecto, un aspecto característico del viejo sistema jurisprudencial.²⁰¹ Sin embargo, escribe Ferrajoli, “gracias a

¹⁹⁹ Para Ferrajoli el estado de derecho no es el “*Rechtsstaat*”, es decir, “estado legal” o “regulado por leyes”, propia de la tradición alemana, sino “un modo de organización política” caracterizado, esquemáticamente, por tres principios a) principio de legalidad; b) principio de publicidad; c) la sujeción a control de todas las actividades estatales bajo la doble forma de control jurisdiccional de legitimidad. Esta concepción corresponde a la tradición italiana y francesa. (Luigi Ferrajoli, “Garantismo y Estado de derecho” en *El garantismo y la filosofía del derecho*, trad. Gerardo Pisarello, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2001, pp. 65-66)

²⁰⁰ Luigi Ferrajoli, *La democrazia attraverso i diritti*, ed. cit., p. 22

²⁰¹ *Ibid.*, p. 24

la positivización de las normas formales y de las normas sustanciales sobre la producción jurídica y al consecuente carácter artificial de unas y otras, ha sido posible insertar, en los dos paradigmas del Estado de derecho, formas y contenidos democráticos.”²⁰²

La inserción e integración de las dos dimensiones del constitucionalismo, la formal y la sustancial, en la forma de gobierno democrática dan como resultado el modelo de democracia constitucional. La dimensión formal de la democracia, correspondiente al Estado legislativo, identifica a la democracia con las formas y procedimientos idóneos para que las decisiones públicas sean tomadas, mediante los representantes, conforme a la voluntad popular. En otras palabras, la definición formal o procedimental de la democracia identifica a ésta con el *quién* (pueblo o representantes) y el *cómo* (principio de mayoría) de la toma de las decisiones, independientemente del *qué* (contenidos) de esas decisiones.

Frente a esta perspectiva, Ferrajoli propone la dimensión sustancial de la democracia. De acuerdo con el autor, “...la caracterización formal de la democracia no es suficiente para fundamentar una definición adecuada de ella”, por tal motivo, añade “...hay que integrarla –refiriéndose a la democracia formal- con la indicación de algún vínculo de carácter *sustancial* o de *contenido*.”²⁰³ En efecto, Ferrajoli no niega la dimensión formal de la democracia, para él, debe ser añadida con la dimensión sustancial. La fundamentación de esta dimensión sustancial de la democracia, al igual que en la democracia formal, reside en la igualdad política. Mientras que en la dimensión formal, la igualdad política se expresa en el sufragio universal, posible gracias a la igualdad de derechos políticos, la dimensión

²⁰² *Ibidem*.

²⁰³ Luigi Ferrajoli, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, v. 2 *Teoría de la democracia*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2011, p. 9. En ese mismo sentido, Alfio Mastropaolo señala que si bien la dimensión sustancial de la democracia no se implica de la concepción formal y después de un largo periodo de medidas sociales durante el Estado benefactor, la democracia no puede ser indiferente a la desigualdad. En sus palabras “Definir democráticamente legítimo después de décadas de Estado social, que quien gobierna se abstenga de afrontar a la pobreza, a la enfermedad, a la ignorancia y confiar cada acción correctiva a los gobernados, implica reconocer plena legitimidad a la desigualdad, no sin ventajas para los sectores enriquecidos.” (Alfio Mastropaolo, *La democrazia è una causa persa? Paradossi di un’invenzione imperfetta*, Bollati Boringhieri, Torino, 2011, p. 39)

substancial concibe la igualdad política en la igualdad de todos los derechos fundamentales.²⁰⁴

La dimensión sustancial de la democracia resulta necesaria ante la crisis de la democracia formal, la cual se manifestó a partir de hechos históricos como el fascismo y nazismo, que utilizaron formas democráticas para negar a la misma democracia. En efecto, la dimensión formal de la democracia establece el *qué* y el *cómo* de las decisiones públicas, pero no asegura que los contenidos de esas decisiones sean democráticos. La democracia constitucional establece límites jurídicos a las decisiones de la mayoría; estos límites son la esfera de lo indecible, es decir, una esfera de aquello que no se puede o debe ser decidido en favor de la garantía de los derechos de libertad y de los derechos sociales establecidos constitucionalmente.

Dentro de este modelo existe una relación isomorfa entre la teoría jurídica y la teoría política, la cual se expresa en la relación que existe entre las condiciones jurídicas de validez de las normas y las condiciones políticas del ejercicio legítimo del poder; este nexo hace de la teoría política una interpretación semántica, exactamente teórico-política, del aparato conceptual elaborado por la teoría del derecho. Esta relación, a decir de Ferrajoli, conlleva el reconocimiento de la dimensión sustancial de la democracia “generada por las más complejas condiciones requeridas para la validez, relativas no sólo al quién y al cómo, es decir a las formas de producción normativa, sino al qué cosa, es decir, a la sustancia o al contenido de las decisiones producidas.”²⁰⁵

La dimensión sustancial de la democracia se inserta dentro del modelo garantista del derecho. El garantismo supone, a su vez, una Constitución rígida, la cual establece y garantiza un conjunto de derechos fundamentales. Las garantías de los derechos fundamentales son “obligaciones o prohibiciones correspondientes a expectativas positivas o negativas: primarias aquellas correlativas a las expectativas en las cuales consisten los derechos subjetivos, secundarias aquellas correlativas a las expectativas de reparaciones o

²⁰⁴ Luigi Ferrajoli, *La democrazia attraverso i diritti...*, ed. cit., p. 33

²⁰⁵ *Ibid.*, p. 37

sanciones de la violación de los derechos fundamentales.”²⁰⁶ Estas garantías son elementos centrales dentro del modelo constitucionalista y de la democracia constitucional, toda vez que ésta última se caracteriza por un conjunto de límites, vínculos y controles a cualquier poder, en garantía (primaria y secundaria) de los derechos fundamentales establecidos por la Constitución.

Los derechos fundamentales forman un freno a las decisiones de la mayoría, constituyen una esfera de lo indecible. Ésta supone una Constitución rígida en la cual los derechos fundamentales son plasmados y en la cual los derechos fundamentales no estén sujetos a la contingencia y a los cambios en la composición de las mayorías parlamentarias. La democracia, en ese sentido, implica necesariamente al Derecho. Para Ferrajoli, no puede haber democracia sin Derecho, aunque si Derecho sin democracia.²⁰⁷ Que la democracia implique necesariamente al Derecho no quiere decir que la democracia se define por las libertades políticas propias de la democracia formal; lo que quiere decir es que la democracia no puede funcionar adecuadamente sin tomar en cuenta a los derechos fundamentales y que éstos son garantizados por el Derecho constitucional. La garantía de los derechos fundamentales es lo que liga a la democracia con el constitucionalismo.

Los derechos fundamentales son la base de la moderna igualdad, una igualdad en derechos. La igualdad en derechos es una condición necesaria para el adecuado desempeño de la democracia. En ese sentido, los derechos fundamentales son, a la vez, una condición necesaria para la democracia y un límite al ejercicio del poder y de las tomas de decisiones públicas. En palabras de Ferrajoli, estos límites son “democráticos, ya que consisten en derechos fundamentales, que son derechos de todos, y hacen referencia por tanto al pueblo –como conjunto de personas de carne y hueso que lo componen- en un sentido más directo y consistente de cuanto lo hace la propia representación política.” Y a la vez “son contrapoderes, fragmentos de soberanía popular en manos de todos y cada uno, en ausencia de los

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 50 (nota al pie)

²⁰⁷ Luigi Ferrajoli, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, ed. cit., p. 17

cuales la democracia misma, como las trágicas experiencias del siglo XX han mostrado, puede ser arrollada por *mayorías contingentes*.”²⁰⁸

3.2.2. El proyecto político

Como modelo teórico, la democracia constitucional supone un conjunto de límites, controles y vínculos jurídicos a las decisiones de la mayoría, las cuales no pueden contravenir los derechos fundamentales; estos límites conforman la dimensión substancial de la democracia. A este modelo teórico, Ferrajoli añade un proyecto político. Este proyecto político tiene como primer objetivo el control de los poderes salvajes²⁰⁹ que caracterizan a la política contemporánea.

El jurista italiano enumera cuatro tipos de poderes salvajes y los agrupa en dos distinciones. La primera distinción que hace es entre los poderes salvajes ilegales y los extralegales; los primeros son aquellos que “se desarrollan en la sociedad, en el plano nacional y ahora, cada vez más, en el transnacional: la mafia, la camorra y en general las organizaciones criminales, incluso aquellas subversivas o terroristas.”²¹⁰ Los poderes salvajes extralegales, por su parte, son los “poderes públicos ilegales o criminales que se desarrollan dentro de las instituciones.”²¹¹

La segunda distinción hecha por Ferrajoli comprende a los poderes privados de carácter legal y a los poderes públicos. Estos últimos son aquellos que se manifiestan en las relaciones internacionales e imponen la ley del más fuerte, resultado de la “inefectividad

²⁰⁸ Luigi Ferrajoli, *Garantismo una discusión sobre derecho y democracia*, ed. cit., pp. 99-100. Las cursivas son nuestras.

²⁰⁹ “La expresión <<poderes salvajes>> alude claramente a aquella <<libertad salvaje y desenfrenada>> de la que Kant habla en la *Metafísica de las Costumbres*, como condición desregulada propia del estado de naturaleza, esto es, en ausencia del derecho, y opuesta a aquella propia del <<estado jurídico>> o de derecho.” (Luigi Ferrajoli, *El Garantismo y la filosofía del derecho*, ed. cit., 2001, p. 120)

²¹⁰ *Ibid.*, p. 127

²¹¹ *Ibidem*. Añade Ferrajoli “En su conjunto estos poderes, al mismo tiempo ilegales e invisibles, han formado un verdadero infra estado o doble Estado clandestino y paralelo, dotado de sus propios códigos y tributos, en contraste con todos los principios de la democracia; desde el principio de la legalidad a los principios de publicidad y transparencia, del de representatividad al de responsabilidad política y de control parlamentario y popular sobre el ejercicio de los poderes públicos” (*Ibid.*, p. 128)

del derecho internacional y de la carencia de límites normativos y de controles jurisdiccionales”, haciendo de la comunidad internacional una “sociedad salvaje, iliberal y desigual, basada en la ley de más fuerte y animada por la lógica de la potencia y del temor.”²¹²

Para el autor de *Derecho y razón*, la tercera forma de poderes salvajes, correspondiente a los poderes privados de carácter legal, son “los macro poderes económicos que, en ausencia de límites y de controles legales, tienden a desarrollarse con dinámica propia, arrollando las garantías de los derechos de los trabajadores, los principios de transparencia y concurrencia, los intereses públicos y los derechos sociales, condicionando fuertemente la esfera de los poderes públicos.”²¹³ Para Ferrajoli, la democracia constitucional, como proyecto político, tiene la capacidad de evitar y neutralizar a los poderes salvajes. De acuerdo con el filósofo italiano, el principal deber de la política es el establecimiento de una esfera de lo indecible, la cual se convierte u un límite infranqueable de los poderes salvajes.

Si bien es cierto que el modelo de democracia constitucional, en tanto modelo normativo del derecho y de la democracia, no es plenamente realizable, la garantía de los derechos fundamentales puede disminuir la distancia entre el ideal y la realidad. Por lo tanto, la garantía de los derechos fundamentales es un criterio para juzgar la calidad de la democracia de un Estado. En palabras del autor “podemos hablar solamente, a propósito de las democracias constitucionales, de un grado mayor o menor de garantismo y, por lo tanto, de democracia, dependiendo del grado de efectividad del conjunto de las garantías de los derechos y los principios constitucionales.”²¹⁴

La tensión existente entre el modelo garantista de democracia constitucional y la existencia de los poderes salvajes es lo que lleva a Ferrajoli a reconocer que la democracia y el Estado se encuentran en crisis. Ésta se manifiesta en dos fenómenos convergentes, por un lado el desarrollo de la ilegalidad en el ejercicio del poder público; por el otro, el defecto

²¹² *Ibid*, p. 129

²¹³ *Ibid*, pp.-128-129. Continúa Ferrajoli “El único principio de legitimación y, en general, de regulación de estos poderes [...] el del libre mercado, o sea el mercado desregulado y salvaje, asumido por la actual ideología *liberista* como nueva *Grundnorm* de los sistemas políticos.” (*Ibid*, p. 129)

²¹⁴ Luigi Ferrajoli, *La democrazia attraverso i diritti...*, ed. cit., p. 141

de la legalidad, expresado en la falta de garantías de los derechos fundamentales. El primer fenómeno muestra las antinomias del sistema legal, el segundo muestra las lagunas del mismo.

Las causas de la crisis, a decir del autor, son múltiples, en primer lugar el hecho que no se han introducido, especialmente a nivel internacional, de las garantías (primerías y secundarias) de los derechos fundamentales establecidos en convenciones y cartas de derechos internacionales; en segundo lugar se encuentra el hecho que la política aún no ha aceptado la sujeción al derecho; otro factor de la crisis es el olvido del pasado, especialmente de aquellos “nunca más” que, después de la segunda guerra mundial, dieron origen al constitucionalismo contemporáneo; por último, los procesos de desregulación y reducción del rol del gobierno y de garantía de la esfera pública que son, al mismo tiempo, causa y consecuencia de la crisis económica.²¹⁵

Para Ferrajoli, la crisis económica es el principal factor de la crisis que sufre la democracia contemporánea. El capitalismo moderno ha llevado a la desregulación de los Estados, reduciendo cada vez más su capacidad de controlar y limitar la actividad económica. Este hecho rompe con uno de los objetivos que dieron origen al Estado; para Ferrajoli, el Estado nace junto con el capitalismo para ponerle límites a éste “porque es impensable que los límites a los poderes económicos y empresariales puedan ser el fruto de autolimitaciones, es decir, de autonomía, pudiendo ser impuestos siempre y solamente por el derecho y la política”²¹⁶ Hoy en día, sin embargo, los intereses económicos privados prevalecen en la política, imponiendo como principios fundamentales del ordenamiento jurídico los intereses de los grandes empresarios.

Frente a esta emergencia de los poderes salvajes y la cada vez más fuerte ausencia de límites a nivel estatal, Ferrajoli propone expandir el modelo de constitucionalismo garantista a una escala global.²¹⁷ De acuerdo con Ferrajoli, este modelo una respuesta

²¹⁵ *Ibid.*, p. 142. Valentina Pazè cuestiona la concepción de garantismo como teoría de la democracia. Cfr. Valentina Pazè “La democrazia tra forma e sostanza” en *Diritto & questione pubbliche*, n. 14, 2014

²¹⁶ Luigi Ferrajoli, “La rivincita degli interessi e l’eclisse del pubblico” en *Teoria Politica*, nueva serie, annali 1, 2011, p. 74

²¹⁷ Véase Luigi Ferrajoli, “Por una esfera pública del mundo” trad. Corina de Yturbe, en *Configuraciones*, primavera-verano, núm. 14, 2004

adecuada para afrontar los desafíos que conllevan los poderes salvajes. Esta propuesta, a pesar de ser parte de un proyecto político, no toma en cuenta elementos políticos para su ejecución; la posibilidad de conflicto entre los Estados no es contemplada. Para Ferrajoli, en última instancia, se puede apelar a valores o a una “buena voluntad” para la instauración de una esfera global del mundo.

Capítulo 4. Los límites del Derecho para neutralizar la política: la dimensión conflictual de la democracia.

El modelo de Estado constitucional de derecho representa un avance en la teoría jurídica contemporánea. A nivel teórico se afirma al Derecho y a los derechos fundamentales como un instrumento capaz y eficaz para neutralizar los conflictos políticos y para limitar cualquier tipo de poder. Como proyecto político, busca el establecimiento, diseño y creación de un conjunto de instituciones jurídicas que permitan la neutralización de los conflictos políticos y su transformación en una disputa jurídico-legal.

Un amplio sector de la academia mexicana ha adoptado este modelo y se reclama heredero de esta tradición. El campo de pensamiento democrático mexicano, en años recientes, ha promovido una ardua discusión en torno al modelo de Estado constitucional de derecho y su viabilidad en nuestro país. En este debate hay una lectura de los autores clásicos de la filosofía política y de la teoría jurídica que se caracteriza por enfatizar las instituciones y la formación de normas jurídicas como condiciones necesarias y suficientes para la resolución del conflicto político. En este tenor, la discusión en torno a la democracia, durante y después de la transición, fue acotada en términos de las normas e instituciones adecuadas para la toma de decisiones públicas.

Esta discusión ha llevado a pensar al campo de pensamiento democrático como una teoría política *tout court* capaz de integrar y prevenir toda contingencia política dentro de los cauces institucionales. Por razones que escapan a nuestra comprensión, el campo democrático se ha posicionado como un discurso hegemónico tanto en la academia como en la práctica política mexicana. No obstante, nuestra sospecha es que en este fenómeno convergen la tradición constitucional mexicana, el liberalismo como corriente de pensamiento y un factor histórico-político, a saber, la vinculación entre juristas y políticos en México; comprobarlo requeriría un trabajo inabarcable, el cual supera los límites de nuestra investigación.

Como discurso dominante, el campo de pensamiento democrático ha moldeado una forma particular de pensar a la política, caracterizada por una fuerte impronta jurídica. En otras palabras, la política es pensada como Derecho, como un poder institucionalizado y

neutralizado por el ordenamiento jurídico. Esta concepción, sin embargo, parece ignorar “el poder de la política, el gusto y la pasión por los asuntos públicos, por la construcción de proyectos para el futuro, por la imaginación de posibles escenarios que mantengan actuales los ideales propios.”²¹⁸

En el caso mexicano, después de los conflictos electorales de 2006 algunos de los otrora defensores y promotores del modelo institucional creado durante el proceso de transición han comenzado a hablar de “crisis” de la democracia, de los partidos, de representatividad, entre otros. El cambio de postura y la pérdida de las esperanzas en el entramado jurídico institucional nos hace cuestionar la eficacia del modelo de transición para asir la dinámica política. Tal como hemos señalado en otros capítulos, nuestra hipótesis es que, en el caso mexicano, la crisis de la democracia se debe a la sobrecarga de expectativas en esa forma de gobierno, así como a los límites del Derecho para aprehender la política.

La crisis de la democracia, sin embargo, no es un fenómeno nuevo; en contextos de democracias desarrolladas, particularmente en Europa, desde la década de los 80 se comenzó a hablar crisis o del malestar de la democracia. El malestar de la democracia es doble, uno objetivo y otro subjetivo. De acuerdo al primero, el malestar de la democracia reside en su incapacidad para regular y dar forma a la política en el mundo actual; el malestar subjetivo, por su parte, se expresa en la sensación de que el malestar objetivo es cierto. En otras palabras, el malestar de la democracia es la insatisfacción producida por la democracia, unida la sospecha de que no hay alternativas a ésta.²¹⁹

Ante este contexto resulta necesario replantearse los alcances y límites del Derecho y el modelo de democracia constitucional para aprehender la conflictividad política. En contextos de democracias consolidadas la “crisis” ha generado un intenso debate en torno a los alcances, límites y posibilidades de la democracia. Las voces críticas provienen de sectores políticos de izquierda o de viejos marxistas que en la década de los 70 se dieron a la tarea de revisar algunos de sus postulados, pero que después de la caída del muro de

²¹⁸ Elena Paciotti, “Il potere politico. Tra Stato e istituzioni soprapstatali” en Michelangelo Bovero y Valentina Pazè (a cura) *Diritti e poteri*, Le staffette, Torino, 2013, p.127

²¹⁹ Carlo Gialli, *Il disagio della democrazia*, Giulio Einaudi, Torino, 2011 [trad. Esp. María Julia de Ruschi, FCE, Argentina, 2013, pp. 9-13]

Berlín y el fin del sistema soviético comenzaron a reflexionar sobre las formas que toma el conflicto en sociedades democráticas más allá del paradigma de lucha de clases. Esta reflexión, sospechamos, no fue bien acogida en México debido a dos motivos. En primer lugar la preeminencia del liberalismo y el constitucionalismo en la academia mexicana; en segundo lugar, las críticas de estos autores no fueron bien recibidas en nuestro país por la omnipresencia del modelo de transición en la década de los 90. Sin embargo, consideramos que es necesario retomar esas críticas pues en ellas hay elementos que nos permiten debatir los límites del Derecho para acotar la política.

La reflexión de los autores que retomamos en este capítulo reflexión tuvo un objetivo político y uno teórico. El objetivo político consistió en “reformular el proyecto socialista con el fin de ofrecer una respuesta a la crisis del pensamiento de izquierda, tanto en su versión comunista como en su versión socialdemócrata.”²²⁰ En el plano teórico, la empresa de los críticos del modelo puramente institucional de la política tenía como objetivo “desarrollar un enfoque que revelara la especificidad de los movimientos que no estaban basados en la clase y que por tanto no podían ser aprehendidos meramente en términos de explotación económica.”²²¹ Estas críticas provienen del marxismo, no de la tradición liberal. Y uno del ámbito del derecho y la otra desde la teoría política.

Con este doble objetivo, las reflexiones de estos autores pusieron sobre la mesa del debate conceptos como “antagonismo”, “conflicto” y “hegemonía”, que parecían estar destinados al olvido en la discusión teórico política. El reposicionamiento de estas categorías permite elaborar una crítica al constitucionalismo y señalar los límites del procedimentalismo. La recuperación de la crítica al modelo constitucional imperante en países con democracias consolidadas, particularmente en Europa, nos permitirá hacer una crítica análoga al campo de pensamiento democrático mexicano, que comparte postulados del constitucionalismo europeo y se reclama heredero de aquel. Por tal motivo, en el presente capítulo reconstruiremos algunos de los argumentos más importantes dentro de la crítica al modelo neoconstitucional. Nuestra recuperación se centrara en la categoría de

²²⁰ Chantal Mouffe, *Agonística. Pensar el mundo políticamente*, trad. Soledad Laclau, FCE, Argentina, 2014, p. 129

²²¹ *Ibid.*, p. 130

conflicto, antagonismo y hegemonía. El objetivo es doble; por un lado mostrar la necesidad de reconocer el papel del conflicto político en la democracia para la comprensión de la política y, por otro lado, señalar los límites del Derecho para aprehender la política. Nuestra intuición es que en la forma de pensar la política y el Derecho se juega la forma en cómo se reacciona y conceptualizan fenómenos como los llamados poderes fácticos en México.

4.1. *Los límites del Derecho*

4.1.1. El retorno del Derecho.

Al interior de la teoría jurídica existen críticos del constitucionalismo, en su forma garantista. Stefano Rodotà es un representante de esta vertiente de la teoría del Derecho contemporánea. Su propuesta teórica parte del reconocimiento del hecho que en la actualidad “vivimos en una sociedad repleta de Derecho, de reglas jurídicas de las proveniencias más diversas, impuestas de poderes públicos o de potencias privadas, con una intensidad que hace pensar, más que en una necesidad, en un declive irreversible.”²²² Después de la caída del muro de Berlín, a decir de Rodotà, se inició un proceso al que denomina como “el retorno del derecho”²²³, el cual consiste en la eliminación del equilibrio basado en la fuerza entre las estructuras internacionales y en la afirmación del derecho como el instrumento adecuado para alcanzar dicho equilibrio.

El retorno del derecho encarna un “ambicioso proyecto de redefinición del papel de la política y de la función de las normas.”²²⁴ Este reposicionamiento del Derecho no es sólo una actualización del sistema jurídico, ni un intento de restablecer o restaurar nuevamente el gobierno de las leyes en aquellos espacios en los que se había vuelto muy fuerte el gobierno de los hombres; el retorno del Derecho supone un cambio en la visión de éste, según la cual, el Derecho no se agota en un conjunto de normas y técnicas interpretativas, sino que contribuye a “construir el cuadro de principios gracias a los cuales una comunidad

²²² Stefano Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2012, p. 9

²²³ *Ibid.*, pp. 10-11

²²⁴ Stefano Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, Laterza, Roma-Bari, 1999, p. 28

logra reconocerse como tal.”²²⁵ De esta manera, el retorno del Derecho significa una ampliación de las normas y una introducción de principios éticos en el ámbito jurídico.

En este proceso el Derecho se constituye como un lenguaje propio, genera principios, postulados y prácticas que apelan a la neutralización del poder. En otras palabras, el retorno del Derecho es un proceso en el que el Derecho se autonomiza de la política. Sin embargo, en este proceso no se ha erradicado el poder. Una de las principales críticas a la teoría constitucional contemporánea es que el poder, otrora concentrado en el líder (presidentes, dictadores, etc.) se ha transferido a los jueces, generando un proceso de “politización de la justicia” y “judicialización de la política”.²²⁶

Estas expresiones conllevan dos presupuestos. En primer lugar, suponen que política y administración de justicia son actividades claramente diferenciadas; el otro supuesto es que la injerencia de una sobre la otra debe ser evitada. El primer supuesto permite pensar la relación entre política y Derecho. La política, entendida como conflicto de valores e intereses que busca ser “resueltas por diversas técnicas de imposición de la voluntad”²²⁷ encuentra en el Derecho un medio adecuado para la resolución de esos conflictos, siempre que el Derecho sea concebido como “un conjunto positivizado de esos valores, intereses y técnicas de imposición de la voluntad, en el seno de una sociedad determinada; es decir, un cierto orden de valores e intereses políticamente relevantes, respaldados en el monopolio coercitivo del Estado.”²²⁸

El segundo supuesto, aquel de la injerencia indeseable entre política y administración de la justicia, se puede derivar de la traición liberal-republicana de división de poderes, en la concepción de *El Federalista*.²²⁹ Este supuesto prescribe un estado de cosas que deberían

²²⁵ *Ibidem*.

²²⁶ Véase Stefano Rodotà. *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 49; *Id.* “Una moralità costituzionale” en *Elogio del moralismo*, Laterza, Roma-Bari, 2011, pp.13-30; Aníbal D’Auria “Los discursos del derecho” en Nancy Cardinaux, et. al., (coord.), *Las razones de la producción del derecho. Argumentación constitucional, argumentación parlamentaria y argumentación de la selección de jueces*, Departamento de Publicaciones Facultad de Derecho/UBA, Buenos Aires Argentina, 2006, pp. 193-196

²²⁷ Aníbal D’Auria, *Op. cit.*, p. 193

²²⁸ *Ibid.*, p. 194

²²⁹ Véase A. Hamilton, J. Madison y J. Jay, *El federalista*, trad. Gustavo R. Velasco, FCE, México, 2012

ser, a saber, una separación entre la creación del Derecho y su aplicación concreta. Es en este punto en donde surge la expresión “politización de la justicia” para expresar que “en la aplicación del Derecho se filtran (en demasía) valores e intereses ajenos a los valores e intereses que el Derecho mismo respalda” mientras que con la judicialización de la política se expresa “la utilización que hacen los jueces de su posición para alterar, distorsionar o modificar el Derecho según sus propios valores e intereses particulares.”²³⁰

Frente a esta problemática es necesario cuestionarse acerca de los alcances y limitaciones del Derecho como mecanismo para la resolución de conflictos políticos. Con el proceso de constitucionalización de los Estados se fue desarrollando una concepción del Derecho, según la cual, el Derecho “es aquello que mira a lo lejos y así puede abrazar en un modo no ocasional las cosas del mundo”, en este punto, el Derecho cumple una función análoga a la de la política, toda vez que ésta busca la “superación de los intereses inmediatos”. En otras palabras, política y Derecho tienen una naturaleza en común, ambos se abstraen de “la contingencia, del tiempo breve, de los intereses no expresivos de una exigencia general.”²³¹

Esta característica en común es lo que se encuentra en el fondo del modelo de Estado constitucional. Uno de los principios del modelo de Estado constitucional de Derecho consiste en pensar al ordenamiento jurídico constitucional como un instrumento necesario y suficiente para la superación, neutralización y resolución de todos los conflictos presentes en la sociedad. El Derecho, de esta forma, se ha convertido en un instrumento de reglamentación de la sociedad, la cual busca llegar a todos los ámbitos de la vida humana. El Derecho, escribe Rodotà es “más que reglas. Es antes de todo, un lenguaje.” En ese sentido, se pregunta el profesor de la Universidad de Roma, “¿se puede verdaderamente decir todo con las palabras del Derecho o propiamente la gramática de los derechos se demuestra pobre de frente a la complejidad social y a su riqueza?”²³²

²³⁰ Aníbal D’Auria, *Op. cit.*, p. 195

²³¹ Stefano Rodotà, *La vita e le regole...*, ed. cit., p. 12

²³² Stefano Rodotà, *La vita e le regole...*, ed. cit., p. 17. Véase también Giorgio Pino, “Il linguaggio dei diritti” en *Ragion Pratica*, núm. 31, diciembre 2008, pp. 393-410

Respecto al ejercicio del poder y la toma de decisiones públicas, el proceso definido como retorno del Derecho ha generado una expresión que muestra la cuál es el papel Derecho frente a la política, nos referimos a la expresión “política del derecho”. Con esta expresión se pretende señalar dos aspectos; en primer lugar, la politicidad implícita en las operaciones jurídicas. En segundo lugar, la expresión política del Derecho señala la necesidad de legalidad de la política y en la política, la necesidad de un control eficaz de todas las operaciones políticamente relevantes.²³³

Esta segunda necesidad, la de la legalidad en y de la política, ha sido uno de los principales temas en el debate teórico constitucional europeo contemporáneo. Después de las experiencias totalitarias del siglo XX en Europa, el problema de los límites al ejercicio del poder y a la producción jurídica cobraron un papel central en la reflexión académica y política europea; una de las principales categorías que se han desarrollado como consecuencia de este debate es la de derechos fundamentales y democracia sustancial. Los derechos fundamentales son “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status* de persona, o de ciudadanos, o de personas capaces de actuar”, a su vez los derechos subjetivos son entendidos como “cualquier expectativa positiva (a prestaciones) o negativa (a no lesiones) adscrito a un sujeto por una norma jurídica.”²³⁴

Dentro del modelo de Estado constitucional de Derecho, los derechos fundamentales representan una limitación a la esfera de la política. “En un Estado constitucional de Derecho –escribe Rodotà- el perímetro legítimo de la acción política es diseñado precisamente por los principios fundamentales, del conjunto de derechos individuales y colectivos que determinan también los criterios con base en los cuales debe ser efectuada la repartición de los recursos.”²³⁵ Esta limitación de los derechos fundamentales es doble. El primer límite evita la discrecionalidad política, la cual no puede ser ejercitada si se aceptan y garantizan los derechos fundamentales. El segundo límite a la acción política consiste en

²³³ Stefano Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, ed. cit., p. 28

²³⁴ Luigi Ferrajoli, “Una Definizione formale del concetto di diritti fondamentali” en Luigi Ferrajoli *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico* (a cura di Ermanno Vitale), Laterza, Roma-Bari, 2001, p. 5

²³⁵ Stefano Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, ed. cit., p. 72

el empoderamiento de los ciudadanos a través de la defensa de los derechos fundamentales por parte de grupos ciudadanos.

A nivel teórico conceptual, el establecimiento de estos dos límites es el resultado del proceso de ampliación de los derechos fundamentales y del tránsito del Estado de Derecho (*RechtStaat*) o Estado legal, al Estado constitucional del Derecho. Este tránsito en los hechos, sin embargo, no ha estado lejos del ámbito de la política. El proceso histórico de ampliación de los derechos se ha desarrollado de manera paralela a la progresiva sustitución de las constituciones flexibles con las rígidas, a la difusión de los controles de constitucionalidad. De esta manera no se puede pensar a la edad de los derechos, para usar la expresión de Bobbio²³⁶, sólo como una continua regulación de los confines entre política y Derecho. Además, nos dice Rodotà, este proceso conlleva “la emergencia de una idea y de una práctica de la política que no se limita a registrar el pasaje del soberano absoluto al pueblo absoluto, sino que encuentra su esencia en la desaparición del [principio] <<*princeps legibus solutus*>> y en su lugar se establece un poder democrático vinculado al respeto del principio de legalidad.”²³⁷

De esta manera, el retorno del Derecho conlleva un cambio en la forma de la actividad política. Con este proceso se reafirma a la democracia como un medio de organización política para la toma de decisiones colectivas, el cual no atenta contra los derechos fundamentales. Con este cambio, la política ya no se considera como un ejercicio omnipotente del poder, sino como su ejercicio respetuoso. Este es el presupuesto del constitucionalismo imperante en nuestros días.

El respeto a los derechos fundamentales marca un límite a la democracia. Dentro del paradigma constitucional se hace evidente la relación que existe entre democracia y normas, el ejemplo más claro es el modelo de democracia constitucional de Luigi Ferrajoli. En palabras de Rodotà “El regreso de las reglas y la escritura de nuevas normas aparecen al mismo tiempo, como una manera obligada para la plenitud de una democracia que ya no

²³⁶ Norberto Bobbio, *L'età dei diritti*, ed. cit

²³⁷ Stefano Rodotà, *La vita e le regole...*, ed. cit., p. 33

quiere confiarse únicamente en la fuerza abstracta de sus fundamentos o, de nuevo, en una garantía totalmente política.”²³⁸

De esta manera el Derecho aparece como un contenido de la democracia. Es en este contexto es en el que surge la dimensión substancial de la democracia, de quien Luigi Ferrajoli es uno de los mayores exponentes. Los derechos fundamentales crean una axiología de la democracia, identifican valores democráticos, en oposición a valores tiránicos. Esta axiología es resultado de un proceso histórico en el que se fue asociando el concepto de política o político con un ejercicio autoritario del poder; las experiencias totalitarias en Europa durante el siglo XX, así como las dictaduras militares en América latina contribuyeron a formar esta idea. Ante tales experiencias, el concepto de democracia se reformuló en términos de un método de organización política con límites jurídico-constitucionales.

Si bien a nivel conceptual el modelo de democracia constitucional representa una innovación y un cambio de paradigma en la teoría del Derecho, a nivel práctico el modelo presenta problemas de aplicación. “Proclamar un derecho no significa –sentencia Rodotà– asegurarle el respeto, la aplicación, la efectividad.”²³⁹ Frente al problema del respeto y de la efectividad, el derecho encuentra sus límites.²⁴⁰

Para Rodotà, muchos de los problemas hoy en día existentes se originan por un “déficit de atención política e institucional adecuada, que se manifiesta en el intento continuo de esquivar cuestiones difíciles, en las cuales se reflejan divisiones culturales, sociales y religiosas.”²⁴¹ Estos problemas nos llevan a reconocer, por un lado, la permanencia en

²³⁸ *Id.*, *Repertorio di fine secolo*, ed. cit., p. 35

²³⁹ *Id.*, *Il diritto di avere diritti*, ed. cit., p. 75

²⁴⁰ Una interesante crítica a los límites del discurso de los derechos humanos y a los alcances que éste reamente tiene se encuentra en Samuel Moyn, “A Powerless Companion: Human Rights in the Age of Neoliberalism” en *Law and Contemporary Problems*, núm. 77, 2015, pp. 147-169

²⁴¹ Stefano Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, ed. cit., p. 78. Unos de estos problemas difíciles es la migración. Aunque el fenómeno de la migración no es el objeto de la presente investigación, toda vez que el fenómeno a estudiar son los límites del derecho en la política y específicamente en la democracia, algunas de las fuentes consultadas abordan el fenómeno de la migración y lo vinculan con el fenómeno de la democracia, situándolo como uno de los ejes centrales para el análisis de las democracias contemporáneas. Sobre esta relación véase

Estados constitucionales de Derecho de una dimensión política, entendida como oposición entre posiciones antagónicas y, por otro lado, un límite en el discurso del Derecho. “El lenguaje del derecho –escribe Rodotà- no puede pretender describir todo el mundo: no todo puede entrar en la dimensión de los derechos y no todos los derechos pueden ser calificados como <<fundamentales>>.”²⁴²

La crítica al constitucionalismo no apunta en la dirección de negar al Derecho como un instrumento para la coexistencia entre los seres humanos, sólo rechaza el alcance omnicompreensivo que se le ha atribuido al Derecho y en particular a los derechos humanos y fundamentales. El objetivo de la crítica al alcance del discurso de los derechos fundamentales es el reconocimiento de la necesidad de la política como recurso para superar los inerradicables conflictos de la sociedad.

El reclamo del reconocimiento de la política puede adquirir dos significados. En primer lugar, puede expresar el deseo de la política de sentirse disuelta de la obligación de encontrar en los derechos fundamentales una continua e inevitable referencia. En este primer significado el regreso de la política se asocia a un ejercicio del poder ilimitado. Sin embargo, esta opción no tiene mucho eco después de las experiencias totalitarias del siglo XX.

Un segundo significado del reclamo de la política se manifiesta en la preocupación de quien, frente al reconocimiento formal de derechos, ve una estrategia destinada a debilitar la lucha política, apagando su ardor.²⁴³ Frente al constitucionalismo, el cual busca neutralizar y debilitar a la política, el reclamo de la política apunta a reconocer que el Derecho y los derechos fundamentales son el resultado de un proceso histórico y de lucha política entre sujetos diversos. En palabras de Rodotà “a los derechos y a su dinámica se necesita [...] verlos como a un proceso nunca concluido, sobre todo en el sentido que los derechos son perenemente minados, están permanentemente en riesgo y por lo tanto exigen

Emilio Santoro “Democrazia, migrazioni e società multiculturali” en Sandro Mezzadra y Maurizio Ricciardi (a cura di) *Movimenti indisciplinati. Migrazioni, migranti e discipline scientifiche*, Ombre corte, Verona, 2013, pp. 137-165

²⁴²Stefano Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, ed. cit., p. 89

²⁴³ Stefano Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, ed. cit., p. 92

estrategias de defensa y de actuación, constituyen un campo donde se confronta una multiplicidad de sujetos.”²⁴⁴

Con la aceptación del proceso histórico de formación y ampliación de los derechos fundamentales, se reconoce que los derechos fundamentales no son el resultado de un proceso legislativo, sino de luchas políticas y sociales.²⁴⁵ La edad de los derechos no es una era pacífica y ausente de conflictos políticos, el reconocimiento de la imposibilidad de erradicar el conflicto político permite situar los límites del Derecho y establecer la importancia de la política. “Los derechos son débiles cuando se convierten en presa de poderes incontrolados que los toman por la fuerza y así los vacían, aun cuando declaran respetarlos, en realidad quieren acompañarlos a una melancólica despedida. Los derechos, por lo tanto, se vuelven débiles porque la política los abandona.”²⁴⁶ Hay, por tanto, que defender esas conquistas sociales, su reconocimiento en el derecho positivo no garantiza su vigencia ni su efectividad.

La política se relaciona con el Derecho no sólo en el sentido de oposición. Con lo escrito en estas líneas buscamos señalar la relación de interdependencia que existe entre Derecho y política. Una teoría del Derecho no puede ser “pura”, debe confrontarse con lo político²⁴⁷; lo político debe ser asumido como un desafío interno al discurso de los derechos y como condición estructural del propio despliegue de los derechos. El problema de la garantía de los derechos humanos muestra la insuficiencia de un enfoque solamente normativo del Derecho, tal como el modelo de Ferrajoli. Dentro de la perspectiva que hemos delineado, los derechos presuponen un equilibrio de poder que sea capaz de exigir el respeto y garantía a los derechos.²⁴⁸ Por su parte, la política se pierde a sí misma al olvidarse de los derechos,

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 93

²⁴⁵ En este mismo sentido véase Samuel Moyn, *The Last Utopia. Human Rights in History*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, 2010.

²⁴⁶ Stefano Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, ed. cit., p. 104

²⁴⁷ Sobre las distintas modalidades en las que el conflicto político se pone en el fondo de las teorías de los derechos humanos véase Daniele Ruggiu “Conflitto e diritti. Dificoltà e aporie del conflittualismo contemporaneo” en *Ragion Pratica*, núm 31, diciembre 2008, pp. 411-430

²⁴⁸ Cfr. Geminello Pretrossi, “I diritti alla prova del <<politico>>” en *Ragion Pratica*, núm. 31, diciembre 2008

su salvación está en el “hacerse con convicción política de los derechos, de todos los derechos.”²⁴⁹

Al reconocer que Derecho y política son interdependientes reconocemos también que el modelo de democracia constitucional presenta limitaciones similares a la de las teorías de los derechos fundamentales. Una teoría exclusivamente normativa, tal como la que se encuentra en el constitucionalismo moderno, niega el carácter político de la misma democracia y su dimensión conflictual.

Después de la caída del muro de Berlín y el fin del llamado socialismo real, la democracia perdió sus atributos de batalla; la democracia representativa se volvió, al mismo tiempo, la única forma de gobierno viable y un valor de las sociedades contemporáneas. Los antiguos adjetivos de la democracia (burguesa, social, occidental, entre otros) perdieron terreno frente a los nuevos adjetivos (constitucional, plebiscitaria, deliberativa, etc.). Sin enemigos declarados, “la democracia está desafiada sólo ella misma. Quien acepta el modelo de democracia la considera por encima de toda frontera y capaz de albergar cualquier contenido.”²⁵⁰

La democracia, sin embargo, “no es el espíritu santo que desciende a la tierra e ilumina a los hombres. Es un proceso fatigoso, una conquista difícil y continuamente en riesgo.”²⁵¹ Tanto la democracia como los derechos “requieren una tensión constante para crear o mantener el ambiente propicio para su aplicación concreta.”²⁵² De esta manera, el conflicto político no es la negación de la democracia ni del Estado de Derecho, al contrario, el conflicto permite aplicar y reconocer los límites del Derecho.

²⁴⁹ Stefano Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, ed. cit., p. 104

²⁵⁰ *Id.*, *Repertorio di fine secolo*, ed. cit., p. 38

²⁵¹ *Ibid.*, p. 39

²⁵² *Ibid.*, p. 121

4.1.2. Los derechos de la democracia

El reconocimiento de los límites del Derecho no implica la negación del Derecho como un instrumento necesario para el ejercicio democrático en las sociedades contemporáneas. En la actualidad el modelo de democracia constitucional propuesta por el neoconstitucionalismo supone una democracia saturada de derechos. En ese sentido, el reconocimiento de los límites del Derecho va ligado a la diferenciación y distinción de los derechos que son propios de la democracia y aquellos que no lo son. Esta diferenciación y distinción permitirá defender la dimensión política de la democracia.

La concepción de democracia del neoconstitucionalismo supone el problema de la relación de la democracia con los derechos fundamentales. La democracia ha sido llevada al terreno del Derecho y alejada del plano político. De acuerdo con Anna Pintore la problemática de la democracia no pasa ya por el de la definición de ésta. El debate que se dio después de la segunda guerra mundial sobre el tipo de adjetivo que le corresponde a la democracia es, para la autora, fútil. Los problemas de la democracia son problemas normativos; en la actualidad el concepto de democracia está dominado por la instancia normativa.²⁵³

Tanto en el debate político cotidiano como en parte del ámbito de la filosofía política hay una tendencia a incorporar en el concepto de democracia los principales valores éticos: justicia social, igualdad, libertad, respeto por la persona, derechos humanos. La relación entre estos valores y el concepto de democracia es analítica, es decir, estos valores están implicados en el concepto de democracia. La vinculación de valores éticos a la democracia ha generado algo que Pintore denomina “Ilusión monista”, para referirse a la identificación del bien con la democracia. En palabras de la autora “es sorprendente cuan arriagada es la ilusión que las cosas buenas de la política, como los derechos, el Estado de Derecho y la justicia social son mejor protegidas si vienen amparados bajo la sombra [*l’ombrello*] del concepto de democracia.”²⁵⁴

²⁵³ Anna Pintore, *I diritti della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2004, p. 3

²⁵⁴ *Ibid.*, p. 12

Frente a esta tendencia resulta necesario entre aquellos derechos y valores que sí le corresponden al concepto y práctica democráticos y aquellos que no. En ese sentido, la profesora de la Universidad de Cagliari distingue entre derechos constitutivos del proceso democrático, los derechos que desde una perspectiva ética son presupuestos por el proceso democrático y aquellos derechos no relacionados con la toma de decisiones públicas. Esta distinción no coincide con aquella hecha en el terreno jurídico entre derechos políticos y sociales. La propuesta de Pintore busca distinguir entre aspectos conceptuales de la democracia, aspectos normativos y esenciales, así como los elementos factuales de los cuales depende la justicia social y de quién puede depender la efectividad misma de las reglas constitutivas del método democrático.²⁵⁵

Los derechos constitutivos del método democrático son aquellos derechos que “representan un componente indispensable de cualquier definición de democracia que se centre [...] en la idea de autogobierno.”²⁵⁶ Se trata de los derechos de voz y voto o más en general de los derechos de participación (directa e indirecta) en las decisiones políticas generales, incluyendo el derecho de ciudadanía. Estos derechos se distinguen de otros por su igual distribución entre los ciudadanos. Son considerados como constitutivos de la democracia porque “si faltasen nos podríamos hablar en lo absoluto de democracia, y si lo hiciéremos utilizaríamos el concepto para referirnos a un sistema político totalmente distinto, cometiendo de este modo, un abuso semántico.”²⁵⁷

Los derechos que son presupuesto de la democracia, al menos en una perspectiva liberal, son los derechos de libertad de manifestación del pensamiento y, por tanto, de la accesibilidad a una información plural; la libertad personal y por ende del habeas corpus; la libertad de circulación, reunión y asociación. Estos derechos constituyen lo que Bobbio llamó las cuatro grandes libertades de los modernos.²⁵⁸ Como presupuestos éticos de la democracia liberal, estos derechos no son lógicamente necesarios para la democracia; es posible pensar una democracia distinta a la liberal. En palabras de Pintore “la democracia

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 80

²⁵⁶ *Ibid.*, pp. 80-81

²⁵⁷ *Ibid.*, p. 81

²⁵⁸ Cfr. Norberto Bobbio, *Teoria generale della politica*, ed. cit., p. 304

es <<pensable>> incluso sin tales derechos, pero no es pensable sin tales derechos una democracia que sea digna de valor, al menos desde el punto de vista de una ética liberal.”²⁵⁹

Una tercera clase de derechos son aquellos no relacionados con el método democrático. Éstos, sin embargo, protegen bienes cuyo goce por parte de los individuos representa el *presupuesto fáctico* de una democracia en algún sentido efectiva “más allá de una sociedad inspirada en ideales de justicia social.”²⁶⁰ Tales derechos son los, patrimoniales y de propiedad. Pintore parte de una definición particular de esa clase de derechos, para la profesora italiana los derechos sociales pueden ser “equiparados a la categoría de los derechos patrimoniales” y con ello evitar una “inflación” en el lenguaje de los derechos.²⁶¹

La equiparación es posible en la medida que tanto los derechos sociales como patrimoniales requieren una doble garantía, una normativa y una factual. Esta segunda garantía (la factual) rebasa los límites del lenguaje de los derechos; para lograrse se requiere de una acción y deliberación política. En el caso de los derechos sociales y patrimoniales, si bien su reconocimiento no es un presupuesto lógico para el procedimiento democrático, su correcta y efectiva garantía “representa el presupuesto factual de una democracia que no esté sólo escrita en la Constitución sino que sea socialmente efectiva para el conjunto de los ciudadanos.”²⁶²

Con esta tipología se logra desvincular del concepto de democracia algunos principios éticos que frecuentemente le son atribuidos. Pintore reconoce que la definición mínima de la democracia concuerda con el concepto por ella elaborado. Tanto en la definición mínima como en la tipología hecha por la autora, en un nivel analítico conceptual, sólo los derechos políticos son propios del método democrático. A diferencia de Bobbio, para quien la garantía de los derechos patrimoniales y sociales entra dentro del terreno de las promesas no cumplidas de la democracia, Pintore reconoce en la garantía de estos derechos (sociales y patrimoniales, de acuerdo a su definición) un elemento factual importante en las

²⁵⁹ Anna Pintore, *Op. cit.*, p. 82

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 83

²⁶¹ *Ibidem*

²⁶² *Ibid.*, p. 84

democracias contemporáneas.²⁶³ El problema de la garantía de los derechos sociales muestra otro límite del Derecho, a saber, el de la insuficiencia del reconocimiento normativo de los derechos. El resguardo y la garantía de un derecho es siempre “el fruto de una acción política deliberada.”²⁶⁴

De esta forma, la política se muestra como una vía para la salvaguardia de los derechos. La concepción de política que se presupone en esta afirmación no está ligada sólo a la búsqueda obsesiva del poder, sino como un instrumento de liberación individual y colectiva.²⁶⁵ Dentro de las múltiples formas en que la actividad política puede tomar el conflicto de tipo político es uno de los más estudiados. Ermanno Vitale desarrolla el concepto de resistencia constitucional para referirse a la resistencia que se hace al poder en nombre de la defensa y respeto de los derechos. La resistencia constitucional es una praxis política que admite medios y comportamientos que se hallan al borde de la legalidad o más allá de ella, siempre que su finalidad sea la restauración de la legalidad constitucional, la cual constituye un límite rígido dentro de la cual se puede ejercer tal resistencia.²⁶⁶

De esta forma, se muestra que la democracia tiene una dimensión conflictual, la cual no puede ser neutralizada por el Derecho. La posibilidad de conflicto dentro de democracia es una parte constitutiva de la misma democracia. La política, a su vez, es un instrumento que permite la realización y garantía de los derechos. El poder y la política son medios que dan cuenta de los límites del Derecho aunque este reconocimiento no implica su negación.

²⁶³ La garantía factual de estos derechos abre la discusión acerca de las condiciones de vida de una sociedad democrática. Esa discusión excede el objetivo del presente trabajo; en otro lugar hemos analizado el problema de la calidad de vida y la insuficiencia de un esquema jurídico normativo para resolverlo. Véase Alejandro Rojas, “Pensar la democracia: Amartya Sen y Luigi Ferrajoli” en *Ala izquierda*, año II, núm. 3, 2015.

²⁶⁴ Stefano Rodotà, *Repertorio di fine secolo*, ed. cit., p. 121

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 124

²⁶⁶ Ermanno Vitale, *Defenderse del poder. Por una resistencia constitucional*, trad. Pedro Salazar Ugarte y Paula Sofía Vásquez Sánchez, Trotta, Madrid, 2012, p. 27. La resistencia constitucional se distingue de la desobediencia civil o la revolución a partir de los métodos y fines que persigue. Un interesante texto sobre el papel de la desobediencia civil en la democracia social se encuentra en Teresa Serra, *La disobbedienza civile. Una risposta alla crisi della democrazia?*, G. Gianpichelli Editore, Torino, 2000.

4.2. El poder de la política

El antagonismo como elemento constitutivo de la democracia ha sido recientemente teorizado por Chantal Mouffe. La autora belga coincide con el diagnóstico de Rodotà, según el cual, después de la caída del muro de Berlín se impone una concepción de la política como reconciliación y consenso. Después de la crisis del marxismo y el consiguiente abandono del paradigma de lucha de clases por parte de algunos sectores políticos y académicos cercanos al marxismo, al socialismo y la socialdemocracia se fue desarrollando una concepción racionalista de la política, cuyo presupuesto fundamental es la consecución de acuerdos racionales no fácticos.²⁶⁷ Esta nueva concepción de la política pensó que se podría prescindir del antagonismo en la teoría política. “Por esta razón se imaginaban que el Derecho y la moral vendrían a ocupar el lugar de la política y que el advenimiento de las identidades <<posconvencionales>> aseguraría el triunfo de la racionalidad sobre las pasiones.”²⁶⁸

Frente a esta concepción de la política, el objetivo de Mouffe es mostrar la “inerradicabilidad del poder y del antagonismo.”²⁶⁹ La tesis de la autora es que la política democrática no consiste en establecer las bases para un consenso racional, ni en la creación de normas (legales y constitucionales) e instituciones especializadas que organicen y regulen el proceso electoral, sino en “desactivar el antagonismo potencial que existe en las relaciones sociales.”²⁷⁰ Esta desactivación es posible a partir de la construcción de instituciones que sean capaces de asumir, superar y resolver los conflictos políticos.

²⁶⁷ Cf. Ernesto Laclau y Chantal Mouffe, *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*, trad. Ernesto Laclau, FCE, Argentina, 2011, pp. 8-10

²⁶⁸ Chantal Mouffe, *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*, trad. Marco Aurelio Galmarini, Paidós, España, 1999, p. 11

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 8

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 13. Esto la llevará a ubicar muchas veces la discusión en el nivel “ontológico” provocando una especie de fundamentalismo invertido.

La pretensión de eliminación o neutralización del conflicto es una de las principales limitaciones del enfoque consensualista liberal de la política. Por tal motivo, Mouffe enfatiza la inerradicabilidad del conflicto en la política en general, y el carácter constitutivo de éste en la política democrática en particular. No es casual que en este empresa teórica uno de los principales referentes sea Car Schmitt; la reafirmación de lo político frente y en el liberalismo hecha por Schmitt representa una forma de pensar el antagonismo y el conflicto que permite explicarlos sin aludir al paradigma de la lucha de clase. Sin embargo, la asimilación de las ideas de Schmitt es matizada. El objetivo de esta recuperación consiste en “elaborar una forma *verdaderamente* política de liberalismo que, sin dejar de postular la defensa derechos y el principio de la libertad individual, no escamotee la cuestión del conflicto, el antagonismo y la decisión.”²⁷¹ Es decir, políticas liberales que no se limiten a una fundamentación filosófica del liberalismo o a una declaración de principios y que puedan incorporar el mandato de la soberanía popular que ya no es fácilmente homogeneizable sino que está recorrido por la diferencia.

Mouffe parte de la distinción entre dos conceptos que se suelen usar indistintamente, a saber, la política y lo político. Esta distinción, concibe a lo político como “dimensión de antagonismo [...] constitutiva de las sociedades humanas”; la política, por su parte, es considerada como un “conjunto de prácticas e instituciones de las cuales se crea un determinado orden, organizando la coexistencia humana en el contexto de la conflictividad derivada de lo político.”²⁷² En otras palabras, lo político se encuentra ligado a la dimensión de antagonismo y hostilidad siempre presente en las relaciones sociales, se trata de un antagonismo que se manifiesta perenemente en la sociedad. En contraste, la política busca establecer un orden, trata de organizar la coexistencia humana en condiciones siempre conflictivas pues se encuentran atravesadas por lo político.²⁷³

La incapacidad para reconocer la dimensión de conflicto por parte del enfoque racionalista impide comprender las características de lo político. Pese a la diversidad de concepciones y definiciones de liberalismo, todas comparten un núcleo común, a saber, la

²⁷¹ *Ibidem*

²⁷² Chantal Mouffe, *En torno a lo político*, trad. Soledad Laclau, FCE, Argentina, 2011, p. 16

²⁷³ *Id.*, *El retorno de lo político*, ed. cit., p. 14

afirmación de “que vivimos en un mundo en el cual existen, de hecho, diversos valores y perspectivas que nunca podremos adoptar en su totalidad, pero que su vinculación constituyen un conjunto armonioso y no conflictivo.”²⁷⁴ Es en ese punto en donde el liberalismo encuentra dificultad para comprender la dinámica de la política, toda vez que para la vinculación entre las diversas perspectivas se logre de manera armoniosa se requiere negar lo político y el conflicto.²⁷⁵

El liberalismo no entiende el papel de la decisión en los conflictos políticos. En la perspectiva de Mouffe, las cuestiones políticas “siempre involucran decisiones que requieren hacer una elección entre alternativas opuestas.”²⁷⁶ Las cuestiones políticas son aquellos conflictos para los cuales no es posible una solución racional-consensual o una solución emanada de un consenso previo. Frente a este tipo de conflictos el liberalismo responde con una de las premisas básicas del pluralismo, a saber, el reconocimiento de la diversidad de valores y perspectivas, así como a la incapacidad de adopción de todas; no obstante en su integración se puede alcanzar un conjunto armonioso y no conflictivo. La perspectiva antagónica de la política, por el contrario, pone de relieve la decisión como un momento inevitable, mostrando que lo político, en su dimensión antagónica, es un límite de la perspectiva racional de la política.

Uno de los puntos más criticables de Schmitt es su concepción del pueblo como un todo homogéneo, el cual, por definición, niega el carácter pluralista de la sociedad. Para el jurista de Plettenberg, el pluralismo sólo se puede reconocer a nivel internacional entre los Estados. En este punto Mouffe se separa de Schmitt y propone “pensar a Schmitt contra Schmitt” y de tal forma “proponer una nueva interpretación de la política liberal.”²⁷⁷ La autora no pretende negar el liberalismo ni la democracia representativa. Sus críticas surgieron en un contexto específico, a saber, el de la democracia representativa pluralista

²⁷⁴ *Id. En torno a lo político*, ed. cit., p. 17

²⁷⁵ En ese mismo sentido, Jacques Rancière señala que negar lo político significa “reducir [la política] a su función pacificadora de nexo entre los individuos y la colectividad al descargarlo del peso y de los símbolos de la división social. Significa, al mismo tiempo, suprimir los símbolos de la división social.” (Jacques Rancière, *En los bordes de lo político*, trad. Alejandro Madrid, la Cebra, Madrid, 2007, p. 32)

²⁷⁶ Chantal Mouffe, *Agonística. Pensar el mundo políticamente*, ed. cit., p. 22

²⁷⁷ *Id., En torno a lo político*, ed. cit., p. 21

europea. Para la autora a pesar de los límites de este modelo sus principios constitutivos no están a debate, es decir, el respeto a la libertad individual y a los derechos humanos, el reconocimiento del carácter pluralista de la sociedad y el carácter representativo del gobierno son principios que se aceptan sin cuestionamientos. La crítica de Mouffe busca conciliar el conflicto y una serie de identidades conflictivas expresadas por los nuevos movimientos sociales (colectivas pero particulares) con el antagonismo dentro de la perspectiva liberal de la democracia.

Dentro de esta nueva interpretación de la democracia liberal se destaca la idea de que las identidades políticas se constituyen a partir de una relación del tipo nosotros/ellos, la cual surge de la célebre distinción amigo/enemigo de Schmitt. Sin embargo, esta distinción es matizada por Mouffe. Para la autora “lo que requiere la democracia es trazar la distinción nosotros/ellos de modo que sea compatible con el reconocimiento del pluralismo, que es constitutivo de la democracia moderna.”²⁷⁸

Mouffe busca encontrar una forma de antagonismo que sea adecuado para la democracia liberal y que no niegue el carácter pluralista de las sociedades contemporáneas. Para ello, retoma el concepto de exterioridad constitutiva, acuñado por Henry Staten, con el que se destaca el hecho que la creación de una identidad implica el establecimiento de una diferencia, por lo general jerarquizada.²⁷⁹ Con este concepto, se reformula el argumento de Schmitt en torno a la posibilidad siempre presente de antagonismo al interior de la sociedad. Las identidades colectivas siempre implican la construcción de un “nosotros” que sólo puede existir a partir de la demarcación de un “ellos”. Esta relación, sin embargo, no necesariamente se expresa en términos amigo/enemigo.

La distinción nosotros/ellos, inherente a la creación de toda identidad colectiva, permite pensar el antagonismo más allá de la propuesta de Schmitt. De acuerdo con Mouffe la distinción amigo/enemigo de Schmitt es sólo una de las formas en que se puede expresar el antagonismo constitutivo de lo político. La multiplicidad de formas en las que se puede gestar la demacración entre un nosotros y un ellos nos lleva a reconocer que toda formación

²⁷⁸ *Ibid.*, p. 21

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 22

de una identidad política supone una exclusión; llevado al plano de los ordenamientos sociales y político, reconocemos que todo orden supone la exclusión de otras posibilidades. Siguiendo esta ruta, el reto de la política democrática no consiste tanto la creación de normas e instituciones jurídicas que regulen el procedimiento electoral, sino en “intentar impedir el surgimiento del antagonismo mediante un modo diferente de establecer la relación nosotros/ellos.”²⁸⁰

Mouffe liga el reconocimiento de la dimensión antagónica de la política con el concepto de hegemonía. De acuerdo con la autora, del hecho de aceptar lo político como posibilidad constante de antagonismo se puede concluir que en todo orden no existe un fundamento último, toda vez que ha sido resultado de la exclusión de otras posibilidades. El reconocimiento del antagonismo requiere aceptar la ausencia de fundamento último de todo orden. El orden social y político es resultado de una articulación contingente de relaciones de poder. En otras palabras, el reconocimiento de la inerradicabilidad del antagonismo “requiere admitir la naturaleza hegemónica de todos los tipos de orden social y el hecho de que toda sociedad es el producto de una serie de prácticas que intentan establecer un orden en un contexto de contingencia.”²⁸¹

A partir del reconocimiento de la imposibilidad de eliminar el antagonismo, expresado en una relación del tipo nosotros/ellos, presente en toda relación social y política, la teoría democrática debe encontrar el tipo de antagonismo que le sea propio. En palabras de Mouffe “el conflicto, para ser aceptado como legítimo, debe adoptar una forma que no destruya la asociación política.” Para ello, continua, “debe existir algún tipo de vinculación común entre las partes en conflicto, de manera que no traten a sus oponentes como enemigos a ser erradicados.”²⁸²

El concepto de antagonismo del que parte Mouffe es el propuesto por Schmitt, representado en la relación amigo/enemigo y que supone percepción de las demandas del enemigo como ilegítimas y, por lo tanto, susceptibles de ser eliminados. Esta relación antagónica niega el carácter plural de la sociedad y la democracia misma. Por tal motivo,

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 23

²⁸¹ *Ibid.*, p. 24

²⁸² *Ibid.*, p. 26

introduce el concepto de *agonismo* para identificar el antagonismo propio de la democracia. El agonismo “establece una relación nosotros/ellos en la que las partes en conflicto, si bien admitiendo que no existe una solución racional a su conflicto, reconocen sin embargo la legitimidad de sus oponentes.”²⁸³ Es decir, a pesar de estar en conflicto las partes se reconocen pertenecientes a la misma asociación política y, por lo tanto, comparten un espacio simbólico en común en el que se desarrolla el conflicto. Este espacio común está dado y garantizado por el respeto del procedimiento democrático; en ese sentido la tarea de la democracia es transformar el antagonismo (siempre latente) en agonismo.

El agonismo permite reconocer la dimensión conflictual de la democracia. A diferencia de la tradición liberal que concibe al otro como un competidor y nunca se plantea una lucha por un cambio en las relaciones de poder, el agonismo propuesto por Mouffe pone en juego “la configuración misma de las relaciones de poder en torno a las cuales se estructura una determinada sociedad: es una lucha entre proyectos hegemónicos opuestos que nunca pueden reconciliarse de manera un modo racional.”²⁸⁴ No obstante esta imposibilidad, el antagonismo propuesto por la autora, requiere estar regulado por un conjunto de procedimientos democráticos aceptados por ambas partes.

La formulación de procedimientos democráticos para regular el antagonismo siempre presente es, a decir Mouffe, la característica de una política democrática. La democracia supone el reconocimiento de la dimensión antagónica de lo político, este reconocimiento es posible sólo si se admite que la política “consiste en <<domesticar>> la hostilidad y en tratar de neutralizar el antagonismo potencial que acompaña toda construcción de identidades colectivas.”²⁸⁵

El antagonismo y la imposibilidad de una resolución final al conflicto es lo que posibilita la democracia, siempre que se desarrolle dentro del marco del agonismo.²⁸⁶ A

²⁸³ *Ibid.*, p. 27

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 28. Racional en el sentido supuesto por cierto consensualismo o contractualismo, que, a su vez, diferencia teórica (pero no siempre prácticamente) consenso y compromiso.

²⁸⁵ Chantal Mouffe, *El retorno de lo político*, ed. cit., p. 14

²⁸⁶ Véase Ernesto Laclau y Chantal Mouffe, *Hegemonía y estrategia socialista*, ed. cit., p. 18; *Id.*, *El retorno de lo político*, p. 16.

pesar del reconocimiento de la necesidad de procedimientos democráticos, la propuesta de Mouffe no se inserta dentro de la tradición institucionalista como el constitucionalismo, pues ella apunta por una radicalización de la democracia. La radicalización de la democracia se presenta como “la extensión de la democracia a un amplio espectro de relaciones sociales.”²⁸⁷ Esta propuesta no se limita a la ampliación de los espacios decisionales, sino que requiere “la transformación de las estructuras de poder existentes y la construcción de una nueva hegemonía.”²⁸⁸

La construcción de esa nueva hegemonía es planteada como parte de un proyecto político de izquierda. Ante la crisis del marxismo, la izquierda, otrora identificada con éste, necesita ubicarse dentro de la revolución democrática y en el respeto a los principios liberales que le acompañan. En palabras de Mouffe “La tarea de la izquierda no puede consistir por tanto en renegar de la ideología liberal sino al contrario, en profundizarla y expandirla en la dirección de una democracia radicalizada y plural.”²⁸⁹ Esta radicalización de la democracia no consiste en la creación y ampliación de normas jurídicas o institucionales especializadas en aquellos contextos en los que la democracia existe, ni la exportación de la democracia a aquellas latitudes en los que no existe; la radicalización de la democracia consiste en la búsqueda de una nueva hegemonía que reconozca el carácter plural de la sociedad y el antagonismo presente en la sociedad, en un proyecto político que no sea marxista leninista.

De esta manera, la crítica al neoconstitucionalismo implica, por un lado, el reconocimiento de una concepción hegemónica sobre la política, el Derecho y la democracia. Pero al mismo tiempo, posibilita la crítica misma toda vez que, en tanto práctica hegemónica, el constitucionalismo está rodeado de otras posibilidades o concepciones de la política. La recuperación de la política y del antagonismo permite abrir el debate sobre las prácticas de políticas que están fuera de los cauces del Derecho y la institucionalidad, cuya complejidad y la rápida etiqueta de “poderes fácticos” o “poderes salvajes” no hace más que ocultar.

²⁸⁷ Chantal Mouffe, *El retorno de lo político*, ed. cit., p. 127.

²⁸⁸ Chantal Mouffe, *En torno a lo político*, ed. cit., p. 59

²⁸⁹ Ernesto Laclau y Chantal Mouffe, *Hegemonía y estrategia socialista*, ed. cit., p. 222.

Conclusiones.

1. La transición a la democracia y el diseño institucional.

Uno de los ejes que articulan este trabajo es el análisis acerca de los límites del lenguaje de los derechos y del Derecho en general para aprehender la dinámica política. Nuestra intuición es que en la forma de pensar la política en México subyace un pensamiento político de fuerte impronta jurídica que no termina de incorporar teóricamente el conflicto y que culmina en una desvalorización de la actividad política y en una visión demasiado estrecha de la “normalidad” democrática. En nuestra investigación tomamos el proceso de transición a la democracia en México como un referente paradigmático en el que se fue construyendo y consolidando, paulatinamente y con esta forma particular de concebir la política que se fue construyendo y consolidando dentro de lo que hemos llamado el campo de pensamiento democrático.

La transición a la democracia en México fue vivida y pensada como un proceso catalizador, un parte aguas en la historia política nacional. En los casi veinte años que comprende el tránsito a la democracia en nuestro país, desde la reforma electoral de 1977 hasta la victoria de Vicente Fox en el año 2000, la constante han sido reformas electorales que, gradualmente, construyeron un entramado jurídico e institucional abocado a la celebración de elecciones. El ámbito electoral fue la madre de todas las batallas. La premisa era que a partir de la solución del problema electoral se generaría un cambio en la correlación de fuerzas, caracterizada por el acotamiento de la política a los márgenes institucionales.

El presidencialismo característico de la hegemonía priista, de acuerdo a la perspectiva de los transicionistas, “desapareció a través de un proceso de cambio que fortaleció e independizó a otros poderes e instituciones.” Con el proceso de transición a la democracia, de acuerdo al diagnóstico y la concepción del campo de pensamiento democrático, el presidencialismo mexicano, con sus facultades constitucionales y metaconstitucionales, no sólo desapareció, sino que se convirtió en un “poder republicano.” Este poder se hace presente en conjunto de instituciones autónomas que se construyeron durante la transición;

el Banco de México, la CNDH, el INAI, el TEPJF y el IFE, ahora INE, son los “botones de muestra” de la transformación del sistema político.²⁹⁰

Por sus características y funciones, el IFE representó una innovación en el conjunto de instituciones nacionales. El Instituto fue el símbolo de “nuevas” formas de hacer política, marcó una división y separación con el pasado, con esas “viejas” prácticas políticas características del autoritarismo y la hegemonía priista. En los múltiples estudios sobre el proceso de cambio político en nuestro país, la creación del IFE representa un punto de inflexión en el proceso de transición; a partir de su existencia el proceso cobró otro ritmo²⁹¹, las reformas electorales ya no fueron las iniciativas gubernamentales, sino aquellas que negociaron en las mesas de debate organizadas y dirigidas por el IFE. De esta manera, el Instituto se convirtió gradualmente en el garante de la contienda electoral y en la instancia en la que se llevaría a cabo la lucha política, siempre acotada al terreno electoral y a la modificación, creación y ampliación del marco normativo de esa materia.

El modelo del Instituto ha sido emulado y exportado a otras áreas de la política en México. La proliferación de Institutos autónomos en la década de los noventa es una muestra de ese intento para llevar la fórmula de la transición a todas las áreas de la vida social. De esta manera, el proceso de transición a la democracia catalizó la creación o ampliación del entramado institucional nacional. En el diagnóstico dominante, estos institutos responden a necesidades que surgieron durante la transición pero que no pudieron ser acogidas por ese proceso. Sin embargo, para nosotros la creación de esos entes no es una consecuencia necesaria de la transición.

Nuestro objetivo no es negar los problemas en términos de corrupción, transparencia, impartición de justicia, por mencionar algunos de los problemas más apremiantes de la sociedad mexicana; con nuestra reflexión queremos señalar que en los esfuerzos para atender esos problemas hay una forma de pensar la política y la dinámica social que tiene más que ver con la respuesta jurídico administrativa que con la solución política (y técnica)

²⁹⁰ José Woldenberg, “Añoranza del autoritarismo” en *Después de la transición...*, ed. cit., pp. 27-30

²⁹¹ Cfr. Rolando Cordera Campos y Adolfo Sánchez Rebolledo, “Los ritmos de la democracia y la economía política del presidencialismo” en Luis Salazar (coord.) *México 2000. Alternancia y transición a la democracia*, ed. cit., pp. 455-456

El énfasis en la creación y diseño institucional, la defensa de la institucionalidad más allá de su *performance* real, así como creencia en la producción de cambios políticos a partir de cambios normativos, elementos señalados en el capítulo uno de este trabajo, son algunas de las características del pensamiento político mexicano contemporáneo o del nuevo sentido común político.²⁹²

2. *Pensamiento político con fuerte impronta jurídica.*

Al énfasis en la creación y diseño institucional subyace un pensamiento de fuerte impronta jurídica. El proceso de transición a la democracia y la formación y consolidación del campo de pensamiento democrático arraigó esa concepción de la política. El proceso de cambio político ha sido significado como una nueva estructuración y cambio en las relaciones de poder existentes. A partir de la construcción de instituciones y reformas electorales el presidencialismo mexicano se extinguió y dio paso a una nueva era en la política.

Una de las premisas del neoconstitucionalismo (en su versión garantista), señaladas en el capítulo tres de nuestro trabajo, es la neutralización de cualquier tipo de poder a partir del establecimiento de controles jurídicos e institucionales. Esta premisa ha sido aceptada y muy poco cuestionada en el debate teórico político mexicano. Los análisis hechos en los últimos años apuntan a la necesidad de ampliar e hiperespecializar el entramado jurídico e institucional existente para hacer frentes a los problemas que se “abrieron” después de la transición.

De acuerdo a la propuesta del campo de pensamiento democrático, con la transformación en el sistema político ocurrida durante la transición a la democracia, “emergieron” poderes que antes habían estado supeditados al poder presidencial. Estos poderes han sido denominados “salvajes” o “fácticos” y representan “el desafío principal de la democracia en nuestros días.”²⁹³ La amenaza consiste en que no acatan o se sitúan “por

²⁹² Este sentido común político es de tipo neoliberal. No obstante, es compartido por la izquierda y la derecha en cuanto a ciertos tópicos: crítica al Estado, reivindicación del pluralismo, de los consensos y los pactos fundantes, de la tolerancia, de diversos grados y sentidos de la autonomía, de la sociedad civil, etc.

²⁹³ Raúl Trejo Delarbre, *Podres salvajes. Mediocracia sin contrapesos*, Cal y arena, México, 2005, p. 191

encima” del entramado institucional y legal existente. Sin importar que se trate de una corporación eclesiástica, un grupo empresarial o medios de comunicación, “los poderes fácticos regatean autoridad a las instituciones estatales cuando no funcionan de acuerdo con sus intereses.”²⁹⁴ En ese sentido, los poderes facticos son considerados antidemocráticos y su existencia es un peligro para la democracia y para el Estado.

Para los transicionistas mexicanos “la índole antidemocrática de los poderes fácticos no radica únicamente en la reivindicación de privilegios para alguna o algunas corporaciones o grupos de interés sino, junto con ello, en su desempeño al margen o a pesar del orden jurídico.”²⁹⁵ Nuestro cuestionamiento a este tipo de lecturas parte de la intuición que en la forma de pensar la política en México, caracterizada por el énfasis en el diseño institucional, no se toma una noción de política entendida como confrontación entre grupos antagónicos. Con esa forma de concebir la política, todo comportamiento no previsto por la norma resulta antidemocrático. El campo de pensamiento democrático mexicano pretende ser una teoría política *tout court* y prever cualquier contingencia política y social. Esta empresa teórica resulta incapaz de comprender la naturaleza política de esos grupos de poder y los califica como antidemocráticos porque no contempla la “dimensión política” inerradicable de la dinámica democrática y jurídica.

3. *Estado de derecho.*

Como resultado de la empresa teórica y política del campo de pensamiento democrático, el concepto Estado de derecho ha cobrado relevancia en el debate en torno a la democracia y a la política. El Estado de derecho es, sin duda, una precondition necesaria²⁹⁶ para el establecimiento de un régimen democrático. Sin embargo, en nuestro país la modernización y consolidación del Estado de derecho ha sido entendido como la creación de grandes

²⁹⁴ Raúl Trejo Delarbre “Poderes fácticos, problemas drásticos” en *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, Universidad Nacional Autónoma de México, nueva época, Año LVIII, núm.217, enero-abril 2013, p.224.

²⁹⁵ Raúl Trejo Delarbre “Poderes fácticos, problemas drásticos” en *Op. cit.*, p.230

²⁹⁶ Sobre las condiciones de la democracia véase Michelangelo Bovero, *Contro il governo dei peggiori. Una gramatica della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2000, p. 39

sistemas especializados como el IFE, el IFAI o el Sistema Nacional Anticorrupción, entre otros.

En México se ha pensado la garantía constitucional de los derechos fundamentales a través de un modelo neoinstitucional en el que a cada derecho le corresponde una institución especializada para su garantía. Esta concepción abreva de los postulados del modelo de Estado constitucional de derecho. Uno de los principales objetivos de este modelo es la subordinación de la política, o cualquier tipo de poder, al derecho y a los procedimientos institucionales especializados a través de límites constitucionales. En el caso mexicano, la construcción y vigencia del Estado de derecho, ha sido utilizado como respuesta del sistema político frente a los conflictos surgidos en los últimos años. Además de la garantía de los derechos fundamentales, las instituciones especializadas, como el IFE, IFAI o el Sistema Nacional Anticorrupción, fueron creados para neutralizar y atender conflictos políticos y sociales. En ese sentido, en la forma de hacer y pensar la política en México los procedimientos y las instituciones diluyen la política, entendida como búsqueda de proyectos alternativos.

En el debate mexicano la dinámica política se traduce en la discusión acerca de las normas y los procedimientos idóneos para regular, neutralizar y anticipar todas las contingencias. En el caso de la transición a la democracia, cada reforma electoral ha sido pensada como un paso más para la regulación y prevención de las contingencias en el ámbito electoral, para la neutralización y anticipación de los conflictos. Ante los conflictos ocurridos en los últimos años el concepto “crisis” cobró relevancia en la discusión académico-política. De acuerdo a esta lectura, las instituciones se “volvieron” débiles frente a la “emergencia” de poderes extra políticos, principalmente económicos. Por tal motivo, afirman los “transcensionistas” mexicanos, es necesario reforzar, a partir de una mayor especialización, los procedimientos e instituciones existentes y los órganos de fiscalización de la política.

El Estado de Derecho, en la lectura predominante en México, se opone a la política. Su reforzamiento y modernización es vista como una forma de evitar la emergencia de conflictos políticos fuera de los límites del marco institucional. El campo de pensamiento democrático no reconoce que en el constante apelo al Estado de Derecho y al marco

institucional hay forma de hacer política, no siempre explícita que se manifiesta en la defensa de la institucionalidad por encima de su *performance* es un acto político.

En México, el concepto Estado de Derecho es asociado a valores morales, tal como el de paz y bien, estos valores son usados políticamente para legitimar los intereses particulares y descalificar al contrario. Los conflictos sociales y políticos, desde uno vecinal hasta una pugna entre partidos políticos, apelan al Estado de Derecho y el respeto a las normas para señalar al otro; el otro es aquel que no cumple las leyes, que altera la “paz” y los “cauces institucionales”, al hacerlo se convierte en un “peligro” y “atenta” contra la estabilidad institucional.

En la constante invocación al Estado de derecho, por parte de los “transicionistas”, se presenta una ambigüedad conceptual. Discursivamente se invoca el modelo de Estado constitucional de derecho, en su versión garantista; los derechos fundamentales son la bandera de batalla usada por los integrantes del campo de pensamiento democrático. Sin embargo, en el actuar, en la invocación “irrestricada” de la ley, en la sacralización de la legalidad hay elementos del *Rechtsstaat*. Se trata de legitimar un *status quo*, una articulación de fuerzas determinada y negar la posibilidad de discusión acerca de alternativas a esa articulación y correlación de fuerzas. En otras palabras, el Estado de Derecho se usa para diluir la política en los canales procedimentales.

El uso político del Estado de Derecho nos llevó a cuestionar los límites del Derecho para acotar y neutralizar la política. Schmitt, en su crítica al positivismo jurídico y al Estado constitucional, señalaba que el Derecho “posee su propio ámbito relativamente autónomo como tal, más seguro cuando se encuentra a la sombra de una gran decisión política, por ejemplo, en el marco de un Estado estable.”²⁹⁷ La política antecede al Derecho, a partir de la decisión soberana se decanta el ordenamiento jurídico. Los “transicionistas” mexicanos no reconocen la dimensión política subyacente en el énfasis en la creación y diseño institucional.

La omisión de esa dimensión política ha llevado a pensar que todo poder puede ser neutralizado a partir de un marco jurídico institucional especializado. El supuesto de esta

²⁹⁷ Carl Schmitt, *El concepto de lo político*, ed. cit., p. 94

perspectiva teórico-política es que un cambio en la institucionalidad genera un cambio en la correlación de fuerzas políticas y sociales. Al mismo tiempo, dentro del campo de pensamiento democrático el conflicto juega un papel marginal; es visto como un momento de tensión que pone en duda el entramado institucional, el cual debe ser defendido y actualizado para poder neutralizar el conflicto.

En ese sentido, todo conflicto requiere una institución especializada que lo contenga y neutralice. El campo de pensamiento democrático mexicano va un paso más allá y trata de prever toda contingencia política. Sin embargo, el campo no toma en cuenta que la política puede “nacer y crecer en cualquier lugar de la sociedad y comenzar profundas transformaciones culturales incluso antes de transformarse en poder político institucionalizado.”²⁹⁸ En otras palabras, la política no puede ser acotada a un marco institucional preexistente, ésta puede surgir en cualquier ámbito y no está sujeta normas procedimentales.

La pretensión de regular todos los ámbitos de la vida social y de acotar la política el marco institucional nos han llevado a una “saturación de Derecho”. En nuestro país se piensa que a mayor número de instituciones especializadas, mayor será la eficacia en la resolución de contingencias políticas y sociales. Los numerosos diagnósticos y evaluaciones hechas a las instituciones, principalmente aquellas relacionadas con la impartición de justicia y garantía de derechos fundamentales, muestran que existe un déficit de eficacia en el desempeño de estas instituciones. Este déficit ha dado pie a la proliferación del concepto “crisis”. Tal como lo hemos expuesto en los capítulos anteriores, buena parte de los otrora defensores del modelo de transición y modernización del Estado de derecho hoy critican ese modelo y señalan una “crisis” de la institucionalidad, entre otros predicados.

Ante el problema del déficit de eficacia, el campo de pensamiento democrático y los “transicionistas” responden en términos de “lagunas” y “antinomias” de ley, es decir, en términos de una falta de legislación o de la contradicción entre dos derechos fundamentales. Dentro del paradigma constitucional, las antinomias y las lagunas de la ley se resuelven a

²⁹⁸ Elena Paciotti, “Il potere politico. Tra Stato e istituzioni sovra-statali” en Michelangelo Bovero y Valentina Pazé (coord.) *Diritti e poteri*, La Stafette, Torino, 2013, p. 127

partir de la creación de más normas e instituciones que las subsanen. En el caso mexicano, los teóricos del Derecho y la política han acotado la discusión sobre la eficacia a la discusión sobre la idoneidad del marco normativo institucional existente. Fiscalías especializadas, Institutos Nacionales, Comisiones nacionales, entre otras figuras son frecuentemente debatidas en la academia mexicana. El debate, sin embargo, es acotado a la funcionalidad de los procedimientos de cada una de las instituciones, éstas son axiomas en el pensamiento político predominante en México.

Para nosotros, el problema de la eficacia muestra un límite del Derecho y del neoinstitucionalismo para aprehender la política. Como hemos apuntado en el capítulo cuatro, categorías como conflicto y antagonismo no se pueden erradicar del discurso político porque en los hechos no son suprimibles. La “emergencia” de nuevos actores, de nuevos conflictos, de crisis en los últimos años, nos lleva a cuestionar los alcances del Derecho para neutralizar y encauzar políticamente el conflicto. Un debate político que se acote sólo a las normas o reglas del juego no lograra comprender la complejidad de la política misma. En ese sentido, se requiere recuperar el conflicto y el antagonismo en la discusión política nacional. Hacerlo permitiría discutir los límites y alcances del modelo constitucional vigente, no para negarlo y suprimirlo, sino para establecer los mecanismos adecuados para la resolución de los conflictos de manera eficaz.

4. Conflicto y antagonismo en la teoría política.

Después de la experiencia del totalitarismo en Europa y de dictaduras en América Latina, el Estado de derecho se opuso al autoritarismo. Frente a la crisis de las visiones totalizadoras y las fundamentaciones absolutas, el pluralismo fue visto como un medio adecuado para asir la complejidad de la sociedad. En ese sentido, el pluralismo es un mérito. Sin embargo, con el desarrollo y consolidación del campo de pensamiento democrático, en el ambiente teórico-político mexicano, se pasó del reconocimiento del pluralismo (asociativo, cultural, ideológico y político) a la enfatización de los consensos entre las fuerzas políticas. De tal manera, el pensamiento hegemónico sobre la transición a la democracia se reclama defensor y promotor del pluralismo político y social, pero al mismo tiempo éste pluralismo

debe conducir a un consenso de todas las fuerzas, en el que aquellos grupos que no formen parte del consenso son calificados de antidemocráticos.

El conflicto y el disenso político son vistos, para el campo de pensamiento democrático, como algo nocivo, un momento de tensión y peligro para las instituciones existentes. La política, en el campo de pensamiento democrático, se concibe como la búsqueda de consenso y el establecimiento de los procedimientos adecuados para la eliminación del conflicto. En este trabajo hemos apuntalado la necesidad de pensar la democracia y la política desde una perspectiva no exclusivamente jurídica. Por tal motivo hemos recuperado el antagonismo y el conflicto como categorías de análisis que nos permiten entender la complejidad de la práctica política. Desde esta perspectiva consideramos al conflicto como un efecto necesario e insuperable “de la pluralidad de valores y, junto con ellos, de intereses que encontramos en el mundo humano.”²⁹⁹

El matiz hecho por Mouffe y la introducción del concepto “agonismo” nos permite pensar la democracia en términos de un pluralismo conflictivo sin llegar a negar los principios de la democracia liberal, a saber, el respeto a las libertades y derechos individuales. Además, nos permite pensar que es a través de la lenta construcción de hegemonía que podemos hablar de proyectos alternativos. Con el reconocimiento de la dimensión conflictual de la democracia buscamos llevar la discusión política más allá del debate sobre las instituciones y los procedimientos adecuados para la organización de elecciones periódicas. Se trata de recuperar la política, en tendida en términos de discusión pública sobre alternativas a al modelo hegemónico.

La recuperación de la política, del antagonismo y el conflicto como categorías de análisis no implica el regreso de visiones totalizadoras, ni pensar a la política como “dadora de sentido”. Lo que buscamos es señalar que incluso en el discurso del Derecho (y los derechos), que pretende ser autónomo y neutro frente a la política, se ponen en juego relaciones de poder y se establece una correlación de fuerzas situando a una fuerza en una posición hegemónica.

²⁹⁹ Enrique serano, “El enemigo político. Sobre la difícil relación entre política y moral” en Nora Rabotnikof Ambrosio Velasco y Corina Yturbe (comps.) *La tenacidad de la política*, IIF-UNAM, México, 1995, p. 74

La dimensión conflictual de la democracia tampoco debe entenderse como una apología del conflicto ni de la violencia. Lo que buscamos es señalar que el conflicto juega un papel central en las democracias contemporáneas. El conflicto permite el reconocimiento de una fuente de tensión, de un antagonismo que no se puede resolver dentro de los cauces institucionales existentes llevando así, a la necesidad de modificar y actualizarlas. El conflicto, sin embargo, no es previsible, es imposible prevenir todas las contingencias. Los intentos en ese sentido llevan a la saturación de derechos y de instituciones, así como a una burocratización inevitable de la política.

El conflicto, como hemos señalado en el capítulo cuatro, no se puede erradicar de la práctica política. Los estudios sobre la democracia deben tomar en cuenta el papel que desempeña el conflicto y no sólo enfatizar las reglas del juego. En ese sentido, la democracia debe ser pensada como un medio que posibilite la resolución de conflictos al interior de una sociedad plural en la que son garantizados los derechos individuales, pero que al mismo tiempo alberga posiciones antagónicas.

Bibliografía.

ACKERMAN, John M. “Democratización: pasado, presente y futuro” en *Perfiles latinoamericanos*, núm. 28, julio-diciembre 2006.

-----, *Organismos autónomos y democracia: el caso de México*, México, siglo XXI-Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2007.

BELIEFELDT, Heiner, Deconstruction of the "Rule of Law": Carl Schmitt's Philosophy of the Political” in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, Vol. 82, No. 3, 1996

BOBBIO Norberto, “Quali alternative alla democrazia rappresentativa?” en *Quale Socialismo? Discusione di un’alternativa*, Einaudi, Torino, 1977

-----, “Kelsen y el problema del poder” trad. Gustavo Molina ramos en *Crítica jurídica*, núm. 8, 1988

-----, *L’età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990

-----, “El poder y el derecho” en *Origen y fundamentos del poder político*, trad. José Fernández Santillán, Grijalbo, México, 1996

-----, *El futuro de la democracia*, trad. José F. Fernández Santillán, FCE, México, 2003

-----, *Liberalismo y democracia*, trad. José F. Fernández Santillán, FCE, México, 2006

-----, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, trad. José F. Fernández Santillán, FCE, México, 2008

-----, *Teoria generale della politica*, Einaudi, Torino, 2009

-----, “El poder invisible” en *Democracia y secreto*, trad. Ariella Aureli y José F. Fernández Santillán, FCE, México, 2013

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, “The concept of the Political. A Key to Understanding Carl Schmitt’s Constitutional Theory” in David Dyzenhaus (ed.), *Law as Politics. Carl Schmitt’s Critique of Liberalism*, Duke University Press, Durham, 1998

BONVECCHIO, Claudio, *Decisionismo. La dottrina política di Carl Schmitt*, Unicopoli, Milano, 1984

Bovero, Michelangelo, “Lugares clásicos y perspectivas contemporáneas sobre política y poder” en Norberto Bobbio y Michelangelo Bovero, *Origen y fundamentos del poder político*, trad. José F. Fernández Santillán, Grijalbo, México, 1996.

-----, *Contro il governo dei peggiori. Una gramatica della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2000

-----, “Nuevas reflexiones sobre democracia y Constitución” en Pedro Salazar Ugarte, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, FCE, México, 2008

CARPIZO, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, Siglo XXI, México, 1978

-----, “La reforma electoral de 1994” en Jorge Alcocer V (coord.) *Elecciones, diálogo y reforma México, 1994 v: I*, México, Nuevo Horizonte, 1995.

-----, *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América latina*, Colombia, Universidad Externado de Colombia y UNAM, 2009

CORDERA Campos, Rolando y SÁNCHEZ Rebolledo, Adolfo, “Los ritmos de la democracia y la economía política del presidencialismo” en Luis Salazar (coord.) *México 2000. Alternancia y transición a la democracia*, México, Cal y Arena, 2001

CÓRDOVA, Arnaldo, *La formación del poder político en México*, Era, México, 1972.

CÓRDOVA, Lorenzo, *Derecho y poder. Kelsen y Schmitt frente a frente*, FCE, México, 2009

COSÍO Villegas, Daniel, *El sistema político mexicano*, Joaquín Mortiz, México, 1972

CRUZ Reyes, Gerardo, *Los acuerdos en la democratización del Estado y el cambio político en México*, México, Instituto Electoral del Distrito Federal, 2006

D’AURIA, Aníbal “Los discursos del derecho” en Nancy Cardinaux, et. al., (coord.), *Las razones de la producción del derecho. Argumentación constitucional, argumentación parlamentaria y argumentación de la selección de jueces*, Departamento de Publicaciones Facultad de Derecho/UBA, Buenos Aires Argentina, 2006

DYZENHAUS, David, *Legality and Legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, Oxford University Press, Oxford and New York, 1999

FERNÁNDEZ Christileb, Paulina, “De la transición democrática a un autoritarismo renovado” en Gerardo Ávalos Tenorio (coord.) *El Estado mexicano. Historia, estructura y actualidad de una forma política en transformación*, México, UAM-Xochimilco, 2009

FERRAJOLI, Luigi, “Una Definizione formale del concetto di diritti fondamentali” en Luigi Ferrajoli *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico* (a cura di Ermanno Vitale), Laterza, Roma-Bari, 2001

-----, “Garantismo y Estado de derecho” en *El garantismo y la filosofía del derecho*, trad. Gerardo Pisarello, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2001

-----, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. Perfecto Ibáñez y Andrea Greppi, Trotta, Madrid, 2004

-----, “Por una esfera pública del mundo” trad. Corina Yturbe, en *Configuraciones*, primavera-verano, núm. 14, 2004

-----, “La esfera de lo indecible y la división de poderes” en *Estudios constitucionales*, año 6, núm. 1, 2008

-----, *Garantismo una discusión sobre derecho y democracia*, trad. Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2009

-----, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, v. 2 *Teoría de la democracia*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2011

-----, “La rivincita degli interessi e l’eclisse del pubblico” en *Teoria Politica*, nueva serie, annali 1, 2011

-----, *La democrazia attraverso i diritti. Il costituzionalismo garantista come modello teorico e come progetto politico*, Laterza, Roma-Bari, 2013

Carlo Gialli, *Il disagio della democrazia*, Giulio Einaudi, Torino, 2011 [trad. Esp. María Julia de Ruschi, FCE, Argentina, 2013]

-----, “Schmitt y el Estado” en *La mirada de Jano. Ensayos sobre Carl Schmitt*, trad. María Julia de Ruschi, FCE, Argentina, 2011

HAMILTON A., MADISON J. y JAY J., *El federalista*, trad. Gustavo R. Velasco, FCE, México, 2012

HELLER, Hermann, *Escritos políticos*, trad. Salvador Gómez de Arteche, Alianza editorial, Madrid, 1985

-----, *El sentido de la política y otros ensayos*, trad. Maximiliano Hernández y Encarnación vela Sánchez, Pre-textos, Valencia, 1996

-----, *Teoría del Estado*, trad. Luis Tobío, FCE, México, 2011

HIRST, Paul, “El decisionismo de Carl Schmitt” en Chantal Mouffe (coord.) *El desafío de Carl Schmitt*, trad. Gabriel Merlino, Prometeo Libros, Buenos Aires, 2011

JELLINEK, George, *Teoría general del Estado*, trad. Fernando de los Ríos, México, FCE, 2012

KANT, Immanuel, *Sobre la paz perpetua*, trad. Joaquín Abellán, Alianza editorial, Madrid, 2012

KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. Roberto J. Vernengo, UNAM, México, 1982

-----, *Esencia y valor de la democracia*, trad. Rafael Luengo Tapia, Colofón, México, 2005

-----, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Máynez, UNAM, México, 2012

-----, *Teoría general del Estado*, trad. Luis Legaz Lacambra, Ediciones Coyoacán, México, 2012

LACLAU, Ernesto y MOUFFE, Chantal, *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*, trad. Ernesto Laclau, FCE, Argentina, 2011

LASSALLE, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, México, Colofón, 2009

LESGART, Cecilia, “Usos de la transición a la democracia. Ensayo, ciencia y política en la década de los ochenta.” en *Estudios sociales*, vol. 22, núm. 1, 2002.

MASTROPAOLO, Alfio, *La democrazia è una causa persa? Paradossi di un'invenzione imperfetta*, Bollati Boringhieri, Torino, 2011

MERINO, Mauricio, *La transición votada. Crítica a la interpretación del cambio político en México*, México, FCE, 2003

MOUFFE, Chantal, *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo, democracia radical*, trad. Marco Aurelio Galmarini, Paidós, España, 1999

-----, *En torno a lo político*, trad. Soledad Laclau, FCE, Argentina, 2011

-----, “Introducción: El desafío de Schmitt” en *El desafío de Carl Schmitt*, trad. Gabriel Merlino, Prometeo Libros, Buenos Aires, 2011

-----, *Agonística. Pensar el mundo políticamente*, trad. Soledad Laclau, FCE, Argentina, 2014

MOYN, Samuel, *The Last Utopia. Human Rights in History*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts and London, 2010.

-----, “A Powerless Companion: Human Rights in the Age of Neoliberalism” en *Law and Contemporary Problems*, núm. 77, 2015

PACIOTI, Elena, “Il potere politico. Tra Stato e istituzioni soprastatali” en Michelangelo Bovero y Valentina Pazè (a cura) *Diritti e poteri*, Le staffette, Torino, 2013

PAZÈ, Valentina, “La democrazia tra forma e sostanza” en *Diritto & questione pubbliche*, n. 14, 2014

PINO, Giorgio, “Il linguaggio dei diritti” en *Ragion Pratica*, núm. 31, diciembre 2008

- PINTORE, Anna, *I diritti della democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2004
- PROVENCIO, Enrique “La política social 1989-1994” en Pablo Pascual Moncayo (coord.) *Las elecciones de 1994*, México, Cal y Arena, 1995
- PRETROSSI, Geminello, “I diritti alla prova del <<politico>>” en *Ragion Pratica*, núm. 31, diciembre 2008
- RABOTNIKOF, Nora, *Max Weber: desencanto, política y democracia*, IIF-UNAM, México, 1989
- , “El retorno de la filosofía política: notas sobre el clima teórico de una década” en *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 54, núm. 4, octubre-diciembre, 1992.
- RANCIÈRE, Jaques, *En los bordes de lo político*, trad. Alejandro Madrid, la Cebra, Madrid, 2007
- REYES Heróles, Jesús, “Discurso pronunciado en Chilpancingo 1977” en Germán Pérez del Castillo, et al, (comps.) *Memoria histórica de la transición democrática en México 1977-2007*, t.1, México, Miguel Ángel Porrúa, FCPS UNAM, 2009
- RODOTÀ, Stefano, *Repertorio di fine secolo*, Laterza, Roma-Bari, 1999
- , “Una moralità costituzionale” en *Elogio del moralismo*, Laterza, Roma-Bari, 2011
- , *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2012
- , *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano, 2012
- RUGGIU, Daniele, “Conflitto e diritti. Dificoltà e aporie del conflittualismo contemporaneo” en *Ragion Pratica*, núm 31, diciembre 2008
- ROUSSEAU, J.J., *El contrato social*, UNAM, México, 1978
- SALAZAR, Luis, “Introducción. México 2000: alternancia y transición a la democracia” en *Ibid.*, (coord.) *México 2000. Alternancia y transición a la democracia*, Carl y Arena, México, 2001
- SALAZAR, Luis “Política y democracia en México” en Antonella Attili y Luis Salazar, *Más allá de la transición. Los cambios políticos en México 1977-2008*, México, Miguel Ángel Porrúa UAM-I, 2010
- SALVADORI, Massimo, *Democrazia senza democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2009
- SANTORO, Emilio “Democrazia, migrazioni e società multiculturali” en Sandro Mezzadra y Maurizio Ricciardi (a cura di) *Movimenti indisciplinati. Migrazioni, migranti e discipline scientifiche*, Ombre corte, Verona, 2013

SARAVIA, Gregorio, "Carl Schmitt: Variaciones sobre el concepto de enemigo." en *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n° 15, enero 2012.

SCALONE, Antonio, "Derecho, decisión y representación: el poder en Carl Schmitt" en Giuseppe Duso (coord.) *El poder. Para una historia de la filosofía política moderna*, trad. Silvio Mattoni, Siglo XXI, México, 2007

SCHMITT, Carl, *Legalidad y legitimidad*, trad. José Díaz García, Aguilar, España, 1971

-----, *Teoría de la Constitución*, trad. Francisco Ayala, Alianza editorial, Madrid, 1982

-----, *El concepto de lo político*, trad. Rafael Agapito, Alianza editorial, Madrid, 1998

-----, *Catolicismo y forma política*, trad. Carlos Ruiz Miguel, Técnos, 2000

-----, *Teología política. Cuatro capítulos sobre la doctrina de la soberanía*, trad. Francisco Javier Conde y Jorge Navarro Pérez, Trotta, Madrid, 2009

SERRA, Teresa, *La disobbedienza civile. Una risposta alla crisi della democrazia?*, G. Gianppichelli Editore, Torino, 2000

SERRANO, Enrique, "El enemigo político. Sobre la difícil relación entre política y moral" en Nora Rabotnikof Ambrosio Velasco y Corina Yturbe (comps.) *La tenacidad de la política*, IIF-UNAM, México, 1995

TREJO Delarbre, Raúl, *Podres salvajes. Mediocracia sin contrapesos*, Cal y arena, México, 2005

-----, "Poderes fácticos, problemas drásticos" en *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, Universidad Nacional Autónoma de México, nueva época, Año LVIII, núm.217, enero-abril 2013

VITALE, Ermanno, *Defenderse del poder. Por una resistencia constitucional*, trad. Pedro Salazar Ugarte y Paula Sofía Vásquez Sánchez, Trotta, Madrid, 2012

WOLDENBERG, José, "Seis tesis en materia electoral" en *La construcción de la democracia*, México, Plaza y Janes, 2002

-----, *Después de la transición. Gobernabilidad, espacio público y derechos*, México, Cal y Arena, 2006

-----, et. al, *La mecánica del cambio político en México. Elecciones, partidos y reformas*. Cal y Arena, México, 2011.

YTURBE, Corina, *Pensar la democracia: Norberto Bobbio*, UNAM-IIF, México, 2007