

CAPÍTULO PRIMERO

INSTITUCIONES Y ESTADO DE DERECHO

I. INTRODUCCIÓN

El Estado mexicano llega a finales del siglo XX sin lograr tener los elementos de un Estado de derecho pleno. En este capítulo se abordarán algunos elementos metodológicos indispensables para una reconstrucción de las instituciones nacionales. La vertiente teórica de la que nos serviremos será la del nuevo institucionalismo y sus implicaciones para el estudio del Estado de derecho.

La primera premisa consiste en señalar que no es posible transformación ni modernización económica alguna, si previamente no se modernizan las instituciones jurídicas y políticas nacionales. La segunda nos indica que para la realización de una transición a la democracia exitosa y para una consolidación democrática necesitamos de normas constitucionales congruentes con los procedimientos democráticos y con el respeto y la garantía de los derechos fundamentales.

De esta manera se procederá a exponer la teoría institucional y se hará un recorrido por el significado e implicaciones del Estado de derecho, para finalmente terminar con un colofón crítico sobre la situación actual del Estado de derecho en nuestro país.

II. EL NUEVO INSTITUCIONALISMO

1. *La importancia y novedad de la teoría institucional*

El nuevo institucionalismo subraya la relativa autonomía de las instituciones políticas respecto a las fuerzas sociales y económicas. Es un intento teórico muy reciente que se da en la totalidad de las ciencias sociales y económicas¹ para

¹ El Estado se ve ahora como un auténtico conformador y moldeador de la sociedad. Los trabajos decisivos son Evans, Rueschemeyer, Skocpol (eds.), *Bringing the State Back In*, Cambridge University Press, 1985. Para perseguir los términos de este nuevo debate, *vid. American Political Science Review*, vol. 82, núm. 3, 1988; y más recientemente el artículo de Mitchell, T., “The Limits of the State: Beyond Statist Approaches and their Critics”, *American Political Science Review*, vol. 85, núm. 1, 119, así como los comentarios al mismo en *American Political Science Review*, vol. 86, núm. 4, 1992.

situar en el lugar que corresponde a las instituciones dentro del análisis político y económico. El nuevo institucionalismo nos viene a decir que las instituciones no son una mera superestructura o reflejo de la sociedad y la economía. Las instituciones moldean e influyen en las relaciones económicas y sociales.

Lo anterior que puede ser evidente, por ejemplo para los cultivadores de la ciencia jurídica, no lo era para los politólogos² o los economistas. En la mayoría de las teorías contemporáneas de la política, las instituciones políticas tradicionales como las Cámaras legislativas, el sistema legal y el Estado, e igualmente instituciones económicas tradicionales como la empresa habían visto disminuida su importancia en comparación con el lugar que ocupaban en las teorías anteriores de los politólogos de finales del siglo pasado y de inicios de éste.³

Si bien el concepto de institución nunca ha estado ausente de la ciencia política teórica, la visión básica que ha caracterizado a las teorías de la política desde aproximadamente 1950 ha sido:

a) Contextual, proclive a ver la política como una parte integral de la sociedad, menos inclinada a diferenciar la política del resto de la sociedad;⁴

2 Vallespín, Fernando, "Viaje al interior de un gremio. De los politólogos y su proceloso objeto", *Claves*, núm. 40, Madrid, marzo de 1994, pp. 28-36. En este artículo, Vallespín explica el estado actual de la ciencia política caracterizado por la ausencia de referentes. Apoyándose en Almond elabora un esquema de las principales escuelas o tendencias. El cuadro combina el factor ideológico "izquierda-derecha" con el enfoque metodológico fuerte-débil. En la "izquierda-débil" incluye a los herederos de la vieja teoría crítica (Adorno, Horkheimer, Marcuse), preocupados sobre todo por desvirtuar el ingenuo empirismo positivista, y por resaltar la inextricable vinculación entre teoría y práctica política. También se incluyen lo que queda de los otros grupos marxistas más ortodoxos, representados por autores como Perry Anderson, Goran Therborn o Philip Slater, que ante todo se centran en reivindicar el componente de clase política y la imposibilidad de separar la actividad científica de la política. Por último habría que ubicar aquí también a la "teoría de la dependencia" de Fernando Cardoso. En la izquierda dura entrarían estos mismos grupos, pero valiéndose ya de una metodología más seria, dirigida a cuantificar y poner a prueba las hipótesis elaboradas a partir de sus principios ideológicos. Se utilizan las formalizaciones matemáticas. La derecha débil la integrarían fundamentalmente los neoconservadores, destacando entre todos ellos los straussianos, que poseen un indiscutible poder en el ámbito de la teoría política norteamericana. La derecha fuerte está en la escuela del *public choice*.

3 Como J. W. Burgess o W. W. Willoughby, de economistas como Thorstein Veblen o John R. Commons y de sociólogos como Max Weber; March, James G. y Johan P. Olsen. "El nuevo institucionalismo: factores organizativos de la vida política", *Zona Abierta*, núms. 63-64, Madrid, 1993.

4 El contextualismo o la política subordinada a fuerzas exógenas. Los politólogos tradicionalmente han tratado a las instituciones y al Estado como factores importantes para el ordenamiento y comprensión de la vida colectiva (Heller, 1933). Los politólogos modernos no lo han visto así: la política reproduce como un espejo su contexto (Easton, 1968); tal es el caso de las teorías sobre la estratificación social. En estas teorías se da por supuesto que clase, geografía, clima, etnia, lenguaje, cultura, condiciones económicas, demografía, tecnología, ideología y religión son cosas que afectan todas a la política, pero ninguna se ve significativamente afectada por ella.

b) Reduccionista, inclinada a considerar los fenómenos políticos como las consecuencias agregadas del comportamiento individual y no como los resultado de las estructuras organizativas y a las reglas del comportamiento adecuado;⁵

c) Utilitaria porque ha visto a la acción como el producto de un calculado interés propio, sin considerar que los actores políticos responden a obligaciones y deberes;⁶

d) Funcionalista en el sentido de preocuparse exclusivamente por mecanismos eficientes para el logro de equilibrios y sin atender seriamente las posibilidades de adaptación deficiente y no univocidad en el desarrollo histórico;⁷

e) Instrumentalista, porque la toma de decisiones y la distribución de recursos han sido sus preocupaciones centrales y no los modos en que la vida política se organiza en torno al despliegue de significados mediante símbolos, rituales y ceremonias.⁸

De esta manera, el nuevo institucionalismo sostiene la interdependencia entre las instituciones políticas y sociales. Resta énfasis a la primacía simple de los procesos micro y de la historia eficiente en favor de procesos relativamente complejos y de la ineficiencia histórica, disminuye el interés por las metáforas de la elección y de los resultados distributivos en favor de otras lógicas de la acción,

5 Reduccionismo o las consecuencias del comportamiento micro. Hay algunos modernos desarrollos teóricos de la ciencia política que suponen que la mejor manera de comprender los fenómenos políticos es como consecuencias agregadas del comportamiento entendido desde el individuo o el grupo.

6 La acción como toma de decisiones calculadas. La vida es caracterizada como toma deliberada de decisiones. Las elecciones brotan de dos anticipaciones sobre el futuro. La primera es una anticipación sobre las consecuencias futuras inciertas de acciones actuales posibles. Esta suposición da lugar a un énfasis sobre el poder de la información y de los expertos y sobre la importancia de las fuentes de información fidedignas e imparciales. En sus versiones políticas, las teorías de la elección suponen que, como promedio, los electores votan inteligentemente en relación con sus intereses, que los representantes políticos forman coaliciones sensatas, y que las naciones pactan voluntariamente alianzas que, como promedio, mejoran su situación. La segunda anticipación es una anticipación acerca de las inciertas preferencias futuras de un decisor hacia los posibles resultados futuros. En cualquier teoría de la elección deliberada, la acción depende de los valores del decisor. Puesto que las consecuencias del interés deben realizarse en el futuro, es necesario anticipar no sólo qué sucederá, sino también cómo recibirá el decisor esas experiencias cuando las experimente.

7 Un proceso histórico eficiente es un proceso que se encamina rápidamente hacia una solución única en función de las condiciones ambientales existentes, que son, por tanto, independientes del curso histórico. La presuposición de la eficiencia histórica es un lugar común, aunque por lo general no explícito en gran parte de la ciencia social moderna. Se basa en la tendencia al equilibrio. No obstante, no se puede garantizar que la historia sea eficiente. El equilibrio podría no existir. Incluso si hay equilibrio, es fácil que el proceso histórico sea lo suficientemente lento en relación con el ritmo de cambio en el entorno como para que el equilibrio del proceso no pueda alcanzarse antes de que el entorno y, por tanto, el equilibrio hayan cambiado.

8 Instrumentalismo: sostiene que para conseguir determinados objetivos se vale recurrir a estrategias o procedimientos, aunque no se cumplan o sigan. Por ejemplo: se sabe que la contratación de expertos confiere legitimidad a las políticas, asociar actuaciones impopulares con símbolos populares resulta convincente. El control sobre los símbolos es una base del poder, igual que el control sobre otros recursos, y el uso de símbolos es parte de una lucha por resultados políticos.

y da preferencia a los significados de la acción simbólica. Es una perspectiva epistemológica que se apoya en postulados como los siguientes:

- 1) El Estado no sólo se ve afectado por la sociedad, sino que también la afecta a ella;
- 2) La democracia política no sólo depende de las condiciones económicas y sociales, sino también del diseño de instituciones políticas;
- 3) La oficina burocrática, la comisión parlamentaria y el tribunal de apelación son escenarios para la lucha de las fuerzas sociales, pero son también conjuntos de procedimientos estandarizados y estructuras que definen y defienden intereses. Son actores políticos por derecho propio;
- 4) Una parte del nuevo institucionalismo evoca otro viejo tema del pensamiento político: la idea de que la política crea y confirma interpretaciones de vida. A través de la política, los individuos se desarrollan a sí mismos, desarrollan sus comunidades y el bien público. La política es considerada como una forma de educación, como un escenario para el descubrimiento, la elaboración y la expresión de significados para el establecimiento de concepciones compartidas u opuestas de la experiencia, de los valores y de la naturaleza de la existencia. Es simbólica, no en el sentido más próximo a nosotros de símbolo como recurso de los poderosos para confundir a los débiles, sino más cerca del sentido de símbolo como instrumento de orden interpretativo.

2. Definición de institución y de organización

Las instituciones son: 1) un conjunto de pautas para la actividad organizativa mediante las cuales los seres humanos rigen su vida material en el espacio y en el tiempo, y 2) son un conjunto de sistemas simbólicos a través de los que los seres humanos se sirven para categorizar esa actividad y dotarla de significado.⁹

Para Douglas North, las instituciones son las reglas del juego en una sociedad o, más formalmente, las limitaciones diseñadas por los seres humanos que dan forma a la interacción humana.¹⁰ Dichas instituciones establecen el marco de competencia político y económico, y proporcionan las vías para el desarrollo social e individual. A través de ellas constituimos las guías para saludar a los amigos, comprar naranjas, vender un inmueble, votar, acceder a la educación o la salud. Establecen tanto incentivos como limitaciones y, sin un mínimo de ellas, la vida social y económica sería imposible. Las instituciones moldean las preferencias de los individuos y los intereses de las organizaciones.

9 Friedland, Roger, y Alford, Robert, “La sociedad regresa al primer plano: símbolos, prácticas y contradicciones institucionales”, *Zona Abierta*, núms. 63-64, Madrid, 1993, p. 156.

10 North, Douglass C., *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 13.

Las instituciones generan lógicas en los individuos y en las organizaciones que las hacen potencialmente contradictorias y por tanto conflictivas. Esto último hace imprescindible un trabajo de ingeniería social para reducir en la medida de lo posible las contradicciones, buscando la coherencia y los equilibrios institucionales adecuados. Además, las instituciones están en cambio permanente en las sociedades, de ahí que los actores tengan que amoldarse continuamente a las nuevas reglas para no ver afectados sus intereses.

Las instituciones pueden ser creadas mediante distintos actos de voluntad como los constitucionales o legislativos o bien, ser producto del desarrollo evolutivo. Existen tanto instituciones formales como informales. El punto de encuentro entre ambas es que se trata de reglas del juego a través de las cuales los individuos y organizaciones interactúan.

Las organizaciones por su parte son entidades que tienen un propósito, y que han sido concebidas por sus creadores para maximizar la riqueza, el ingreso u otros objetivos definidos por las oportunidades que brinda la estructura institucional de la sociedad.¹¹ Los organizaciones incluyen cuerpos políticos como los partidos políticos, las Cámaras legislativas, los ayuntamientos, etcétera; cuerpos económicos como las empresas, los sindicatos, cooperativas; cuerpos sociales como las iglesias, clubes; educativos como las escuelas y universidades. Estos han sido creados para aprovechar las oportunidades del marco institucional, por lo que persistentemente están produciendo demandas a la modificación de las reglas, a menos que éstas les favorezcan.

3. La importancia de los enfoques centrados en las instituciones

Las principales instituciones-organizaciones contemporáneas son: el mercado capitalista, el Estado burocrático, la democracia, la familia nuclear y, para algunos, la religión cristiana. De las anteriores instituciones, el presente trabajo se centrará en el papel del Estado como elemento central de la vida política y no en la sociedad, pues las instituciones estatales son más que un reflejo o espejo social, y no son un simple instrumento en manos de los votantes, de los grupos de interés o de las clases.

Analizar la política desde las instituciones implica principalmente ver como éstas influyen en los grupos, en las clases y en las organizaciones sociales y estatales que participan en lo público. Las instituciones, y aquí cabe decirlo, no lo son todo; influyen en la sociedad, pero también la sociedad influye en ellas.

La historia occidental en temas como el desarrollo de la individualidad, de la capacidad de elección, de la libertad ha sido moldeada institucionalmente

11 *Ibidem*, pp. 18 y 19.

por la emergencia del capitalismo, del Estado, de la democracia, de la familia nuclear y de la religión cristiana.

El capitalismo produce y distribuye mediante los intercambios individuales de capital y trabajo, y establece sistemas de producción que dotan a los trabajadores de derechos de propiedad sobre sus empleos. La democracia exalta el derecho autónomo de los individuos a participar como ciudadanos en la vida pública, en especial, a través del voto individual y secreto. La familia nuclear regula la selección de una pareja sobre una base afectiva e independientemente de la propiedad, la producción o la política. La aparición del cristianismo instauró la existencia de un alma individual única con una configuración eterna. En cuanto al Estado, constituyó progresivamente al individuo como sujeto legal abstracto con derechos —especificados independientemente de la estructura social— ante la ley y responsable de sus propias acciones. Luego entonces, poner en el punto de partida a los individuos como actores instrumental-racionales es tomar como premisa teórica una categoría analítica que ha sido moldeada por las transformaciones institucionales.

Los enfoques centrados en el individuo o en la sociedad poseen defectos. Las teorías apoyadas en la primacía del individuo tienden, en el límite, a convertirse en enfoques inacabados, solipsistas y voluntaristas en los que la totalidad del mundo se renegocia en cada interacción social. Las teorías que dan primacía a la sociedad son proclives a un funcionalismo estructural en el que la sociedad tiene una relación determinista con individuos y organizaciones. Por su parte, las teorías basadas en las instituciones también tienen defectos que deben ser señalados. El más importante de ellos es la tendencia a exagerar, sobre todo, en las que ven en el Estado el actor principal, la existencia de un poder omnipresente y desencarnado que permite a las élites imponer la disciplina y las pautas sociales sin ningún control por parte de individuos o grupos.

Para evitar los posibles efectos perversos de la teoría institucional es muy conveniente reconceptualizarlas. Conocer las lógicas contradictorias que las instituciones tienen entre sí, establecer sus límites de cara a los individuos y grupos sociales, y precisar que han sido creadas para el beneficio individual y social, y que, por tanto, están en primer plano al servicio de la sociedad.

4. Los diseños institucionales

Si hay que volver a los análisis institucionales, sobre todo en el campo político, es obvio que se precisa saber cómo las actuales influyen en la vida política y si no influyen en el sentido deseado, cómo construir nuevas instituciones que generen influencias y comportamientos distintos y queridos. De antemano es oportuno decir que los resultados buscados deben valorar la eficiencia, estabilidad y legitimidad democrática de cada institución presente. La eficacia para sa-

ber si son funcionales las instituciones particulares al resto del sistema jurídico-político, y en relación a la realidad social y política. La estabilidad para conocer su capacidad de respuesta a las demandas sociales, políticas y económicas. La legitimidad democrática para determinar hasta dónde las actuales instituciones permiten el desarrollo y profundidad de los procedimientos de democracia liberal y su capacidad para garantizar y respetar los derechos humanos.

Si las actuales instituciones no satisfacen los objetivos buscados y no responden a los criterios de valoración de antemano fijados, es conveniente redefinir el marco institucional y proponer nuevas instituciones que respondan a lo deseado. Además, resulta de la tarea de crear diseños tener en cuenta que los distintos elementos o factores institucionales están interrelacionados y se afectan unos a otros. De tal manera que si tocamos alguno, estaremos irremediablemente trastocando los demás.¹² Por tanto, una adecuada reformulación institucional en lo político debe ser integral para que sea coherente. Las reformas institucionales parciales afectan el edificio institucional; qué duda cabe, pero suelen pecar de incoherencia.

Autores como Arend Lijphart han distinguido por lo menos dos modelos-tipo en una democracia. El que se denomina de mayoría y de consenso. El de mayoría o de Westminster consta de los siguientes elementos: concentración de poder en el Ejecutivo, fusión de poderes y dominio del gabinete, bicameralismo asimétrico, bipartidismo, sistema de partidos unidimensional, sistema electoral de mayoría relativa, gobierno unitario y centralizado, Constitución no escrita y soberanía parlamentaria, y democracia exclusivamente representativa.

El modelo de consenso se caracteriza, en cambio, por los siguientes elementos: participación en el Poder Ejecutivo: grandes coaliciones, separación formal e informal de poderes, bicameralismo equilibrado y representación de la minoría, sistemas pluripartidistas, sistema de partidos multidimensional, representación proporcional, descentralización y federalismo territorial y no territorial, Constitución escrita y voto de la minoría, y mecanismos de democracia directa.¹³

Ambos modelos-tipo que posiblemente no existan en la actualidad en ningún Estado pueden combinar sus elementos. Por ejemplo, Estados Unidos comparte

12 Nino señala señala que “un sistema político es un todo integrado, cuyas diferentes piezas están imbricadas como las de un mecanismo de relojería [...] un sistema presidencialista, por ejemplo, opera de diferente manera según se combine con un sistema de representación proporcional o con otro sistema electoral, con un sistema bipartidista o pluripartidista, con un sistema de partidos poco disciplinados e integrados, o con partidos con fuerte integración y disciplina, con un parlamento unicameral o bicameral, con un régimen federal o unitario, con un contralor de constitucionalidad concentrado o difuso [...] por lo tanto, es todo el conjunto del sistema político lo que debe ser evaluado desde el punto de vista de su justificabilidad moral y funcional, y la descripción del sistema debe reflejar la interconexión de sus elementos componentes”. Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, p. 503.

13 Lijphart, Arend, *Las democracias contemporáneas*, Barcelona, Ariel, 1987.

características de los dos tipos. De la forma en que se mezclan los distintos elementos se generan nuevos tipos y distintas consecuencias institucionales, políticas y de la más diversa índole.

Los modelos de Lijphart ponen de manifiesto varias cosas: en primer lugar, que una democracia puede funcionar con distintos modelos institucionales; en segundo término, que los modelos o diseños interactúan entre sí, y, por último, que la mezcla entre los elementos de los modelos-tipo pueden generar múltiples formas de organización política cuyas consecuencias en lo social, en lo económico o lo político no son similares.

III. EL ESTADO DE DERECHO

1. *El regreso del Estado*

La teoría institucional ha traído al primer plano al Estado.¹⁴ Con ello, las ciencias sociales han roto el modelo preponderante que veía en la sociedad el centro de sus especulaciones. Así, el Estado no es más un tema de atención exclusivo para juristas, sino que también será el lugar común para las reflexiones del resto de los científicos sociales.

El cambio institucional se ha ido perfilando en las últimas décadas gracias a una serie de acontecimientos no relacionados entre sí. En primer lugar a la revolución kelseniana que en la cuarta y quinta década del siglo XX hizo ver que el Estado era algo más que el guardián nocturno y el garantizador de los derechos de propiedad: el Estado podía intervenir para equilibrar y compensar las deficiencias del mercado.

Más adelante, durante los años sesenta, al terminar los imperios coloniales, se hizo necesario plantear el *status* y las nuevas instituciones de los Estados recién independizados. La crisis del petróleo de 1973 dio pauta para que con detenimiento se analizaran las políticas nacionales en relación a los temas económicos. Finalmente, las transiciones políticas en los años setenta y ochenta han destacado la importancia de las instituciones en los procesos de cambio hacia la democracia.

El regreso del Estado como una de las instituciones fundamentales ha ocasionado que la ciencia política norteamericana vea la política más allá de una cuestión de gobierno o de sistema político. Se ha generado un renacimiento de la perspectiva continental europea que desde casi siempre ha considerado al Estado como actor central, y no sólo en los estudios jurídicos, sino también políticos.

¹⁴ Skocpol, Theda, “El Estado regresa al primer plano: estrategias de análisis de la investigación actual”, *Zona Abierta*, núm. 50, Madrid, enero-marzo de 1989, pp. 71-122.

El enfoque weberiano que mantenía que los Estados son asociaciones obligatorias que reivindican el control de los territorios y de las personas que en ellos habitan es hoy en día totalmente vigente al igual que la insistencia de que el núcleo de todo Estado lo constituye sus organizaciones administrativas, recaudatorias y coercitivas.

Los Estados son estimados por la ciencia política actual como algo más que “gobiernos”; son entendidos como sistemas administrativos, burocráticos y coercitivos permanentes que no sólo tratan de estructurar las relaciones entre la sociedad civil y la autoridad pública en una organización política, sino también de estructurar muchas relaciones cruciales dentro de la sociedad civil.¹⁵

Las anteriores afirmaciones, sin embargo, no deben deidificar al Estado. El Estado ciertamente no lo es todo. Pero es más que un simple foro en el que los grupos sociales formula demandas, emprenden luchas políticas o concluyen acuerdos. El Estado como red de instituciones puede adquirir rangos importantes de autonomía respecto a los actores sociales y, como ya se ha mencionado, influir en el contenido y funcionamiento de la política.

La autonomía estatal, que es variable y dependiente de las circunstancias históricas de cada Estado, implica que el Estado es algo más que el reflejo de las demandas sociales y de los intereses o clases de la sociedad. Autores como Skocpol señalan como ejemplos de esta autonomía la reestructuración Meiji en Japón, la revolución de Ataturk en Turquía, el régimen de Nasser en Egipto, el golpe de Perú en 1968. Para ellos, en todos estos acontecimientos las élites utilizaron la fuerza militar o civil para hacerse con el control de todo un Estado nacional con relativa independencia de los intereses locales, dado que en todos estos acontecimientos el aparato estatal burocrático no fue reclutado de la clase terrateniente ni de los industriales con mayor poder, y tampoco se establecieron durante su gestión vínculos personales y económicos con esas clases.

Este fenómeno de autonomía no sólo se da en los regímenes no democráticos o en condiciones de crisis. En situaciones de normalidad democrática las élites políticas con independencia de los intereses económicos y sociales, logran idear políticas públicas ajenas al interés inmediato de dichos grupos. Aun países aparentemente dominados por la presión de los diversos grupos sociales y económicos como Estados Unidos han logrado en algunas esferas de la administración —la política exterior— desarrollar sus políticas con un alto grado de independencia.¹⁶

15 Stepan, Alfred, *The State and Society: Peru in Comparative Perspective*, Princeton, Princeton University Press, 1978, p. xii.

16 Skocpol, Theda, *op. cit.*, nota 14, p. 86 y ss. Skocpol expone y desarrolla en su artículo el pensamiento de autores cercanos al marxismo que ya habían insistido en la autonomía o por lo menos en una relativa autonomía del Estado como Poulantzas, Nicos, *Estado, poder y socialismo*, México, Siglo XXI, 1980.

Los Estados importan no sólo por las actividades de los funcionarios orientadas al logro de un objetivo. Importan porque sus configuraciones organizativas junto con sus modelos globales de actividad influyen en la cultura política, fomentan algunos tipos de formación de grupos y de acciones políticas colectivas, y posibilitan el planteamiento de ciertas cuestiones políticas.

Por ejemplo, es sabido que la estructura del Estado norteamericano caracterizado por su federalismo, partidos no disciplinados, esferas fragmentadas de la burocracia, la importancia de su Congreso y de los comités especializados inciden en la proliferación de grupos de interés en competencia, especializados y poco disciplinados. Se ha dicho también que en Alemania no se han desarrollado actividades clientelares en los partidos, porque previa a la existencia de ellos había una burocracia profesional, razón que ha hecho que los partidos alemanes sean altamente ideológicos y programáticos.

Otros ejemplos de la influencia del Estado a la sociedad nos lo dan Francia y Gran Bretaña. En Francia, el Estado centralizado y burocrático, separado de la sociedad, generó orientaciones y militancia política anarquista o marxista entre los trabajadores franceses; y, en cambio, el *establishment* británico, centralizado pero menos separado que el francés de su sociedad, alentó a los trabajadores británicos y a sus dirigentes a preferir el gradualismo parlamentario y la negociación salarial contractual privada. Todos estos ejemplos son muestra indudable de la influencia de las instituciones del Estado en la sociedad y en el comportamiento político.

2. ¿Qué es el Estado?

El Estado es un producto histórico reciente. Como ya ha señalado la historiografía, el Estado se origina después del Renacimiento,¹⁷ y se perfecciona en los siglos subsiguientes. Es algo más que un artificio jurídico. Se antepuso a monarcas y pueblo. Es, en términos jurídicos, una persona moral, neutra, por encima de las formas de gobierno coyunturales que en el se encuentren vigentes.

En términos políticos es un instrumento de dominación en el que reside el monopolio legítimo de la coerción.¹⁸ Sobre él hay por lo menos dos grandes maneras de entenderlo: la kelseniana, que lo considera como el ordenamiento jurídico vigente en un territorio en el que se aplican sus normas,¹⁹ o como un conjunto integrado de elementos sociológicos e históricos.²⁰

17 Aunque algunos sitúan su nacimiento en la Edad Media. Una buena descripción del origen y desarrollo del Estado puede verse en González Casanova, J. A., *Teoría del Estado y derecho constitucional*, Barcelona, Vicens-Vives, 1989, pp. 67-190.

18 Vid. Weber, Max, *Economía y sociedad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1984.

19 Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, trad. de Legaz y Lacambra, Barcelona, Bosch, 1934, p. 21.

20 Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1947.

El Estado también puede ser estudiado desde distintos planos: el sociológico, para determinar la influencia que los grupos ejercen en él; el jurídico, como manifestación de normas jurídicas que le dan vida institucional; el económico, con el propósito de conocer el papel que tiene en el mercado como equilibrador o distorsionador de las relaciones económicas; lingüístico, para poder apreciar sus significados sintácticos o semánticos; y, desde el plano ético, para saber si un tipo concreto de Estado responde a lo que esa sociedad considere valioso: la justicia, la libertad o, como señaló Kant, para determinar si el Estado es un medio y una condición para asegurar las respectivas esferas de libertad de los ciudadanos por medio del derecho.²¹

El Estado, que es una estructura política epocal, ha sido definido canónicamente como “la sociedad territorial jurídicamente organizada, con poder soberano, que persigue el bienestar general”.²² Tal definición que es casi universalmente compartida nos obliga a construir intelectualmente el Estado de modo más objetivo, pues se precisa de un esfuerzo para afirmar tanto la realidad del Estado —que no es mera ficción jurídica— sino institución histórica con personalidad jurídica.²³ Lo anterior viene a significar que la dicotomía Estado-aparato y Estado-comunidad²⁴ no son contrapuestas, sino que son enfoques que se complementan. Desde el plano político, esto resulta fundamental, pues se considera que hay una esfera de lo estatal, pero también existe otra que lo une con la sociedad. En palabras de Habermas, estatalización de la sociedad y socialización del Estado.²⁵

El Estado desde su origen ha reclamado un *status* de independencia, más aún si se acepta la tesis contractual o consensual de su nacimiento.²⁶ En las tesis absolutistas ello se revela, no sin intención, de manera más evidente. Maquiavelo concibió el Estado como una organización jurídica con estabilidad y exigencia

21 El Kant político es el de obras como: “En torno al tópico: tal eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica” (1793), en *Teoría y práctica*, estudio preliminar de Roberto Rodríguez Aramayo, Madrid, Tecnos, 1986; *La paz perpetua* (1795), presentación de Antonio Truyol y Serra, trad. de Joaquín Abellán, Madrid, Tecnos, 1985, y *La metafísica de las costumbres* (1797), Madrid, Tecnos, 1989.

22 Se ha considerado al Estado como relación jurídica, como institución, como diferenciación entre gobernantes y gobernados, como organismo biológico o social, como elemento de la geopolítica, etcétera. *Vid.* Lucas Verdú, Pablo, *Curso de derecho político*, vol. II, Madrid, Tecnos, 1986, p. 49.

23 Sobre las teorías que exploran la personalidad jurídica del Estado, *vid.* Gallego Anabitarte, Alfredo, *Constitución y personalidad jurídica del Estado*, Madrid, Tecnos, 1992.

24 Esta dicotomía está presente en la teoría sociológica y política alemana e italiana, y tiene antecedentes en el pensamiento hegeliano.

25 Habermas, Jürgen, *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, trad. de José Luis Etcheverry, Buenos Aires, Amorrortu Editores, 1973.

26 Según Norberto Bobbio, las teorías sobre el origen del Estado pueden ser o contractualistas o historicistas. *Vid.* Bobbio, Norberto, *Estado, gobierno, sociedad. Contribución a una teoría general de la política*, Barcelona, Plaza y Janés, 1987, pp. 80 y 81.

de continuidad basada en el ejercicio del poder. En Hobbes, la idea es similar, cuando se pasa del Estado de naturaleza al Estado político los ciudadanos ceden al gobernante sus derechos, no tienen derecho de resistencia. En estos autores se percibe que el núcleo del Estado, el poder soberano es independiente de los intereses de los ciudadanos.

A diferencia de ellos, y en pleno despotismo ilustrado, Montesquieu y Locke se preocupan por limitar el poder del soberano, por reducir su autonomía.²⁷ Esta tendencia se vuelve vigorosa a excepción de Hegel,²⁸ desde Rousseau y su defensa de la soberanía popular (aunque para algunos puede tener connotaciones no muy democráticas)²⁹ y evidentemente con Kant, que a pesar de las imperfecciones de su teoría política, bien puede ser estimado como el padre del Estado constitucional limitado, cuyas bases son la división de poderes y la garantía y defensa de los derechos humanos.

En el siglo XIX, la concepción del Estado se perfecciona con el pensamiento de Tocqueville y Stuart Mill al incorporarse a la estructura del Estado constitucional los principios representativos, algunos mecanismos de democracia semi-directa como el referéndum y la iniciativa legislativa, así como la protección y defensa de los derechos de la minoría frente a la posible tiranía de las mayorías. La reducción de la autonomía estatal como aparato se ha visto constreñida teóricamente, pero no así la autonomía estatal como comunidad.

En el siglo XX, la lucha ha sido por el Estado social o *Welfare State*. Se han discutido los grados de autonomía de este tipo de Estado como aparato para que realice la procura asistencial, y también se ha rechazado tal pretensión, desde la izquierda y la derecha, porque se estima que interfiere en los derechos de autonomía de individuos y grupos.³⁰

27 Se ha dicho que Locke, en el segundo de sus tratados políticos, tuvo por objeto refutar la teoría patriarcal de Filmer, pero también la de contradecir el absolutismo hobbesiano. *Vid. Locke, John, Ensayo sobre el gobierno civil*, Madrid, Ediciones y Distribuciones Alba, 1987.

28 Porque según Hegel, la sociedad civil lleva en su seno el desagarramiento, en cambio, el Estado es imparcial y superior a los intereses particulares. *Vid. González Casanova, J. A., op. cit.*, nota 17, p. 125.

29 *Vid. Rubio Carracedo, José, "Democracia y legitimación del poder en Rousseau", Revista de Estudios Políticos*, núm. 58, Madrid, octubre-diciembre de 1987, pp. 215 y ss.; Bonachela, Manuel, "Comentarios sobre el principio de separación de poderes en J. J. Rousseau", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 28, Madrid, julio-agosto de 1982, pp. 75-193; y Hermosa Andújar, Antonio, "El camino de Rousseau. De la democracia directa a la democracia representativa", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 50, Madrid, marzo-abril de 1986, pp. 101 y ss.

30 Desde su implantación, el Estado social ha recibido críticas, *vid. Hayek, Friedrich A., Derecho, legislación y libertad*, 3 ts., Madrid, Unión Editorial, 1985; Leibholz, Gerhard, *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1971; Forsthoff, Ernst, *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975; Abendroth, Wolfgang, et al., *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986; Hirschman, Albert, *Retóricas de la intransigencia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1991.

Hoy en día el paradigma teórico se centra en el regreso del Estado-aparato con relativa autonomía y con instituciones y estructuras subordinadas que influyen y modifican los comportamientos sociales y económicos. La discusión de hasta dónde fijar la autonomía del Estado-aparato no está resuelta y, como se ha puesto de manifiesto, el problema estriba en saber si el Estado debe seguir siendo y en qué medida el garante y promotor de los intereses generales, y qué son, en último término, estos intereses generales, y cómo evitar que la burocracia o los partidos se conviertan en los definidores del interés general sin que exista la posibilidad de un control democrático por parte de los ciudadanos.³¹

La respuesta tiene que ver con la forma en que se diseñen las instituciones del Estado y que ellas apunten a la construcción de un Estado de derecho democrático que se apoye en el principio de las mayorías, pero que permita a las minorías ejercer sus derechos de tal manera que en el futuro estén en posibilidad de ser mayorías.

Una de las primeras cuestiones que afronta el actual Estado es el de desmontar los conceptos tradicionales de soberanía. Hasta dónde y de qué manera el Estado tiene el poder de organización territorial supremo y exclusivo. Debemos entender esto como una cualidad del poder estatal que está por encima de cualquier otro poder o simplemente como conjunto de competencias que tiene el Estado transitoriamente y que necesariamente están limitadas.

Para poder responder a este interrogante es menester entender el por qué surge la idea de un poder soberano que reside en el monarca. Jellinek explicó que la soberanía nació como concepto en la lucha contra la Iglesia, el Imperio y los señores feudales. Después de esa lucha, el monarca se situó por encima del papado, del emperador y de los señores feudales y obtuvo para sí el poder absoluto y perpetuo de una república. Tal concepción pertenece al absolutismo político.

En épocas posteriores, Sieyès fijó la soberanía en la nación, y más adelante Rousseau en el pueblo. La soberanía, que es un concepto del absolutismo y de la independencia absoluta del Estado como aparato, exige en los tiempos modernos ser pulverizada.³² En la actualidad la soberanía no debe ser otra cosa que la manifestación en las instituciones del Estado de las preferencias del electorado. Los ciudadanos son los que tienen que determinar el diseño institucional base para la participación política, así como después la elección de los gobernantes.

3. El Estado de derecho

El diseño institucional es entonces el marco que permite el equilibrio entre las nociones de Estado-aparato y Estado comunidad, y ese equilibrio no puede

31 Vega García, Pedro de, “Estado Social y Estado de Partidos. La problemática de la legitimidad”, en *Problemas actuales del derecho constitucional. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM, 1994, pp. 389-407.

32 Maritain, Jacques, *El hombre y el Estado*, Buenos Aires, Kraft, 1952, pp. 65-68.

más que descansar en la construcción de un Estado de derecho que posea elementos imprescindibles para ser considerado como tal. Todo Estado de derecho debe contar al menos con los siguientes elementos: 1) Primacía de la ley; 2) Sistema jerárquico de normas; 3) Legalidad en los actos de la administración; 4) Separación de poderes; 5) Protección y garantía de los derechos humanos; 6) Examen de la constitucionalidad de las leyes.³³

La primacía de la ley es la nota fundamental de todo Estado de derecho. Los actos de las autoridades deben estar subordinados y realizarse mediante el derecho. El problema estriba en que también los regímenes dictatoriales o totalitarios tienen normas jurídicas. ¿Esta primera característica del Estado de derecho es igualmente aplicable a ese tipo de regímenes?

Lo primero que debe señalarse es que la ley, por lo menos así se ha entendido desde la Revolución francesa, implica la concretización racional de la voluntad popular. La ley es la que ha sido creada formalmente por los órganos representativos de los ciudadanos; es decir, principalmente por los órganos legislativos, y aplicada por funcionarios y jueces sometidos al escrutinio público y de otros órganos del Estado. En pocas palabras, la ley, como el resto de las normas jurídicas vigentes en un Estado, debe ser expresión de la voluntad popular. La ley, que es por autonomía la más común de las normas jurídicas en un Estado, no puede representar la voluntad absoluta de un Ejecutivo incontrolado.³⁴

La segunda característica alude a la necesidad de que las normas del ordenamiento jurídico estén jerarquizadas. No todas las normas de un ordenamiento pueden tener el mismo rango. Las normas secundarias deben estar subordinadas a las normas constitucionales. Por consiguiente, todas las normas son emanación de las normas constitucionales de un Estado.³⁵ Éstas son jerárquicamente superiores porque ellas representan o constituyen el fundamento de legitimidad de un Estado. Son el producto del consenso primero y básico de toda sociedad organizada. Las normas constitucionales definen, además, las vías para los disensos sociales, estructuran los mecanismos para el acceso y permanencia en el poder de los individuos y grupos (reglas del juego político y social), y contemplan un catálogo de derechos humanos y de medios jurídicos para su garantía.

El principio de legalidad de la administración obliga a que la administración pública se someta a la ley, ajustando sus actuaciones en todo momento a una ley preexistente. La ley constituye el límite de la administración. La mejor vía para que la administración observe este principio se manifiesta en los sistemas de control hacia la administración, y en los mecanismos que deben tener los

33 Lucas Verdú, Pablo, *Curso de derecho político*, vol. II, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 237-240.

34 Díaz, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Cuadernos para el Diálogo, 1969, pp. 28-30.

35 Esto es a lo que Kelsen llamó la dinámica jurídica o producción y desarrollo escalonado del ordenamiento jurídico. *Vid.* Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1981.

ciudadanos para exigirle responsabilidades por sus acciones u omisiones. La efectividad tanto de los medios de control como de responsabilidad deben ser efectivos. La manera de mediar la vigencia de esta característica sólo puede ser a través de la capacidad efectiva de los mecanismos diseñados para vigilar, supervisar y fiscalizar la administración,³⁶ así como de la facilidad del acceso del ciudadano y de los grupos a la justicia administrativa para exigir de ella sanciones o reparaciones en caso de irresponsabilidad.

Lo ideal es que los controles más efectivos a la administración no sean puramente internos, sino que de preferencia existan controles externos, legislativos y jurisdiccionales efectivos, y que a su vez las áreas de discrecionalidad del Ejecutivo se reduzcan a un mínimo. A diferencia de lo que ocurre en los Estados de derecho democráticos, en los no democráticos es común que los mecanismos de control y de responsabilidad sean casi nulos. El control y el límite a la administración reduce la discrecionalidad y arbitrariedad del Poder Ejecutivo. Se puede decir, sin temor a la equivocación, que a mayor control y responsabilidad de la administración el Estado de derecho lo es en mayor medida.

El artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 decía que un Estado en donde no se consignaran los derechos humanos y la división de poderes carecía de Constitución. Este último principio es parte del liberalismo político y pretende dividir el poder para evitar su ejercicio abusivo. La teoría de la división de poderes ha ido evolucionando desde su implantación, pues, en términos contemporáneos,³⁷ no se puede hablar de una división a rajatabla y dogmática entre los tres poderes. De hecho, la forma en que funciona la división de poderes tradicional en un régimen presidencial contrasta notablemente con la forma en la que se manifiesta en un régimen parlamentario.³⁸

En el primer caso, la división tiende a ser más rígida. En el segundo tal división entre el Legislativo y gobierno es más flexible, y se entiende básicamente como una división de funciones. Por otra parte, en los Estados modernos, aun en los parlamentarios, el peso del Ejecutivo tiende a ser preponderante, por muchos factores, incluida la manera en que se utilizan los medios de comunicación.

36 En los Estados de derecho modernos existen, por lo regular, tres mecanismos de control de la actividad económica-financiera del Estado. Los controles internos de la propia administración pública; los controles externos de carácter político a cargo del parlamento o del Poder Legislativo, y los controles externos jurisdiccionales que en materia económica-financiera están a cargo de los Tribunales de Cuentas.

37 *Vid.*, por ejemplo, Torres Boursault, Leopoldo, “La división de poderes en la España de hoy”, *Revista Sistema*, núm. 117, Madrid, noviembre de 1993, pp. 19-34.

38 Es claro que en un régimen presidencial la división de poderes es o tiende a ser rígida. En uno parlamentario, por ser el gobierno emanación del Legislativo, esta división es más bien de funciones y menos rígida, en virtud de los mecanismos que el régimen parlamentario presenta como la capacidad del parlamento de generar un voto de censura al gobierno, y éste en su facultad de disolver al parlamento y convocar constitucionalmente a nuevas elecciones.

Además, los partidos políticos, en aquellos Estados que funcionan como Estado de partidos, relativizan el funcionamiento de los poderes y concentran en ellos las decisiones básicas que se reproducen más tarde en el seno de las estructuras de los tres poderes. Igualmente el número de poderes no institucionalizados, en el sentido canónico de los tres poderes, se ha acrecentado en el Estado de final del siglo, los medios de comunicación, los grupos capitalistas nacionales y extranjeros, los medios de comunicación, las iglesias suelen tener más “poder” que cada uno de los tres poderes y contra ellos existen desgraciadamente escasos mecanismos de control y de pesos y contrapesos como en los poderes tradicionales.

El principio de la división de poderes no es que esté en retirada; puede, si se quiere, estarlo en el sentido tradicional, pero el espíritu del principio permanece, y es el de la división del poder y su mutuo control por el resto de los órganos que funcionan como tales. Los Estados de derecho están muy necesitados de una revisión de su esquema tradicional de tres poderes para dar cabida a la multiplicidad de otros poderes que deben estar sometidos a la norma jurídica y al control y escrutinio de los ciudadanos y de los grupos y a la coincidencia constitucional. También es imprescindible revisar los pesos y contrapesos en otras divisiones de poderes que son fundamentales: los federales y locales, y los derechos de la mayoría y la minoría.

El Estado de derecho debe apoyarse para su realización en los derechos fundamentales de la persona. El objetivo de las instituciones del Estado de derecho y la razón del mismo Estado es la protección y garantía de los derechos fundamentales. El eje principal del Estado de derecho son los derechos humanos; sin su reconocimiento y protección es imposible hablar de Estado de derecho. Los que deben ser protegidos en primer lugar por el Estado son los civiles y políticos, éstos son derechos de participación política, que se desdoblan en la exigencia por lo menos de elecciones libres, transparentes y equitativas, en la existencia de mecanismos de democracia semidirecta, en los derechos de libertad de expresión, asociación, reunión, etcétera.

Aunados a estos derechos de la primera generación, los Estados de derecho que realmente lo son estarán siempre preocupados por hacer viable el ejercicio de los derechos citados, a través del establecimiento de condiciones materiales y sociales que posibiliten que individuos con plena autonomía hagan valer los derechos de la primera generación. Es, pues, la lucha del Estado de derecho contemporáneo por la vigencia real de los derechos sociales, económicos y culturales, que supere la enajenación de las masas, frene la desigualdad social, y propicie que todos los individuos estén en condiciones de ser dueños de su destino.³⁹

39 En este sentido, *vid.* Hirschman, Albert, *op. cit.*, nota 30, y su explicación del desarrollo democrático en los países de hoy en día —cuando ya son democráticos en el sentido de democracia liberal— como la conquista de mejores niveles sociales para todos.

Un Estado de derecho necesita tener mecanismos de revisión de las normas secundarias que de sus órganos emanen, no sólo con ánimo de propiciar la coherencia o la unidad en el ordenamiento jurídico, que también es importante, sino para que se refuerce el consenso básico en cada acto legislativo, y con el propósito de renovar la legitimidad política en el Estado de derecho.

Esta característica favorece el cumplimiento del principio de primacía de la ley, puesto que la ley suprema que es la Constitución es la primera ley que debe ser respetada. Igualmente fortalece el principio de división de poderes, al implicarse que la legislación puede ser revisada por otro de los poderes con absoluta independencia de constreñimientos de poder. Y promueve la garantía de respeto a los derechos fundamentales, en tanto que un poder independiente se encargará de la tutela última de los mismos.

Otro elemento importantísimo para el entendimiento y vigencia real del Estado de derecho alude a la relevancia constitucional; es decir, a la coincidencia entre las prácticas sociales y políticas con las normas jurídicas, tanto constitucionales como secundarias. Para ello, como apunta Carlos Santiago Nino,⁴⁰ necesitamos de un concepto valorativo o normativo de Constitución que nos permita identificarla con los principios básicos de la moralidad social, es decir, con los derechos fundamentales de la persona, y con los mecanismos que establecen los procedimientos de toma de decisiones básicas en las unidades políticas que integran la organización del poder.

La tarea entonces es la de elaborar las bases del procedimiento legítimo que debe dar origen a una Constitución y a un orden normativo o reformular los contenidos, principios y objetivos de la Constitución para lograr la finalidad del procedimiento justo. La relevancia constitucional es el indicador para medir la vigencia efectiva de un orden constitucional, y por tanto, de un Estado de derecho.

4. *¿Puede haber Estado de derecho sin democracia?*

La pregunta del subtítulo podría también ser: ¿puede haber democracia sin Estado de derecho? Las respuestas a las preguntas deben ser situadas en cada momento histórico. Evidentemente, los primeros Estados nacionales no contaban con las características mínimas de una democracia liberal. Si eran o no Estados de derecho es otra cuestión que dependerá de la noción que de derecho utilizemos.

Desde una visión estrictamente positivista —positivismo ideológico—, todo Estado con un mínimo de reglas jurídicas puede ser considerado un Estado de derecho. Sin embargo, esa posición tan tajante se encuentra en retirada, y hoy

40 Nino, Carlos Santiago, *op. cit.*, nota 12, pp. 14-36.

se defiende en su lugar un positivismo conceptual que reconoce que el derecho debe ser caracterizado tomando en cuenta las propiedades descriptivas de las normas, pero que el sistema jurídico debe reflejar los valores y aspiraciones morales de la comunidad en la cual rigen las normas o de los grupos de poder que participan directa o indirectamente en el dictado de tales normas.⁴¹

Una visión así del derecho, que parte de las aspiraciones valorativas de la comunidad, implica que el derecho nacional debe estar en correspondencia con los intereses de esa sociedad, pues si no fuera así, el derecho aunque lo fuera desde el plano positivo puede ser legítimamente desobedecido por sus ciudadanos o funcionarios. Es decir, el positivismo metodológico o conceptual⁴² circunscribe el derecho y el Estado a la democracia, pues exclusivamente en este tipo de régimen es viable que las normas y el sistema jurídico representen los intereses y aspiraciones de la comunidad.

Además, no puede funcionar democracia alguna si no se apoya en un Estado de derecho. Lo anterior quiere decir que así como en el siglo XIX se realizó la unión entre democracia y liberalismo,⁴³ en el siglo XX, al menos en los países occidentales, la democracia es la carga o debe ser la carga valorativa de una colectividad que para operar exige de un entramado jurídico-constitucional llamado Estado.

El Estado moderno por consiguiente tiene que ser de derecho y actuar democráticamente. Estado de derecho y democracia pudieron ser cosas distintas en el pasado, pero “según la conciencia moral prevaleciente en nuestra época, han de ir juntos a los efectos de que puedan producirse de verdad formas de gobierno sostenidas en el consentimiento de los gobernados”.⁴⁴

El Estado contemporáneo ahí donde existe la democracia ha abandonado las connotaciones formalistas decimonónicas del Estado liberal. Hoy, después de la crisis del Estado del bienestar, el Estado más que nunca necesita de la democracia para funcionar racional y legítimamente. Es absurdo afirmar que basta la legalidad formal para que se realice y culmine el Estado de derecho democrático.

La teoría democrática en nuestros días es básicamente una teoría de la justicia que depende de su base procedural que es en lo que consiste el Estado de derecho; sin embargo, no puede prescindir de la aspiración y de la orientación de las instituciones a la libertad, pero también a la igualdad, y no sólo,

41 Nino, Carlos, Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 1988, pp. 16-50.

42 Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, México, Fontamara, 1991.

43 Bobbio, Norberto, *Liberalismo y democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992. Aquí el autor explica la unión que en el siglo XIX se da entre ambos conceptos y realidades. En el mismo sentido ver la elaboración teórica de Sartori, Giovanni, *Teoría de la democracia*, t. II, México, Alianza Universidad, 1989, capítulo XIII, pp. 444-479.

44 Cotarelo, Ramón, *En torno a la teoría de la democracia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 16 (Cuadernos y Debates, número 23).

aunque también, a la igualdad ante la ley y la igualdad de oportunidades, para poder hacer viable la realización misma de la libertad de todos, y no de una exigua minoría.

El Estado finisecular y posiblemente del próximo siglo deberá ser un Estado de derecho para garantizar la seguridad jurídica y proporcionar las reglas del juego político y social y democrático para encaminar las acciones del gobierno y de la sociedad a fines libertarios e igualitarios. Así pues, la democracia en cuanto opción moral y de fines se conjuga con el Estado de derecho. El liberalismo decimonónico se concentró en la garantía a los derechos humanos de la primera generación (derechos civiles y políticos).

Con la extensión del sufragio, los derechos humanos se universalizan, y ello hizo de los súbditos ciudadanos maduros y razonantes, que propició el nacimiento del Estado de derecho democrático. Más aún, después de la experiencia empírica de entreguerras en países como Alemania e Italia y de la postguerra como la Unión Soviética de Stalin, que generaron en la conciencia teórica y moral, que el Estado debe ser de derecho y democrático para que se sustente en la legitimidad y para que no vulnere derecho fundamental alguno.

IV. COLOFÓN: ¿ES EL ESTADO MEXICANO UN ESTADO DE DERECHO?

Para juzgar si el Estado mexicano es de derecho bastaría ver cómo operan los distintos elementos que se han considerado aquí distintivos de un Estado de derecho. Seguramente una tarea así además de teórica tendría que ser empírica para conocer la vigencia real de cada uno de esos elementos en el Estado mexicano.

La primera de las características de un Estado de derecho se refiere al imperio de la ley, a la supremacía de la ley, al gobierno más de leyes que de hombres. Cuando se abordó esta nota distintiva, se hizo ver que no bastaba que los actos de poder se apoyaran en cualquier ley, sino en una ley producto del consentimiento de los gobernados a través de sus representantes y emitida de acuerdo al procedimiento previamente establecido.

Respecto a la cuestión de la representación, es en donde a nuestro juicio han existido graves deficiencias en la realidad nacional. Los representantes populares mexicanos, hasta las elecciones de 1994, no han emanado de elecciones libres y transparentes. Aun ahora, después de 1994, las elecciones siguen siendo cuestionadas en cuanto a su inequidad. Por otra parte, es bien conocida la cultura, tanto en la sociedad como en el gobierno, de la realización de todo tipo de actos al margen de las normas jurídicas.

Por ejemplo, en el caso del presidente de la República, han sido más importantes las atribuciones metaconstitucionales o al margen de la Constitución que

las expresamente previstas en la norma fundamental.⁴⁵ En buena parte del sexenio salinista, el presidente se convirtió en árbitro electoral. Muchas disputas políticas locales se resolvieron acudiendo al papel “arbitral” del presidente, rompiendo el tal vez inequitativo marco electoral local pero, al fin y al cabo, derecho positivo, que exigía en todo caso para su reforma procedimientos y mecanismos jurídicos.

La segunda característica del Estado de derecho precisa de un orden jurídico jerarquizado en donde las normas inferiores estén en consonancia con las superiores. El ordenamiento jurídico nacional está escalonado, está jerarquizado; sin embargo, si la Constitución no es realmente el fundamento de validez de las normas jurídicas secundarias y de las instituciones, sino que muchas de las prácticas e instituciones tienen su fundamento de validez en el poder del presidente, por ejemplo, o en las prácticas inveteradas de la corrupción, el orden jurídico escalonado resulta exclusivamente formal pero no material.

Por otra parte, los mecanismos e instituciones para la aplicación e interpretación del derecho no funcionan adecuadamente, y ello hace posible que no se respete plenamente el principio de jerarquía normativa. Para ello, es necesario que existan numerosos mecanismos de garantía que hagan invariable el respeto de las normas y de las instituciones jerárquicamente superiores.

El principio de la legalidad en la administración exige abundantes mecanismos de control. En México existen varios medios de control de la administración pública desde el control interno que realiza la Secretaría de la Contraloría al control que los ciudadanos pueden obtener a través del juicio de amparo.

Sin embargo, el control del Legislativo a la administración es casi nulo, pues entre otras cosas, el Poder Legislativo no tiene facultades para crear comisiones de investigación en la administración pública centralizada según reza el artículo 93 de la Constitución. En cuanto al control económico financiero por órgano jurisdiccional a la administración pública por el momento es inexistente.

En México, no existe Tribunal de Cuentas, ni un Tribunal Económico Hacendario. La Contaduría Mayor de Hacienda, formalmente dependiente del Legislativo, carece de autonomía real del Ejecutivo, y para ello basta con analizar el método de designación al Contador Mayor de Hacienda. Respecto a la administración pública, ésta no es profesional, salvo contadas áreas como la del servicio exterior, la del Banco de México, algunas dependencias de la Secretaría de Hacienda y últimamente el funcionariado electoral. La responsabilidad del Estado por actos u omisiones de los funcionarios es subsidiaria; es decir, se responde

⁴⁵ Carpizo, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, 22^a ed., México, Siglo XXI, 1994, p. 221. Carpizo en esta obra ya clásica señaló entre otras facultades, las siguientes: ser el jefe del partido dominante, su influencia en la economía y en los medios de comunicación, designar gobernadores y alcaldes y, principalmente, la de designar a su sucesor.

de los actos de los funcionarios una vez que se agotaron las acciones legales en contra de ellos.

Por otra parte, el sistema de recursos administrativos es complejo y disperso. México hasta el año de 1994 contó con una ley general y común de procedimientos y recursos administrativos, que entró en vigor en 1995. Los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo no son aún una realidad en todo el territorio nacional (existen en dieciséis entidades federativas).

La división de poderes, aunque formalmente reconocida, no tiene una trascendencia real. El hiperpresidencialismo mexicano se sitúa por encima del resto de los poderes. Además, los otros poderes jurídicamente y constitucionalmente están debilitados.

Aunque en otros capítulos abundaremos en ello, baste aquí señalar que en el Poder Legislativo se perciben deficiencias como las siguientes: los grupos parlamentarios de la oposición están incapacitados jurídicamente para que en ellos descansen las comisiones de control al Ejecutivo; las comisiones de investigación sólo tienen capacidad de vigilar y supervisar la administración pública descentralizada; no son accesibles a las minorías las reglas para integrar comisiones de investigación; el Poder Legislativo no tiene facultades para controlar los medios de comunicación públicos; el Poder Ejecutivo puede tomar casi cualquier determinación sin consultarla con el Legislativo; las minorías parlamentarias no pueden convocar sesiones extraordinarias; el Ejecutivo puede nombrar y remover libremente a los miembros del gabinete sin consulta o autorización previa del Legislativo —salvo el caso del procurador general de la República según la reforma de 31 de diciembre de 1994—; la comisión de vigilancia de la Cámara de Diputados no está bajo el control de la oposición; el sistema electoral para la designación de senadores sobrerepresenta al partido mayoritario; el Legislativo no estudia con tiempo ni con el apoyo técnico suficiente el presupuesto, la cuenta pública, o la ley de ingresos, etcétera; los miembros del Legislativo están incapacitados para debatir con el titular del Ejecutivo en el recinto de las Cámaras; no está prevista la carrera legislativa; el presupuesto de las Cámaras comparado con el del Ejecutivo es ínfimo; en la designación de los miembros de la Contaduría Mayor de Hacienda no se presentan características de independencia; el sistema electoral para la asignación de diputados aunque en proporción menor al Senado, también sobrerepresenta al partido mayoritario.

En cuanto al Poder Judicial, éste hasta hace muy poco era totalmente dependiente del Ejecutivo. No ha obtenido la autonomía administrativa y presupuestal del Ejecutivo, ni la inamovilidad para todos sus integrantes o la reforma a los poderes judiciales locales en la misma proporción que al federal; ni la necesaria incorporación al Poder Judicial de la justicia especializada, ni la autonomía total del Ministerio Público, la profesionalización de las policías y los ministerios públicos.

Respecto a la división de poderes horizontal, el estado en el que se encuentra el federalismo mexicano y el municipio libre nos hablan de un centralismo que muy lentamente deja de serlo.

En cuanto al control de los otros “poderes” como los partidos, los medios de comunicación o los grandes monopolios privados, la legislación para su control y su vigilancia es mínima. Por ejemplo, en materia de partidos políticos no hay ley, procedimiento o autoridad que pueda intervenir en su organización interna para obligarlos a que funcionen y se organicen democráticamente. La legislación en materia de medios de comunicación y de regulación al derecho a la información es inexistente o funciona con criterios escasamente democráticos.

Los derechos humanos deben estar garantizados y protegidos. En nuestro país existe el juicio de amparo que tutela algunos de estos derechos pero no todos, como es el caso de los derechos político-electORALES que son la base de la representación y de la participación política y del Estado de derecho democrático. Por otra parte, muchas de las garantías individuales de la Constitución no poseen leyes de desarrollo que coadyuven a la efectividad de esos derechos.

Las Comisiones Nacionales de Derechos Humanos, tanto la nacional como las locales, siguen encontrándose bajo la órbita del Poder Ejecutivo, y precisan de una autonomía total. Igualmente es oportuno revisar los mecanismos de protección constitucionales para proponer otros y mejorar los actuales. Un paso hacia adelante consistiría en la instauración de tribunales constitucionales según el modelo europeo.

La posibilidad de revisión de las normas existentes en México, a través del juicio de amparo, se encuentra muy limitada: los efectos de estas sentencias no son generales. Por otra parte, el juicio constitucional se utiliza exclusivamente en su vertiente de amparo por violaciones a las garantías individuales, sobre todo como amparo casación, y son infrecuentes los casos en que la Suprema Corte o los tribunales federales pueden conocer de otro tipo de conflictos como son los casos del llamado amparo “soberanía” (artículo 103, fracciones II y III de la Constitución) para proteger el federalismo mexicano y las hipótesis previstas en el artículo 105 constitucional.

Además de una profunda revisión a la legislación de amparo para que sea accesible a los ciudadanos es preciso repensar otros mecanismos de protección constitucional que existen en el derecho extranjero y que podrían ser de gran utilidad para la revisión de normas y actos que deben estar subordinados a la Constitución. La eficiencia del amparo como medio de protección de la Constitución y por tanto de los derechos humanos es sumamente débil: un estudio reciente que se apoya en el Informe de Labores de la Suprema Corte de Justicia de la Nación analiza los resultados de los fallos emitidos durante 1992 en los

juzgados de distrito y concluye que sólo en el 11% de los asuntos sometidos al conocimiento de estos tribunales el amparo fue concedido.⁴⁶

En cuanto a la relevancia constitucional o la coincidencia entre normas jurídicas y realidad, resulta que desde tiempos inmemoriales la brecha ha sido amplia. En la obra clásica de Emilio Rabasa, *La Constitución y la dictadura*,⁴⁷ se constata cómo las autoridades y ciudadanos han prescindido del orden jurídico-constitucional. El divorcio entre la realidad y la norma obedece además de a factores políticos y culturales —como el hecho de que las principales reglas del juego político no estén en la Constitución sino son patrimonio del presidente en turno— a la debilidad del propio orden jurídico que no contiene los mecanismos institucionales de protección y sanción para el respeto de esa legalidad.

El Estado de derecho en México presenta terribles deficiencias: en primer lugar, el divorcio entre realidad y norma; en segundo término, que el escalonamiento entre las normas no se produce en gran parte porque el fundamento de validez del ordenamiento no reside en el ordenamiento formal, sino en muchos casos en la voluntad del presidente; en tercer orden, elementos básicos del Estado de derecho que formalmente están reconocidos en la Constitución como la división de poderes no tienen virtualidad real. Existe un poder dominante: el del Ejecutivo. En cuarto lugar, importantes derechos para la construcción y participación política como los derechos electorales no están protegidos con los mecanismos constitucionales idóneos como sería si recibieran protección mediante el juicio de amparo o los otros recursos constitucionales (acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales); en quinto término, al ser la ley hasta fecha reciente el producto de un cuerpo representantes sin legitimidad de origen, no se puede sostener una primacía de la ley republicana ni democrática; en sexto orden, la administración pública no es profesional, depende de criterios políticos, y carece de los medios de control que existen en otras latitudes; en séptimo lugar, las posibilidades de revisión de una ley inconstitucional son deficientes por los obstáculos de las leyes de la materia, en tanto que los ciudadanos no pueden promoverla y porque tal revisión, en caso de proceder, no tiene —en el caso de la legislación electoral— efectos generales ni obligatorios para el resto de los poderes; en octavo orden, los mecanismos de control hacia el Ejecutivo están bajo mínimos, pues el Ministerio Público se encuentra en su órbita y el Poder Judicial o el Legislativo no realizan una labor democrática de supervisión a sus actos y decisiones; en noveno lugar, la debilidad del federalismo y del municipio libre, y en décimo término, y no por ello menos importante, las normas constitucionales y secundarias electorales no han permitido un juego político equitativo

46 Fix Fierro, Héctor (ed.), *A la puerta de la ley. El Estado de derecho en México*, México, Cal y Arena, 1994, p. 65.

47 Rabasa, Emilio, *La Constitución y la dictadura*, 6^a ed., México, Porrúa, 1990.

entre las distintas fuerzas políticas. Existen aún enormes déficit en cuanto a medios de comunicación, control a partidos antidemocráticos, en la regulación del financiamiento, excesivos controles a las coaliciones, y otras áreas de la normativa electoral y de partidos aún por revisarse.

El Estado de derecho parece que aún no es una realidad integral en el territorio nacional. Exclusivamente la democracia será capaz de nutrir al Estado de reglas, procedimientos y organizaciones propias de un auténtico Estado de derecho. La democracia en México, sin embargo, aún no arriba. De la liberalización política que data de los años sesenta o setenta no se ha pasado a la etapa de democratización, y mientras ésta no sea acordada por las fuerzas políticas y aceptada por la sociedad, el Estado de derecho seguirá siendo una tarea pendiente.