

III. Relaciones entre democracia y justicia

Explorar las relaciones entre democracia y justicia no es sencillo pues, como se ha mencionado, ambos temas se encuentran cargados de enormes significados y, en principio, cada uno suele entenderse con independencia del otro. Se trata, por decirlo así, de dos expresiones con su propio significado y origen. Adicionalmente, y lo que aquí resulta mucho más importante, cada una de ellas tiene su propia historia y una lógica independiente, por lo que sólo en épocas relativamente recientes se ha presentado la necesidad de preguntarse por sus relaciones. Lo que de un modo más general y lejano sí se ha presentado, son diversas formas de construir las intersecciones entre política y justicia. Por ello, es dentro de ese marco de posibilidades donde podríamos comenzar a abordar esas relaciones, por ser la democracia una de entre las varias modalidades de realización de la política.⁴⁸

a) *Política y justicia*

Afirmar que entre política y justicia existe siempre algún tipo de relación, exige precisar tal aseveración. Inicialmente, vamos a entender a la justicia en un sentido formal o procedimental, es decir, como una función normativa general, y no como una acción dotada de determinado contenido sustantivo propio. Ello es así porque estimamos que la única posibilidad de identificar esa relación como necesaria y permanente es acudiendo a un concepto formal que le dé cabida a diversas modalidades históricas, de forma que podamos rastrear o seguir el concepto a través de diversas épocas y situaciones. De no optar por este camino, tendríamos que entender que cada uno de los modelos políticos que pudieran identificarse en la historia tiene una peculiar forma de relación con la justicia, lo cual nos llevaría a hablar de situaciones por completo diferenciadas y difícilmente comparables entre sí. Agotada la función general de identificación que se logra con el concepto formal, debemos precisar que no es posible asumir, sin embargo, que la justicia sea igual en todas las modalidades que de la

⁴⁸ Sobre esta afirmación, cfr. N. Bobbio, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, J. Fernández Santillán (trad.), FCE, México, 1992.

política pudieran llegar a establecerse. Si bien inicialmente cabe señalar que desde el momento en que la política tiene un sentido propio y material y la jurisdicción sólo uno formal, esta última habrá de adquirir los contenidos provenientes de la primera, de inmediato es posible pasar a una etapa superior de análisis para estimar que, en realidad, el modelo político habrá de identificarse (entre otros) a partir de los elementos jurisdiccionales, y que éstos tendrán el sentido de los políticos.⁴⁹

Para enfrentar el primero de los problemas apuntados, nos apoyaremos en lo sostenido por Kelsen:

La función del Estado que conocemos con los nombres de jurisdicción o administración de justicia, se encamina esencialmente a la realización de acto coactivo o su preparación procesal. En este sentido, constituye una función estatal en sentido eminentemente formal; es función del Estado en el sentido formal de la palabra.⁵⁰

Es posible afirmar, entonces, que al interior de cualquier orden jurídico existe una función de justicia o jurisdiccional, que se

realiza a lo largo de un proceso y está compuesta por un conjunto de etapas encaminadas a cumplir fines específicos: determinar la existencia de una pretensión y de un derecho de aquel que ejerce una acción en juicio; identificar el incumplimiento de una obligación por quien es su contraparte en un proceso; considerar a ese incumplimiento como un acto ilícito (*lato sensu*); determinar la sanción que corresponda y, en su caso, ordenar el ejercicio de la fuerza pública para lograr su cumplimiento coactivo.⁵¹

Si comenzamos hablando de la justicia en términos formales, aún nos queda por resolver el tema de la política, tanto para estar en posibilidad de relacionarlo con ella, como para comprobar luego que la democracia es una de sus posibilidades. Nuevamente, el problema radica en que de la expresión política se han construido muchos

⁴⁹ En el mismo sentido, cfr. M. Oakeshott, *El Estado europeo moderno*, M. Candel (trad.), Paidós-UAB, Barcelona, 2001, pp. 34 y 58-59.

⁵⁰ Hans Kelsen, *Teoría general del Estado*, L. Legaz Lacambra (trad.), Ed. Nacional, México, 1979, pp. 316-317.

⁵¹ Lo primero que debemos advertir aquí es que al momento de hablar de jurisdicción en un sentido formal, no estamos presuponiendo que esa forma de entendimiento esté presente al momento de llevarse a cabo la relación con la política. Cuando se habla de jurisdicción en sentido formal, se hace desde el punto de vista de la teoría del derecho, la cual, y por lo mismo que pretende generalidad, proporciona conceptos generales y abstractos a efecto de que puedan ser “aplicados” a cualquier situación con independencia de sus modalidades concretas de realización. Por lo mismo, en cuanto lo que interesa es una situación concreta, el concepto formal funciona como guía de identificación y comprensión, pero no proporciona la explicación final de las cuestiones concretas que se estén tratando.

conceptos. Para no perdernos en una discusión sobre ellos, en lo que sigue consideraremos uno general y con suficiente grado de aceptación. Así, y en un plano de cierta generalidad, es posible estimar que existe política en cualquier sociedad si partimos, por ejemplo, del concepto weberiano: “Aspiración a la participación en el poder, o a la influencia sobre la distribución del poder, ya sea entre Estados o, en el interior de un Estado, entre los grupos humanos que comprende...”.⁵² Como el propio Weber explica en su obra *La política como vocación*:

Cuando se dice que una cuestión es política, o que son “políticos” un ministro o un funcionario, o que una decisión está “políticamente” condicionada, lo que quiere significarse siempre es que la respuesta a esa cuestión, o la determinación de la esfera de actividad de aquel funcionario, o las condiciones de esta decisión, dependen directamente de los intereses en torno a la distribución, la conservación o la transferencia del poder.⁵³

El Estado es el espacio privilegiado de la política (la democracia) y la jurisdicción. Ahora bien, ¿qué contenidos tendrá la política? o, lo que aquí es igual, ¿bajo qué ideas se lleva a cabo la distribución del po-

der y, por ende, las formas de dominación que lo constituyen y derivan de él? La respuesta, por supuesto, no es unitaria. Depende de la forma en que se ordenen y clasifiquen las experiencias históricas, o se constituyan los modelos mediante los cuales se aspire a conducir las relaciones de dominación. Así, y por señalar lo evidente, habrá sistemas monárquicos, autoritarios, totalitarios y democráticos, entre otros muchos.

La cuestión que aún no resolvemos tiene que ver con la relación entre la política y la justicia, definidas en los términos anteriores. Si nos mantenemos en el mismo plano formal, podríamos decir que se agota en el desarrollo de los contenidos determinados por la política dentro de los procesos jurisdiccionales. Esta comprensión, sin embargo, pasa por alto varios problemas previos, algunos de los cuales conviene apuntar de forma somera. El primero tiene que ver con las relaciones entre política y derecho, en tanto la justicia es una de las funciones de éste. Suponiendo que mediante el ejercicio político se lograra la realización efectiva del poder, los detentadores de él estarán en posibilidad de imponer o determinar los contenidos del derecho, y las normas jurídicas terminarán reproduciendo los contenidos determinados por los sujetos que detienen el poder. Ello es así, sencillamente, porque el resultado está presupuestado en la

⁵² Max Weber, *Economía y sociedad*, J. Medina Echavarría, et al. (trad.), FCE, México, 1981, p. 1056.

⁵³ Se cita por la edición de sus *Escritos Políticos*, tomo II, Folios, México, 1982, pp. 309 y ss.

misma definición o, lo que es igual, que el poder político lo ejerce quien efectivamente lo ejerce. Si el titular o titulares del poder público determinan que tal o cual acción suya o cierto fenómeno natural tiene tal o cual calidad jurídica, el hecho de que detienen el poder de modo eficaz hace posible suponer que esa acción o fenómeno es “constitutivo” de derecho. A partir de ahí, cabe entender que todo desconocimiento a esa consideración será tenido como contrario al derecho y, por lo mismo, podrá sancionarse conforme a lo que sus normas prevean.

Lo que en principio puede parecer una forma totalmente descarnada y discontinua de ejercicio del poder, tenderá a adquirir regularidad a partir de la realización de ciertas prácticas. Ello es así no por la virtud de sus titulares o la calidad inherente de las normas que aplican, sino sencillamente porque aquéllos deberán lograr la eficacia de las normas que emiten. En otras palabras, desde el momento en que la existencia de la dominación se funda en normas jurídicas (y toda dominación lo hace, así sea ésta muy primitiva), es posible advertir la enorme relación que se da entre derecho y política: primero, porque la dominación política terminará legitimándose a partir del acatamiento de los contenidos del derecho y, a partir de lo anterior, porque las características del régimen político se conocerán

a través de lo dispuesto en las normas jurídicas.⁵⁴

En el momento en que abandonamos las consideraciones de la teoría general y su sentido formalizador, y nos preguntamos por las relaciones entre política y justicia, tenemos que los procesos a través de los cuales se realiza ésta no pueden ser neutrales en ningún caso. Por el contrario, vendrán a ser formas históricas concretas en las cuales habrán de realizarse, como no podría ser de otra manera, modalidades también históricas de dominación política. Si, por ejemplo, de un determinado Estado cabe afirmar su calidad de feudal o monárquico, esto sólo es posible en tanto se ha calificado así al modelo político, esto último, a su vez, a partir de los contenidos de las normas del correspondiente orden jurídico, entre ellas, y de forma destacada, las que permiten realizar la jurisdicción. Como consecuencia de ello, y de conformidad con los particulares contenidos históricos del régimen de que se trate, los llamados órganos de impartición de justicia deberán de-

⁵⁴ Cuando nos referimos aquí a normas jurídicas, no estamos aludiendo necesariamente a las formulaciones contenidas en las constituciones, leyes o demás ordenamientos, sino de un modo muy señalado a la práctica jurídica que se realiza al llevarse a cabo la aplicación de esos mismos ordenamientos. Al respecto, cfr. J. R. Cossío, *Cambio social y cambio jurídico*, Miguel Ángel Porrúa, México, 2001, caps. IV y V.

terminar de forma concreta y a partir de disposiciones eficaces en un cierto lugar y momento, si existe una pretensión y un derecho por parte de quien ejerce una acción en juicio; cabe identificar el incumplimiento de una obligación por quien es su contraparte; considerar al incumplimiento como acto ilícito; determinar la sanción que le corresponda y, en su caso, ordenar el ejercicio de la fuerza pública. Como ya se señaló, debido a que la justicia (o jurisdicción) es una de entre las varias funciones normativas de todo orden jurídico, la forma en que se lleve a cabo y los contenidos que asuma serán determinantes para identificar el tipo de sistema político que se realice a través del correspondiente orden jurídico. Esta identificación es así de plena, y con ello avanzamos de la concepción puramente formal de la justicia, debido, finalmente, a que la forma de identificar el tipo de sistema político frente al cual se está, es atendiendo al contenido de las normas jurídicas,⁵⁵ si bien debe sostenerse también que el conte-

nido de éstas depende de las cualidades del modelo político. No se trata, evidentemente, de un mero juego de palabras, sino del reconocimiento pleno de una forma de relación que aun cuando es posible negar para ciertos efectos analíticos, necesariamente se manifiesta en la positividad del derecho o en la realización de la política.

La dificultad para comprender la relación necesaria entre política y justicia hace aconsejable exponer un par de ejemplos para, enseguida, pasar al tema objeto de este capítulo. El primero de ellos tiene que ver con la situación vivida en Inglaterra entre 1066 y 1189, esto es, desde la conquista normanda hasta la muerte de Enrique II. El periodo es relevante e ilustrativo, en cuanto permite apreciar los cambios en materia de justicia derivados esencialmente de dos modalidades políticas: la impuesta por Guillermo el Conquistador y la introducida por el propio Enrique II. Al llevarse a cabo la conquista de la parte oriental de la Isla en 1066, Guillermo el Conquistador introdujo diversas formas de arreglo político. En primer lugar, y como era propio de los títulos en que había sustentado la conquista,⁵⁶ asumió el carácter de monarca de Inglaterra; en segundo, asignó a los señores normandos

⁵⁵ Como lo hemos expuesto en otros trabajos, el conocimiento de las normas jurídicas no puede significar en modo alguno el conocimiento de los enunciados o formulaciones de las normas generales (Constitución y leyes, principalmente), como suele hacerse en los trabajos de dogmática jurídica en nuestro país. Por el contrario, y debido a que consideramos al derecho como un orden positivo de normas, su conocimiento sólo puede darse si se conocen los sentidos de las normas individuales o, lo que a ese nivel es lo mismo, la práctica jurídica. Al respecto, cfr. J. R. Cossío, *Cambio social...*, *op. cit.*

⁵⁶ Una breve explicación de los mismos se encuentra en Ch. Brooke, *The Saxon and Norman Kings*, Barnes & Noble, Nueva York, 1996, pp. 165 y ss.

(*tenants*) las tierras y títulos de aquellos anglosajones que combatieron en su contra, al extremo de que a finales de su reinado los primeros prácticamente habían reemplazado a los segundos.⁵⁷ La condición impuesta para asignar tierras a los *tenants-in-chief* fue que cada uno de ellos lo proveyera con cinco mil caballeros, permitiendo que aquéllos constituyeran, a su vez, *subtenants* a efecto de que aportaran cierto número de ellos.⁵⁸ Estas dos formas de arreglo político habrían de tener importantes consecuencias para potenciar la dualidad de legitimidades de Guillermo, esto es, la constituida por la vertiente teocrática y la derivada del pacto feudal. Por la primera, “su propia *voluntas* creaba el derecho, ejercido bajo el arbitrio de sus propias consideraciones, independientemente y sin ninguna clase de impedimentos”; por la segunda, “la *voluntas* real no constituía por sí sola la fuerza material de la ley, sin el consentimiento –explícito o implícito– que daban a ella los feudatarios directos del rey”.⁵⁹ En palabras de Ullmann:

Para los fines del gobierno y la elaboración del derecho, el rey feudal tenía que actuar bajo con-

⁵⁷ *Ibid.*, p. 171.

⁵⁸ H. J. Berman, *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, Cambridge, 1983, p. 440.

⁵⁹ W. Ullmann, *Principios de gobierno y política en la Edad Media*, G. Soriano (trad.), Alianza, Madrid, 1985, p. 155.

sulta y acuerdo con las otras partes del contrato feudal o, cuando menos, con los barones. Por tanto, la naturaleza contractual del vínculo feudal colocaba al rey feudal en un nivel fundamentalmente diferente al del rey teocrático: dentro del marco feudal no había lugar para que el soberano desplegara su *voluntas*. *En esta forma, el rey medieval presentaba una dicotomía irreconciliable, la cual no toleraba ninguna clase de compromiso.*⁶⁰

Esta cuestión sería uno de los ejes del modelo feudal inglés, pues en él se apoyaría la dinámica y la conflictividad de todo el juego político de aquellos años (la cual no se mostraría inicialmente en toda su dimensión, debido a la relación personal de los primeros barones con Guillermo el Conquistador).⁶¹ Éste estableció las bases para un sólido sistema administrativo constituido a partir de los antecedentes normandos,⁶² y el mantenimiento de algunas prácticas anglosajonas. Primero, creó un sistema de tributación organizado a partir de una oficina central (*Exchequer*), misma que llevó a cabo un censo

⁶⁰ *Ibid.*, pp. 155-156 (las cursivas son nuestras).

⁶¹ Así, por vía de ejemplo, la forma de relación con la Iglesia católica, en tanto Guillermo consideró (y sus sucesores le siguieron en ello) que contaba con atribuciones para designar a los obispos sin consultar al Papa, que las resoluciones de los concilios no se aplicarían sin su consentimiento, o que podría vetar las sanciones impuestas por el Papa a sus barones. Al respecto, cfr. H. J. Berman, *Law and Revolution...*, *op. cit.*, pp. 436-437.

⁶² G. M. Trevelyan, *Historia política de Inglaterra*, R. Iglesia (trad.), FCE, México, 1984, pp. 84 y ss.

detallado (*Doomsday Book*) de las diversas formas de tenencia de la tierra y el nombre de sus titulares y, lo que aquí es más importante, la relación de las traslaciones de todas las tierras hasta llegar al rey, punto de referencia final y común en la materia.⁶³ Igualmente, inició los trabajos de una oficina central (*Chancery*) encargada de ordenar y distribuir el trabajo administrativo en todo el reino. Finalmente, produjo diversas adecuaciones al sistema de justicia.⁶⁴

Respecto a este último, es importante diferenciar entre los diversos problemas que debían enfrentar el rey y el resto de los miembros del reino. En cuanto al primero, por una parte están los relativos a su doble calidad de monarca teocrático y primero de los señores feudales; por otra, lo concerniente a la obligación de mantener la paz del reino respecto de la totalidad de sus súbditos y no sólo del grupo de barones que lo habían acompañado en la conquista. La justicia real, ha dicho Berman, terminaba dándose sólo en casos de denegación de justicia por parte de los señores feudales, aquellos

que afectaran la propiedad real, constituyeran traición y otras cuantas materias específicas, pero en todo caso era de carácter extraordinario.⁶⁵ En realidad, y como enseñada veremos, el fundamento de la justicia descansaba en alianzas puramente personales derivadas de la buena fe que debía existir entre el monarca y sus señores, o en la aplicación de la fuerza por parte del primero.⁶⁶ La debilidad institucional de este acuerdo provocó, sin embargo, que hacia el final de su reinado Guillermo reuniera a todos los *landowning men of property* en Salisbury (1086) y los obligara a jurar fidelidad a su persona, tratando de evitar con ello los conflictos que había vivido en Normandía.⁶⁷ La otra parte de la jurisdicción, la relativa a las relaciones de los señores feudales entre sí y entre éstos y sus súbditos, se resolvía de dos maneras. Por una parte, mediante la *Curia Regis*, el cuerpo de origen anglosajón que reunía a los principales del reino (*king's tenants in chief*) a deliberar y tomar resoluciones, entre ellas otorgar consejo a sus pares, proporcionarse apoyo moral o financiero y resolver sus controversias.⁶⁸ La importancia de esta asamblea descansaba en la comprensión de la base feudal del modelo político, pues era precisamente en ese

⁶³ T. F. T. Plucknett, *A Concise History of the Common Law*, 5a. ed., Little, Brown & Co., Boston, 1956, pp. 12-13.

⁶⁴ Como lo señala, entre otros, Van Caenegem (*An Historical Introduction to Western Constitutional Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, pp. 74-75), este fenómeno de centralización no fue, sin embargo, propio de Inglaterra, sino más bien una consecuencia de la "dispersión germánica" de aquellos años.

⁶⁵ *Op. cit.*, p. 441.

⁶⁶ G. M. Trevelyan, *Historia política...*, *op. cit.*, pp. 101-102.

⁶⁷ T. F. T. Plucknett, *A Concise History...*, *op. cit.*, p. 13.

⁶⁸ *Ibid.*, pp. 139-141.

órgano colegiado donde se determinaba y aplicaba el “derecho constitucional” de la época. En cuanto a los súbditos, el rey partió de la existencia de los órganos anglosajones, conservando las *courts of hundreds*, las *courts of shires* y la importante figura de los *sheriffs*.⁶⁹ Ello implicó, en principio, la posibilidad de que los *tenants* tuvieran gran influencia sobre los órganos locales.⁷⁰ La justicia, entonces, descansaba en una compleja red de relaciones personales carente, por lo mismo, de una sólida base institucional y de un cuerpo profesional que la ejecutara de forma centralizada.⁷¹

Este modelo tenía su origen y sustento en las condiciones y posibilidades de ejercicio del poder de Guillermo el Conquistador, de forma que al disminuir éstas también habría de decrecer, evidentemente en favor de los señores locales y en razón de equilibrio de fuerzas que entre ellos llegara a darse. Así fue como sucedió durante el reinado (1087-1100) de Guillermo II (William Rufus). Éste generó diversos conflictos con la Iglesia, los barones y el pueblo, logrando que su

periodo sea considerado anárquico.⁷² La posibilidad de recuperación del poder monárquico frente al que ejercían los señores se sustentó en su centralización. Enrique I, hermano y sucesor de Guillermo II, tuvo que enfrentar durante su reinado (1110-1135) los problemas derivados de su propia “guerra de las investiduras”. Por otra parte, estableció los *Great Rolls of the Pipe*, como una forma centralizada de ordenar y dar a conocer el derecho inglés. En lo que aquí interesa, se estableció la práctica de enviar a jueces (*justices in eyre*) designados por el rey a recorrer el reino, sobre todo con la misión de conocer de aquellos casos que pudieran interesar a aquél.⁷³ Con ello se permitió un sistema dual en el que los jueces locales conocían de variados asuntos, y los jueces reales inicialmente de pocos, nuevamente aquellos que implicaran una denegación de justicia o afectaran al soberano. Debido a que la debilidad de Guillermo II propició el aumento del poder de los señores feudales, se produjo el debilitamiento de su dimensión teocrática. De este modo, el fundamento de la expansión jurisdiccional llevada a cabo por Enrique I tuvo que apoyarse en ella. Como lo señala Ullmann:

⁶⁹ R. Van Caenegem, “Government, Law and Society”, en *The Cambridge History of Medieval Political Thought, c.350-c. 1450*, J. H. Burns (ed.), Cambridge University Press, Cambridge, 1991, p. 184.

⁷⁰ Salvo por el caso de los *sheriffs*, en tanto eran designaciones reales.

⁷¹ H. J. Berman, *Law and Revolution..., op. cit.*, p. 441.

⁷² G. M. Trevelyan, *Historia política..., op. cit.*, p. 106. Para una discusión detallada del mismo, cfr. Ch. Brooke, *The Saxon..., op. cit.*, pp. 175-186.

⁷³ H. J. Berman, *Law and Revolution..., op. cit.*, p. 441.

Hemos observado que la paz que en el reino se encomendaba al rey era la paz del rey, sostenida y garantizada por él en su función teocrática [...] Podía decirse que, en la medida en que se quebrantase la paz del rey, se establecían las diferentes categorías del crimen [...] El derecho que poseía el rey a imponer multas y confiscar los bienes del reo era simple consecuencia lógica del quebrantamiento de la paz del rey. Pero este aspecto lucrativo de la jurisdicción criminal era, a su vez, simple consecuencia lógica de la ofensa cometida contra el rey (teocrático).⁷⁴

Enrique I entendió plenamente que la posibilidad de recuperar o de ejercer poder frente a los barones descansaba, por una parte, en su centralización y, por la otra, que ello sólo podría hacerse en la medida en que el rey se reconociera distinto a ellos, es decir, ejerciendo aquella dimensión de su cargo que lo hacía diferente.⁷⁵ La jurisdicción es aquí una vía privilegiada de ejercicio del poder monárquico al extremo de que, por una parte, éste se construye y define por ella, pero donde, también, la jurisdicción queda definida por la intención centralizadora y teocrática del ejercicio del poder.

Como si de un péndulo se tratara, a la muerte de Enrique I se da nuevamente una situación de debilidad monárquica, esta vez en el reinado de Esteban (1135-1154). La misma fue de tal importancia, que se suscitaron grandes divisiones internas y situaciones de guerra, en donde el modelo feudal luchaba por emanciparse del real.⁷⁶ Es precisamente en el periodo (1154-1189) de Enrique II, sucesor de aquél, cuando se dan importantes cambios en el modelo político y, destacadamente, en el sistema de justicia. Los hechos a los cuales tuvo que enfrentarse consistían en altos índices de delincuencia, en las constantes disputas de los *tenants* y en la ineficacia de su aparato central de gobierno. Enrique II introdujo importantes medidas para concentrar el poder real en un “sistema de derecho real”.

Primero, reorganizó los tribunales en materia de competencias. Ello se hizo distinguiendo entre lo que actualmente llamaríamos la jurisdicción local, la feudal y la real. La primera recaía sobre *vills* (*villages*), *hundreds* (grupo de villas), *shires* (*counties*) y *towns*, cuyos problemas eran resueltos, primero por las *hundred courts*, y con posterioridad por las *shire courts*. En el ámbito feudal, las unidades eran las *manors*, cada una

⁷⁴ W. Ullmann, *Principios de gobierno...*, *op. cit.*, p. 159.

⁷⁵ Al mismo tiempo, sin embargo, asumió en el año 1100 una Carta en la que prometía, evidentemente dentro de la dimensión feudal de su poder, limitar los excesos en que había incurrido su hermano y antecesor.

⁷⁶ R. Van Caenegem, “Government, Law...”, *op. cit.*, p. 205.

con un *lord* a la cabeza, y de cuyos actos conocían las *seignorial courts*, sujetas éstas, a su vez, a las decisiones del *chief lord*, es decir, del rey.⁷⁷ Finalmente, la jurisdicción real, que progresivamente fue atrayendo la jurisdicción de una pluralidad de asuntos civiles y penales. Ésta se componía por dos entes: los jueces itinerantes, los que, a diferencia del funcionar inconsistente del periodo de Enrique I, se racionalizan mediante competencias específicas, rutas a seguir y periodos de visitas; la *Court of Common Pleas*, compuesta por cinco personas radicadas en *Westminster* y competente para resolver las demandas que la población les presentara. Las competencias de ésta no eran del todo precisas,⁷⁸ ya que funcionaba como un órgano de hombres subordinados al rey.⁷⁹ En segundo lugar, pero en gran relación con lo anterior, Enrique introdujo los *writs*. Su mecánica era relativamente simple, si bien muy efectiva: un particular acudía a *Westminster* a solicitarle al Canciller un *writ*, es decir, un documento que le permitiera iniciar un juicio en contra de alguna persona. En caso de otorgarlo, el *writ* se dirigía al *sheriff*

de la localidad en la que el juicio se realizaría, a efecto de que éste lo sometiera a las cortes reales. Se trataba de una forma para posibilitar de modo individual la intervención real en una gran cantidad de casos, sin desplazar de forma generalizada las competencias locales o feudales.

Al igual que aconteció con su antecesor del mismo nombre, Enrique II sustentó el ejercicio de sus atribuciones judiciales en el nivel teocrático de su función, apelando a su carácter de “vicario de Dios”,⁸⁰ pues sólo de esa forma podía desplazar a los señores feudales de las competencias que les correspondían. Nuevamente citemos a Ullmann:

No se ha apreciado suficientemente el alcance de efectividad que tuvieron las numerosas medidas legislativas de Enrique II, gracias a su hábil manejo y dirección del principio teocrático de la paz del rey. Lo referente a la jurisdicción criminal fue una medida aislada, pero posiblemente fue la más efectiva de todas: [...] la fórmula general de la paz y el orden [...] Como la jurisdicción, de cualquier clase que fuese, emanaba de una autoridad

⁷⁷ H. J. Berman, *Law and Revolution...*, *op. cit.*, p. 440.

⁷⁸ T.F.T. Plucknett, *A Concise History...*, *op. cit.*, pp. 147-148.

⁷⁹ En estrecha relación con el punto anterior, está la introducción del sistema de jurado de acusación y de juicio. Sobre sus generalidades, cfr. H. J. Berman, *Law and Revolution...*, *op. cit.*, pp. 448-450.

⁸⁰ Lo era “para la aplicación de su justicia, con la que se restauraría la paz que quebrantó la rebelión del pecado, y la sociedad humana quedaría acorde con el orden del universo y el destino del hombre”. Al respecto, cfr. M. García Pelayo, “El reino de Dios, arquetipo político. Estudio de las formas políticas de la alta Edad Media”, *Obras completas*, vol. I, CEC, Madrid, 1991, pp. 848-852.

reconocida y se la consideraba como vinculatoria y obligatoria, implicaba el empleo de algunos principios y reglas. Dentro del marco político del rey teocrático, era su *voluntas* la que creaba el derecho y la que ponía en movimiento el mecanismo jurisdiccional.⁸¹

Las consecuencias de las acciones tomadas por Enrique II son varias y, a estas alturas, evidentes: en primer lugar, se produjo el desplazamiento de las cortes locales y el correspondiente fortalecimiento de las nacionales;⁸² a partir de su funcionamiento comienza a considerarse el establecimiento de un *common law* para todo el reino;⁸³ el proceso se logró a partir del establecimiento de cuerpos profesionales entrenados para llevar a cabo la expansión de la actividad legal y judicial de la Corona, asunto este que suele ser visto como una de las condiciones para

el establecimiento del Estado moderno.⁸⁴ Como lo apuntamos de manera hipotética al inicio de este capítulo, Enrique II acrecentó su poder monárquico frente al que habían acumulado los barones ante la debilidad de su antecesor, al ejercer sus atributos teocráticos. La justicia resultó una de las maneras más adecuadas para lograr sus propósitos, no sin dejar de tomar en cuenta la gran cantidad de justificaciones y argumentos que planteó. Las relaciones entre modelo político y justicia se dieron de forma tal, que el primero adquirió su sentido y desarrollo gracias a ella, aun cuando también la justicia quedó definida por la forma en que el monarca concibió y ejerció su cargo.

Otro ejemplo a tratar es el relativo al nacionalsocialismo. El mismo es relevante debido a la enorme cantidad de críticas, evidentemente justificadas, que sobre él se han sostenido, al punto de, indebidamente, considerarlo como la negación del derecho. Como lo hicimos con el derecho medieval inglés y, en seguida, trataremos de realizarlo con la democracia, es necesario admitir que el sistema nazi terminará por conocerse en razón de las normas que formen su orden jurídico (entre ellas las jurisdic-

⁸¹ W. Ullmann, *Principios de gobierno...., op. cit.*, pp. 160-161 y 163. La habilidad a que alude Ullmann queda de manifiesto si se aprecia que en aquellos años el rey estableció nuevas formas de relación con los barones a través de las *Constitutions of Clarendon* (1164), mediante las cuales ambos se comprometían a actuar dentro de ciertos ámbitos de competencia, a respetar ciertos procedimientos y, lo que aquí importa, delimitar algunos de los asuntos que correspondían a los tribunales reales. Al respecto, cfr. T.F.T. Plucknett, *A Concise History...., op. cit.*, pp. 147-148.

⁸² R. Van Caenegem, "Government, Law and Society", *op. cit.*, p. 191.

⁸³ J. P. Dawson, *The Oracles of the Law*, Westport, Greenwood Press, 1978, pp. 2 y 4. En el mismo sentido Caenegem Van, R. "Government, Law and Society", *op. cit.*, 191.

⁸⁴ J. P. Canning, "Introduction: Politics, Institutions and Ideas", en *The Cambridge History of Medieval Political Thought*, Cambridge University, Nueva York, 1987, p. 350.

cionales) y, simultáneamente, que las normas jurisdiccionales tendrán los contenidos del sistema político nazi. A pesar de lo que ha sostenido Hannah Arendt,⁸⁵ nos parece que, y aun para justificar sus peores excesos, los nazis buscaron, primero, adquirir el poder por vías jurídicas ordinarias; segundo, acumularlo en Hitler a partir de diversos mecanismos jurídicos; tercero, introducir en el orden jurídico los contenidos propios de su ideología y, finalmente, imponer su dominación a través de normas cuyos contenidos correspondían a esa misma ideología. Alcanzado el poder por vías legítimas y una vez concentradas las atribuciones necesarias para ello, los nazis cambiaron los contenidos y los procedimientos del ordenamiento alemán, al punto que, nuevamente, puede decirse que las prácticas que conocemos como propias del nazismo estaban fundadas en el orden jurídico nazi. Éste, a su vez, provenía de los elementos determinantes de ese modelo político: los supuestos partidistas elaborados en 1920; el principio nacionalsocialista; la noción de que la nación es un pueblo determinado por la unidad biológica de la raza y guiado por un partido que lo encauza, y el predominio carismático de un jefe o *Führer*. La misma Arendt ha dicho que el derecho era para el

totalitarismo nazi un elemento completamente irrelevante.⁸⁶ Nos parece que es necesario hacer algunas precisiones a fin de entender sus palabras.

Debemos partir de la distinción entre partido y Estado,⁸⁷ donde el orden jurídico era relevante para el Estado, es decir, para las autoridades “no partidistas” o, como Arendt las llamó, las “formaciones frontales”. Frente a estas formaciones se distinguían las élites partidistas, mismas que por considerar que ejercían autoridad real frente a la formal de las “frontales”, terminaban imputando sus actos (normativamente) a la voluntad del *Führer*.⁸⁸ Aun cuando en otro trabajo sostuvimos una idea contraria,⁸⁹ nos parece que las formaciones de élite sí estaban sujetas a derecho, así fuera éste la voluntad final del *Führer*;⁹⁰ tratándose de las formaciones frontales, existía un conjunto de normas jerar-

⁸⁵ *Los orígenes del totalitarismo*, G. Solana (trad.), Alianza, Madrid, 1958, p. 444.

⁸⁶ *Ibid.*, pp. 520-522. En contra de esta opinión general, aun cuando no sin dejar de reconocer la distinción entre normas “formales” y ramas “de partido”, cfr. M. Cot, *La conception hitlérienne du droit*, Librairie de Jurisprudence Ancienne et Moderne, París, 1938, pp. 181-191 y 191-208.

⁸⁷ Cfr. L. P. Mayer, *Trayectoria del pensamiento político*, V. Herrero (trad.), FCE, Méjico, 1976, pp. 228-229.

⁸⁸ H. Arendt, *Los orígenes del totalitarismo*, op. cit., pp. 522-524, 527, 531. F. Neumann, “Notas sobre la teoría de la dictadura”, en *El Estado democrático y el Estado autoritario*, M. Reilly (trad.), Paidós, Buenos Aires, 1968, pp. 230-231.

⁸⁹ J. R. Cossío, *Cambio social y cambio jurídico*, op. cit., pp. 20-23.

⁹⁰ M. Cot, *La conception...*, op. cit., pp. 235 y ss.

quizadas que guiaban la conducta de los individuos (particulares y funcionarios) a partir de la aceptación de la eficacia del propio orden jurídico nazi. El origen de las normas es el mismo en ambos casos: la voluntad del *Führer*. Sin embargo, la manera de manifestarse, más informales o descentralizadas en el caso de las élites y de modo contrario en el de las “no élites”, permitía diferenciarlas en su estudio, pero no en su fundamento de validez.

Una vez que los nazis ocuparon el poder, se dieron los cambios jurídicos.⁹¹ Hitler conjuntó en su persona las funciones legislativa y ejecutiva, en tanto que su voluntad era, como ya se dijo, suprema en el Estado; el órgano legislativo (*Reichstag*) fue mantenido y, de vez en cuando, recibía y aprobaba las iniciativas enviadas por Hitler; se suspendieron las garantías o libertades individuales, tanto porque impedían la actuación nazi, como porque tenían un contenido liberal incompatible con el nuevo orden; la necesidad de centralizar el poder alteró la forma federal de gobierno y terminó con la autonomía de los *Länder*.⁹² En lo que toca

a la justicia, la misma se despachaba también a nombre del *Führer*, quien tenía facultades para ordenar ejecuciones e intervenir directamente en los procesos judiciales que le parecieran de importancia. El partido, por su parte, tenía atribuciones para solicitar a éste la revisión de las resoluciones judiciales dictadas por los jueces alemanes. Éstos, finalmente, estaban imbuidos de la mentalidad nacionalsocialista al ser abogados reclutados de los cuerpos del partido, además de que se constituyeron tribunales especiales en los que no había jueces profesionales sino seguidores totales del movimiento.⁹³ Adicionalmente a ello, los jueces tenían que participar en las actividades partidistas, donde su instrucción no era jurídica sino que se conformaba por la ideología partidista ya apuntada. Por ello, su fuente final de resolución era el *Volksgeist*, entendido éste como el sentir proveniente de la

⁹¹ R. Van Caenegem, *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*, *op. cit.*, p. 285.

⁹² *Ibid.*, pp. 283-288. Igualmente, M. Cot, *La conception..., op. cit.*, p. 29. Fuera del ámbito de la organización de los poderes públicos, se dieron otras modificaciones normativas importantes, se crearon agrupaciones para supervisar la cultura y las artes, a la juventud y los

sindicatos, por ejemplo. Igualmente, y recogiendo las nociones racistas expresadas desde 1923 por Hitler en su obra *Mi Lucha*, la política antijudía fue plasmada en las leyes de Nuremberg de 1935 y en el Decreto 30 de 1943. Estas normas relativas a los matrimonios prohibieron las relaciones sexuales entre no judíos y judíos, y se les retiraron a éstos sus derechos políticos (pero no así sus obligaciones) y se les prohibió acudir ante los tribunales. Las normas jurídicas acabadas de reseñar adquirieron su contenido mediante los sucesivos actos de creación y aplicación llevados a cabo por los órganos del Estado/partido nazi, partiendo de los contenidos de su propia ideología.

⁹³ M. Cot, *La conception..., op. cit.*, pp. 239-240.

conciencia nacional, entendible “a partir de la palabra del *Führer*, y del programa del Partido Nacionalsocialista, de las leyes nacionalsocialistas, de la concepción (nacional) socialista del honor y de las divisiones del propio Partido”.⁹⁴ Si el derecho todo provenía del *Führer*, la acción de los jueces no era sino la manifestación organizada de la voluntad de aquél. Como concluye Cot:

Lo anterior nos permite concluir que la voluntad de Adolfo Hitler fue, durante el III Reich, la fuente única del derecho. Las fuentes autónomas, costumbre, jurisprudencia, se encontraron, crecientemente, sometidas a la interpretación dada por el *Führer* del misterioso *Volksgeist*. Hitler podía otorgar autoridad de derecho a una regla cualquiera. Él podía abogar, por un simple acto de voluntad, toda norma socialmente aceptada.⁹⁵

Si atendemos a los criterios de Neumann, el régimen que describimos puede ser calificado como una “dictadura totalitaria”.⁹⁶ Ello quiere decir, como antes afirmamos, que una determinada concepción política adquirió el carácter de forma de Estado, lo cual significa, a su vez, que las normas del orden jurídico adquirieron sus contenidos

al punto de que la propia forma de Estado puede ser identificada y definida a través de ellos. En el caso concreto, la existencia de los procesos judiciales y la acción de los jueces tenían el propósito de establecer esos contenidos normativos cotidianamente: que en la totalidad de los procesos de individualización jurídica encaminados a preparar el acto coactivo, los contenidos jurídicos, esto es, la ideología nazi ya normativizada, venían a refrendar la posición de dominación que se ejercía. Por ello, la determinación de los actos ilícitos para el régimen, los procesos judiciales que habrían de seguirse para identificarlos, las cualidades de los sujetos que habrían de aplicar el derecho y las modalidades y montos de las sanciones, venían a ser, se insiste, la ratificación del modelo político general bajo el cual se vivió en Alemania durante esos años.

Al abandonar las consideraciones de tipo formal sobre las relaciones entre política y justicia, resulta que éstas no son neutrales en ningún caso. Son en realidad las formas históricas concretas mediante las cuales habrán de llevarse a cabo las modalidades de un modelo político histórico. Como consecuencia, los órganos de justicia deberán determinar de forma concreta, y a partir de disposiciones eficaces en un cierto lugar y momento, si: existe una pretensión y un derecho por quien ejerce una acción en jui-

⁹⁴ *Ibid.*, pp. 240-241.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 243.

⁹⁶ F. Neumann, “Notas sobre...”, *op. cit.*, p. 229-231.

cio; puede identificarse el incumplimiento de una obligación por su contraparte; puede considerarse al incumplimiento como acto ilícito; puede determinarse la sanción correspondiente y ordenarse el ejercicio de la fuerza pública. Como la jurisdicción es una de entre las varias funciones normativas de todo orden jurídico, la forma en que se lleve a cabo y los contenidos que asuma serán determinantes para identificar el tipo de sistema político que se realice a través del correspondiente orden jurídico.

b) *Democracia, gobiernos mixtos y justicia*

Las relaciones entre democracia y justicia se presentan de modo muy cercano al que, como se ha visto, se da entre política y justicia. Esto es así en tanto la democracia es una de las varias posibilidades que puede presentar la primera. Hasta aquí hemos hecho alusión a dos ejemplos de modalidades políticas puras: la monarquía y el totalitarismo. Por lo mismo, ha sido posible describir la plena identificación entre el modelo político y la jurisdicción, al punto de que, como señalamos, puede conocerse al primero a partir de las características de los procesos que lo realizan. Sin embargo, esta modalidad plena de identificación presenta problemas en el caso de la democra-

cia, sencillamente porque esta última suele darse como una de las partes de lo que se conoce como una forma “mixta” de gobierno.⁹⁷ En el contexto de nuestra investigación, esto significa varias cosas: primero, que la democracia, de algún modo, forma parte de un “arreglo” en el que ella es una parte; segundo, que, muy probablemente, su presencia en ese arreglo esté suscitado por tensiones y, también, de lugar a ellas y, tercero, que la justicia no exprese exclusivamente los elementos o la dimensión de la democracia, sino también de los otros elementos del arreglo del que es parte.

La forma de enfrentarnos a estos nuevos problemas será estableciendo los elementos del arreglo del que la democracia forma parte. De modo más particular, si se ha dicho que es *uno* de los componentes de la forma mixta de gobierno, corresponde establecer qué partes la componen, cuáles son las relaciones entre ellas, y qué especificidad tiene (la democracia) en todo ello. Contestado lo anterior, estaremos en posibilidad de considerar nuevamente las concepciones de la democracia, sencillamente porque, como veremos, cada una de ellas determina las formas de relación y preeminencia entre los diversos elementos del gobierno y, al ha-

⁹⁷ Cfr. J. F. Fernández Santillán, *Filosofía política de la democracia*, Fontamara, México, 1997, pp. 31 y ss.

cerlo, define las modalidades de expresión de la justicia respecto de la democracia.

Podemos iniciar diciendo que la forma mixta más común de nuestro tiempo se forma por la democracia y el liberalismo, ello debido a la extensión de esta segunda categoría en los regímenes políticos particulares⁹⁸ y a su hegemonía como filosofía política.⁹⁹ La relación es a tal punto estrecha, que desde hace tiempo se habla de la *democracia liberal* como un horizonte a alcanzar y una descripción de lo que acontece en muchos regímenes, a partir de lo que se estima una intrínseca unidad entre ambos elementos.¹⁰⁰ Como veremos enseguida, esta última posibilidad puede alcanzarse sólo a condición de llevar a cabo una articulación entre los elementos de forma tal que, sólo como resultado de ella, se logre la constitución de un nuevo modelo. El que esto sea así, deriva, como bien lo apunta Bobbio, de los dis-

tintos orígenes, objetivos y valores perseguidos por el liberalismo y la democracia:¹⁰¹

Un Estado liberal no es por fuerza democrático: más aún, históricamente se realiza en sociedades en las cuales la participación en el gobierno está muy restringida, limitada a las clases pudientes. Un gobierno democrático no genera forzosamente un Estado liberal: incluso, el Estado liberal clásico hoy está en crisis por el avance progresivo de la democratización, producto de la ampliación gradual del sufragio hasta llegar al sufragio universal.¹⁰²

Esta diferencia parte de los presupuestos de cada régimen. El del Estado liberal consistió en la postulación de derechos innatos al hombre, mismos que en modo alguno pueden ser invadidos por los órganos del poder público. En el momento mismo en que los hombres forman un pacto social lo hacen dotados de un conjunto de derechos naturales y por lo mismo preexistentes,¹⁰³

⁹⁸ En este sentido, G. Sartori, *La democracia después del comunismo*, *op. cit.*, p. 16. En contra de esta posición en el plano empírico, Fareed Zakaria, "The Rise of Illiberal Democracy", en *Foreign Affairs*, 76, 6, noviembre/diciembre 1997, pp. 23 y 25-26, principalmente.

⁹⁹ B. Parekh, "Political Theory: Traditions in Political Philosophy", en *A New Handbook of Political Science*, R. E. Goodin y H. D. Klingemann (ed.), Oxford University Press, Oxford, 1996, p. 511.

¹⁰⁰ Para una reciente aplicación de este sentido, cfr. G. Sartori, *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, M. A. Ruiz de Asúa (trad.), Taurus, México, 2001, p. 25.

¹⁰¹ N. Bobbio, *Liberalismo y democracia*, J. F. Fernández Santillán (trad.), FCE, México, 1989.

¹⁰² *Ibid.*, p. 7.

¹⁰³ G. de Ruggiero, *Historia del liberalismo europeo*, C. G. Posda (trad.), Pegaso, Madrid, 1944, p. XXX, en donde afirma: "El adjetivo natural expresa algo que lo distingue de una situación histórica preexistente. En efecto, el derecho consuetudinario sólo era, como sabemos, un derecho privilegiado, que se atribuía al hombre no en cuanto hombre sino en cuanto vivía y actuaba en condiciones históricas determinadas. El derecho natural, en cambio, es la radical negación del privilegio por el hecho

por lo que las autoridades resultantes del mismo pueden llevar a cabo las acciones públicas que tengan encomendadas sin alterar en modo alguno los derechos que antecedieron a su formación. Ello significa, por un lado, el establecimiento de un *Estado de derecho*, entendido éste como la subordinación de todos los actos de la autoridad pública a las normas generales, abstractas e impersonales emitidas por el legislador y, por otro, la aceptación de un modelo en el que a efecto de no producir indebidas intervenciones del poder respecto de la libertad de los habitantes, debe constreñir sus acciones al menor número de tareas posibles.¹⁰⁴ Aparece entonces el elemento central del liberalismo en la forma de restricción a las acciones arbitrarias, esto es, no fundadas en derecho, que pudieran llegar a limitar la libertad considerada constitutiva de los seres humanos. Se trataba, a final de cuentas, que el Estado restringiera su actuación respecto de lo que metafóricamente se denominaron “órbitas”, “esferas” o “ámbitos” privados, y que en un sentido moderno se denomina la dimensión negativa de la

libertad.¹⁰⁵ Por ello, y en palabras de De Ruggiero, “la meta del liberalismo no es el Estado, sea el que fuere, sino el Estado como organización de la libertad”.¹⁰⁶

Mientras que el liberalismo se funda y tiene como valor superior a la libertad, la democracia lo tiene en la igualdad, como desde hace tiempo viene reconociéndose de forma mayoritaria.¹⁰⁷ Nuevamente digámoslo con Bobbio:

Es indudable que históricamente “democracia” tiene dos significados preponderantes, por lo menos en su origen, según si se pone en mayor evidencia el conjunto de reglas cuya observancia es necesaria con objeto de que el poder político sea distribuido efectivamente entre la mayor parte de los ciudadanos, las llamadas reglas del juego, o el *ideal* en el cual un gobierno democrático debería inspirarse, que es el de la *igualdad* [...] Si se considera el segundo (significado), el problema de las relaciones entre el liberalismo y la democracia se vuelve mucho más complejo, y ya ha dado lugar, y hay razón para creer que contin-

de referirse al más antiguo y fundado de los privilegios: el de ser humano. Hay, pues, un infinito valor espiritualista en este aparente naturalismo, si bien inadecuado en su formulación y en su ingenuo anhelo hacia una lejana edad de oro”.

¹⁰⁴ E. Díaz, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Taurus, Madrid, 1985, pp. 17-19.

¹⁰⁵ Para esto, véase el trabajo clásico de Berlin, “Dos conceptos de libertad”, en *Cuatro concepciones de la libertad*, J. Bayón (trad.), Alianza, Madrid, 1988.

¹⁰⁶ G. de Ruggiero, *Historia del liberalismo...*, op. cit., p. 315.

¹⁰⁷ En contra, H. Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, R. Luengo y L. Legaz y Lacambra (trad.), Ed. Nacional, México, 1980. Una refutación a la tesis kelseniana se encuentra en U. Schmill, “Una fundamentación de la democracia”, en *Doxa*, núm. 23, 2000, pp. 393-426.

nuará dando lugar, a debates interminables. En efecto, de esta manera el problema de la relación entre el liberalismo y la democracia se resuelve *en el difícil problema de la relación entre la libertad y la igualdad*, problema que presupone una respuesta unívoca a estas preguntas: “¿Qué libertad? ¿Qué igualdad?”¹⁰⁸

Esta diferencia de fundamentos y objetivos propició que durante muchos años se presentara un fuerte enfrentamiento entre los partidarios de la democracia y los del liberalismo, sencillamente porque no resultaba factible armonizar ambos principios. Sin embargo, con el transcurrir del tiempo y al tener que enfrentar conjuntamente a una posición por completo adversa (el socialismo), democracia y liberalismo “acabaron por coincidir en la concepción formal del Estado, basada en el reconocimiento de los derechos individuales y de la capacidad del pueblo para gobernarse por sí mismo”.¹⁰⁹ En la medida en que el énfasis democrático se haga respecto del primero de los dos principios enunciados por Bobbio, resulta posible estimar que el liberalismo no es contrario a la democracia, sino que ésta es su continuación natural en tanto que el método democrático es la única forma de salvaguar-

dar los derechos humanos, y la salvaguarda de estos derechos es precondición del funcionamiento de la democracia.¹¹⁰

A pesar de sus acercamientos, la tensión entre democracia y liberalismo es permanente. La razón de ello, se insiste, deriva de la necesidad de determinar a qué elemento debe darse mayor peso en cada momento: ¿debe privilegiarse la libertad y la individualidad de los sujetos o, por el contrario, debe preferirse la igualdad y la búsqueda de la comunidad? Esta de por sí compleja tensión aumentó posteriormente, cuando la incipiente democracia liberal tuvo que enfrentarse con el proyecto de una forma socialista de gobierno. La reducción o asimilación no resultaba tan sencilla en este caso, puesto que las ideas socialistas planteaban retos fundamentales, sobre todo a la dimensión liberal de la nueva ecuación. La forma de resolver esta insalvable posición fue incorporando algunos de los elementos sociales dentro del nuevo esquema liberal-democrático,¹¹¹ más como una solución a problemas presentes que como “producto de la imaginación hiperactiva de los teóricos”.¹¹²

¹⁰⁸ N. Bobbio, *Liberalismo y democracia...*, *op. cit.*, p. 46.

¹⁰⁹ J. R. Cossío, *Estado social y derechos de prestación*, CEC, Madrid, 1989, principalmente el cap. I. Igualmente, W. Abendroth, E. Forsthoff y K. Doerhing, *El Estado social*, J. Puente Egido (trad.), CEC, Madrid, 1986.

¹¹⁰ S. Wolin, “Paradigmas y teorías políticas”, en A. Mercado (trad.), *Resurgimiento de la teoría política en el siglo XX*:

Primordialmente, se buscó corregir “el individualismo clásico liberal a través de una afirmación de los llamados derechos sociales y de una realización de objetivos de justicia social”.¹¹³

De todo lo anterior resultan varias cuestiones. Por una parte, y como posteriormente veremos con más detalle, la aceptación en el constitucionalismo europeo de la fórmula *Estado social y democrático de derecho*¹¹⁴ o *Estado constitucional*, por ser un ideal a alcanzar o la expresión de un orden existente en el texto constitucional¹¹⁵ o admitida a partir de las características del ordenamiento constitucional, y a cuyo *interior*, lo cual en sí mismo es mucho, compiten diversas posiciones para darle preeminencia a lo liberal, a lo democrático o a lo social.¹¹⁶

Por otra parte, y fuera del constitucionalismo europeo o de su *mainstream*, existe una más amplia y complicada discusión en torno a cuál debe ser el arreglo entre los elementos democrático, liberal y social, dado que no todo el mundo acepta siquiera la presencia conjunta de los tres, o porque el énfasis quiere ponerse en uno de ellos con detrimento de los restantes. No es aquí el lugar, evidentemente, para enumerar siquiera los puntos de ese debate, sencillamente porque equivaldría a reconstruir sin más la teoría constitucional y política de nuestro tiempo. De forma más modesta, pero encaminada a los propósitos de este trabajo, debemos encontrar un camino para conocer cómo, por una parte, se articula la democracia con respecto al liberalismo y, en su caso, las expresiones socialistas o sociales y, por la otra, al modo como, a su vez, se relaciona la justicia con la democracia articulada con las otras formas de gobierno. A nuestro juicio, la solución es volver sobre las concepciones de la democracia ya apuntadas (minimalista y maximalista), porque cada una de ellas entraña un arreglo entre los diversos componentes del gobierno mixto. A partir de la caracterización que se haga de las posibilidades del arreglo y,

¹¹³ *filosofía, historia y tradición*, A. Velasco (comp.), UNAM, México, 1999, p. 185.

¹¹⁴ E. Díaz, *Estado de derecho*..., *op. cit.*, p. 84.

¹¹⁵ Para el caso alemán, cfr. entre otros, E. Benda, “El Estado social de Derecho”, en E. Benda, *et al.*, *Manual de derecho constitucional*, A. López Pina (trad.), IVAP-Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 489 y ss.; para el italiano, G. Zagrebelsky, *El derecho díctil. Ley, derechos y justicia*, M. Gascón (trad.), Trotta-Comunidad de Madrid, Madrid, 1995; para su significado en el caso español, J. R. Cossío, *Estado social y derechos de prestación*, *op. cit.*

¹¹⁶ Artículos 2º y 28 de la Constitución alemana, y 1.1. de la española.

¹¹⁶ En este sentido, Mortati señaló que “El hecho de que nuestra Constitución (frente a la alemana) no haya adoptado ni una (Estado de derecho) ni otra fórmula (Estado social), es interesante, dado que el contenido que les

corresponde se encuentra acogido [...].” C. Mortati, *Articolo 1º. Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Roma-Bologna, 1975, p. 45.

particularmente de la democracia en cada uno de ellos, volveremos a la tesis ya sustentada: los procesos judiciales nunca son neutros, pues al formar parte de un orden

jurídico que se identifica plenamente con un orden político, terminan siendo modalidades de realización de éste.