

CAPÍTULO CUARTO

LA CONSOLIDACIÓN DEMOCRÁTICA DEL ESTADO A PARTIR DE LA LABOR GARANTE DE LAS AUTORIDADES: HACIA UN ESTADO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL DE DERECHO

I. INTRODUCCIÓN

El juego democrático y su relación con el constitucionalismo, y ahora también con el convencionalismo, es elemental para comprender el alcance que la participación activa de los individuos puede tener en el campo de los derechos humanos. Las funciones que desempeñan cada una de las autoridades, en el ámbito de sus competencias, constituye un cerco a la posibilidad de garantizar efectivamente la protección de derechos humanos desde dentro de un Estado; sin embargo, la voz legitimadora de la función estadual tiene gran relevancia al respecto.

La preocupación, que ahora puede entenderse como un poder para los individuos, reside en el reconocimiento como autoridad que toma decisiones para cada uno de los órdenes de gobierno, en el adecuado desempeño de sus actividades, dentro de un marco de total apego a lo que sus facultades y atribuciones le han establecido, pero dejando fuera esos límites cuando de protección de derechos humanos se trata.

El constitucionalismo y la democracia se conjugan y crean un bloque de participación en el que el actuar a favor de los derechos humanos va a definir la confiabilidad y el respeto por las instituciones al interior del estado y va a enaltecer la labor de éste. La participación política en la determinación de la vida en sociedad

se dará en la medida en que los órdenes de gobierno cumplan con las funciones que constitucionalmente se han establecido y que son preocupación primordial de los gobernados.

La legitimación que pueda adquirir el Estado en su conjunto siempre dependerá de lo que haga o deje de hacer; siempre atenderá a las condiciones de vida que equitativamente sea capaz de otorgar. Conviene aclarar que no estamos caminando del lado izquierdo de la vereda; no se intenta crear expectativa respecto de alguna tendencia ideológica; simplemente se trata de materializar la idea de que las posibilidades sí sean las mismas para todos, que las condiciones y las oportunidades permitan que todos puedan aspirar al desarrollo de una vida digna.

Sin duda, la labor del Estado en su conjunto es determinante para conseguir tal meta; sin embargo, es uno al que se inclina mayor responsabilidad: el Poder Judicial. Las autoridades responden cualitativamente a las demandas y exigencias de una mejor forma de vida, de mayor protección de sus derechos, de una vida más justa y equitativa. Cierto es que el Estado lo conforman varias piezas que lo actualizan en un todo; sin embargo, las mayores exigencias respecto de la posibilidad de que se hagan valer los derechos reside en el desempeño de las autoridades jurisdiccionales, de aquellos que tienen en sus manos la interpretación y aplicación de la ley, y que con sus decisiones pueden promover o limitar el desarrollo de una sociedad más justa.

Muchas veces la legitimidad se gana en los tribunales, en las cortes supremas, en los palacios de justicia, por lo que, en primera instancia, la consecución de un Estado constitucional y convencional de derecho (con todo lo que ello envuelve) corresponde a uno de los poderes integrantes del Estado (sin dejar fuera la amalgama que se crea cuando los tres órdenes del Estado funcionan en sintonía). El funcionamiento propicio para la vida en sociedad inicia con la labor jurisdiccional, y es precisamente esta la que puede llevar por el camino correcto a los otros dos.

II. EL ESTADO DEMOCRÁTICO-CONSTITUCIONAL DE DERECHO¹⁸⁹

Luigi Ferrajoli es uno de los primeros autores en abordar y tratar la temática de la democracia constitucional. Comienza a criticar la idea del poder centralizado en las manos de un autócrata que además ejerce el poder sin límites y termina desembocando en una postura absolutista.

Es por eso que, contrapunteando dicha concepción, comienza a inclinar su pensamiento hacia una clara idea de liberalismo, refiriéndose a él, sencillamente, como el poder limitado, que, junto con el poder distribuido de la democracia, nos llevan correctamente de la mano por el camino de la democracia constitucional, que es el modelo que hoy en día ha tomado forma en países como Inglaterra y Alemania.

La democracia constitucional significa limitar al poder a través de la división de poderes, del establecimiento de la superioridad de las normas constitucionales, de la instauración de un tribunal constitucional que sea capaz de limitar la actuación del gobernante limitándolo al marco constitucional establecido y de la reformulación de las elecciones para que estas se lleven a cabo cada tres años (en el caso de elecciones federales para el modelo mexicano, teniendo en consideración la posibilidad de una reelección por otro periodo más), pensando que la renovación de los cargos de elección popular debe darse en lapsos más cortos, frenando así al mal gobierno y premiándolo si es que su labor ha convencido a los gobernados.

¹⁸⁹ Para el desarrollo del presente apartado es oportuno señalar que he tomado como guía mis apuntes del curso de teoría política en la Facultad de Derecho de la UNAM impartido por el doctor Pedro Salazar Ugarte, por lo que considero pertinente indicar que cualquier tipo de referencia directa o aclaración respecto del contenido del mismo puede ser consultable y comparada en Salazar, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2011, pues se trata de la obra principal que envuelve un tratamiento profundo, puntual e inmejorable al respecto.

La democracia constitucional es el modelo que más se ha expandido en Occidente, pues al hablar de democracia moderna, como el surgimiento de ideas innovadoras para las necesidades actuales, resulta necesaria la adopción de una Constitución que se encargue de dar forma y protección a tales ideas. La democracia constitucional es un feliz arreglo entre liberalismo y democracia, y en este sentido será el liberalismo, con sus instituciones, el encargado de plantear los límites a la voz democrática del pueblo, de la plaza pública.

La limitación del poder y la distribución de la democracia deben ser inclusive sobre el gobernante. La idea de la democracia reside en que los ciudadanos, que somos los destinatarios de las normas colectivas, autónomamente participemos de manera directa o a través de nuestros representantes en la creación de las normas que van a regir nuestro propio comportamiento. Nosotros vamos a participar en las decisiones que nos afectan, lo que provoca consecuentemente que la aceptación y acatamiento de las mismas sea una consecuencia lógica en nuestro comportamiento.

La democracia es el sistema que permite combinar la libertad con la gestión de gobierno; sin embargo, también hay quejas en contra de lo que el sistema constitucional democrático ofrece, como es que resulta demasiado difícil lograr intervenir en las decisiones de una manera más efectiva dada la complejidad que la misma representación implica. Esta cuestión obedece, sin duda alguna, a la complejidad que la instauración de un modelo democrático directo (en donde las decisiones sean tomadas de manera directa por los gobernados y no por los representantes) envolvería; sin embargo, debe considerarse que uno de los puntos rescatables es que se toma en cuenta a los destinatarios de las decisiones; es decir, no se decide de manera arbitraria y autoritaria, sino que ahora se debe considerar un eje orientador que emana del pueblo en su conjunto.

Los sistemas democráticos, para hacer frente a las nuevas realidades, tienen que legislar y precisar cuestiones novedosas, o que

no presentaban mayores dificultades con anterioridad, pero que se convirtieron en peligros potenciales para la propia democracia y para las libertades de las personas. Los derechos humanos poseen fuerza expansiva; la democracia goza de esa misma característica, y es natural, porque no puede existir democracia donde no se respeten los derechos humanos, y éstos solo se encuentran salvaguardados y protegidos en un sistema democrático.¹⁹⁰

1. *Constitucionalismo*

La concepción misma de la palabra Constitución nos sitúa en una pluralidad de significados y concepciones diversas, no obstante, el tratamiento que a nosotros interesa nunca debe perder de vista el sentido jurídico de la misma. Podemos hablar de la constitución física de un cuerpo o de manera simplificada, de un cuerpo bien constituido. Si lo entendemos entonces de esa manera, analógicamente, podemos deducir que al hablar de constitución nos referimos a una estructura, a una estructura que nos indica cómo es que está constituido un organismo. En este sentido, un organismo político que, en lo que nos ocupa ahora, tal organismo político sería el Estado.

La Constitución de un Estado en un sentido jurídico-político, refiere a la forma en cómo se organizan los poderes y cómo es que se toman las decisiones en una comunidad política. Ahora bien, la Constitución en sí misma adquiere valor como un documento que guía la organización de la comunidad política, atendiendo siempre a la garantía de los derechos de todos los individuos que, paralelamente, contemple también la separación de poderes. La labor se resume en dos: por un lado, la protección de los derechos humanos al interior de un Estado, y, por el otro, la

¹⁹⁰ Carpizo, Jorge, “Tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano”, en Carbonell, Miguel, Carpizo, Jorge y Zovatto, Daniel (coords.), *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, p. 2.

división de poderes como auténtico límite al actuar de un poder frente a otro (los llamados pesos y contrapesos)

En los Estados modernos se ha optado por las Constituciones escritas, en las cuales quede plasmada la forma en la que se va a organizar el Estado, pero en realidad el porqué del interés en las Constituciones escritas nace a partir de las declaraciones de los derechos fundamentales de libertad, ya que los derechos debían ser reconocidos y tutelados sin contravención alguna, y qué mejor que dejarlos impresos en los textos constitucionales y postergarlos en el tiempo, con la finalidad de que su respeto, protección y garantía no quedara a discreción de quienes detentaran el poder en determinado momento.

Tal relación que se da entre división de poderes y derechos humanos surge porque la existencia de los derechos humanos inherentes a todo individuo viene a constituir a su vez uno de los principales límites que se le pueden imponer al poder político, y, por lo tanto, resulta prácticamente imposible para el Estado tratar de violentar en momento alguno cualquiera de los derechos consagrados. Resulta entonces que la existencia de tales derechos implica un debilitamiento del poder, pues le resulta imposible la libre disposición de alguno de ellos.

El Estado se encuentra ante un doble compromiso: por una parte está limitada su actuación ante la existencia de un “coto vedado”, que no le permite poder decidir o disponer de los derechos de los individuos; se encuentra en un campo en el que el actuar absoluto no está permitido, en el que las tendencias absolutistas o totalitarias quedan de lado, pues existe un texto constitucional que le plantea un impedimento directo de lo que, en algún momento de la historia, pudo plantearse como una facultad absoluta de quien ejercía el poder. Por otro lado, el Estado también tiene que dar cumplimiento a una función garante; es decir, le corresponde al Estado actuar de manera que asegure en todo momento la vigencia de los derechos humanos, que promueva su amplitud y respeto, y dado que es el primer obligado a respetarlos como autoridad que es, le corresponde también la

función de vigilar que otras autoridades, como parte integrante del Estado, respeten y no violen los derechos humanos.

Queda clara entonces la función garante de derechos de que es responsable el Estado. Ahora, es importante aclarar que la mejor forma de dar protección a los derechos es limitando al poder. Tal concepción viene de la idea de que será el mismo poder el que en un determinado momento pueda limitar al poder. Muchas veces y a lo largo de la historia, se ha tenido que lidiar con aquellos que tienen el uso y dominio exclusivo de las decisiones, de las prerrogativas, que disponen de los derechos y las obligaciones de quienes se encuentran subsumidos al actuar de su representante, y que, dado que no existen límites o prohibiciones para con ellos, conciben al abuso del poder como una generalidad y una prerrogativa más.

El abuso del poder encuentra su cauce cuando se sigue la línea del abuso del poder político. Comete abusos el poder cuando causa un perjuicio a los individuos al sobrepasar o exceder los límites que para su actuación se han establecido, los límites que de manera generalizada frenan su actuar, y que si son sobrepasados ponen en clara desventaja y en una posición vulnerable al individuo. El poder también comete abusos cuando tiende a la realización de actos que no le han sido autorizados previamente; es decir, el Estado se ha configurado para el cumplimiento de un propósito determinado; se le han dado facultades y se han marcado líneas concretas para su actuar, y cuando éste opta por actuar de manera tal que por propia voluntad se ha impuesto, y lo mismo, ya sea de manera directa o indirecta, tiende a causar algún agravio en los individuos, se dice que el Estado ha cometido abusos de poder, y los mismos se deben sancionar (lo que no pasa cuando en lugar de transgredir protege).

En el mismo sentido, el poder comete abusos cuando trata de imponer su voluntad de manera arbitraria y no somete sus decisiones al consenso de sus gobernados, o incluso planea su actuar en contra de la voluntad consensual teniendo en cuenta únicamente sus intereses privados. Actúa atendiendo únicamente a sus

intereses sin considerar que su principal objetivo al gobernar es el de proporcionar entre los individuos certidumbre y seguridad jurídica.

Resulta entonces importante advertir la división de poderes en relación con las funciones que el Estado debe desempeñar, teniendo siempre como principal preocupación el respeto y garantía de los derechos humanos, que se impondrán como límites directos después de que se materialice una adecuada división de poderes. Es importante que al referirnos al poder político del cual se encuentra investido el Estado se tenga en cuenta que el poder debe ejercerse a través de las normas que para el efecto se han establecido, y nunca optar por la adopción de decisiones arbitrarias y que no han quedado previamente establecidas en el texto normativo. El poder político, en este caso, debe acatar lo advertido en la ley misma; es decir, no quedar fuera de los estándares que han delimitado su competencia, y, en último lugar, debe desarrollar y encaminar sus funciones con el total respeto y con la absoluta garantía de los derechos fundamentales de cada uno de los individuos que se encuentran bajo su responsabilidad, pero especialmente debe ocuparse de los derechos de libertad.

Se trata entonces de lograr que su actuar se acote cuando se invada la esfera de derechos de los individuos y que se amplíe cuando se trate de otorgarles protección y garantía. Es un doble juego que la mayoría de las autoridades se han mostrado renuentes a adoptar; sin embargo, ya no se trata de atender a la voluntad de éstas, sino de dejar claro que los derechos humanos no están a lo que la autoridad desee determinar.

Otro de los aspectos que debe considerarse en el actuar estatal es que, como bien lo aduce el iusnaturalismo moderno, actualmente se han entrelazado las brechas del pensamiento constitucional al tomar como punto de partida al individuo, considerándolo en su individualidad y no como parte de la colectividad, al tomarlo como el eje sobre el cual debe situarse el actuar de cualquier Estado.

Atendiendo a tal principio, surge la idea de que toda forma de organización tiene sus raíces en el contractualismo en su concepción más moderna, en la que la existencia de un poder natural legítimo queda fuera de cualquier contemplación, y lo que tiene valor ahora es aquel poder que se instituye a partir del consenso, ya que serán los propios individuos los destinatarios de las decisiones de aquel poder que ellos mismos han creado, y será el consenso el que le dará la legitimidad de la que se nutre para su actuar. Esta legitimidad será ganada en la medida en la que no contravenga los derechos humanos y sí otorgue la total certeza de su garantía.

Siguiendo este camino, es preciso hacer mención del sentido que también se le puede dar a la Constitución, al entenderla como aquel documento en el que quedan establecidas las condiciones y los modos de organización del Estado, que se ocupará de la vigilancia y resguardo de los derechos, y que a la par representa la condición elemental para que los individuos acepten y acaten las decisiones del poder político que les ha sido instaurado. En síntesis, la modernidad y el avance en las distintas concepciones que se tienen de Constitución, podemos aterrizarlas y decir que para que un Estado pueda ser considerado como garante de derechos y fundado en elementos primarios para su protección resulta necesario que cuente con, de manera primordial, una parte en la que se dedique completamente al cuidado y resguardo de los derechos humanos, y una parte en la que de manera clara se plantee y queden establecidas la estructura y división de poderes, para que los límites entre ellos se respeten conforme al texto constitucional. En México ya existe este planteamiento constitucional; no obstante, creo que no se ha obligado a que las autoridades actúen adecuadamente conforme a él.

La función primigenia del constitucionalismo consiste en la procuración y defensa de los derechos humanos desde un plano individual y dándole realce a las libertades del individuo a través de la limitación del poder político.

El hito constitucionalista se da, sin duda, a partir de la Revolución francesa, que trae consigo el surgimiento de un docu-

mento denominado Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789. Las ideas más antiguas vienen de la concepción que se tenía acerca del significado del gobierno de las leyes, y en la actualidad la discusión versa sobre saber si en realidad lo que conviene es un gobierno que acate sin discusión lo que el texto normativo le impone sin consideración alguna, o será mejor que el gobierno actúe de manera arbitraria y sin sometimiento a la ley.

Tal discusión ya era analizada por Platón y por Aristóteles. Al parecer, para Platón resultaba mejor el gobierno de los hombres, pues consideraba que las leyes podían desembocar en tiranía, y muchas veces la ignorancia quedaría plasmada y sería difícil contravenirla. Aristóteles, por su parte, considera que las leyes reflejarían la razón y la plasmarían libre de cualquier sentimiento y pasiones que la pudieran corromper. Lo que se intenta al final del día es lograr que el actuar del gobernante quede subsumido únicamente a lo que la ley le señala, para que el ejercicio del poder no sea una facultad arbitraria del mismo y los derechos plasmados en la ley sean los que a su vez creen ese límite, un poder que encuentre sus límites directos en sus propias promesas de gobierno.

Como habíamos apuntado, la panacea del constitucionalismo viene a ser la Revolución francesa; sin embargo en la Carta Magna de 1215 ya se contemplaba la implementación de límites al poder del rey, y por primera vez en la historia se habla de la libertad personal, entendida esta como la libertad física, pero que viene a ser un parteaguas si a derechos humanos de libertad nos referimos, porque, tal y como sostiene Locke, los derechos de libertad y de propiedad resultan prioritarios luego de salvaguardar la vida, y tales libertades estarán protegidas en tanto se establezca una separación entre las esferas política, espiritual y económica.

La incorporación de los derechos en los textos constitucionales viene a consolidar el paso del iusnaturalismo al iuspositivismo, pasan a ser derechos jurídicamente reconocidos y plasmados por igual para todos los individuos.

La positivización de los derechos es lo que de alguna manera ha generado cierto orden y respeto por ellos al interior de los Estados; sin embargo, se trata de un arma de doble filo; explico: la tendencia garantista encuentra su sustento en lo que de manera obligatoria se ha impuesto a la autoridad, en la función establecida que positivamente se ha designado, y que sin duda genera certidumbre en los individuos, pues están seguros de que si la ley lo dice, la autoridad lo debe hacer.

Aquí lo preocupante es saber qué sucede cuando el texto de la ley no dice expresamente lo que la autoridad debe hacer en determinada situación en la que sea absolutamente necesaria la protección de derechos, pero que en el texto de la ley no se faculte a la autoridad para actuar en tal sentido. Es decir, se pueden presentar situaciones en las que la autoridad deba actuar en pro de los derechos humanos, en las que de manera oficiosa tenga la obligación de ejercer una función garante y proteccionista, claro, sin tratar de suponer que deba exceder las facultades o atribuciones que para su actuar se han establecido, aunque bien debe considerarse la posibilidad de que cuando se trate de derechos humanos en riesgo el actuar pueda rebasar sus atribuciones.

2. *Democracia*

Al referirnos a la palabra “democracia”, considero importante tener en cuenta que, dada la variedad de connotaciones que se le pueden dar, es justo plantear desde el principio que la democracia, en lo que ahora nos ocupa, corresponde exclusivamente a una forma de gobierno. Atendiendo al significado, hablaremos entonces de la naturaleza que entraña el poder referirnos a la misma, y con esto quiero decir que la democracia naturalmente refiere al poder del pueblo, pero de forma explícita por el que fue su nombre más antiguo: *isonomía*, un término que se encuentra en Herodoto, y que comúnmente se traduce como “igualdad ante la ley”, pero que significa literalmente “igualdad de ley”; es decir, igualdad entre los miembros de un colectivo (de una *polis*, de un

Estado) establecida por el *nomos* (podríamos decir, mediante una actualización, no poco plausible, por la ley fundamental: la que nosotros llamamos Constitución). Pero ¿cuál igualdad? Siempre debemos precisar: ¿igualdad *entre quien?* y *¿en qué cosa?*¹⁹¹

En los discursos antiguos sobre la democracia aparecían cuatro fórmulas de igualdad: la primera era *isonomía*, o sea, como hemos visto, “igualdad establecida por la ley fundamental”; la segunda era *isegoría*, que significa literalmente igual derecho de hablar en voz alta ante la asamblea de los ciudadanos, o sea, igual derecho-poder de persuadir a los demás; la tercera era *isotimía*, que quiere decir igual posibilidad de acceder a los encargos públicos, sin discriminaciones de clase y de censo (las discriminaciones de género y las de estatus personal entre libres y no libres eran insuperables para los antiguos); la cuarta igualdad, que se encuentra en un plano diferente, era la que justificaba todas las demás: *isigoría*, literalmente significa “igualdad de naturaleza”.¹⁹²

Con esto tenemos que todos los hombres libres gozan también de la igualdad que tal situación les confiere, y su participación en las decisiones colectivas representa una de las libertades que mayormente deben ser respetadas, y que en su estudio se traduce en igualdad democrática.

La democracia siempre pugna por la defensa de los derechos de libertad, y esto sucede porque el fundamento principal de todo sistema o estructura democrática va a descansar en la idea de la garantía de las libertades. La libertad del individuo lo llevará a actuar sin condicionamiento alguno para la toma de sus decisiones y en ejercicio pleno de sus capacidades de autodeterminación. En este sentido, los individuos tendrán la libertad de decidir quiénes serán sus representantes y quiénes van a tomar decisiones por ellos, y debe considerarse que el vínculo proteccionista se atenúa en este supuesto.

La existencia de la democracia representa el buen funcionamiento de la vida política de la sociedad en la que nos desenvol-

¹⁹¹ Salazar, Pedro, *La democracia constitucional...*, cit., p. 26.

¹⁹² *Idem*.

vemos y desarrollamos como individuos integrantes de la misma sociedad. En la vida democrática las decisiones son tomadas por los representantes de la colectividad, y todo Estado que se diga a sí mismo democrático debe otorgar a los individuos la capacidad de elegir a quienes considere serán los mejores representantes y harán el mejor papel en cuanto a garantía de derechos se refiere. Estos individuos que van a desempeñar una función determinante para la vida democrática de su país tendrán que llevar sobre sus hombros la función representativa de la sociedad, y a esto me refiero pensando en que será prioridad para ellos velar por los intereses de cada uno de los individuos integrantes de la colectividad, y nunca pensar en dar privilegios solo a unos cuantos, pues el desempeño de su función implica la inclusión de todos los sectores, incluso de aquellos que no han sido los que lo eligieron.

La función de los representantes debe impactar positivamente en cada uno de los individuos como integrantes de una colectividad, y no solo como colectividad misma. Es cierto que esta función se complica al incrementarse el número de individuos a los que se debe garantizar el desenvolvimiento de una vida digna; sin embargo, los elementos y herramientas que se otorgan para esa actividad permiten ampliar cómodamente el espectro de actuación con el fin de que las acciones impacten positivamente a todos aquellos que integran el Estado. Se trata de un trabajo conjunto entre todos los niveles de gobierno.

Dentro del juego democrático, el papel de los representantes es clave, pues serán los encargados de llevar adelante las discusiones y los debates con la única finalidad de llegar siempre a una deliberación conforme con los beneficios de los individuos conformantes de la sociedad; es decir, los representantes se van a ocupar de deliberar en cuanto a soluciones de conflicto, pero algo que representa un importante límite en su deliberación será, en todo momento, el respeto y resguardo de los derechos humanos. El representante va a tener en sus manos el rumbo que tomará la vida de sus representados, y resulta indispensable para tal efecto que en ningún momento deje en situaciones de vulneración el

respeto y protección de los derechos humanos; una doble tarea, al conceder a unos, pero sin demeritar a otros.

Finalmente, el representante va a tener el poder de decidir. Esta decisión no puede, por ningún motivo, ser una imposición voluntaria y sin sentido; para que una decisión adquiera su valor como expresión de voluntad de mayorías debe existir una deliberación que la anteceda. De lo que se trata es de lograr el consenso a partir de deliberaciones varias, que se encaminen en el proyecto de protección y garantía que el poder político debe otorgar a los gobernados.

Si bien no es posible la toma de decisiones dentro de la plaza pública ni atendiendo al llamado personalizado de cada uno de los gobernantes, sí debe quedar establecido que el desarrollo de la vida digna, como principal objetivo del gobernante, no puede quedar a discusión de mayorías; es decir, se trata de una condición para el ejercicio del poder, y deben consensuarse aquellas decisiones que no involucren el menoscabo de ella, pues la dignidad humana no se presta a cabildeo.

Si hacemos una breve, pero clara distinción entre la democracia y la autocracia, nos daremos cuenta de que en la autocracia las decisiones que se toman vienen desde quien las impone; es decir, no hay un consenso o deliberación; no existe una previa discusión; simplemente se impone, y, como una pirámide, las decisiones son tomadas arriba, y tienen alcances hasta la base piramidal. Por el contrario, si nos situamos en el lado de la democracia, nos daremos cuenta de que las decisiones son tomadas desde la base, a partir de una confluencia de ideas y de una deliberación óptima, y el gobernado está dispuesto a acatar las decisiones políticas, ya que fue él mismo quien participó en su diseño, y, si no le son convenientes, también estará dispuesto a acatarlas, pues sabe que hubo discusión y se llegó a un consenso mayoritario y no se impuso en momento alguno la voluntad sin deliberación.

La forma de gobierno democrática es vista como una forma de gobierno prestigiada que nos permite llevar a cabo muchas formas de vida. Aristóteles organizó las formas de gobier-

no según quién gobierne y cómo gobierne. Para el pensamiento aristotélico, las tres formas de gobierno más significativas son la monarquía, la aristocracia y la democracia. Cuando se refiere a la monarquía dice que estamos en presencia del gobierno de uno, que gobierna con leyes y para el bien común, pero que al tratar de gobernar sin el respeto o el establecimiento de leyes que limiten su actuar o únicamente se busque el beneficio propio, la monarquía comenzaría a inclinarse hacia la tiranía, en donde el tirano tiene legitimidad, pero gobierna sin leyes y de manera arbitraria.

Posteriormente, en el tratamiento que le da a la aristocracia, dice que esta forma de gobierno concentra el poder en manos de unos pocos, y que camina por la vereda de las leyes y el bien común; pero cuando el bien que se persigue es el propio, la aristocracia toma forma de oligarquía, donde los ricos son los que gobiernan sin respeto alguno por las leyes. Un mismo tratamiento se le da a la forma de gobierno que hoy nos ocupa: la democracia. Esta viene acompañada de la idea de que en este modelo son todos los que gobiernan, con leyes discutidas y consensadas y con el firme objetivo de atender al bien común; pero también se plantea la posibilidad de que tal forma de gobierno llegue a corromperse y desemboque en lo que se conoce como demagogia, modelo en el que impera el vacío legal y un total desinterés en el respeto por los derechos de los individuos.

Al ahondar en el concepto de democracia, vemos que la misma viene aparejada de la idea de pueblo, plebe, como una masa de individuos que solo ve por sus intereses particulares. La democracia en el plano de la teoría política postula que una cosa es la visión teórica que nos dice cuáles son los elementos conceptuales de la forma de gobierno democrática, y otra cosa es la realidad. Con esto se abre el campo de posibilidades en el que la teoría muchas veces no puede ser llevada a la realidad, puesto que las condiciones de aplicabilidad pueden variar y distorsionar los resultados. Entre el ideal democrático y la realidad democrática siempre va a existir una distancia, siempre se van a dar diferen-

cias sustantivas. La democracia es una idea; la realidad es tratar de poner en práctica esa idea.

El punto clave del funcionamiento democrático está en no exagerar la distancia, saber que hay umbrales de tolerancia entre la idea y la realidad, y a partir de los elementos teóricos prescriptivos hacer una valoración de la realidad y decir si una nación es más o menos democrática. El reto principal reside en identificar cuál es el núcleo de conceptos e instituciones que permiten definir que una forma de gobierno es democrática, poder llegar a una definición mínima de democracia, una definición elemental y básica.

Para poder identificar aquello que es la democracia y aquello que debe contener para poder serlo debemos, en un primer plano, determinar que la democracia es una forma de gobierno; en segundo lugar, que hoy la democracia tiene una carga positiva, pero que no siempre ha sido así, y en tercer lugar, comprender las instituciones, los valores, los conceptos para saber cuáles son los regímenes que en verdad son democráticos.

Al hablar de democracia podemos referirnos a diversas concepciones, a diversas formas de democracia, a diversas modalidades. Tenemos, por ejemplo, aquella democracia que se da en Estados Unidos y en México, y que es conocida como presidencial; tenemos también la democracia de Inglaterra o de Alemania, y que es llamada parlamentaria. Existen también las democracias mayoritarias, que es el modelo que se utiliza en Estados Unidos, en un sistema electoral, en el que quien obtiene más votos, aunque su porcentaje no sea mayor al 50% del total, es el que gana. Por otro lado también tenemos a las democracias proporcionales, que son, sobre todo, aquellas de los sistemas parlamentarios, en los cuales se vota, y el mismo porcentaje de votación que obtuvieron los partidos será el mismo porcentaje de representación que tendrán los partidos en el parlamento. En fin, se trata aquí de identificar las distintas formas de democracia que existen y saber si efectivamente podemos hablar de la existencia de una verdadera democracia, o simplemente de un sistema en vías de serlo.

La democracia, en una segunda etapa, una etapa tendente a la modernidad, surge después de la Segunda Guerra Mundial como una reacción en contra del totalitarismo, se planta como el opuesto radical del totalitarismo y lucha en todo momento por las libertades de los individuos. Los países que ganan la guerra dan pasos decididos hacia la democracia.

Por otro lado, Norberto Bobbio dice que la democracia prometió seis cosas, pero que no las ha cumplido en su totalidad. En primer lugar, la democracia dice que los individuos iban a ser los gobernantes soberanos, y en realidad eso no se ha manifestado del todo, aunque al respecto Valentina Pazze expresa que tal cuestión no es tan mala del todo, porque aparece la pluralidad, y la influencia política debe darse en grupos; no puede darse por individuos aislados, pues si fueran los individuos de manera soberana quienes gobernarán, sería un indicativo de que en realidad las decisiones se están tomando por unos cuantos sin considerar a otros tantos.

En segundo lugar, tenemos la promesa de que la representación política iba a desplazar a la representación de los intereses, pero la verdad es que la democracia no ha logrado garantizar la representación política por encima de la representación de intereses. La representación ciudadana está siendo rebasada por la representación de intereses, pues en realidad lo que debe percibirse es una representación comprometida y coadyuvante en lo referente, sobre todo a los temas de justicia y protección de los individuos, en donde sea una constante la implementación de políticas y mecanismos tendentes a la mejora en las condiciones de vida de los individuos, dejando fuera cualquier tipo de interés personal, pues debe tenerse presente que si se encuentra representando a un grupo de personas es porque ese grupo confió en él y lo colocó en donde está.

En un tercer lugar, se habla de la desaparición de las oligarquías, y la democracia vendrá a ser el reino de la igualdad, y la verdad es que nuestras sociedades que tienen grandes índices de pobreza y desigualdad han venido montando clases políticas ce-

rradas. El problema de las oligarquías en México se da principalmente en cuestiones económicas, cuando existen intereses económicos dentro de los grupos fuertes de la economía y se dejan desprotegidos elementos tan esenciales dentro de la vida como la protección de los derechos. Al respecto me pregunto: ¿qué será de la ambición y de los intereses económicos si no se tiene la certidumbre de la protección de la vida? ¿acaso se puede disfrutar ambiciosamente de riqueza si no se tiene primero vida y libertad garantizadas? No lo sé, pero considero que las prioridades han sido acomodadas de mala manera.

Una cuarta promesa nos habla de un gobierno transparente; consagra la publicidad en los actos de gobierno, y esta viene a constituir una de las promesas en las que se ha avanzado relativamente; se habla de un gobierno público, y en México cada vez hay más posibilidades de transparentar al gobierno, pues actualmente contamos con instituciones como el IFAI, que de alguna manera otorga mayor certidumbre respecto del actuar estadual. La publicidad en el actuar es lo que Kant homologa al buen gobierno, pues si las cosas se hacen de la manera correcta y se tiene como máxima el actuar institucional conforme a la primacía de la dignidad humana, no habrá mayor duda de que los gobernantes pueden sentirse satisfechos con su representación.

La quinta promesa eleva al voto en múltiples espacios de autogobierno, y Bobbio critica que es imposible que todo se pueda votar, ya que no todos tienen los conocimientos para votar en determinadas áreas. Dice que no se puede votar todo. Hace una distinción entre la verificación y el voto, y dice que este último es un mecanismo de decisión, mientras que la primera resulta viable para distintos tipos de variantes, así que en realidad no todo lo decidible se debe votar o someter a consenso.

Este punto es muy cierto; sin embargo, no debe perderse de vista la posibilidad real de que los individuos elijan, dentro de lo que se encuentra en el ámbito de la decisión, aquello que les otorgue mayores beneficios. Así, cuando se sepa que las decisiones que toma su representante o representantes les está favoreciendo,

podrán ejercer su derecho (dentro de lo decidible) para manifestar su completo apoyo y acuerdo con que sea su representante el que siga desempeñándose dentro del campo de aquello que es imposible someter a decisión de las mayorías.

La sexta y última promesa habla de la existencia de un ciudadano educado, y esta viene muy de la mano con la quinta promesa, ya que nos hace reflexionar en torno a que el ciudadano educado será capaz de tomar decisiones, tendrá la preparación suficiente para poder decidir sobre diversos temas, y muchas veces sus decisiones traerán beneficios para los individuos; pero lo que critica Bobbio es que en realidad no se ha producido una generalidad de ciudadanos educados; por el contrario, son menos los educados que tienen que decidir, ya que sostiene que el ciudadano no educado no es capaz de tomar decisiones, y su propuesta final —y desde mi perspectiva muy atinada—, es que el ciudadano debe educarse. Un ciudadano educado es capaz de tomar mejores decisiones, de decidir y evaluar lo que es mejor para todos y para cada uno de manera particular; tiene en sus manos las herramientas suficientes para pedir el apoyo de los gobernados, otorgándoles respuestas claras a sus dudas y soluciones reales a sus problemas; se trata de que el ciudadano educado se comprometa en su labor al frente de la sociedad como referente y líder de un grupo de ciudadanos, quienes lo legitimarán en la medida en que su labor pro derechos humanos se refleje en el desarrollo de una vida digna.

Ahora bien, de manera culminante en el pensamiento democrático de Norberto Bobbio se detecta la propuesta deliberativa que intenta incluir en sus discursos y que versa sobre el reconocimiento que se debe tener por las opiniones que en el ejercicio de su libertad de expresión pueda emitir cualquier otro individuo, si bien es importante la educación en el individuo, tampoco se tiene que pensar que el ciudadano no educado es estúpido, y se deben respetar en todo momento sus manifestaciones ideológicas al igual que las de los demás. La soberbia intelectual es un problema; todos merecen ser escuchados; es cierto que no todos

los argumentos valen lo mismo, pero sí los interlocutores (cada uno de los individuos por el solo hecho de pertenecer a la raza humana).

El constitucionalismo democrático, o bien la existencia de una Constitución democrática que determine la forma en que se desarrollará la vida al interior de un Estado debe realmente: a) asegurar ampliamente los derechos humanos; b) garantizar un mínimo de seguridad económica; c) que no se concentre el poder en una persona o en un grupo, sino que las funciones sean ejercidas de manera efectiva por diversos órganos, y d) que se regule un sistema de partidos de acuerdo con el principio del pluralismo ideológico.¹⁹³

Es en esta medida en la que cada uno de los interlocutores y los actores del poder o ejercicio gubernativo podrá estar seguro de que su actuar va por buen camino, e indiscutiblemente hará del Estado democrático y constitucional de derecho una realidad, pues al mantener un actuar como autoridad del Estado dentro de lo que constitucionalmente se le ha encomendado y ser el garante efectivo de lo que los individuos reclaman (el desarrollo de una vida digna), deja claro que su función tiene como eje principal la protección de los derechos humanos, y que la participación activa de los depositarios de las decisiones es, sin duda, una de las condiciones para que su actuar camine por la senda de un Estado de derecho, un Estado garante, un Estado legítimo.

III. LA LEGITIMACIÓN DEL ESTADO

En la actual época de la democracia, el Estado es, también, expresión de un orden de derechos: los derechos políticos, intrínsecamente diferentes de los que se orientan a la persecución de intereses individuales. Estos derechos sirven para mover a la participación de los ciudadanos en la común determinación de la

¹⁹³ Carpizo, Jorge, “La clasificación de las Constituciones. Una propuesta”, *Estudios constitucionales*, 8a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, pp. 413-433.

dirección política de la vida colectiva, y no son simplemente expresión de derechos en la dimensión individual. De este modo, la politicidad de la ley, irreductible a simple suma o equilibrio de intereses individuales, se mantiene y encuentra una ulterior razón de ser en la democracia.

Es verdad que hoy ya no sería posible una fundamentación de la relación política sobre la base de un Estado que exija a los particulares obediencia incondicional, y es asimismo cierto que la fundamentación debe desarrollarse desde abajo, a partir de los individuos que prometen obediencia a cambio de la seguridad de sus derechos.¹⁹⁴ Pero son dos las categorías de derechos que resultan relevantes: los derechos individuales y los derechos políticos. De los primeros deriva la pretensión de protección de una esfera de vida puramente individual; de los segundos, en cambio, deriva la pretensión de participar en la determinación del Estado y de sus actividades, en una perspectiva no ligada a la simple defensa y promoción de intereses individuales, sino esencialmente política. Así pues, forma también parte constitutiva de la legitimidad del Estado su establecimiento como fuerza efectiva capaz de dar salida a la dimensión política de individuos dotados de derechos.¹⁹⁵

La teoría constitucional contemporánea ha consolidado la tesis de que la legitimidad estatal proviene de los derechos fundamentales de las personas. Esta idea tiene un doble sentido. Supone que el sustento de legitimidad del Estado reside en el reconocimiento de un conjunto de derechos que imponen límites y vínculos al poder político. También implica que la legitimación de las políticas públicas depende de que éstas ofrezcan garantía efectiva a esos bienes jurídicos fundamentales. Esos derechos, entonces, son bienes jurídicos protegidos que adquieren la forma de libertades, potestades políticas y exigencias sociales. Un Esta-

¹⁹⁴ Mendonca, Daniel y Guibourg, Ricardo, *La odisea constitucional. Constitución, teoría y método*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 26.

¹⁹⁵ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, 7a. ed., Madrid, Trotta, 2007, p. 60.

do constitucional y democrático se distingue de otras formas de organización sociopolítica, precisamente, por el reconocimiento formal de esos derechos y por su garantía práctica.¹⁹⁶

De hecho, en el mundo contemporáneo, si un observador se propone determinar el grado de desarrollo humano de una sociedad determinada, deberá centrar su atención en el nivel de garantía efectiva que las autoridades ofrecen a los derechos fundamentales. Más allá de lo que establezcan las normas constitucionales de dicha comunidad, en la dimensión práctica, lo que importa es determinar cuántos y cuáles de esos derechos son efectivamente respetados, protegidos y satisfechos por las instituciones. Cuando las personas son efectivamente libres, conviven en condiciones de igualdad, ejercen su autonomía política y tienen sus necesidades básicas satisfechas; entonces, el constitucionalismo de los derechos será una realidad práctica.

El reconocimiento constitucional de los derechos es sólo un primer paso para que el constitucionalismo de los derechos sea un rasgo distintivo de un Estado determinado. Sin políticas públicas y mecanismos de garantía que conviertan a los derechos en una realidad, el constitucionalismo no pasa de ser una buena idea.¹⁹⁷

El control de constitucionalidad debe tomar en consideración que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su sentido integral y completo, no sólo está conformada por sus propias previsiones, sino también por su interpretación ante la Convención Americana y la jurisprudencia interamericana, en el sentido más favorable;¹⁹⁸ es decir, la función garante de las autoridades y la capacidad del Estado para legitimarse como

¹⁹⁶ Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011, p. VII.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. VIII.

¹⁹⁸ Caballero Ochoa, José Luis, “La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (Artículo 1o., segundo párrafo, de la Constitución)”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011, p. 122.

tal tiene un fuerte vínculo con la labor que las autoridades realicen al interior con la firme encomienda de proteger derechos humanos. En sí, lo que constitucionalmente se ha establecido debe ser un referente para las autoridades, pues su labor convencional o constitucional en relación con los derechos humanos queda subsumida a la labor protectora de derechos humanos que cada autoridad realice.

La función garante del Estado debe ceñirse a un cúmulo de responsabilidades, entre las que destaca la actualización del modelo de justicia pro activa; pero que no deja fuera el tratar de lograr un alto grado de satisfacción material de las demandas sociales, además de lograr procesos de integración política y consensual promovidos y canalizados por el sistema de partidos y por el conjunto de las instituciones representativas.¹⁹⁹ Así, el Estado social y la democracia son en suma inescindibles no solo histórica, sino también estructuralmente, y la lesión del primero no puede tener lugar sino en detrimento de la segunda, a través del uso de la fuerza, de la represión y, en todo caso, de la reducción preventiva de los espacios de libertad política entre los que el conflicto puede desarrollarse.²⁰⁰

Así las cosas, una de las funciones que con mayor esmero debe desempeñar el Estado es el mantenimiento de la justicia al interior. En la medida en que los individuos se percaten de que no se favorece el actuar de nadie, no se concesionan ni privilegian acciones, y de verdad cada individuo se desarrolla en la medida de sus posibilidades y querencias (desde la percepción de justicia para Rawls), se estará hablando de un Estado justo, y en consecuencia, de un Estado legítimo, pues el grado de justicia que estén comprometidos a mantener los actores de gobierno será el grado de satisfacción y simpatía que los gobernados alcanzarán a reflejar.

¹⁹⁹ Ferrajoli, Luigi, *Garantismo y filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 71.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 82.

1. *La justicia como condición de legitimación*

La seguridad jurídica es uno de los cuatro derechos (junto a la libertad, a la propiedad y a la resistencia a la opresión) incluidos en la Declaración de 1789, y la Constitución francesa de 1793 la definió en su artículo 8o. como “la protección de la sociedad otorgada a cada uno de sus miembros para la conservación de su persona, de sus derechos y de su propiedad”. La seguridad jurídica, entendida como previsibilidad jurídica fundada en las normas generales reproducidas estrictamente por los jueces, o como el orden pacífico surgido del libre goce y disponibilidad de los derechos individuales, monopolizará el horizonte axiológico de los juristas decimonónicos.²⁰¹

Está claro que la autoridad se encuentra en nuestras sociedades contemporáneas con una fuerte crisis de legitimidad. La actual conciencia jurídica de la humanidad resiste mandatos que intenten justificarse por la sola invocación de la autoridad que los emite o por explicaciones meramente formales, y reclama explicaciones sustanciales. Ya no es suficiente hablar de los actos de determinadas autoridades para reflejar el respeto y devoción que antes se tenía; ahora las autoridades e instituciones se han visto manchadas por la corrupción, la negligencia, la falta de compromiso, por lo que los individuos han optado por reclamar al Estado el cumplimiento de la actividad que cada autoridad debe desempeñar. Pareciera acentuarse que la sociedad confía más en la justicia que en la seguridad jurídica como fuente de la paz.

De lo que se trata es que una seguridad jurídica que supere el umbral de la justicia extrema deja de ser un valor y de sostenerse como algo existente jurídicamente. Por ejemplo: el derecho nazi proveía seguridad jurídica, pero su injusticia lo invalidaba raigalmente. La justicia que puede identificarse con el bien común o con los derechos humanos ocupa la centralidad axiológica

²⁰¹ Vigo, Rodolfo, *De la ley al derecho*, Porrúa, 2005, p. 14.

del derecho, y no para concluir que solo lo justo es derecho, sino para rechazar lo injusto extremo.²⁰²

El afianzamiento de la justicia es una máxima que está dirigida a todos los poderes del Estado; sin embargo, el último control para el cumplimiento de ello corresponde al Poder Judicial. La invocación y promoción de la justicia excede el campo jurídico, pero necesariamente la abarca por lo que a los juristas alcanza aquella interpelación. La justicia es un concepto analógico que se puede referenciar a distintas realidades y con distintos tipos de exigencias: así, a ella se alude en la jurisprudencia cuando se sostiene una solución por razón de equidad o justicia del caso. En definitiva, el derecho está comprometido inexorablemente con la justicia del caso o la justicia del bien común, y una seguridad jurídica construida sobre violaciones graves a la justicia resulta desde el derecho injustificable racionalmente.²⁰³

La justicia implica que una vez que la promoción y respeto por los derechos humanos ha rebasado a las autoridades administrativas, sean las autoridades jurisdiccionales las que se ocupen de su protección y garantía, ajustando las situaciones que se han salido de cauce para privilegiar la vida digna y la efectiva vigencia de los derechos humanos. Es claro que la legitimación del Estado obedece a la labor que desarrolla cada una de las autoridades, pero considero que una de las más importantes y que mayores beneficios otorgan es la justicia. Una justicia constitucional que invariablemente reside en los órganos jurisdiccionales, y que en la actualidad obliga a la observancia de la normativa nacional en sintonía con la internacional, y que genera mayores y mejores beneficios para los individuos; sin embargo, esta función legitimadora no debería quedar sujeta a dudas si desde un principio tanto autoridades administrativas como jurisdiccionales dejan de preocuparse y realmente se ocupan de la correcta conducción del Estado con todo lo que ello implica, sin perder de vista la posibilidad justiciable de efectivizar los derechos humanos.

²⁰² *Ibidem*, p. 15.

²⁰³ *Idem*.

2. *La labor del juez proactivo*

La teoría del Estado que alentó el revolucionario francés asignaba al Poder Legislativo ser expresión de la voluntad general, y le competía al Poder Ejecutivo ejecutarla. En el Estado liberal eran esos los verdaderos poderes del Estado, y de ese modo se garantizaba una de las preocupaciones de los teóricos de la ilustración, que era la de asegurar la unidad del poder político, pues éste corría riesgo si se abría un tercer poder con facultades jurídicas creadoras.

La peligrosidad de la función judicial no solo podía generarse por la falta de dependencia absoluta y dogmática a la ley, sino también por la profesionalización de la misma, y así Montesquieu escribe “el poder juzgar, tan terrible para los hombres, se hace invisible y nulo, al no estar ligado a determinado estado o profesión”,²⁰⁴ incluso Rousseau consideraba que el ejercicio de la función judicial debía considerarse como un estado de prueba de méritos y probidad para luego ser ascendido a cargos más relevantes.²⁰⁵

El resultado, en algún sentido paradójico, de esas ideas, será que “legislación revolucionaria y codificación, consagran, como es sabido, una configuración del poder judicial totalmente integrado en el poder ejecutivo y regido por parámetros administrativos”,²⁰⁶ y así el juez funcionario pertenecerá a una administración de justicia que solo nominalmente será poder.

Parece evidente que en la segunda mitad del siglo XX se han producido una serie de cambios en el derecho, en la sociedad y en el Estado que han impactado y transformado notablemente al Poder Judicial.

En el ámbito estrictamente jurídico, se alude a un desbordamiento producido en las fuentes del derecho, que ha alterado la

²⁰⁴ Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, Madrid, Tecnos, 1972, p. 107.

²⁰⁵ García Pascual, C., *Legitimidad democrática y Poder Judicial*, Valencia, 1996, p. 86.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 67.

materia con la que opera el juez, y que debe decir en cada caso, potenciando sus márgenes de discrecionalidad y controlando a los otros poderes públicos y privados. Ello representa la posibilidad de que el juez, en auténtico ejercicio de su labor garante, tenga a bien la interpretación de textos de fuente internacional, que se integre al sistema interamericano de derechos humanos, teniendo en cuenta que dicha ampliación configurativa del concepto de justicia lo obliga a tener un bagaje mucho más amplio de conocimiento, lo que puede repercutir, sin duda, en el desempeño de su función. Sin embargo, algo sí debe quedar claro, y es que si la autoridad jurisdiccional no se encuentra debidamente capacitada o no es competente (refiriéndose a conocimiento y aptitudes) debe ser sujeto de una sanción, o incluso la separación del cargo, ya que pueden estar en juego derechos tan valiosos como la vida o la libertad.

La jurisprudencia se torna relevante para conocer el derecho. El viejo modelo de caso judicial en donde las partes individuales confrontan frente a un estático tercero imparcial en un asunto privado, se ha hecho trizas, y se ha roto por todos los lados; ya los que acceden a los tribunales no solo van por sus asuntos privados (pensemos solo en los intereses difusos); la materia litigiosa reviste una complejidad, que desborda ampliamente el conocimiento jurídico (pensemos solo en delitos financieros); el juez asume un compromiso dinámico con la justicia rápida y eficaz; se ve obligado a actuar más rápido y de mejor manera, está llamado a ser el que en última instancia (a nivel interno) legitime válidamente a la autoridad estatal.

Los cambios no solo han sido cualitativos, sino visiblemente cuantitativos, y así el derecho frente a la crisis y disolución de la ética social y política ha tenido que ir ocupando muchos de esos espacios, y de ese modo la juridización de la vida social termina en la judicialización de la misma (el orden de gobierno judicial tiene una carga más densa y compromisoria; ha adquirido un apego vinculatorio con la sociedad), y así se peticiona judicialmente por el amor paternal perdido, para que se dirima un

conflicto político, para que se reconozca un culto religioso, por la educación sexual, para que se lleve a cabo una intervención quirúrgica, para que se autorice una muerte de un enfermo terminal, para que se sancione una inconducta ética de un dirigente político, para que se deje sin efecto una declaración de emergencia económica.²⁰⁷

A su vez, esa judicialización genera fricciones con los otros poderes, que ven retaceadas sus clásicas competencias y prerrogativas, y desde una mirada tradicional hasta puede comprenderse el malestar que produce cuando un juez investiga y condena a prominentes dirigentes por actos de corrupción política o invalida decisiones adoptadas por los otros poderes; sin embargo, su responsabilidad es mayor, y si los demás poderes no se han ocupado de efectuar una labor verdaderamente garante, tiene que ser el Poder Judicial el que oficiosamente lo haga, conminando y obligando a que las demás autoridades lo hagan también.

La muerte de aquel modelo de juez oculto, aislado y juridicista lo coloca cotidianamente en la tapa de los diarios, pero a su vez lo envuelve la crisis de legitimidad que caracteriza a la autoridad contemporánea. La reacción judicial ya no es individual, sino que se asume colectivamente a través de asociaciones que posibilitan que esa voz resulte más fuerte y difícil de no escuchar por la sociedad y por los otros poderes. Hay una creciente conciencia en los jueces de que se ejerce un tercio del poder, y que la sociedad le demanda por el poder que le ha conferido para que el gobierno y la sociedad se sometan al derecho.²⁰⁸

La prácticamente ausente responsabilidad judicial preocupa y se busca superar por diversas formas de responsabilidad: civil, penal, administrativa, ética, política, académica, social y corporativa. La idoneidad profesional que se le exigía al juez estaba limitada a lo científico-jurídico y se acreditaba con el título de abogado, pero hoy resulta claro que ello es notoriamente insuficiente, de pronto porque en aquella formación no están los saberes más

²⁰⁷ Vigo, Rodolfo, *De la ley al derecho...*, cit., p. 52.

²⁰⁸ García Pascual, C., *Legitimidad democrática y Poder Judicial...*, cit., p. 19.

específicamente judiciales tales como argumentación jurídica, administración, informática específica, liderazgo, ética judicial, etcétera, y porque además van surgiendo crecientes y dinámicas necesidades de conocimientos y habilidades que el juez necesita permanentemente cubrir a los fines de ejercer correctamente su función, una función jurisdiccional que se ha demeritado y que desafortunadamente ha puesto en entredicho toda la labor del Estado, pues basta que las autoridades jurisdiccionales no actúen correctamente para que se señalice al Estado como represor, autoritario, transgresor de derechos, no garante, mal gobierno.

El modelo de juez que heredamos ya no sirve, y es por eso que la reflexión en torno a la función judicial resulta central para el estudio de los problemas básicos de la filosofía política y del derecho.²⁰⁹ Necesitamos un sistema de impartición de justicia acorde a las necesidades garantes venideras, una autoridad jurisdiccional comprometida con el respeto y la salvaguarda de los derechos, que tenga como punto central de su actuar a los individuos, a cada uno de ellos con todos sus derechos, que no excluya y que sí integre, que no acote y que sí amplíe, que no sea cuadrado (decimonónico) y que sí sea proactivo.

IV. GARANTISMO Y DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Es Ferrajoli quien acepta la oposición establecida por Hobbes y Kant entre poderes salvajes²¹⁰ y Estado de derecho teniendo claro que el garantismo (entendido en el sentido de Estado constitucional de derecho; esto es, aquel conjunto de vínculos y de reglas racionales impuestos a todos los poderes en tutela de los derechos

²⁰⁹ *Idem.*

²¹⁰ La expresión “poderes salvajes” alude a aquella “libertad salvaje y desenfrenada” de la que Kant habla en la *Metafísica de las costumbres*, como condición desregulada propia del estado de naturaleza; esto es, en ausencia del derecho, y opuesta a aquella propia del “estado jurídico” o de derecho. Véase Kant, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, trad. de Adela Cortina Ors y Jesús Conill Sancho, Madrid, Tecnos, 1994, p. 146.

de todos) representa el único remedio para los poderes salvajes. Nos propone distinguir las garantías en dos grandes clases: las garantías primarias y las garantías secundarias.

Las garantías primarias son los límites y vínculos normativos (o sea, las prohibiciones y obligaciones, formales y sustanciales) impuestos, en tutela de los derechos, al ejercicio de cualquier poder. Las garantías secundarias son las diversas formas de reparación (la anulabilidad de los actos inválidos y la responsabilidad por los actos ilícitos) subsiguientes a las violaciones de las garantías primarias.²¹¹

La defensa, el reforzamiento y en muchos casos la elaboración e introducción de garantías, sean primarias o secundarias, contra las tentaciones absolutistas que caracterizan a todos los poderes, constituyen el gran desafío que se plantea a la democracia en todas sus diversas dimensiones y niveles: en su dimensión política, económica y social; a nivel estatal internacional. Estas garantías no son sino la sustancia del constitucionalismo rígido; es decir, de aquel modelo de derecho y de sistema político asentado en la segunda mitad de este siglo en las democracias avanzadas, y caracterizado por la sujeción a la ley de todos los poderes, incluso del legislativo, no solo en cuanto a las formas y procedimientos, sino también en cuanto a los contenidos de su ejercicio.

El rasgo distintivo del constitucionalismo rígido, de hecho, consiste precisamente en este sistema de vínculos impuestos también a los poderes de la mayoría, por un constitucionalismo que ha quedado plasmado y que es cuestión de respeto y obediencia para todos los individuos, lo que implica que un sistema de garantías por todos aceptado remite a la idea de poder sancionar efectivamente a aquel que vaya en contra de lo que se ha pactado.

Gracias al mismo, el legislador no es ya omnipotente como en el viejo modelo paleopositivista,²¹² ya que las leyes que emanan de él son válidas, no en el simple sentido de existentes; esto

²¹¹ Ferrajoli, Luigi, *Garantismo y filosofía del derecho...*, cit., pp. 132 y 133.

²¹² Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 3a. ed., Madrid, Trotta, 1999.

es, por haber sido producidas de acuerdo con las formas previstas en las normas sobre su producción, sino solo si también sus contenidos son coherentes con los principios constitucionales. Y tampoco es omnipotente la política, cuya relación con el derecho se ha trastocado: la política y la legislación producto de ella se subordinan también al derecho. De este modo, ya no es el derecho el que puede ser concebido como instrumento de la política, sino por el contrario, es la política la que debe ser asumida como instrumento para la actuación del derecho, y más precisamente de los principios y derechos fundamentales inscritos en ese proyecto a la vez jurídico y político que es la Constitución.²¹³

En el balance del acontecer jurídico diario de un Estado es necesario otorgar seguridad y certidumbre a cada uno de los individuos que lo integran, lo que se traduce en la voluntad real de ser destinatario, políticamente hablando, de lo que jurídicamente se ha establecido, y de manera inversa, aceptar jurídicamente lo que políticamente se ha acordado.

Si en plano de la teoría del derecho el cambio de paradigma se manifiesta en la disociación entre vigencia y validez de las leyes, en el plano de la teoría política se manifiesta en un cambio correlativo de la naturaleza misma de la democracia. Ésta no se reduce ya simplemente a su dimensión política, que procede de la forma representativa y mayoritaria de la producción legislativa, y que condiciona la vigencia de las leyes, sino que comprende también una dimensión sustancial impuesta por los principios constitucionales, y en particular por los derechos humanos, que vinculan de igual modo al contenido de las leyes, condicionando la validez sustancial de éstas a su garantía.

Está claro que un paradigma semejante requiere un reforzamiento y desarrollo de todo el sistema de garantías, tanto primarias como secundarias, y por lo tanto de los límites, vínculos y controles del ejercicio de todos los poderes. Inclusive se debe pensar en nuevos mecanismos de protección de derechos humanos derivado de las omisiones en el ejercicio constitucional y con-

²¹³ Ferrajoli, Luigi, *Garantismo y filosofía del derecho...cit.*, p. 135.

vencional de protección de derechos humanos; es decir, que se obligue a todas las autoridades a la adopción de medidas que lo hagan, y que si la autoridad no lo hace, sea la autoridad jurisdiccional la que se encuentre facultada para, en la sentencia concesoria y protectora, se le impongan sanciones a la autoridad, no obstante el resarcimiento del daño generado.

Finalmente, es dable tener presente que un aspecto a menudo descuidado del sistema de garantías es su carácter sinérgico y concurrente; con aparente paradoja, los límites y vínculos impuestos a cada poder generan límites y vínculos también a cuenta de los otros poderes, impidiendo los abusos y los desbordamientos, a la vez que reforzando la legitimación.²¹⁴

El modelo democrático constitucional es un sistema en el cual la regla de la mayoría y la del mercado valen solamente para la que podemos llamar esfera de lo discrecional, circunscrita y condicionada por la esfera de lo vinculado, que está precisamente integrada por los derechos fundamentales de todos: los derechos de libertad, que ninguna mayoría puede violar, y los derechos sociales (a la salud, a la educación, a la seguridad social y a la subsistencia) que cualquier mayoría está obligada a satisfacer. Esta es la sustancia de la democracia constitucional (el pacto de convivencia basado en la igualdad en derechos; el Estado social, además de liberal de derecho) garantizada por las Constituciones. “La declaración de los derechos”, afirmó la Constitución francesa de 1793, “contiene las obligaciones de los legisladores”, de cuya observancia depende su legitimación.²¹⁵

V. ESTADO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL DE DERECHO

A partir de la reforma de derechos humanos de junio de 2011 se integra un bloque de constitucionalidad, que contiene la di-

²¹⁴ *Idem.*

²¹⁵ *Ibidem*, p. 159.

mensión de los derechos fundamentales. El control de constitucionalidad debe atender al control de convencionalidad. Esto es, que las normas constitucionales sobre derechos humanos deben interpretarse también de conformidad con los tratados internacionales y con la jurisprudencia convencional. Esta dimensión hermenéutica se atiende también a partir de las nuevas posibilidades que ofrecen el juicio de amparo y la acción de inconstitucionalidad, a partir de las reformas constitucionales recientes.²¹⁶

La consolidación de un Estado constitucional y convencional de derecho debe partir de un desarrollo jurisprudencial indispensable en torno a la cláusula de interpretación conforme por la línea de precisar que el contenido constitucional de los derechos fundamentales debe entenderse integrado a partir de las previsiones convencionales y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Es el tribunal constitucional el que dota de este contenido a la luz de su interpretación, y en un diálogo jurisprudencial; en este caso un diálogo entre la Suprema Corte de Justicia de la Nación y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.²¹⁷

La interpretación de la Suprema Corte tiene delante de sí reconocer la dimensión integradora, y no definir en términos de supremacía lisa y llana la relación entre la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, a partir del artículo 1o., segundo párrafo. Es el criterio *pro persona*, y no la jerarquía normativa, el que define la integración, o en su caso, las prelación normativas. Reconocer también que con estas reformas se ha incorporado un bloque de constitucionalidad al orden jurídico mexicano, que define el contenido esencial de los derechos humanos y al cual debe estar sujeta la legislación secundaria, no solo en el sentido de acreditar un análisis sustantivo de constitucionalidad, sino uno de convencionalidad integrado al primero.

²¹⁶ Desprendido de una interpretación progresiva del artículo 103 constitucional.

²¹⁷ Caballero Ochoa, José Luis, “La cláusula de interpretación conforme...”, *cit.*, pp. 128 y 129.

La tarea del máximo tribunal mexicano debe encaminarse a establecer que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos debe constituir un referente de la interpretación conforme de las normas sobre derechos humanos en relación con los tratados internacionales.²¹⁸

La ruta debe atender a los parámetros convencionales en su totalidad; es decir, toda la jurisprudencia interamericana, como se ha definido claramente en relación con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Se afirma, en el contexto europeo, que se ha generado una legislación unificadora de la interna, con una “vocación de alcance general en el desarrollo de sus disposiciones”. De la misma forma, en nuestro contexto, la doctrina del control de convencionalidad evidencia que el contenido de los derechos convencionales se presenta en la interpretación de todo el *corpus iuris* interamericano; es decir, cada vez que la Corte Interamericana se pronuncia dota de contenido a los derechos, y este bagaje constituye la materia jurisprudencial que debe ser atendida por los Estados, con independencia de su participación en los asuntos específicos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos resuelve.²¹⁹

Esencialmente, lo que debe comprenderse es que el llamado control convencional, ya sea concentrado o difuso, al final del día es un control de constitucionalidad, pues al tener la normativa internacional rango constitucional, lo que debe hacer la autoridad jurisdiccional es un auténtico control constitucional. Siendo concretos, la actividad que realicen los órganos jurisdiccionales debe obedecer a un patrón conjunto de lo que establecen las normas constitucionales, los tratados internacionales, la jurisprudencia de la Corte Interamericana, así como (de manera referencial, si es que el caso concreto así lo permite) las sentencias de los tribunales constitucionales o cortes supremas de los Estados que conforman el sistema interamericano.

²¹⁸ *Idem.*

²¹⁹ *Ibidem*, p. 130.

Es importante señalar que el control que realicen las autoridades jurisdiccionales atiende a un control difuso, en el entendido de que la facultad recae no solo en los jueces federales (cuando nos referimos a autoridades jurisdiccionales) haciendo una interpretación constitucional (o una declaratoria de inconstitucionalidad, si es que así corresponde) favorable a la dignidad humana, sino también a jueces locales en su labor garante y pro activa cuando de protección a los derechos humanos se trata, en el entendido de que al interpretar el texto constitucional, si se percatan que una norma es inconstitucional, solo podrán dejar de aplicar, pero no hacer una declaratoria de inconstitucionalidad.

En este sentido, lo que se pretende es que sean precisamente las autoridades, tanto jurisdiccionales como administrativas, las que tomen en sus manos lo que el texto del artículo 1o. constitucional ha establecido, que sean las autoridades administrativas, en el ámbito de sus respectivas competencias y facultades, las que se encarguen de la promoción y reconocimiento de los derechos humanos, y si se llega a cometer alguna violación, sean las autoridades jurisdiccionales las encargadas de su protección y garantía efectiva, todo con la finalidad de asegurar al ser humano el desarrollo real de una vida digna, que como lo menciona Rawls, asegure el acceso mínimo a los bienes primarios que le permitan desarrollar un plan de vida acorde a sus deseos y perspectivas personales.

El control convencional, lo entiendo yo, debe ser una guía para ampliar la visión y el compromiso de los poderes que conforman un Estado, debe ser ese espectro que ya la Constitución de 1827 señalaba de manera implícita, y que vino a reafirmarse de manera expresa en el texto de la Constitución de 1857 y posteriormente en la de 1917, que involucra una apertura de la Constitución hacia afuera, que permite la entrada o la adopción de disposiciones internacionales que favorezcan la protección de derechos humanos, que permite la interpretación referencial de otros tribunales constitucionales, sin que ello implique una invasión a la soberanía; es decir, para aquellos que ven la

adopción del ámbito internacional en el ámbito interno como una transgresión a nuestra autodeterminación debe quedar claro que en la protección de derechos humanos se debe evolucionar y avanzar, que lejos de causar afectación trae beneficio y actualización para nuestras autoridades, pero sobre todo que quede claro que no se materializa algún tipo de invasión en la forma de organización o de toma de decisiones al interior del Estado; simplemente se revaloriza la importancia real que la protección de derechos humanos y el aseguramiento de una vida digna revisten en la actualidad.

VI. CONCLUSIONES

El Estado democrático constitucional es la tendencia (desde algunos años) en muchos de los países que integran el sistema interamericano. La condición específica para que éste se desarrolle de la mejor manera reside en la posibilidad de hacer exigible a las autoridades una actividad protectora de derechos humanos que se apegue al ámbito constitucional y convencional de derecho que impera en el sistema de justicia interamericano.

El camino que se deba recorrer para lograr hallarlo es claro si se tiene en realidad la convicción institucional de conseguirlo. Los elementos constitutivos y de integración de un sistema jurídico capaz de adecuar normas de derecho interno con normas de derecho internacional representa, hoy en día, una evolución significativa en la manera como se desarrolla la vida en sociedad. El compromiso proteccionista no descansa ya en la labor que desarrolle una u otra autoridad, sino en el conjunto de acciones que en sincronía se implementen para salvaguardar efectivamente los derechos de todos los gobernados.

La posibilidad de colocarnos en un Estado democrático de derecho va a residir en, a su vez, la posibilidad de que el actuar de las autoridades se apegue lo más posible al cúmulo de derechos que constitucional y convencionalmente se han establecido; ex-

plico: se trata de atender efectivamente a la incorporación (tardía) de un texto constitucional que obliga a todas las autoridades, en el ámbito de sus respectivas competencias, a proteger, respetar, promover y garantizar derechos humanos; es decir, se obliga expresamente a que todas y cada una de las autoridades (por hablar del Estado; sin embargo, ello no implica que los particulares queden fuera de esta obligación) a la observancia de los derechos en pro de una vida digna para todos los individuos.

Ello no implica otra cosa que una doble apertura por parte del Estado; por un lado, una apertura hacia adentro que permita la incorporación de la normativa internacional en la interna; es decir, que el Estado sea capaz de atender al control convencional que se encuentra en un plano regional y que lo haga suyo para la protección más efectiva de los derechos humanos. Por otro lado, implica también una apertura del Estado hacia afuera; esto indica que una vez incorporando la primera apertura y llevando a cabo acciones (sobre todo determinaciones judiciales) en las que se protejan y garanticen derechos humanos en una mayor medida, se pueda ser un ejemplo de esto a nivel internacional, aportando resoluciones, sentencias de nuestros tribunales, legislación local, legislación federal, para que salga al plano interamericano y pueda ser aplicado por aquellos países que lo consideren pertinente para los casos semejantes que se presenten en su interior.

Este punto específicamente ayudará a crear entre la sociedad la certidumbre y confianza necesaria para lograr que la participación y el involucramiento en la vida de su nación aumenten. Como ya mencioné antes, no se trata de crear expectativas irrealizables o falsas esperanzas (lo cual sería deshonesto, al tiempo que iría en contra de los principios democráticos), sino de crear las condiciones necesarias para que cada uno de los individuos pueda catapultarse en la actividad que desee desarrollar, para que cuente con los elementos necesarios que le permitan prepararse y competir con cualquier otro individuo en igualdad de circunstancias; es decir, que el Estado se ocupe de salvaguardar

o garantizar, en su defecto, los derechos de todos, atendiendo a cuestiones que en un plano básico deben quedar sufragadas, tales como la vida, la libertad, la salud, la educación, la alimentación, la vivienda, el trabajo, el agua, derechos que han sido positivizados, pero que naturalmente necesitan un impulso extra si de verdad queremos aspirar a una vida digna, y ello no depende de alguno, sino que depende de todos.