

Concepciones de la democracia y justicia electoral

José Ramón Cossío D.

Nueva edición con
nota introductoria

22

Concepciones de la democracia y justicia electoral

José Ramón Cossío D.

Concepciones de la democracia y justicia electoral

José Ramón Cossío D.

Nueva edición con
nota introductoria

22

Instituto Nacional Electoral

Consejero Presidente

Dr. Lorenzo Córdova Vianello

Consejeras y Consejeros Electorales

Mtra. Norma Irene De la Cruz Magaña

Dr. Uuc-Kib Espadas Ancona

Dra. Adriana Margarita Favela Herrera

Mtro. José Martín Fernando Faz Mora

Dra. Carla Astrid Humphrey Jordan

Dr. Ciro Murayama Rendón

Mtra. Dania Paola Ravel Cuevas

Mtro. Jaime Rivera Velázquez

Dr. José Roberto Ruíz Saldaña

Mtra. Beatriz Claudia Zavala Pérez

Secretario Ejecutivo

Lic. Edmundo Jacobo Molina

Titular del Órgano Interno de Control

Lic. Jesús George Zamora

Director Ejecutivo de Capacitación Electoral y Educación Cívica

Mtro. Roberto Heycher Cardiel Soto

Concepciones de la democracia y justicia electoral

José Ramón Cossío D.

Primera edición, 2002

Primera edición en este formato, 2020

D.R. © 2020, Instituto Nacional Electoral

Viaducto Tlalpan núm. 100, esquina Periférico Sur

Col. Arenal Tepepan, 14610, México, Ciudad de México

ISBN obra completa impresa: 978-607-8772-11-7

ISBN volumen impreso: 978-607-8772-33-9

ISBN obra completa electrónica: 978-607-8772-90-2

ISBN volumen electrónico: 978-607-8790-27-2

El contenido es responsabilidad del autor y no necesariamente representa el punto de vista del INE

Impreso en México/*Printed in Mexico*

Distribución gratuita. Prohibida su venta

Contenido

- 7 Nota introductoria
- 11 Presentación
- 15 Introducción
- 21 Concepciones de la democracia
- 43 Relaciones entre democracia y justicia
- 79 Democracia minimalista y justicia
- 97 Democracia maximalista y justicia
- 117 Sobre el autor

Nota introductoria

Hace 17 años tuve la oportunidad de colaborar con el entonces Instituto Federal Electoral en la realización de un trabajo para su colección Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática. Los temas que se me asignaron –y que con mucha alegría desarrollé– fueron las relaciones entre las concepciones de la democracia y la justicia electoral. Lo que entonces traté de hacer fue identificar, por una parte, algunos tipos ideales de democracia y, por otra, los tipos ideales o posibles de justicia electoral, para, finalmente, ver las maneras en que se relacionan entre sí.

En cuanto a la primera tarea, tomé dos modos extremos de entender la democracia. La minimalista y prácticamente electoral expuesta por Schumpeter, y la sustantiva que exponía un autor relevante en aquel entonces y hoy menos leído, Diamond. Lo diferenciado de sus exposiciones se debía al hecho de que, para el primero, la democracia era sólo un proceso instrumental, prácticamente un modo

para que los electores eligieran a sus representantes a fin de integrar ciertos órganos del Estado. Para el segundo, de lo que se trataba era de entender que, sin un amplio conjunto de derechos políticos y sustantivos, la democracia no era posible ni viable.

La segunda tarea, ya lo dije, fue comprender lo que por justicia se había entendido desde algunos momentos capitales de la historia occidental, hasta llegar a nuestros días. ¿Qué es lo que los jueces hacen cuando realizan sus funciones jurisdiccionales? Como este asunto es histórico, no hay una respuesta única posible. En algunos momentos resuelven determinado tipo de asuntos con ciertas técnicas y modos argumentales; en otros, asuntos con características diversas y metodologías distintas. Así, cada modo de proceder es hijo de su tiempo y, en su contexto particular, tenido como bueno.

Al salir de los modelos ideales, las cosas van adquiriendo un sentido más particular. Lo que la democracia sea hoy, deja de ser un mero distinguir para constituirse en la expresión de formas jurídicas establecidas de manera concreta y puntual en determinados ordenamientos nacionales y en ciertos instrumentos internacionales. En este sentido, lo dicho por Diamond o por autores cercanos a él ha cobrado realidad. La democracia es, desde luego, proceso, pero también una materialidad de derechos,

obligaciones, principios y horizontes previstos en las normas, para tratar de lograr determinado tipo de agentes, prácticas y resultados. Nadie, pienso, podría suponer una separación tajante entre lo que las constituciones disponen en materia de elecciones y lo que prevén en materia de derechos. Las libertades de asociación, expresión o reunión terminan siendo inseparables de lo que, en nuestro tiempo, concebimos por democracia.

Con la jurisdicción pasa algo semejante. El signo de nuestros tiempos es el de una justicia constitucional y de derechos, que hace necesario que los jueces superen los, hasta hace poco vigentes, marcos de la legalidad contractualista. De lo que hoy se trata es de que los jueces perciban con mayor amplitud la totalidad de los valores constitucionales; lo que hace pensar a muchos que las cosas jurídicas se descarrilan, así como sus elementos subyacentes, para incorporarse en la conducción de procesos y en los modos de resolverlas. Finalmente, la justicia de nuestro tiempo es un cauce o un impulso de la democracia sustantiva. Aquí es donde ambos elementos se vinculan y marcan lo que hoy entendemos “debe ser”, tanto como expresión normativa como horizonte a realizar.

Al releer lo escrito hace 17 años me sentí contento. Creo que mis conjeturas sobre la historicidad del derecho, de la democracia y de la jurisdicción fueron correctas. Que

lo expresado por mí no era una imposición de sentido idealizado, sino una recolección de los fenómenos que estábamos y estamos viviendo. Hoy, como en aquel tiempo, estamos frente a una situación compleja: los jueces siguen siendo los guardianes finales de la democracia. No porque su voto valga más, sino porque sus decisiones mantienen abiertos los cauces de participación y, sobre todo, porque hacen posibles los derechos que, como precondition social e individual, la posibilitan.

Agradezco al hoy Instituto Nacional Electoral el que haya considerado que mi trabajo de entonces debe ser publicado o republicado ahora. Es una gentileza para conmigo, desde luego, pero también una indicación general y pública de que este órgano central de nuestro régimen jurídico mantiene la idea de que la democracia sólo es posible como democracia constitucional.

José Ramón Cossío D.

Presentación

Las relaciones entre *democracia* y *justicia* pocas veces han constituido un asunto central en el pensamiento de los intelectuales en las ciencias sociales. Sin embargo, para los países que transitan hacia la democracia el análisis de tal correspondencia resulta de gran relevancia para su funcionamiento y consolidación. La problemática que plantea toda forma de gobierno democrática en lo referente a la definición de las reglas del juego y a la sucesión del poder en un clima institucional, civilizado y pacífico, exige realizar estudios teóricos y empíricos que aborden las relaciones entre democracia y justicia. De ahí la importancia de abrir espacios de reflexión sobre los fundamentos de los conceptos para comprender los problemas que plantea la consolidación democrática, en donde la justicia electoral constituye un aspecto imprescindible de la misma.

En este ensayo el doctor José Ramón Cossío, en el afán por observar la razón de ser de la justicia electoral, ha

emprendido la tarea de relacionar los conceptos de democracia y justicia. El autor reconoce que estos conceptos, de forma independiente, han adquirido diversas connotaciones, funciones y significados a lo largo de la historia y según el uso que les den los distintos especialistas en materia política y jurídica. En este sentido, el doctor Cossío señala que la complejidad de cada uno de estos conceptos aumenta si ambos son relacionados entre sí, dando origen a una pluralidad de aspectos complejos. *¿De qué forma (se pregunta el autor) la democracia, o mejor, cierta concepción de la democracia, influye sobre la forma en que se diseña e imparte justicia?, y ¿de qué manera la forma de impartir justicia determina, a su vez, la concepción y la institucionalización de la propia democracia?* Tales son las preguntas centrales de las que parte el autor para ver los alcances y límites de ambas acepciones relacionadas entre sí para, posteriormente, realizar un bosquejo que permita vislumbrar un modelo que nos brinde las herramientas teóricas adecuadas para la comprensión de nuestra realidad. Pero el autor propone no quedarse sólo en el aspecto formal o abstracto de la teoría, sino que busca que las fundamentaciones de las relaciones de los conceptos adquieran una realización concreta que, en este caso, será representada por la *jurisdicción*.

Para ello, el autor parte de una definición de cada uno de los conceptos para acotar y simplificar las variadas

conexiones que guardan respecto de otras abstracciones y poder plantear así las relaciones entre ellos. Ante el universo de concepciones, el autor advierte que se comprenderá la democracia en su forma más general, esto es, como *una forma de gobierno*, y, de manera procedimental, a la justicia como *la resolución de controversias que, como resultado de un proceso también contradictorio, lleva a cabo un funcionario público llamado juez*.

El doctor Cossío aborda el concepto de democracia desde dos vertientes: la democracia *minimalista* o *procedimental* y la democracia *maximalista* o *sustantiva*, distinguiendo sus elementos, supuestos y funciones, así como el papel que desempeña la justicia en cada una de ellas. Con base en la concepción procedimental, explora las formas en que la democracia, en general, opera sobre la justicia, buscando las razones que justifiquen y validen su inclusión en la democracia, reconociendo, no obstante, que ambas poseen lógicas y significados diversos.

Asimismo, el doctor Cossío, al establecer las relaciones de la justicia con las dos definiciones de democracia (minimalista y maximalista), enfatiza el hecho de que cada una de ellas requiere de sus respectivas instituciones y órganos para garantizar la realización de sus procedimientos (forma procedimental) y su concreción en el ámbito jurisdiccional (forma sustantiva). Ello con el objetivo de

demostrar que las funciones de la justicia electoral, en un contexto dado, dependen en última instancia de la idea de forma de gobierno que se tenga, en este caso, del tipo de democracia. De esta manera, para el autor los procesos judiciales, al ser parte de un orden jurídico vinculado a un determinado sistema político, terminan siendo modalidades de realización de éste.

La publicación del presente ensayo del doctor José Ramón Cossío, dentro de la serie de Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática, constituye un esfuerzo más del Instituto Federal Electoral en su compromiso por abrir espacios que contribuyan a fomentar la reflexión y comprensión sobre los procesos democráticos contemporáneos.

Instituto Federal Electoral

Introducción

En este trabajo se busca exponer las relaciones entre la democracia y la justicia electoral. Ello implica, sin embargo, resolver algunas cuestiones previas, de ahí que vamos a agotar en orden ciertas etapas de un itinerario. Comenzamos por las palabras *democracia* y *justicia*, que tienen una antigua presencia en los lenguajes político y jurídico. A lo largo del tiempo, cada una de ellas ha tenido diversos sentidos, ha planteado funciones distintas y ha estado cargada de variados significados. El análisis de esos términos es de suyo complejo, por implicar el estudio de origen de, al menos, los elementos que acabamos de explicitar. ¿Qué pasa, sin embargo, cuando ambos términos son puestos en unión a efecto de establecer lo que ahora, y de forma ciertamente genérica, podemos llamar “sus relaciones”? Ante todo, y de modo evidente, los problemas de determinación de sentido se potencian, pues hay que dar cuenta de una relación, y no ya del sentido de dos términos independientes entre sí. Por lo mismo,

vale la pena comenzar planteando dos cuestiones previas; primera, si resulta pertinente preguntarse por tal relación y, segunda, qué pensamos obtener de ella al aplicarla a la justicia electoral.

La polisemia de los dos términos apuntados exige avanzar en un sentido mínimo para estar en posibilidad de responder las dos preguntas planteadas. ¿Qué podemos entender por democracia y qué por justicia en el plano en el que ahora nos estamos moviendo? Por la primera, una forma de gobierno; en cuanto a la justicia, a la resolución de controversias que, como resultado de un proceso también contradictorio, lleva a cabo un funcionario público llamado juez. Con esta acotación dejamos de lado una pluralidad de posibles relaciones entre ambos términos, muchas de ellas de la mayor importancia. Por ejemplo, las recientemente desarrolladas por Shapiro en su libro *Democratic Justice*,¹ en donde explora el lugar que le corresponde a la democracia en un orden social justo.² Estas cuestiones serán dejadas de lado aquí para aludir únicamente a la forma en que la democracia y la justicia (tal vez fuera mejor hablar de la jurisdicción)³ se entrelazan y dan lugar a una pluralidad de fenómenos complejos.

¹ Ian Shapiro, New Haven, Yale University Press, 1999.

² *Ibid*, pp. 1 y 18.

³ En este sentido, *cfr.* J. Chiovenda, *Principios de derecho procesal civil*, trad. de J. Casáis, tomo I, Madrid, Reus, 1922, pp. 358 y ss.

A pesar de su modestia, los términos de la relación apuntada entre democracia y justicia plantean dos ventajas. Por una parte, permitimos entender una doble relación entre ambos elementos: ¿de qué forma la democracia o, mejor, cierta concepción de la democracia, influye sobre la forma en que se diseña e imparte justicia?, y ¿de qué manera la forma de impartir justicia determina, a su vez, la concepción y la institucionalización de la propia democracia? Como se ve, y no podía ser de otra manera, estamos frente a un camino de ida y vuelta, en el que tanto en el ámbito normativo como en el empírico será posible encontrar formas de influencia mutuas de las que, a final de cuentas, se desprenderá el modelo al cual debemos o queremos aspirar y la comprensión de la realidad que vivimos. Por otra parte, el análisis de estas relaciones nos evita caer en la tentación correctamente descrita por Sartori al decir que “todos proponen ideales suspendidos en el aire, pero casi nadie nos explica *cómo realizarlos*”.⁴ Al tratar conjuntamente la democracia y la justicia, será posible apreciar cuáles son las posibilidades de realización de una y otra, sencillamente porque la sede del análisis terminará siendo la forma más concreta de realización del derecho creado por la propia democracia, esto es, la jurisdicción.

⁴ Giovanni Sartori, *La democracia después del comunismo*, trad. de M. L. Morán, Madrid, Alianza, 1994, p. 74.

La forma de realización de este trabajo habrá de darse en varias etapas. Como punto de partida, se establecen los conceptos de democracia a partir de los cuales vamos a trabajar. Conviene distinguir entre los conceptos que se han dado en las concepciones procedimental o minimalista y aquéllos de las sustantivas o maximalistas. Esta elección es importante porque permite explorar dos vertientes de la democracia y considerar, respecto de cada una de ellas, qué papel desempeña la justicia.

Posteriormente, atenderemos a la justicia. Aquí no haremos un ejercicio semejante al descrito en el párrafo anterior, sino que de inicio partiremos de una concepción procedimental para ver cómo es que respecto de ella juegan las concepciones de la democracia. Por concepción procedimental de la justicia entendemos, sencillamente, la existencia de procesos contenciosos en los que las partes en conflicto presentan sus argumentos y pruebas ante un tercero a efecto de que éste los resuelva con fundamento en las normas pertenecientes a un orden jurídico. Se trata de un concepto que atiende, ante todo, a las condiciones mismas de un procedimiento, si bien lo regula y determina a partir de los contenidos propios de diversas normas jurídicas. La cuestión relevante no es su definición, aceptando que la mencionada sea correcta, sino las razones por las cuales debe estar presente en la democracia. En otras palabras, ¿qué justifica que una

expresión social con una lógica propia de derechos y reglas, deba ser tomada en cuenta dentro de un proceso (el democrático) con unas reglas y una lógica diversas? Esta cuestión y aquellas que pueden derivarse de la misma,⁵ serán consideradas aquí de forma general y sin referencia a los conceptos de democracia que hayamos identificado en el primer capítulo.

Sin embargo, una vez determinados los conceptos de democracia en las condiciones apuntadas y analizada la relación de la justicia con la democracia en general, es necesario establecer las relaciones de cada una de ellas con la justicia para, después y de forma más puntual, atender a los elementos integrantes del concepto en cuestión. El resultado de este cruce de elementos es desde ahora evidente: cada concepción de democracia requiere sus propias instituciones.⁶ Aquella que proceda de una idea procedimental exigirá unos órganos y unos procedimientos a partir de los cuales sea posible garantizar los correspondientes elementos procedimentales; un concepto sustantivo, por su parte, exigirá órganos y procedimientos para que todos sus elementos adquieran plenitud jurisdiccional.

⁵ ¿Cuáles son sus alcances?, ¿qué órgano debe llevarla a cabo?, ¿cuáles son sus límites?, por ejemplo.

⁶ Para un señalamiento de las relaciones generales entre democracia e instituciones, cfr. R. Dahl, *La democracia. Una guía para los ciudadanos*, trad. de F. Vallespín, Madrid, Taurus, 1999, pp. 97 y ss.

A resolver tales problemas dedicaremos los dos últimos capítulos, al término de cada uno trataremos de demostrar que las funciones que la justicia electoral desempeña en una teoría o sistema de gobierno, dependen, a final de cuentas, de la concepción que se tenga de democracia.*

* Agradezco los comentarios y sugerencias de Fernando Franco, Raúl Mejía, Jesús Orozco, Wistano L. Orozco y Luis Raigosa, así como el apoyo de mis alumnos Mónica Castillejos, Enrique Espinosa y Andrés Pruneda.

Concepciones de la democracia

En la discusión actual sobre la democracia existen, como antes lo apuntamos, dos grandes concepciones, llamadas *minimalista* o *procedimental* y *maximalista* o *sustantiva*. A su vez, dentro de cada una de ellas existe una pluralidad de conceptos. En lo que sigue, expondremos un concepto de cada una de esas concepciones a fin de identificar sus supuestos, elementos y funciones.

Democracia minimalista o procedimental

De entre las varias posibilidades que se presentan dentro de esta primera concepción, el trabajo de Schumpeter suele considerarse canónico.⁷ En su obra *Capitalism, Socialism and Democracy*,⁸ comienza argumentando en contra de lo que llamó el concepto "clásico" de

⁷ En contra de asignarle a la definición schumpeteriana una dimensión exclusivamente minimalista, *cfr.* G. O' Donnell, "Teoría democrática y política comparada", en *Desarrollo económico*, vol. 39, núm. 156, enero-marzo 2000, pp. 523-525, especialmente.

⁸ Nueva York, Harper Torchbooks, 1942.

democracia: el definido por los filósofos del siglo XVIII como el conjunto de arreglos institucionales que permiten arribar a decisiones políticas mediante las cuales se realiza el bien común, ello al dejar a los individuos decidir las cuestiones comunes a través de la elección de los individuos que han de realizar su voluntad.⁹ El problema con esta concepción, dice Schumpeter, es que presupone la existencia del *bien común* como criterio orientador de las acciones políticas, y presupone también que tal criterio es accesible a toda persona a través de una argumentación racional. A partir de ahí, se supone, los representantes están en posibilidad de realizar el bien común querido por el pueblo en tanto para unos y otros es uno, el mismo e indiscutible. Frente a esta concepción formula su criterio: "método democrático es aquel sistema institucional para llegar a decisiones políticas, en el que los individuos adquieren el poder de decidir por medio de una lucha competitiva por el voto popular".¹⁰ Para Schumpeter, este criterio es bueno en tanto diferencia entre gobierno democrático y gobierno no democrático; identifica con amplitud el hecho fundamental del liderazgo; da cabida a la actuación de los grupos; descansa sobre el supuesto de la competencia; clarifica la relación entre democracia y libertad individual; incorpora la idea de "remover"

⁹ *Ibid.*, p. 250.

¹⁰ *Ibid.*, p. 269.

(*evicting*) al líder, y da sentido a los cambios en la composición de las mayorías.¹¹

El más importante desarrollo y defensa del concepto schumpeteriano se ha llevado a cabo por Przeworski en el trabajo *Minimalist Conception of Democracy: a defense*,¹² de ahí que atendamos a él para establecer los supuestos, elementos y funciones del primero. En la primera parte de su trabajo, Przeworski establece el objeto de su defensa y los lineamientos metodológicos para llevarla a cabo. Primero, apunta que, como ya se dijo, será a la concepción de democracia minimalista de Schumpeter, bajo los estándares minimalistas popperianos. Lo anterior quiere decir que mientras para Schumpeter la democracia es sólo un sistema de reglas mediante las cuales los gobernantes se seleccionan a través de elecciones competitivas, para Popper es el sistema por el que los ciudadanos pueden deshacerse de los gobernantes sin derramamiento de sangre.¹³ Este doble señalamiento, dice Przeworski, le permitirá moverse entre las dimensiones normativa y empírica, poniendo con ello de manifiesto la doble dimensión de la propia concepción schumpeteriana. Esta doble dimensión le resulta de la mayor importancia y, como habremos de

¹¹ *Ibid.*, pp. 269-272.

¹² El trabajo está recogido en el libro *Democracy's Value*, editado por Ian Shapiro y Casiano Hacker-Cordón, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 23-55.

¹³ *Ibid.*, p. 23.

ver, es uno de los elementos determinantes de su análisis, debido a que el conjunto de definiciones que hay sobre la democracia ha provocado que todos le endosen sus propios deseos o preferencias. Por este motivo, la lista de los elementos normativamente deseables es enorme, y llega al punto de sostenerse que "a menos que la democracia sea x o sostenga x , [...] habrá democracia".¹⁴ La importancia de esta condición se da porque al limitarse los contenidos en la concepción minimalista, se niega que la misma satisfaga tales condiciones. Desde el punto de vista normativo, por no integrar tales o cuales contenidos; desde el empírico, por estimar que será insostenible al no sustentarse en x elementos.¹⁵ Es a partir de esta forma de enunciación del problema y de las principales críticas, como Przeworski acomete su trabajo. Lo importante para nosotros no estriba tanto en dar cuenta de una compleja elaboración doctrinal, sino más bien en considerar los elementos definitorios de la concepción minimalista a partir de su exposición y defensa.

La segunda parte de la estrategia de Przeworski es preguntarse si mediante la democracia será posible alcanzar

¹⁴ *Ibid.*, p. 24.

¹⁵ En este sentido, y colocándose primero en el punto de vista normativo, Przeworski estima que, si las elecciones son valiosas y mediante ellas no se obtiene x , la ausencia de x no es suficiente para rechazar a las elecciones como una característica propia de la democracia. Pasando luego a la dimensión empírica, simplemente apunta que ciertos elementos sostienen a la democracia al punto de que desaparecería ante la falta de ellos.

los criterios propios de la democracia maximalista (algunos de ellos muy cercanos a los que Schumpeter consideraba parte de la democracia tradicional). Al efecto, se pregunta: ¿Existen buenas razones para estimar que si los gobernantes son electos mediante elecciones competitivas las decisiones políticas serán racionales, los gobernantes serán representativos y la distribución del ingreso será igualitaria?¹⁶ Esta pregunta es importante en tanto que si la respuesta fuera afirmativa, es decir, pudiera responderse que a través de la democracia se lograría que las decisiones políticas fueran racionales o la distribución del ingreso igualitario, no podría sostenerse una concepción minimalista: la propia práctica de la democracia sería contraria a esa concepción. Igualmente, y pasando de la dimensión empírica a la normativa, podría afirmarse que el hecho de que mediante la democracia no puedan alcanzarse esos contenidos, no quiere decir que deba negarse o desconocerse que en las elecciones está el elemento definitorio de la democracia.¹⁷

Para responder a la cuestión sobre la racionalidad de la democracia, hace uso del sentido que este término tenía

¹⁶ Estima que si bien la forma de responder a estas interrogantes es a través de teoremas del tipo “si los gobernantes son electos mediante elecciones competitivas libres, entonces [...]”, no le dará todo el peso a esa forma de resolución, sino que introducirá otro tipo de elementos para responderlas (*Ibid.*, p. 25).

¹⁷ Es importante advertir que lo único que Przeworski busca establecer es que para definir a la democracia basta con utilizar el concepto minimalista.

en el siglo XVIII. Ello lo lleva a distinguir los elementos de *existencia* (¿existe algo que pueda definir el máximo bienestar social dentro de una comunidad política?), *convergencia* (si existe, ¿puede identificarse mediante el proceso democrático?) y *singularidad* (¿es el proceso democrático el único mecanismo para converger hacia ese máximo de bienestar?).¹⁸ La forma que sigue para averiguar si esos elementos están presentes en la democracia y, por ende, si la misma es racional, consiste en explorar el “teorema del jurado” formulado por Condorcet en 1785: si cada persona está dotada de razón, esto es, está en aptitud de votar en favor y no en contra de la decisión correcta, entonces las asambleas estarán en mejor aptitud de tomar decisiones correctas que los individuos aislados. La implicación normativa del teorema es que, si existe una decisión correcta para todo, los individuos están dotados de razón y las asambleas son más aptas para tomar esas decisiones correctas, la democracia es el mejor proceso decisorio.¹⁹ Los problemas que a juicio de Przeworski plantea esta posibilidad son de tres tipos. Primero, y siguiendo para ello la crítica de varios autores, estima que en el fondo del planteamiento de Condorcet está la falta de diferenciación

¹⁸ Esta pregunta plantea varias respuestas posibles, dependiendo de si se considera que ese máximo de bienestar existe antes y con independencia de las preferencias individuales, existe como una función de las preferencias individuales, no puede darse debido a una división social, o si se estima que el proceso democrático puede converger hacia ese máximo (*ibid.*, pp. 25-26).

¹⁹ *Ibid.*, p. 28.

entre votos e intereses, lo que conlleva que la decisión colectiva permita identificar al interés común como tal, pero no en cuanto agregado de intereses individuales. A partir de ello, encuentra que en realidad se tiene la posibilidad de ejercer coacción sobre los individuos por su contravención a la posición colectiva, pero no la ocasión de identificar, como ya se dijo, los intereses individuales.²⁰ Segundo, que es incorrecto presuponer la existencia de un interés común por el cual los individuos están finalmente unidos, pues en realidad existe un conflicto permanente y ninguna posibilidad de establecer un test externo para saber cuándo es correcta la solución a la que se arribó en relación con ese interés común.²¹ Tercero, y como forma de enfrentar lo que estima serían críticas a sus anteriores planteamientos, Przeworski enfrenta las tesis de la concepción “deliberativa” de la democracia,²² diciendo que mediante este método no se garantiza la racionalidad pues no hay nada que garantice la deliberación y porque ésta se detiene cuando se logra un gran consenso, lo que provoca que se deje el conflicto sin resolver y, por lo mismo, no se logre saber cuál es el así llamado “interés general”.²³ En resumen, Przeworski señala

²⁰ *Ibid.*, p. 29.

²¹ *Idem.*

²² La entiende a partir de lo dicho por Síéyes: “La política no es una cuestión de elecciones democráticas, sino de proponer, escuchar, concertar y cambiar la opinión propia, a fin de formar en común una voluntad común”. *Ibid.*, p. 30.

²³ *Ibid.*, pp. 30-31.

que no es posible considerar que la democracia es una vía hacia la racionalidad, y ello debido no a una deficiencia del método, sino sobre todo a la forma en que se estructuran los intereses sociales.²⁴

Sobre la representación, Przeworski señala que comúnmente se le considera como la parte más importante y distintiva de la democracia, y se le identifica como la forma en la que los gobernantes actúan buscando el mejor interés para la mayor parte de los ciudadanos. Las razones para ello son al menos cuatro: porque sólo quienes tienen un alto sentido público se ofrecen y actúan en los cargos;²⁵ porque los ciudadanos utilizan su voto para elegir entre los mejores dentro de ese tipo de personas; porque las personas pueden usar su voto para deshacerse de las personas que no hubieren desempeñado adecuadamente su cargo, y porque la separación de poderes produce frenos y contrapesos destinados a lograr actuaciones encaminadas al mejor interés de los ciudadanos.²⁶ Este entendimiento y estos supuestos de la representación le parecen a Przeworski problemáticos, en tanto afirma que los políticos pueden tener objetivos e intereses propios, o realizar acciones que los ciudadanos no podrían

²⁴ *Ibid.*, p. 31.

²⁵ Luego, sin embargo, dice que esta posibilidad debe tomarse con cuidado por no ser exclusiva de la democracia.

²⁶ *Idem.*

supervisar o hacerlo sólo con costos muy elevados, por ejemplo.²⁷ Para nuestro autor, las únicas tres maneras de saber si un gobierno es verdaderamente representativo en el sentido apuntado, es si el gobierno desarrolla la voluntad de las personas cuando éstas (o al menos la mayoría de ellas) la tienen; en caso de que no la tengan o no se expresa como mandato, cuando el gobierno la satisface a través de una evaluación *ex post*, como sería el caso de una reelección, en caso de que no se den las anteriores condiciones, un grupo de jueces o personas bien informadas puedan cuestionar la calidad de las acciones gubernamentales.

El problema con estas tres posibilidades es que hace descansar en los individuos la evaluación de la democracia, lo que supone afirmar que éstos saben qué es lo mejor para ellos. Pero ¿qué pasa si éstos no lo saben?, ¿quién debe establecer qué es lo mejor para ellos? Para responderlo, Przeworski se pregunta si las elecciones son una buena manera para que la población seleccione y remueva a sus representantes, es decir, un método por el que pueda identificar aquello que es “bueno” para ella. Al efecto, distingue entre dos dimensiones: la “prospectiva”, donde los candidatos hacen propuestas y los ciudadanos votan

²⁷ Contrariamente, puede suceder que las personas resulten los peores jueces de sus propios intereses y, por lo mismo, no aprecien adecuadamente las conductas realizadas por los políticos (*ibid.*, p. 32).

por unas u otras, y la “retrospectiva”, mediante la cual se evalúan las acciones realizadas por los gobernantes en el pasado. Dado este contexto, la única posibilidad en la que votantes y políticos podrían maximizar su bienestar sería si ambos estuvieran perfectamente informados. En caso de que no sea así, como probablemente ocurrirá, los votantes no podrán estar seguros que el desarrollo del “mandato” por parte de los políticos será benéfico para ellos. Sus posibilidades de castigarlos, por otra parte, sólo podrán darse en los momentos en los que se presente una nueva elección, pues entre tanto es difícil lograr sanciones por la vía del *impeachment* y, mucho más, por la llamada revocación de mandato.²⁸ Por ello, Przeworski estima que ninguna de esas dimensiones de la votación garantiza que los gobernantes vayan a promover los mejores intereses de los ciudadanos.²⁹

La tercera cuestión que trata Przeworski tiene que ver con las relaciones entre la igualdad política y la igualdad económica. Dadas las enormes diferencias económicas en el mundo, ¿qué es lo que hace que los pobres no le quiten el poder a los ricos? A final de cuentas, y citando

²⁸ *Ibid.*, p. 35.

²⁹ *Ibid.*, pp. 38-39. Además de éste, Przeworski presenta el argumento de cómo lograr que los gobernantes realicen la forma de representación apuntada si la ciudadanía es heterogénea o entre ella existen conflictos de intereses. El problema aquí es que hablar de la actuación en favor de la mayoría significa hablar de una mayoría, lo que puede llegar a significar la explotación de las minorías.

para ello los resultados de un trabajo escrito por él y Wallerstein,³⁰ estima que en alguna medida las decisiones de los políticos están determinadas por el capital económico. Esta respuesta le parece parcial o tentativa, lo que no le impide afirmar que la democracia sí es compatible con grados importantes de desigualdad.³¹

El propósito de las críticas anteriores fue demostrar que la designación de los gobernantes por elecciones no garantiza la racionalidad, la representación ni la equidad, ni que pueda extenderse a la realización de otros criterios políticos deseables. Sin embargo, y esto es importante para lo que afirmaremos en otros capítulos, el hecho de haber analizado las elecciones de forma aislada, es decir, sin relación a un específico entramado institucional, priva a la concepción minimalista de mucho del peso que en ese contexto podría llegar a adquirir. Sin embargo, y dejando de lado esa cuestión, la pregunta de Przeworski consiste en saber si es poco o mucho afirmar que la democracia consiste en la elección de los gobernantes. *Ello depende, nos dice, del punto de vista del cual se parta.*³² Así, si se trata de una visión acerca de la armonía de intereses, del bien común a descubrir mediante una deliberación racional y

³⁰ Adam Przeworski y Michael Wallerstein, "Structural Dependence of the State on Capital", en *American Political Science Review*, núm. 82, 1988, pp. 12-29.

³¹ *Ibid.*, p. 43.

³² *Ibid.*, p. 44.

de la existencia de mayorías informadas, el mero aspecto electoral significará poco; en realidad, sólo una cuestión instrumental o procedimental respecto a la parte más sustantiva. Sin embargo, si el punto de partida es que en la sociedad hay conflictos de valores e intereses, la elección de los gobernantes puede significar mucho. Si partimos de un punto de vista realista en cuanto a la existencia de conflictos sociales, la defensa del minimalismo se sostiene fuertemente en cuanto permite, simultáneamente, evitar derramamientos de sangre y resolver conflictos. Al momento de votar se logra la imposición de unas voluntades sobre otras o, lo que es igual, la posibilidad de que se ejerza coacción sobre ciertos sujetos al actualizarse determinados supuestos.³³ El milagro de la democracia radica, finalmente, en que las fuerzas políticas en conflicto obedecen los resultados de la votación.³⁴

Llegado a este punto, Przeworski inicia un importante *ex cursus* al sostener que, sin embargo, ese milagro no aplica en cualquier condición. Por ello, estima que la pobreza, el control dominante de un solo partido en la legislatura, el acelerado cambio de los jefes de gobierno o malos arreglos institucionales, son factores que conducen a su deterioro. Por ello afirma que, a final de cuentas,

³³ En este caso, la sustitución de unos gobernantes por otros a través de votaciones o, mejor, la posibilidad de alternancia, induce a que ambos cumplan con las reglas antes que intentar formas violentas para lograrlo.

³⁴ *Ibid.*, p. 49.

la posición popperiana no es suficiente debido a que la democracia se mantiene sólo en ciertas condiciones, y las elecciones por sí solas no son suficientes para resolver ciertos conflictos. Asimismo, señala que la posición minimalista no es suficiente para sostener a la democracia y, por lo mismo, la cuestión tiene que ser pensada en términos de diseño institucional. Ello significa que la "calidad de la democracia" sí importa, y que la misma debe defenderse a pesar de que no pueda desarrollarse.

¿Qué significan estas últimas afirmaciones en un trabajo que había tratado de defender, como se ha dicho varias veces, una concepción minimalista frente a otro tipo de posiciones? Primero, que la defensa de Przeworski a la concepción de Schumpeter se hace frente a una definición específica de democracia. Por lo mismo, lo que se está criticando es la estimación de que cierto tipo de "valores" o "elementos" únicamente puedan lograrse en la democracia y no en otras formas políticas. En segundo lugar, que es más correcto hablar de democracia en su concepción minimalista, sencillamente porque las tareas que se pretenden lograr con esa forma de gobierno están presentes en esa concepción y no en otras (maximalistas). En tercer lugar, que definir a la democracia en los términos apuntados no significa que se pueda prescindir de un diseño institucional complementario, lo cual no quiere decir que el propio diseño institucional tenga por qué formar parte de la definición de

democracia. Así, Przeworski puede, simultáneamente, sostener la concepción minimalista de democracia y señalar que sin la presencia de una serie de arreglos institucionales la misma tendrá pocas posibilidades de subsistencia. Este último punto es importante para lo que analizaremos más adelante, sencillamente porque nos plantea las siguientes interrogantes: ¿Qué es lo que debe quedar garantizado en las relaciones entre democracia y justicia?, ¿únicamente aquellos elementos que forman parte de la definición minimalista en sentido estricto, o también todos aquellos elementos indispensables para que tenga sustento? Avanzando un poco el problema, ¿qué no es cierto que si se opta por la última parte de la segunda interrogante habría pocas diferencias con lo que la justicia debería hacer respecto de la democracia maximalista?, ¿qué no es cierto que, en este caso, las diferencias serían sólo de grado?

Democracia maximalista o sustantiva

En la concepción maximalista existe una gran cantidad de propuestas y modalidades, mismas que de modo genérico han sido distinguidas en sustantivas y deliberativas.³⁵ Dentro de las primeras, hay una variedad tal de elementos

³⁵ J. Elster ha considerado que la misma se encuentra compuesta por una serie de elementos: "All agree, I think, that the notion includes collective decision or their representatives: this is the democratic part. Also, all agree that it includes decision making by means of arguments offered *by* and *to* participants who are committed to the values of rationality and impartiality: this is the deliberative part. These characterizations are somewhat rough, but I believe they capture the intersection of the extensions reasonably well", (J. Elster (ed.), *Deliberative Democracy*, Nueva York, Cambridge University Press, 1998, p. 9).

materiales que pueden considerarse propios o necesarios, que las clasificaciones se vuelven ciertamente borrosas.³⁶ Dentro de ese conjunto, tomaremos una sola de las propuestas, la de Larry Diamond expuesta en su libro *Developing Democracy Toward Consolidation*.³⁷ El que optemos por una entre las muchas posiciones posibles es porque consideramos que podemos lograr dos objetivos: dar cuenta de aquello que un maximalista sostiene, y estar en posibilidad de relacionar sus ideas con la justicia. Sin embargo, no es necesario introducirnos en una amplia y erudita discusión acerca de quién sostiene qué idea y para qué fines, toda vez que nos interesa movernos en el ámbito de las concepciones y no de conceptos individuales.

Debido a los objetivos generales perseguidos en su libro, la exposición de Diamond comienza con la transición democrática portuguesa de 1974, y analiza el constante cambio que se dio hacia ese tipo de regímenes a partir de esa fecha. Éstos fueron tantos, que a finales de 1995 existía la duda de si había 117 países democráticos o sólo 76, según el criterio de

³⁶ Así, hay quien califica la concepción de Dahl, denominada *poliarquía*, como minimalista, mientras que otros lo hacen como maximalista, dependiendo para ello de cómo se conceptualicen las instituciones que estima la componen: funcionarios electos, elecciones libres e imparciales, derecho a ser votado, libertad de expresión, posibilidad de obtener información alternativa y autonomía de asociación (*Democracy and its Critics*, New Haven, Yale University Press, 1989, pp. 221 y ss.).

³⁷ Larry Diamond, *Developing Democracy: Toward Consolidation*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 1999.

democracia que se tuviera.³⁸ Para avanzar en su respuesta, plantea desde luego una posición normativa sobre la democracia: la democracia es en general buena y es la mejor forma de gobierno.³⁹ Para que ésta pueda practicarse plenamente, es necesario reconocer con Aristóteles, Locke, Montesquieu y los federalistas norteamericanos, que debe practicarse de forma mixta o constitucional, es decir, en donde la libertad se limite por el *rule of law*, y la soberanía popular resulte atemperada por instituciones estatales o, lo que es igual, que permita constituir una *democracia liberal*.⁴⁰ Las relaciones entre democracia y libertad se dan, ante todo, a partir de la idea de que la primera es instrumental a la segunda, de tres maneras: primera, porque las elecciones libres e imparciales requieren de ciertos derechos políticos (expresión, asociación y oposición) que no pueden existir aislados de las libertades civiles; segunda, la democracia maximiza la autodeterminación, por vivir bajo normas que los mismos sujetos obligados establecen; tercera, facilita la autonomía moral, la habilidad de cada ciudadano de realizar decisiones normativas y autogobernarse.⁴¹

³⁸ *Ibid.*, p. 1. Por lo mismo, parte del problema de su libro radica en saber cómo evitar retrocesos a la ola democratizadora que se dio en el mundo en esos años.

³⁹ *Ibid.*, p. 2.

⁴⁰ *Ibid.*, pp. 2-3. Para Diamond, por liberal se entiende un sistema político en el que las libertades de individuos y grupos están bien protegidas y donde la sociedad civil y la vida privada constituyen esferas autónomas y separadas del control estatal.

⁴¹ *Ibid.*, p. 2. Además de estas ventajas respecto a la realización de la libertad, la democracia produce otras a juicio de Diamond: menos conflictos internacionales, mejora la solución de conflictos al interior de una sociedad y aumenta las formas de control y protección del medio ambiente.

Llegado a este punto, Diamond se plantea el problema de conceptualizar la democracia en el sentido aludido. La primera e interesante cuestión es definir una expresión que se construye a partir de toda clase de adjetivos, especies institucionales y subespecies de éstas, por ejemplo. Del conjunto de posibilidades, elige la concepción minimalista de Schumpeter para proceder a su crítica. La razón de hacerlo así es estratégica, pues busca demostrar que la misma, aun cuando definida básicamente en términos electorales, en realidad está exigiendo una serie de elementos adicionales, especialmente importantes niveles de libertad (de expresión, prensa, organización y reunión) para lograr la competencia y la participación. Este concepto incurre, sin embargo, en lo que Terry Karl denomina la "falacia electoralista",⁴² según la cual únicamente se privilegia la dimensión electoral sobre otras dimensiones de la democracia, e ignora el grado en que las elecciones multipartidistas excluyen partes importantes de la población del avance y defensa de sus intereses. Esto está en estrecha relación con lo que Diamond considera que es el mayor problema de la democracia minimalista, consistente en la situación que se vive fuera del periodo de elecciones.⁴³ Ello le parece grave en tanto que si sólo se siguiera ese criterio, habría muchos países que calificarían

⁴² Entre otros trabajos de este autor, *cfr.* "The Hybrid Regimes of Central America", en *Journal of Democracy*, 6, núm. 3, 1995, pp. 72-86.

⁴³ *Op. cit.*, p. 9.

como democráticos por la forma en que se llevan a cabo sus elecciones, pero difícilmente lo harían por la forma como garantizan las libertades o las modalidades de expresión de la sociedad civil. Por ello, le parece que la concepción minimalista ha tenido que introducir muchos de los conceptos que le son necesarios para operar, con lo cual ha dejado de lado la noción puramente electoral de la cual partía o decía sostener.

La propuesta de una democracia liberal le parecerá a Diamond la realización de un ejercicio de coherencia en tanto terminará por considerar que la misma tiene otros requerimientos, además de la incorporación de los elementos electorales. En primer lugar, el que los militares u otros actores no se reserven poder frente al electorado; en segundo, el mantenimiento de controles verticales y horizontales y, finalmente, el que se posibilite la expresión del pluralismo político y las libertades de individuos y grupos.⁴⁴ A partir de las consideraciones anteriores, Diamond plantea uno de los elementos determinantes de su construcción: la libertad y el pluralismo, dice, únicamente pueden garantizarse a través del *rule of law*, es decir, en un modelo en el que las normas jurídicas se apliquen imparcial, consistente y previsiblemente respecto de casos semejantes, y con independencia de la clase, *status* o poder de quienes están

⁴⁴ *Ibid.*, pp. 10-11.

sujetos a ellas. Dicho lo anterior, lista los componentes específicos de la democracia liberal: control del Estado y sus principales decisiones desde el punto de vista práctico como desde el de la teoría constitucional, particularmente subordinando a los militares a la autoridad civil; control del Poder Ejecutivo desde el punto de vista de la práctica y de la normatividad constitucional por parte de otras instituciones de gobierno; incertidumbre en cuanto a los resultados electorales a partir de una significativa oposición y la posibilidad de alternancia partidista, sin que exista la posibilidad de que se niegue la participación a ningún grupo que se adhiera a los principios constitucionales; participación de los grupos minoritarios con independencia de los intereses o las prácticas que sostengan; existencia de diversos canales de participación adicionales a los partidos políticos; amplio acceso a diversas fuentes de información por los ciudadanos; garantías a las libertades de creencia, opinión, discusión, expresión, publicación, reunión y petición; igualdad política de los ciudadanos ante el derecho a pesar de las diferencias en sus recursos; protección efectiva de las libertades individuales y de grupo por órganos judiciales independientes y no discriminadores; protección a los ciudadanos en contra de detenciones arbitrarias, exilio, tortura e intromisiones arbitrarias por los órganos del Estado o fuerzas no

estatales organizadas.⁴⁵ Los diez componentes enunciados por Diamond implican, como expresamente afirman, otro más. Si la autoridad política está acotada y balanceada, los derechos individuales y de las minorías protegidos y el Estado de derecho asegurado, la democracia requiere una constitución que sea suprema. Esto lleva a Diamond a formular una última conclusión: “las democracias liberales son y deben ser democracias constitucionales”,⁴⁶ o, lo que es igual, Estados constitucionales.⁴⁷

La conclusión de Diamond debe ser destacada a efecto de relacionarla con los problemas de justicia a los que nos referiremos enseguida. Mientras que para Przeworski la democracia podía pensarse de forma completamente autónoma para relacionarse con el resto del aparato estatal sólo en el nivel de su necesaria sustentación institucional, para Diamond esto es imposible en la medida en que los requerimientos institucionales de la democracia forman parte de su propio concepto. La distinción puede parecer sutil, y de hecho lo es. Sin embargo, tiene importantes consecuencias para determinar las modalidades de “intervención” de la justicia en la democracia y, lo que es más

⁴⁵ *Ibid.*, pp. 11-12.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 12.

⁴⁷ *Idem.* Por Estado constitucional entiende, como fácilmente puede ya advertirse, un Estado de justicia en el que los actos públicos sean predecibles conforme a las leyes, y los tribunales lleven a cabo restricciones a los gobiernos popularmente electos cuando éstos violen lo dispuesto en la Constitución o en las leyes.

importante, sus formas de constreñimiento. Reconociendo estar frente a una concepción unitaria (y no ya autónoma), cabe dejar planteadas algunas preguntas como se hizo al terminar la exposición del minimalismo: ¿Qué es lo que se debe garantizar en las relaciones entre democracia y justicia?, ¿todos los elementos del concepto, de modo que sólo al quedar satisfechos integralmente se pueda decir que "existe" democracia? Visto de otra manera, ¿se puede decir que la noción de democracia está a tal punto diluida en la de Estado constitucional, que basta que los órganos de justicia actúen adecuadamente a través de las vías ordinarias para que queden cumplimentadas todas las relaciones entre justicia y democracia?

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

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

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 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

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

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

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 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

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.

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 poder 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.

⁵² Max Weber, *Economía y sociedad*, trad. de J. Medina Echavarría et al., México, Fondo de Cultura Económica, 1981, p. 1056.

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

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 detenten el poder. Ello es así, sencillamente, porque el resultado está presupuesto en la 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 detenten 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

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, *cf.* J. R. Cossío, *Cambio social y cambio jurídico*, caps. IV y V, México, Miguel Ángel Porrúa, 2001.

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 determinar 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 contenido 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

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.*

los títulos en que había sustentado la conquista,⁵⁶ asumió el carácter de monarca de Inglaterra; en segundo, asignó a los señores normandos (*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:

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

⁵⁷ *Ibid.*, p. 171.

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

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

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

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 lo 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*, trad. de R. Iglesia, México, Fondo de Cultura Económica, 1984, pp. 84 y ss.

prácticas anglosajonas. Primero, creó un sistema de tributación organizado a partir de una oficina central (*Ex-chequer*), misma que llevó a cabo un censo 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

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

⁶⁴ Como lo señala, entre otros, Van Caenegem (*An Historical Introduction to Western Constitutional Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 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.

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 enseguida 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 órgano

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.

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 shire’s* 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 del 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

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, Cambridge University Press, 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.

posibilidad de recuperación del poder monárquico frente a 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:

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

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

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

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.

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 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

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

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

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 le 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

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, *cf.*: H. J. Berman, *Law and Revolution...*, *op. cit.*, pp. 448-450.

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 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

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, Madrid, CEC, 1991, pp. 848-852.

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.

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.

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*, Nueva York, Cambridge University, 1987, p. 350.

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 jurisdiccionales) 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

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

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

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*, París, Librairie de Jurisprudence Ancienne et Moderne, 1938, pp. 181-191 y 191-208.

⁸⁷ Cfr. L. P. Mayer, *Trayectoria del pensamiento político*, trad. de V. Herrero, México, Fondo de Cultura Económica, 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*, trad. de M. Reilly, Buenos Aires, Paidós, 1968, pp. 230-231.

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

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 jerarquizadas 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

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

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

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 conciencia nacional, entendible

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.

“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

⁹⁴ *Ibid.*, pp. 240-241.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 243.

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

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 juicio; 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.

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 democracia, 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

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

suscitado por tensiones y, también, dé 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 hacerlo, 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

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.

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 distintos 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

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

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

¹⁰¹ N. Bobbio, *Liberalismo y democracia*, trad. de J. F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 1989.

¹⁰² *Ibid.*, p. 7.

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 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

¹⁰³ G. de Ruggiero, *Historia del liberalismo europeo*, trad. de C. G. Posda, Madrid, Pegaso, 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 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*, Madrid, Taurus, 1985, pp. 17-19.

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

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

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

¹⁰⁷ En contra, H. Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, trad. de R. Luengo y L. Legaz y Lacambra, México, Nacional, 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.

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 continuará 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

¹⁰⁸ N. Bobbio, *Liberalismo y democracia...*, op. cit., pp. 39-41 (cursivas nuestras).

¹⁰⁹ G. de Ruggiero, *Historia del liberalismo...*, op. cit., p. 375.

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 salvaguardar los derechos humanos, y la salvaguarda de estos derechos es precondition 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? Ésta 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

¹¹⁰ N. Bobbio, *Liberalismo y democracia...*, op. cit., p. 46.

¹¹¹ J. R. Cossío, *Estado social y derechos de prestación*, Madrid, CEC, 1989, principalmente el cap. I. Igualmente, W. Abendroth, E. Forsthoof y K. Doerhing, *El Estado social*, trad. de J. Puente Egido, Madrid, CEC, 1986.

imaginación hiperactiva de los teóricos”.¹¹² 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

¹¹² S. Wolin, “Paradigmas y teorías políticas”, A. Velasco (comp.), *Resurgimiento de la teoría política en el siglo XX: filosofía, historia y tradición*, México, UNAM, 1999, p. 185.

¹¹³ E. Díaz, *Estado de derecho...*, *op. cit.*, p. 84.

¹¹⁴ Para el caso alemán, *cf.* entre otros, E. Benda, “El Estado social de Derecho”, en E. Benda *et al.*, *Manual de derecho constitucional*, trad. de López Pina, Madrid, IVAP-Marcial Pons, 1996, pp. 489 y ss.; para el italiano, G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, trad. de M. Gascón, Madrid, Trotta-Comunidad de Madrid, 1995; para su significado en el caso español, J. R. Cossío, *Estado social y derechos de prestación*, *op. cit.*

¹¹⁵ 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*, Roma-Bolonia, edición de G. Branca, 1975, p. 45.

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, 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.

Democracia minimalista y justicia

Al finalizar la exposición sobre la democracia minimalista obtuvimos dos resultados. Por una parte, reiteramos que el sentido schumpeteriano de la democracia (“sistema institucional para llegar a decisiones políticas, en el que los individuos adquieren el poder de decidir por medio de una lucha competitiva por el voto popular”) era conceptualmente autónomo de cualquier otro criterio; por la otra, y siguiendo a Przeworski, que ese “milagro” no trabaja en cualquier condición, lo que lo llevaba a sostener que la posición popperiana no era suficiente debido a que la democracia sólo se mantenía en condiciones en las que las elecciones no resolvían ciertos conflictos, por lo que tenía que pensarse en términos de diseño institucional. Por ello, no prescindía de instituciones complementarias, sino que delimitaba con rigor lo que constituía la democracia de aquello que es en general, y por ende, respecto de la misma, su soporte o contexto.

En la democracia minimalista existen, por lo tanto, dos ámbitos a considerar: el que se refiere a las elecciones, llamado democracia, y el que alude al contexto institucional en el que las primeras (y otras funciones estatales) se desarrollan. La separación hecha aquí es conceptual, y tiene como propósito fundamental, ya se ha dicho, diferenciar entre la democracia en sí misma, o sea, lo que efectivamente es la democracia, de aquello que le sirve de soporte. Esta posibilidad de separación permite, así, realizar varias combinaciones entre los dos ámbitos que han sido debidamente separados. Los elementos de estas combinaciones serían los siguientes: la relación de los elementos de un régimen mixto dentro de la concepción minimalista; la posición de la democracia frente al resto de los elementos, y la relación que con el arreglo de los elementos en general, y con la democracia en particular, guarda la justicia.

Respecto a la primera combinación, tenemos que comenzar admitiendo que la democracia tiene funciones claramente delimitadas y, por lo mismo, es sólo una parte del gobierno mixto. En el momento en que sus funciones no lo estuvieran, su posición sería integral respecto del arreglo mixto y, por ende, estaríamos ante una modalidad de la concepción maximalista. Como se ha repetido, si la democracia se reduce a ser ese sistema institucional que permite arribar a decisiones políticas a través de individuos que adquirieron el poder de decidir

mediante el voto popular, sus funciones terminarán reduciéndose a una serie de puntos electorales: ¿quién vota?, ¿cómo vota?, ¿a quiénes vota?, ¿para qué cargos vota?, ¿cómo es el proceso de votación?, ¿cómo se computan los votos?, etcétera. Definir cada uno de estos puntos no es tarea fácil, es cierto, pero sin embargo está enormemente delimitada en el contexto de las posibilidades de actuación del Estado. En otros términos, en una concepción de la democracia minimalista tiene que presuponerse la existencia de otros elementos que conforman un régimen mixto, de una parte, y admitirse, por la otra, que la contribución de la democracia al mismo se reduce a investir a los sujetos capacitados para tomar decisiones políticas. Si la democracia tiene funciones tan acotadas, ¿qué otro elemento del gobierno mixto realiza la mayor parte de las funciones o, lo que es igual, sobre qué elemento reposa la institucionalidad que dentro de esa concepción presupone la propia democracia? La respuesta es obvia a estas alturas: el liberalismo. Mientras las funciones de la democracia consisten en constituir a cierto tipo de autoridades, el liberalismo o, en su traducción jurídica más común, el Estado de derecho o *rule of law*, realiza el resto. Entre otras funciones, identificarse con las condiciones de existencia del mismo orden jurídico, establecer las condiciones generales a través de las cuales pueden realizarse las elecciones (asignación de ciudadanía, otorgamiento de derechos políticos, identificación de electores, instauración de autoridades electorales, por ejemplo), conferir y garantizar

los derechos fundamentales necesarios para constituir la pluralidad política y ciudadana formadoras de la democracia, prever los mecanismos a través de los cuales hayan de realizarse las resoluciones tomadas por los órganos electos democráticamente, predecir y ejecutar las sanciones que deban de aplicarse a quienes no ajusten su conducta a las decisiones democráticas. De lo anterior, resulta que la democracia puede definirse en términos minimalistas en la medida en que presupone la existencia de un gobierno mixto constituido, ante todo, por el elemento liberal. Por ello, sus funciones pueden acotarse al máximo, dejando “en manos” de otros elementos la realización de aquéllas sin las cuales ella misma no podría mantenerse.¹¹⁷

En la segunda cuestión (o combinación), debemos definir la posición de la democracia dentro del arreglo mixto que debe darse en la concepción minimalista. No se trata de repetir aquí las consideraciones funcionales hechas en el párrafo anterior, sino encontrar las influencias entre los elementos del régimen mixto. Así, si el entendimiento de la dimensión democrática se da a partir de su propia lógica o, más bien, deriva de la concepción dominante del Estado de derecho o, de otra manera, ¿de qué modo el entendimiento de este último depende de la

¹¹⁷ En buena medida esto puede decirse también respecto del elemento social. Debido al dominio del liberalismo, será considerada como un complemento o, si se quiere, como una forma de construcción “intersticial”.

conceptualización que de la democracia se haya hecho? Con independencia de que se trata de preguntas complejas que requerirían de información empírica para ser respondidas cabalmente, podemos avanzar algunas respuestas de tipo conceptual si consideramos la forma del gobierno mixto dentro de la concepción minimalista y el peso de cada elemento en el conjunto. Sobre este punto, debemos volver a señalar que como desde el plano conceptual el peso más importante del arreglo lo tiene el Estado de derecho, serán las notas de éste las que determinen, primero, la composición del arreglo mismo y, segundo, el entendimiento que en él corresponda a la democracia. Esto significa que la comprensión de la democracia vendrá determinada por los supuestos liberales. ¿Qué significa esto? Si la democracia ha sido reducida al ámbito electoral, la influencia liberal sobre las elecciones significará que éstas no podrán concebirse en términos materiales o sustantivos. Cuáles sean las condiciones previas a la elección o cuáles las posiciones de los ciudadanos que deban participar en ellas, no será una cuestión a tratar puesto que éstos serían referentes ajenos al ámbito procedimental y, por lo mismo, deberían ser tratados en su propia sede, esto es, el Estado de derecho. Sólo en la medida en que el Estado de derecho tuviera alguna materialización,¹¹⁸ podría darse un sentido

¹¹⁸ En este sentido, E. Díaz, "Estado de derecho: exigencias internas, dimensiones sociales", en *Sistema*, núm. 125, 1995, pp. 5-21.

también material para la democracia en su concepción minimalista.

Esta conclusión nos conduce a tratar la tercera de las cuestiones planteadas: ¿de qué forma actúa la justicia? A nuestro juicio, dos son las modalidades que podemos identificar. En primer término, los casos en los que en el orden jurídico se introduce una distinción entre la jurisdicción para las cuestiones electorales y aquella que corresponde al resto de los conflictos. A partir de la distinción conceptual entre los dos grandes ámbitos de la concepción minimalista, el electoral y el "contextual", se lleva a cabo una distinción en las competencias que termina constituyendo órganos y procedimientos jurisdiccionales separados. De una parte, y con todas las diferencias que se quiera, existe un conjunto de órganos encargados de conocer de los procesos en los cuales deban resolverse disputas no electorales, o lo que es igual, no relacionadas con la democracia.¹¹⁹ De otra, y también con variadas diferencias, existen órganos jurisdiccionales cuya competencia radica, exclusivamente, en la resolución de las cuestiones democráticas o, como ya se dijo, electorales.¹²⁰ La distinción entre ambas puede no ser

¹¹⁹ Para una visión de conjunto del caso mexicano, *cfr.* H. Fix Zamudio, y J. R. Cossío, *El poder judicial en el ordenamiento mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

¹²⁰ Para una visión también de conjunto sobre América Latina, *cfr.* J. Jaramillo, "Los órganos electorales supremos" y J. Orozco Henríquez, "El contencioso electoral/La calificación electoral", ambos en D. Nohlen *et al.* (comp.), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, pp. 210-211, 226-229, y 726-740, respectivamente.

gratuita, sino obedecer a la lógica general de la concepción minimalista: la democracia debe tener sus propios y especiales órganos y procedimientos, pues así se distinguen sus dos ámbitos y se evita que la política “contamine” al derecho.¹²¹ Si bien es cierto que con esta separación se logra que el ámbito democrático de la concepción minimalista tenga sus propias instancias judiciales, ¿qué acontece con la práctica jurisdiccional? A nuestro juicio, en ella se reproducen las condiciones generales de la concepción minimalista ya señaladas. Así como mencionamos que la democracia estaba supeditada en buena medida al funcionamiento y a las condiciones de operación liberales en tanto formaban su contexto de posibilidad, así también pasa con la justicia electoral. Depende de esas condiciones, de forma tal que, en su conformación, pero, sobre todo, en su práctica, reproduce las condiciones del modelo. Se hace difícil, por lo mismo, encontrar las formas mediante las cuales llegarían a materializarse contenidos distintos a los que provengan de una jurisdicción general que esté realizando un modelo liberal, y no tiene por qué considerar otros criterios de resolución. La única posibilidad estructural de que la justicia electoral fuera capaz de construir una concepción de la democracia distinta a la que mantiene la justicia no electoral, se daría si el órgano supremo de la primera tuviera el *status* de tribunal constitucional, esto es, la capacidad de definir por sí mismo el sentido de los preceptos constitucionales.

¹²¹ Por ejemplo, *cfr.* M. González Avelar, *La Suprema Corte y la política*, México, UNAM, 1994.

En este caso, su posición de órgano límite le permitiría,¹²² con algún grado de autonomía, reconstruir el sentido de esos preceptos constitucionales en una clave distinta al del resto de los órganos jurisdiccionales y, al hacerlo, introducir una nueva concepción de la democracia misma que, por lo demás, previsiblemente sólo tendría aplicación en el ámbito electoral.

En segundo término, están los casos en los cuales los órganos y procedimientos de resolución de los conflictos electorales sean los mismos que los de la jurisdicción ordinaria. Sin incurrir en contradicción con lo sostenido en la parte final del párrafo anterior, la ausencia de distinción es producto también de la reducida posición de la democracia dentro de la concepción minimalista, sencillamente porque los procesos judiciales se ven acotados orgánica, procedimental y prácticamente, a las concepciones que se tengan del elemento contextual de la propia democracia, es decir, del Estado de derecho. Aquí se comprobaría la afirmación de Przeworski en el sentido de que la democracia, ese “milagro social”, depende de diversas condiciones que, por lo demás, no son propias de su definición. Si la democracia se sustenta en una diversidad de supuestos,

¹²² Sobre el sentido y las implicaciones de esta expresión, J. R. Cossío, “La Suprema Corte de Justicia y la transición democrática”, en *Constitución, tribunales y democracia*, México, Themis, 1998, pp. 219-225.

y entre ellos están incluidos los judiciales, ¿por qué razón la particularidad de estos últimos no acabaría dependiendo de la generalidad de los otros?

Con lo anterior creemos haber demostrado, una vez más, que la justicia (órganos, procedimientos y práctica) no puede sino guardar relación con el modelo político que determina los contenidos del orden jurídico al cual aquélla pertenece. Por lo mismo, en el caso de la democracia minimalista no hay más remedio que aceptar que la justicia que corresponde a la dimensión democrática (o electoral) estará limitada a cumplir funciones en esa materia y, lo que es más importante, que lo hará desde la lógica imperante en las relaciones que conforman el gobierno mixto que, necesariamente, debe integrar. Por lo mismo, esa justicia no podrá pronunciarse sobre una serie de cuestiones relacionadas con las condiciones previas a la democracia o la igualdad de las condiciones materiales de las personas, sencillamente porque al hacerlo estaría incorporando en sus fallos dimensiones distintas a las electorales y, por ende, estaría cambiando ella misma la concepción democrática desde la cual actúa. Un ejemplo particularmente interesante y bien estudiado de las posibilidades y alcances de este tipo de cambios, es el relativo a la Suprema Corte de los Estados Unidos.

El cambio al que aludimos se presentó a partir de las decisiones de la Corte presidida por Earl Warren.¹²³ En palabras de Horwitz, la misma “reconstituyó dramáticamente el mapa de la teoría política norteamericana. Por primera vez, la democracia vino a ser el valor fundacional del discurso constitucional norteamericano.”¹²⁴ El primer elemento que Horwitz considera relevante para la conformación de la Corte Warren, es su composición,¹²⁵ dado que a pesar de la variedad de sus integrantes y de las ideologías “liberal” y “conservadora”, prevaleció la primera. Los integrantes liberales de la Corte Warren se caracterizaban por ser *outsiders*, es decir, por no pertenecer a los círculos de la dominante clase blanca protestante, en tanto eran protestantes de origen muy pobre o católicos, judíos y negros.¹²⁶ Como apunta Horwitz, aun cuando no es posible reducir el complejo y revolucionario fenómeno de esa Corte a la biografía de sus integrantes, es importante reconocer que su clase, religión y raza jugó un papel en su visión de la sociedad y del derecho.¹²⁷

¹²³ Aquí seguimos la tesis de Morton J. Horwitz, expuesta con singular elegancia y brevedad en su *The Warren Court and the Pursuit of Justice*, Nueva York, Hill & Wang, 1998. La reseña la hicimos en “Las condiciones de posibilidad del activismo judicial. El caso de la Corte Warren y nuestra actual Suprema Corte”, en *Este País*, octubre de 1988.

¹²⁴ *Ibid.*, p. XII.

¹²⁵ *Ibid.*, pp. 3-14.

¹²⁶ *Ibid.*, pp. 13-14.

¹²⁷ *Idem.*

¿Qué visión de la sociedad y del derecho tuvo la Corte Warren? Para muchos de los autores que se han ocupado de estudiarla, su dimensión propia y activista viene dada, sin más, por la expansión de los derechos y libertades civiles. Para Horwitz, sin embargo, tal expansión sólo es entendible a partir de la visión que de la *democracia* tuvieron algunos de los integrantes de ese tribunal.¹²⁸ El cambio fundamental, entonces, no radica en la mera expansión de los contenidos de ciertas normas constitucionales, sino en la articulación de esa expansión a partir de un concepto *sustantivo de democracia*. Hasta antes de Warren, en efecto, el concepto de democracia que había sostenido la Corte era de tipo procedimental, lo cual era traducido por ella en una función tendente a impedir que las minorías pudieran verse privadas de ejercer sus derechos políticos o participar en los procesos electorales. Frente a esta posición, la Corte Warren introdujo un concepto sustantivo de democracia, de manera que a partir de la noción que de la misma se hizo estuvo en aptitud de, primero, darle un nuevo contenido a los derechos fundamentales en virtud de que eran inherentes a la democracia y, segundo, y a partir del nuevo sentido de esos derechos, declarar la inconstitucionalidad de diversas leyes y actos de autoridad. Entre los varios elementos que Horwitz estima propios de la Corte Warren, destacan los siguientes: la consideración

¹²⁸ *Ibid.*, pp. 74-98.

de que la dignidad y la equidad para todas las personas forma parte de la democracia; que el Estado debe proveer a todo ciudadano las condiciones para su propio desarrollo; que los beneficios que otorgaba el Estado no eran privilegios de concesión gratuita, sino obligaciones, y que la protección de las minorías era integral a la propia concepción democrática.

La visión de la democracia de la Corte Warren es, entonces, el elemento clave para articular una serie muy variada y compleja de decisiones, tales como las relativas a las relaciones raciales, la expansión del principio de igualdad ante la ley, la protección de las libertades de expresión y de prensa, la anulación de los distritos legislativos irregulares, la ampliación de los derechos de los detenidos y los procesados penales y el reconocimiento de un derecho constitucional a la privacidad. En esos años, la Suprema Corte modificó un conjunto de viejos precedentes o estableció nuevos derechos constitucionales de dimensión muy relevante. Por ejemplo, en la resolución de 1954 *Brown vs. Board of Education*, revocó el sentido dado en 1896 por la propia Corte a la enmienda XIV de la Constitución (*Plessy vs. Ferguson*), y como consecuencia declaró inconstitucional la fórmula segregacionista que declara a blancos y negros "separados pero iguales". Después de esa resolución, la Corte tuvo que dictar otras muchas (por ejemplo, la conocida como *Brown II* de 1955), a fin de ordenar a todos los tribunales federales

que procedieran a establecer “con deliberada velocidad” las medidas necesarias para dar fin a la segregación.

Como señala Horwitz, a partir de las resoluciones *Brown* y de la concepción de democracia antes señalada, la Corte emprendió el camino hacia la reformulación de los sentidos que se habían dado a otros preceptos constitucionales.¹²⁹ Así, por ejemplo, amplió el contenido de la libertad de asociación (*NAACP vs. Alabama* de 1958, *Shelton vs. Tuler* de 1960 o *NAACP vs. Button* de 1963), de la libertad de expresión (*New York Times Co. vs. Sullivan* de 1964), de la revocación de una serie de sentencias encaminadas a poner un límite al *mccarthysmo* a través de la revocación de decisiones que imponían penas por la mera existencia de sospechas (*Yates vs. United States* o *Watkins vs. United States*, ambas de 1957), de la modificación de los distritos que privilegiaban el voto rural o castigaban el voto negro, lo que significaba dejar atrás una concepción de los límites de la Corte respecto de la materia política (*Baker vs. Carr* de 1962, por ejemplo),¹³⁰ o las resoluciones que introdujeron una serie de límites en los procesos penales, tales como los relativos a la autoincriminación (*Mapp vs.*

¹²⁹ *Ibid.*, pp. 99-111.

¹³⁰ Cfr. G. B. Smith, “State Courts and Democracy: The Role of the State Courts in the Battle for Inclusive Participation in the Electoral Process”, en *New York University Law Review*, 74, 4, 1999, pp. 937-955, para ver la influencia de esta resolución en el proceso democratizador en los estados.

Ohio de 1961), la obligación de dotar a los procesados de un defensor (*Gideon vs. Wainwright* de 1963), o la relativa a los derechos que se deben dar a conocer a los detenidos (*Miranda vs. Arizona* de 1966), por no señalar sino las más relevantes.

La Corte Warren partió de una situación social y política específica; sus miembros tuvieron ciertas nociones compartidas del derecho, de la política y de las relaciones entre ambos; encontró las vías para legitimar sus fallos ante una sociedad que en una considerable proporción reaccionó adversamente ante una nueva comprensión del derecho, y estuvo dispuesta a llevar sus planteamientos a sus últimas consecuencias sin entrar en componendas o acomodos con el poder político. Todo ello se dio, en efecto, a partir de un cambio sustancial en la forma de comprender a la democracia: el paso de un entendimiento puramente procedimental, o minimalista diríamos ahora, a otro sustantivo o maximalista. Como ha señalado con corrección Ides, el debate sobre el sentido y aplicación de las doctrinas constitucionales en los Estados Unidos es, en realidad, un diálogo acerca del alcance y sentido de la democracia.¹³¹ Este diálogo, presente desde el diseñomismo de ese país,¹³² se constituyó en parte

¹³¹ "The American Democracy and Judicial Review", en *Arizona Law Review*, 33, 1, 1991, p. 1.

¹³² Por todos, G. S. Wood, *The Radicalism of the American Revolution*, Vintage, Nueva York, 1991, especialmente pp. 229 y ss. Sobre sus implicaciones presentes, R. Gargarella, "Ni política ni justicia. Sobre los déficits del sistema democrático", en *Claves de la razón práctica*, núm. 114, julio/agosto 2001, pp. 14-21.

esencial de las decisiones de la Suprema Corte a partir de la presidencia de Warren cuando, como acabamos de ver, comenzó a resolver casos a partir de un nuevo criterio de democracia (sustantiva).¹³³ Si con anterioridad a la Corte Warren, la democracia era procedimental (o, podríamos

¹³³ Este criterio, por lo demás, había sido apuntado en la famosa nota 4 del caso *Unites States vs. Carolene Products Co.* 304, U.S. 144 (1938). En el mismo sentido, B. Ackerman, "Beyond Carolene Products", en *Harvard Law Review*, núm. 98, 1985, p. 713. Dicha nota dice lo siguiente: "There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten Amendments, which are deemed equally specific when held to be embraced within the Fourteenth (see *Stromberg vs. California*, 283 U.S. 359, 369-370; *Lovell vs. Griffin*, 303 U.S. 444, 452). It is unnecessary to consider now whether legislation which restricts those political process which can ordinarily be expected to bring about repeal of undesirable legislation, is to be subjected to more exacting judicial scrutiny under the general prohibitions of the Fourteenth Amendment than are most other types of legislation (on restrictions upon the right to vote, see *Nixon vs. Herndon*, 273 U.S. 536; *Nixon vs. Condon*, 286 U.S. 73; on restraints upon the dissemination of information see *Near vs. Minnesota Ex Rel. Olson*, 283 U.S. 697, 713 714, 718-720, 722; *Grosjean vs. American Press Co.*, 297 U.S. 233; *Lovell vs. Griffin*, *supra*; on interference with political organizations, see *Stromberg vs. California*, *supra*, 369; *Fiske vs. Kansas*, 274 U.S. 380; *Whitney vs. California*, 274 U.S. 357, 373-378; *Herndon vs. Lowry*, 301 U.S. 242; and see Holmes, J., in *Gitlow vs. New York*, 268 U.S. 652, 673; as to prohibition of peaceable assembly, see *De Jonge vs. Oregon*, 299 U.S. 353, 365). Nor need we enquire whether similar considerations enter into the review of statutes directed at particular religious (*Pierce vs. Society of Sisters*, 268 U.S. 510, or *National Meyer vs. Nebraska*, 262 U.S. 390; *Bartels vs. Iowa*, 262 U.S. 404; *Farrington vs. Tokushige*, 273 U.S. 484, or *Racial Minorities*, *Nixon vs. Herndon*, *supra*; *Nixon vs. Condon*, *supra*), whether prejudice against discrete and insular minorities may be a special condition which tends seriously to curtail the operation of those political processes ordinarily to be relied upon to protect minorities, and which may call for a correspondingly more searching judicial inquiry (compare *McCulloch vs. Maryland*, 4 Wheat. 316, 428; *South Carolina vs. Barnwell Bros.*, 303 U.S. 177, 184, N. 2, and cases cited)".

decir, minimalista)),¹³⁴ desde el momento en que en los fallos judiciales se incorporaron elementos distintos a los electorales, se dieron las condiciones para cambiar la concepción democrática de la propia Corte y, por la posición e influencia de ésta, influir en la recomposición del diseño constitucional y político estadounidenses. Las determinaciones dictadas fueron de tal gravedad que, por una parte, han guiado los principales debates de la ciencia jurídica estadounidense de las últimas décadas,¹³⁵ por otra, han sido decisivas para entender si los Estados Unidos mantienen una concepción minimalista de la democracia o si, por el contrario, la misma es ahora de carácter maximalista y, finalmente, han polarizado la discusión acerca de la legitimación de la Suprema Corte para construir sus resoluciones a partir de criterios democráticos (y en su caso cuáles), o resolver los casos a partir de estándares distintos.¹³⁶

¹³⁴ Sobre este particular *cf.*, entre otros, R. G. McCloskey, *The American Supreme Court*, Chicago, The University of Chicago Press, 1994, pp. 91-147; A. Cox, *The Court and the Constitution*, Boston, Houghton Mifflin Co., 1987, pp. 117-183.

¹³⁵ Por ejemplo, éste es el sentido del capítulo I del libro de Robert A. Burt, *Constitución y conflicto*, trad. de G. Garrido *et al.*, Buenos Aires, Eudeba, 2000.

¹³⁶ Por vía de ejemplo, podrían mencionarse los trabajos de Alexander M. Bickel (*The Least Dangerous Branch*, New Haven, Yale University Press, 1962), John Hart Ely (*Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Harvard University Press, 1980), Robert H. Bork (*The Tempting of America. The Political Seduction in the Law*, Nueva York, Touchstone, 1990), u otros originalistas (Jack N. Rakove, ed., *Interpreting the Constitution. The Debate over Original Intent*, Boston, Northeastern University Press, 1990; A. Scalia, *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*, Princeton, Princeton University Press, 1997) o las diversas obras de Ronald Dworkin.

De todo lo mencionado en este apartado, resulta que dentro de la concepción minimalista de la democracia, la justicia viene a cumplir funciones semejantes a las que le toca cumplir en cualquier régimen político: desarrollar los “valores” o “principios” propios del régimen del cual forme parte. La justicia electoral, en cuanto modalidad de la justicia en general, no puede sino realizar funciones semejantes. Puede ser que se esté frente a una situación en la cual la justicia electoral tenga una especificidad competencial tal, que cuente con sus propios órganos y procesos, o puede acontecer que se encuentre integrada a la justicia ordinaria. Sin embargo, en cualquiera de los dos casos,¹³⁷ acontecerá que por la posición puramente instrumental de la democracia frente al resto de los componentes articulados en forma de gobierno mixto, la práctica jurisdiccional correspondiente a la democracia se vería limitada por las prácticas o tradiciones de la justicia ordinaria. En síntesis, resulta que la justicia democrática correspondiente a una concepción minimalista de la democracia se limita a un ámbito puramente electoral, de una parte y, de la otra, sustenta sus criterios en los cánones construidos por la justicia ordinaria, lo cual equivale a suponer, genéricamente hablando, que los mismos reproducirán los valores o principios del contexto que sostiene a la democracia, esto es, fundamentalmente los de carácter liberal.

¹³⁷ La excepción, ya se dijo, sólo podría constituirse en los casos en que la justicia electoral tuviera, por una parte, una organización diferenciada de la ordinaria y, por la otra, su órgano jerárquicamente supremo el carácter de tribunal constitucional.

Democracia maximalista y justicia

Como se recordará, el concepto que utilizamos de la concepción maximalista de la democracia lo tomamos de Diamond, para quien la democracia liberal debía ser la realización de un ejercicio de coherencia que terminara por considerar la inclusión de otros elementos además de los electorales. Para él, los componentes específicos de la democracia liberal son el control del Estado y sus principales decisiones desde el punto de vista práctico y desde el de la teoría constitucional; control del Poder Ejecutivo a partir de la práctica y la normatividad constitucional; incertidumbre en cuanto a los resultados electorales a partir de una significativa oposición y la posibilidad de alternancia partidista; participación de los grupos minoritarios con independencia de los intereses o las prácticas que sostengan; existencia de diversos canales de participación adicionales a los partidos políticos; acceso a diversas fuentes de información por parte de los ciudadanos; libertades de creencia, opinión, discusión, expresión, publicación,

reunión y petición; igualdad política de los ciudadanos ante el derecho a pesar de las diferencias en sus recursos; protección efectiva de las libertades individuales y de grupo por parte de órganos judiciales independientes y no discriminatorios; protección a los ciudadanos contra detenciones arbitrarias, exilio, tortura e intromisiones arbitrarias por parte de los órganos del Estado o de fuerzas no estatales organizadas.¹³⁸ Estos componentes implican uno más: si la autoridad política está acotada y balanceada, los derechos individuales y de las minorías protegidas y el Estado de derecho asegurado, la democracia requiere de una constitución que sea suprema, de donde concluye el autor que “las democracias liberales son y deben ser democracias constitucionales.”¹³⁹

Si bien en la concepción minimalista la democracia podría pensarse de forma completamente autónoma y relacionarse con el resto del aparato estatal en el ámbito institucional, para Diamond y los maximalistas los requerimientos institucionales de la democracia forman parte de su propio concepto. La concepción maximalista termina por ser una forma de gobierno mixto, en donde la constitución incorpora elementos liberales y democráticos (y en su caso sociales) y los articula de un modo nuevo: ninguno de los componentes realiza funciones instrumentales

¹³⁸ Larry Diamond, *Developing Democracy: Toward Consolitation*, op. cit., pp. 11-12.

¹³⁹ *Ibid*, p. 12.

respecto del otro, de donde resulta que todos ellos deben interpretarse de forma armónica a efecto de que ninguno ceda ante los restantes. La democracia no vale menos que la libertad, o viceversa, sino que ambas, por ejemplo, forman una unidad compuesta por los mismos elementos, al extremo que dan lugar a una expresión nueva que, por lo mismo, debe entenderse también de forma diversa.¹⁴⁰ La novedad de la expresión se delimita incluso frente a posiciones anteriores de dos maneras. Por una parte, por el hecho de que, y a diferencia de los regímenes puros, no pueden perseguirse los objetivos exclusivos de cada una de éstas, por ejemplo, y como apuntábamos con Bobbio, desarrollando al máximo la libertad frente a la igualdad material. Por otra parte, y ahora frente a la concepción minimalista, negando el que si bien la forma mixta de gobierno se componga de dos o más elementos, unos de ellos sean instrumentales respecto a los restantes de forma que pueda posponerse su consecución. La rearticulación de las formas de gobierno en la concepción maximalista se lleva a cabo de dos modos: primero, mediante la formulación de una nueva expresión a partir de la cual se constituya la nueva relación; segundo, al “constitucionalizar” esa expresión, sea como enunciado constitucional o como criterio jurisprudencial que guíe la práctica de los

¹⁴⁰ Agradezco a Wistano L. Orozco el que me haya proporcionado su trabajo en preparación, *Estado de derecho y democracia. Algunos problemas conceptuales*, pues el mismo me resultó de gran utilidad.

órganos del Estado, fundamentalmente de los tribunales. Como quiere Diamond, y con él prácticamente todos los autores, la democracia maximalista termina por ser una forma cualificada de constitucionalismo.¹⁴¹

La importancia de esta solución estriba en que los conflictos entre los elementos estatales que con anterioridad a ella eran vistos como *extrasistémicos*, ahora tienen que verse como *intrasistémicos*.¹⁴² Esto quiere decir que las tensiones provocadas entre los elementos tienen que ser resueltas *como si* formaran parte de un todo y, por lo mismo, mediante la realización de una ponderación entre esos elementos.¹⁴³ Las tensiones no desaparecen, es cierto, pero en todo caso tienen que ser enfrentadas y procesadas, en el entendido de que lo que resulte de estos procesos será lo que constituya la materialidad de la propia democracia maximalista o régimen mixto. Habrá, entonces, opciones para argumentar, justificar, reducir o acomodar, pero no para desaparecer a uno o más de los

¹⁴¹ W. F. Murphy, "Constitutions, Constitutionalism and Democracy", en D. Greenberg *et al.* (ed.), *Constitutionalism & Democracy. Transitions in the Contemporary World*, Nueva York, Oxford University Press, 1993, pp. 6 y ss.

¹⁴² Esto en el sentido de que, por ejemplo, la irreductibilidad entre libertad e igualdad tenía que significar la exclusión o la supresión de un elemento frente al otro.

¹⁴³ Como dice Luis Prieto Sanchís, ello ha provocado que la forma de razonar de los tribunales constitucionales haya cambiado a efecto de, justamente, interpretar las normas jurídicas mediante *ponderaciones* (*Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997, pp. 19-23). Sobre la ponderación como principio interpretativo, *cf.* E. Alonso García, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, CEC, 1984, pp. 417 y ss.

elementos en tensión a menos, claro está, que se quiera manifestar un nuevo sentido constitucional, evidentemente distinto de aquel que recoge la constitución o, al menos, la práctica constitucional.

La constitucionalización de la nueva fórmula democrática ha sido particularmente interesante en los casos continental europeo y estadounidense. En el primero, en Alemania, Italia y España, se ha logrado en poco tiempo una eficaz dinámica constitucional mediante la cual han reconstruido su teoría constitucional a partir de una inteligente manera de componer los momentos democrático, liberal y social. Para ello, han tenido que realizar una compleja narrativa constitucional que incluye, fundamentalmente: una declaración fundacional que debe hacerse expresa en el texto constitucional a efecto de lograr una caracterización propia; la sustentación de esa declaración fundacional en una amplia corriente constitucional; la formulación de una teoría que concilie los dos elementos anteriores y, finalmente, la realización de una práctica acorde. Volviendo sobre cada uno de los elementos anteriores, resulta que, primero, la fórmula de caracterización es la del *Estado social y democrático de derecho*. Como ya lo dijimos, los alemanes aludieron a ella en los artículos 20.1¹⁴⁴ y 28.1¹⁴⁵

¹⁴⁴ “La República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social”.

¹⁴⁵ “El orden constitucional de los *Länder* responderá a los principios del Estado de derecho republicano, democrático y social conforme a la Ley Fundamental”.

los españoles lo hicieron en su artículo 1.1,¹⁴⁶ mientras que los italianos han considerado que, aun cuando no se encuentra expresamente mencionada en su texto, sí lo está de modo implícito.¹⁴⁷

El segundo de los elementos alude a la sustentación de la fórmula en una amplia corriente constitucional. La cuestión en este aspecto es más interesante, puesto que, como ya se expresó, a falta de una teorización o tradición propias, se ha buscado encontrar que la expresión *Estado social y democrático de derecho* no es una mera arbitrariedad ni la mera colocación de un conjunto de expresiones en un texto, sino que se ha querido sostener que al acoger esas palabras se introduce a la nueva constitución en una corriente histórica. Lo importante es darse cuenta que la nueva calificación constitucional no queda reducida al texto constitucional, sino que de manera mucho más enfática, la calificación es previa a la constitución y, por lo mismo, está en posibilidad de darle un sentido al propio texto. ¿De dónde se parte y qué elementos se adoptan para construir la corriente constitucional de la cual son expresión los textos particulares? De una narrativa del constitucionalismo construida en forma dialéctica: en

¹⁴⁶ "España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político".

¹⁴⁷ *Cfr. supra*, 116.

los orígenes el Estado moderno fue de carácter liberal, es decir, una forma de organización política encaminada a distinguir y separar con claridad a los individuos frente al poder público a efecto de garantizar la libertad de los primeros.¹⁴⁸ Sin embargo, sigue diciendo el relato, el modelo político resultante no fue afortunado, en tanto únicamente pudo garantizar condiciones de igualdad formal y, por lo mismo, dio como resultado importantes desigualdades materiales, las cuales serían objeto de demanda a través de los movimientos comunales de 1848 y la formación de diversas fuerzas socialistas en la segunda mitad del siglo XIX. En algún momento, sin embargo, se hizo también necesario modificar los instrumentos democráticos, dejando de lado las condiciones censitarias que favorecían a los partidos de cuadros, para ampliar el sufragio en todas sus posibilidades y, con ello, abrir la lucha a partir de las condiciones de igualdad electoral entre los hombres. Desafortunadamente, la imposibilidad de constituir una adecuada síntesis de los anteriores elementos propició el surgimiento de movimientos radicales de derecha y de izquierda que, junto con otros factores, condujeron a las dos guerras mundiales. Las atrocidades cometidas en estas últimas, especialmente en la Segunda, propiciaron

¹⁴⁸ Las citas fundamentales para sustentar esta afirmación siguen siendo el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, el capítulo sobre la Constitución de Inglaterra contenido en *El Espíritu de las Leyes* de Montesquieu, *Los Derechos del Hombre* de Paine, etcétera.

una revalorización de los fundamentos del derecho, ello con el fin de que dejara de ser visto como un mero resultado de la positividad y fuera visto como la manifestación de valores superiores a las condiciones de producción y aplicación de las normas jurídicas.¹⁴⁹ La síntesis de esta dialéctica histórica, se concluye, está formada entonces por los tres elementos fundamentales del devenir del constitucionalismo, es decir, por los valores de libertad, igualdad material y la democracia o, lo que es lo mismo, por la forma del *Estado de derecho, social y democrático*.¹⁵⁰

Si la trayectoria constitucional era narrada de esa manera, no había otro camino que hacer de las constituciones una manifestación de la misma y, por ello, otorgarles el carácter de la síntesis alcanzada y, con eso, también a las formas de gobierno a las cuales expresaban. Así, la expresión *Estado social y democrático de derecho* no es la declaración fundacional de un nuevo Estado ni una nueva forma de

¹⁴⁹ Es en este sentido que cobra importancia la afirmación de Luis Prieto Sanchís en cuanto a que el constitucionalismo plantea un nuevo reto al positivismo. *Ponderaciones...*, *op. cit.*, pp. 7-10, principalmente.

¹⁵⁰ Como lo afirma Böckenförde al analizar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Alemania, "Si las prescripciones materiales de una Constitución se entienden como un 'orden objetivo de valores', o como la condensación de un conjunto de principios de justicia suprapositivos, entonces –como ha expresado el Tribunal Constitucional Federal– ese sistema de valores tiene que tener 'validez para todos los ámbitos del derecho'". *Cfr.* "Origen y cambio del concepto de Estado de derecho", trad. R. de Agapito, en *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000, p. 41.

concebir a la constitución sino, de manera mucho más importante, la declaración de que la misma está alineada con la historia. Así, la cuestión que se presenta no es ya la de narrar y volver a narrar la historia constitucional para demostrar que la fórmula estatal mencionada sí estaba inserta en la historia, sino lograr que la misma se constituyera en el criterio determinante para la comprensión de la particular constitución de que se tratara, y para asignar correctamente las concretas funciones que a la misma le correspondía realizar. Para ello, y pasando al tercero de los puntos que estamos desarrollando, era preciso hacer de la expresión *Estado social y democrático de derecho* una ideología jurídica,¹⁵¹ pero esta vez respecto de una constitución y un orden jurídico en particular. Si esta tarea resultaba posible y, por lo mismo, la dinámica constitucional era considerada una expresión de la fórmula constitucional, el Estado en cuestión realmente actualizaba la dialéctica constitucional que se había narrado; si, por el contrario, la eficacia no resultaba posible, se decía que se estaba ante una construcción constitucional vacía y, por lo mismo, peligraba la legitimación del orden que estaba pretendiéndose construir.

A mi modo de ver, la posibilidad de construir la teoría constitucional a partir de la noción de *Estado social*

¹⁵¹ Sobre esta cualidad, cfr. J. R. Cossio, *Constitución, tribunales y democracia*, op. cit., pp. 149-150.

y *democrático de derecho* fue el producto de una muy inteligente alianza entre sucesivas generaciones de integrantes de los respectivos tribunales de constitucionalidad y de un amplio grupo de juristas. Los segundos se dieron a la tarea de hacer de la fórmula constitucional el criterio guía de toda la dinámica constitucional, y los primeros, muchos de los cuales previamente habían desarrollado funciones académicas, reconstruyeron el orden jurídico a partir de aquéllas. El Tribunal Constitucional Federal en Alemania¹⁵² y el Tribunal Constitucional español,¹⁵³ por ejemplo, han llevado a cabo una amplia elaboración de la fórmula constitucional mencionada, al punto que le han conferido el carácter de “idea-directriz” o “principio constitucional”,¹⁵⁴ o la han considerado como “la culminación de una evolución constitucional”.¹⁵⁵

Finalmente, y de modo mucho más complejo que la invención de una fórmula, la reconstrucción de una narración histórica o la construcción de la teoría propia de una determinada constitución, logró que el orden jurídico se individualizara a partir de los criterios generales de la nueva fórmula constitucional. Como lo señala el profesor García

¹⁵² Al respecto, *cf.* E. Benda, “El Estado social...” *op. cit.*, pp. 492-493 y 524-525.

¹⁵³ Por ejemplo, *cf.* la compilación dirigida por Francisco Rubio Llorente, *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, Barcelona, Ariel, 1995, pp. 1-6.

¹⁵⁴ BVerfGE 2, 280 (403) y BverfGE 7, 89 (99 ss).

¹⁵⁵ STC 18/1984, FJ 3º.

de Enterría, para España, aun cuando la cita es aplicable a los Estados que venimos considerando, la Constitución de 1978 tiene un rasgo que la distingue del resto de sus antecesoras: “La de ser una norma invocable en juicio, que regula y ordena relaciones –las que se dilucidan en los procesos– y que no se limita a distribuir funciones en el seno de una macroorganización; una *norma jurídica*, pues, lo cual ya es extraordinariamente significativo [...]”.¹⁵⁶ La Constitución, si se quiere, se hizo norma y se ha venido actualizando cotidianamente a partir de los postulados fundamentales de un *Estado social y democrático de derecho*, el cual es visto como la gran síntesis de la larga marcha hacia el constitucionalismo.

Pasando ahora al caso estadounidense, tenemos que, y como ya se dijo, a partir de la nota 4 del fallo *Carolene Products* y de las resoluciones dictadas por la Corte Warren, muchos autores estimaron que se había constitucionalizado una nueva expresión del régimen político, pasando de una modalidad puramente liberal a una “democrática”. Mientras que el caso europeo significó la constitucionalización de una nueva fórmula en el texto constitucional (y su correspondiente desarrollo en la práctica jurídica nacional), en

¹⁵⁶ E. García de Enterría, “El valor normativo de la Constitución de 1978”, en *La Constitución española de 1978. 20 años de democracia*, Madrid, Congreso de los Diputados-CEPC, 1998, p. 283. Igualmente, *cf.* H. P. Schneider, “La Constitución. Función y estructura”, trad. de K. J. Albiez y M. Saavedra, en *Democracia y Constitución*, Madrid, CEC, 1991, p. 36.

el caso de los Estados Unidos se dio a través de la construcción judicial, particularmente la llevada a cabo por la Suprema Corte. La democratización significó, ante todo, un cambio frente a la situación que venía dándose, es decir, el sostenimiento de una serie de tesis estrictamente liberales. Esa época ha sido conocida como la "era *Lochner*", por el fallo que le dio origen,¹⁵⁷ y se caracterizó por haber impedido diversas formas de intervención social a través de la sustancialización del debido proceso (*due process*).¹⁵⁸ Lo que finalmente se dio no fue sólo la constitucionalización de la doctrina económica del *laissez faire*,¹⁵⁹ de modo más importante, la entronización de los principios liberales al considerar, simultáneamente, que sólo ellos estaban en la

¹⁵⁷ *Lochner vs. People of State of New York*, 198 U.S. 45 (1904). Para las implicaciones del mismo, cfr. M. H. Horwitz, *The Transformation of American Law 1870-1960. The Crisis of Legal Orthodoxy*, Nueva York, Oxford University Press, 1992, pp. 29 y ss.

¹⁵⁸ Para entender su significado, basta transcribir la siguiente parte: "It is manifest to us that the limitation of the hours of labor as provided for in this section of the statute under which the indictment was found, and the plaintiff in error convicted, has no such direct relation to and no such substantial effect upon the health of the employee, as to justify us in regarding the section as really a health law. It seems to us that the real object and purpose were simply to regulate the hours of labor between the master and his employee (all being men, *sui juris*), in a private business, not dangerous in any degree to morals or in any real and substantial degree, to the health of employees. Under such circumstances the freedom of master and employee to contract with each other in relation to their employment, and in defining the same, cannot be prohibited or interfered with, without violating the Federal Constitution..." (cursivas nuestras).

¹⁵⁹ Por lo demás, bien recogida en el célebre voto particular de Oliver W. Holmes a ese fallo, mismo que se encuentra en cualquiera de las muchas compilaciones de sus propios votos o discursos, por ejemplo, en la de Alfred Lief, *The Dissenting Opinions of Mr. Justice Holmes*, Littleton, Rothman & Co., 1981, pp. 3-5.

Constitución y que no era función de la Corte ir más allá de aquello que el texto le estaba delimitando. La Corte tuvo la ilusión, dice McCloskey,¹⁶⁰ de que estaba solucionando muchos de los problemas de su tiempo al sostener una teoría unificadora cuando, en realidad, lo que estaba haciendo era propiciar un gran conflicto social al no darle cabida a la pluralidad de intereses que estaban presentándose. El papel de la Corte Warren, y el sentido de la nota 4 citada, fue reconocer el conflicto subyacente y tratar de articularlo (con todos los problemas que derivan de hacerlo a partir de un cúmulo de sentencias) mediante una síntesis más compleja de los elementos en juego. Si la sociedad estaba demandando una integración y el reconocimiento a formas más amplias de participación política, lo que en el fondo estaba exigiéndose era una mayor igualdad o, si se quiere, el reconocimiento del valor propio de la democracia. En el momento en que la Corte se introduce de lleno en la persecución de ese valor, transforma también el carácter del régimen político estadounidense.

Si, como creemos, en las líneas anteriores analizamos el modo como las concepciones de la democracia maximalista terminan "convirtiéndose" en expresiones del constitucionalismo y, adicionalmente, el modo como en ellas se interrelacionan los elementos democrático, liberal y, en su

¹⁶⁰ R. G. McCloskey, *The American...*, *op. cit.*, p. 103.

caso, social que lo componen, sólo nos resta relacionar esos resultados con la justicia. Al concluir la exposición de Diamond dejamos planteadas algunas preguntas que ahora debemos responder: ¿qué es aquello que debe quedar garantizado por la justicia?, ¿todos los elementos del concepto, de modo que sólo al quedar satisfechos integralmente pueda decirse que “existe” democracia? Visto de otra manera, ¿puede decirse que la noción de democracia está a tal punto diluida en la de Estado constitucional, que basta que los órganos de justicia actúen adecuadamente a través de las vías ordinarias para cumplimentar todas las posibles relaciones entre justicia y democracia? Finalmente, ¿qué papel cumple en todo lo anterior la justicia electoral?

El punto de partida para contestar estas interrogantes tiene que darse a partir de la aceptación de que la relación entre los elementos componentes de la democracia maximalista se han transformado en una nueva formulación estatal. Por lo mismo, será ésta (como un conjunto) la que deberán realizar los tribunales, y no más cada uno de sus elementos en lo particular. Como se dijo, desde luego que la compleja composición de la fórmula constitucional utilizada no es pacífica, sino que produce tensiones variadas. Los antiguos sustentadores de cada uno de los elementos que ahora forman parte de la unidad estatal, continuarán luchando para lograr que,

al interior del arreglo constitucional, prevalezca el valor o elemento por ellos abrazado. El conflicto no se da más entre posiciones que buscan apoderarse, por decirlo así, del modelo y connotarlo de un modo homogéneo, sino en un mucho más complejo de argumentaciones y disputas institucionales: se debe lograr que el elemento perseguido se imponga sobre los restantes a través de las decisiones de los órganos estatales, particularmente de los tribunales. Ello implica varias cosas. Por una parte, que mientras no haya reformas constitucionales que indiquen otra cosa, el sentido del modelo constitucional será aquel que definan los tribunales constitucionales al llevar a cabo la interpretación del texto constitucional. Por otra parte, que las determinaciones tomadas por esos tribunales al interpretar la constitución o las leyes, serán obligatorias para el resto de los órganos jurisdiccionales, al punto que las definiciones de los primeros animarán el sentido de buena parte de la práctica judicial.

El tribunal constitucional o, en el caso de México, por ejemplo, los varios tribunales que tengan como tarea guardar la regularidad constitucional, serán en buena medida los competentes para articular la fórmula constitucional mediante la cual haya de desarrollarse la concepción maximalista de la democracia. Es cierto que al hacerlo no se encontrarán ante un páramo jurídico al que deban darle contenido *ab initio*, sino ante una serie de normas

constitucionales o precedentes que por razones de jerarquía o de tradición jurídica, deben considerar. Supongamos entonces que se está o ante una serie de preceptos constitucionales en la forma de derechos fundamentales de diversos tipos, disposiciones orgánicas, etc., o ante una serie de precedentes que disponen cuáles son los sentidos que la actual o anteriores composiciones de ese tribunal le han dado a los preceptos constitucionales. La forma de establecer cuáles serán las combinaciones posibles de esos preceptos o precedentes respecto de las muchas modalidades de determinación de los hechos que compongan el caso, produce la posibilidad de arribar a variadas soluciones o, lo que aquí es igual, a variadas formas de entender el modo como habrán de conjugarse los componentes de la concepción maximalista. Ante esta disyuntiva, podría afirmarse que a menos que se contara con un criterio extrajurídico o supraconstitucional, no podría saberse cuándo el tribunal correspondiente está desarrollando “adecuadamente” el modelo político, a menos que se quiera aceptar la pobre respuesta de que todo aquello que diga o haga el tribunal es “correcto” o “adecuado”.¹⁶¹

¹⁶¹ Estas cuestiones, como luego veremos, son determinantes para la justicia electoral, sencillamente porque si ésta terminará adquiriendo muchos de los caracteres de la constitucional o, en su caso, formará parte de ella, las determinaciones existentes en cuanto a la forma de organización del régimen político y la integración de sus varios elementos, por una parte, y la forma en que respecto de ella debe actuar la misma justicia, por la otra, serán a todas luces determinantes.

Este resultado nos plantea lo que desde luego es el problema más complejo del constitucionalismo moderno y, por lo mismo, de la actuación de los tribunales respecto del arreglo político: ¿cuál es el fundamento material de actuación de los mismos? Como ya se vio, esta interrogante no puede responderse sin más apelando a la constitución, en tanto ésta admite varias combinaciones posibles, ni tampoco puede responderse aludiendo a la mera práctica de los tribunales, pues en ese caso sería mucho el terreno social, político y jurídico dejado en manos de sus titulares, hombres y mujeres de carne y hueso. La única respuesta que nos parece aceptable consiste en la enunciación de la teoría de la propia constitución que vaya a desarrollarse, entendiendo que en su texto y en la tradición que a partir de ella se haya formado en el tiempo, existe una serie de elementos que, adicionados a determinadas teorías políticas, representaciones sociales, encuentros y superaciones del pasado, modos de argumentar, por ejemplo, es posible formar un conjunto de criterios a partir de los cuales sea posible pensar, explicar y realizar el orden jurídico o, lo que es igual, el modelo de gobierno en él contenido. Es cierto que ante una respuesta como la mencionada podrá decirse que se está ante el comienzo de la discusión y no ante su final; sin embargo, ¿qué otra respuesta pudiera darse? Lo que estamos proponiendo es que se constituyan una o varias posiciones teóricas, claro está que a partir de los elementos acabados de apuntar, con el fin de que entre

ellas se produzca una discusión social amplia. Resultado de ella será, desde luego, el contraste, pero lo que es más importante, la progresiva lucha por la institucionalización de unas frente a las otras. En este ejercicio, el papel de la justicia será determinante, pues ellos habrán de adoptar una u otra de las posiciones en disputa y modelar conforme a éstas las resoluciones que dicten a efecto de determinar el modelo político general en el que habrán de vivir numerosas personas.

La justicia de nuestro tiempo es el vehículo privilegiado para armonizar los intereses en disputa, sencillamente porque el diseño de los órdenes jurídicos apunta hacia ella. En sus resoluciones, a final de cuentas, y vale la pena repetirlo, se estará dando forma a la relación entre los elementos del régimen. Si es posible sostener esta afirmación, como creemos, resultará que la justicia electoral deberá cumplir con una sola función, ello con independencia de la posición orgánica que ocupe. Si, por ejemplo, es una justicia autónoma respecto del resto del Poder Judicial, tendremos que la misma no podrá sustentar criterios diversos en cuanto a la definición de la democracia maximalista, en tanto que es parte de toda una práctica que determina el sentido de la democracia en su integridad, y el contenido de las resoluciones constitucionales en las cuales se determina el sentido del régimen, no es establecido por los propios tribunales electorales. Igualmente, en el caso

de que la justicia electoral no sea autónoma, sino que, también por ejemplo, únicamente se desarrolle mediante procesos específicos pero ante los órganos generales de impartición de justicia, estaremos en una situación donde los elementos generales de resolución tendrán que mantenerse en ambos casos.

Lo hasta aquí dicho nos lleva a sostener que en la concepción maximalista la justicia electoral será distinguible del resto por la especificidad de la materia de su competencia, mas no así por la diversidad de los criterios sustantivos de resolución. En otras palabras, la justicia electoral necesariamente habrá de ser democrática en tanto esa característica concurre respecto de todo el régimen del cual la justicia es expresión; por el contrario, no puede afirmarse que toda la justicia democrática habrá de ser electoral, sencillamente porque ésta es una de entre las muchas expresiones jurisdiccionales que se dan en un régimen, entre otras cosas, democrático.

Sobre el autor

José Ramón Cossío D. es licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México; maestro en Derecho Constitucional y Ciencia Política por el Centro de Estudios Políticos Constitucionales de Madrid; doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Es miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel III, de la Academia Mexicana de Ciencias, del American Law Institute, de la Barra Mexicana-Colegio de Abogados, del Consejo Consultivo de Ciencias, del patronato del Instituto Nacional de Medicina Genómica, de El Colegio Nacional y de la Sociedad Mexicana de Salud Pública. Fue ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 2003 a 2018.

Ha recibido importantes premios y reconocimientos, entre los que destacan el Premio Nacional de Investigación en el área de Ciencias Sociales, y el Nacional de Ciencias

y Artes en el Campo de Historia, Ciencias Sociales y Filosofía. Además de los doctorados *Honoris causa* que le han otorgado diversas universidades, el último de ellos por la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. Es Jurista Distinguido Residente del Centro de Derecho de la Universidad de Houston.

Ha escrito una vasta cantidad de libros, así como artículos para revistas especializadas y de divulgación, en obras colectivas y en periódicos. Entre sus publicaciones más recientes se encuentran *Voto en contra* (2019); *Reparar una ausencia. Biografía de Antonio Carrillo Flores* (2018); *Innovación jurídica* (2018), y *El sistema de justicia. Trayectorias y descolocaciones* (2018).

Actualmente se desempeña como profesor en el Instituto Tecnológico Autónomo de México, y es columnista en los periódicos *El Universal* y *El País*.

22

Concepciones de la democracia y justicia electoral

se terminó de imprimir en noviembre de 2020 en Litográfica Ingramex, S.A. de C.V., Centeno 195, col. Valle del Sur, Alcaldía Iztapalapa, C.P. 09819, Ciudad de México.

Se utilizaron las familias tipográficas Acumin Pro y Slate Pro; papel Bond ahuesado cultural de 90 gramos y forros en cartulina Bristol de 240 gramos.

La edición consta de 1,000 ejemplares y estuvo al cuidado de la Dirección Ejecutiva de Capacitación Electoral y Educación Cívica del Instituto Nacional Electoral.



**Consulta las bases
de datos del INE**

CUADERNOS DE DIVULGACIÓN DE LA CULTURA DEMOCRÁTICA (TÍTULOS PUBLICADOS)

1. **Principios y valores de la democracia**, Luis Salazar y José Woldenberg, 1993
2. **La cultura política democrática**, Jacqueline Peschard, 1994
3. **La democracia como forma de gobierno**, José F. Fernández Santillán, 1995
4. **La participación ciudadana en la democracia**, Mauricio Merino, 1995
5. **Elecciones y democracia**, José Antonio Crespo, 1995
6. **Gobernabilidad y democracia**, Antonio Camou, 1995
7. **Sistemas electorales y de partidos**, Leonardo Valdés, 1995
8. **Partidos políticos y democracia**, Jaime F. Cárdenas Gracia, 1996
9. **Esferas de la democracia**, Jesús J. Silva-Herzog Márquez, 1996
10. **Tolerancia y democracia**, Isidro H. Cisneros, 1996
11. **Oposición y democracia**, Soledad Loaeza, 1996
12. **Estado de derecho y democracia**, Jesús Rodríguez Zepeda, 1996
13. **Diálogo y democracia**, Laura Baca Olamendi, 1996
14. **Democratización y liberalización**, César Cansino, 1997
15. **Consulta popular y democracia directa**, Jean-François Prud'homme, 1997
16. **Democracia y educación**, Gilberto Guevara Niebla, 1998
17. **Federalismo, gobiernos locales y democracia**, Tonatiuh Guillén López, 1999
18. **Libertad y democracia**, Víctor Alarcón Olguín, 1999
19. **Gobiernos y democracia**, Javier Hurtado, 1999
20. **Sistemas parlamentario, presidencial y semipresidencial**, Ricardo Espinoza Toledo, 1999
21. **Rendición de cuentas y democracia. El caso de México**, Luis Carlos Ugalde, 2002
22. **Concepciones de la democracia y justicia electoral**, José Ramón Cossío D., 2002

23. **Género y democracia**, Estela Serret, 2004
24. **Comunicación y democracia**, Enrique E. Sánchez Ruiz, 2004
25. **Democracia y (cultura de la) legalidad**, Pedro Salazar Ugarte, 2006
26. **Multiculturalismo y democracia**, Lourdes Morales Canales, 2008
27. **Ciudadanía y democracia**, Alberto J. Olvera, 2008
28. **Democracia y formación ciudadana**, Teresa González Luna Corvera, 2010
29. **Sufragio extraterritorial y democracia**, Víctor Alejandro Espinoza Valle, 2011
30. **Políticas públicas y democracia**, David Arellano Gault y Felipe Blanco, 2013
31. **Derechos fundamentales y democracia**, Miguel Carbonell, 2013
32. **Formación ciudadana en México**, Silvia L. Conde, 2014
33. **Democracia y organismos internacionales**, Alejandra Nuño, 2016
34. **Democracia y medios en México: el papel del periodismo**, Manuel Alejandro Guerrero, 2016
35. **Democracia y burocracia**, Guillermo M. Cejudo, 2016
36. **Democracia, populismo y elitismo**, Luis Daniel Vázquez Valencia, 2016
37. **Los derechos humanos y la democracia en el sistema interamericano**, Natalia Saltalamacchia y María José Urzúa, 2016
38. **Mujeres y derechos políticos en México: una introducción conceptual**, Ricardo Ruiz Carbonell, 2017
39. **Democracia y gobiernos municipales en México: de la política a las políticas**, Oliver D. Meza, 2017
40. **Democracia y género. Historia del debate público en torno al sufragio femenino en México**, Gabriela Cano, 2018
41. **Democracia, privacidad y protección de datos personales**, María Solange Maqueo Ramírez y Alessandra Barzizza Vignau, 2019

22

 CUADERNOS DE
DIVULGACIÓN DE LA
CULTURA DEMOCRÁTICA



Consulta el catálogo
de publicaciones del INE

 **INE**
Instituto Nacional Electoral