

## CAPÍTULO NOVENO

### El Estado de derecho

---

---

Los elementos del Estado son el territorio que es la porción del espacio en que el Estado ejercita su poder; la población que está constituida por los seres humanos que pertenecen a un Estado; el poder que es la capacidad que tiene un individuo o grupo para afectar el comportamiento de otros, y la cultura que entraña la incorporación al Estado de la Constitución normativa en la que tienen vigencia efectiva los derechos fundamentales y la democracia.

---

#### I. El origen del Estado moderno

El Estado moderno es producto de la cultura occidental y se basa en una burocracia profesional y en un derecho racional que actúan en un territorio y sobre una población asentada en él. Como apunta Heller, hacia 1303 se perciben los primeros síntomas de la quiebra de la supremacía papal —y con ella del mundo medieval y feudal— al negarse el rey de Francia a obedecer la encíclica *Unam Sanctam* expedida por el papa Bonifacio VIII, el año anterior.<sup>396</sup> Este hecho significó el principio del fin de las pretensiones universalistas de la Iglesia y el comienzo de un proceso de secularización que llevará a la Reforma. Dicha circunstancia comenzó a significar que los fenómenos jurídicos y políticos no podían verse en términos religiosos y que era necesario concebir el poder de los príncipes y su relación con la comunidad desde la racionalidad y la voluntad.

La aparición del Estado moderno está vinculada a la consolidación de las primeras monarquías absolutas en Europa (Francia, España e Inglaterra). No es casual que en ese tiempo se haya introducido en la ciencia política el concepto *Stato* que usó por primera vez Maquiavelo. Según Heller, este proceso histórico y cultural se puede explicar así:

La nueva palabra Estado designa certeramente una cosa totalmente nueva porque, a partir del Renacimiento y en el continente europeo, las poliarquías, que hasta entonces tenían un carácter impreciso en lo territorial y cuya coherencia era floja e intermitente, se convierten en unidades de poder continuas y recia- mente organizadas, con un solo ejército que era, además de permanente, una única y competente jerarquía de funcionarios y un orden jurídico unitario, imponiendo además a los súbditos el deber de obediencia de carácter general. A consecuencia de la concentración de los instrumentos de mando, militares, burocráticos y económicos, en una unidad de acción política —fenómeno que se produce primeramente en el Norte de Italia debido al más temprano desa- rrollo que alcanza allí la economía monetaria— surge aquel monismo de poder, relativamente estático, que diferencia de manera característica al Estado de la Edad Moderna del territorio medieval.<sup>397</sup>

Entre las condiciones y circunstancias que dieron lugar al Estado moderno podemos mencionar las siguientes: *a)* el descubrimiento de nuevas fuentes de riqueza en el viejo y en el nuevo mundos; *b)* el cambio en los métodos de cultivo que pusieron fin al feudalismo; *c)* la invención de la imprenta que minó el monopolio cultural de la Iglesia; *d)* la constitución de ejércitos nacio- nales; *e)* la Reforma protestante que entrañó la secularización de las socie- dades; *f)* ciertos medios de propiedad privada que se transforman en medios públicos orientados hacia fines políticos unitarios; *g)* la evolución en la ad- ministración de los recursos públicos y con ello la aparición de una burocracia profesional de carácter público, y *h)* el desarrollo de un sistema jurídico válido para todo un territorio originado en órganos de autoridad y no en la costumbre o en la fe.<sup>398</sup>

Para el marxismo, el Estado se produce a consecuencia de la división social del trabajo y de la división de la sociedad en clases. Engels considera- ba que todo Estado expresa la naturaleza de clase, es decir, representa el poder de una clase social sobre las otras —la característica dominación- explotación—, la organización territorial y la institución de la fuerza pú- blica.<sup>399</sup> En esta visión, con el advenimiento del comunismo futuro, y al no existir en esa etapa clases sociales ni explotación entre ellas, el Estado y el derecho desaparecerían.

Max Weber, desde la sociología liberal, explica así sus orígenes:

El Estado moderno es una asociación de dominio de tipo institucional, que en el interior de un territorio ha tratado con éxito de monopolizar la coacción física legítima como instrumento de dominio, y reúne a dicho objeto los medios

materiales de explotación en manos de sus directores pero habiendo expropiado para ello a todos los funcionarios de clase autónomos, que anteriormente disponían de aquellos por derecho propio, y colocándose a sí mismos, en lugar de ellos, en la cima suprema.<sup>400</sup>

Para Weber, el Estado moderno sólo puede definirse en última instancia a partir de un medio específico que, lo mismo que a toda asociación política, le es propio, esto es, la coacción física:

Todo Estado se basa en la fuerza, dijo Trotsky... Si sólo subsistieran construcciones sociales que ignoraran la coacción como medio, el concepto de Estado hubiera desaparecido; entonces se hubiera producido lo que se designaría, con este sentido particular del vocablo, como “anarquía”. Por supuesto, la coacción no es en modo alguno el medio normal o único del Estado... pero sí su medio específico. En el pasado, las asociaciones más diversas —empezando por la familia— emplearon la coacción física como medio perfectamente normal. Hoy, en cambio, habremos de decir: el Estado es aquella comunidad humana que en el interior de un determinado territorio... reclama para sí, con éxito, el monopolio de la coacción física legítima.<sup>401</sup>

De lo anterior, concluimos diciendo que el Estado moderno se genera, desarrolla y transforma en un proceso de secularización de las sociedades europeas, y luego en otras partes del mundo, a partir del Renacimiento. Esto no significa que se nieguen otras formas pretéritas de Estado, como se desprende de la teoría marxista acerca de las sociedades de clases precapitalistas: modo de producción esclavista, modo de producción asiático y modo de producción feudal. En un sentido lato constituiría Estado cualquier forma de organización política y jurídica de una sociedad. No obstante, la teoría del Estado de nuestro tiempo entiende que el Estado moderno nace con el Estado absoluto, posteriormente se da, previo a la Revolución francesa, el Estado basado en el despotismo ilustrado de los monarcas europeos y, posteriormente, aparece en el siglo XIX lo que conocemos como Estado de derecho. De ahí hacia nuestros días surgen formas diversas de manifestación del Estado de derecho: 1) el Estado liberal abstencionista del siglo XIX basado en el principio de legalidad (las autoridades sólo pueden hacer todo aquello que las normas autorizan y los particulares todo aquello que las normas no prohíben) y en los derechos humanos de la primera generación; 2) el Estado social asistencial (Estado del bienestar) que ocupa casi todo el siglo XX y llega aproximadamente hasta la década de los ochenta de ese siglo, preocupado

por el establecimiento de políticas públicas a favor de los derechos económicos, sociales y culturales con fuerte intervencionismo del Estado en la economía; 3) el Estado democrático de la segunda mitad del siglo xx que se consolida en Europa y en otras partes del mundo después de la crisis de los regímenes políticos totalitarios y autoritarios y su sustitución por regímenes de democracia representativa, y 4) en nuestros días, el Estado constitucional que se caracteriza: a nivel político y económico por una fuerte tendencia a la privatización de lo público y por la pérdida de soberanía del Estado en beneficio de entidades supranacionales o en provecho de empresas multinacionales, y en el nivel jurídico por el pluralismo jurídico, la pérdida de imperatividad, estatalidad y coactividad del derecho y su sustitución por la concepción del derecho como argumentación y con una fuerte presencia del juez constitucional por encima de los otros poderes y órganos públicos.

## II. La legitimidad del poder del Estado

Como hasta aquí llevamos explicado, el Estado moderno tiene que ver con un dominio o poder de carácter institucional y jurídico que en un territorio monopoliza la fuerza física legítima respecto a una población. Lo anterior, sin embargo, plantea problemas en torno a la legitimidad del dominio o del poder. Esto es, si es válido admitir cualquier forma o manifestación del poder o, si el poder, para ser válido y respetado, debe orientarse a determinados fines y ejercerse mediante límites y controles de carácter racional. Uno de los primeros teóricos que intentó explicar el problema de la legitimidad del poder fue Bodin. Este autor emancipa la idea del poder soberano de toda conexión teológica y funda, así, la teoría constitucional. Para Bodin el Estado es el recto gobierno de las familias y de lo que les es común, con potestad soberana. La soberanía, principal atributo del Estado, se ejerce, según Bodin, contra los enemigos interiores y exteriores del Estado, y su expresión específica y esencial consiste en la capacidad para elaborar leyes generales, las que no pueden atentar respecto al derecho de propiedad y la familia. En otras palabras, el poder requiere dirigirse hacia determinados fines valiosos —no hacia cualquier fin— y éste debe estar siempre limitado por determinados derechos de las personas para poder considerarse como legítimo.<sup>402</sup> Alessandro Passerin d'Entrèves comenta que en el pensamiento de Bodin, el soberano, aunque es técnicamente *legibus solutus*, ello no quiere decir que su poder sea arbitrario ni desordenado, pues esto implicaría una *contradictio in terminis*, pues el soberano está sujeto a la ley divina y a la natural, debe respetar la propiedad y las

convenciones y no puede, en fin, alterar ni derogar las normas constitucionales básicas pues son condición de legitimidad de la propia soberanía.<sup>403</sup>

A partir de Bodin, la filosofía política y posteriormente la teoría del Estado se ha preocupado por el problema de la legitimidad del poder. Algunos consideran que la legitimidad deriva del sólo consenso o aceptación de los ciudadanos, así lo postularon las teorías racionalistas del contrato (Hobbes, Locke, Spinoza, Rousseau, Kant).<sup>404</sup> Para otros, la legitimidad tiene relación con el carácter del Estado, si este es democrático, si es liberal, si tiene una orientación social, o si el origen y la actuación del poder descansa en el respeto y garantía de los derechos humanos y los procedimientos democráticos, tal como se suele explicar en las teorías contemporáneas que niegan que el poder se legitime en la pura fuerza o exclusivamente en medios represivos y disciplinarios.

Para Max Weber, la legitimidad del poder asume tres formas. Puede legitimarse en las cualidades excepcionales que se atribuyen a un líder —legitimidad carismática—; también puede legitimarse en la creencia de lo que siempre existió —legitimidad tradicional—, y en la creencia en la legalidad —legitimidad legal o racional—. Esta última es la que ha caracterizado al Estado de derecho en los dos últimos siglos. La legitimidad racional o legal significa que el poder de mandar y de ser obedecido se ejerce de una manera abstracta e impersonal; que las normas jurídicas no pueden verse como una serie de mandatos que un superior da a un subordinado sino como una relación entre seres libres que aceptan las normas porque las consideran por alguna razón valiosas, es decir, se obedece no a individuos concretos sino a normas generales y abstractas, y que el poder de las autoridades no se basa en la tradición, en la costumbre o en el prestigio, sino que deriva, al menos hoy en día en los regímenes democráticos, de elecciones libres, auténticas y periódicas. Por otra parte, la producción, la interpretación y aplicación de las normas a cargo de las autoridades del Estado no constituyen actos arbitrarios sino que son el resultado de procedimientos lógicos, que se basan en principios y reglas extraídos previamente del propio sistema jurídico.<sup>405</sup>

La teoría de Weber es explicativa y descriptiva y no pretende ser una teoría de la justicia. La filosofía política y jurídica contemporánea suele distinguir entre legitimación y legitimidad del poder. La legitimación implicaría como en Weber la existencia de orden jurídico que es acatado por los ciudadanos sin que sea necesario acreditar que ese sistema jurídico respeta los derechos humanos y la democracia —se trataría de constatar simplemente si los ciudadanos obedecen y respetan ese orden jurídico aunque bajo determinados parámetros no sea justo—. En cambio, la legitimidad sí entraña y reclama que el orden jurídico debe ser justo para acatarlo, pues de otra

manera, las personas no estarían obligadas a cumplirlo; un orden jurídico, por ejemplo, sería justo para determinadas teorías si protege y garantiza derechos humanos y promueve los principios y procedimientos democráticos.<sup>406</sup>

Uno de los filósofos más importantes de nuestro tiempo, Jürgen Habermas, propone que el poder y el orden jurídico se legitimen a través del poder comunicativo, lo que supone la negación de relaciones asimétricas e injustas en la sociedad. Se trata de la capacidad que como personas tenemos para interactuar con los otros e influirnos recíprocamente en el contexto de un diálogo racional en el que las diferencias de poder político, ideológico o económico no sean obstáculo para alcanzar acuerdos sobre las instituciones y principios que rigen a una sociedad. El diálogo racional de Habermas no puede darse en situaciones de violencia física o moral o ahí donde las diferencias económicas o sociales se usen para que unos estén en la discusión racional por encima de otros. Tal diálogo racional exige de un procedimiento transparente, participativo, que brinde igualdad de oportunidades a los participantes, y que no sofoque la crítica ni la propia discusión. La finalidad de Habermas es la de democratizar las instituciones públicas, poner límites al poder como dominación y aumentar los espacios sociales e institucionales regidos por el poder de la persuasión y la argumentación racional.<sup>407</sup>

Otros autores como Claus Offe, señalan que la democracia representativa de los Estados contemporáneos no promueve la legitimidad de los sistemas jurídicos y políticos que sustenta. La democracia representativa es incapaz de expresar, representar y proteger los intereses de todos. Existe un derecho igual —no hay discriminación jurídica formal— pero, como consecuencia del funcionamiento efectivo del sistema económico, y de las instituciones representativas existe de hecho una desigualdad material. Para Offe, ni partidos, sindicatos, medios de comunicación o instituciones, constituyen auténticos canales de participación. Para él, son los movimientos sociales los que pueden producir un cambio y generar una nueva legitimidad para el Estado.<sup>408</sup>

Niklas Luhmann, que es otro teórico de la legitimidad, considera que ésta queda confinada al ámbito de los procedimientos institucionales y jurídicos, y a la formación de expectativas socialmente fundadas, basadas en una situación de difusa disponibilidad social a aceptar las decisiones de los procedimientos sin particulares motivaciones. El derecho es parte del sistema social y sirve como instrumento de conciliación y pacificación entre grupos y clases. El procedimiento jurídico e institucional contribuye a canalizar los conflictos, y las normas jurídicas reducen la complejidad social y económica, lo que permite estabilizar y hacer gobernables a los sistemas sociales y políticos. En Luhmann la legitimidad del Estado equivale a esta-

bilidad del sistema jurídico y político, la que se logra a través de procedimientos formales e institucionales.<sup>409</sup>

En otras posturas filosóficas, como en la obra de Rawls, el acento de la legitimidad del Estado se coloca en la determinación de principios básicos o fundamentales para, a partir de ahí, organizar una sociedad justa y ordenada. Rawls considera que todas las instituciones y el derecho deben orientarse a salvaguardar los principios de libertad y de igualdad para apreciarse como legítimos.<sup>410</sup>

Lo importante de todas estas teorías es su coincidencia, consistente en rechazar cualquier forma de expresión del poder arbitrario y sin sentido del Estado. Éste y el derecho que en él se produce, debe contener determinadas calidades, como la justicia o la democracia, para que puedan valorarse como legítimos y por tanto dignos de recibir la aceptación y obediencia de las personas.

### III. Derecho y Estado

El derecho y el Estado suelen presentarse unidos. El surgimiento del derecho de nuestro tiempo (sistemas jurídicos evolucionados) coincide con el nacimiento del Estado moderno. Hay autores como Kelsen que identifican al derecho con el Estado, y hasta hace muy poco tiempo todo derecho que no tenía origen estatal se consideraba que no era derecho.<sup>411</sup> Se decía que el derecho y el Estado eran dos caras de la misma realidad. El derecho se configuraba exclusivamente como derecho estatal, como conjunto de normas procedentes del Estado, y el Estado también se veía desde el punto de vista del derecho. Así Mortati afirmaba que el Estado es “un ordenamiento jurídico que tiene por finalidad general ejercer el poder soberano sobre un determinado territorio y al que están subordinados de forma necesaria los individuos que le pertenecen”.<sup>412</sup>

Este punto de vista tradicional ha sido sometido a prueba, entre otros factores por el pluralismo jurídico, esto es, por el hecho de que pueden existir normas y ordenamientos jurídicos al margen del Estado.<sup>413</sup> De esta suerte, hay ordenamientos que no tienen origen en órganos de autoridad estatal pero que el derecho estatal reconoce como propios, tal sería el caso de los usos y costumbres de los comerciantes o recientemente en México —a partir de 2001— de los sistemas normativos de los pueblos indígenas que han sido reconocidos por el artículo 2 de la Constitución. Más problemática es la existencia de ordenamientos que el Estado no reconoce, como el derecho

canónico, que acata una parte de la población, o aún más complicado la existencia de reglas que se oponen al derecho del Estado, y que, sin embargo, tienen vigencia como el llamado derecho informal de la calle, de los barrios marginales, o de las compañías transnacionales.<sup>414</sup>

Otro factor que negaría la identificación entre Estado y derecho y viceversa es el referente a zonas o espacios en donde no interviene el control jurídico del Estado, lo que se suele llamar “actos políticos” que no son revisados por ninguna instancia jurisdiccional. En nuestro país, ciertas decisiones de autoridad no son sujetas a revisión o control jurídico. Por ejemplo, las reformas a la Constitución por razones de fondo o sustantivas —por motivos de procedimiento sí son susceptibles de control—, escapan de cualquier control de constitucionalidad por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Lo anterior significa que hay espacios de la actividad de los órganos del Estado que desgraciadamente no están vinculados en un sentido fuerte al derecho y, de este modo, son expresión de una suerte de anomia en las instituciones, esto es, del incumplimiento de las normas no sólo por los gobernados sino por las propias autoridades.

Derecho y Estado no pueden ser confundidos. El derecho necesita al Estado para aplicarse y el poder del Estado requiere al derecho para legitimarse. Sin derecho el poder del Estado sería pura fuerza, por eso dice Zippelius que “... los principios del Estado de derecho son los instrumentos encaminados a impedir la expansión totalitaria y, en general, el ejercicio sin control del poder del Estado. Estos principios forman parte del intento de dar respuesta a la vieja cuestión de cómo puedan realizarse a un mismo tiempo el orden y la libertad”.<sup>415</sup> De esta forma en los Estados contemporáneos, el lenguaje del Estado debe ser el lenguaje del derecho y, precisando aún más, podríamos decir, que el poder soberano del Estado se manifiesta a través de normas jurídicas que sustituyen el mero poder de los seres humanos,<sup>416</sup> siempre y cuando estas normas se orienten a la protección de los derechos humanos y al desarrollo de la democracia.

#### IV. Los elementos del Estado

Se suele definir al Estado como la organización jurídica de una sociedad bajo un poder de dominación que se ejerce en determinado territorio. De esa definición se concluye que son tres los elementos básicos del Estado: el territorio, la población y el poder. El poder político se expresa a través del ordenamiento jurídico, mientras que la población y el territorio constituyen



los ámbitos personal y espacial de validez del orden jurídico. También se ha señalado que la ordenación jurídica bajo un poder de mando es el elemento formal del Estado, mientras que la población y el territorio son sus elementos materiales. Además de los tres elementos clásicos —el territorio, la población y el poder— algunos autores agregan el elemento cultural; entiendo por cultura a la Constitución.

## 1. El territorio

El territorio es la porción del espacio en que el Estado ejercita su poder. En un sentido técnico jurídico el territorio es el ámbito espacial de validez en donde se aplica el ordenamiento jurídico del Estado. Para la doctrina jurídica alemana del siglo XIX, el territorio se manifestaba en dos formas distintas, una negativa y otra positiva. La significación negativa implicaba que ningún poder extraño podía ejercer su autoridad en este ámbito sin el consentimiento del Estado, mientras que la positiva significaba que todas las personas que viven en el mismo ámbito se encuentran sujetas al poder estatal. Como puede apreciarse, en nuestra época y debido al desarrollo del pluralismo jurídico y los impactos de la globalización, es posible que otras autoridades o instancias, internas o externas, actúen en un territorio sin el consentimiento del Estado, piénsese en decisiones de organismos internacionales que pueden tener impacto en el territorio del Estado sin el consentimiento de éste, o en decisiones de tribunales eclesiásticos que pueden también aplicarse en el territorio del Estado sin que exista un consentimiento del Estado para ese efecto. También en el territorio del Estado algunas personas pueden considerarse más sujetas a otras instancias que a la autoridad del Estado, ejemplo de ello serían los miembros del crimen organizado o de la mafia.<sup>417</sup>

Normativamente se habla de dos atributos del territorio: la impenetrabilidad y la indivisibilidad. La impenetrabilidad alude al principio de que en un territorio sólo puede existir un Estado. Sin embargo, este principio sufre algunas excepciones: 1) el *coimperium*, cuando dos o más Estados ejercen soberanía sobre un territorio; 2) en los Estados federales, el ámbito espacial de validez federal convive con los ámbitos espaciales de validez de las entidades federativas; 3) mediante tratados, como ocurre hoy en día en la Unión Europea, los Estados miembros de la misma, permiten que normas y decisiones de las instancias supraestadales se apliquen en sus territorios, y 4) en virtud de una ocupación militar o de una guerra civil, territorios del Estado pueden quedar sustraídos a las competencias de sus autoridades.

La indivisibilidad significa que el territorio del Estado no puede desunirse; sin embargo, el principio ha sido quebrantado frecuentemente: 1) a consecuencia de guerras como las de México con Texas y los Estados Unidos, en donde perdimos más de la mitad de nuestro territorio; 2) por cesiones voluntarias; 3) rectificación de fronteras, o 4) venta, como la que realizó Santa Anna a los Estados Unidos respecto al territorio de la Mesilla.

Es importante aclarar que el vínculo entre el Estado y el territorio siempre es personal —de *imperium* y no de dominio—, lo que quiere decir que la potestad de mando del Estado se ejerce siempre sobre las personas y no sobre las cosas. De esta suerte, los principios de impenetrabilidad e indivisibilidad están vinculados a la potestad o autoridad que el Estado ejerce sobre las personas que habitan en su territorio.

Igualmente es fundamental precisar que por territorio no debe entenderse sólo la superficie y el subsuelo comprendido dentro de sus fronteras. El territorio es un espacio tridimensional que integra la superficie y el subsuelo de ésta, los mares según lo dispone el derecho internacional, y el espacio aéreo de conformidad con las normas internacionales. Los artículos 42 y 43 de la Constitución precisan lo siguiente:

Artículo 42. El territorio nacional comprende:

- I. El de las partes integrantes de la Federación;
- II. El de las islas, incluyendo los arrecifes y cayos en los mares adyacentes;
- III. El de las islas de Guadalupe y las de Revillagigedo situadas en el Océano Pacífico;
- IV. La plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas, cayos y arrecifes;
- V. Las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fije el derecho internacional y las marítimas interiores, y
- VI. El espacio situado sobre el territorio nacional, con la extensión y modalidades que establezca el propio derecho internacional.

Artículo 43. Las partes integrantes de la Federación son los Estados de Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, Coahuila, Colima, Chiapas, Chihuahua, Durango, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, México, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán, Zacatecas y el Distrito Federal.

## 2. La población

La población está constituida por los seres humanos que pertenecen a un Estado. Desde un punto de vista jurídico tradicional, se dice que la población puede ser considerada como objeto o como sujeto de la actividad del Estado. En cuanto objeto, los seres humanos que integran la población se hallan sometidos a la autoridad política del Estado (son súbditos), y como sujetos, son ciudadanos que participan en la formación de la voluntad del Estado, son miembros de la comunidad política en un plano de coordinación.

El anterior punto de vista tradicional no puede en su totalidad sostenerse en términos democráticos. Son las personas que integran la población, el fundamento y el fin de cualquier institución pública. Las personas que integran un Estado cuentan con derechos humanos que son previos y anteriores al mismo, y éste sólo los reconoce en sus Constituciones, aunque nuestra Constitución siga considerando en su artículo 1 que es ésta quien los otorga. La legitimidad del Estado y del derecho se mide por el respeto y garantía plena de los derechos fundamentales de las personas. En las personas que integran el Estado reside la soberanía y todo poder público dimana del pueblo y se instituye para el beneficio de éste, además de que el pueblo tiene en todo tiempo el derecho inalienable de alterar o modificar la forma de su gobierno, tal como lo establece el artículo 39 de nuestra Constitución. Lo anterior significa que la autoridad del Estado no puede ser arbitraria, que el Estado se debe a las personas, porque su autoridad y legitimidad nace y se origina en cada uno de los miembros del Estado.

Los derechos humanos son patrimonio de todas las personas, estén o no previstos en el orden jurídico, y suelen ser entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En cambio, la noción de derechos fundamentales se refiere a aquéllos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, principalmente en las normas constitucionales, y suelen gozar de una tutela reforzada. Tal como ha dicho Robert Alexy, el sentido de los derechos fundamentales consiste en no dejar en manos de la mayoría parlamentaria la decisión sobre determinadas posiciones del individuo, es decir, en delimitar el campo de decisión del Poder Legislativo o de cualquier otra autoridad en beneficio de los derechos. Los derechos fundamentales son derechos subjetivos que son universalmente adscritos a todos en cuanto personas, pero que pueden estar restringidos a algunas personas por no contar con el estatus de ciudadano o de persona con capacidad de obrar o de ejercicio.<sup>418</sup>

Respecto a las garantías, que no debemos confundir ni con los derechos humanos ni con los derechos fundamentales, son los medios o instrumentos jurídicos, institucionales o de otro tipo, que permiten que los derechos fundamentales sean eficaces o que se tenga la posibilidad de volverlos a su estado original en caso de que hayan sido tergiversados, violados o no respetados. Luigi Ferrajoli distingue entre garantías sustantivas y jurisdiccionales. Las garantías sustantivas o primarias pueden ser positivas o negativas. Las primeras obligarían a abstenciones por parte del Estado y de los particulares en el respeto de un derecho fundamental, mientras que las garantías positivas obligan a actuar positivamente para cumplir con la expectativa que derive de algún derecho. Las garantías secundarias o jurisdiccionales son obligaciones que tienen los órganos judiciales de aplicar la sanción o declarar la nulidad cuando constaten, en el primer caso, actos ilícitos y, en el segundo, actos no válidos que violen los derechos subjetivos y por tanto también las garantías primarias.<sup>419</sup>

Para aclarar los conceptos anteriores, podríamos decir que los derechos humanos pueden o no estar contemplados en las Constituciones o en los tratados internacionales, pero la conciencia de una época concreta los puede reivindicar; así sucedió, por ejemplo, con el derecho a la igualdad entre el hombre y la mujer, que en México no siempre estuvo plasmado en el texto del vigente artículo 4 constitucional. Los derechos fundamentales, para ser estimados como tales, deben preverse en las Constituciones o en los tratados. Para hacer efectivos a los derechos fundamentales se imponen obligaciones de abstención al Estado o a determinados grupos para que las personas los realicen con libertad —garantías primarias negativas—, tales como las obligaciones de no actuación a cargo del Estado o de particulares para que puedan ser posibles los derechos fundamentales como el referido a la participación política. También existen obligaciones positivas o de prestación —garantía primaria positiva— a cargo del Estado o de gobernados que hacen posible la realización de los derechos a la educación, a la salud, a la vivienda, etcétera. Además de las garantías sustantivas o primarias, se cuenta con garantías jurisdiccionales, tanto nacionales como internacionales. Entre las primeras podemos mencionar al juicio de amparo, las acciones de inconstitucionalidad, las controversias constitucionales, el juicio para la protección de los derechos político electorales, el juicio de revisión constitucional en materia electoral, el juicio político, las facultades de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que obligan a los órganos judiciales o constitucionales competentes para aplicar sanciones o declarar la invalidez o nulidad sobre actos u omisiones de autoridades o de particulares que violentaron derechos fundamentales al igual que garantías primarias. Entre las garantías secundarias de carácter

jurisdiccional podemos mencionar el sistema de quejas y peticiones que las personas de un Estado pueden interponer ante instancias internacionales; en México podemos tener acceso al sistema interamericano y universal de los derechos humanos, así como a la Corte Penal Internacional.

Históricamente, podemos hablar de generaciones de derechos fundamentales. Primero fueron los derechos civiles y políticos —durante el siglo XIX—; posteriormente los derechos económicos, sociales y culturales —en la primera mitad del siglo XX—; después los derechos ecológicos y a un medio ambiente sano —en la segunda mitad del siglo XX y aún ahora—, y hoy se habla de derechos de la cuarta generación como el derecho a la paz, al desarrollo, a nuestra identidad y conservación genética, entre otros. Los derechos fundamentales no sólo son de carácter individual también hay derechos colectivos como los de los pueblos indígenas a mantener y desarrollar su cultura, tradiciones y lengua, o los derechos de minorías como los de género o de los homosexuales y transexuales, etcétera.

Es importante decir que todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. Para la Conferencia Mundial de Derechos Humanos convocada por la ONU y realizada en Viena en 1993, en su Declaración y Programa de Acción se planteó que:

La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales.<sup>420</sup>

Debe señalarse que en México los derechos fundamentales —derechos humanos positivados— se encuentran previstos no sólo en los primeros 29 artículos de la Constitución. Los derechos fundamentales pueden encontrarse en otros preceptos como en los artículos 123, 31, 35, entre otros. También los derechos fundamentales se encuentran contemplados en los tratados internacionales, se suelen incrementar cuando se produce una reforma constitucional, e igualmente pueden ser ampliados y maximizados por la jurisprudencia constitucional que en nuestro país establece el Poder Judicial de la Federación.

Un tipo de derechos que permite la vinculación, intervención y participación de las personas en la vida social y en las instituciones públicas son los derechos políticos. Éstos como cualquier otro derecho fundamental pueden

abordarse desde una doble perspectiva: como normas y como posiciones jurídicas subjetivas. Como normas, los derechos fundamentales o son principios o son reglas. Los principios son mandatos de optimización, es decir, normas cuyo cumplimiento admite grados, según las posibilidades fácticas y jurídicas existentes. Las reglas por el contrario contienen un mandato definitivo que se cumple o no se cumple, sin grados intermedios. En tanto derechos, los fundamentales definen tres posiciones jurídicas subjetivas: “derechos a algo”, libertades y competencias. Los “derechos a algo” pueden referirse tanto a un hacer o no hacer a cargo del Estado o de ciertos grupos. Las libertades implican acciones u omisiones que no están prohibidas ni son obligatorias. Por su parte, las competencias implican la facultad de producir cambios en las situaciones jurídicas vigentes.<sup>421</sup> Entre los derechos políticos podemos mencionar el derecho de participación en asuntos políticos de los ciudadanos, el derecho de voto activo y pasivo, el derecho de asociación política, entre otros.<sup>422</sup>

A través de los derechos políticos las personas son sujetos, dueños de sí mismos y de su destino social y político, y no súbditos subordinados al poder público. La intervención de las personas en la vida pública supone el ejercicio de derechos como el cumplimiento de obligaciones. Los derechos políticos facultan a los ciudadanos —mexicanos mayores de 18 años que tengan modo honesto de vivir— con capacidad de ejercicio, a participar en la vida pública del Estado. Nuestra Constitución, entre otros, los precisa en su artículo 35, cuando señala que son prerrogativas —tanto derechos como obligaciones— del ciudadano los siguientes:

- I. Votar en las elecciones populares;
- II. Poder ser votado para todos los cargos de elección popular y nombrado para cualquier otro empleo o comisión, tendiendo las calidades que establezca la ley;
- III. Asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país;
- IV. Tomar las armas en el Ejército o Guardia Nacional, para la defensa de la República y de sus instituciones, en los términos que prescriben las leyes, y
- V. Ejercer en toda clase de negocios el derecho de petición.

También la Constitución enumera tanto las obligaciones de los mexicanos como las obligaciones de los ciudadanos. Según el artículo 31 de la Constitución son obligaciones de los mexicanos:

- I. Hacer que sus hijos o pupilos concurren a las escuelas públicas o privadas, para obtener la educación preescolar, primaria y secundaria, y reciban la militar, en los términos que establezca la ley;
- II. Asistir en los días y horas designados por el Ayuntamiento del lugar en que residen, para recibir instrucción cívica y militar que los mantenga aptos en el ejercicio de los derechos de ciudadano, diestros en el manejo de las armas, y conocedores de la disciplina militar;
- III. Alistarse y servir en la Guardia Nacional, conforme a la ley orgánica respectiva, para asegurar y defender la independencia, el territorio, el honor, los derechos e intereses de la Patria, así como la tranquilidad y el orden interior, y
- IV. Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como del Distrito Federal o del Estado y Municipio en que residen, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.

Respecto a las obligaciones del ciudadano, el artículo 36 de la Constitución, enumera las siguientes:

- I. Inscribirse en el catastro de la municipalidad, manifestando la propiedad que el mismo ciudadano tenga, la industria, profesión o trabajo de que subsista; así como también inscribirse en el Registro Nacional de Ciudadanos, en los términos que determinen las leyes;
- II. Alistarse en la Guardia nacional;
- III. Votar en las elecciones populares en los términos que señale la ley;
- IV. Desempeñar los cargos de elección popular de la Federación o de los Estados, que en ningún caso serán gratuitos, y
- V. Desempeñar los cargos concejiles del municipio donde resida, las funciones electorales y las de jurado.

La pertenencia de las personas al Estado se determina por vínculo específico que se denomina nacionalidad, la cual es diferente a la ciudadanía. La nacionalidad precisa quiénes son considerados mexicanos mientras la ciudadanía posibilita a ciertos mexicanos —mayores de 18 años que tengan modo honesto de vivir— con capacidad de ejercicio intervenir en la vida pública y política del Estado. Según el artículo 30 de la Constitución, la nacionalidad mexicana se adquiere por nacimiento o por naturalización.

Son mexicanos por nacimiento:

- I. Los que nazcan en territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres;

- II. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos nacidos en territorio nacional, de padre mexicano nacido en territorio nacional, o de madre mexicana nacida en territorio nacional;
- III. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos por naturalización, de padre mexicano por naturalización, o de madre mexicana por naturalización, y
- IV. Los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes.

Son mexicanos por naturalización:

- I. Los extranjeros que obtengan de la Secretaría de Relaciones carta de naturalización;
- II. La mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o con mujer mexicanos, que tengan o establezcan su domicilio dentro del territorio nacional y cumplan con los demás requisitos que al efecto señale la ley.

Como dispone al artículo 1 de la Constitución, todo individuo, nacional o extranjero, goza de los derechos que la Constitución establece; sin embargo, la propia norma fundamental en su artículo 32, precisa que para el ejercicio de determinados cargos y funciones públicos, se requiere ser mexicano por nacimiento. El mismo precepto determina que los mexicanos serán preferidos a los extranjeros en igualdad de circunstancias, para toda clase de concesiones y para todos los empleos, cargos o comisiones de gobierno en que no sea indispensable la calidad de ciudadano. En nuestro sistema político, a diferencia de otros sistemas democráticos, a los extranjeros no se les permite votar en las elecciones, ni siquiera en las municipales, ni ejercer el resto de los derechos políticos.

### 3. El poder

Al poder en general podemos entenderlo como la capacidad que tiene un individuo o conjunto de individuos para afectar el comportamiento de otro u otros. En una relación de poder pueden distinguirse diversos elementos: los individuos o grupos entre los que se establece la relación; el objeto, esto es, aquello sobre lo que se tiene el poder, el comportamiento o los intereses, y el medio o los recursos utilizados para ello. El ejercicio del poder supone casi siempre una ventaja a favor de quien lo tiene y una desventaja para el



sometido. En un Estado de derecho, el poder sólo se justifica si está encaminado a lograr intereses generales, y no los intereses particulares del individuo o de los individuos investidos de autoridad.

El poder puede expresarse en diversos tipos. Los más usuales son el poder económico, el ideológico y el poder político o del Estado. El poder económico se basa en la posesión o control de ciertos recursos escasos. El ideológico se apoya en la posesión de ciertas formas de saber, de conocimientos, doctrinas e ideas y para ejercerse requiere de vías como los medios de comunicación electrónica. El poder político tiene relación con quién tiene o ejerce la fuerza pública. Se dice que el poder político puede ser coactivo o simple. El poder es coactivo cuando las autoridades del Estado tienen la potestad de obligar a las personas al cumplimiento de sus normas aun por la fuerza y contra la voluntad de los obligados (es por eso un poder irresistible). El poder simple o disciplinario, por el contrario, no está en condiciones de asegurar el cumplimiento de sus normas por la fuerza y en contra de la voluntad de los obligados. En principio y esencia, el poder del Estado es un poder coactivo.

Durante mucho tiempo se ha supuesto que al interior y exterior del Estado no debía existir ningún otro poder de dominación con carácter irresistible y que los poderes económicos, mediáticos, sociales, religiosos, internacionales o del crimen organizado que se expresan dentro del Estado son poderes derivados y subordinados a él; sin embargo, esos poderes, conocidos como poderes fácticos o factores reales de poder, se han colocado en nuestros días, indebidamente en muchos casos, por encima de la autoridad del Estado.

Es bien sabido que en los Estados de derecho contemporáneos importa sobre todo saber o conocer el poder que se encuentra detrás de las estructuras formales del Estado, pues esos poderes son los que definen el alcance de los poderes formales. De nada sirve, por ejemplo, estudiar el derecho constitucional de un país, si ese estudio no viene acompañado por el de los factores reales de poder que determinan los significados de la Constitución. En México no tendría sentido analizar el constitucionalismo del siglo xx si no lo hacemos en el contexto que entrañó el partido hegemónico, el presidencialismo, y un sistema electoral diseñado y controlado desde la Secretaría de Gobernación.<sup>423</sup>

No ganamos mucho analizando el orden jurídico formal mexicano si no lo vemos desde el papel que sobre él desempeñan los partidos, los sindicatos, las organizaciones empresariales, los medios de comunicación electrónica, las transnacionales, el gobierno de los Estados Unidos y las organizaciones financieras internacionales. Esos parecen ser en nuestro tiempo los auténticos poderes que en buena medida —tal vez no de manera mecánica

pero sí determinante— condicionan el actuar de los poderes y del orden jurídico formal. Bien podría decirse que los poderes formales y el orden jurídico son el reflejo de los intereses, pactos, acuerdos y decisiones de los factores reales de poder.

El Estado de nuestros días ha sido “apropiado” o “colonizado” por partidos, por medios de comunicación electrónica, Iglesias, organismos empresariales, sindicatos, empresas nacionales y transnacionales, etcétera, y el poder de las instituciones formales son un reflejo de intereses y de decisiones que se adoptan en ámbitos diferentes a los del Estado, en donde además, esos intereses y decisiones no pasan la prueba de los procedimientos democráticos de control ni los del Estado Constitucional. Los ciudadanos están muchísimas veces al margen de esas decisiones e influencias y no las pueden controlar directamente y de raíz. Son decisiones e intereses oscuros que no pueden ser controlados por los mecanismos, procedimientos y recursos que provee el Estado constitucional de derecho. La democracia y todo el andamiaje constitucional se enfrentan a enemigos que no siempre es fácil combatir porque operan al margen de las instituciones aunque las usan para su provecho. En este sentido resulta fundamental saber quién está detrás de las instituciones formales y qué mecanismos utiliza para que los servidores públicos actúen en función de sus intereses.

La globalización ha acrecentado los riesgos para el Estado constitucional y la democracia. Tiene impactos en la sociedad y en el Estado. El profundo cambio histórico que caracteriza a la globalización puede definirse con un solo rasgo: ha logrado someter a la sociedad, al derecho y al Estado, a los intereses del mercado y del gran capital transnacional. Mercantilizar todo tiene como resultado la destrucción de los cimientos de nociones como interés general o interés común, ideas que se construyeron frente al individualismo posesivo que no se preocupa por la solidaridad ni el interés de los demás. La dictadura de los mercados, la circulación de los capitales en provecho de los intereses del capitalismo especulativo, parecen decirnos que el mercado dicta todo, gobierna todo, engloba todo.<sup>424</sup>

Detrás de la globalización se afirma el poder creciente de las empresas financieras en detrimento de los Estados, donde la articulación entre el poder financiero mundial y poder político nacional es muy fuerte. La globalización es una ideología que tiene dogmas. El primero, es el de la gobernanza de empresa basada en el predominio de los beneficios únicamente para los accionistas a costa de los trabajadores, los clientes de las empresas y el medio ambiente, con una exigencia muy grande de rentabilidad de los fondos propios. El segundo dogma cuestiona a las conquistas sociales porque se piensa constituyen rigideces del mercado del trabajo y además no le preocupa el

estancamiento del poder adquisitivo de los trabajadores en el primer mundo ni la explotación de los trabajadores en los países que están en vías de desarrollo. El tercer dogma es la privatización y el desmantelamiento de los servicios públicos en beneficio de los intereses empresariales. Los instrumentos de la globalización y sus dogmas son las instituciones financieras internacionales y los medios de comunicación electrónica. Instituciones como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Interamericano de Desarrollo y la Organización Mundial del Comercio han presionado por el desmantelamiento de las soberanías nacionales y han hecho que la única ley que prevalezca sea la ley del mercado y la del más fuerte. Los medios de comunicación electrónica, muchos de ellos transnacionales, se encargan de producir el consenso y la sumisión ante esta terrible dominación económica, pero también política e ideológica.

Si enmarcamos los factores reales de poder en el proceso de globalización podemos apreciar que las principales amenazas a la independencia y libertad de los ciudadanos y de los servidores públicos del Estado, está en estas inmensas estructuras de poder transnacional y nacional que suelen operar al margen del Estado o que cuando operan a través de él, lo instrumentalizan con el propósito de obtener beneficios que no se corresponden con los de los ciudadanos. Las soluciones a estas amenazas pasan por: 1) preservar al Estado y fortalecerlo mediante la integración de la democracia ciudadana, ello implica democratizar y transparentar sus instituciones; 2) reformar las instituciones internacionales, a fin de abrirlas y democratizarlas; 3) reestructurar el sistema financiero internacional para transparentarlo, hacerlo más justo y menos especulativo; 4) extraer del ámbito del comercio y la mercantilización recursos como la salud, la educación, la cultura, etcétera; 5) mundializar el constitucionalismo y las estructuras constitucionales de control del poder<sup>425</sup> a fin de que las relaciones económicas y otras producto de la globalización no queden al margen del derecho y del control ciudadano; 6) promover un contrato global para la satisfacción de las necesidades básicas de la humanidad, dirigido a suprimir las ilegítimas desigualdades socioeconómicas entre clases, géneros, etnias, regiones y naciones, etcétera.

De lo dicho, cabría preguntarse qué es lo que queda de uno de los atributos clásicos del poder del Estado como ha sido el de la soberanía. Parece ser que se trata de un atributo en crisis. La soberanía implicaba la imposibilidad de existencia de cualquier poder superior al Estado y, por tanto, la ausencia de limitaciones impuestas a él por un poder extraño, ya sea interno o externo; por ello el poder del Estado era el más alto o supremo y también un poder independiente. Igualmente y durante algún tiempo se consideró, aunque esa tesis es ahora unánimemente rechazada, que el poder soberano era

ilimitado. La ilimitación u omnipotencia del Estado no podría aceptarse por ningún motivo, porque eso significaría que el Estado podría suprimir el orden jurídico, la democracia o los derechos humanos. El poder del Estado siempre ha tenido límites. En nuestros tiempos, esos límites son los de los derechos humanos de las personas, y los principios y procedimientos democráticos que se encuentran reconocidos en el orden jurídico de los propios Estados.

Formalmente, otro de los atributos del poder del Estado era la autonomía, lo que entrañaba la capacidad del Estado para determinarse por sí mismo, pues se decía que el poder dejaba de ser soberano si existían limitaciones jurídicas derivadas o impuestas por otro poder. En nuestros días, el poder del Estado es determinado tanto en sentido positivo como negativo por otros poderes. En sentido positivo, porque los Estados están determinados por un derecho internacional público, principalmente referido a los derechos humanos, que se encuentra por encima de ellos, y en sentido negativo, porque hay poderes externos e internos que condicionan, como ya se ha explicado aquí, la capacidad del Estado para determinarse por sí mismo; sin embargo, el Estado contemporáneo sigue conservando algunas capacidades para organizarse políticamente, de darse sus propias normas jurídicas y de actuar de acuerdo con ellas. Es cierto que en el concierto mundial habrá Estados con más autonomía que otros, dependiendo de la solidez de sus instituciones, de la fortaleza de sus sociedades y del nivel de democracia que hayan alcanzado.

En la organización de los Estados federales es conveniente distinguir entre la soberanía del Estado federal y el grado de autonomía de las entidades federativas. Los estados de la República poseen grados de autonomía, mas no soberanía en el sentido clásico, porque aun cuando pueden darse su propio orden jurídico, organizarse políticamente, y elegir y designar autoridades, todo ello deben hacerlo de conformidad con lo establecido en la Constitución. Así, el artículo 40 de la norma fundamental dispone: “Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una Federación establecida según los principios de esta ley fundamental”. Por su parte, el artículo 41 de la Constitución señala que los regímenes interiores de los Estados no pueden contravenir las disposiciones del pacto federal. Y el artículo 133 de la Constitución indica que los jueces de cada entidad federativa deben arreglarse a la Constitución general de la República.

Otro de los atributos que teóricamente se han incorporado al poder, es el de la indivisibilidad o su imposibilidad para ser dividido. Como puede observarse, se trata de un atributo antagónico al de división de poderes o de funciones del Estado. Para algunos, tal antinomia resulta falaz, pues pue-

de haber división de competencias sin que el poder resulte repartido. Desde mi punto de vista, y más allá de lo dispuesto en el artículo 16 de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que decía que la soberanía era una, indivisible, inalienable e imprescriptible, lo cierto es que el poder, desde un punto de vista institucional y jurídico, en los Estados contemporáneos se encuentra repartido entre distintos poderes, órganos, niveles de gobierno y en la pluralidad jurídica de ordenamientos existentes. Desde la vertiente social el pueblo no constituye una expresión caracterizada por la unidad, antes bien, las sociedades de nuestro tiempo son heterogéneas y multiculturales, incluyendo al pueblo que pudiera manifestarse en una asamblea constituyente. Desde una variable política, el signo de los tiempos, es la pluralidad y la diversidad política. En cuanto al ángulo económico, en las sociedades de hoy encontramos a los que tienen el control de las fuerzas productivas y económicas, y también a los que sirven a los tenedores del control.

De acuerdo con el principio de división horizontal del poder, son tres los poderes: el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, según reza el contenido del artículo 49 de la Constitución; sin embargo, en México y en muchos otros países, a esos tres poderes clásicos se han ido agregando otros órganos de carácter constitucional autónomo que no forman parte de ninguno de los tres poderes tradicionales. Entre los órganos constitucionales autónomos que existen en nuestro país podemos mencionar al Banco de México, al Instituto Federal Electoral, y a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Además de la división horizontal del poder, puede existir una división vertical del mismo, que es propia de los Estados federales. En México, el poder verticalmente se divide en tres niveles de gobierno: el federal, el estatal y el municipal, y una forma de organización jurídica especial que es el gobierno del Distrito Federal.

En cuanto a las competencias de los tres poderes tradicionales, podemos decir que la función legislativa consiste en la formulación de normas jurídicas generales; la judicial establece o determina en casos concretos el derecho incierto o controvertido, y la ejecutiva administra y realiza dentro de los límites previstos en las normas generales, una serie de tareas concretas, tendientes a la realización de intereses generales. Es también importante señalar que las competencias de cada poder pueden analizarse desde su formalidad o desde su materialidad. Así, todos los actos que realiza el Legislativo de acuerdo con sus competencias serán formalmente legislativos; sin embargo, el Poder Legislativo efectúa algunas funciones que aunque formalmente sean legislativas, materialmente pueden ser jurisdiccionales o ejecutivas. El legislativo realiza actos materialmente jurisdiccionales cuando conoce de las responsa-

bilidades políticas de los altos servidores públicos del Estado a que se refiere el artículo 110 de la Constitución, o puede efectuar actos materialmente administrativos o ejecutivos, por ejemplo, cuando licita alguna obra o servicio. Lo mismo podemos predicar de los otros dos poderes, cuyas competencias —todas— formalmente serán jurisdiccionales o ejecutivas, pero materialmente algunas de ellas por su naturaleza, contenido o sustancia corresponderían a cualquiera de los otros dos poderes.

#### 4. El cuarto elemento: la cultura

La cultura para Häberle está constituida por los elementos ideales y reales —referidos al Estado y a la sociedad— los cuales no se han alcanzado al mismo tiempo en prácticamente ningún Estado constitucional, pero que apuntan tanto a una situación óptima de lo que debe ser como a una situación posible de lo que es. Esos elementos integrantes de la cultura son:

La dignidad humana como premisa, realizada a partir de la cultura de un pueblo y de los derechos universales de la humanidad, vividos desde la individualidad de ese pueblo, que encuentra su identidad en tradiciones y experiencias históricas, y sus esperanzas en los deseos y la voluntad creadora hacia el futuro; el principio de la soberanía popular, pero no entendida como competencia para la arbitrariedad ni como magnitud mística por encima de los ciudadanos, sino como fórmula que caracteriza la unión renovada constantemente en la voluntad y en la responsabilidad pública; la Constitución como contrato, en cuyo marco son posibles y necesarios fines educativos y valores orientadores; el principio de la división de poderes tanto en sentido estricto, relativo al Estado, como en el sentido amplio del pluralismo; los principios del Estado de derecho y el Estado social, lo mismo que el principio del Estado de cultura abierto; las garantías de los derechos fundamentales; la independencia de la jurisdicción, etcétera. Todo esto se incorpora en una democracia ciudadana constituida por el principio del pluralismo.<sup>426</sup>

Según Häberle, la cultura como conquista de la civilización occidental, debería ser el primer elemento del Estado o por lo menos un elemento esencial. Para este autor, la teoría de los elementos del Estado tiene que estar conjugada con la cultura, es decir, con la Constitución democrática. Lo anterior quiere decir que los elementos clásicos del Estado tienen que ser completados desde la perspectiva de la Constitución. Así, el pueblo debe ser entendido como

conjunto de hombres sometidos a los preceptos del derecho. El territorio debe ser contemplado como un espacio cultural en el que se manifiestan valores individuales y sociales, lo que entraña que no es un *factum brutum*. El poder del Estado está determinado de manera cultural, no actuando de manera natural o puramente física o como fuerza, pues el Estado constitucional se encuentra fundado y limitado normativamente, y se halla al servicio de la libertad cultural. Así habrá tanto Estado como se encuentre constituido en la Constitución, lo que en todo caso sólo es válido en el marco de una teoría constitucional democrática. Todo lo expuesto significa que se debe tomar en serio a la Constitución y que no son admisibles supervivencias autoritarias en el poder público o en la sociedad y, añade Häberle, que si todo el poder del Estado proviene de los ciudadanos que se “encuentran” en la comunidad ciudadana, no queda o debería quedar ningún espacio para un poder estatal extra o preconstitucional. En ese sentido la Constitución debe concebirse como “previa” al Estado, a pesar de la importancia que éste pueda tener o conservar.<sup>427</sup>

## V. La Constitución del Estado

Se suele entender por Constitución del Estado aquel conjunto de normas fundamentales y superiores del ordenamiento —valores, principios y reglas— e instituciones jurídicas fundamentales que regulan la organización y el ejercicio del poder público estatal y garantizan los derechos de los individuos y sus grupos. Las normas e instituciones de la Constitución se refieren a: 1) la estructura básica del Estado, tanto desde el punto de vista de su organización territorial (Estado unitario, regional o federal) como desde el punto de vista de su organización funcional, es decir, de los distintos mecanismos mediante los cuales se adoptan las decisiones políticas: regulación de las funciones del presidente, del Congreso, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, etcétera; 2) los principios valorativos que inspiran toda esa organización y que señalan las metas que han de perseguirse con su actuación, y 3) la garantía y protección de los derechos fundamentales y libertades públicas en cuanto fundamento del Estado y del propio sistema jurídico.

En México se dice que toda Constitución posee una parte dogmática (el catálogo o conjunto de derechos fundamentales) y una parte orgánica (la organización y distribución de competencias del poder público). Algunos añaden como elemento determinante para que haya Constitución, el prin-

cipio de supremacía constitucional que como elemento fundamental explica la jerarquía de las normas, la validez jurídica y el sistema de fuentes en el ordenamiento.

Por mi parte considero —atendiendo a la evolución del Estado de derecho de nuestro tiempo que se denomina por algunos autores como Estado constitucional y democrático de derecho—<sup>428</sup> que toda Constitución debería contar con los siguientes elementos: 1) catálogo amplio y con garantías suficientes de protección de los derechos fundamentales de las distintas generaciones de derechos; 2) organización democrática del poder, es decir, una construcción de las instituciones públicas de abajo, desde la ciudadanía, hacia arriba, a los gobernantes; 3) supremacía constitucional que haga efectiva la idea de Constitución normativa, esto es, una Constitución en donde coincida la facticidad (el ser) con la propia norma constitucional (el deber ser); 4) mecanismos suficientes de defensa o control constitucional a disposiciones de los ciudadanos y autoridades, para que no exista decisión o acto de autoridad ajeno al control constitucional; 5) instrumentos participativos y deliberativos para que la democracia no sólo sea de carácter representativo-electoral sino que el ciudadano pueda tener medios y armas jurídicas para influir en sus gobernantes en aquellos periodos en donde no hay elecciones; 6) mecanismos anticorrupción que realicen la transparencia en el funcionamiento de las instituciones y que obliguen a la rendición de cuentas de los gobernantes, y 7) instrumentos de control jurídico y democrático por el gobierno y los ciudadanos a los poderes fácticos (intereses transnacionales, medios de comunicación electrónica, partidos, sindicatos, Iglesias, organizaciones empresariales, etcétera).

Existen distintos tipos de Constituciones. Una de las más famosas tipologías es la de Loewenstein, que aludió a las Constituciones semánticas, nominales y normativas. Las Constituciones semánticas son aquellas en donde las normas constitucionales y el ordenamiento jurídico en su conjunto no limitan al poder, al contrario, la Constitución es instrumento para regular el poder a conveniencia de quien lo posee y para estabilizar y eternizar su intervención y dominio en la comunidad. La Constitución nominal es aquella que a pesar de su perfección formal normativa no es observada en la realidad ni por los gobernantes ni por los ciudadanos. En cuanto a la Constitución normativa, ésta garantiza los derechos fundamentales y postula un régimen democrático que sí es acatado en la realidad.<sup>429</sup> Las Constituciones semánticas son propias de regímenes totalitarios o autoritarios, las nominales existen en sistemas políticos subdesarrollados y poco institucionalizados, y las normativas son expresión de Estados constitucionales y democráticos de derecho.



Durante el siglo XIX en Europa y dependiendo de la correlación de fuerzas, del nivel de dominio que ejercía el monarca sobre la burguesía o, de la burguesía sobre el monarca, se habló de Constituciones otorgadas, pactadas e impuestas. Las otorgadas emanaban de la voluntad del monarca que se autolimitaba en ellas. Las pactadas reflejaban una situación de equilibrio entre partes en lucha, y las impuestas reflejaban el triunfo de la burguesía.

Otro criterio de clasificación de la Constitución alude a las Constituciones escritas y consuetudinarias. En las escritas hay un texto definido que recoge las normas y las instituciones. Ejemplos de Constituciones escritas son la mexicana y la de los Estados Unidos. Las Constituciones consuetudinarias o no escritas no se encuentran recogidas en un texto normativo. Un ejemplo de Constitución consuetudinaria es la de la Gran Bretaña, aunque se debe señalar que en Gran Bretaña existen numerosos documentos que contienen normas constitucionales escritas como la Magna Carta (1215), el Agreement of the People (1649), el Instrument of Government (1653), el Bill of Rights (1688), el Act of Settlement (1701), los Parliament Act (1911 y 1949), y la Crown Proceeding Act (1947), etcétera.

También es posible distinguir entre Constituciones breves y extensas. La Constitución breve más conocida es la de los Estados Unidos, en vigor desde 1787, que cuenta con siete artículos y 27 enmiendas. América Latina, es ejemplo de Constituciones extensas, la reciente Constitución ecuatoriana cuenta con 444 artículos.

Un criterio clasificador de Constituciones está en función de su mayor o menor facilidad de reforma. Esta distinción la hizo James Bryce quien distinguió entre Constituciones flexibles que se pueden reformar por las mismas autoridades y procedimientos que las leyes secundarias, y Constituciones rígidas que necesitan de autoridades específicas y de un procedimiento reforzado o cualificado para modificar o cambiar los preceptos de una Constitución.<sup>430</sup> México tiene formalmente una Constitución rígida, que para ser reformada necesita de un órgano especial —el poder revisor— y de un procedimiento agravado que se encuentra previsto en el artículo 135 de la norma fundamental, mismo que establece:

La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerde las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados. El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente, en su caso, harán el cómputo de los votos de las Legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas.

Desde la ciencia política se distingue entre Constituciones de compromiso y de hegemonía, según surjan del acuerdo entre fuerzas políticas contrapuestas, o sean fruto de una situación de predominio político. Las Constituciones de compromiso se han dado después de las negociaciones exitosas de una transición a la democracia, tal es el caso de la Constitución Española de 1978. Las Constituciones de hegemonía implican el predominio de una fuerza política sobre las demás; las Constituciones mexicanas de 1857 y 1917 son más Constituciones de hegemonía que de compromiso.

Las Constituciones también pueden ser clasificadas según su orientación ideológica preponderante: liberales, demoliberales, socialistas, autoritarias, totalitarias, etcétera. Una clasificación reciente discriminaría entre Constituciones dúctiles y Constituciones no dúctiles. Las dúctiles tendrían capacidad para adaptarse a las circunstancias cambiantes de la sociedad y las otras tendrían dificultades para hacerlo.

## VI. El Estado de derecho y su evolución

Se dice que el Estado de derecho no designa ninguna realidad, sino un ideal, el ideal de las instituciones públicas sometidas a las leyes igual que los gobernados. El Estado de derecho no ha existido nunca como obra ya dada, y tampoco, jamás, de una vez para siempre. Es una vara de medir ideal de las actuaciones de las instituciones públicas, de las personas que las rigen, respecto del acatamiento de las leyes, excluye que se pueda predicar descriptivamente de ninguno de los Estados existentes. Es un ideal regulativo según la expresión kantiana que debe guiar la orientación de las normas, instituciones, conductas, interpretaciones y argumentaciones de la autoridad.<sup>431</sup>

Existen modelos diversos de Estado de derecho, dependiendo de la profundidad que se quiera dar al concepto; sin embargo, existen categorías básicas o iniciales que no se pueden perder de vista, entre ellas se destacan: la limitación y control del poder, su origen en la soberanía popular y, su destino, los derechos fundamentales. De acuerdo con la amplitud y contenido de los elementos del Estado de derecho, éste será más o menos apto para promover derechos humanos y limitar al poder. Como desde hace tiempo se dijo, Estado de derecho no implica sólo que el Estado produzca y tenga leyes o normas,<sup>432</sup> pues un Estado dedicado a la producción normativa, sin límites al poder, sin base en la soberanía y sin derechos humanos, no es un Estado de derecho. La experiencia histórica del autoritarismo y del totalitarismo así lo demuestra. La pura legalidad no implica que haya Estado de derecho.

Hoy estamos viendo surgir un nuevo tipo o modelo de Estado de derecho. Menos interventor más regulador. La crisis del Estado del bienestar, el tipo de Estado que estuvo en vigor desde la década de los treinta hasta la de los ochenta del siglo xx, ha orientado a un replanteamiento de todo el esquema. Nuevos factores ponen en riesgo la supervivencia del mismo Estado. Es evidente que la crisis de la soberanía por el impacto de la globalización obliga a repensar temas como la necesidad de un constitucionalismo mundial;<sup>433</sup> también la sociedad se fragmenta cada vez más y es importante plantearla en términos multiculturales o pluriétnicos; minorías más activas exigen la garantía de sus derechos; los medios de comunicación electrónica intentan suplantar la esfera pública participativa y deliberativa que se pudo ir construyendo paulatinamente en las etapas previas, aunque nunca se haya logrado concluir esa tarea; la Constitución adquiere un rango normativo desconocido hasta entonces, y se entiende que el imperio es sobre todo de los derechos, más que de la ley. Sin lugar a dudas, este tipo nuevo de Estado tiene un garante, no en el legislador del siglo xix, o el administrador público de buena parte del xx, sino en el juez constitucional. En el nuevo Estado constitucional de derecho se replantea la noción de democracia, ya no basada exclusivamente en la noción de regla de las mayorías; ahora se insiste en el papel limitador y de control al poder que ejercen unos derechos fundamentales garantizados por el juez constitucional; muchas de las categorías jurídicas tradicionales se reformulan, tales como la legalidad, la división de poderes, el control de la constitucionalidad, la estatalidad y la coactividad del derecho. De la interpretación de las normas como ejercicio mecánico y silogístico, se pasa a la argumentación y de aquí a la hermenéutica.<sup>434</sup>

Los elementos más básicos de todo Estado de derecho como institucionalización jurídica de la democracia implicarían: 1) principio de legalidad que entraña la actuación del gobernante sometida a la ley, en nuestra época habría que agregar que sobre todo a la ley suprema, la Constitución; 2) la ley debe ser producto de la libre participación y representación de los integrantes del grupo social, es decir, por medio de la voluntad de todos, lo que exige correctivos muy fuertes a la democracia representativa para lograrlo (esos correctivos son los de la democracia participativa y deliberativa); 3) la principal ley es la Constitución. La validez jurídica se determina desde la Constitución por lo que los mecanismos de control constitucional deben funcionar efectivamente para lograr ese propósito; 4) división del poder, tanto vertical como horizontal, pues el Estado de derecho es incompatible con cualquier esquema de concentración de poder, por lo que la descentralización del poder y el federalismo deben ser llevados a sus últimas consecuencias; 5) control del poder y fiscalización del mismo, es decir, el Estado de derecho

implica fuertes mecanismos de *accountability* vertical y horizontal. Respecto a estos últimos es impensable un Estado de derecho sin mecanismos eficaces como tribunales constitucionales, de legalidad, contencioso-administrativos, ministerios públicos autónomos, órganos de control interno y externo de la actividad económico-financiera del Estado, además de instrumentos vigorosos de control social o ciudadano del poder, y 6) protección plena —con suficientes garantías— a los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y a las nuevas generaciones de derechos.

En estos dos siglos, el Estado de derecho, teóricamente fue primero liberal —siglo XIX—, social o del bienestar después —primera mitad del siglo XX— y, en este momento, sobre todo, constitucional. Bien podríamos decir, a nivel normativo, que el Estado de derecho de nuestra época debería ser un Estado liberal, social, democrático y constitucional de derecho. Un Estado de derecho de este tipo debe agregar a su catálogo de derechos humanos, la protección de las minorías étnicas, sexuales, de los inmigrantes, debe tener relación con la paz y con el medio ambiente. El Estado de derecho de esta época “como institucionalización jurídica de la democracia” se identifica con la idea de unos derechos humanos fuertes, en donde ni las mayorías legislativas pueden decidir sobre los mismos para restringirlos o para impedir su desarrollo.<sup>435</sup> Los derechos en el nuevo esquema de Estado constitucional vienen protegidos, blindados por un texto rígido, la Constitución, y gozan de garantías jurisdiccionales que permiten declarar la invalidez de aquellas normas que los desnaturalicen. El proceso democrático puede decidir la mayor expansión de los derechos pero nunca su restricción o limitación. Hoy en día es incompatible con un Estado constitucional democrático de derecho, la vulneración, por acción o por omisión, de ese núcleo relativamente rígido de derechos básicos, de mínimos indisponibles para las mayorías legislativas en nombre de la protección de todos los ciudadanos.<sup>436</sup>

Al Estado de derecho se le suele agregar el elemento de la *accountability* o de rendición de cuentas. Guillermo O’Donnell señala que el Estado de derecho debe ser genuinamente democrático, asegurar los derechos políticos, las libertades civiles y los mecanismos de *accountability*,<sup>437</sup> pues ello preserva la igualdad política, evita los abusos del poder estatal y privado. Según O’Donnell, sólo cuando el Estado afirma y promueve las dimensiones democráticas de derechos, la igualdad y la *accountability*, son los gobiernos sensibles a los intereses y demandas de la mayoría de la ciudadanía. Los mecanismos de *accountability* son desde el punto de vista de O’Donnell, la piedra de toque, el elemento angular del Estado de derecho y tienen por propósito

limitar el poder democrática y jurídicamente, a través de la exigencia de rendición de cuentas de los gobernados a los gobernantes. Todos los mecanismos de *accountability* tienen el mismo objetivo que es el de supervisar, exigir cuentas, vigilar, fiscalizar, reclamar y sancionar al poder, ya sea público o privado: 1) la *accountability* vertical-electoral propone la existencia de elecciones competitivas, limpias y equitativas para que el gobernante tenga origen democrático y rinda cuentas durante su mandato; 2) la *accountability* vertical-social es ejercida por los ciudadanos a través de los medios de democracia directa como el referéndum, el plebiscito, la consulta, la revocación de mandato, etcétera, y busca perfeccionar la pura democracia representativa y prevenir, conocer, compensar, refrendar, rechazar o castigar actos u omisiones de los funcionarios públicos, y 3) la *accountability* horizontal a cargo de instituciones autorizadas del Estado como el Poder Judicial, los órganos de transparencia y acceso a la información pública, el ministerio público, las comisiones de derechos humanos, las auditorías superiores de fiscalización, tanto estatales como de la federación, son para conocer y exigir información pública, y para vigilar, supervisar, prevenir, compensar y sancionar actos de funcionarios públicos. Para O'Donnell, la *accountability* horizontal da al Estado de derecho efectividad, pues en el Estado de derecho no basta una legislación adecuada sino también redes de instituciones estatales que converjan para asegurar la efectividad de un sistema legal.<sup>438</sup>

Sin embargo, los controles verticales de carácter electoral y los horizontales de carácter institucional deben ser complementados con la participación ciudadana, es necesario contar con una sociedad civil activa y medios de comunicación autónomos.<sup>439</sup> La sociedad civil debe contar con instrumentos jurídicos para ejercer la supervisión y vigilancia a las autoridades. Estas armas consisten en instrumentos de democracia directa como el referéndum, la revocación del mandato y la iniciativa legislativa popular. En su diseño y ejecución estas vías no deben ser administradas por alguno de los poderes tradicionales, sino por órganos constitucionales autónomos como las autoridades electorales y con la propia supervisión ciudadana. A los mecanismos de democracia directa deben agregarse otros, tal como la posibilidad de que sectores sociales puedan proponer ante las cámaras del Congreso comisiones especiales, ya sea de investigación o de otro género. En la planeación, programación e implementación de políticas y programas públicos debe considerarse legalmente la intervención de la sociedad en cada una de las etapas del procedimiento. En el ámbito del Poder Judicial, se debe prever la acción ciudadana o popular de inconstitucionalidad, la protección de intereses difusos o colectivos, la derogación del concepto “interés jurídi-

co” en los litigios de naturaleza pública o que no atañan a intereses privados, la incorporación de la figura del *amicus curiae* y, desde luego, la participación de los ciudadanos en los procesos de designación de las titularidades judiciales y de órganos autónomos más importantes. Las medidas anteriores en los tres poderes y en los órganos constitucionales autónomos, deben venir acompañadas por normas de acceso a la información y transparencia más amplias que las actuales. Sobre todo, la necesaria transparencia en los procedimientos administrativos, legislativos, judiciales y en los de los órganos autónomos.

La sociedad civil debe contar con otros medios de control, tales como las auditorías ciudadanas, los *ombudsman* sociales, las diferentes vías de movilización social, y con la garantía de que se respetarán formas de protesta sociales como la resistencia, la desobediencia civil y la objeción de conciencia.<sup>440</sup> De lo que se trata es que la sociedad civil siempre cuente con armas, de preferencia jurídicas, para supervisar, vigilar y controlar a las instituciones y a los responsables de éstas. La idea es que la sociedad civil promueva condiciones más participativas y deliberativas en el mundo institucional y social. Se pretende generar un debate sobre cuestiones tales como los mandatos imperativos respecto a los gobernantes electos, que pueden favorecer políticas deliberativas y obligar a la comunidad a llegar a un acuerdo sobre lo que se va exigir a sus mandatarios; de insistir en la representación por grupos, dado que ésta puede constituir una forma de resolver problemas sociales o económicos que parecen irresolubles; obligar a los medios de comunicación a ocuparse de cuestiones de interés público y de hacerlo confrontando varios puntos de vista, subsidiando expresiones o voces no escuchadas por ser minoritarias, y poniendo a su alcance de forma gratuita a los medios de comunicación electrónica para ventilar sus puntos de vista; consultar a los sectores afectados antes de la aprobación de políticas públicas o leyes; descentralizando decisiones, etcétera.<sup>441</sup> En este sentido, las políticas de género o respecto a minorías deben tener prioridad para generar más condiciones participativas y deliberativas sobre las diferentes concepciones de vida.

Como dice Böckenförde, un pueblo que organiza y establece su vida democrática debe tener la fuerza y la disposición adecuada para perseverar. La democracia, así, es una forma de Estado ambiciosa, incluso probablemente difícil, y su condición de existencia es que existan unos amplios cimientos de cultura política.<sup>442</sup>

## VII. Recapitulación

El Estado moderno es producto de la cultura occidental y se basa en una burocracia profesional y en un derecho racional que actúan en un territorio y sobre una población asentada en él. Entre las condiciones y circunstancias que dieron lugar al Estado moderno podemos mencionar las siguientes: *a)* el descubrimiento de nuevas fuentes de riqueza en el viejo y en el nuevo mundo; *b)* el cambio en los métodos de cultivo que pusieron fin al feudalismo; *c)* la invención de la imprenta que minó el monopolio cultural de la Iglesia; *d)* la constitución de ejércitos nacionales; *e)* la Reforma protestante que entrañó la secularización de las sociedades; *f)* ciertos medios de propiedad privada que se transforman en medios públicos orientados hacia fines políticos unitarios; *g)* la evolución en la administración de los recursos públicos y con ello la aparición de una burocracia profesional de carácter público, y *h)* el desarrollo de un sistema jurídico válido para todo un territorio originado en órganos de autoridad y no en la costumbre o en la fe.

La teoría del Estado de nuestro tiempo entiende que el Estado moderno nace con el Estado absoluto, con posterioridad a la Revolución francesa surge el Estado de derecho, que se ha manifestado como: *1)* el Estado liberal abstencionista del siglo XIX basado en el principio de legalidad (las autoridades sólo pueden hacer todo aquello que las normas autorizan y los particulares todo aquello que las normas no prohíben) y en los derechos humanos de la primera generación; *2)* el Estado social asistencial (Estado del bienestar) que ocupa casi todo el siglo XX y llega hasta aproximadamente la década de los ochenta de ese siglo, preocupado por el establecimiento de políticas públicas a favor de los derechos económicos, sociales y culturales con fuerte intervencionismo del Estado en la economía; *3)* el Estado democrático de la segunda mitad del siglo XX que se consolida en Europa y en otras partes del mundo después de la crisis de los regímenes políticos totalitarios y autoritarios y su sustitución por regímenes de democracia representativa, y *4)* en nuestros días, el Estado constitucional que se caracteriza: a nivel político y económico por una fuerte tendencia a la privatización de lo público y por la pérdida de soberanía del Estado en beneficio de entidades supranacionales o en provecho de empresas multinacionales, y en el nivel jurídico por el pluralismo jurídico, la pérdida de imperatividad, estatalidad y coactividad del derecho y su sustitución por la concepción del derecho como argumentación y con una fuerte presencia del juez constitucional por encima de los otros poderes y órganos públicos.

El Estado moderno tiene que ver con un dominio o poder de carácter institucional y jurídico que en un territorio monopoliza la fuerza física legí-

tima respecto a una población. Lo anterior, sin embargo, plantea problemas en torno a la legitimidad del dominio o del poder. Esto es, si es válido admitir cualquier forma o manifestación del poder o, si el poder, para ser válido y respetado, debe orientarse a determinados fines y ejercerse mediante límites y controles de carácter racional.

Para Max Weber, la legitimidad del poder asume tres formas. Puede legitimarse en las cualidades excepcionales que se atribuyen a un líder —legitimidad carismática—; también puede legitimarse en la creencia de lo que siempre existió —legitimidad tradicional—, y en la creencia en la legalidad —legitimidad legal o racional—. Esta última es la que ha caracterizado al Estado de derecho en los dos últimos siglos.

Jürgen Habermas propone que el poder y el orden jurídico se legitimen a través del poder comunicativo, lo que supone la negación de relaciones asimétricas e injustas en la sociedad. Se trata de la capacidad que como personas tenemos para interactuar con los otros e influirnos recíprocamente en el contexto de un diálogo racional en el que las diferencias de poder político, ideológico o económico no sean obstáculo para alcanzar acuerdos sobre las instituciones y principios que rigen a una sociedad. El diálogo racional de Habermas no puede darse en situaciones de violencia física o moral o ahí donde las diferencias económicas o sociales se usen para que unos estén en la discusión racional por encima de otros. Tal diálogo racional exige de un procedimiento transparente, participativo, que brinde igualdad de oportunidades a los participantes, y que no sofoque la crítica ni la propia discusión. La finalidad de Habermas es la de democratizar las instituciones públicas, poner límites al poder como dominación, y aumentar los espacios sociales e institucionales regidos por el poder de la persuasión y la argumentación racional.

El pluralismo jurídico y las zonas o espacios en donde no interviene el control jurídico del Estado ponen en entredicho la idea de que toda norma jurídica es creada por el Estado. De esta suerte, el Estado no es sólo el ordenamiento jurídico que tiene por finalidad general ejercer el poder soberano sobre un determinado territorio y al que están subordinados de forma necesaria los individuos que le pertenecen.

Los elementos del Estado son el territorio, la población, el poder y la cultura. El territorio es la porción del espacio en que el Estado ejercita su poder, es el ámbito espacial de validez en donde se aplica el ordenamiento jurídico. La población está constituida por los seres humanos que pertenecen a un Estado, es el ámbito personal de validez sobre quién se aplica el ordenamiento jurídico. El poder es la capacidad que tiene un individuo o grupo para afectar el comportamiento de otros, jurídicamente se realiza mediante la competencia del Estado para crear y aplicar normas jurídicas coactivas. La



cultura entraña la incorporación al Estado de la Constitución normativa en la que tienen vigencia efectiva los derechos fundamentales y la democracia.

Las normas e instituciones de la Constitución se refieren a: 1) la estructura básica del Estado, tanto desde el punto de vista de su organización territorial (Estado unitario, regional o federal) como desde el punto de vista de su organización funcional, es decir, de los distintos mecanismos mediante los cuales se adoptan las decisiones políticas: regulación de las funciones del presidente, del Congreso, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, etcétera; 2) los principios valorativos que inspiran toda esa organización y que señalan las metas que han de perseguirse con su actuación, y 3) la garantía y protección de los derechos fundamentales y libertades públicas en cuanto fundamento del Estado y del propio sistema jurídico.

En México se dice que toda Constitución posee una parte dogmática (catálogo o conjunto de derechos fundamentales) y una orgánica (organización y distribución de competencias del poder público). Algunos añaden como elemento determinante para que haya Constitución, el principio de supremacía constitucional que como elemento fundamental explica la jerarquía de las normas, la validez jurídica y el sistema de fuentes en el ordenamiento.

Por mi parte considero —atendiendo a la evolución del Estado de derecho de nuestro tiempo, que se denomina por algunos autores como Estado Constitucional y democrático de derecho— que toda Constitución debería contar con los siguientes elementos: 1) catálogo amplio y con garantías suficientes de protección de los derechos fundamentales de las distintas generaciones de derechos; 2) organización democrática del poder, es decir, una construcción de las instituciones públicas de abajo, desde la ciudadanía, hacia arriba, a los gobernantes; 3) supremacía constitucional que haga efectiva la idea de Constitución normativa, esto es, una Constitución en donde coincida la facticidad (el ser) con la propia norma constitucional (el deber ser); 4) mecanismos suficientes de defensa o control constitucional a disposiciones de los ciudadanos y autoridades, para que no exista decisión o acto de autoridad ajeno al control constitucional; 5) instrumentos participativos y deliberativos para que la democracia no sólo sea de carácter representativo-electoral sino que el ciudadano pueda tener medios y armas jurídicas para influir en sus gobernantes en aquellos periodos en donde no hay elecciones; 6) mecanismos anticorrupción que realicen la transparencia en el funcionamiento de las instituciones y que obliguen a la rendición de cuentas de los gobernantes, y 7) instrumentos de control jurídico y democrático por el gobierno y los ciudadanos a los poderes fácticos (intereses transnacionales, medios de comunicación electrónica, partidos, sindicatos, Iglesias, organizaciones empresariales, etcétera).

## Cuestionario

---

1. ¿Cómo surge el Estado moderno? ¿cuáles fueron las circunstancias que lo hicieron surgir?
2. ¿Cómo define Max Weber al Estado moderno?
3. Explique el proceso de evolución del Estado de derecho.
4. ¿Por qué el poder, el Estado y el derecho deben ser legítimos?
5. Explique las tres formas de legitimidad según Max Weber.
6. Exponga las ideas sobre la legitimidad en Habermas, Offe, Luhmann y Rawls.
7. ¿En qué casos el derecho y el Estado no se manifiestan unidos?
8. Explique los elementos de impenetrabilidad e indivisibilidad del territorio.
9. ¿Por qué no puede dejarse en manos de las mayorías parlamentarias a los derechos fundamentales?
10. ¿En dónde se encuentran previstos los derechos fundamentales?
11. Explique las posiciones jurídicas subjetivas de los derechos fundamentales.
12. ¿Qué son los derechos políticos?
13. Enumere las obligaciones de los mexicanos y de los ciudadanos.
14. Explique la nacionalidad por nacimiento y por naturalización.
15. ¿Cuáles son las restricciones de los extranjeros en materia de derechos políticos?
16. Explique el poder económico, ideológico y el político.
17. Explique el concepto de soberanía y por qué se encuentra en crisis.
18. Distinga entre soberanía de la Federación y autonomía de las entidades federativas.
19. ¿En qué consiste el dogma de la indivisibilidad del poder?
20. Explique el principio de división de poderes, tanto horizontal como vertical.

21. ¿Qué son los órganos constitucionales autónomos?
22. Exponga las competencias formal y materialmente legislativas, judiciales y administrativas del Estado.
23. ¿En qué consiste la cultura como elemento del Estado según Häberle?
24. ¿Cuáles son los elementos de la Constitución que propone el autor?
25. ¿Cuáles son los elementos mínimos de un Estado de derecho?