

## CAPÍTULO SEXTO

### JUSTICIA CONSTITUCIONAL, DERECHOS HUMANOS Y DEMOCRACIA\*

La última ola democratizadora en América Latina hizo pensar a muchos que había llegado la hora para transitar —como ya se estaba operando en Europa desde hacía muchos años— de un Estado legislativo o legal hacia un Estado constitucional de derecho. En los últimos años, sin embargo, se percibe en la región, como dijo algún analista político, una “epidemia de poderes especiales” en Venezuela, Bolivia, Ecuador, Nicaragua y Argentina. En este contexto no es raro, como sucedió hace 15 o 20 años, que la ciudadanía dirija la mirada hacia el Poder Judicial. La diferencia es que ahora no estamos saliendo de dictaduras, sino que venimos de regreso de la oleada democrática. En este marco emergente del Poder Judicial en contextos democráticos, o mejor, en países en transición democrática, en el que las cortes presentan el lado oscuro y luminoso de las decisiones, aciertos e inconsistencias y en la que aún no sabe cómo reaccionar frente al debate abierto y público, que en ocasiones ella misma provoca, y reforzada la facultad de estos órganos judiciales para controlar la constitucionalidad de las normas jurídicas —leyes o decretos, por ejemplo— que dictan los órganos democráticos, legislativo o ejecutivo, la pregunta parece pertinente: ¿debe asumir la Corte este papel tan relevante?

Tal será la interrogante que servirá de hilo conductor en este capítulo. Acompañó su respuesta con dos temáticas finales que tienen que ver con la importancia de la democracia para legi-

\* Una versión previa de este capítulo fue publicada en Gómez, Rodolfo y Díez, Rodrigo (coords.), *Teoría del derecho y argumentación jurídica*, México, Porrúa-Escuela Libre de Derecho, 2013.

timar al Estado en la salvaguarda de los derechos humanos. La primera retoma el debate entre dos tipos posibles de concepciones sobre la democracia, la deliberativa y la procedimental; la segunda, resalta el valor de la democracia constitucional frente al Estado de excepción y la tentación de apelar al mismo en un clima de creciente violencia e inseguridad.

### I. DIFICULTAD CONTRAMAYORITARIA Y ALGUNOS CRÍTICOS: DWORKIN, GARZÓN VALDÉS Y FERRAJOLI

Desde la teoría y filosofía jurídicas, el debate ha girado en torno al control judicial de constitucionalidad a partir de la ya célebre dificultad contramayoritaria. Asumiendo con seriedad esta dificultad, el propósito de este capítulo es argumentar en favor de la justicia constitucional como condición necesaria, pero no suficiente, para la existencia de un Estado democrático y social de derecho. Este último entendido bajo una concepción sustantivista de la democracia por la que el reconocimiento, garantía y promoción de los derechos humanos ocupa un lugar central.

El debate, como sabemos, se ha planteado entre dos extremos: o la autorrestricción judicial a partir del principio de división de poderes y de una concepción de la democracia formalista (los jueces carecen de legitimidad democrática y son los menos autorizados para controlar la legalidad y constitucionalidad de las normas), o bien, el activismo judicial y el decisionismo sin contrapesos democráticos que, pese a los riesgos, posibilitaría, entre otras cosas, la salvaguarda de los derechos humanos —y de manera relevante el de las minorías— consagrados en la Constitución. Tengo la impresión que cuando se plantea este debate se hace por lo general imaginando las posiciones en estado puro y contraponiendo los antimodelos desde una u otra posición: o el tipo ideal de parlamento *vs.* una “visión apocalíptica de la jurisdicción”, o el parlamento convertido “en verdaderas agencias de gestión de intereses corporativos” *vs.* el ideal de juez imparcial

e incorrupto.<sup>1</sup> Resulta tan pernicioso hacer valer el argumento contramayoritario en países en procesos de democratización y buscar *in extremis* la legitimidad judicial de origen, digamos por vía electoral;<sup>2</sup> como defender el control de constitucionalidad dando luz verde a un decisionismo judicial reaccionario y aristocrático. Creo, además, que se maneja la falsa idea, como bien lo ha demostrado Christian Courtis, que la autorrestricción judicial conduce a decisiones de tipo conservador, mientras que el activismo judicial conduce a decisiones de tipo progresista, cuando lo cierto es que nada impide pensar que el activismo judicial pueda tener tintes conservadores.<sup>3</sup>

El constitucionalista estadounidense Alexander Bickel advirtió sobre la dificultad contramayoritaria con los siguientes términos:

La dificultad radical es que el control judicial de constitucionalidad es una fuerza contramayoritaria en nuestro sistema... cuando la Suprema Corte declara inconstitucional una sanción legislativa o una acción de un Ejecutivo electo, ella tuerce la voluntad de los representantes del pueblo real de aquí y ahora... El control judicial pertenece del todo a una pecera diferente de la democracia, y ésa es la razón de que se pueda hacer la acusación de que el control judicial es antidemocrático.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Véase Bayón, Juan Carlos, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en Betegón, Jerónimo *et al.* (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Sociales, 2004, p. 100, n. 92, en donde cita críticamente a Perfecto Andrés Ibáñez.

<sup>2</sup> En un caso insólito, la Nueva Constitución Política de Bolivia, en vigor desde el 7 de febrero de 2009 tras ser aprobada en referéndum, contempla en su artículo 182, párrafo I, que: “Los Magistrados y las Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia serán elegidos y elevados mediante sufragio universal”. Para un comentario crítico a la “nueva oleada de reformas [constitucionales] en Latinoamérica, véase Gargarella, Roberto, “Cambiar la letra, cambiar el mundo”, *El País*, Madrid, 13 de octubre de 2008.

<sup>3</sup> Courtis, Christian, “Reyes desnudos. Algunos ejes de caracterización de la actividad política de los tribunales”, en Carbonell, Miguel *et al.* (comps.), *Jueces y derecho. Problemas contemporáneos*, México, Porrúa-UNAM, 2004, pp. 410 y ss.

<sup>4</sup> Bickel, Alexander, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court and the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press, 1962, pp. 16 y ss.

Las circunstancias de la “dificultad contra-mayoritaria”, en términos de Víctor Ferreres,<sup>5</sup> podrían resumirse en las tres siguientes:

- 1) *La menor legitimidad democrática de origen del juez constitucional.* La ley que hay que enjuiciar proviene de un Congreso elegido periódicamente por el electorado, por sufragio universal. El juez constitucional, en cambio, no es elegido periódicamente por el electorado por sufragio universal. En México el Ejecutivo federal (el presidente de la República) propone una terna al Senado y éste elige al futuro ministro de la Suprema Corte entre los miembros de la terna presentada. En esta elección no participa la Cámara de Diputados.
- 2) *La rigidez de la Constitución.* El Congreso no puede neutralizar fácilmente (a través de la reforma constitucional) la decisión del juez constitucional de declarar inválida una ley, pues la Constitución sólo puede reformarse a través de un procedimiento gravoso. En México de acuerdo con el artículo 135 de la Constitución “se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de los legisladores de los Estados”.
- 3) *La controvertibilidad interpretativa de la Constitución.* La interpretación del texto constitucional es problemática (especialmente en materia de derechos y libertades), dada la abundancia de “conceptos esencialmente controvertidos” y de colisiones entre las diversas disposiciones.

Con respecto a esta última circunstancia, vale decir que si se parte de la idea de que el juez sólo se limita a aplicar la ley o la Constitución sin valorarla, la falta de legitimidad democrática

<sup>5</sup> Ferreres, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 42-45.

del juez parecería no ser relevante. Su actividad sería la de un técnico o la de un científico, y éstos no son seleccionados por el voto mayoritario. Pero si se acepta que la tarea del juez es sustancialmente valorativa —ponderación de los principios básicos de moralidad social y en los distintos pasos de la interpretación jurídica— surge la siguiente pregunta: ¿quién es un juez para sustituir al pueblo en general y a sus órganos más directamente representativos en tales valoraciones?

Si aceptamos con seriedad la dificultad contramayoritaria, la pregunta a responder sería la siguiente: ¿qué razones justificarían un papel activo de los jueces en el contexto de un Estado democrático de derecho? Digo aceptando con seriedad esta dificultad, porque existen teorías que la niegan o simplemente minimizan su importancia. Tal es el caso de Ronald Dworkin cuando justifica la necesidad de la justicia constitucional porque son los jueces los encargados de velar por las precondiciones de la democracia. Lo que esto supone es que el juez debe acertar en sus decisiones para compensar el costo democrático que supone anular una ley votada por el Congreso. Es claro que Dworkin acepta que los jueces se equivocan, pero se equivocan menos que los congresistas. La pregunta entonces es por qué los jueces se equivocan menos que los congresistas o por qué aciertan más veces.<sup>6</sup> Las respuestas a estas preguntas no quedan muy claras en la propuesta dworkiniana, menos aún, cuando el propio Dworkin, como hace notar Bayón, sostiene que la decisión constituyente acerca de si han de constitucionalizarse derechos como “triumfos frente a la mayoría” debe adoptarse mediante un referéndum, es decir, bajo un criterio mayoritario.<sup>7</sup>

Otro caso es el de Ernesto Garzón Valdés cuando argumenta que en regímenes democráticos se requiere que el juez “cultive una firme adhesión interna a las normas básicas del sistema y,

<sup>6</sup> Véase Dworkin, Ronald, “Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise”, *Freedom's Law*, Harvard University Press, 1996.

<sup>7</sup> Véase Bayón, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 88. Bayón cita a Dworkin en “Constitutionalism and Democracy”, *European Journal of Philosophy* 3, 1995, p. 10.

por otra, que mantenga una manifiesta imparcialidad con respecto a los conflictos de intereses que tiene que resolver”.<sup>8</sup> El juez adopta frente a las normas básicas del sistema, en términos de H. Hart, un “punto de vista interno”, que a diferencia del “punto de vista externo”, no se apoya en razones prudenciales de costo-beneficio o de negociación-compromiso. Este último es el ámbito reservado a lo político: “La función de los jueces supremos, continúa Garzón, no consiste en expresar en sus fallos la voluntad popular sino, por el contrario, en poner límites a los posibles extravíos inconstitucionales de los representantes de esa voluntad”.<sup>9</sup>

La pregunta, entonces, es ¿cómo garantizar la independencia judicial si los jueces son designados finalmente, por el poder político? Garzón menciona, por ejemplo, la elección de los jueces por un periodo determinado sin posibilidad de reelección, y no de por vida, o bien, la designación de los jueces con la aprobación de los dos tercios del Parlamento, y podríamos añadir otras disposiciones. Pero el esfuerzo de Garzón se concentra en la noción de *confianza*: “Con respecto a los tribunales supremos, afirma Garzón, en vez de hablar de *responsabilidad democrática* conviene utilizar el concepto de *confiabilidad judicial*”. Ésta supone el aseguramiento de ciertos límites infranqueables en lo que Garzón ha dado en llamar el “coto vedado”, y así, la competencia de control de calidad de los tribunales supremos: “Se reduce a aquellas disposiciones que afectan a los principios y derechos de lo que suelo llamar el «coto vedado» a la discusión y negociación legislativa y/o gubernamental”. Para el coto vedado vale la prohibición de reforma. Garzón ejemplifica con el artículo 79.3 de la Ley Fundamental alemana.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Garzón Valdés, Ernesto, “El papel del Poder Judicial en la transición democrática”, en Malem, Jorge *et al.*, *La función judicial. Ética y democracia*, Barcelona, Gedisa, 2003, p. 129.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 131.

<sup>10</sup> Garzón Valdés, Ernesto, “El consenso democrático: fundamento y límites del poder de las minorías”, *Isonomía*, México, núm. 12, 2000, p. 24.

La propuesta de Garzón se enfrenta a la “paradoja de las pre-condiciones”, sobre la que volveré más adelante, y al hecho de que: “No hay ninguna razón sólida para dar por sentado que los ciudadanos en general y los legisladores en particular actúen *sistemáticamente* movidos por consideraciones de interés propio, y nunca por razones de principio que sean expresión de diferentes concepciones de lo justo”,<sup>11</sup> tal como lo han puesto de manifiesto, entre otros, Jeremy Waldron y Cass Sunstein. El punto de vista interno no es privativo, entonces, de la actividad judicial.

Finalmente, para Luigi Ferrajoli, los derechos humanos constituyen una “esfera de lo indecidible”:

Los derechos fundamentales, precisamente porque están igualmente garantizados para todos y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, forman la *esfera de lo indecidible que* y de lo *indecidible que no*; y actúan como factores no sólo de legitimación sino también y, sobre todo, como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no-decisiones.<sup>12</sup>

La Constitución atrinchera y garantiza tales derechos y no se sujeta al consenso de la mayoría. A partir de este argumento Ferrajoli justifica la justicia constitucional como garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos.

De nueva cuenta, nos enfrentamos aquí a la “paradoja de las pre-condiciones” y a la “amenaza de las mayorías”. Si esta última se constituye en una amenaza es porque Ferrajoli presupone que los derechos son por definición derechos de las minorías, o de los más débiles, frente o contra las mayorías. Si bien este argumento tiene su peso, es claro que no tiene por qué ser necesariamente malo que la mayoría sea hostil a las pretensiones de una minoría, especialmente cuando ésta se manifiesta como injusta y socialmente dominante.<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Bayón, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 100.

<sup>12</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 1999, p. 24.

<sup>13</sup> Véase Bayón, Juan Carlos, *op. cit.*, pp. 103 y 104.

A la pregunta que se formula José Juan Moreso: ¿está justificada la idea de primacía de la Constitución, esto es, la idea de atrincherar determinadas cuestiones para impedir que puedan ser modificadas por la regla de la mayoría?<sup>14</sup> La respuesta, estoy de acuerdo con él, debe ser afirmativa y en esta dirección se encaminan los autores que hemos citado. Este atrincheramiento no tiene que ver solamente con los derechos civiles y políticos, sino también con los llamados genéricamente derechos sociales.

## II. CONTROL JUDICIAL Y DERECHOS HUMANOS: ELY, NINO Y ALEXY

Si bien resulta pertinente y deseable atrincherar los derechos humanos a nivel constitucional: ¿se sigue que está justificado establecer un mecanismo de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes<sup>15</sup> asumiendo las circunstancias de la dificultad contramayoritaria, en los términos de Ferreres? Para contestar esta pregunta hay que comenzar por aceptar con Gargarella y Bayón, y a diferencia de los autores analizados más arriba, que la objeción democrática al constitucionalismo debe tomarse en serio.

Adoptar el control jurisdiccional de la constitucionalidad de leyes ordinarias supone un costo democrático por el valor intrínseco de la misma democracia constitucional, es decir, por “el derecho de todos los miembros del cuerpo político a participar en pie de igualdad en la toma de decisiones públicas”.<sup>16</sup> Por lo tanto, si aceptamos este costo: ¿es necesario sostener la justicia constitucional como relevante para la construcción de un Estado democrático de derecho? Pienso que la respuesta, de nueva cuenta, debe ser afirmativa. Pero para explicar el alcance de la misma

<sup>14</sup> Véase Moreso, José Juan, “Derechos y justicia procesal imperfecta”, *Discusiones*, Bahía Blanca, año 1, núm. 1, 2000, p. 101.

<sup>15</sup> *Idem*.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 76.



me gustaría traer a la discusión las propuestas de John Ely, Carlos Nino y Robert Alexy.

Un buen intento en favor de una participación activa de los jueces es el que se constituyan, como propone Ely, en *controladores del mismo procedimiento democrático*. Una concepción deliberativa de la democracia maximizará su capacidad epistémica si se cumplen algunas condiciones como las relativas a la amplitud de participación de los afectados por las decisiones o medidas que se discuten; la libertad para expresarse en el debate y en la discusión; la igualdad de condiciones con que se participa; la exigencia de justificación de las propuestas, etcétera. Las reglas del proceso democrático deben estar orientadas a garantizar la mejor disposición de estas condiciones.

Ahora bien, son precisamente los jueces quienes están obligados a determinar en cada caso si se han dado las condiciones que fundamentan el valor epistémico del proceso democrático, de modo que la ley en cuestión goce de una presunción de validez que a efectos de justificar una decisión permita al juez poner entre paréntesis su propia reflexión individual. Los jueces, como afirma John Ely, se convertirían entonces en una especie de *referee* del proceso democrático. Cumplirían con una función de “limpieza de canales” que hiciera posible el cambio político y facilitase, entre otras cosas, la representación de las minorías.<sup>17</sup>

Si alguien preguntara por qué para corregir y ampliar el proceso democrático son mejores los jueces que los órganos democráticos, la respuesta sería que si el proceso está viciado, estos últimos se hallan imposibilitados para arbitrar acerca de su corrección puesto que, como resulta obvio, carecería de valor epistémico. Que los jueces pueden equivocarse, no hay duda alguna, pero el efecto de un control judicial de índole *procedimental* consiste en promover las condiciones que otorgan valor epistémico al mismo proceso democrático. Su función sería la de preservar y pro-

<sup>17</sup> Ely, John, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1980. Véase Nino, Carlos S., *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, pp. 694 y 695.

mover el *proceso* mismo de participación democrática y para este propósito el juez debe asegurar un mínimo, no un máximo, de derechos y libertades individuales. Precisamente aquellos derechos que hagan posible el proceso democrático: los civiles y políticos.

Ely, quizás a su pesar, da otro paso hacia una versión más sustantiva que procedimental de la democracia. Además de los derechos de participación en el proceso político se debe asegurar otro tipo de derecho: el derecho a no ser discriminado. Ely piensa que la democracia se basa en el principio de igual consideración y respeto de las personas. La regla democrática es expresión del principio igualitario, que está en la base de la democracia, y del cual es posible derivar el derecho a no ser discriminado, e incluso, los mismos derechos de autonomía individual: hay una unidad de fondo entre liberalismo y democracia. De esta manera, el procedimiento democrático no se valora meramente por su mayor o menor valor instrumental, sino en sí mismo, es decir, posee un valor intrínseco “para la calidad moral de la vida cívica”, en términos de Rawls. El principio de no discriminación, el derecho a no ser discriminado, es una precondition de la democracia, y no parece ser nada controvertible la incorrección que se sigue de excluir a una persona, por ejemplo, por aquellas características raciales o sexuales en cuya posesión no ha mediado acto intencional alguno. La democracia, entonces, descansa sobre una precondition que es necesario asegurar frente a los posibles embates de la mayoría o de una minoría poderosa. Creo que aceptar esta precondition no compromete aún con una concepción sustantiva “fuerte” de la democracia.

De acuerdo con Nino, el argumento de la custodia de la autonomía de los individuos<sup>18</sup> se sustenta sobre el valor epistémico de la democracia, dado principalmente por la inherente tendencia hacia la imparcialidad que tiene un procedimiento de discu-

<sup>18</sup> Véase Carlos S. Nino, “Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad”, en *et al.*, *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 97 y ss.

sión amplio y con idénticas posibilidades de participación. Según Nino, si aceptamos que existen dos tipos de principios morales posibles: los *intersubjetivos* (públicos), que valoran una conducta por sus efectos en los intereses de otros individuos, y los *autorreferentes* (privados), que valoran una acción por los efectos en la propia vida de acuerdo con ideales de excelencia humana, entonces, el principio de imparcialidad y, por lo tanto, el valor epistémico de la democracia, no se aplica con respecto a las acciones autorreferentes o privadas, dado que la validez de un ideal de excelencia humana no depende de que sea aceptable por todos en condiciones de imparcialidad. Siendo así, los jueces no tienen razones para observar una norma jurídica de origen democrático que esté fundada en ideales personales, debiendo revisar y si es el caso descalificar las leyes y otras normas democráticas de índole *perfeccionista* que pretendan imponer ideales de virtud personal. En este sentido, según Gargarella: “«La idea, en principio, sería que en las cuestiones de moral privada... ni las autoridades políticas ni los jueces deben tener poder de injerencia» pero si esto es así, se cuestiona Moreso con razón, entonces hay un coto vedado (el de la moral privada), pero ¿quién lo protege?»”.<sup>19</sup>

Por último, con respecto a Alexy, piensa este autor que para conciliar el control de constitucionalidad con la representación democrática se debe analizar el concepto de “representación argumentativa” en el marco de un constitucionalismo discursivo. Éste empieza con los derechos fundamentales y continúa con la ponderación, el discurso y el control de constitucionalidad.<sup>20</sup>

Alexy parte de un modelo de democracia no exclusivamente decisionista sino también argumentativa, es decir, de una democracia deliberativa: “La relación entre el pueblo y el parlamento no debe estar únicamente determinada por las decisiones expresadas a través de las elecciones y los votos sino, también, median-

<sup>19</sup> Moreso, José Juan, *Discusiones, cit.*, p. 106.

<sup>20</sup> Véase Alexy, Robert, “Ponderación, control de constitucionalidad y representación”, en *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, México, Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2004, Fontamara, 2005, pp. 89 y ss.

te argumentos”. A diferencia de la representación parlamentaria, que es al mismo tiempo decisionista y discursiva, la representación del pueblo en el tribunal constitucional es puramente argumentativa. Pero, ¿cuáles serían las condiciones de una verdadera representación argumentativa para no caer en idealizaciones y no declarar cualquier argumento como un argumento de representación del pueblo? Para Alexy existen dos condiciones fundamentales:

(1) la existencia de argumentos correctos y razonables y (2) la existencia de personas racionales que estén dispuestas y sean capaces de aceptar argumentos correctos y razonables, por la mera razón de que son correctos y razonables... Si existen los argumentos correctos y razonables, así como, también, personas racionales, la razón y la corrección estarán mejor institucionalizadas mediante el control de constitucionalidad que sin dicho control.<sup>21</sup>

Una ciudadanía activa, que incluye a los responsables de los medios de comunicación y, por supuesto, a la comunidad académica y universitaria, resulta idónea para la aceptación racional y razonable de la argumentación judicial. Sólo así se garantizaría la legitimidad de la actuación judicial. Las herramientas a disposición de los jueces para lograr tal legitimidad serían, en palabras de Christian Courtis:

La transparencia y publicidad de su actuación, la calidad argumentativa de sus decisiones, la independencia de criterio, el desarrollo de una jurisprudencia sobre derechos fundamentales, y la sensatez de su posicionamiento frente a cuestiones que susciten el debate de la opinión pública. Por lo contrario, la oscuridad o ausencia de fundamentación de las decisiones judiciales, la sospecha de cercanía con los poderes políticos y la notoriedad de la defensa de sus privilegios e intereses corporativos han resultado, tradicionalmente, en la deslegitimación de la actuación del poder

<sup>21</sup> *Ibidem*, pp. 102 y 103.

judicial, y difícilmente podrían contribuir a mejorar su imagen ante la ciudadanía.<sup>22</sup>

Es en este reconocimiento de la actividad de los jueces constitucionales, en tanto especialistas en el análisis de los derechos fundamentales sin distracción alguna con otras funciones, y en tanto obligados a motivar y fundamentar con calidad sus decisiones, que descansa el criterio de corrección que permite determinar por qué se deba presumir que ellos aciertan más que los congresistas y se justifique, así, la justicia constitucional. De esta manera, la legitimidad de la actuación judicial:

Está vinculada con la aceptación de sus resultados por la ciudadanía. La ausencia de legitimidad electoral de los jueces no constituye un impedimento para generar legitimidad de ejercicio frente a la ciudadanía. En este sentido, el poder judicial no necesariamente expresa valores contramayoritarios en sus decisiones.<sup>23</sup>

He mencionado en varias ocasiones el argumento de las precondiciones para distinguir entre una democracia procedimental y otra sustantiva. Bien vistas las cosas: “La diferencia entre las dos opciones no es sino la mayor o menor extensión del conjunto de derechos que se supone que deben ser concebidos como precondiciones de la democracia”.<sup>24</sup> Digamos, en otros términos, que el debate no opera en términos de la oposición entre democracia procedimental y democracia sustantiva,<sup>25</sup> sino entre dos versiones de la democracia sustancial: una “fuerte” que extiende la consi-

<sup>22</sup> Christian Courtis, “La legitimidad del Poder Judicial ante la ciudadanía”, *Nexos*, México, núm. 329, mayo de 2005, p. 37.

<sup>23</sup> *Idem*.

<sup>24</sup> Juan Carlos Bayón, *op. cit.*, p. 81

<sup>25</sup> Me parecen concluyentes al respecto las cuatro aporías que presenta Ferrajoli con relación a la concepción puramente procedimental de la democracia. Véase Ferrajoli, Luigi *et al.*, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008, p. 76 y ss. En la misma línea de Ferrajoli, véase Rentería Díaz, Adrián, *La tutela de los derechos en una sociedad democrática*, México, Coyoacán, 2014, especialmente capítulo I.

deración de los derechos hasta incluir los derechos sociales, y otra “débil”, que considera únicamente los derechos civiles y políticos. Hecha esta aclaración, entonces, el problema de unos y otros —más allá de criterios procedimentalistas o sustantivistas— es enfrentarse a la paradoja de las precondiciones: en el extremo, como sostiene Bayón, “el procedimiento democrático alcanzaría su valor pleno cuando apenas quedarán cuestiones sustanciales que decidir por mayoría”.<sup>26</sup>

### III. LOS DERECHOS HUMANOS COMO PRECONDICIONES DE LA DEMOCRACIA

Con respecto a la paradoja de las precondiciones no veo por qué se debe llegar a una situación extrema. La versión sustantiva “débil” comprometería con la justicia constitucional en tanto necesaria para preservar esos prerequisites mínimos —los derechos civiles y políticos— pero dejaría un amplio margen para cuestiones sustanciales —precisamente las que se relacionan con los derechos positivos al bienestar económico y social— a decidir por mayoría o mediante el concurso de los parlamentarios con la justicia constitucional. Y la razón me parece obvia: los problemas de justicia distributiva que tienen que ver directamente con el bienestar de la población, especialmente de los más necesitados, no pueden reservarse exclusivamente, como afirma Bruce Ackerman, a los “tiernos favores del poder judicial”.<sup>27</sup> En este mismo sentido, de acuerdo con Francisco Laporta:

Una rígida protección jurisdiccional de ese tipo de derechos sociales abocaría al poder judicial a decidir explícita o implícitamente sobre la conformación y desarrollo del proceso de producción o distribución de recursos, y ello —dejando a un lado las cuestiones de eficiencia que plantearía esta más que discutible “elaboración judicial del presupuesto”— entraría directa o indirectamente en

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 80.

<sup>27</sup> Véase Ackerman, Bruce, *La nueva división de poderes*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007, pp. 119 y ss.

contradicción con el principio democrático. Sería la superposición de ciertos derechos sociales al procedimiento democrático, el establecimiento de ciertos límites de política económica a la capacidad de sufragio como instrumento de diseño y puesta en práctica de un programa económico apoyado en la mayoría de los ciudadanos.<sup>28</sup>

Las advertencias de Ackerman y de Laporta son correctas, pero reitero, no deben llevarnos a la conclusión de que más valdría no contemplar los derechos sociales en la carta constitucional. Su inclusión es necesaria para demarcar el “coto vedado” a la decisión de la mayoría y para excluir que el legislador los ignore. Lo que importa destacar es que la garantía de estos derechos debe ser una tarea compartida por el Poder Judicial y por el órgano de representación popular.<sup>29</sup> Para estos derechos el control abstracto de inconstitucionalidad de la ley emanada del legislador no debe concluir *ipso facto* en la declaratoria por parte del órgano constitucional de la invalidez e inaplicabilidad de la misma. Esquemas como los adoptados por Canadá en términos de un reenvío o el de Nueva Zelanda,<sup>30</sup> y la posibilidad de un

<sup>28</sup> Laporta, Francisco, “Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema”, *cit.*, p. 317.

<sup>29</sup> La exigibilidad judicial de los derechos socioeconómicos se justifica en términos de la salvaguarda de un mínimo social al que toda persona debería tener acceso. Con respecto a ese mínimo, como afirma Marcelo Alegre: “Opera una consideración de urgencia, que justifica que los jueces intervengan prohibiendo que se viole ese mínimo, u ordenando que se adopten medidas tendientes a su satisfacción. En cambio, el ideal más amplio de la igualdad relacional, que opera por encima de ese mínimo, es un ideal cuya implementación debe estar a cargo, en forma protagónica, por los órganos democráticos”. *Igualdad, derecho y política*, México, Fontamara, 2010, p. 108. No creo que Alegre esté en desacuerdo con la idea de que para determinar las medidas tendientes a la satisfacción de los mínimos, en tanto supone una decisión de carácter presupuestal, pueda ser una tarea compartida con los órganos de representación popular, si bien en este caso el protagonismo corresponda a los órganos judiciales.

<sup>30</sup> En Nueva Zelanda, desde 2001, el *Human Rights Review Tribunal* puede emitir “declaraciones de incompatibilidad” de una ley con el *Bill of Rights*, sin invalidarla ni inaplicarla.

diseño institucional que contemple la creación de algún órgano autónomo no judicial que se ocupe de la protección efectiva de los derechos sociales parecen ser alternativas más compatibles con las demandas democráticas. En el ámbito de una democracia deliberativa, Roberto Gargarella siguiendo a Dennis Thompson, no excluye la revisión judicial de constitucionalidad como un posible arreglo institucional, pero los jueces pueden actuar razonablemente de manera respetuosa con el legislador ensayando alternativas posibles (*experimentalismo judicial*):

Pueden decidir, en un caso determinado, bloquear la aplicación de una ley expedida por el Congreso, forzándolo así a repensarla; pueden declarar que cierto derecho ha sido violado, sin imponer a los legisladores una solución particular; pueden establecer que una violación de derechos debe corregirse en un tiempo determinado sin ocupar el lugar del legislador al no decidir cuál solución particular debe adoptarse; pueden asimismo sugerirle al legislador una serie de soluciones alternativas, dejando así la decisión final en sus manos.<sup>31</sup>

A la pregunta: ¿cuál es el grado de deferencia hacia el legislador por parte del órgano encargado del control, si tomamos en serio el argumento contramayoritario? Respondemos: si partimos de la defensa de una democracia sustantiva y entendemos que el puro y simple mayoritarismo, que niega toda precondition de la democracia, resulta totalmente implausible;<sup>32</sup> si distinguimos entre el ámbito de lo privado y lo público y situamos en un coto vedado los derechos derivados de la autonomía personal; si entendemos que los derechos de participación política suponen una precondition fundamental que es el derecho a no ser discriminado, y entendemos que tales derechos debemos atrincherarlos constitucionalmente para hacer posible el proceso democrático

<sup>31</sup> Gargarella, Roberto, “¿Los partidarios de la democracia deliberativa deben defender la protección judicial de los derechos sociales?”, en Arango, Rodolfo (ed.), *op. cit.*, pp. 393 y 394.

<sup>32</sup> Véase *ibidem*, pp. 80 y 81.



co, entonces la custodia de los mismos supone un control judicial rígido y una intervención activa de los jueces que con base en ella ahora sí favorezca, el diálogo institucional incrementando la calidad deliberativa de los procesos de decisión y haciendo ver a la mayoría el peso de razones o puntos de vista que no ha sabido tomar en cuenta, o contradicciones y puntos débiles en la fundamentación de sus decisiones.

#### IV. DEMOCRACIA DELIBERATIVA O DEMOCRACIA PROCEDIMENTAL\*\*

Recién fundada la revista *Isonomía*, en 1994, y en plena organización del segundo número, que vería la luz en abril de 1995, pedí al filósofo del derecho argentino, Roberto Gargarella, una contribución que abordara con algún detalle alguna de las preocupaciones producto de su investigación doctoral y de su invaluable experiencia en el Consejo para la Consolidación de la Democracia en Argentina bajo la dirección de Carlos S. Nino. El ensayo llevó por título “Crisis de representación y constituciones contramayoritarias”.<sup>33</sup> Al revisar su contenido me pareció que el tema levantaría ampollas en un politólogo apenas desempacado de su estancia doctoral en Yale y quien por ese entonces se había reincorporado al ITAM, ahora como profesor de tiempo completo y director de la carrera de Ciencia Política, Alonso Lujambio. No me equivoqué. Tituló su réplica, incisiva y puntual, “Los problemas de la democracia según Gargarella”.<sup>34</sup> A Garga-

\*\* Texto publicado en Vives Segl, Horacio (coord.), *Constructor de instituciones. La obra de Alonso Lujambio comentada por sus críticos*, México, ITAM-El Colegio de México-Instituto Nacional Electoral-Miguel Ángel Porrúa, 2014, con el título “Democracia deliberativa o democracia procedimental. En torno al debate Gargarella-Lujambio”.

<sup>33</sup> Gargarella, Roberto, “Crisis de representación y constituciones contramayoritarias”, *Isonomía*, México, núm. 2, abril de 1995.

<sup>34</sup> Lujambio, Alonso, “Los problemas de la democracia según Gargarella”, *Isonomía*, México, núm. 2, 1995.

rella tampoco se le necesitaba picar mucho la cresta, así que al poco tiempo contaba ya con una contrarréplica que tituló “Las virtudes de la democracia según Lujambio”.<sup>35</sup> Hoy, a casi veinte años de aquel debate quisiera retomar lo no con el propósito de hacer una reseña detallada del mismo —los invito a su lectura en el núm. 2 de *Isonomía*— sino para dejar planteadas, lo más claro que me sea posible, dos concepciones de la democracia y, al mismo tiempo, dos enfoques metodológicos para abordar los problemas sociales. No creo que sean totalmente irreconciliables. Hay puntos de convergencia, pero en los desacuerdos, ambos son implacables. Reservo para el final de este trabajo un apéndice, una suerte de testimonio personal sobre el PAN y sobre Alonso Lujambio, que él alcanzó a leer y con el cual, quizá con la cortesía del amigo, manifestó una grata sorpresa y, también, cierta satisfacción.

Comencemos por el diagnóstico que da origen al debate. Se pregunta Gargarella: “¿Por qué tanta gente siente indiferencia o directamente rechazo hacia la política? ¿por qué es tan habitual la desconfianza hacia la clase dirigente? ¿por qué los partidos políticos encuentran cada vez más difícil el motivar a la ciudadanía a participar en cuestiones públicas?” A estas interrogantes habría que añadir algunos hechos: la discrecionalidad de gobernantes, políticos y de poderes fácticos frente a la opinión pública; la creciente influencia de los medios en los procesos electorales y el impacto en la personalización de la política; la quiebra de la cohesión social por el uso de la violencia no institucional, etcétera. Creo que difícilmente se puede disentir de este diagnóstico y, por supuesto, podrían agregarse otros muchos hechos.

La divergencia, como es natural, comienza con las explicaciones. Gargarella atribuye esos “males”, fundamentalmente, al “modelo institucional vigente en muchas de las democracias contemporáneas”, modelo de democracia representativa inspirado en la Constitución norteamericana y adoptado por la mayoría

<sup>35</sup> Gargarella, Roberto, “Las virtudes de la democracia según Lujambio”, *Isonomía*, México, núm. 2, 1995.

de los países latinoamericanos. Tal modelo asumió que “cuanto mayor era el grado de discusión colectiva que acompañaba a una determinada medida, mayores eran los riesgos de que adoptasen soluciones parciales o facciosas”, por lo que el diseño institucional buscó desalentar la deliberación pública y reforzar, con un claro sentido elitista y conservador de corte burkeano, la independencia de los representantes electos. De esta manera, el sistema representativo no se presenta como un “segundo mejor” ante la imposibilidad de la democracia directa, sino “un bien necesario y superior, frente a la incapacidad que demuestra la ciudadanía en la práctica de la democracia directa”: la irracionalidad de las mayorías frente a la ilustración de las minorías, léase, *the rich and well born*. El resultado, de acuerdo con Gargarella, fue un arreglo “contramayoritario” que se hizo explícito en la Convención Constituyente a través de mecanismos de elecciones indirectas; largos periodos de mandatos; la organización de elecciones a partir de largos distritos, y, por supuesto, la creación de tres instituciones paradigmáticas: un Poder Ejecutivo unipersonal bajo la idea, según *El Federalista*, núm. 76, de que “una sola persona bien dirigida, y a través de su solo entendimiento, no va a ser distraída por la diversidad de visiones, sentimientos, e intereses, que frecuentemente distraen y tuercen las decisiones de los cuerpos colectivos”, dotada además de poderes de veto, indulto y una extensa capacidad de nombramientos; un cuerpo de senadores cuya misión era la de frenar la “furia de la democracia” y las “precipitaciones, fluctuabilidad y excesos”, propios de la Cámara de Diputados, lo que explica también que quedara en manos del Ejecutivo y del propio Senado el manejo de las relaciones exteriores dado que de acuerdo con *El Federalista*, núm. 75, sólo ellos podían reunir las virtudes del “conocimiento”, la “comprensión”, o la “sensibilidad”, que eran “incompatibles con el carácter particular de un cuerpo tan variado y numeroso” como el de la Cámara de Diputados, y, finalmente, la creación de un Poder Judicial garante de la imparcialidad, lo más alejado posible del control ciudadano para asegurar a través de su aislamiento la

necesidad de boicotear, si fuera el caso, las iniciativas más importantes surgidas de la voluntad democrática.

Gargarella quiere situarse explícitamente en los supuestos filosóficos, cuestiones valorativas o de principios, que subyacen al modelo institucional que se acaba de describir. Se trata de asumir un enfoque normativo acerca de la validez de los arreglos institucionales más que el de examinar la eficiencia o ineficiencia de distintos arreglos institucionales, por lo general, contruidos a partir de “una pobre visión de la democracia identificada con un sistema de elecciones periódicas”. En otros términos, más que cuestiones de “gobernabilidad y estabilidad democráticas” el interés se centra en la denuncia de los contenidos elitistas o conservadores que se contraponen, según él, a “nuestras más obvias intuiciones de lo que debe ser una democracia”.

¿Y cómo debe ser esa democracia? Por lo pronto, para Gargarella el principio de las elecciones periódicas no garantiza la representatividad de un mandato. Las elecciones son condición necesaria pero en absoluto suficiente de un gobierno democrático. Contra la idea de que el electorado decide *ex post* si el representante satisfizo o no su interés para luego refrendar o no el mandato a sus representantes (voto retrospectivo) y así cumplir con la exigencia de *accountability* —en la línea del primer Dahl, Schumpeter y una larga lista que llega hasta Lujambio— Gargarella defiende una postura opuesta que denomina “democracia como imparcialidad” o en la acepción que ya es de uso común, “democracia deliberativa”. Dejo al autor su definición:

Una concepción que justifica la democracia a partir de las virtudes del diálogo o la discusión que deben estar implícitas en los procedimientos democráticos. Aquí, las preferencias de los individuos no son consideradas como prepolíticas, como “dadas”, sino que aparecen sujetas al debate colectivo. El objetivo de la política, entonces, no es meramente el de implementar aquellas preferencias sino, muchas veces, es el de transformarlas a través de la deliberación.

Si la democracia se reduce al hecho de votar los mensajes que envía el electorado pueden ser indescifrables, inciertos, confusos, y abiertos a la arbitrariedad de los gobernantes. Por el contrario, cuando se parte del punto de vista deliberativo:

Se puede precisar enormemente el “contenido” de los mandatos ciudadanos, a través de la confrontación de puntos de vista; la apertura de foros de debate público... la promoción de encuentros entre quienes van a decidir y quienes van a ser afectados por tales decisiones... Si un representante no entiende lo que dicen sus electores, debe tener la oportunidad de volver a escucharlos. Si un elector cree que su representante no lo entiende, debe tener la posibilidad de hacerlo saber.

Hasta aquí Gargarella. La respuesta de Lujambio se estructura a partir de dos enfoques muy bien delimitados y que reflejan, claramente, sus preocupaciones intelectuales: el histórico y el científico social. Este último acompañado de una adecuada información jurídica. No elude los supuestos filosóficos o el punto de vista normativo. Los conoce bien, pero desconfía de ellos. Rastreando esta desconfianza de Lujambio por el *approach* filosófico llegué hasta unos de sus textos de juventud, publicado en la revista *Opción*,<sup>36</sup> que tituló “La risa del marxismo”. El ensayo gira en torno a la crisis del marxismo y las posibles explicaciones de la misma: teórica, política e histórica. Sin embargo, el centro de la preocupación de Lujambio sobre el marxismo se desplaza hacia su epistemología: “La epistemología marxista es una camisa de fuerza que impide a la teoría buscar nuevas formas de explicación de los fenómenos sociales”. La ideología antecede al rigor y a la objetividad, que deben marcar la pauta para todo investigador social que se precie de serlo: “A un científico social que pretenda en serio hacer ciencia de lo social, poco le importa si el conocimiento de la realidad que de sus investigaciones emana contribuye o no a la conciencia de clase o a la lucha revolucionaria... no importa

<sup>36</sup> Lujambio, Alonso, “La risa del marxismo”, *Opción*, núm. 34, abril de 1986

qué tan marxista sea la investigación, sino qué tanta capacidad heurística tiene”. Y en la más pura escuela weberiana cito el siguiente pasaje que no tiene desperdicio:

Un investigador de lo social cree que es importantísimo despojarse de todo determinismo clasista, de su visión personal del mundo social, de sus puntos de vista subjetivos de la realidad y así ver con la frialdad el fenómeno a estudiar. Esto en la práctica es imposible, pero no debemos abandonarnos a la idea de que la objetividad en ciencias sociales es inaccesible, accediendo de lleno y sin reparos a nuestra subjetividad. La objetividad nunca será un logro: en ciencias sociales es una tendencia.

Se trata de la “neutralidad axiológica” de Weber, que en el ámbito jurídico inspiraría a unos de los grandes científicos del derecho, Hans Kelsen. La ciencia social, si pretende serlo, si tiende a la objetividad para incrementar su capacidad heurística, debe “desnormativizarse”, “desideologizarse”, en una palabra, “desfilosofarse”, es decir, remitir los principios y los valores al ámbito de la subjetividad. Lujambio vivió y asumió plenamente el “desencanto de las ideologías” y tal vacío de utopías fue llenado por la congeladora del cientismo objetivista. Creo que este es el trasfondo de la crítica a Gargarella, que trasluce también cierto enfado y una impaciencia tan típica de Lujambio, cuando desde una teoría democrática deliberativista, por ejemplo, se apela a valores y principios que desfocalizan lo que realmente resulta de interés para el científico social. Pero vayamos por partes y regresemos al debate.

Lujambio comienza su réplica aceptando la reflexión histórica propuesta por Gargarella con respecto a “los breves once años de vida de la débil Confederación (1776-1787) en la definición de los arreglos institucionales «contramayoritarios» de la Constitución de 1787”. Critica la interpretación de Huntington en el sentido de que la Constitución de 1787 hereda la tradición Tudor del siglo XVI cuando ya en la metrópoli se ha sustituido este modelo por el sistema Estuardo inspirado más en la idea burkeana

de un interés colectivo general concentrado en el Parlamento y, por lo tanto, el debilitamiento de la representación de los intereses locales. En la línea de Gordon Woods, Alonso, y también Gargarella, acentúan la variable endógena de esa primera década de independencia que al decir del propio Woods “fue crucial en la creación de una nueva concepción de la política”.

Conocedor de esa literatura, como decía, Lujambio no objeta la interpretación de Gargarella, más bien se cuestiona sobre el nexo que existe entre esta “nueva concepción política” de tinte conservador y los “males” a los que el autor ha hecho referencia. No está nada claro que los “males” de Gargarella sean causados por los diseños institucionales descritos, pero aun concediendo que así fuera, para Lujambio —y aquí asoma ya su talante de científico social— se incurre en una “sensible falla metodológica”, a saber, Gargarella “nunca demostró que otras democracias con otros diseños institucionales no padecen de los mismos «males»”. Una mirada rápida a las democracias parlamentarias europeas *vis a vis* las democracias presidencialistas lleva a la conclusión de que las primeras incurren en los mismos males que las segundas. Por lo tanto, ¿cuál es el potencial heurístico de su argumento?

Pero, si nos enfocamos en el nexo entre el diseño conservador y los “males” ¿es verdad que el carácter “contramayoritario” de las instituciones delineadas por el Constituyente de 1787 genera los “males” que describe Gargarella? El debate tiene ya una larga historia y mucha literatura, y como sabemos, en buena medida se ha concentrado en el mecanismo de revisión judicial. Lo cierto es que debemos reconocer, como Lujambio se lo reprocha a Gargarella, que con relación a los demás poderes —el ejecutivo y el senatorial— su protagonismo se ha atemperado sensiblemente y se presenta un mosaico de diseños institucionales en Latinoamérica que se distancian claramente del diseño original. Pero aun con respecto al mismo carácter “contramayoritario” del Poder Judicial, si bien es cierto que resulta problemático “que un consenso pasado detenga la instrumentación de un mandato mayoritario

presente” ¿resulta obvio “que el pueblo deba decidir qué es justo y qué no lo es”? Por supuesto, Lujambio reconoce que Gargarella no aboga por una participación directa del pueblo decidiendo sobre asuntos judiciales. Pero, entonces, ¿qué se propone como diseño institucional? Y aquí, de nueva cuenta, aparece la demanda del científico social: no se vale “criticar algo sin proponer una alternativa que pruebe que el remedio (si lo hay) no conduce a un resultado peor que la enfermedad”.

Pero la demanda va más lejos aun en una frase lacónica y radical: “Quienes reflexionan teóricamente sobre la democracia suelen cometer un costoso error: no leer los trabajos empíricos sobre la democracia. Esto suele llevar a planteamientos normativos que parten de supuestos falsos sobre el funcionamiento *real* de los sistemas democráticos”. El propio Gargarella ofrece un ejemplo ilustrativo, que por cierto toca uno de los temas más queridos y estudiados por Lujambio. Afirma el autor que “para un político recién electo, no resulta en absoluto difícil o riesgoso el desentenderse del mandato de algún modo expresado por sus votantes”. Lujambio dedica varios párrafos a refutar esta afirmación que le lleva a exclamar finalmente, y diría que con cierto enfado: “Quien sabe de qué país está hablando. Es esta una intuición, muy popular por cierto, que requiere de análisis empíricos serios para verificarse o refutarse”. No es el caso detallar la argumentación de Lujambio sobre este punto en particular. Mi interés ha sido el de resaltar su talante científico, mismo que perfila, como se verá enseguida, lo que he llamado su concepción procedimentalista de la democracia y su crítica a la versión deliberativista de Gargarella.

Decía más arriba que para Lujambio, Gargarella no atina a focalizar los temas urgentes del debate actual. Le gana a Lujambio la impaciencia y piensa que centrar el debate —sobre las democracias en Latinoamérica— en la importancia de la deliberación para garantizar la imparcialidad de las decisiones públicas es algo que debe darse por descontado. No se requiere de una deliberación para argumentar sobre la importancia de la delibe-



ración. Simplemente, “debemos pugnar por una sociedad liberal que discuta, critique, tolere las discrepancias, señale los errores y los vicios del ejercicio del poder. Debemos pugnar por que ese debate público permee las instituciones políticas. Pero la discusión sobre los arreglos institucionales no encuentra en este asunto la médula de las preocupaciones actuales”. No hay duda que para Lujambio democracia y liberalismo deben caminar juntos. Pero ¿qué es entonces lo que requiere de tanta urgencia, o mejor, qué demandan nuestras democracias latinoamericanas? Pues nada más ni nada menos que “governabilidad y estabilidad”. Por supuesto que el problema de la representatividad no debe soslayarse, pero para maximizarlo, piensa Lujambio:

...debemos ser capaces, primero, de definirlo; segundo, de identificar empíricamente cuándo está presente y cuándo ausente; tercero, de entender cabalmente que existe un *trade off* entre dicho valor democrático y otros, plausibles por igual. Esto es particularmente cierto si hemos vivido 200 años en una democracia gobernante y estable. Pero me temo que no es el caso. Governabilidad y estabilidad democráticas, dos obsesiones para quienes estamos hartos de vivir bajo sistemas autoritarios en América Latina, dos conceptos que no aparecen por ningún lado en el ensayo que nos ofrece Roberto Gargarella.

La pregunta resulta pertinente: ¿qué tipo de democracia se requiere, entonces, para garantizar “governabilidad y estabilidad”? Para Lujambio, no se requiere de una democracia robusta comprometida con valores sustantivos o principios de justicia. Si acaso, aquellos valores instrumentales que posibiliten el mismo debate democrático, pero eso sí, una democracia que esté dispuesta a una negociación prudencial cuando, por ejemplo, la urgencia de la gobernabilidad debe sobreponerse sobre el valor de la representatividad. Estar dispuesto a flexibilizar la teoría de cara a nuestras realidades. Construir instituciones, hacer ingeniería institucional y someter a nuestros funcionarios a la regulación correspondiente. Esto es lo que demanda una democracia

procedimental que, en la interpretación que hace Lujambio de Gargarella, parece quedar en el olvido para todos los que abogan por una democracia deliberativa.

A fines de los noventa y principios del nuevo milenio, en una serie de ensayos publicados en la revista *Claves de la Razón Práctica*, dirigida por el ya fallecido Javier Pradera y Fernando Savater, Francisco Laporta polemizaba con Roberto Gargarella y Félix Ovejero, sobre los problemas de la democracia deliberativa. Laporta iniciaba su ensayo<sup>37</sup> criticando la idea de “autocomplacencia” y la ejemplificaba con la izquierda marxista. Por supuesto el ensayo me remitió inmediatamente a “La risa del marxismo” de Lujambio y a su debate con Gargarella. Decía Laporta que hay una autocomplacencia temeraria:

...que consiste en olvidarse de que cualquier propuesta de mejora o cambio político tiene que tomar cuerpo en un conjunto de mecanismos institucionales para poder hacerse realidad. De lo contrario permanecerá en el limbo de las buenas intenciones, y con no poca frecuencia de aquellas buenas intenciones de las que está empedrado el infierno. De este olvido autocomplaciente hay un ejemplo que siempre me deja atónito: el que el más importante sector de la izquierda europea se pasara más de cincuenta años sin preguntarle a Marx cómo se articulaba institucionalmente su mundo futuro.

Creo que Lujambio suscribiría plenamente estas palabras y podría hacerlas extensivas, como lo hace Laporta, a los defensores de las democracias deliberativas y posiciones afines como el republicanismo.

¿Democracia deliberativa o democracia procedimental? El debate se abrió con toda intensidad en los noventa. La producción de ambos autores se enriqueció con una vasta obra y, ciertamente, muchas de las interrogantes planteadas en este debate fueron respondidas, y los argumentos afinados, en escritos sucesi-

<sup>37</sup> Laporta, Francisco, “Los problemas de la democracia deliberativa: una réplica”, *Claves de la Razón Práctica*, núm.109, enero-febrero de 2001.

vos. Desde un enfoque normativista, en la línea de un liberalismo igualitario, difícilmente se puede estar de acuerdo con un enfoque procedimentalista de la democracia. Con todo, la frescura y la fuerza de este debate inicial quedan como ejemplo del rigor intelectual de dos de nuestras mentes latinoamericanas más sobresalientes.

### V. ESTADO DE EXCEPCIÓN Y DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL\*\*\*

Desde el testimonio personal y desgarrador sobre la inseguridad que vive México hasta la esperanza realista en una vida futura sin violencia, Pedro Salazar propone, construye y reconstruye en este libro, el andamiaje teórico-filosófico —un constitucionalismo liberal y democrático—, la historia reciente y las instituciones de derecho y justicia, necesarias, para criticar, y de esta manera prevenirnos, de las terribles consecuencias de sucumbir a la tentación autoritaria o al estado de excepcionalidad.

He dicho “tentación” porque, en cierto sentido, resulta legítimo y plenamente justificado para el ciudadano común y corriente, vivir e instalarse en el desencanto cotidiano, en la parálisis del miedo o peor aún, del miedo al miedo, como decía Montaigne, “más importuno e insoportable que la muerte”.

Esa violencia sin razón —dice Salazar— nos ha quitado la paz, pero también nos ha despojado de la inocencia bonachona y el ingenio generoso que ostentábamos con orgullo pueblerino como carta de presentación a los turistas. México ya no es una nación hospitalaria. Nosotros ya no somos los habitantes de una colectividad generosa. Tenemos miedo y odio y muertos y rencores en los puños. Nuestra sociedad es injusta, incivil e indecente.<sup>38</sup>

\*\*\* Texto publicado en *Isonomía*, México, núm. 40, abril de 2014, con el título “Sobre *Crítica de la mano dura* de Pedro Salazar Ugarte”.

<sup>38</sup> Salazar Ugarte, Pedro, *Crítica de la mano dura*, México, Océano, 2012, p. 17.

En estas circunstancias, lo que sí resulta indecente es pedirle al ciudadano que despliegue virtudes heroicas, actitudes estoicas de paciencia, de generosidad amorosa, de resignación ante el sufrimiento, de valentía para enfrentar el miedo, etcétera. Más bien, lo que el Estado debe asegurarle es el acceso a las instituciones que permita canalizar todo ese dolor y rencor. De no hacerlo, el ciudadano se sentirá con toda la legitimidad para buscar la venganza personal, la autoridad que haga valer la fuerza a costa de los derechos, que aclame al caudillo que declare el estado de excepcionalidad. Y este es un primer punto que quiero destacar en una lectura entrelíneas del libro que comentamos: su crítica a la tentación republicana de confiar en las virtudes ciudadanas o en las virtudes del caudillo, por encima de las instituciones: “La virtud como valor que puede incluso llegar a sustituir a las instituciones constitucionales”,<sup>39</sup> y en otro pasaje: “Para los defensores del constitucionalismo liberal lo que importan son las instituciones y no —al menos no en primera instancia— los valores o virtudes ciudadanas”.<sup>40</sup>

Si aceptamos lo anterior —prevalencia de las instituciones sobre las virtudes—, entonces resulta suicida para la sociedad civil, para los organismos no gubernamentales, para las asociaciones civiles, desentenderse, menospreciar o hasta pedir la eliminación de las instituciones. La lógica de esta demanda conduce, en el extremo, a la defensa de las democracias carismáticas, participativas, voluntaristas o plebiscitarias; a las democracias por aclamación que, más temprano que tarde, terminan limitando los derechos civiles y políticos de los miembros de la sociedad civil. Y creo que ésta es una preocupación explícita a lo largo del libro. La solución no está en una suerte de apuesta a la anarquía o a la espontaneidad popular.

Algunos colectivos en Europa, en América Latina, en los países árabes, y en otras regiones, más allá de ideologías, piensan

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 65.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 78.

que es factible construir democracias sin representantes, ni partidos políticos; mercados sin instituciones financieras y reguladoras; periodismo sin agencias noticiosas o televisivas; huelgas sin sindicatos... En una palabra, construir una suerte de pacto social sin instituciones intermedias, sin canales de transmisión entre sociedad civil y Estado. Esta situación es producto, sin duda, del desencanto generalizado. Pensemos, por ejemplo, en nuestras instituciones democráticas. El juicio de Salazar es categórico: el “impulso transformador” de toda una generación se “volcó en el caudal electoral”, pero “no fueron capaces de calibrar la magnitud de los problemas económicos y sociales pendientes”. Ese desencanto, que se refleja en las páginas de un libro escrito por uno de los artífices de la transición democrática en nuestro país, José Woldenberg, dice nuestro autor con razón,

...se ha traducido en un peligroso discurso antipolítico que amenaza con derribar las columnas institucionales de nuestra frágil democracia. Día a día aumentan las voces que despotrican igual contra los partidos políticos, los órganos legislativos, los jueces de todos los niveles o, si la coyuntura lo permite y los ánimos lo aconsejan, contra otras instituciones que fueron los frutos discretos y accesorios de la propia transición, como las instituciones electorales, las comisiones de derechos humanos, los institutos de transparencia, etcétera.<sup>41</sup>

Pero el desencanto no se soluciona apelando a las virtudes sino a las instituciones. Desacreditarlas es una solución falsa. No se trata de minimizar, mucho menos de eliminar, la importancia y necesidad de estas instituciones. De lo que se trata, más bien, es de transparentar y hacer eficientes esos canales entre sociedad civil y Estado; sancionar judicialmente los manejos turbios y corruptos de los recursos públicos; crear un cuerpo de comunicadores profesionales —entre el gobierno y la ciudadanía, la banca y el usuario, los medios y los lectores y escuchas, el sindicato y los trabajadores— que sepan usar el lenguaje y entiendan el com-

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 40.

portamiento del hombre y la mujer de la calle. De lo que estamos hablando, a fin de cuentas, es de construir y consolidar no un Estado *con* derecho, sino un Estado *de* derecho; un “imperio de la ley”, un Estado constitucional y democrático de derecho, que nos permita ingresar poco a poco en ese círculo virtuoso en el cual las normas jurídicas acompañan, facilitan, hacen posible una sociedad más productiva, equitativa y pacífica.

Las democracias constitucionales y los sistemas de mercado, si no son muy cautelosos mediante limitaciones debidamente normadas por el Estado, fácilmente se suicidan, como lo ha mostrado Ernesto Garzón Valdés.<sup>42</sup> El miedo y el terror, así como un patriotismo desbordante, son malos consejeros con respecto a los frenos institucionales que requiere una sociedad liberal y democrática para evitar “autoeliminarse”, como reiteradamente lo han señalado, entre otros autores, Ernesto Garzón Valdés y Ronald Dworkin; es decir, para no destruir sus instituciones basadas en principios o convicciones normativas.

En pocos meses [después del desplome de las torres gemelas] —afirma Salazar— asistimos y toleramos la excepcionalidad frente a los procedimientos del debido proceso legal, del amparo legal o habeas corpus y del castigo como última medida. Esta regresión maduró también en la sede del pensamiento. El discurso de la seguridad deglutió al paradigma de los derechos y defecó una retórica que prometió salvar a la democracia carcomiéndola.<sup>43</sup>

En esa sede del pensamiento —y de forma sorprendente— ingresaron mentes tan brillantes como Michael Ignatieff, Andre Gluksmann y Vaclav Havel, apoyando este último la guerra contra Irak, acompañado de personajes tan pragmáticamente siniestros como Berlusconi y Aznar. Y este es el punto que quiero destacar, y sobre el que tan lúcidamente nos previene Pedro Salazar.

<sup>42</sup> Véase Garzón Valdés, Ernesto, *Instituciones suicidas*, México, Paidós-UNAM, 2000, especialmente, “La democracia y el mercado: dos instituciones suicidas”, pp. 17 y ss.

<sup>43</sup> Salazar Ugarte, Pedro, *op. cit.*, p. 31.

Hagámonos la siguiente pregunta: ¿se puede decir que los terroristas, o para nuestro caso, la delincuencia organizada, han sido exitosos? Sin duda lo han sido y, por supuesto, no sólo por lo que hace en cuanto a los efectos directos en términos de una considerable merma del Estado en recursos económicos destinados a combatirlos, y del claro posicionamiento territorial de las diferentes bandas delincuenciales, por ejemplo, sino por los efectos que, con cierto cinismo, podemos llamar “indirectos”:

- Los efectos psíquicos positivos en sus propios grupos de apoyo y de reclutamiento, especialmente entre la gente joven, socialmente desplazada, y ávidas de orgullo y autoestima.
- Los efectos psíquicos en las sociedades afectadas: el impacto de los *media* al momento de la realización de los hechos y el terror, inseguridad e histeria generalizados perfectamente monitoreado, que no ha tenido precedente en la historia de la comunicación.
- Y quizá, lo más preocupante en términos institucionales, es que el Estado atacado se deje tentar a responder con reacciones que confirman precisamente lo que los estrategas del terror y de la delincuencia organizada, para legitimar su estrategia de violencia, han aseverado desde siempre: “Es la irreflexión de las propias reacciones la que, en cierto sentido, para el auto-afianzamiento de los Estados en la lucha contra el terrorismo y la delincuencia organizada, es mucho más peligrosa que el acto terrorista y sus consecuencias directas mismas”.

Esta última es la “trampa” del terrorismo, en los términos de la filósofa alemana Ruth Zimmerling. Cuando el adversario del terrorismo (o de la delincuencia organizada) es un Estado constitucional de derecho con un sistema político liberal y democrático, el poder de la delincuencia se potencia al máximo si logra que la contraparte caiga en la trampa y use su propio

poder para “suicidarse” o “autoeliminar” como sistema, es decir, para reaccionar de manera tal que destruye su propia base sistémica. Cuando ve natural apelar a la excepcionalidad, y peor aún, cuando las propias instituciones del Estado, piénsese en las judiciales —puntualmente criticadas en el libro, en un espléndido capítulo 4, y muy concretamente en el inciso VIII— avalan dicha excepcionalidad, en la mejor jerga schmitteana, del binomio amigo-enemigo.

Resulta preocupante que buena parte del poder administrativo, los legisladores y algunos intelectuales no sólo apoye la continuidad de la política actual en materia de seguridad, sino que se apele a la vieja máxima weberiana del Estado como aquel que posee el monopolio legítimo de la fuerza: una especie de cheque en blanco donde, para ser sinceros, los derechos humanos sólo juegan un papel secundario. Por supuesto que hay alternativas a la violencia y a un posible pacto negociado con la delincuencia. Hay que insistir en el seguimiento de la línea financiera, en reforzar el servicio de inteligencia, en la necesidad de combatir el tráfico de armas fronteriza, pero sobre todo, y este es el punto sobre el que Pedro llama la atención, debe ponerse el acento en la causa estructural de la inseguridad, “la causa de las causas y el principal motor de los efectos: la violencia que encierra la desigualdad enraizada en la miseria”, y se pregunta asertivamente: “¿Cuánta de nuestra violencia se amamanta de la injusticia, indecencia e incivilidad de nuestra sociedad?”.<sup>44</sup> Tiene razón Bobbio cuando sostiene que aquello que distingue a un pensador progresista — para el caso, liberal igualitario, constitucionalista democrático o socialdemócrata, como se prefiera— de uno conservador, es su sentido de justicia y su profunda sensibilidad hacia las desigualdades injustificadas y la absoluta gratuidad de la pobreza, pero no como una pieza de retórica o como un problema más de los muchos que enfrenta la sociedad, sino con la genuina convicción de que estamos frente a la “causa de las causas”.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 160.



Se requiere de una segunda transición o “transformación” en los términos de Luis Salazar Carrión, pero ahora desde la democracia y hacia una sociedad de derechos y, especialmente, de los “derechos de los más débiles”, en la afortunada expresión de Luigi Ferrajoli. Y éste me parece que es el *leit motiv* de todo el libro: la única forma de preservar nuestras libertades, en un contexto de violencia e inseguridad, es no claudicar de nuestros derechos, de los recursos institucionales, que en buen momento, han sido reforzados por una reciente y robusta reforma constitucional:

La respuesta —afirma Pedro Salazar— exige quitar la mirada de la coyuntura. Porque el eje de las acciones por emprender debe ser el objetivo que se persigue y no las urgencias de la crisis. Ese objetivo, en México, está constitucionalizado y, por lo mismo, vale como un imperativo frente a todos: ante el pragmatismo priista, el dogmatismo panista y el caudillismo perredista. Se trata de la consolidación de una democracia constitucional en el país.<sup>45</sup>

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 167.