

## ESTADO DE DERECHO: CONCEPTOS, FUNCIONES Y LÍMITES

Por JOSÉ RAMÓN COSSÍO D.\*

### SUMARIO

1. EL CONCEPTO Y SUS PROBLEMAS.—2. EL ESTADO DE DERECHO COMO MODELO.—3. DIVERSOS MODELOS DEL ESTADO DE DERECHO: A) Rule of Law. B) État du Droit. C) Rechtsstaat. D) Económico.—4. HACIA LA INTEGRACIÓN DE LOS MODELOS DE ESTADO DE DERECHO.—5. ESTADO DE DERECHO Y CONSTITUCIONALISMO.—6. ESTADO DE DERECHO Y CONSTITUCIÓN MEXICANA.—7. DESARROLLAR AL ESTADO DE DERECHO.—8. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.

### ABSTRACT

The expression «Rule of Law» finds itself in a crisis mainly characterized by that which is usually considered the content of the concept and the reality in our country. To solve the problem in relation with the concept, it is necessary to answer what is the «Rule of Law» and what contents are usually considered its own. If we understand it as a model that accomplishes certain functions that have the purpose of postulating how certain forms of interaction between the social components should be carried out, the «Rule of Law» has adopted various forms throughout history: *Rule of Law*, *Etat du Droit*, *Rechtsstaat* and *Economical*. Afterwards, considering that these models are pre-constitutional or paraconstitutional, we are able to see it as a component of a larger construction: constitutionalism. The above mentioned leads us to consider that the «Rule of Law» may not be seen as an isolated element of autonomous fulfillment, but rather that it must develop jointly with other elements to achieve the development of constitutionalism. Finally, the development of the «Rule of Law» is a task that requires the enforcement of the norms in our legal system, the modification of these to introduce contents compatible with those of constitutionalism, as well as analyzing and changing social conducts to allow the realization of constitutionalism.

*Key words:* Constitutionalism, Rule of Law.

\* Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y profesor de derecho constitucional en el ITAM.

## RESUMEN

La expresión «Estado de Derecho» se encuentra en una crisis caracterizada principalmente por aquello que suele considerarse el contenido del concepto y la realidad de nuestro país. Para resolver el problema en relación con el concepto, es necesario responder ¿qué es el «Estado de Derecho»? y ¿qué contenidos suelen considerarse propios del mismo? Si lo entendemos como un modelo que cumple con ciertas funciones que tienen el propósito de postular como deben darse ciertas formas de actuación de los componentes sociales, el «Estado de Derecho» ha tomado varias formas a través de la historia: *Rule of Law*, *Etat du Droit*, *Rechtsstaat* y *Económico*. Después, considerando que estos modelos son preconstitucionales o paraconstitucionales, podemos verlo como elemento componente de una construcción mayor: el constitucionalismo. Lo anterior nos lleva a considerar que el «Estado de Derecho» no puede ser visto como un elemento aislado de cumplimiento autónomo, sino que su desarrollo debe darse en conjunción con otros elementos para lograr el desarrollo del constitucionalismo. Finalmente, desarrollar el «Estado de Derecho» es una tarea que requiere lograr la aplicación de las normas de nuestro orden jurídico, la modificación de las mismas para introducir contenidos acordes con el constitucionalismo, así como analizar y cambiar las conductas sociales para permitir la realización del constitucionalismo.

*Palabras clave:* Constitucionalismo, Estado de Derecho.

## 1. EL CONCEPTO Y SUS PROBLEMAS

Una de las expresiones comúnmente utilizadas por los miembros de la sociedad mexicana actual, es la de «Estado de Derecho». En la lectura de los libros especializados, en los diarios, en las posiciones de los partidos o en nuestras conversaciones cotidianas, es frecuente encontrar la referencia directa a ella. En ocasiones, las menos, la referencia a esa expresión tiene la finalidad de establecer algunos de sus elementos característicos, ello como parte de un esfuerzo de conceptualización; en otras, las menos, para expresar un disgusto por su falta de realización en nuestro país. La referencia a esa expresión denota, desde luego, una preocupación fundamental: si partimos del hecho de que el uso constante de ciertas expresiones por los miembros de una sociedad es la forma en que representa sus preocupaciones o anhelos, podemos establecer que el uso masivo de la de «Estado de Derecho», nos debe prevenir acerca de la crisis que estamos enfrentando respecto de todos aquellos fenómenos que con ella suelen denominarse. En el pasado, las expresiones en torno a la democratización del país eran muchas y frecuentes. Así, se hablaba de «autoritarismo», «hegemonía partidista», «corporativismo», «falta de representatividad», «elecciones fraudulentas», etc., y todo ello querría decir que se había agotado la legitimidad de un modo específico de ejercer los mecanismos democráticos que, al menos formalmente, se encontraban previstos en nuestra Constitución. Hoy en día, sin embargo, cuando se permitió la al-

ternancia en el Poder Ejecutivo, cuando se ha consolidado la pluralidad política, y los medios de organización y control de regularidad electorales han demostrado su eficacia, expresiones como las acabadas de mencionar han quedado superadas. Esos términos han sido sustituidos por otros que denotan de mejor manera los nuevos problemas que enfrentamos en el ámbito democrático enfrentamos, y es precisamente respecto de ellos donde está dándose el debate político y la nueva conformación del espacio político-electoral.

Así pues, podemos decir que el hecho de que hoy se hable tanto y de tan diversas maneras sobre el Estado de Derecho, es la manifestación más palpable de que estamos en presencia de una crisis que puede asumir alguna de las dos formas siguientes: ser una crisis en el concepto mismo, o serlo en los fenómenos que mediante ese concepto tratan de ser comprendidos o expresados. Para afirmar que estamos en presencia del primer caso, tendríamos que sostener que en nuestra sociedad (o al menos en cierto ámbito de ella) están produciéndose una serie de fenómenos nuevos que, debiendo quedar comprendidos bajo la expresión Estado de Derecho, no pueden estarlo, ello debido a sus propios límites y alcances. Volviendo sobre el ejemplo de la democracia mexicana en el pasado reciente, presenciábamos una situación en la que los términos utilizados para comprender las situaciones que se habían construido en el régimen de un partido dominante, no continuaban siendo adecuados para dar cuenta de las nuevas situaciones. Así, los procesos de «alternancia» o de «gobiernos divididos» que desde mediados de los años ochenta comenzamos a vivir en las elecciones locales, difícilmente eran entendibles a partir de las ideas que habíamos construido para explicarnos la «democracia a la mexicana». Lo conducente en este caso era, como de hecho ocurrió, volver a elaborar el discurso político para darle cabida a las situaciones que iban apareciendo, sencillamente porque se estimaban valiosas y, por ende, dignas de una completa inserción social.

La segunda manera de suponer que el Estado de Derecho está en crisis, no es atendiendo a los problemas del concepto, sino al hecho de que la realidad, es decir, a que la suma de fenómenos cotidianos a que asistimos, se realiza de manera muy distinta a su función preceptiva. Lo que aquí interesa destacar es el hecho de que la crisis del Estado de Derecho se da debido a que su dimensión reguladora de los fenómenos sociales no se realiza en los términos concepto. Si volvemos a comparar la situación del Estado de Derecho con la de la democracia mexicana en el periodo aludido, tenemos que mientras los conceptos relacionados con ésta debían superarse en virtud de que la situación que denotaban se consideraba poco valiosa (autoritaria, ilegítima, etc.), tratándose del Estado de Derecho acontece todo lo contrario: mediante el Estado de Derecho queremos afirmar situaciones valiosas y, no deseamos transformar el concepto a efecto

de que se avenga a la realidad que vivimos, sino que queremos mantenerlo a fin de que la realidad termine por ajustarse a lo que preceptúa.

Después de lo acabado de afirmar, parece evidente que la principal crisis que entre nosotros se da respecto del Estado de Derecho, está dada por la falta de relación entre lo que suele considerarse el contenido del concepto, y aquello que cotidianamente acontece en nuestro país. Para muestra de ello, consideremos prácticamente cualquier discurso o toma de posición política, empresarial, académica o social, donde se comienzan por señalar la ausencia de esa forma de convivencia social, para de inmediato reclamar su necesaria observancia. Lo que tenemos es la toma de posiciones respecto de fenómenos que, siendo en sí mismos de la mayor importancia, suelen presentarse aisladamente como formas de demostrar la ausencia de Estado de Derecho en nuestro país: la dificultad para cobrar los adeudos, la debilidad de los sistemas de registros, el índice delictivo, la desproporción entre delitos denunciados y personas sancionadas, la actuación discrecional de las autoridades públicas, la persistencia de los índices de corrupción, el incremento del empleo informal, la existencia de una sobrerregulación en los trámites administrativos, y un largo etcétera. El problema con esta forma de análisis del problema, por lo demás comprensible desde muchas de las tribunas desde las cuales se formulan, no está en la veracidad o falsedad de las reclamaciones, ni tampoco en la legitimidad de muchos de los pronunciamientos. El problema está en la forma en que se lleva a cabo el análisis de la falta de realización del Estado de Derecho. Al hacerse los pronunciamientos desde la anécdota o desde las más disímbolas experiencias, prácticamente cualquier cosa vale como desconocimiento del Estado de Derecho; así, lo único que debe justificarse es una relación entre aquél que formula la denuncia o lleva a cabo una crítica y el concepto, para que se satisfaga la condición necesaria para considerar que, efectivamente, el Estado de Derecho no impera entre nosotros<sup>1</sup>.

Si las anteriores consideraciones son correctas, el problema con el Estado de Derecho no es sólo el relativo a la disonancia entre sus postulados y lo que acontece en la cotidianidad de nuestro país, sino que

---

<sup>1</sup> El mantenimiento de esta forma de abordar el problema es, por lo demás, sumamente conveniente para las autoridades públicas, encargadas primarias de constituir y garantizar al Estado de Derecho. Ello es así debido a tres razones: primera, porque la ausencia de un esfuerzo de conceptualización, si bien pueden dar la impresión de gran poder por su generalidad, terminan por reducir el estudio de los fenómenos y, con ello, de la solución a éstos, a un mero anecdótico; segunda, porque las demandas terminan por ser poco efectivas sobre algo en concreto; tercera, porque frente a una reclamación en la que prácticamente puede haber cualquier contenido, siempre resulta posible responder mostrando los «avances» de otra de las variables, y soslayar la situación específica de aquella que concretamente se demande.

también está presente un problema en relación con el concepto. ¿Qué es, si queremos preguntarlo ontológicamente, el «Estado de Derecho»? Una vez respondida esta cuestión, debemos formularnos otra: ¿qué contenidos suelen considerarse propios del «Estado de Derecho»? Contestar estas preguntas es, como lo acabamos de ver, un tema central, pues sólo al hacerlo estaremos en posibilidad de, por una parte, contar con un elemento común para una discusión también común y, por otra, de establecer el diagnóstico y las acciones necesarias para cambiar nuestra precaria realidad en la materia. Adicionalmente, conviene apuntar desde ahora, en esta misma línea, que el reclamo para que prácticamente todo quehacer social se lleve a cabo desde el Estado de Derecho, ha producido un resultado que, además de paradójico, resulta perturbador: aquello que se creó para constituir una cierta manera de conducción de las relaciones humanas, ha terminado por utilizarse con tal amplitud y con tal diferencia de sentidos, que las disputas en torno al Estado de Derecho se producen también por la determinación de aquello que válidamente pueda llamarse su sentido «correcto»<sup>2</sup>. Aquello que originariamente como la condición de una nueva y mejor convivencia social, es hoy motivo de severas disputas. Así, aun cuando existe consenso por la necesidad de que las prácticas sociales se actualicen de conformidad con ese concepto, existe el problema de definir cuál es el sentido propio de la expresión<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Sobre este aspecto, H. BARNETT, *Constitutional & Administrative Law*, fourth ed., London, Cavendish, 2002, pp. 73 y ss.

<sup>3</sup> Para quienes han adoptado o construido un sentido propio de la expresión Estado de Derecho, este tipo de ejercicios puede parecer inadecuado, superfluo o, inclusive, ser visto como una evasiva para discutir el problema de fondo relativo a la instrumentación. Es decir, si se sabe a qué debe denominarse Estado de Derecho, ¿para qué perder el tiempo discutiendo sus elementos constitutivos o su relación con conceptos semejantes pero equivocados? ¿Por qué no pasar desde luego a la acción de cambio que habrá de llevar de un estadio en el que no existe esa forma correcta de Estado de Derecho, a otro en el que por sí haberlo, pueda ser definido como correcto? En síntesis, ¿para qué hablar de algo evidente cuando hay tanto que hacer en el terreno de las acciones concretas? Las respuestas que es posible fijar ahora son de variado tipo: algunas pueden apelar a la idea de que quienes no sostienen lo propio están equivocados, y que por ello la única posibilidad que se tiene es la de llevar a cabo los cambios a toda velocidad y con todo entusiasmo, pues sólo los resultados satisfactorios demostrarán su error a quienes desde un principio estaban equivocados; otra posibilidad es estimar que si bien es cierto que existen diferencias en cuando a las concepciones del Estado de Derecho, las mismas son tan pequeñas y tan puntuales, que no conviene perderse discutiendo los detalles; otra más, tal vez variante de la anterior, consiste en sostener que la situación actual es tan mala en tantos órdenes, que si una cierta visión del Estado de Derecho puede provocar una mejora respecto de esa situación, conviene emprender el camino del cambio y dejar de lado la discusión de los detalles.

## 2. EL ESTADO DE DERECHO COMO MODELO

Para estar en posibilidad de responder a nuestra primera pregunta sobre aquello que «sea» el Estado de Derecho, tenemos que situarnos en un plano de gran generalidad. Desde él o en él, podemos decir que, simultáneamente, se habla de Estado de Derecho para describir una situación o para aludir a un modelo:

- a) En el primer caso, la expresión permite describir si un determinado estado de cosas satisface o no un cierto estándar; por ejemplo, si cierto tipo de transacciones se dan o no de manera «adecuada», o si cierto tipo de derechos tienen o no el soporte que «debieran».
- b) En el segundo caso, el modelo sirve para postular cómo deben darse ciertas formas de actuación de los componentes público y privado de una sociedad, sea con respecto a sí mismos o sus integrantes, o con respecto al otro componente. En lo que sigue, vamos a detenernos en el carácter de modelo, sencillamente porque, uno, al hacerlo abordamos por completo una de las dos posibilidades que dejamos abiertas y, dos, porque bien mirado el asunto, la determinación del estado de cosas o situación constitutiva del Estado de Derecho, depende de cómo se haya determinado el estándar apuntado. Esto es, sea en términos de la formulación del modelo mismo, o sea como criterio de calificación de la situación que se vive, resulta mucho más productivo preguntarnos por aquello que el Estado de Derecho «sea» en términos de modelo, pues a partir de ahí se lleva a cabo la valoración de una situación fáctica a efecto de calificarla como constitutiva o no del propio Estado de Derecho.

Colocados ya en la perspectiva del modelo, podemos decir que el mismo cumple, al menos, las siguientes funciones: distinguir entre diversos componentes sociales; asignar a cada uno de ellos sus tareas; delimitar sus propias esferas de actuación y las posibles relaciones entre sí; darle el carácter de valioso a cada una de las distinciones anteriores, y asignarle un carácter deóntico a las acciones que deban realizar los actores identificados. La caracterización del Estado de Derecho como un modelo deóntico que regula la conducta de ciertos actores sociales, constituye sólo una primera aproximación que busca establecer ciertas formas de relación entre elementos a efecto de producir la situación estimada deseable: aquella que constituya el contenido del Estado de Derecho<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> La conclusión anterior nos conduce a un segundo problema. Si el Estado de Derecho es un modelo, ¿de qué tipo es éste? Dentro de las dos posibilidades generales que al respec-

Resuelta la primera pregunta, podemos volver sobre la segunda de ellas: ¿qué contenidos suelen considerarse propios del «Estado de Derecho»? En otros términos, ¿qué contenidos conforman el Estado de Derecho? ¿Existe un modelo único y excluyente del Estado de Derecho o, por el contrario, existen varios de ellos? Si la pregunta puede responderse en el segundo sentido, ¿cuáles son ellos y de qué depende su existencia? Uno de los problemas de responder esta interrogante, consiste en suponer que los contenidos del Estado de Derecho son únicos y atemporales. Es decir, partir de la idea de que desde siempre o en determinado momento de la historia se formó un concepto que y el mismo es completo, es permanente, no está sujeto a discusiones y cumple una diversidad bien ordenada de funciones. Para quienes sostienen este punto de vista, que no son pocos, hablar de Estado de Derecho equivale a hablar de una construcción respecto de la que, como antes se dijo, no pueden darse discusiones, de ahí que las que pudieran darse serían, a lo más, las relativas a la forma de instrumentar las políticas para desarrollarlo. Sin embargo, si analizamos la forma en que se formó el concepto de Estado de Derecho, y vemos sus contenidos, tendremos que admitir que no existe una solución única respecto de uno u otros. Por el contrario, el concepto de Estado de Derecho es objeto de arduas polémicas, algunas de las cuales vamos a referir ahora.

### 3. DIVERSOS MODELOS DEL ESTADO DE DERECHO

Si procedemos con cierta generalidad, en primer término podemos advertir que no existe un solo momento histórico del concepto Estado de Derecho, sino que el mismo es producto de varios momentos y, por consiguiente, de la necesidad de cumplir con diversas funciones. Procediendo con cierto grado de generalidad, y más con el ánimo de denotar las diferencias que de hacer un preciso recuento histórico, consideramos posible diferenciar entre cuatro modelos de Estado de Derecho: *Rule of Law*, *État du Droit*, *Rechtsstaat* y Económico.

#### A) Rule of Law

Mediante el primero de ellos, queremos dar cuenta del caso fundamental inglés, por virtud del cual la totalidad de los habitantes de un Estado,

---

to suelen darse, se habla de modelos formales y narrativos (S. TOULMIN, *Return to Reason*, Cambridge, Harvard University Press, 2001, pp. 35 y ss.), donde los primeros son los contruidos por la deducción de ciertos axiomas, como los matemáticos y los lógicos. A su vez, los narrativos (y los del Estado de Derecho son claramente de este segundo tipo), se constituyen a partir de la articulación de diversos componentes discursivos, en donde el sentido propio de cada uno de ellos aporta parte del sentido de la construcción final.

quedan sometidos a la ley. En otros términos, un modelo de convivencia social y política, simultáneamente, en el que las personas (ciudadanos y autoridades), saben cuáles son sus derechos y sus obligaciones a partir de las disposiciones del orden jurídico, y no así de las decisiones de los sujetos socialmente poderosos o de los gobernantes que ejercen poder público. Los elementos fundamentales son:

1. El predominio de lo dispuesto en la ley o derecho respecto de todas las otras formas posibles de regular la convivencia social;
2. El sometimiento por igual de gobernantes y gobernados;
3. La aceptación de que todo aquello que socialmente se quiera regular, sea por la vía de los derechos o de las obligaciones, estará previsto en las normas jurídicas, y
4. Finalmente, y como consecuencia de lo anterior, que las sanciones que correspondan al cumplimiento o incumplimiento de las normas, también estará dispuestas en ellas. Si quisiéramos caracterizar ahora al modelo del *Rule of Law* con una sola expresión, tendríamos que decir que se trata, de constituir «un gobierno de las leyes y no de los hombres», que aquello que determina las conductas es aquello sobre lo que todos o algunos han convenido<sup>5</sup>, y no la voluntad de uno decidiendo sobre la de los demás. En este sentido, lo que tenemos es un modelo altamente complejo, sencillamente porque pretende aplicarse a la totalidad de los miembros de una sociedad, y no apuntar sólo a la clase gobernante, como si en ella descansara la única posibilidad de realización de todos los males sociales.

## B) *État du Droit*

Un segundo modelo puede ser denominado con la expresión francesa *État du Droit*. En las condiciones de generalidad apuntadas, podemos decir que se trató, ante todo, de encontrar la manera de limitar a las autoridades públicas en el ejercicio de sus facultades. Es decir, mientras que en el caso inglés se trataba de someter a todos al «imperio de la ley», en el francés se trataba de limitar el ejercicio del poder público a efecto de salvaguardar, la libertad del hombre. No es casual encontrar aquí, además de la diferencia de fundamentación a que acabamos de aludir, una distinción en su forma desarrollo. Atendiendo al artículo 16 de la Declaración

<sup>5</sup> Puede hablarse de uno o de muchos, pues el modelo de *Rule of Law* admitió, y de hecho admite la posibilidad teórica, de que las decisiones sean construidas de manera democrática o de una distinta a ella, siempre que se de el sometimiento de aquellos que formularon las normas.

de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, un país tenía Constitución y, por ende, Estado de Derecho, siempre que garantizara un conjunto de derechos fundamentales y el principio de división de poderes. Los primeros, como forma de reconocer la existencia de una serie de derechos de las personas a la formación del Estado; el segundo, como una forma de garantizar, orgánicamente, la protección de esos derechos. Mientras que en el caso inglés lo relevante era garantizar la posición de todos los individuos en la sociedad, fuera frente a ellos mismos o frente al Estado, lo relevante del modelo francés estribaba en garantizar la posición del individuo frente al Estado a efecto de impedir que las actuaciones de los órganos de éste afectaran sus derechos. Si desde el punto de vista de la imaginación de la clase social que realizó la Revolución de 1789 (la burguesía), los grandes males sociales se producían de la actuación del Estado, y los grandes beneficios eran producto de la competencia social, la forma pertinente de organizar a la sociedad era mediante la limitación del Estado, y el otorgamiento de amplia discreción a la sociedad o, al menos, a parte de ella. Un *État du Droit* que, simultáneamente cumpliera con tales funciones, era un modelo adecuado para satisfacer los requerimientos que los tiempos exigían.

### C) Rechtsstaat

El tercer modelo es el que hemos denominado con la expresión alemana *Rechtsstaat*. Se trata de una nueva forma de Estado de Derecho, en la que, básicamente, frente a las debilidades del Estado nacional (alemán) o, mejor, ante la necesidad de constituirlo a partir de una diversidad de principados y otras formas de organización políticas prevalecientes en la segunda mitad del siglo XIX, se trató de dotarlo de importantes poderes. El Estado de Derecho es una solución para el fortalecimiento del poder público, ello bajo el entendido de que sólo a partir de ahí era posible llevar a cabo las acciones necesarias para lograr un cierto fin. Si bien en el caso de Alemania éste era el de la unificación, las posibilidades que históricamente pueden llegar a presentarse varían en razón de los fines que se quieran lograr a partir del fortalecimiento estatal. Esta última condición es, entonces, lo relevante del modelo de Estado de Derecho en cuestión, más que el desarrollo de un fin particular que lo acompañe. De especial importancia son aquellos casos en lo que el objetivo que se quiere lograr pasa por una acción estatal decidida: si el problema es combatir una fuerza delictiva organizada o reducir a una minoría étnica, o llevar a cabo una acción generalizada de disciplina social, el modelo de Estado de Derecho al que se apelará será, justamente, el de *Rechtsstaat*. Este es el único que puede atribuirle a los detentadores del poder público la legitimación

y los instrumentos jurídicos necesarios para acometer tal empresa. La posición que en ese modelo guardan otros elementos sociales tales como los derechos o los límites a la acción estatal es mucho más difusa que en el caso del *Rule of Law* o del *État du Droit*, pues su apelación fundamental está construida en favor del fortalecimiento del poder público en los términos mencionados.

#### D) Económico

El último de los modelos que anteriormente identificamos, es el que denominamos «económico». A finales de los años ochenta, comenzó a hablarse con cierta insistencia del «Estado de Derecho», me parece que como consecuencia del establecimiento del llamado «Consenso de Washington»<sup>6</sup>. Quienes recuperaron la expresión Estado de Derecho y comenzaron a insistir en la necesidad de su establecimiento, fueron los economistas. Dentro del modelo económico que en ese entonces se estaba construyendo, se estimó necesario contar con un régimen jurídico en el que los derechos de propiedad (en su sentido económico) quedarán garantizados. La falta de ciertos elementos «normativos» impedirían cualquier posibilidad de desarrollo económico: de normas claras y construidas a partir de criterios de eficacia y eficiencia; de tribunales expeditos y autónomos; de clarificación del sistema de precios y supresión de distorsiones a éste; de amplios sistemas de registro; de claras posibilidades de ejecución de las resoluciones judiciales; de sistemas de reconocimiento y castigo a la eficiencia e ineficacia económica de los participantes en el mercado; de libre competencia económica en todas las actividades, y de apertura económica al exterior, primordialmente. Llegó a considerarse que sólo si los derechos estaban claramente asignados y eran fácil y rápidamente ejecutables, se podría construir la base a partir de la cual resultaría posible hacer previsible el funcionamiento del derecho y, con ello, el de la economía. Si, por el contrario, no podía saberse quién era el titular de un derecho, cuál sería la duración de un juicio, cuáles serían los costos de éstos, cuáles serían las posibilidades de llegar a ejecutar un fallo, o no se fijaban las maneras en qué intervendría el poder público en la economía, se estaría en una situación en la que el propio derecho terminaría distorsionando las transacciones económicas y, por ende, el funcionamiento de la economía. Para lograr el objetivo general, el derecho tenía que ser visto en términos instrumentales respecto de la economía. Esta tarea

<sup>6</sup> Entre otros, J. WILLIAMSON, «What Should the World Bank Think about the Washington Consensus?», *The World Bank Resear Observer*, vol. 15, no. 2 (August 2000), pp. 251-264; J. E. MAHON, «Good-Buy to the Washington Consensus?», *Current History*, February 2003, pp. 58- 64.

no resultó siempre sencilla, pues el derecho contaba con una tradición, tenía sus propias categorías, actores, y racionalidad. La única forma de superar ese obstáculo era mediante la reformulación del lenguaje y, todavía con más precisión, de una porción del lenguaje jurídico<sup>7</sup>. La expresión conveniente fue la de Estado de Derecho. Sus tareas y objetivos se dirigían a satisfacer las necesidades económicas y, por lo mismo, a reducir el derecho a la posición instrumental aludida. En esa vertiente, el derecho perdió su autonomía, por lo que su sentido general y fundamento fueron definidos por los economistas y para la economía. A final de cuentas, se reclamó un espacio privilegiado para el mundo privado y, desde él, la reducción del espacio o las posibilidades de lo público.

#### 4. HACIA LA INTEGRACIÓN DE LOS MODELOS DE ESTADO DE DERECHO

Si analizamos en conjunto los elementos componentes de los diversos modelos de Estado de Derecho, desde luego es evidente que muchos de ellos son claramente contradictorios entre sí. Es decir, y por vía de ejemplo, resulta sumamente difícil admitir que, por un lado, el papel del modelo se agote en la protección de las libertades públicas frente al Estado (*État du Droit*) y, simultáneamente, que se está postulando que quienes estén sometidos por igual a las normas jurídicas (*Rule of Law*), por no hablar de los problemas que implica asumir cualquiera de esas dos posiciones frente a la de exclusivo fortalecimiento del aparato estatal (*Rechtsstaat*) o a la instrumentalización del derecho frente a los postulados de la economía (económico). Así, por ejemplo, en los discursos de diversos sectores de la sociedad existen situaciones en las que las determinaciones para el funcionamiento del Estado de Derecho suponen que las únicas personas que deben quedar sometidas a las normas jurídicas son los titulares de los órganos del Estado. El sustento de esa posición es equivocado, pues es tanto como suponer que esos titulares funcionan en una situación autónoma, y sus posibilidades de corrupción o desvío son autogeneradas. Otro caso de lectura equivocada se da cuando llega a suponerse que el orden jurídico debe tratar de satisfacer los postulados de ciertas concepciones económicas, y se deja de lado la satisfacción de otros derechos que forman parte del propio orden jurídico.

Por difícil que pueda parecer concebir a diversos elementos conjuntamente, ello es precisamente lo que hacemos cuando entre nosotros hablamos de Estado de Derecho: tomamos los elementos propios de diversos

<sup>7</sup> Sobre el apoderamiento del lenguaje en el derecho, *cfr.* E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa*, Madrid, Alianza, 1995, especialmente la primera parte.

momentos históricos, los unimos sin más y suponemos que el resultado es un todo coherente desde el cual es posible gobernar a una sociedad diferenciada y compleja. En realidad, el problema que enfrentamos es mucho más difícil, no sólo a nivel de la denominación sino, primordialmente, del uso del «modelo» resultante. Lo que terminamos haciendo es que del conjunto de elementos identificados, se toman aquellos que para los sujetos que se encuentran en una posición determinada resultan convenientes en un momento determinado. Se trata, en otros términos, y como ya apuntamos, de una forma de servirse del concepto Estado de Derecho para estar en posibilidad de demandar su aplicación en determinados momentos y, en muchas ocasiones, de manera selectiva.

El problema con esta forma de actuación consiste en que aquella construcción que fue pensada como medio para lograr una mejor forma de conducción de los fenómenos sociales, ha terminado por ser la ocasión de nuevas y serias diferencias. Frente a ella, podemos decir que los problemas con el Estado de Derecho no son sólo de aplicación, como habíamos supuesto, sino también de definición. ¿A qué podemos llamar Estado de Derecho? ¿Existe una base común, algún elemento que con cierto grado de objetivación nos permita determinar aquello que debe ser llamado Estado de Derecho? Si es el caso, ¿cuál es ese elemento objetivado? Una primera y casi evidente respuesta, alude a los contenidos de nuestro orden jurídico. Esto es, los elementos del Estado de Derecho son, a su vez, los contenidos del orden jurídico que nos rige. Por ende, y desde esta perspectiva, bastaría con llevar a cabo la aplicación constante de las normas de nuestro orden jurídico para que el Estado de Derecho se realizara. Sin duda, es cierto que buena parte de las normas del orden jurídico mexicano contienen una buena cantidad de ejemplos de los modelos de Estado de Derecho a que antes aludimos, de manera que, en efecto, al aplicar las normas se estarían desarrollando, al menos parcialmente, esos modelos. Sin embargo, y debido fundamentalmente al hecho de que las normas atienden a los contenidos de varios modelos, el problema es que al aplicar unas se estaría privilegiando determinada concepción y, consecuentemente, dejando de lado otra. Nuevamente, por citar sólo un ejemplo, tratar de aplicar en toda su dimensión los derechos fundamentales previstos en la Constitución puede ser incompatible con ciertas formas de búsqueda del desarrollo económico, tal como lo han venido enfrentando diversos tribunales constitucionales europeos.

## 5. ESTADO DE DERECHO Y CONSTITUCIONALISMO

Frente a este problema, es posible imaginar una solución que conlleva apelar a un nivel superior de discusión: considerar que los modelos de

Estado de Derecho, por ser fundamentalmente preconstitucionales (*Rule of Law* o *Rechtsstaat*) o paraconstitucionales (económico), deben ser considerados como partes de una más amplia posibilidad de entendimiento de las relaciones sociales: el constitucionalismo. Si hablamos de constitucionalismo, tenemos que aludir, en primer lugar, a dos teorías puntuales, una construida en los Estados Unidos y otra, primordialmente, en Francia. A pesar de que ambas seguía operando a partir de una base contractual y presuponiendo una sociedad con un grado importante de homogeneidad, cada una produjo resultados diversos. Aquí es importante destacar que desde el momento en que las teorías constitucionalistas alcanzaron, por decirlo así, su formalización constitucional, se inició un complejo diálogo entre las propias teorías y la práctica constitucional, al punto que las segunda comenzaron a modificar y darle nuevos sustentos y contenidos a las primeras. De este modo, en los ejercicios constitucionales francés y norteamericano se dieron dos modelos distintos y, como se acaba de decir, cada uno de ellos propició maneras completamente diversas de entender a la Constitución.

En el caso norteamericano, mucho más cerca de Locke y de su idea de los derechos preexistentes, el constitucionalismo dio lugar a la necesidad de contar con un órgano competente para establecer si se respetaban o no los derechos preexistentes y la división de poderes<sup>8</sup>. En este país, y frente a la existencia de un órgano con facultades para imponer el texto de la Constitución y los elementos que subyacían a ésta, la cuestión se resolvió en una dinámica fundamentalmente litigiosa, salvo el caso extremo y bien conocido de la Guerra Civil y, en menor medida, del *New Deal*. Debido a que el constitucionalismo se introdujo en la dinámica constitucional, las discusiones públicas implicaban su recreación cotidiana. Esto provocó que a pesar de las notables diferencias entre los argumentos de las partes en disputa, se llegara a suponer que todas las soluciones provenían de un mismo texto. Así, y en todo momento, llegó a admitirse que no sólo se estaba aplicando la Constitución en cada caso concreto, sino de un modo mucho más complejo, la serie de postulados en que la misma descansaba. La discusión en ese sentido pasó por diversas etapas, hasta llegar a una como la actual en donde lo relevante no es más (o no parece ser más) la discusión de los sentidos específicos que corresponden a las normas constitucionales, sino de un modo mucho más amplio, el de la determinación de los supuestos en que descansan la Constitución y sus normas.

El constitucionalismo francés se formó a partir de las ideas de Rousseau, de manera tal que derivado del pacto social, la máxima autoridad política dentro de un Estado terminó siendo el órgano legislativo. Debido

<sup>8</sup> En el mismo sentido, PH. PETIT, *Republicanismo*, T. Doménech (trad.), Madrid, Paidós, 1999, pp. 138 y ss.

a la posición de ese órgano pero, sobre todo, a que llegó a admitirse que el ordenamiento se coronaba con la ley, y ésta era la expresión de la voluntad de todos, se produjo la pérdida de relevancia de los supuestos y los contenidos constitucionales. Esta situación puede verse, por un lado, en la inexistencia de un órgano competente para conocer de las violaciones a la Constitución pero, por el otro y de modo más destacado, en el hecho de que el discurso constitucionalista terminara por identificarse con las instituciones que hubieren quedado comprendidas en las correspondientes constituciones. Este caso fue más dificultoso, sobre todo porque el discurso perdió su autonomía frente a la Constitución y terminó por ser incapaz de cumplir cualquier tipo de función respecto de la dinámica constitucional. Así, aislado de los procesos normativos reales, el constitucionalismo terminó por tener importancia sólo en aquellas situaciones en las que se veía amenazada. Debido a la forma en que se utilizó, fue visto como la serie de argumentos que se presentaban desde la derecha a efecto de combatir las posiciones progresistas o radicales, por lo que en los turbulentos años que corren desde finales del siglo XIX hasta el final de la Segunda Guerra Mundial, sufrió diversos embates. La lucha contra la noción imperante se plasmó desde luego en varias constituciones (Weimar, 1918; Austria, 1920; España, 1931), mismas que de haber sido eficaces hubieran dado lugar a una forma nueva de entendimiento constitucional así como a la reformulación de la teoría. Sin embargo, debido a la falta de eficacia de esos ordenamientos, ello fue posible hasta el conjunto de Constituciones aparecidas después de la Segunda Guerra Mundial. En este grupo se lleva a cabo una compleja labor de síntesis entre los postulados de la vieja teoría (denominados por cierto «Estado de Derecho»), con parte de las reivindicaciones que se venían formulando desde la izquierda (identificadas luego como «Estado social»), como con las demandas que se produjeron también por una más amplia democratización («Estado democrático»). Ello dio como resultado una nueva y compleja fórmula denominada «Estado social y democrático de derecho»<sup>9</sup> o, más recientemente, «Estado constitucional», la cual fue constitucionalizada con el propósito de darle sentido a todas las normas del ordenamiento jurídico. Es esta compleja fórmula la que hoy en día, y de modo predominante, comprende los postulados de la teoría constitucional, al grado que se le identifica como constitucionalismo europeo<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Cfr. J. R. COSSÍO, *Estado social y derechos de prestación*, Madrid, CEC, 1989, pp. 25 y ss.

<sup>10</sup> En los países continentales que lo han establecido se ha producido un fenómeno semejante al que en los Estados Unidos se inició muchos años atrás, al suponerse que los supuestos del constitucionalismo animaron el establecimiento de los preceptos constitucionales, determinaron sus contenidos y fijaron los lineamientos para llevar a cabo las correspondientes interpretaciones.

¿Cómo se logró esta solución a pesar de los enormes enfrentamientos existentes? Ello tiene que ver con una consideración distinta del fundamento del derecho. Como se dijo, el sustento del modelo eran el contrato social y la voluntad general, y sólo como contrapartida a los poderes de la representación, la existencia de unos derechos fundamentales que, por lo demás, venían reconocidos u otorgados por el propio contrato. En el caso de los derechos sociales, su fundamento era una noción de la posición del hombre en la sociedad o una determinación a partir de las necesidades de éste. Para los sostenedores de la idea social, no era suficiente el fundamento contractual de la libertad, precisamente porque ese contrato social no había tomado en cuenta la distribución originaria de la riqueza y sólo estaba ocultando el modelo de dominación que justamente criticaban; en el caso del modelo social, los liberales no lo aceptaban en tanto suponía una indebida intromisión del Estado en la sociedad, lo cual era por completo ajeno al *status* de los individuos en cuanto a la necesidad de proteger su propia libertad. La solución que podía darse a este enfrentamiento fue dejando de lado la discusión acerca de si aquello que se iba a garantizar era una noción liberal o más bien social, para reconocer que se trataba satisfacer la dignidad humana. Como esta dignidad humana tenía que estar determinada tanto por la protección a la libertad del individuo como por la satisfacción de sus necesidades materiales mínimas, se produjo la reformulación de los dos extremos en conflicto.

Tal reformulación tuvo forma jurídica y permitió la síntesis entre las formas liberal y social, pasando a considerarse que las dos venían a expresar una nueva forma de relación entre contenidos que no sólo no eran opuestos, sino que tenían que ser garantizados conjuntamente. Sin embargo, la mera introducción de la dignidad como elemento eje de las relaciones entre dos elementos, planteó un nuevo escalón en la discusión, precisamente aquél que tenía que ver con la dignidad del hombre. Con la dignidad del hombre en juego, se abrió una nueva etapa: el hombre no podía ser considerado como un instrumento al interior de los órdenes jurídicos, sino que su sustantividad debía determinar el contenido de las normas y la comprensión del derecho. Estamos frente a un discurso circular y, por ello, efectiva: la consideración de los hombres debe ser a partir de su dignidad; esta dignidad tiene una naturaleza sustantiva e indisponible para el poder; el poder únicamente puede tener como fundamento a la democracia en cuanto forma que permite la actuación de aquellos sobre los que recaerá ese poder, y la democracia no puede ir más allá de los elementos que le dan sentido, *i.e.*, la dignidad humana. La tensión generada se percibe en la siguiente cuestión: si el hombre ejerce su poder de manera total al actuar en democracia, ¿es posible que mediante el actuar democrático pueda afectar a aquellos contenidos que son considerados como propios de la dignidad humana? La respuesta es evidente: no.

Debido a que el hombre que actúa en democracia es uno, y lo es precisamente a partir de las calificaciones que supone verlo dotado por una dignidad, resulta entonces que mediante un actuar puramente procedimental no puede afectar a la esencia que le da sustento.

Si volvemos a considerar las teorías constitucionales norteamericana y europea, lo primero que podemos advertir es que ambas tuvieron orígenes semejantes y luego siguieron caminos diferentes. Sin embargo, lo que queda claro es que al recorrer esos caminos ambos modelos tuvieron la flexibilidad suficiente para admitir propuestas o reivindicaciones que, en principio, parecían contrarias. Aun cuando fue más notable en Europa por las razones ya dichas, en los dos casos se pudo introducir esa posición inicialmente diferente a partir de la idea de que con ello se seguían actualizando o recreando los supuestos originarios, siempre bajo la idea de que no existía una contradicción de fondo con el modelo general. En este sentido, al haberse insertado el constitucionalismo en los órdenes jurídicos, se logró que aquello que se había construido como mera propuesta comenzara a regir las relaciones jurídicas y a determinar el comportamiento social, lo cual permitió a su vez llegar a la idea de que en tanto aceptado, el modelo era correcto.

La segunda cuestión a apuntar tiene que ver con la situación que hoy en día guarda el constitucionalismo. ¿Conviene seguir considerando por separado a los constitucionalismos norteamericano y europeo, o es posible considerar que estamos frente a un solo tipo? Salvando las diferencias históricas, es posible identificar grandes semejanzas entre ambas teorías constitucionales, sencillamente por que se ha venido imponiendo el tipo norteamericano. Los países continentales comenzaron a imitar muchas de las soluciones jurisprudenciales y, de esa manera, insertaron en sus propios ordenamientos contenidos de fuerte raíz estadounidense. Sin embargo, y todavía con más presencia, los discursos constitucionales que se formaron a partir de los años ochenta encontraron elementos en común, al punto que olvidaron muchas de sus diferencias históricas. ¿Cuáles son los elementos fundamentales de este discurso? En primer término, la asignación de una posición superior al valor libertad, al punto de llegar a comprender que las funciones del constitucionalismo eran las de juridificar el mayor número de posibilidades de realización de tal valor. En segundo lugar, se redujo la consideración del valor igualdad (en su sentido material), de manera tal que las soluciones redistributivas que exige se vieron más como un producto de la política legislativa o del acuerdo partidista, que como un contenido constitucional a desarrollar. Finalmente, y como consecuencia de la posición determinante de la libertad, se produjo también el acotamiento de la democracia, esto en el sentido de que si bien es cierto que era un proceso abierto de toma de decisiones, el mismo quedaba sometido a las determinaciones previstas en la Constitución pero, sobre

todo, a la particular forma de determinación a que daba lugar el constitucionalismo.

En todo este proceso histórico (o, al menos, en la forma tradicional de relatarlo), queda claro que los postulados del Estado de Derecho quedaron comprendidos como partes del constitucionalismo. En ocasiones con un peso específico mayor; en otras, con una posición acotada por las funciones que debían cumplir sus elementos restantes. El Estado de Derecho no puede ser visto, más como un elemento aislado de cumplimiento autónomo, sino como un elemento que debe ser desarrollado en conjunción con otros elementos a efecto de lograr el cabal desarrollo del constitucionalismo.

## 6. ESTADO DE DERECHO Y CONSTITUCIÓN MEXICANA

Si esta conclusión es correcta, podemos volver a los problemas que dejamos planteados. Por una parte, y comenzando de manera inversa a como lo hicimos líneas arriba, podemos afirmar que el modo correcto de considerar al Estado de Derecho es como elemento componente de una construcción mayor, el constitucionalismo. A nuestro juicio, y por formar parte de un todo más complejo, sólo en la medida en que el constitucionalismo se desarrolle, podrá desarrollarse el Estado de Derecho. Es decir, no es posible suponer que la mera ejecución de los elementos que, aun cuando con grandes dificultades, puedan considerarse propios del Estado de Derecho (en cualquiera de los cuatro modelos apuntados), pueda ser suficiente para desarrollar a éste. Ello implica volvernos a preguntar por la sede del constitucionalismo, lo cual debe ser respondido en términos de la Constitución de 1917 y de las normas que de ella «emanan». En otros términos, podemos decir que, y debido a que gozamos de un régimen democrático en el que buena parte de las normas jurídicas han sido creadas con un sustento democrático (o, al menos, han sido convalidadas posteriormente por instancias y autoridades plenamente democráticas), la inobservancia del orden jurídico en general no puede justificarse de ningún modo. La cuestión está entonces en lograr la aplicación de los supuestos del orden jurídico, pues, se insiste, sólo de esa manera se desarrollan, entre otros, los supuestos del Estado de Derecho<sup>11</sup>.

Es evidente que lo acabado de afirmar plantea un problema nuevo y complejo: ¿cómo hacer compatibles los contenidos de nuestro orden jurídico, cuando varios de ellos son difícilmente combinables? La respuesta a esta cuestión debe darse en dos planos. Uno, considerando que si bien

<sup>11</sup> En todo caso, y para quien estime que ciertas normas nacionales no se avienen a ciertos supuestos del constitucionalismo, cabe decir que existen una serie de mecanismos garantizados por el propio orden jurídico para combatirlos.

pueden existir esas diferencias, se trata de resolverlas al interior de un modelo (el constitucionalismo) que aspira a la unidad, y no es más el resultado de suponer una lectura privilegiada de los elementos de ciertos modelos (los del Estado de Derecho) en clara competencia entre sí. Dos, que al considerarse que el constitucionalismo forma un complejo de normas y principios establecidos en la Constitución, la compatibilidad entre sus elementos debe darse a partir de la reconstrucción y armonización entre todos ellos. A diferencia de los ejemplos sobre incompatibilidad a que antes aludimos, nos parece posible sustentar que si se supone que aquello que se está regulando es un solo modelo constitucional, la forma de comprenderlo es llevando a cabo balances entre los elementos para así identificar cuál de ellos debe prevalecer en determinadas situaciones concretas, y cuál debe ceder en su aplicación. Este ejercicio, por sencillo que parezca, marca una diferencia notable, pues no es lo mismo suponer que se están balanceando elementos de un mismo modelo, a llevar a cabo la mera adición de elementos que, necesariamente, pertenecen a modelos diferentes.

¿Cuáles sean las formas concretas que adquiera el constitucionalismo mexicano y, con ello, el Estado de Derecho, es una pregunta que debe responderse de dos maneras? Por una parte, debe decirse que las formas concretas de relación entre las normas y los principios se construye a partir de la forma en la que los órganos del Estado vayan definiendo cotidianamente el sentido de las normas constitucionales y demás normas del orden jurídico. Así, por ejemplo, respecto de ciertas situaciones podrá decirse que lo adecuado es definir a los derechos fundamentales como absolutos y sin posibilidad alguna de restricción, mientras que en otras esa posición puede ser matizada a efecto de que tales «derechos» cedan ante otro tipo de contenidos constitucionales. Por otra parte, sin embargo, está la función crítica que debemos hacer acerca de la forma como esos órganos estatales definen cotidianamente los arreglos constitucionales que dan lugar al constitucionalismo mexicano. En este sentido, cabe decir que la opinión de los integrantes de las diversas fuerzas políticas, los juristas, los académicos en general, los medios de comunicación o las organizaciones sociales, primordialmente, son determinantes para la construcción de un diálogo público en el cual se vayan definiendo tales sentidos. La labor crítica respecto de las leyes en proceso de emisión o emitidas, de las sentencias que se pronuncien por los tribunales o de las resoluciones que se generen por parte de los órganos administrativos, son determinantes para identificar la forma en que el constitucionalismo debe construirse entre nosotros<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> Asimismo, y en la dimensión que les toca para la construcción del propio constitucionalismo, es importante considerar la forma en que se insertan en la producción norma-

Por la forma en que hemos seguido nuestra argumentación, parecería que con la mera aplicación del derecho vigente se daría la realización del constitucionalismo y, por ende, del Estado de Derecho. Esta situación es sólo parcialmente correcta, en tanto es preciso considerar que si bien el constitucionalismo está o puede estar incorporado en los órdenes jurídicos, también lo es que nunca pierde su sentido de modelo, es decir, de criterio de dirección de los contenidos y las prácticas del orden jurídico. No cabe duda de que algunas de las disposiciones del orden jurídico mexicano satisfacen plenamente los criterios constitucionalistas, como cuando hablamos de los derechos fundamentales o del principio de división de poderes. Sin embargo, ello no quiere decir que todas las disposiciones de nuestro orden jurídico satisfagan los criterios del constitucionalismo. ¿Cómo saber cuándo no se da esta satisfacción y, en su caso, cómo corregirla? La primera parte de la pregunta, puede responderse considerando que debido a que el constitucionalismo (en la segunda de las dimensiones en que lo venimos estudiando) es un modelo general, de él pueden deducirse ciertas expresiones concretas a efecto de considerar, de una parte, qué es adecuado o está funcionando bien y, de otra, qué debe modificarse. Debido a que el modelo de constitucionalismo tiene una larga tradición, no es difícil suponer cuáles son los cambios que, en general, deben hacerse. Los problemas reales consisten en estar dispuesto a aceptar sus consecuencias y a ordenar las modificaciones, de manera que al momento de sumarlas a las normas ya existentes, no se generen nuevas y desafortunadas distorsiones. En la literatura técnica extranjera, y en algunos casos en la nacional, existen buenos ejemplos del tipo de modificaciones que sería necesario llevar a cabo para tener un mejor constitucionalismo o, al menos, un constitucionalismo. Los problemas se dan, en realidad, a nivel de los cambios que deben hacerse, asunto que tratamos en el siguiente párrafo.

La segunda parte de la respuesta anterior, relativa a los cambios, admite, a su vez, una distinción: cuando el problema está en la parte de las normas, llevando a cabo las correcciones mediante los correspondientes procesos de reformas o adiciones; cuando la misma se da, sin embargo,

tiva quienes desde el ámbito privado están llamados a hacerlo. En muchas ocasiones, es frecuente encontrar que la construcción del constitucionalismo y, con ello, del Estado de derecho, es de exclusiva competencia de los titulares de los órganos del Estado. Sin embargo, debe tenerse muy en cuenta que éstos, en un sinnúmero de ocasiones, actúan a partir de las excitativas de los particulares o, más todavía, procesan las demandas que éstos les generan. En la medida en que los particulares colaboran fuertemente en la construcción de las normas del orden jurídico, no es posible suponer que éste se limite a las actuaciones de los órganos del Estado. El constitucionalismo se construye todos los días a partir de estas actuaciones «mixtas», de manera tal que es importante observar cómo y de qué manera se dan esas funciones de colaboración privada y si las mismas, en efecto, aportan algo o, más bien, se construyen en la ocasión de un retraso y pérdida de sentido.

en la práctica, la cuestión es de más compleja realización, pues ello lleva a modificar ciertos patrones de comportamiento de quienes actúan como titulares de un órgano estatal, o de quienes desde su posición de particulares, coadyuvan a la mala aplicación de las normas (corrupción, por ejemplo). La posibilidad de modificación de las normas pasa, por supuesto, por innumerables obstáculos, tales como la resistencia de quienes se benefician de las «malas» normas (y siempre hay quienes se encuentran en esta posición), las dificultades para obtener las mayorías legislativas necesarias, o las aparentemente más sencillas resistencias de quienes al tener que cambiar las normas, deben crear nuevos y complejos procesos de sustitución de las acciones que venían desempeñando. A su vez, la posibilidad de modificación de las prácticas encuentra problemas tal vez más complejos, sencillamente porque quienes las realizan lo hacen por algo. De algún modo, quienes están en esta situación, encuentran un beneficio personal e inmediato, y es difícil que en un sistema con bajos estándares de supervisión y control y altos índices de corrupción, existan los deseos de cambiar.

## 7. DESARROLLAR AL ESTADO DE DERECHO

La última cuestión a tratar, es la relativa a las formas de desarrollo del constitucionalismo y, con ello, del Estado de Derecho. En otros términos, ¿qué debemos hacer para contar con un más amplio sistema constitucionalista? Si hemos dicho que éste último se encuentra sólo parcialmente previsto en la Constitución y desarrollado en las leyes, la respuesta que parece evidente dar es doble. Por un lado, que aquello que debemos hacer es lograr la aplicación de las normas de nuestro orden jurídico. En otros términos, aplicar el derecho como tal para que el Estado de Derecho se logre. Por otro, y en los términos ya apuntados, llevar a cabo la modificación de numerosos preceptos jurídicos a fin de que se introduzcan contenidos acordes con el constitucionalismo. Finalmente, y como el derecho no es en modo alguno un ente que se desarrolle ajeno a las conductas sociales, es preciso analizar qué de éstas últimas es necesario cambiar y cómo para lograr la aplicación de las normas encaminadas a la realización del constitucionalismo. Veamos los problemas primero y tercero, pues sobre el segundo ya nos pronunciamos.

La aplicación del modelo constitucionalista pasa por la aplicación del orden jurídico. Sobre este punto, es conveniente afirmar que en nuestro país el derecho tiene un alto índice de ineficacia. Ello quiere decir que, de un modo sistemático y plenamente consciente, las personas no están dispuestas a guiar sus conductas en términos de lo previsto en las normas jurídicas. Por el contrario, su primera y más importante reacción consiste

en encontrar las formas mediante las cuales puedan encontrar un beneficio propio, así sea éste de corto plazo, que esperar el beneficio colectivo que, a mediano plazo, puede conllevar el cumplimiento del derecho. Mientras no seamos capaces de encontrar la forma en que las normas deben ser construidas para lograr, en primer lugar, esta precisión de los incentivos, resultará en extremo difícil lograr que el Constitucionalismo y, con ello, el Estado de Derecho, sean una práctica constante entre nosotros. La forma que debe seguirse para lograr el cambio de los elementos jurídicos a efecto de lograr la adecuada identificación de incentivos, exige cambiar, prácticamente, la forma en que el derecho debe ser conceptualizado. Ello quiere decir que no puede seguir siendo considerado como un mero trabajo de redacción de preceptos a partir de vagas o generales intuiciones hechas exclusivamente por los abogados, o asesorada sólo por ellos, sino que debe ser un ejercicio más amplio en dos sentidos. Por un lado, debe incorporar los saberes de varias disciplinas a efecto de lograr diversos efectos (técnico, político, económico, social, etc.); por otro lado, debe hacerse con el propósito consciente de regular conductas y, en esa medida, lograr su mayor eficacia.

Afirmar que la concepción del derecho debe transformarse, suena como algo sencillo u obvio. Sin embargo, se trata de un ejercicio sumamente complejo en sí mismo, pues ello significa romper la idea de que el derecho tiene una proyección inmanente hacia o por la realización de la justicia o el bien común, a efecto de comenzar a entender que en una sociedad democrática es el producto de la negociación y los acuerdos de diversas fuerzas políticas. Fuerzas políticas que, por una parte, buscan la realización de sus propios fines y percepciones de la realidad y, por la otra, tratan de mantener fuera las posiciones de otros miembros de la sociedad o de las fuerzas políticas que los representan. Sin embargo, y con independencia de cuáles sean los criterios que se tomen en este juego complejo, lo que no resulta tolerable es que las normas no hayan sido presentadas como criterios encaminados a la regulación de conductas y, por lo mismo, se les dote de la mayor eficacia posible en los términos apuntados.

Adicionalmente, y como desde hace tiempo lo señalaron algunos pensadores de otros países, y como desafortunadamente hemos aprendido con grandes costos en el nuestro, al llevar a cabo la creación del derecho es preciso suponer que el hombre (o la mujer) al cual van dirigidas las normas, no es un ser bueno y generoso que necesariamente trabaja por la realización de un supuesto bien común, sino que es un sujeto con importantes grados de egoísmo y a la búsqueda del mayor beneficio personal posible. Sólo si se asume esta posición al momento de pensar en la creación del derecho, las normas tendrán un sentido de realización posible, y no serán meras y abstractas determinaciones acerca de cómo debieran darse las conductas.

## 8. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

De todo lo que acabamos de exponer ¿qué podemos inferir de lo mencionado anteriormente? Para no repetir nuestros planteamientos o tratar de hacer una apretada síntesis de todos ellos, vamos a concentrarnos en una sola idea. Si en verdad queremos construir un Estado de Derecho, debemos darnos el tiempo para discutirlo y definir sus características. No podemos seguir suponiendo que el mismo, en cuanto a modelo de regulación de conductas sociales, es algo dado. Por el contrario, hablar de Estado de Derecho significa tener que conjugar elementos contradictorios entre sí, provenientes de diversas tradiciones jurídica, y resultantes de distintos momentos históricos.

En este sentido, y si por carecer de un modelo y de una práctica cotidiana, queremos establecer el Estado de Derecho entre nosotros, lo primero que debemos hacer es discutir qué deseamos construir. Es comprensible que en la situación lamentable en que nos encontramos en muchos renglones de lo que suele admitirse como Estado de Derecho, se piensa que lo importante es actuar. Esta situación, por lo demás entendible, no nos puede llevar; sin embargo, a tomar decisiones equivocadas o contradictorias entre sí.

En diversos momentos de nuestro pasado reciente, hemos actuado con más voluntad que reflexión, y hemos terminado por arrepentirnos de los resultados. Pensamos que una adecuada reflexión acerca del Estado de Derecho, debe incorporar una serie de variables de muy diverso tipo, ello en tanto analicemos una serie de problemas que van más allá de lo estrictamente jurídico. Por tanto, sólo si procedemos en este sentido, estaremos en posibilidad de resolver, con seriedad y a cabalidad, los difíciles problemas que nos aquejan.