



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE QUERÉTARO

FACULTAD DE DERECHO

DOCTORADO EN DERECHO

EL MODELO DE ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO: UNA
ALTERNATIVA ANTE LA CRISIS DEL ESTADO NACIONAL

TESIS

QUE COMO PARTE DE LOS REQUISITOS PARA OBTENER GRADO

DE

DOCTOR EN DERECHO

PRESENTA

MTRO. HÉCTOR HERRERA ALCOCER

DIRIGIDO POR

DR. LUIS EUSEBIO ALBERTO AVENDAÑO GONZÁLEZ

CENTRO UNIVERSITARIO

QUERÉTARO, QRO.

Septiembre 2021



Universidad Autónoma de Querétaro
Facultad de Derecho
Doctorado en Derecho

**EL MODELO DE ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO: UNA
ALTERNATIVA ANTE LA CRISIS DEL ESTADO NACIONAL**

Tesis

Que como parte de los requisitos para obtener el grado de
Doctor en Derecho

Presenta:

Mtro. Héctor Herrera Alcocer

Dirigido por:

Dr. Luis Eusebio Alberto Avendaño González

Dr. Luis Eusebio Alberto Avendaño González
Presidente

Dr. Santiago Nieto Castillo
Secretario

Dr. Arturo Altamirano Alcocer
Vocal

Dr. Enrique Rabell García
Suplente

Dr. Jorge Serrano Ceballos
Suplente

Centro Universitario
Querétaro, Qro.

Septiembre 2021

Resumen.

El Estado-nación se encuentra en crisis, parte de ello radica en la idea de los nacionalismos que han perdido las bases materiales de su producción. Hasta ahora estos nacionalismos han pretendido constituir la diferencia como unidad sin diferenciar hacia su interior y esto ha instalado la guerra como única instancia para asegurar esa unidad totalizadora. Lo anterior, genera que la soberanía de los Estados sea cada vez más acotada ante los fenómenos de globalización económica y así, crece la necesidad de transformar las estructuras jurídicas, económicas, sociales y culturales a su interior. Por lo anterior, es propósito del presente estudio el plantear la necesidad de transformar el Modelo de Estado que existe actualmente para superar la crisis del Estado-nación y transitar hacia uno nuevo que, orientado por los fundamentos del Estado Constitucional de Derecho, permita articular los ejes de la nueva identidad estatal.

Palabras clave.

Estado Constitucional de Derecho, Estado-nación, soberanía.

SummaryThe nation-state is in crisis, part of it lies in the idea of nationalisms that have lost the material bases of their production. Until now these nationalisms have tried to constitute the difference as a unit without differentiating towards its interior and this has installed the war as the only instance to ensure that totalizing unity. This causes the sovereignty of States to be increasingly limited in the face of economic globalization phenomena and thus, the need to transform the legal, economic, social and cultural structures within them grows. Therefore, it is the purpose of this study to propose the need to transform the State Model that currently exists to overcome the crisis of the nation-state and move towards a new one that, guided by the foundations of the Constitutional State of Law, allows articulating the axes of the new state identity.

Key words:

Constitutional rule of law, nation-state, sovereignty.

Dedicatoria

A María, mi compañera de vida, cuya disciplina, responsabilidad y entrega me impulsaron a dar seguimiento a esta tesis de grado, en realidad, me dejó sin opción de dejarla inconclusa

A mis hijas, fuente de felicidad inagotable, que siempre me han dado motivos de orgullo, fuertes en la adversidad y generosas en afectividad.

A María mi hija, mi artista favorita, cuyo sentido del humor y optimismo inquebrantable me llena de alegría cada día.

A Isabel mi hija, con quien comparto aficiones y anhelos, elocuente y divertida, mi guía inseparable, cuya energía y buen ánimo me alientan a seguir adelante

A mis padres por su ejemplo y su cariño.

Dirección General de Bibliotecas UHQ

Agradecimientos

Mi más amplio reconocimiento al Doctor Luis Eusebio Alberto Avendaño González por su compromiso incondicional, su apoyo permanente y su asertiva orientación, sin las cuales este trabajo no habría sido posible.

Al Doctor Santiago Nieto Castillo, quien como profesor me condujo al estudio de los temas que son objeto de esta tesis, con su amplio conocimiento de la materia realizó aportaciones invaluable y, como amigo, me ha impulsado siempre a continuar con mi superación académica y profesional.

Al Doctor Rolando Tamayo y Salmorán, mi gratitud por enriquecer con su sabiduría, su consejo y su amistad, mi desarrollo académico y darme los elementos para concebir el mundo desde una perspectiva diferente.

Al Director de la Facultad de Derecho, Mtro. Ricardo Ugalde Ramírez, por el trabajo incansable en beneficio de mi Alma Mater y el impulso brindado para lograr esta meta.

Al Programa Titúlate de la Facultad de Derecho, por permitirme dar seguimiento al proceso de titulación y dar las facilidades para la obtención de este grado.

A la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro, a la cual debo mi formación académica y donde tuve el privilegio de educarme en la Verdad y en el Honor, como estoy seguro, lo hará también mi hija Isabel.

ÍNDICE	
Introducción.....	8
CAPÍTULO PRIMERO.....	16
EL ESTADO NACIONAL. SURGIMIENTO Y EVOLUCIÓN	16
1.1. Formación y expansión de los Estados nacionales.....	16
1.2. Deconstrucción del concepto Estado-nación	19
1.2.1. Elementos tradicionales de cohesión del concepto de Estado-nación o Estado nacional	21
1.2.1.1. Soberanía.....	25
1.2.1.2. Nacionalismo.....	40
1.2.1.3. Orden jurídico.....	54
1.2.1.4. Unidad territorial.....	56
1.2.1.5. Gobierno	57
1.2.2. Análisis de la estructura y el funcionamiento del Estado-nación	62
1.3. Los Estados nacionales en el mundo actual	64
CAPÍTULO SEGUNDO	69
LA CRISIS DEL ESTADO NACIONAL.....	69
2.1. La globalización como fenómeno histórico.....	71
2.1.1. La globalización y el Estado nación.....	73
2.1.2. Internacionalización del proceso de toma de decisiones políticas.....	75
2.1.2.1. Mundialización y globalización	76
2.1.2.2. Constitucionalismo y globalización.....	77
2.1.2.3. La economía mundial	79
2.1.2.4. Globalización de la cultura	82
2.1.2.5. Globalización y reafirmación identitaria en el ámbito cultural.....	86
2.1.2.6. La seguridad internacional	93
2.2. El estallido identitario. La erosión de la unidad nacional.....	96
2.2.1. El surgimiento de los nacionalismos.....	101
2.2.2. Minorías nacionales e inmigración.....	108
2.2.3. La escisión de algunos Estados Nacionales.....	111
2.2.4. Separatismos y movimientos autonómicos.....	118
2.2.5. Multiculturalismo en el marco del Estado Nacional.....	122

2.2.6. El Cosmopolitismo	124
2.3. La soberanía	127
2.3.1. La transformación de la soberanía	132
2.3.2. El debate sobre la soberanía ante la crisis del Estado Nacional	135
2.4. El constitucionalismo actual	138
2.5. La democracia.....	141
2.6. Crisis general y crisis del Estado: la desarticulación de los elementos de cohesión.....	146
2.7. Las alternativas del Estado-nación ante la crisis.....	148
CAPÍTULO TERCERO.....	156
LAS TRANSICIONES JURÍDICAS. EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y EL NUEVO ESTADO NACIONAL.....	156
3.1. El Estado Absolutista	156
3.2. La Ilustración y las revoluciones de finales del siglo XVIII	159
3.3. El Estado de Derecho	161
3.3.1. Orígenes del Estado de Derecho.....	164
3.3.2. Los dos modelos de Estado de Derecho y su crisis según Luigi Ferrajoli.....	170
3.3.3. Estado legislativo de Derecho y positivismo jurídico	171
3.3.4. Deconstrucción del Modelo de Estado de Derecho	174
3.4. Del Estado de Derecho al Estado Constitucional.....	178
3.5. El Estado Constitucional de Derecho.....	182
3.5.1. El Estado constitucional desde la perspectiva evolutiva; las dos dimensiones de esta perspectiva: el tiempo y el espacio	188
3.5.1.1. La comparación jurídica en el tiempo: la historia constitucional.....	188
3.5.1.2. La comparación jurídica en el espacio: producción y recepción en materia del Estado constitucional.....	190
3.5.2. La europeización y la internacionalización del Estado Constitucional: la visión del mundo del Estado constitucional.....	193
3.5.2.1. La europeización del Estado constitucional	193
3.5.2.2. El 'derecho constitucional común europeo'	194
3.5.2.3. 'Derecho constitucional nacional de Europa'.....	194

3.5.2.4. Los países en desarrollo en el campo de fuerzas de los procesos de crecimiento del Estado Constitucional.....	195
3.5.2.5. El Estado Constitucional de Derecho en el mundo actual.....	197
3.6. El constitucionalismo en el Estado Constitucional de Derecho	201
3.7. La construcción de nuevas formas de identidad y los Nacionalismos....	201
3.7.1. La Constitución del pluralismo: formas de diferenciación cultural y de apertura externa del Estado Constitucional	202
3.7.2. Nación y Estado Constitucional: normalización, relativización y normativización de la protección de minorías	203
3.8. El nuevo estado en el orden global	204
3.8.1. Globalización y transición del Estado Nacional	204
3.8.2. La acción de los Estados Nacionales en diversos espacios Globalizados	205
3.9. La necesidad de una concepción más cosmopolita de la teoría política	206
Conclusiones.....	209
Bibliografía	215

Introducción

El Estado-nación se instituyó a partir de la unificación del mercado interno y de la concentración del poder en un único centro simbólico. La noción de Nación sirvió históricamente para dar un sentido de integración social en la construcción imaginaria de la realidad social, por lo que las concepciones nacionalistas han sido en el mundo moderno las que más eficazmente han ofrecido al hombre un motivo de integración y de ubicación en el escenario internacional.

La sociedad mundial se articula actualmente en Estados nacionales que mutuamente se reconocen como sujetos de derecho internacional. El tipo histórico que representa el Estado-nacional surgido en el oeste y norte de Europa y transmutado por la Revolución estadounidense y la Revolución francesa, se impuso mundialmente. Resultó ser superior a las formas que podían hacerle competencia, tanto a las ciudades-estado como a las federaciones entre ciudades como a los sucesores modernos de los antiguos imperios. Este éxito del Estado-nacional procede, en primer término, de las ventajas del Estado moderno como tal. El Estado administrativo y fiscal, que por lo demás reclama para sí el monopolio de la fuerza, dejó en buena parte las tareas productivas a una economía diferenciada del Estado, y así el sistema de Estado burocrático y economía capitalista se convirtió en el medio con que se llevó adelante el proceso de modernización social.

Las sociedades modernas enfrentan hoy la necesidad de transformar la estructura del Estado-nación debido al proceso mundial de reconversión capitalista, para lo cual se deben modificar las formas en que tanto política como economía se habían relacionado hasta ahora entre sí. Esta crisis que atraviesa hoy esta forma de Estado es uno de los aspectos más difíciles que la teoría política debe resolver, ya que ha sido a partir del concepto de Nación que se constituyeron las identidades políticas en el mundo moderno, cuestión que, por el hecho de producir la integración simbólica de los sujetos, nos remite al problema central de la legitimidad.

Desde un punto de vista teórico-conceptual, este proceso de reconversión que acelera la tendencia a la mundialización tiene como exigencia fundamental la necesidad de reelaborar determinadas nociones que, por la misma dinámica que ha

adquirido la circulación de los capitales a nivel mundial, han terminado fuertemente cuestionadas, que se constituyen objetivamente en trabas al desarrollo capitalista actual. Esta crisis conceptual que incluso cuestiona la misma noción de Estado nacional tal como se ha elaborado hasta ahora, y que hace perder el sentido de los hechos que nos circundan, se produce, entre otras cosas, porque la mano de obra y los mercados forman parte de un proceso de globalización, al punto tal que los inversores, los empresarios, los trabajadores y los consumidores están ahora profundamente anclados en las redes de la economía mundial y, por este hecho, contribuyen a restringir el alcance nacional de las jurisdicciones políticas tradicionales.

Pero al cuestionarse de esta manera el alcance nacional de los Estados se debilitó en principio el centro único simbólico de poder en referencia al cual las sociedades particulares habían articulado sus lazos sociales. Si el Estado moderno se había constituido como momento de unificación de las particularidades existentes, ahora se producía un tipo de movimiento inverso que tendía a poner en evidencia las particularidades que hasta entonces habían sido, al menos, disimuladas por el Estado. En este contexto una de las consecuencias más evidentes de este problema ha sido el fuerte estallido identitario que se ha producido en el mundo, y que directamente ha cuestionado las grandes estructuras estatales tal como las se han conocido hasta ahora.

En todos los Estados han aflorado una diversidad de identidades que no consiguieron encontrar un espacio común de reconocimiento que les permitiera asegurar una mínima convivencia política, como es el caso del renacimiento de los nacionalismos y particularismos étnicos y religiosos, que en principio se reflejó en Europa oriental por las dificultades estructurales para afrontar el proceso de reconversión del Estado y de la sociedad que impone la actual modernización capitalista y ahora se ha extendido por todo el mundo, ya que, en realidad, el problema tiene un aspecto más genérico: si el centro único simbólico de poder, es decir, el Estado se ha debilitado: ¿Cómo asegurar un momento de unidad que permita entretejer los lazos sociales que aseguren la convivencia, teniendo en cuenta que quedan todas las particularidades al desnudo?

El carácter altamente complejo de las sociedades modernas hace que la construcción de la Nación, entendida como una simple unidad sin diferencias, como aparece en los nacionalismos, presente siempre, en el momento de su concepción una serie de dificultades que terminan cuestionando la composición del mismo concepto. Es aquí donde se abre el espacio para introducir la represión como única forma posible de mantener una unidad indiferenciada. Algunos autores tienden a calificar a estos nacionalismos que hoy afloran en el mundo como pre-estatales, es decir, como anteriores al Estado moderno, ya que la constitución de la Nación se caracterizó originariamente por conformar identidades amplias que permitían superar las parcialidades étnicas, lingüísticas y religiosas que atravesaban la sociedad. En ese sentido, el mundo moderno, al articular la sociedad y el Estado a partir del principio de igualdad natural, produjo una ampliación del espacio público que exigió, desde un punto de vista teórico, pensar aquellas instancias conceptuales que permitieran la inserción de todos los hombres en tanto que ciudadanos en el espacio público.

Por eso mismo, se puede decir que este nuevo escenario que se dibuja actualmente en el mundo encierra una fuerte paradoja, ya que paralelamente a este proceso de globalización, la característica más visible del mundo actual consiste en la constitución de identidades cada vez más restringidas que se relacionan por ello mismo de manera contradictoria con esta tendencia general a la mundialización. Esta tendencia a la globalización de la economía, la política y la cultura que se desarrolla hoy en el mundo actual exige, como lógico, transformaciones correlativas tanto en el ámbito estatal como en las formas organizativas que se habían estructurado hasta ahora como instancias de mediación entre Estado y sociedad.

Durante siglos, la dinámica de la evolución económica, liberada en el marco del sistema de Estados europeos, reforzó más bien a los Estados-nacionales, pues los Estados soberanos también pueden vivir bien con zonas de libre comercio. Pero sólo pueden aprovecharse de sus propias economías en la medida en que éstas sigan siendo “economías nacionales”, sobre las que ellos puedan influir indirectamente con medios políticos. Pero con la “desnacionalización” de la economía, sobre todo con la mundialización de los mercados financieros y de la

producción industrial misma, la política nacional pierde su capacidad de actuar sobre las condiciones generales de producción. Los gobiernos se ven cada día más obligados a asumir una permanente alta tasa de desempleo y no sólo a reestructurar, sino a pensar seriamente en desmontar el Estado social.

La figura de un Estado protector y garante a la vez del desarrollo de las clases sociales se desvanece colocando al hombre indefenso ante la perversión excluyente del mercado, por lo que la visión nacionalista se constituye, particularmente debido a los contenidos conservadores del Estado-nación, como una respuesta negativa al proceso de globalización.

Los Estados nacionales se resisten a transferir facultades a órganos transnacionales, lo cual es explicable, pues supone importantes problemas, tanto conceptuales como prácticos, entre otros aquellos relacionados con la representación y la legitimidad de tales decisiones y, por otro lado, mientras no exista un marco regulatorio "global", los Estados nacionales, particularmente aquellos más sensibles a las fluctuaciones de los mercados internacionales, son impotentes para regular algunas cuestiones fundamentales para su desarrollo, poniendo con ello en riesgo su soberanía.

No se está frente a una crisis más del capitalismo, ya que los conceptos que objetivamente se han vaciado de contenido son aquéllos cuya delimitación permitieron lograr la construcción de estas estructuras estatales modernas en el marco de las transformaciones que se vienen operando en el seno del Estado y de la sociedad a partir del proceso de globalización y de reconversión capitalista.

Una redefinición del Estado-nación implica caracterizar el proceso de mundialización para poder analizar en particular las tendencias atomizantes de diverso tipo que amenazan hoy la integridad de las unidades nacionales, más allá que los particularismos emergentes adquieran nombres diferentes. Todos estos conflictos de identidad son la manifestación de la puja entre fracciones diferentes por ordenar la realidad social frente a los desafíos a los cuales los Estados deben hoy responder y se refieren a la apertura al mundo, a la integración interna y a la producción simbólica del lugar común.

Cada sociedad se conforma con sus propias solidaridades internas y sus propias diferencias, que definen el tipo de integración social y las fronteras simbólicas entre las inclusiones y las exclusiones. Todo proceso de construcción identitaria debe tender a generar un espacio de reflexión y de práctica donde se establecen los criterios que promueven la integración social, teniendo en cuenta los intereses diversos que atraviesan a toda sociedad. Es en la intersección de las diferentes construcciones predominantes donde se producen los consensos o los disensos y, por consiguiente, donde se integra el conflicto a la política.

Al producir un tipo de construcción identitaria se debe establecer una frontera imaginaria que determina un contenido de integración y otro de exclusión. Fuera de las fronteras que establecen los límites de la integración, se establecen las exclusiones, es decir, los espacios de marginación.

Todo régimen, aún el más abierto, produce siempre exclusiones. El problema aparece realmente cuando no se mantiene un acuerdo básico en cuanto a la conservación de un modelo democrático como instancia de resolución de conflictos.

Por lo anterior, en el marco de la construcción de un nuevo tipo de identidad colectiva se debe haber aceptado en algún momento el régimen democrático como instancia de resolución de conflictos.

En este contexto y como producto de la crisis del Estado-nación, la identidad construida a partir de los nacionalismos ha entrado en crisis porque se han perdido las bases materiales de su producción. Hasta ahora estos nacionalismos han pretendido constituir la diferencia como unidad sin diferenciar hacia su interior y esto ha instalado la guerra como única instancia posible para asegurar esa unidad totalizadora. La soberanía de los Estados se ve cada vez más acotada ante los fenómenos de globalización económica y crece la necesidad de transformar las estructuras jurídicas, económicas, sociales y culturales a su interior.

En los diferentes continentes se ha vivido desde el siglo XIX un importante proceso de transición jurídica en la que el Estado de Derecho cerrado, decimonónico creado a partir de sociedades supuestamente homogéneas y que proclaman tener un sistema jurídico completo y sin contradicciones ha evidenciado

sus deficiencias y acorde con los proyectos jurídicos contemporáneos se ha venido transformando hacia lo que se denominó Estado Constitucional de Derecho.

El presente trabajo de investigación plantea la necesidad de transformar el Modelo de Estado que existe actualmente para superar la crisis del Estado-nación y transitar hacia uno nuevo que, orientado por los fundamentos del Estado Constitucional de Derecho, permita articular los ejes de la nueva identidad estatal, a partir de las siguientes hipótesis:

1. ¿Sería posible plantear una nueva forma de identidad colectiva en el Modelo Estatal que reconozca los derechos de las minorías, el multiculturalismo y las diferentes expresiones regionales y nacionales garantizando estabilidad política, unidad social y permanencia?
2. ¿Ese tipo de identidad colectiva podría lograr ser tan eficaz como la identidad nacional para lograr la integración simbólica de los sujetos?
3. ¿Podrán subsistir los Estados nacionales mediante la transformación de sus estructuras y el replanteamiento de su papel internacional?
4. ¿El Modelo de Estado Constitucional de Derecho podrá establecer las bases para transformar al Estado-nación teniendo como eje medular a la Constitución?

De acuerdo con las concepciones epistemológicas modernas, como el caso de Gadamer, las investigaciones deben ir desarrollándose de forma tal que hagan uso de los diferentes métodos y técnicas de investigación según se requiera, por lo que pretender encasillarnos a un método determinado podría limitar las potencialidades del investigador y los resultados del trabajo, aunado a lo anterior, el objeto de estudio de la presente investigación está constituido por un fenómeno complejo en razón de su naturaleza jurídica, política, social y cultural, ya que la crisis del Estado-nación es multidisciplinaria y se deberá resolver implementando instrumentos de dichos órdenes, razón por la que no se establece un método único.

Por lo anterior, y sin caer en un sincretismo metodológico, habré de tomar en consideración el método positivista, el realista y los planteamientos epistemológico-

jurídicos contemporáneos que, por cierto, han servido de fundamento para construir el modelo de Estado Constitucional de Derecho.

En la presente investigación se utilizarán, además los métodos tradicionales, como el histórico en el primer capítulo, revisando la organización estatal en los pueblos antiguos, comenzando por la polis griega del siglo IX a.C. en Esparta y continuando con el análisis en distintos lugares pero fundamentalmente en Europa y desde el siglo XVI también en América hasta finales del siglo XIX; se utilizará también el método comparativo al establecer las semejanzas y diferencias de las instituciones y órganos estatales en los diferentes lugares y épocas; lo anterior mediante técnicas de investigación documental bibliográfica. Se tomarán en cuenta las orientaciones teóricas de los distintos pensadores y políticos que operaron la formación de los Estados en la antigüedad y hasta la época actual, en forma imparcial y ecléctica.

En el segundo capítulo se utilizará el método deductivo al partir del análisis general de los diferentes conceptos y temas a desarrollar para llegar al análisis particular de los elementos, características y fundamentos de cada uno; se utilizará también el método comparativo estableciendo semejanzas y diferencias, razones y sinrazones, confrontando ideologías y concepciones personales para comprender mejor los conceptos; la orientación teórica será igualmente plural pues los diferentes pensadores que se estudiarán tienen perspectivas ideológicas distintas, habrá espacio para el análisis del iusnaturalismo, del formalismo jurídico o positivismo, el marxismo, el estructural-funcionalismo, las corrientes sociológicas e historicistas, el liberalismo clásico y el neoliberalismo, etcétera.

En el tercer capítulo se utilizará el método inductivo al analizar cada fenómeno en particular y establecer la relación y consecuencias con el entorno general del Estado, se utilizará el método analítico, y al determinar las causas, efectos y consecuencias de la globalización, los nacionalismos y los demás aspectos que han generado la crisis del Estado-nación se presentará, no sólo la perspectiva neoliberal sino el enfoque marxista de los sucesos. Se aplicará también el enfoque sistémico para entender las relaciones recíprocas de los distintos elementos que conforman el estado de cosas, sus vínculos y los equilibrios y

desequilibrios que se han generado, lo anterior mediante técnicas de investigación documentales bibliográficas y hemerográficas.

Se apreciará en este capítulo la diversidad de opiniones sobre la existencia o no de la crisis del Estado-nación, los efectos de la globalización, el efecto del surgimiento de los nacionalismos, el brote de inconformidad en las minorías, etc.

La orientación teórica del investigador parte del reconocimiento de la crisis del Estado-nación y de la inevitable integración de los Estados al orden internacional, por lo que no debe confundirse el planteamiento que busca sostener la existencia del Estado, transformarlo sin descuidar el aspecto social y partiendo del reconocimiento de las desigualdades y la necesaria labor del Estado en apoyo de las clases marginadas, pues la perspectiva marxista considera que los Estados-nación pueden rechazar con éxito los embates de la globalización, controlar los nacionalismos y a las minorías, desarrollando un mercado interno fuerte y proteccionista; mientras que las perspectivas neoliberales apuntan a la mundialización, es decir, a la desaparición de los Estados-nación como tales y a la integración regional, continental, y luego internacional de las economías, las sociedades, las culturas, etc.

Por lo anterior, más que un eclecticismo tibio, presento una solución realista, vanguardista, pero con grandes reservas sociales, jurídicas y políticas, sobre la nueva fisonomía y actuación del Estado-nación, para preservarlo, eficientar su ejercicio y consolidarlo en beneficio de los sectores marginados, transformando las áreas débiles y fortaleciendo las que cumplirán funciones relevantes.

Por último, agradezco a la Facultad de derecho por conducto del programa Titúlate las facilidades para acceder al grado.

CAPÍTULO PRIMERO

EL ESTADO NACIONAL. SURGIMIENTO Y EVOLUCIÓN

1.1. Formación y expansión de los Estados nacionales

Las sociedades humanas se han desarrollado bajo diversas formas de organización política, económica y social, desde las primitivas estructuras tribales nómadas, transitando por esquemas sedentarios que favorecieron la creación de pueblos y ciudades, la humanidad evolucionó hasta constituir lo que hoy se conocen como Estados.

Sostiene Bobbio¹ que el Estado, entendido como ordenamiento político de una comunidad, nace de la disolución de la comunidad primitiva basada en vínculos de parentesco y de la formación de comunidades más amplias derivadas de la unión de muchos grupos familiares por razones de sobrevivencia interna (la sustentación) y externa (la defensa).

Para algunos historiadores contemporáneos el nacimiento del Estado señala el inicio de la época moderna, de acuerdo con esta interpretación, el nacimiento del Estado representa el paso de la época primitiva, dividida en salvaje y bárbara, a la época civil, donde 'civil' significa al mismo tiempo 'ciudadano' y 'civilizado'.

El Estado nacional tuvo su origen y razón en un momento y un lugar concretos: Europa occidental entre los siglos XI y XVIII. Existe una vasta bibliografía que ha examinado las circunstancias específicas que le dieron origen, evolución y organización al Estado. Cabe destacar que fue una innovadora forma de organización política que nació como respuesta a la crisis de organización espacial y territorial de finales de la Edad Media, para convertirse después en un modelo con pretensión de universalidad que se extendió al mundo entero y, que ahora atraviesa una crisis en la que parece agotarse o, al menos, requiere una redefinición en función de los nuevos actores del escenario mundial.

¹ BOBBIO, Norberto. Estado, Gobierno y Sociedad. Por una Teoría General de la Política. México. Fondo de Cultura Económica. 1999. pp. 97-98.

Al referirse al origen y expansión de los Estados nacionales, Tamayo² considera que dicho fenómeno tuvo lugar entre el año 1100 y 1600, época en la que la autoridad del derecho romano es un hecho indiscutible. En otra de sus obras³ el jurista explica que en el Renacimiento, especialmente en el siglo XVI tuvo lugar un espectacular desarrollo del poder monárquico en casi toda Europa occidental a expensas de otros poderes, como señoríos, ciudades, clero y parlamentos, la cual tuvo, entre otras causas, el nacimiento de una clase social burguesa, integrada por comerciantes, banqueros y hombres de empresas, cuyos intereses requerían de un poder fuerte que eliminara los antiguos frenos y monopolios feudales y, por ello, su aliado natural fue el rey.

La figura del rey se fortaleció entonces en el marco de los Estados nacionales, consolidando su poderío e imponiendo su autoridad a quienes se le oponían, favoreciendo la gestación de teorías políticas que justificaban el origen divino de su mandato, así como también de modelos jurídicos que le conferían todo tipo de facultades para garantizar la monopolización del poder en torno a la figura del soberano y la preservación del nuevo orden social, que transformaba la estratificación propia del medievo, pero conservando algunos de los privilegios y canonjías a quienes el monarca decidía favorecer, como el clero y la milicia.

De acuerdo con Celso Furtado⁴, el Estado-nación evolucionó de agente defensor de los intereses patrimoniales para asumir el papel de intérprete de los intereses colectivos y garante de la materialización de los frutos de sus victorias, asevera el autor que este proceso fue resultado de la creciente participación de la población organizada en el control de los centros de poder, es decir, de la democratización del poder y tras ese proceso se encontraba la creciente capacidad de organización de las masas trabajadoras y, tras de éstas, el Estado-nación, que aseguraba el nivel de empleo de la población mediante la protección del mercado interno.

² TAMAYO y Salmorán, Rolando. La Ciencia del Derecho y la Formación del Ideal Político. Segunda Edición. México. Huber. 1999. p. 34.

³ TAMAYO y Salmorán, Rolando. Introducción al estudio de la Constitución. México. Fontamara. 1998. pp. 166-167.

⁴ FURTADO, Celso. El Capitalismo Global. México. Fondo de Cultura Económica. 1999. pp. 27-28.

Es importante explicar las razones por las cuales el Estado moderno adoptó la forma del Estado nacional. Par ello se ha sostenido que los Estados nacionales alcanzaron la supremacía porque triunfaron en la guerra, fueron exitosos desde el punto de vista económico y, lograron un grado significativo de legitimidad ante sus poblaciones y los demás Estados.

Triunfaron en la guerra porque, a medida que los costos y la magnitud de la guerra crecían, eran los Estados más grandes los que se hallaban en mejores condiciones de reunir y organizar poder militar y, después de expandirse hacia los territorios de ultramar, la capacidad de éstos Estados creció considerablemente.

Fueron exitosos en el campo de la economía porque el rápido crecimiento de sus mercados a partir de finales del siglo XVI, y especialmente desde mediados del siglo XVIII, auspició el proceso de acumulación de capital: a medida que la base económica del Estado centralizado se expandía, quedaban significativamente reducidas las capacidades militares de los Estados menores, cuyas estructuras de poder estaban normalmente fragmentadas y, los imperios tradicionales, cuyo éxito dependía principalmente del poder coercitivo.

Lograron la legitimidad porque, a medida que extendían sus actividades militares, administrativas y organizativas, crecía su dependencia de la cooperación, la colaboración y el apoyo activos de otros cuerpos sociales, especialmente los grupos civiles mejor organizados. Como secuela de la erosión de la autoridad de la Iglesia y otras prominentes instituciones del pasado, la legitimidad de las exigencias del poder político quedó sujeta a la aceptación popular o democrática. Las fuerzas del gobierno democrático y la legitimidad democrática resultaron irresistibles ante la expansión del poder administrativo del Estado y la aparición de nuevas identidades políticas, como el nacionalismo, la ciudadanía y la persona pública.

El tipo histórico que representa el Estado nacional o Estado-nación, se expandió por todo el orbe, en gran parte, gracias a sucesos como la guerra independentista estadounidense y la Revolución Francesa. Resultó ser superior a las formas que podían hacerle competencia, tanto a las ciudades-estado como a las federaciones entre ciudades como a los sucesores modernos de los antiguos imperios. Este éxito del Estado nacional procede, en primer término, de las ventajas

del Estado moderno como tal. El Estado administrativo y fiscal, que reclama para sí el monopolio de la violencia, dejó en buena parte las tareas productivas a una economía diferenciada del Estado, y así el sistema de Estado burocrático y economía capitalista se convirtió en el medio con que se llevó adelante el proceso de modernización social.

Sostiene Habermas⁵ que desde la Revolución Francesa se fundieron Estado y nación dando lugar al Estado-nacional, cuyo logro consiste en que resuelve dos problemas en uno: empieza haciendo posible un nuevo modo de legitimación mediante una nueva forma de integración social.

El Estado ha funcionado como el eje de articulación del sistema mundial contemporáneo. Durante varios siglos, se pensó y actuó en el marco del Estado, en el cual descansa una parte importante de la percepción occidental del tiempo y el espacio.

1.2. Deconstrucción del concepto Estado-nación

La ruta metodológica del presente estudio, obliga a distinguir en primer término la idea de Estado-nación y con ello, estar en condiciones de deconstruir dicho concepto para que a partir de sus elementos, comprender su estructura, funcionamiento, evolución y la crisis actual que vive que se pretende evidenciar.

Al efecto se analiza la forma en que se ha conceptualizado al Estado desde el modelo sociológico de Max Weber quien aunque sostiene que no es posible definir al Estado por su fin, siendo preferible hacerlo de acuerdo con el medio que es específico del Estado, o sea, el poder como monopolio, de tal forma que lo concibe como “un orden jurídico administrativo al cual se orienta el obrar realizando en función del grupo por un cuerpo administrativo y cuyo valor se reclama no sólo para los miembros de la comunidad, sino para todo obrar que se realice en el territorio dominado”⁶.

⁵ HABERMAS, Jürgen. Más allá del Estado Nacional. México. Fondo de Cultura Económica. 2000. p. 35.

⁶ Citado en GONZÁLEZ Uribe, Héctor. Teoría Política. Cuarta Edición. México. Porrúa. 1982. p. 157.

Por su parte, Herman Heller lo define sosteniendo que es “una estructura de dominio duradera renovada a través de un obrar común actualizado representativamente, que ordena en última instancia los actos sociales sobre un determinado territorio”⁷.

Desde que los juristas se adueñaron del problema del Estado, éste es definido mediante los tres elementos constitutivos del pueblo, del territorio y de la soberanía. El Estado es considerado, desde esta perspectiva, como un ordenamiento jurídico para los fines generales que ejerce el poder soberano en un territorio determinado, al que están subordinados necesariamente los sujetos que pertenecen a él.

En la reducción rigurosa que Kelsen⁸ hace del Estado a ordenamiento jurídico, el poder soberano se vuelve el poder de crear y aplicar el derecho (o sea normas vinculantes) en un territorio y hacia un pueblo, poder que recibe su validez de la norma fundamental y de la capacidad de hacerse valer recurriendo en última instancia a la fuerza, y en consecuencia por el hecho de ser no solamente legítimo sino también eficaz (legitimidad y eficacia se reclaman mutuamente). El territorio se convierte en el límite de validez espacial del derecho del Estado, en el sentido de que las normas jurídicas emanadas del poder soberano únicamente valen dentro de determinados confines. El pueblo se vuelve el límite de validez personal del derecho del Estado, en cuanto las mismas normas jurídicas solamente valen, salvo casos excepcionales, para determinados sujetos que de tal manera constituyen los ciudadanos del Estado.

Con la terminología de Kelsen, el Estado en cuanto ordenamiento coactivo es una técnica de organización social, en cuanto tal, es decir, en cuanto técnica, o conjunto de medios para lograr un objetivo, puede ser empleado para los objetivos más diversos.

Desde el punto de vista de una definición formal e instrumental la condición necesaria y suficiente para que exista un Estado es que en un territorio determinado

⁷ *Íbidem*.

⁸ KELSEN, Hans. Teoría General del Derecho y del Estado. Segunda Edición. México. U.N.A.M. 1988. pp. 215 a 317.

haya un poder capaz de tomar decisiones y emitir los mandatos correspondientes, obligatorios para todos los que habitan en ese territorio, y obedecidos efectivamente por la gran mayoría de los destinatarios en la mayor parte de los casos en los que se requiere la obediencia; cualesquiera que sean las decisiones. Lo que no quiere decir que el poder estatal no tenga límites. Justamente Kelsen, además de los límites de validez espacial y personal que redefinen en términos jurídicos los dos elementos constitutivos del territorio y del pueblo, toma en consideración otras dos especies de límites: los límites de validez temporal por los que cualquier norma tiene una validez limitada en el tiempo que corre entre el momento de la emancipación, salvo que se le atribuya efecto retroactivo, y el momento de la abrogación, y el límite de validez material en cuanto existen: a) materias que de hecho no pueden ser sometidas, objetivamente, a alguna reglamentación, b) materias que pueden ser hechas indisponibles por el propio ordenamiento, como sucede en todos los ordenamientos en los que está garantizada la protección de algunos espacios de libertad, representados por los derechos humanos, en los que el poder estatal no puede intervenir y, una norma, aunque fuese válida, que los violase puede ser considerada ilegítima por un procedimiento previsto por la misma Constitución.

Aunque muchos autores han elaborado definiciones sobre el Estado, en general, o sobre el Estado moderno, existen pocas investigaciones que se refieran en particular al Estado-nación o Estado nacional, que lo definan y, menos aún, que distingan y expliquen sus elementos.

En términos de Sergio López Ayllón⁹ el Estado nacional es una organización territorial sobre la cual se ejerce un poder soberano y centralizado que detenta el monopolio de la violencia y la identidad cultural.

1.2.1. Elementos tradicionales de cohesión del concepto de Estado-nación o Estado nacional

⁹ LÓPEZ Ayllón, Sergio. Las Transformaciones del Sistema Jurídico y los Significados Sociales del Derecho en México. La encrucijada entre tradición y modernidad. México. U.N.A.M. 1997, p. 29.

La historia del Estado moderno es la del paso del sistema policéntrico y complejo de los señoríos de origen feudal a una organización territorial sobre la cual se ejerce un poder unitario y centralizado. Distinguiendo los supuestos básicos sobre los cuales se organizó el Estado nacional: la organización territorial, el monopolio del ejercicio de la violencia por un poder soberano y, la identidad cultural. Los elementos tradicionales de cohesión del Estado-nación, representativamente son:

a) La organización territorial. El Estado moderno unificó segmentos territoriales previamente sujetos a distintas potestades en una 'unidad' relativamente artificial desde el punto de vista de sus elementos, pero que operativamente se construyó como entidad única. La unificación territorial es un elemento fundamental de la construcción estatal. Por ello, el Estado nacional es ante todo una corporación territorial, pues su territorio es el espacio dentro del cual pueden ejercer sus facultades de regulación.

La aparición de un poder homogéneo de dominación sobre un territorio delimitado es el resultado de una evolución que culmina en la consolidación del poder interno en el Estado absolutista. Este proceso fue el que permitió delimitar un espacio en el cual se ejerció el poder del Estado, o mejor, un ámbito de dominación soberana. Jurídicamente, este escenario equivale al ámbito espacial de validez de las normas, el cual supone la capacidad exclusiva de realizar actos de soberanía, como la expedición de leyes, pero también que los actos del Estado están limitados a su territorio.

La concepción de un territorio cerrado que corresponde a un espacio de dominación exclusivo, delimitado mediante fronteras geográficas precisas, nace con el Estado nacional y se desarrolla con él. Supone, desde el punto de vista externo, que no puede ejercerse dentro del territorio del Estado autoridad alguna que no derive de su poder de regulación¹⁰. Desde la

¹⁰ Desde otro punto de partida, la organización territorial del Estado moderno estuvo históricamente ligada al establecimiento de las condiciones que permitieron el desarrollo del capitalismo y del industrialismo. En otras palabras, la función territorial del Estado estuvo íntimamente ligada a su función económica; pues, al erradicar el poder de las instituciones feudales, mantener un sistema jurídico ordenado, promover el comercio y organizar impuestos y subsidios, estableció las condiciones para el desarrollo del capitalismo. En LÓPEZ Ayllón, Sergio, Op. Cit., p. 35.

perspectiva interna, implica que todo el que se encuentre dentro del territorio del Estado está sujeto a su autoridad.

b) El monopolio del ejercicio de la violencia por el poder soberano. El Estado moderno supuso la centralización del ejercicio del poder en una instancia suprema, teóricamente única y exclusiva. Esta idea, que puede parecer natural, fue producto de una larga evolución histórica, que culminó a finales del siglo XVI con la formulación de la doctrina de la soberanía y el nacimiento de los Estados nacionales. Sin embargo, el proceso de consolidación fue largo y se afianzó sólo en el siglo XIX, cuando los Estados se constituyeron en unidades claramente organizadas y sustentadas en la acción de un poder soberano.

Con el aseguramiento del Estado nacional se formuló de manera cada vez más elaborada el concepto de soberanía, que aportaba justificación para la acción y articulaba el discurso tanto dentro como fuera del Estado.

En sentido amplio, la soberanía es la última instancia de poder en una sociedad política. Conceptual y doctrinariamente, surge de dos vertientes complementarias. La primera, desarrollada por Bodino, que ve la esencia de la soberanía en el poder de dar y anular leyes. La segunda, de Hobbes, que privilegió el momento coactivo, pues la autoridad del derecho llega sólo hasta el punto que puede alcanzar su imposición forzosa. Así, por el primero, el soberano tiene el monopolio del derecho a través del Poder Legislativo; por el segundo, el monopolio de la violencia. Más tarde, Rousseau hará la identificación del Poder Legislativo con la voluntad general, estableciendo las bases de la concepción moderna de la democracia¹¹.

Así, los teóricos del Estado admiten generalmente que éste tiene como función principal garantizar una convivencia organizada; en particular, la paz y la seguridad jurídicas. El desempeño de esta función supone el 'poder estatal', es

¹¹ El mismo Bodino enumera los poderes del soberano. Estos son: decidir la guerra y la paz; nombrar los oficiales y magistrados; acuñar moneda; suprimir impuestos; conceder gracia, y juzgar en última instancia. Si el ejercicio de estas prerrogativas se debilita, entonces el soberano legal, a pesar del monopolio de la ley, es reducido a la impotencia. Ídem

decir; la facultad en el marco de sus atribuciones, de regular obligatoriamente la conducta de la comunidad y de forzar la conducta prescrita con los medios del poder, aún con el empleo de la fuerza física. En otras palabras, el Estado es la estructura que reivindica con éxito el monopolio de la violencia física legítima.

Desde el punto de vista del derecho internacional, la soberanía del Estado se resuelve al menos en los siguientes aspectos. El primero es la independencia frente a otros poderes externos; es decir, en el territorio de un Estado no pueden ejercerse competencias jurídicas independientes distintas a las del propio Estado. El segundo es la plena e igual capacidad para generar obligaciones jurídicas internacionales. Por ello, los Estados gozan de una igualdad teórica de derechos y obligaciones, independientemente de sus diferencias demográficas, económicas o políticas.

c) La identidad cultural. La dominación estatal se ejerce sobre una comunidad de hombres. Ésta es el 'pueblo' del Estado. Este concepto ha sido objeto de un extenso debate principalmente en torno a dos cuestiones. La primera gira alrededor de la identidad o falta de ella entre el pueblo sometido al poder estatal y el pueblo en sentido sociológico. La segunda se refiere al problema de las minorías; en particular, cuando no existe identidad entre las comunidades culturales que conforman el 'pueblo' sometido a la dominación estatal¹².

Los elementos anteriores, permiten dimensionar el problema fundamental el cual reside en el grado en que la constitución del Estado moderno fue el resultado o la condición para la construcción de un sentimiento de pertenencia nacional basado en factores diversos; entre ellos, la comunidad de origen, la comunidad cultural; en particular, la lengua y la religión, cuando éstas se adoptaron como las 'oficiales' dentro del espacio de dominación estatal, y la comunidad de destino político. Como se verá, a partir de esta ecuación compleja de doble vía, que tuvo

¹² El desarrollo histórico del Estado-nación europeo supuso en gran medida la aglutinación de poblaciones que conformaron un núcleo que constituyó una comunidad cultural con el paso del tiempo. Éste es el caso, por ejemplo, de los Estados francés, español, inglés, portugués y, después, italiano y alemán. Sin embargo, en todos ellos, la presencia de minorías con culturas diversas a la predominante ha sido siempre una fuente de conflicto. Ídem

razones históricas específicas, se conformó un modelo que, también por motivaciones que se inscriben en la historia, se expandió al resto del mundo.

Así, es objeto de análisis los elementos tradicionales que distinguen al estado nación o estado nacional, para a partir de ello, conocer su fundamento y posterior tránsito hacia el estado constitucional de derecho como una de sus aproximaciones.

1.2.1.1. Soberanía

Los pueblos, a través de la historia, han construido diversas formas de organización política, la última cronológicamente es el Estado nacional y soberano; en consecuencia, el Estado de nuestros días conserva como notas características precisamente las de nacional y soberano.

El Estado nacional nació con una característica antes no conocida: la idea de la soberanía. La soberanía es el fruto de las luchas sostenidas por el rey francés contra el imperio, la Iglesia y los señores feudales; este nacimiento del Estado soberano ocurrió a finales de la alta Edad Media¹³.

En 1214 el rey francés Felipe II, apoyado por los barones y señores feudales, derrotó en la batalla de Bouvines al emperador Otón. Ocho decenios después de ese triunfo, otro rey francés, Felipe el Hermoso, se impuso al papa Bonifacio VIII. Como los señores feudales, después de una serie de luchas, se habían sometido a la autoridad real, al vencer Francia al imperio y a la Iglesia, nació como un Estado nacional, como una unidad que reconoció un poder: al rey que había destruido los estamentos feudales y construido una nación. Se hacía posible la idea que tiempo

¹³ La pretensión de la Edad Media de conseguir una unidad religiosa fue regida por la Iglesia romana. Dentro de estas unidades se establecieron reinos cuyos jefes recibían tal título del emperador; en esos reinos existían los señores feudales quienes competían en poder y señorío con los propios reyes. La Iglesia trató, desde principios del siglo XI, de independizarse de las presiones políticas del imperio y posteriormente de dominarlo. El acontecimiento principal en esta lucha fue el episodio de Canossa, en el cual el emperador Enrique IV, de rodillas y descalzo, pidió perdón al papa Gregorio VII. En CARPIZO, Jorge. Estudios Constitucionales. México. Editorial Porrúa-U.N.A.M. 2003, p.p. 493.

después Renán expondría: Francia se constituía por el plebiscito cotidiano de todos los franceses. Así nació el Estado nacional y soberano¹⁴.

a) El pensamiento de Bodino

La soberanía no se concibió en una doctrina o en una teoría, sino que fue producto de la realidad y, como se ha expresado, la doctrina se puso al servicio de los acontecimientos. El Estado nacional y soberano estaba ahí, existía, y entonces se trató de explicar esta nueva forma de organización política.

La primera sistematización del concepto de soberanía se encuentra en Los seis libros de la República de Juan Bodino o. El teórico francés estudió una realidad nueva y trató de definirla. Hay definiciones que siempre se repiten, se escriben y comentan, una de ellas es la del propio Bodino o: “República es el gobierno justo de muchas familias y de lo que les es común, con suprema autoridad”¹⁵. Así, la soberanía es un poder absoluto y perpetuo, empero, el autor de Los seis libros de la República escribió frases que nos hacen comprender su pensamiento y en las que queda claro que los príncipes están sujetos a las leyes comunes de todos los pueblos. El príncipe tiene el poder de dictar leyes civiles, nunca las divinas; o sea, la actuación real está limitada por márgenes precisos, los cuales no puede traspasar.

Bodino entendió por perpetuo el poder irrevocable, el poder por tiempo ilimitado, pero este pensamiento no se puede separar del carácter de absoluto, ya que si el príncipe viola las leyes que no puede tocar, incurre en el delito de lesa majestad divina, y se abren las puertas a un movimiento para destruir al legislador arbitrario.

b) La titularidad de la soberanía

¹⁴ Ídem

¹⁵ <https://books.google.com.mx/>

La soberanía es la facultad de dar leyes a todos los ciudadanos, pero nunca recibirlas de éstos. Por lo cual, entonces, que el príncipe tenía que respetar las leyes comunes a todos los pueblos, es decir, que tenía que respetar el derecho internacional. Por lo cual, la doctrina ha contestado en las formas más diversas y contradictorias. Al respecto Jorge Carpizo, enuncia algunas de las referencias más importantes: “Para Grocio, el titular de la soberanía es el derecho natural, el cual no cambia y permanece inmutable, para Hobbes, el titular es quien detenta el poder, para Hegel, Jellineck, Heller y Flores Olea el titular es el Estado. Aquí la dificultad se encuentra en las diversas e incluso antagónicas acepciones respecto a la noción de Estado que tiene cada uno de esos autores, para Loyseau la soberanía reside en el territorio, para Krabbe, el titular es el orden jurídico, para Rehm, el soberano es el derecho público, y para Haenel es la función suprema de la legislación, para Lansing, la soberanía reside en el mundo, para Gioberti, José Manuel Estrada y Mauricio Hauriou, la soberanía radica en Dios, para Felipe Tena Ramírez la soberanía se encuentra en la Constitución, por último, para Rousseau, el pueblo es el soberano”¹⁶.

El problema de la titularidad de la soberanía es que el sujeto de ella debe ser un sujeto de voluntad real con autoridad para expedir las normas jurídicas sin que nadie le indique cómo debe hacerlo.

Las teorías que despersonalizan al titular de la soberanía sólo pretenden disimular u ocultar el hecho de que se tiene oprimido al pueblo. Si la soberanía es la facultad de darse un orden jurídico, entonces es necesario que alguien cree ese orden jurídico y ese alguien sólo puede ser el pueblo. En una teoría democrática no existe ninguna otra posibilidad: el titular de la soberanía es el pueblo, ya que, como se ha dicho, la libertad es al hombre lo que la soberanía al pueblo, es su esencia misma, y aquí se encuentra el mérito del pensamiento de Rousseau.

c) Las ideas de Rousseau

¹⁶ CARPIZO, Jorge, Op. Cit., 495.

Para Rousseau el hombre vivió una etapa de naturaleza donde fue totalmente libre. Su obra es la proposición para regresar al Estado en que el hombre es libre, por lo cual, como Hobbes, en la existencia real y verdadera de un contrato, sino que fue la idea explicativa de la necesidad de cierto orden, en el cual no se sacrificara en nada la libertad humana, por lo cual escribió: Hay que encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con toda la fuerza común a la persona y los bienes de cada asociado y por lo cual, uniéndose cada uno a todos, no obedezca, sin embargo, más que a sí mismo y permanezca tan libre como antes. Esta es la idea vertebral del Contrato Social: que los hombres se asocien para que hagan su historia y su orden jurídico, que les permita realizar su esencia de igualdad, sin sacrificar ninguna de sus libertades¹⁷.

La voluntad general es la sociedad, cuya finalidad es que todos los hombres puedan vivir como hombres. Así, “la voluntad general no es más que la suma de todas las voluntades identificadas en la idea de la libertad”¹⁸.

La soberanía es el ejercicio de la voluntad general, y esta soberanía nunca es enajenable, prescriptible o divisible. De estas características se deducen otras, pero la soberanía no es enajenable porque de serlo se destruiría el cuerpo político, no es divisible porque la voluntad es general y al declararse hace la ley, y no prescribe porque a la libertad se le puede ahogar, pero no suprimir.

La soberanía radica por esencia en el pueblo, éste es el principio y fin de toda la organización política. El pueblo es su propio legislador y juez. El pueblo crea y destruye las leyes¹⁹. El pueblo es quien decide y su voluntad convierte las simples conductas en leyes que son las guías de la voluntad creadora.

¹⁷ https://www.secst.cl/upfiles/documentos/01082016_923am_579f698613e3b.pdf

¹⁸ https://es.wikipedia.org/wiki/Voluntad_general

¹⁹ La soberanía, que es una e indivisible, puede ser contemplada desde dos ángulos o aspectos: el interno y el externo. El aspecto interno implica que el pueblo se otorga su propio orden jurídico sin que nadie le señale cómo debe ser éste; los hombres libres deciden su forma de gobierno y nombran a quienes van a dirigir los órganos de la estructura política de acuerdo con las leyes, que son la expresión de la voluntad popular. Así, el aspecto interno consiste en la facultad exclusiva de un pueblo de dictar, aplicar y hacer cumplir las leyes.

El aspecto externo implica la libertad de todas las naciones, la igualdad entre todos los pueblos. El aspecto externo significa que un pueblo independiente y supremo se presenta en el consorcio universal de naciones, entra en relaciones con sus pares; es el mismo principio que rige la vida interna de la nación, sólo que proyectado hacia afuera del Estado.

Después de la obra de Rousseau quedó claro que la única forma de gobierno aceptable a la dignidad humana es la democracia: el pueblo soberano crea su orden jurídico para realizar la libertad, la igualdad y la justicia. En esta parte, el pensamiento de Rousseau está vigente: la libertad y la dignidad del hombre como base de toda la estructura política; el pueblo soberano actualizando su libertad y su independencia.

d) La transformación de la soberanía

Analizados los conceptos anteriores de soberanía, es necesario determinar, que los grandes problemas jurídicos jamás se hallan en las constituciones, en los códigos, en las leyes, en las decisiones de los jueces o en otras manifestaciones parecidas del 'derecho positivo' con las que los juristas trabajan, ni nunca han encontrado allí su solución. Los juristas saben bien que la raíz de sus certezas y creencias comunes, como la de sus dudas y polémicas, está en otro sitio, es decir, aclarar lo que de verdad les une o les divide es preciso ir más al fondo o, lo que es lo mismo, buscar más arriba, en lo que no aparece expreso.

Lo que cuenta en última instancia, y de lo que todo depende, es la idea del derecho, de la Constitución, del código, de la ley, de la sentencia. La idea es tan determinante que a veces, cuando está particularmente viva y es ampliamente aceptada, puede incluso prescindirse de la cosa misma, como sucede con la Constitución en Gran Bretaña o en el Estado de Israel. Y, al contrario, cuando la idea no existe o se disuelve en una variedad de perfiles que cada cual alimenta a su gusto, el derecho positivo se pierde en una Babel de lenguas incomprensibles entre sí y confusiones para el público profano, así es necesario reformular algunas consideraciones:

Una cuestión que parece fundamental es el análisis de las tendencias generales del derecho constitucional que se han venido desarrollando durante el siglo XX en torno a la idea de Estado constitucional, entre las que también se encuentra, de modo significativo, el proyecto de superación de la división de Europa en Estados nacionales celosos de su soberanía.

En esa idea de soberanía se encontraba implícito, *in nuce*, el principio de exclusión y beligerancia frente a lo ajeno. De ahí derivaba para el Estado la necesidad de anular a sus antagonistas y la tendencia, alimentada por la economía y la ideología, al imperialismo o a la 'catolicidad', en el sentido de la teología política de Carl Schmitt. El Estado soberano no podía admitir competidores. Si se hubiese permitido una concurrencia, el Estado habría dejado de ser políticamente el todo para pasar a ser simplemente una 'parte' de sistemas políticos más comprensivos, con lo que inevitablemente se habría puesto en cuestión la soberanía y, con ello, la esencia misma de la estatalidad.

Desde la perspectiva interna, la soberanía indicaba la inconmensurabilidad del Estado frente a cualesquiera otros sujetos, por tanto, la imposibilidad de entrar en relaciones jurídicas con ellos. Frente al Estado soberano no podían existir más que relaciones de sujeción.

Desde la perspectiva externa, los Estados se presentaban como fortalezas cerradas, protegidas por el principio de la no injerencia. Podía darse, alternativamente, la lucha entre soberanías, es decir, la guerra, o la coexistencia de soberanías mediante la creación de relaciones horizontales y paritarias disciplinadas por normas en cuya formación habrían participado libremente los propios Estados (los tratados internacionales y las costumbres). Estaba, en cambio, excluida la posibilidad de un mandato sobre los Estados dimanante de una autoridad superior a cuya voluntad tuvieran éstos que someterse (un gobierno supranacional o incluso mundial).

Sobre el fundamental principio de la soberanía ha sido construido el derecho público del Estado moderno de la Europa continental. En el siglo pasado conoció su apogeo y su culminación en el 'Estado de fuerza', pero también el comienzo de su declive, determinado por los principios políticos del liberalismo y de la democracia contra los que se sublevaron los regímenes totalitarios de nuestro siglo en un trágico intento de restauración.

La noción básica del derecho del Estado, sea en su vertiente interna (el derecho público interno) o en la externa (el derecho público externo o internacional) era, por lo tanto, la soberanía de la persona estatal. Hoy, sin embargo, esta noción

ya no puede reconocerse con aquella claridad como realidad política operante. Desde finales del siglo pasado actúan vigorosamente fuerzas corrosivas, tanto interna como externamente: el pluralismo político y social interno, que se opone a la idea misma de soberanía y de sujeción; la formación de centros de poder alternativos y concurrentes con el Estado, que operan en el campo político, económico, cultural y religioso, con frecuencia en dimensiones totalmente independientes del territorio estatal; la progresiva institucionalización, promovida a veces por los propios Estados, de contextos que integran sus poderes en dimensiones supraestatales, sustrayéndolos así a la disponibilidad de los Estados particulares; e incluso la atribución de derechos a los individuos que pueden hacerlos valer ante jurisdicciones internacionales frente a los Estados a los que pertenecen.

Estos factores demoledores de la soberanía, cuya fuerza había sido amortiguada, al menos en parte, por las exigencias de cohesión derivadas del conflicto entre Este y Oeste, justifican hoy, quizás con nuevos motivos, la oración fúnebre del *ius publicum europeum*, como construcción conceptual del Estado moderno y de sus atributos soberanos, pronunciada hace ahora sesenta años con estas palabras:

Los europeos han vivido hasta hace poco tiempo en una época cuyos conceptos jurídicos venían totalmente referidos al Estado y presuponían el Estado como modelo de la unidad política. La época de la estatalidad ya está llegando a su fin; no vale la pena desperdiciar más palabras en esto. Con ella desaparece toda la supraestructura de conceptos relativos al Estado, levantada por una ciencia del derecho estatal e internacional euro céntrica en el curso de un trabajo conceptual que ha durado cuatro siglos. El Estado como modelo de la unidad política, el Estado como titular del más extraordinario de todos los monopolios, el monopolio de la decisión política, esta brillante creación del formalismo europeo y del racionalismo occidental, está a punto de ser arrumbado. Pues bien, se trata ahora de considerar si este ocaso lleva aparejado el retorno a la situación política premoderna de inseguridad e imposición por la fuerza, a la que se había intentado poner remedio mediante la construcción del Estado soberano, o si tras esta muerte se esconde en

realidad el nacimiento, o la premisa para el nacimiento, de un nuevo derecho independiente del contexto unívoco representado por la soberanía estatal.

La respuesta está contenida, precisamente, en lo que se llama el 'Estado constitucional' y en la transformación de la soberanía que la misma comporta²⁰.

e) La soberanía de la Constitución

Si se valora en su conjunto la reflexión científica sobre el derecho público llevada a cabo en estas décadas, no se puede dejar de notar que los términos y los conceptos empleados son básicamente los mismos de otro tiempo, que han sido heredados de la tradición. Ahora bien, ya no producen significados unívocos y estables. Al haberse erosionado progresivamente el principio unitario de organización política, representado por la soberanía y por el orden que de ella derivaba, los significados resultantes pueden variar en función de las constelaciones que se van formando entre los elementos que componen el derecho público. El rasgo más notorio del derecho público actual no es la sustitución radical de las categorías tradicionales, sino su pérdida de la posición central. Ello constituye realmente una novedad de absoluta importancia, porque comporta una consecuencia capital: al faltar un punto unificador tomado como axioma, la ciencia del derecho público puede formular, proponer y perfeccionar sus propias categorías, pero éstas no pueden encerrar y reflejar en sí un significado concreto definible a priori, como sucedía cuando la orientación venía dada desde la soberanía del Estado. Hoy en día el significado debe ser construido.

Este es el rasgo característico de la situación actual. Las categorías del derecho constitucional, para poder servir como criterio de acción o de juicio para la praxis, deben encontrar una combinación que ya no deriva del dato indiscutible de un 'centro' de ordenación. Por usar una imagen, el derecho constitucional es un conjunto de materiales de construcción, pero el edificio concreto no es obra de la

²⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. Ley, derechos. justicia. Segunda Edición. Madrid. Trotta. 1997, p.p. 9-10.

Constitución en cuanto tal, sino de una política constitucional que versa sobre las posibles combinaciones de esos materiales.

Las sociedades pluralistas actuales, esto es, las sociedades dotadas en su conjunto de un cierto grado de relativismo, asignan a la Constitución no la tarea de establecer directamente un proyecto predeterminado de vida en común, sino la de realizar las condiciones de posibilidad de la misma. Desde la Constitución, como plataforma e partida que representa la garantía de legitimidad para cada uno de los sectores sociales, puede comenzar la competición para imprimir al Estado una orientación de uno u otro signo, en el ámbito de las posibilidades ofrecidas por el compromiso constitucional.

Esta es la naturaleza de las constituciones democráticas en la época del pluralismo. En estas circunstancias, hay quien ha considerado posible sustituir, en su función ordenadora, la soberanía del Estado por la soberanía de la Constitución. E incluso en el plano de las relaciones entre Estados se ha recorrido un camino paralelo, testimoniado por la introducción de la expresión Constitución internacional, como signo de una progresiva legalización y de un repliegue de la mera efectividad del encuentro de soberanías.

En verdad, esta sustitución podría considerarse un puro artificio vacío, una mera compensación verbal de cuanto se ha perdido. Asumen este punto de vista quienes conciben la soberanía como la situación histórica de una fuerza real capaz de imponerse incondicionadamente. En este sentido, con referencia a los Estados pluralistas actuales, antes que de soberanía de la Constitución sería más adecuado hablar de Constitución sin soberano.

Pero la soberanía de la Constitución puede ser, por el contrario, una importante novedad, siempre que no se espere que el resultado haya de ser el mismo de otro tiempo, es decir, la creación de un nuevo centro de emanación de fuerza concreta que asegure la unidad política estatal.

La asunción del pluralismo en una Constitución democrática es simplemente una propuesta de soluciones y coexistencias posibles, es decir, un compromiso de las posibilidades y no un proyecto rígidamente ordenador que pueda asumirse como un a priori de la política con fuerza propia, de arriba hacia abajo. Sólo así se podrá

tener constituciones abiertas, constituciones que permitan, dentro de los límites espontaneidad de la vida social como la competición para asumir la dirección política, condiciones ambas para la supervivencia de una sociedad pluralista y democrática. Será la política constitucional que derive de las adhesiones y de los abandonos del pluralismo, y no la Constitución, la que podrá determinar los resultados constitucionales históricos concretos.

Para darse cuenta de esta transformación, ya no puede pensarse en la Constitución como centro del que todo derivaba por irradiación a través de la soberanía del Estado en que se apoyaba, sino como centro sobre el que todo debe converger; es decir, más bien como centro a alcanzar que como centro del que partir. La 'política constitucional' mediante la cual se persigue ese centro no es ejecución de la Constitución, sino realización de la misma en uno de los cambiantes equilibrios en los que puede hacerse efectiva.

En efecto, es esta visión abierta de la Constitución²¹, que se ha afirmado progresivamente en Europa no sin dificultad, a la que puede atribuirse el mérito, si de mérito se trata, de haber permitido a los Estados abrirse a la organización de una autoridad y de una unión europeas cuya existencia misma contradice el carácter absoluto del dogma de la soberanía estatal.

f) El debate sobre la soberanía ante la crisis del Estado Nacional

Naturalmente es necesario evitar hacer de una flor un ramillete, y tomar en consideración las distinciones debidas. Mientras tanto, no se puede dejar de resaltar que toda esta terminología usada tradicionalmente para representar la esfera de los intereses privado por debajo del Estado y a lo más, la esfera de las relaciones internacionales, por encima del Estado, ofrece una representación de la esfera del Derecho público interno, ubicado entre la esfera del Derecho privado y la del Derecho internacional o Derecho público externo, diferente de la que ha dominado la teoría política y jurídica a lo largo de toda la formación del Estado moderno. Hablé de representación porque la teoría del Estado moderno está concentrada totalmente

²¹ *Ídem* p. 14.

en la figura de la ley como fuente normativa principal de las relaciones de convivencia, contrapuesta a la figura del contrato, cuya fuerza normativa está subordinada a la de la ley y se desarrolla solamente dentro de los límites de validez establecidos por ella, y en el mejor de los casos reaparecer, bajo la forma de Derecho contractual allí donde la soberanía de cada Estado choca con la de los otros Estados.

Aun allí donde el origen del Estado se hace remontar a un pacto original, este *pactum subiectionis o dominationis* (no es diferente el contrato social de Rousseau que también es un pacto de sumisión, sino por la forma, si por el resultado) tiene por objeto la atribución a una persona, no importa si natural (el rey) o artificial (la asamblea), del Derecho de imponer la propia voluntad mediante aquel tipo de norma general obligatoria totalmente colectiva que es precisamente la ley. Sean los contrayentes de este pacto el pueblo, por un lado, y el soberano, por otro, y en este caso se trata de un contrato bilateral, o los mismos individuos que se ponen de acuerdo entre ellos para obedecer a un soberano, en este caso se trata de un contrato multilateral, o mejor dicho de un acto colectivo, la figura del contrato es la base de un sistema de convivencia en la que la fuente principal del Derecho, y por tanto de la reglamentación de las relaciones sociales, ya no será, una vez agotada la función fundadora del contrato original, el contrato o acuerdo entre las partes, sino la ley que instaura las relaciones de subordinación.

El poder que hace de un soberano un soberano, que hace surgir el Estado como unidad de dominio, y por tanto como totalidad, a partir de la sociedad compuesta de partes en cambiantes y efímeras relaciones entre ellas, es el Poder legislativo.

La idea de la comunidad política, desde la *polis* griega hasta el Estado moderno; está íntimamente vinculada, en contraste con el Estado de naturaleza, a la idea de una totalidad que mantiene unidas a las partes, que de otra manera estarían en perpetuo conflicto entre ellas. Lo que asegura la unidad del todo es la ley y quien tiene el poder de hacer leyes, de *condere leges*, es el soberano.

Pero se trata de una 'representación'. La realidad de la vida política es muy diferente. "La vida política se desarrolla mediante conflictos que jamás son resueltos

definitivamente, cuya solución se da mediante acuerdos momentáneos, treguas, y aquellos tratados de paz más duraderos que son las constituciones”²².

Este conflicto entre la representación y la realidad puede ser ejemplificado por la discordia entre la ininterrumpida continuidad del conflicto secular, característico de la edad moderna, entre los estamentos y el monarca, entre los parlamentos y la corona, y la doctrina del Estado basada en el concepto de soberanía, de unidad de poder, de primacía del poder legislativo, que se produjo en el mismo periodo gracias a escritores políticos y de Derecho público como Bodino, Rousseau, Hobbes y Hegel.

Pero la doctrina que siempre tiene un carácter normativo y no solamente explicativo, y traza las líneas de lo que deberla ser, mientras pretende presentarse cómo comprensión y explicación de lo que sucede, a veces sobreponiéndose a la realidad forzándola, adaptándola, simplificándola para reducirla en un sistema compuesto, unitario y coherente, no solamente impulsada por pasiones intelectuales, sino también por ambiciones proyectadas, puede contribuir a retardar la toma de conciencia de las transformaciones que están teniendo lugar o a dar interpretaciones distorsionadas de ellas.

Una de las características de la doctrina del Estado que terminó por prevalecer es la superioridad del Derecho público, y la consecuente imposibilidad de comprender las relaciones de Derecho público recurriendo a las categorías tradicionales del Derecho privado. Desde este punto de vista es ejemplar la posición de Hegel, según el cual las principales categorías del Derecho privado, la propiedad y el contrato, son insuficientes para hacer comprender la realidad del Derecho público que antecede a la organización de la totalidad, mientras el Derecho privado se ocupa de la resolución de los conflictos entre partes independientes que permanecen como tales a pesar de las obligaciones jurídicas, e iguales al menos formalmente.

Tales categorías, no proporcionan una justificación plausible de la majestad del Estado, que tiene sobre los ciudadanos el Derecho de vida y de muerte, y del

²² BOBBIO, Norberto. El futuro de la democracia. México. Fondo de Cultura Económica. 1989, p.p. 103.

que los ciudadanos no pueden salir como lo pueden hacer de cualquier sociedad (incluso de la familia cuando son mayores de edad), ni poner sobre bases sólidas la filosofía política que no tiene que ver con el 'sistema del atomismo', sino con un cuerpo orgánico, en el que cada parte está en función de las demás, y todas juntas en función del todo.

De acuerdo con esta concepción de las relaciones entre Derecho privado y público, una sociedad como la medieval, en la que todas las relaciones políticas son subsumibles en la disciplina del. Derecho privado, representan la edad de la decadencia. De esta manera el Imperio alemán para Hegel ya no es un Estado porque las relaciones entre los príncipes y el imperio y entre los mismos príncipes, que deberían estar reguladas por el Derecho público, son tratadas en cambio como relaciones del Derecho privado²³.

g) La soberanía en el constitucionalismo actual

De acuerdo con doctrinarios clásicos en el Estado constitucional habrá tanto Estado como se encuentre constituido en la Constitución, lo que, en todo caso, es válido en el marco de una teoría constitucional democrática. Esto no significa un viraje contra el Estado constituido, el cual resulta indispensable precisamente en la protección de los derechos fundamentales y los privados, sino que significa simplemente que se toma en serio a la 'Constitución' y que no se reconocen supervivencias feudales o monarquistas, ya sea en la dogmática o en la realidad. Si todo el poder del Estado proviene de los ciudadanos que se 'encuentran' en la comunidad ciudadana, no queda entonces ningún espacio para un poder estatal extra o preconstitucional. La Constitución debe concebirse como 'previa' al Estado, a pesar de la importancia que éste pueda tener o conservar.

La comunidad política, concebida como marco general y constituida por la Constitución concreta, conoce, al lado del ámbito privado descrito, así como junto al ámbito y las funciones de lo público, también lo 'estatal constituido'. Este concepto

²³ *Ídem* p. 105.

se refiere a los órganos del Estado, a las competencias y funciones estatales. Si bien se encuentran articuladas de diversas maneras con lo público 'social', lo que se advierte, por ejemplo, en cuanto a la labor de comunicación social de los parlamentos y gobiernos, o incluso del Tribunal Constitucional federal, tales funciones y competencias han sido establecidas 'para sí' y en tal sentido son indispensables.

Los órganos del Estado no son 'virtual' o realmente omnicompetentes, en el sentido de contar con un 'poder general y en blanco', sino que, de inicio, sus funciones están circunscritas y vinculadas funcionalmente por el derecho. La teoría de las tareas del Estado constitucional tiene que 'manifestarse' también en la concepción de los órganos del Estado.

Del mismo modo debemos desprender del antiguo concepto de la 'soberanía estatal': por el lado externo, al reconocer el condicionamiento supraestatal del Estado, aunque también existe un condicionamiento estatal de lo supraestatal, ya que solamente los Estados constitucionales sostienen a la comunidad de las naciones; en el lado interno, por el reconocimiento de que los ordenamientos de protección a la libertad, de competencias y funciones de una Constitución en el Estado constitucional, no tienen espacio para la soberanía de cualquiera²⁴.

Una comparación de los textos constitucionales muestra, en el caso de las Constituciones más antiguas, al pueblo como elemento primario de la doctrina de los tres elementos de las teorías generales del Estado. Ocasionalmente se degrada al ciudadano a la calidad de objeto del poder estatal de manera textual, por un lado, en la tradición de la doctrina de la soberanía popular, es decir, según la fórmula 'todo el poder del Estado dimana del pueblo', por el otro lado, llama la atención la figura codificadora del Estado nacional: el pueblo es postulado como unidad 'nacional', en el sentido de 'pueblo alemán' y similares.

Algunos textos constitucionales más recientes recorren, casi sin que se advierta, una vía distinta, ya sea modificando la cláusula de la soberanía popular, o

²⁴ HABERLE, Peter. El Estado Constitucional. Estudio introductorio de Diego Valadez, trad. Héctor Fix Fierro. México. U.N.A.M. 2001, p.p. 19-20.

bien, construyendo la parte de los derechos fundamentales de manera tan evidente a partir de la garantía de la dignidad humana, que esto no puede quedar sin efectos sobre la concepción de la tradicional cláusula de la soberanía popular, así por ejemplo, en el artículo 1º de la LF, que corrige al artículo 20, inciso 2. Si de acuerdo con el proyecto constitucional de Herrenchiemsee de 1948 (artículo 1º, inciso 1), el Estado se encuentra al servicio del ser humano (y no a la inversa), entonces bien puede ser que todo el poder del Estado dimane del pueblo, pero este enunciado encuentra ya su 'premisa primaria' en la dignidad humana! Es el punto de referencia arquimédico de todas las derivaciones y contextos del gobierno y de las 'cadenas de legitimidad', que también son necesarias en el Estado constitucional.

El 'gobierno del pueblo' (por el pueblo y para el pueblo) es concebido apenas en una segunda etapa del razonamiento²⁵. Como principio jurídico, la protección de la dignidad humana es anterior al 'Estado' y al 'pueblo' y también a todas las derivaciones del gobierno y las vinculaciones de legitimación del pueblo hacia los órganos del Estado.

La teoría de la Constitución, entendida como 'ciencia jurídica de los textos y la cultura', toma los textos constitucionales positivos como punto de partida, los sitúa en sus contextos culturales y de este modo es capaz de reconstruir la evolución del tipo del Estado constitucional, porque los constituyentes de todos los tiempos y naciones se encuentran en un proceso intensivo de producción y recepción. De este modo ha surgido hoy día un espacio público mundial del Estado constitucional.

Puesto que el constituyente más reciente no sólo 'copia' los textos antiguos de los otros, sino que retoma en parte también la jurisprudencia y la doctrina constitucionales ajenas y las vacía en textos, y en virtud de que además de que

²⁵ El constitucionalismo, o Estado constitucional, se refiere a los límites implícitos y/o explícitos al proceso de elaboración de decisiones político o estatal, límites que pueden ser procedimentales o sustantivos; esto es, pueden determinar de qué forma tomar decisiones e impulsar cambios (procedimentalismo), o directamente bloquear ciertos tipos de cambio (sustantivismo). El constitucionalismo define la forma y los límites adecuados de la acción del Estado, y su conformación a lo largo del tiempo como conjunto de doctrinas y prácticas contribuyó a inaugurar uno de los principios centrales del liberalismo europeo: que el alcance del Estado debe restringirse y su práctica acotarse con el objetivo de asegurar a cada ciudadano el máximo grado de libertad posible. Véase HELD, David. La Democracia y el Orden Global. Del Estado Moderno al Gobierno Cosmopolita. Barcelona. Paidós. pp. 71-72.

trata de dar forma de texto nuevo en parte a la realidad constitucional ajena, y plenamente de su lado a la 'Constitución no escrita', el Estado constitucional se vuelve tangible, como tipo ideal y real, en el curso del tiempo, a través de la evolución de etapas textuales. Independientemente de todas las variantes nacionales y de las diferencias contextuales de las diversas Constituciones, gracias al paradigma de las etapas textuales es posible dar un nombre y vaciar en conceptos a la dinámica y la estática, lo común y lo distinto, lo nuevo y lo viejo, del tipo del 'Estado constitucional' y sus temas.

1.2.1.2. Nacionalismo

Por cuanto ve a la erosión de la unidad nacional David Held²⁶ asevera que el concepto de Estado-nación o de Estado nacional, para algunos implica que la población del Estado necesariamente 'comparte una fuerte identidad lingüística, religiosa y simbólica', esto no siempre ocurre. Ciertos Estados-nación se aproximan a esta situación de homogeneidad cultural, pero muchos no lo hacen. Por lo tanto, es importante separar los conceptos de 'Estado-nación' y 'nacionalismo'. El concepto de 'nacionalismo' debería reservarse para destacar tipos particulares de configuración de poblaciones y Estados.

Así, el concepto de 'nación' no puede consistir en la reunión de las cualidades empíricas comunes a todos sus miembros integrantes. Tal como el término es empleado en ciertas circunstancias, su concepto implica, ciertamente, la posibilidad de que ciertos grupos de personas experimenten un sentimiento de solidaridad especial frente a otros grupos. Es un concepto, pues, propio del ámbito de los valores. No existe, empero, un acuerdo acerca de la constitución de esos grupos o de la determinación acerca de qué acción debe ser la resultante de dicha solidaridad.

Así, en primer lugar, en el lenguaje común la 'nación' no se identifica con el 'pueblo de un Estado', es decir con los miembros de una comunidad política dada.

²⁶ HELD, David. La Democracia y el Orden Global. Del Estado Moderno al Gobierno Cosmopolita. Barcelona. Paidós, p.p. 265-284.

En muchas comunidades políticas se da el caso de grupos que proclaman vigorosamente su independencia 'nacional' frente a otros grupos de la misma comunidad; o, a veces, se da el caso de partes de un grupo cuyos integrantes la consideran una 'nación' homogénea, como Austria antes de 1918. En segundo lugar, la 'nación' no se identifica con una comunidad de lengua; la insuficiencia de la unidad lingüística como determinante de una 'nación' la prueban los serbios y croatas, los norteamericanos, irlandeses e ingleses.

Aparentemente ello no es en absoluto condicionante de una 'nación'. La unidad lingüística puede no ser suficiente para promover una solidaridad 'nacional'. Esta puede ligarse, en cambio, a alguno de los grandes 'valores culturales de las masas', por ejemplo a un credo religioso, tal como ocurre entre los serbios y croatas. También puede ligarse a formaciones sociales y usos distintos, y, en consecuencia, a factores 'étnicos' comunes, tal como ocurre entre los suizos alemanes y los alsacianos frente a los alemanes del Reich o entre los irlandeses frente a los británicos. Pero la solidaridad nacional puede surgir, fundamentalmente, del recuerdo de un destino político común con otras naciones, como entre los alsacianos y los franceses desde la guerra revolucionaria representativa de una época heroica común.

Por supuesto que la pertenencia a una 'nación' no necesariamente implica una comunidad de sangre. De hecho los 'nacionalistas' más radicalizados suelen ser de origen extranjero. Por otra parte, si bien la nacionalidad puede reconocer un tipo antropológico común esto no es suficiente ni es condición previa de la fundación de una nación.

Con todo, en el concepto de 'nación' están comprendidos los conceptos de ascendencia común y de una frecuentemente indefinida pero esencial homogeneidad. Estos conceptos también son constitutivos del sentimiento de solidaridad de las comunidades étnicas, aunque éste se nutre de varias otras fuentes. Pero no es suficiente con el sentimiento de solidaridad étnica para constituir una 'nación'.

Es un viejo problema el determinar si los judíos constituyen una 'nación'. De un modo general a esta cuestión responderían negativamente tanto los judíos rusos

como los judíos asimilados de la Europa Occidental y Norteamérica y los sionistas. Pero en particular la respuesta variaría tratándose de los pueblos que constituyen su medio ambiente, como por ejemplo los rusos por una parte y los norteamericanos por la otra; en el caso de los norteamericanos actualmente algunos continúan afirmando que hay una semejanza esencial entre la naturaleza norteamericana y la judía, como lo puso de manifiesto en un documento oficial un presidente norteamericano.

Aún en su ambigüedad el concepto 'nación' parece apuntar al ámbito de la política. Lo podríamos definir así: una nación es una comunidad de sentimiento que se exteriorizaría adecuadamente en un Estado propio; por tanto, una nación es una comunidad que propende regularmente a generar un Estado propio.

Los factores que determinan la aparición de un sentimiento nacional son, a este respecto, muy variados. Dejando a un lado la fe religiosa tenemos que tener en cuenta, en primer lugar, los destinos políticos comunes. Pueblos muy diferentes entre sí desde ciertos puntos de vista pueden, en ciertas circunstancias, sentirse unificados por un destino común. La razón de que los alsacianos no se sientan parte de la nación alemana hay que buscarla en sus recuerdos. Durante mucho tiempo su destino político estuvo desligado de la esfera alemana; sus héroes son los héroes de la historia francesa con la que comparten una época heroica.

Otro factor particularmente complejo, determinante de la aparición de un sentimiento nacional, es la raza. No consideraremos aquí lo que los fanáticos raciales denominan efectos místicos de una comunidad de sangre. Sólo diremos que las variedades de tipos antropológicos no constituyen sino uno de los factores de reclusión, atracción social y repulsión y que esas variedades no tienen mayor importancia que las diferencias adquiridas por tradición.

Existen, al respecto, diferencias características. Cualquier yanqui admite que el mestizo civilizado, con un cuarto o un octavo de sangre india, es un miembro de la nación; puede, incluso, reivindicar su propia ascendencia india. Pero su comportamiento respecto del negro es muy distinto, sobre todo si el negro adopta su mismo modo de vida y, por tanto, desarrolla aspiraciones sociales.

Una etapa en el devenir de la sociedad humana, se localiza con la unificación de la población motivada con sentimientos de pertenencia y solidaridad, bajo un sólo régimen de gobierno e identidad cultural y territorial. Estos vínculos de identidad, desenvueltos en los procesos de unificación étnica y geográfica, tuvieron como consecuencia la consolidación del sentimiento de nacionalidad, y con éste el surgimiento del concepto de 'nación'²⁷.

La Nación viene a ser inicialmente concebida como el grupo humano de la misma procedencia étnica, dotado de unidad cultural, raza, religión, idioma y costumbres, poseedor de un acervo histórico, destino común y sentimiento de solidaridad. Aparecen las banderas como lábaros patrios y los himnos nacionales, con el propósito de exaltar este sentimiento de identidad, de manera que el amor a la patria se pone por encima del amor filial.

Si bien estos elementos fueron determinantes para configurar y consolidar a la Nación, con excepción de los símbolos patrios, al paso del tiempo fueron desapareciendo, a medida que la interacción mundial se fue sucediendo, de modo que no es pertinente hablar de ellos ahora como requisitos esenciales para que un grupo humano constituya una Nación, específicamente cuando todo tiende hacia la diversidad, la diferenciación y la heterogeneidad²⁸.

En cuanto al fenómeno del nacionalismo, es importante señalar que el nacionalismo fue una fuerza crucial en el desarrollo del Estado-nación democrático. Las condiciones que rodearon la emergencia del nacionalismo fueron también las que generaron el Estado moderno. El nacionalismo estuvo estrechamente ligado a

²⁷ Autor citado por CASTELLANOS Gout, Milton Emilio. Del Estado de Derecho al Estado de Justicia. México. Editorial Porrúa – U.N.A.M. 2004, p.p. 45-60.

²⁸ La eficacia de ese influjo afectivo no se origina, en lo fundamental, en factores económicos. Su origen hay que buscarlo en sentimientos de prestigio frecuentemente muy arraigados en las masas pequeño-burguesas pertenecientes a formaciones políticas que han accedido a posiciones de poder. Ese sentimiento de prestigio político puede unirse a la convicción de su responsabilidad por las futuras generaciones. Entonces se convierte en una responsabilidad propia de las estructuras de las grandes potencias por la distribución del poder y del prestigio entre su propia comunidad política y las comunidades extranjeras. De más está decir que esa eficacia ideal del prestigio de poder se esparcirá vigorosamente entre todos los sectores de poder capaces de promover un comportamiento común dentro de una comunidad política. Ellos son los exponentes específicos y más dignos de confianza del concepto del Estado como una estructura de poder imperialista que requiere una incondicionada fidelidad. Citado en WEBER, Max. Estructuras de poder. México. Ediciones Coyoacán. 2001, p.p. 34-44.

la unificación administrativa del Estado. Pues el proceso mediante el cual se formaron las identidades nacionales fue a menudo el resultado tanto de las luchas por la ciudadanía en las nuevas comunidades políticas como de las emprendidas por las élites y los gobiernos para crear una nueva identidad que legitimara las acciones del Estado.

En otras palabras, la construcción de la identidad nacional formó parte del proyecto de aglomerar a la gente dentro del marco de un territorio delimitado con el propósito de afirmar o aumentar el poder del Estado. Los requerimientos de la acción política hicieron del despliegue de la identidad nacional un medio para asegurar la coordinación de las medidas políticas, la movilización y la legitimidad.

Sin embargo, incluso en aquellos lugares donde la creación de la identidad nacional fue un proyecto político explícitamente impulsado por las élites, casi nunca fue invención exclusiva de ellas. Que las élites nacionalistas buscaron activamente generar el sentido de nacionalidad y cultivar el compromiso con la nación es un hecho bien documentado. Pero de ello no se sigue, como agudamente observara un especialista, que dichas élites inventaran la nacionalidad donde nada existía.

Para quienes procuraban concretar una identidad nacional, la nación futura no era cualquier entidad social o cultural más o menos extensa; más bien, era una comunidad de historia y cultura, que ocupaba un territorio particular, y que en general portaba una tradición distintiva de derechos y deberes compartidos por sus miembros.

Así, muchas naciones fueron edificadas sobre la base de focos étnicos cuyos mitos y memorias, valores y símbolos, dieron forma a la cultura y el contorno de la nación que las élites modernas proyectaban fraguar. La identidad que los nacionalistas se afanaron en plasmar dependía, en importante medida, de que se descubriera y explotara la etnohistoria de la comunidad y su peculiaridad en el mundo de los valores políticos y culturales. Pero las condiciones de la construcción del Estado y del nacionalismo, o la edificación de la nación, nunca se superpusieron completamente, el propio nacionalismo, especialmente hacia finales del siglo diecinueve y durante todo el siglo veinte, fue una fuerza con frecuencia desplegada para desafiar las fronteras existentes del Estado-nación.

En la actualidad para que exista real y conceptualmente una Nación, solamente son necesarios cuatro elementos: la población que es el elemento material y la tradición histórica, la finalidad común y la conciencia nacional, que son elementos inmateriales o espirituales. Según Del Vecchio²⁹ sólo se requiere de dos elementos esenciales:

1. Elemento psicológico: profunda y connaturalizada unidad de pensamientos y de sentimientos que constituyen la conciencia nacional, y,

2. Exteriorización sensible del primero: el lenguaje, cuya identidad denota concordancia y afinidad entre individuos, facilita relaciones sociales y permite la comunicación de ideas y sentimientos.

Daniel Antokoletz³⁰, define a la Nación como el conjunto de personas del mismo origen étnico, de la misma raza, idioma, religión, costumbres y aspiraciones, afirma que hay naciones que se encuentran repartidas en diferentes estados, ejemplo: árabes y chinos; así como hay Estados en cuyo seno conviven diferentes naciones, y el Imperio Romano, Imperio Austro-Húngaro, Gran Bretaña.

Existe consenso en que Nación es un concepto eminentemente étnico-antropológico, que designa a un grupo humano fundado sobre vínculos naturales. No obstante, el vocablo enseguida se refiere también a la sociedad organizada bajo un ordenamiento jurídico, y es en tal virtud que el Estado vino a ser su investidura orgánica y política.

Esto es, el Estado en su concepción moderna hasta los días que corren, se constituye sobre la base natural de una Nación, y viceversa, el Estado constituye a la Nación en institución política y jurídicamente organizada.

En este proceso de evolución de la sociedad humana organizada políticamente, la Nación queda como el antecedente inmediato del Estado moderno. Dentro del modelo clásico Aristotélico-Romano, la Nación configuró el andamiaje jurídico-político sobre el que vino a sustentarse el Estado Monárquico absolutista.

a) El surgimiento de los nacionalismos

²⁹ CASTELLANOS Gout, Milton Emilio. Del Estado de Derecho al Estado de Justicia. México. Editorial Porrúa – U.N.A.M. 2004, p.p. 45-60.

³⁰ Ibídem.

Cuando, en noviembre de 1989, cayó física y simbólicamente el muro Berlín y, en un muy corto plazo de tiempo, se produjo la desaparición de los regímenes del supuesto socialismo real en todos los países del Este europeo, ello fue considerado por los ideólogos del 'fin de la Historia' como la confirmación práctica de sus tesis: el triunfo absoluto del mercado prácticamente a nivel mundial, la imposibilidad de cualquier otra política que no emanara del pensamiento único neoliberal y la instauración de un nuevo orden internacional. Todos los obstáculos estaban allanados para que se desarrollara en el conjunto del planeta una economía, una sociedad y una cultura globales, que caracterizarían a un sistema-mundo unificado.

Desaparecido el viejo fantasma que, desde mediados del XIX había recorrido Europa y el mundo amenazando el orden liberal, el comunismo; ningún otro obstáculo parecía existir para el establecimiento definitivo de ese mundo único salvo, quizá, el 'fundamentalismo islámico', entendido como ideología irracional y reaccionaria opuesta a la modernización y al progreso.

Fue para neutralizar dicho peligro potencial por lo que el gran gendarme norteamericano, con el respaldo de los países de la OTAN e incluso del ex enemigo ruso, había ya realizado acciones punitivas contra y tendría lugar la supertecnologizada y televisada Guerra del Golfo, en la que los pilotos de los bombarderos imaginaron maravillosos árboles de navidad, cargados de luces, como efecto de las explosiones sobre las ciudades iraquíes.

Sin embargo de todo esto, rápidamente comenzó a recorrer Europa un nuevo fantasma que se creía restringido a los países africanos y asiáticos y a la etapa de la descolonización de éstos: el nacionalismo. Pese a la ceguera en la que habían estado respecto a él tanto los tecnocratizados intelectuales del llamado mundo occidental como los burocratizados intelectuales orgánicos de los Estados 'comunistas', los nacionalismos de los pueblos sin Estado se han convertido en todos los continentes, incluida Europa, en el más serio desafío para la construcción de ese orden económico, social y cultural único al que hoy se denomina como globalización, y que se presenta como el cumplimiento de las previsiones que, en los planos económico, social, cognitivo e identitario, tenían necesariamente que

cumplirse conforme avanzara el proceso de la modernidad sobre los ejes o pilares definidos en la época de la Ilustración europea como fundamentales para dicho proceso: la posibilidad de crecimiento económico indefinido gracias al avance de la ciencia y la técnica, que llevaría al desarrollo; la homogeneización cultural de todos los pueblos del mundo conforme al modelo de la civilización 'superior'; la secularización como resultado del despliegue de la 'lógica de la razón' a todos los ámbitos de la existencia humana, y la posibilidad de movilidad social basada en los méritos individuales.

Como los nacionalismos se sitúan sobre otros ejes, principalmente sobre el de las identidades colectivas, la singularidad cultural y la emocionalidad, su propia existencia supone una contestación a la supuesta inevitabilidad de la globalización política, cultural e identitaria. Son fenómenos que, por el contrario, se sitúan en la dinámica la localización; y por ello frecuentemente son descalificados, criminalizados, demonizados, considerados como reaccionarios, irracionales, arcaicos o tribalistas por quienes se sitúan en las diversas versiones las dos grandes corrientes teórico-ideológicas que hunden sus raíces en la Ilustración europea: la liberal-burguesa y la marxista-socialista.

La actual eclosión de los nacionalismos es una prueba práctica del fracaso de la materialización de dichas teorías, ya que desde en la modernidad avanzada o posmodernidad, o en la fase actual de fuerte desarrollo de las fuerzas productivas los nacionalismos no tendrían que suceder, constituyen una anomalía, un paso atrás en la historia, una patología del sistema. Y sobre esta premisa deben ser tratados: como un problema, como una 'cuestión' (la nacional) a resolver, o a tolerar si no es posible otra cosa, manteniéndola a raya por sus consecuencias siempre potencialmente negativas.

Del mismo modo que ocurre en la economía y en las expresiones culturales lo mismo sucede en la dimensión política. En ésta, es evidente la existencia creciente de instituciones y organismos supraestatales que, a nivel mundial, o en grandes áreas económico-políticas, están asumiendo competencias que hasta hace poco eran exclusivas de los Estados y formaban parte del núcleo mismo del concepto de 'soberanía nacional'.

El caso de la Unión Europea es bien significativo: prácticamente han desaparecido, o están en trance de hacerlo, las fronteras entre los Estados miembros; la mayoría de éstos han rehusado ya a tener moneda propia; y su política exterior es también crecientemente común. Aunque lo económico siga primando escandalosamente hoy sobre lo social y lo político, no hay duda que también en estos terrenos, aunque más lentamente que en aquél, el marco europeo y no el de cada Estado-nación será el más importante ámbito legislativo y de toma de decisiones políticas en un más o menos próximo futuro.

Pero, paralelamente a esto, se está dando también en todo el mundo, Europa occidental incluida, otro fenómeno político de no menor importancia: la eclosión de los nacionalismos.

Este fenómeno, como ya señalamos anteriormente, no estaba previsto en ninguna de las versiones del modelo de la modernidad y en modo alguno se inscribe en la dinámica de la globalización. Y se refleja en el creciente protagonismo de los pueblos o etnonaciones situados en territorios subestatales o divididos por fronteras entre Estados: en el auge de los etnonacionalismos o nacionalismos 'periféricos', así denominados por basarse principalmente en las identidades culturales e históricas de los pueblos y para distinguirlos de los nacionalismos de Estado, que son, más bien, estatalismos disfrazados de nacionalismo.

Esta eclosión del nacionalismo no supone, como muchos pretenden hacer ver, un anacronismo ni una imposible vuelta a un pasado 'tribal', sino que está íntimamente relacionada con la forma en que la mundialización misma se está produciendo. Más allá del hecho de que algunos, o muchos, de sus referentes simbólicos, en cada caso concreto, puedan pertenecer a la tradición cultural, e incluso haber sido mitificado, los etnonacionalismos actuales, y su creciente fuerza, constituyen realidades tan definidoras de nuestra contemporaneidad como lo son las instituciones supraestatales.

Son consecuencia tanto de la toma de conciencia identitaria de pueblos secularmente colonizados, o negados como tales por parte de Estados supuestamente uninacionales, como de procesos de etnogénesis que están teniendo lugar ante nuestros ojos. Y se explican no por voluntarismos ideológicos

de minorías intelectuales, o por intereses reaccionarios o contrarios al sentido de la historia, como pretenden respectivamente los apóstoles de la ideología neoliberal y los marxistas escolásticos, sino por la combinación de cambiantes factores económicos y políticos que activan la potencialidad étnica, es decir, la conciencia de identidad cultural y política de dichos pueblos, haciendo que éstos reivindiquen su derecho a hacerse oír con voz propia y a tomar el protagonismo en las decisiones que les afectan en un contexto en el cual la presencia creciente de las instancias supraestatales están debilitando a los supuestos Estados-nación que hasta ahora les negaban su existencia o sus derechos.

En especial, y a lo largo de todo el siglo XX, dos han sido las situaciones más propicias para la reafirmación de la identidad cultural los pueblos y la consolidación de la conciencia política nacionalista de éstos. La primera, es la no coincidencia entre centros económicos y centro de poder político en el interior de Estados supuestamente uninacionales.

La segunda, es el debilitamiento del poder de un Estado no consecuencia de su derrota en guerras interestatales o por el derrumbe de un régimen político que se hubiera fusionado con el Estado mismo y mantuviera coactivamente silenciadas las realidades etnonacionales existentes en su interior. Es esto último lo que explica la rápida desmembración de la Unión Soviética o de Yugoslavia tras la caída de los regímenes totalitarios 'comunistas'.

La doble acción de los organismos e instituciones supraestatales, por una parte, y de los movimientos etnonacionalistas, por otra, están vaciando y haciendo obsoleto el modelo de Estado que se impuso en Europa desde finales del siglo XVIII como componente fundamental de la modernidad, y que Europa impuso al mundo, encima de las realidades culturales y políticas de los pueblos: Estado-nación. A pesar de la hegemonía total del modelo, muy pocos han sido, o son, los casos de Estados verdaderamente nacionales. La mayoría de los existentes, incluidos los europeos, son Estados plurinacionales, y la negación o el intento de anular las identidades históricas y culturales de los pueblos-naciones realmente existentes en su interior, para potenciar como única la identidad étnica de los grupos dominantes en el Estado o la que más convenía a su diseño de este, ha producido etnocidios e

incluso genocidios planificados desde el poder estatal, realizados a través de las instituciones militares, legales y educativas. Y ha provocado también violencias por parte de algunos movimientos de etnonaciones no reconocidas.

Pero, más allá de las terribles consecuencias que han tenido los intentos etnocidas de crear naciones a partir de los Estados y también las dramáticas consecuencias que han tenidos, y tienen, en ciertos casos, las luchas por conseguir Estados para naciones sin él, es ya hoy un hecho irreversible el declive del modelo de Estado-nación.

Actualmente, todos los Estados-nación, reales o supuestos, están perdiendo competencias y protagonismo (soberanía) tanto por arriba, hacia las instancias supraestatales, como por abajo, hacia los pueblos- naciones que los integran, tradicionalmente definidos, cuando más, como 'regiones' o 'etnias'³¹. Esta situación de doble vaciamiento y de soberanías compartidas entre los tres niveles no desembocará en el futuro en una relación lineal y jerárquica entre éstos, sino que permite diversas posibilidades de relación entre las instituciones y sujetos colectivos situados en ellos, los cuales, como crecientemente se constata, estarán relacionados entre sí como nudos de distinto grosor e importancia en una red de malla no regular. Dichos nudos serán de distinto grosor e importancia y, aunque todos ellos serán interdependientes y estarán conectados directa o indirectamente,

³¹ Si se admite este planteamiento, es evidente lo absurdo de afirmaciones tales como la de que es preciso 'cerrar en España el Estado de las Autonomías', 'concluir los procesos de transferencias', 'definir de una vez el título VIII de la Constitución del 78', o incluso 'solucionar el problema de las nacionalidades mediante un Estado federal'. Más allá de las intenciones con que estas frases se pronuncien o escriban —la mayoría de las veces alienta en ellas un apenas velado nacionalismo de Estado—, su contexto pertenece a la época de los Estados-nación como sujetos de la soberanía. Y esta época, este contexto, ya no existe. Por ello, lejos de poder darse por terminada la construcción del "Estado de las Autonomías", o de poder solucionarse el tema de los nacionalismos en España, serán cada vez más insistentes las demandas de las nacionalidades del artículo 151 de la Constitución —Cataluña, Euskadi, Galicia y Andalucía —y de varias de las 'regiones' del 143 —especialmente Canarias, quizá la comunidad valenciana; también, posiblemente, Asturias y alguna más—, sin que tampoco sea adecuado negar a priori, de forma escolástica, a ninguna de las demás 'regiones' un acrecentamiento de su protagonismo en el futuro. Conviene tener muy en cuenta que no se trata sólo de reafirmarse e influir en Madrid (en el Estado), sino también en Bruselas (en la Unión Europea), porque las decisiones que más afectan a los ciudadanos y ciudadanas se dan crecientemente en esta última. Citado por CARBONELL, Miguel y Vázquez, Rodolfo, Compiladores. Estado Constitucional y Globalización. México, Editorial Porrúa-U.N.A.M., Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2001, p.p. 67-83.

su lugar en la red, el radio de su influencia y el sentido de la interdependencia con los otros nudos será muy diferente en unos casos que en otros. Según como sea tejida esta red de poderes y contrapoderes, y según quienes ocupen, y con qué grado de protagonismo, sus distintos nudos, así será el futuro político a nivel europeo y mundial.

Aceptar que estamos en una época de transición en cuanto a la organización y reparto de la soberanía, y que los niveles de mayor protagonismo en el futuro serán el supraestatal y el antinacional, provoca hoy, sin duda, en el mundo resistencias y tensiones que, a veces, pero no inevitablemente, desembocan en violencia. U

na violencia que proviene tanto de los Estados que se resisten a reconocer derechos colectivos y a transferir competencias 'hacia abajo', como desde los movimientos etnonacionales en aquellos casos en que éstos tengan el objetivo clásico de construcción de un nuevo Estado para su entonación con arreglo al modelo, ya hoy obsoleto, de Estado-nación.

En estos casos, se busca violentamente como objetivo algo que ya no existe en ninguna parte: la soberanía; por lo que, incluso si se consigue constituir un nuevo Estado independiente, éste tendrá las mismas limitaciones que los ya existentes ante los flujos de poder supraestatales.

En la dimensión política, pues, la mundialización ha generado también dos dinámicas opuestas, pero complementarias. La una conduce a la consolidación de las instancias supraestatales, en todas las cuales es evidente el déficit democrático, precisamente porque se están construyendo con el mismo modelo de globalización que ha adoptado el mercado, es decir, al servicio de minorías sin control alguno democrático por parte de los ciudadanos y ni siquiera de los propios Estados, cuyo papel se reduce prácticamente a legitimarlas. La otra lleva a la emergencia, o reemergencia, de los marcos políticos etnonacionales, subestatales, existentes desde antiguo o resultado de procesos actuales de etnogénesis.

La dimensión de estos marcos, el sentido de territorio, la densidad de las redes sociales, la proximidad a los problemas y la identidad y experiencia histórica compartida les hacen ser especialmente adecuados para tratar de reinventar en ellos

la democracia, hoy bajo mínimos o convertida en simple ritual vacío en el contexto de los Estados-nación en declive.

b) Federalismo y regionalismo como principio estructural interno del Estado constitucional

En la actualidad, el Estado constitucional, como tipo, debe estar estructurado de manera federativa o regionalista. Inclusive los Estados unitarios clásicos, como Francia o Italia, se encuentran en camino hacia la regionalización. Este proceso adquiere impulso desde. Los tiempos del Estado unitario centralista han concluido probablemente para el Estado constitucional como tipo. En la medida en que dicho Estado se conciba fundado en los derechos humanos y ciudadanos, en que descubra su pluralidad cultural interna, tome en serio la democracia en lo pequeño y local, y reconozca el valor de todos los tipos de división del poder, en tal medida se diversifica en sentido federal o regional.

Es legítimo hablar de una crisis del Estado-nación y de su soberanía, aunque con las reservas y calificaciones que en adelante se irán formulando. Como se verá, los grados y alcances de las restricciones y retos a la soberanía varían y deben ser calificadas, según los casos, las etapas históricas, los espacios, el interjuego de las condiciones económicas y las políticas, de las internacionales y las nacionales. Es fundamental a este respecto no ignorar la presencia de fuerzas, tendencias y procesos contrarrestantes y limitantes de la globalización, y favorables a la supervivencia y transformación del Estado³².

³² Cuando una comunidad política se ve amenazada por el comportamiento de otras naciones y otros Estados, sostenía Kant, es imposible que reine la justicia entre sus ciudadanos. A la inversa, prevalecerá la justicia cuando el imperio de la ley esté consolidado en todos los Estados y en las relaciones internacionales. Dentro de los términos del argumento aquí presentado, ésta es una afirmación importante, pero es necesario reelaborarla y ajustarla a las condiciones de la autonomía en el contexto de la interconexión. Por consiguiente, cabe sostener que la autonomía sólo podrá imperar en una comunidad política que no se vea amenazada ni por la acción (o inacción) de otras comunidades políticas ni por las operaciones de las redes de interacción que atraviesan sus fronteras. En HELD, David. La Democracia y el Orden Global. Del Estado Moderno al Gobierno Cosmopolita. Barcelona. Paidós, p.p. 265-284.

c) Separatismos y movimientos autonómicos

La estructura del regionalismo se encuentra en vía de convertirse en un elemento típico del Estado constitucional de la actual etapa de desarrollo textual. Concebido a partir del tipo del Estado constitucional se plantean las siguientes 'exigencias' a las estructuras regionales:

a) La estructura regional debe estar normada, en sus lineamientos, por el documento constitucional escrito y constituir una pieza de la Constitución en sentido material.

b) Debe haber una distribución efectiva de competencias en el plano de la legislación, el gobierno, la administración y la jurisdicción.

c) Puede haber 'formas previas' rudimentarias de un Estado propio.

d) Debe estar esbozada en sus principios la estructura orgánica de las funciones regionales.

e) Son posibles 'pequeñas' cláusulas de homogeneidad, sin embargo, debe hacerse visible el principio contrario de la pluralidad y la diversidad, lo 'propio' de las regiones, con todas las formas posibles de cooperación; también debe permanecer abierta la vía hacia un 'derecho regional común'; la 'lealtad regional', en analogía a la 'lealtad federal', no debería ser una mera declaración.

f) Los derechos de participación de las regiones en el plano del Estado conjunto deberían estar determinados en forma de una 'segunda pequeña cámara' o bajo la figura de requisitos de aprobación calificados.

g) Los procedimientos de solución de conflictos entre los Estados centrales y las regiones, así como de éstas entre sí, deben estar previstos y ser protegidos por una instancia independiente.

h) Debe otorgarse a las regiones autonomía presupuestal y financiera, complementada por formas de compensación financiera.

Esta 'lista de temas del Estado constitucional' para las regiones no tiene que ser agotada acumulativamente, ya que las diversas naciones pueden diferenciarse bastante; pero algunas partes deberían hacerse reales, pues sólo así se puede

hablar de 'regionalismo del Estado constitucional'³³; de otro modo el regionalismo se convertiría en un concepto indefinido e incoloro.

En el marco de una teoría constitucional del regionalismo naturalmente también habría que elaborar tipo lógicamente las dos categorías del regionalismo 'transfronterizo' y el regionalismo 'intrafronterizo'. Sin importar cuál modelo básico de 'regionalismo constitucional' se presente en una nación en particular: a semejanza del federalismo, en el caso del regionalismo hay que preguntar por sus condiciones y presupuestos no jurídicos.

El regionalismo del Estado y del derecho constitucional requiere un determinado ambiente 'cultural', exige datos previos sociales que lo 'soporten', lo mantengan vivo y lo desarrollen, como los aspectos de la diversidad socio-cultural, la pluralidad lingüística, étnica o histórica. El regionalismo puede florecer donde existen estas condiciones, pues de otro modo se quedaría en el papel del texto constitucional y en realidad habría vencido en última instancia el Estado unitario³⁴.

1.2.1.3. Orden jurídico

En la reducción rigurosa que Kelsen³⁵ hace del Estado a ordenamiento jurídico, el poder soberano se vuelve el poder de crear y aplicar el derecho (o sea normas vinculantes) en un territorio y hacia un pueblo, poder que recibe su validez de la norma fundamental y de la capacidad de hacerse valer recurriendo en última

³³ HABERLE, Peter. Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional. Madrid. Trotta. 1998.

³⁴ En el actual contexto internacional, en efecto, resulta retrógrado y, a mediano plazo, ilusorio, pretender la consecución de un Estado de derecho en un solo país o en una sola región dentro de ese país, al precio de su inexistencia o su degradación en el resto del mundo o en otras regiones de ese Estado. En otras palabras: ningún Estado puede aspirar a ser un Estado democrático y de derecho reprimiendo a la inmigración pobre de otros Estados y atrincherándose en lo que Habermas ha denominado "chauvinismo del bienestar", ni tampoco imponiendo, a nivel central, regional o local, identidades culturales excluyentes que operen como fuente de discriminación política y social de otros colectivos y ciudadanos. CARBONELL, Miguel y Vázquez, Rodolfo, Compiladores. Estado Constitucional y Globalización. México. Editorial Porrúa-U.N.A.M., Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2001, p.p. 239 a 268

³⁵ KELSEN, Hans. Teoría General del Derecho y del Estado. Segunda Edición. México. U.N.A.M. 1988. pp. 215 a 317.

instancia a la fuerza, y en consecuencia por el hecho de ser no solamente legítimo sino también eficaz (legitimidad y eficacia se reclaman mutuamente).

El territorio se convierte en el límite de validez espacial del derecho del Estado, en el sentido de que las normas jurídicas emanadas del poder soberano únicamente valen dentro de determinados confines. El pueblo se vuelve el límite de validez personal del derecho del Estado, en cuanto las mismas normas jurídicas solamente valen, salvo casos excepcionales, para determinados sujetos que de tal manera constituyen los ciudadanos del Estado.

Con la terminología de Kelsen, el Estado en cuanto ordenamiento coactivo es una técnica de organización social, en cuanto tal, es decir, en cuanto técnica, o conjunto de medios para lograr un objetivo, puede ser empleado para los objetivos más diversos.

Desde el punto de vista de una definición formal e instrumental la condición necesaria y suficiente para que exista un Estado es que en un territorio determinado haya un poder capaz de tomar decisiones y emitir los mandatos correspondientes, obligatorios para todos los que habitan en ese territorio, y obedecidos efectivamente por la gran mayoría de los destinatarios en la mayor parte de los casos en los que se requiere la obediencia; cualesquiera que sean las decisiones.

Lo que no quiere decir que el poder estatal no tenga límites. Justamente Kelsen, además de los límites de validez espacial y personal que redefinen en términos jurídicos los dos elementos constitutivos del territorio y del pueblo, toma en consideración otras dos especies de límites: los límites de validez temporal por los que cualquier norma tiene una validez limitada en el tiempo que corre entre el momento de la emancipación, salvo que se le atribuya efecto retroactivo, y el momento de la abrogación, y el límite de validez material en cuanto existen: a) materias que de hecho no pueden ser sometidas, objetivamente, a alguna reglamentación, b) materias que pueden ser hechas indisponibles por el propio ordenamiento, como sucede en todos los ordenamientos en los que está garantizada la protección de algunos espacios de libertad, representados por los derechos humanos, en los que el poder estatal no puede intervenir y, una norma,

aunque fuese válida, que los violase puede ser considerada ilegítima por un procedimiento previsto por la misma Constitución.

1.2.1.4. Unidad territorial

El Estado moderno unificó segmentos territoriales previamente sujetos a distintas potestades en una 'unidad' relativamente artificial desde el punto de vista de sus elementos, pero que operativamente se construyó como entidad única. La unificación territorial es un elemento fundamental de la construcción estatal. Por ello, el Estado nacional es ante todo una corporación territorial, pues su territorio es el espacio dentro del cual pueden ejercerse [sus] facultades de regulación.

La aparición de un poder homogéneo de dominación sobre un territorio delimitado es el resultado de una evolución que culmina en la consolidación del poder interno en el Estado absolutista. Este proceso fue el que permitió delimitar un espacio en el cual se ejerció el poder del Estado, o mejor, un ámbito de dominación soberana. Jurídicamente, este escenario equivale al ámbito espacial de validez de las normas, el cual supone la capacidad exclusiva de realizar actos de soberanía, como la expedición de leyes, pero también que los actos del Estado están limitados a su territorio.

La concepción de un territorio cerrado que corresponde a un espacio de dominación exclusivo, delimitado mediante fronteras geográficas precisas, nace con el Estado nacional y se desarrolla con él. Supone, desde el punto de vista externo, que no puede ejercerse dentro del territorio del Estado autoridad alguna que no derive de su poder de regulación. Desde la perspectiva interna, implica que todo el que se encuentre dentro del territorio del Estado está sujeto a su autoridad.

Desde otro punto de partida, la organización territorial del Estado moderno estuvo históricamente ligada al establecimiento de las condiciones que permitieron el desarrollo del capitalismo y del industrialismo. En otras palabras, la función territorial del Estado estuvo íntimamente ligada a su función económica; pues, al erradicar el poder de las instituciones feudales, mantener un sistema jurídico ordenado, promover el comercio y organizar impuestos y subsidios, estableció las condiciones para el desarrollo del capitalismo.

1.2.1.5. Gobierno

Las condiciones bajo las cuales se desarrollaron las democracias nacionales variaron considerablemente. Varias 'condiciones de posibilidad' parecen centrales en el proceso de consolidación de las democracias nacionales: la crisis de las formas de legitimidad tradicionales, que creó nuevos espacios para las innovaciones conceptuales e institucionales; el desarrollo de una noción secular del poder político y el derecho; la concentración de los medios de violencia en manos del Estado junto con la emergencia de un ejército permanente y profesional; la aparición de grupos y clases sociales fuertes, independientes y reformistas; y el impacto de condiciones y crisis internacionales particulares. Si bien estos factores se interconectaron y reforzaron mutuamente en el desarrollo de la democracia, no bastan para explicar el éxito de su consolidación; pues gran parte del proceso también dependió, como siempre sucede, de circunstancias contingentes y de la virtud política.

En las consideraciones a la democracia liberal y la ciudadanía, es necesario aclarar que la segunda, es un status que, en principio, atribuye a los individuos iguales derechos y deberes, libertades y restricciones, poderes y responsabilidades. Desde la edad antigua hasta el mundo contemporáneo, todas las formas de ciudadanía han tenido ciertos atributos comunes.

Ciudadanía ha significado cierta reciprocidad de derechos frente a, y deberes hacía, la comunidad política; ciudadanía ha significado pertenencia a la comunidad en que cada cual vive su vida; y la ciudadanía invariablemente ha implicado diversos grados de participación. Analizar la ciudadanía consiste, entre otras cosas, en examinar los tipos de lucha que emprendieron los diversos grupos, clases y movimientos, para obtener mayores grados de autonomía y control sobre sus vidas ante las distintas formas de estratificación, jerarquía y obstáculos políticos.

Durante la fase formativa del Estado moderno, la lucha por la pertenencia a la comunidad política fue ante todo sinónimo del intento de establecer cierta forma de soberanía popular mediante la sanción de ciertos derechos civiles y políticos. Con 'derechos civiles' se alude a aquellos derechos que son necesarios para asegurar la autonomía individual, que incluye la libertad personal, la libertad de

palabra, pensamiento y creencias, el derecho a la propiedad y de suscribir contratos, y la igualdad ante la ley.

El siglo dieciocho fue la principal fase de desarrollo de los derechos civiles en Gran Bretaña y los Estados Unidos, cuando quedaron aseguradas la libertad individual y la igualdad ante la ley. Los derechos civiles crearon nuevas libertades, libertades que, en primer lugar, fueron gradualmente liberando a la ciudadanía masculina de las obligaciones hacia el lugar de nacimiento y levantando las restricciones ocupacionales derivadas de la ley y la costumbre.

Si bien estas libertades impugnaron diversas formas tradicionales de poder y desigualdad, no resistieron las nuevas formas de desigualdad creadas con la emergencia del mercado capitalista competitivo; por el contrario, fueron esenciales para su funcionamiento. En efecto, los nuevos derechos autorizaban a cada persona que los ejerciera a participar como un agente independiente en la competencia económica; crearon individuos 'libres e iguales en status', un status fundante del contrato moderno.

La sanción de los derechos civiles en Gran Bretaña, los Estados Unidos y otros países, era un prerrequisito para asegurar la libertad del súbdito. Fue un paso significativo en el desarrollo de los derechos políticos; pues una vez que el agente individual fue reconocido como una persona autónoma resultó más sencillo considerarlo, en principio, una persona capaz de asumir responsabilidades políticas. Los 'derechos políticos' se refieren a aquellos tipos de derechos que crean la posibilidad de participar en el ejercicio del poder político como miembro de la asociación política, o como elector de los miembros de esa asociación.

Aunque los derechos políticos emergieron a finales del siglo dieciocho en algunos países y antes de la sanción de todo el espectro de derechos civiles en otros, por ejemplo, en Suecia, su consagración efectiva pertenece, sobre todo, al siglo diecinueve y principios del veinte. Las novedades políticas de este período reflejan un creciente interés en la igualdad como un principio aplicable a una diversidad de esferas, y una mayor conciencia de la tensión entre, por un lado, el reconocimiento de la persona como un individuo 'libre e igual' en asuntos civiles y,

por el otro, la libertad efectiva de esa persona para promover sus intereses exenta de impedimentos políticos.

Los derechos políticos fueron gradualmente reconocidos como medios indispensables para garantizar la libertad individual; pues al no haber una buena razón para creer que quienes gobiernan no actuarán siguiendo sus intereses egoístas (de la misma manera que los gobernados), el gobierno debe, para evitar atropellos, ser directamente responsable ante un electorado convocado con regularidad a decidir si sus objetivos han sido cumplidos.

La afirmación de la 'libertad política' implicó un proceso por medio del cual los derechos políticos que habían sido históricamente monopolizados por unos pocos privilegiados fueron extendidos al conjunto de la población adulta. El auge del sindicalismo y el movimiento obrero en general, en alianza con sectores de las clases medias y junto con las luchas a favor del sufragio femenino, fue un factor crítico en el desarrollo de la ciudadanía política.

Si la ciudadanía era un derecho, debía ser un derecho a la plena participación en la sociedad política. De ese modo, la búsqueda de la ciudadanía se convirtió en la promoción de las condiciones bajo las cuales los individuos pudieran disfrutar de la igualdad de status y la igualdad de oportunidades. Se había emplazado el escenario para la conquista no sólo de los derechos políticos sino también de los 'derechos sociales'.

Con la conquista del sufragio universal en algunos países, la clase obrera organizada era capaz de emplear su fuerza política para combatir las desigualdades sociales y consolidar como derechos ciertas victorias sociales en el terreno del 'bienestar'. Sin embargo, esta fuerza en pocas ocasiones fue suficiente para poner en marcha las decisivas reformas estructurales que crearon las instituciones del Estado de bienestar.

De hecho, muchas de las instituciones del Estado de bienestar fueron impulsadas primordialmente por políticos ambiciosos o funcionarios públicos visionarios, como un medio para promover la solidaridad nacional. Sólo a finales del siglo diecinueve y principios del veinte se comenzó a sancionar los derechos sociales en su forma moderna; esto es, en la forma de medidas redistributivas de

bienestar. Estos derechos nunca dejaron de ser logros frágiles, una fragilidad que pudo comprobarse con toda claridad a la luz de los esfuerzos, iniciados hacia de finales de los años setenta, por 'reducir el Estado' y restringir radicalmente el alcance de la acción estatal.

La pregunta es ¿cómo fue que en muchas comunidades políticas occidentales la ciudadanía cristalizó, antes que nada, bajo la forma de derechos civiles y políticos?, y ¿cómo fue que la democracia liberal triunfó sobre las formas de gobierno alternativas?

Podemos encontrar pistas de estas problemáticas en la convergencia, cuando menos, de tres factores críticos. El primero reside en lo que podría denominarse la reciprocidad del poder, que llegó a ser reconocida a través de la creciente dependencia de los sistemas nacionales de regulación de la cooperación de las poblaciones dominadas, una dependencia que, como se señalara anteriormente, resultó especialmente evidente durante los períodos de emergencia nacional, especialmente las guerras.

El segundo aparece con la crisis de la legitimidad política sufrida por los poderes estatales en desarrollo en el contexto del agotamiento de las formas tradicionales de legitimación, particularmente de las basadas en la religión y los derechos de propiedad.

La novedad de finales del siglo dieciocho no fue tanto el generalizado atractivo de las ideas de autodeterminación y autogobierno ciudadano, sino más bien, como Dunn dejara claro, la relativa fragilidad de los sistemas tradicionales de dominación. La legitimidad ofrecida por los sistemas democráticos representativos se basaba en el reconocimiento de una relación recíproca entre gobernantes y gobernados, en la cual, por un lado, estos últimos tenían el deber de respetar la ley y la autoridad del Estado, y, por el otro, los primeros tenían la obligación de actuar siguiendo fielmente el amplio mandato del pueblo. El tercer factor que contribuye a explicar la victoria de la democracia representativa liberal es que ella no representó una amenaza para las fuerzas de la economía de la sociedad civil.

La creación de un mercado de fuerza de trabajo y capital implicó la separación de lo 'económico' y lo 'político'. Los derechos del ciudadano a postularse

como representante no fueron extendidos a la esfera del trabajo y, por lo tanto, la lógica de la política no fue extendida directamente a la industria; el capitalismo podía progresar codo a codo con la consolidación del gobierno representativo. De ese modo, la democracia representativa es una democracia 'inofensiva' para el mundo moderno y, en particular, para la economía capitalista moderna.

Con todo, la democracia representativa no ha dejado de ser un terreno de disputas, un terreno a menudo cruzado por un abismo entre la promesa democrática y los resultados de la democracia. Desde la declaración 'no se pagan impuestos sin representación' en la Inglaterra del siglo diecisiete hasta las luchas a favor de un sufragio genuinamente universal en los siglos diecinueve y veinte, los defensores de una mayor *accountability* en el gobierno han procurado sistemáticamente asegurar los medios de elegir, autorizar y controlar las decisiones políticas.

En las revoluciones de Europa central y oriental de 1989-1990, el principio de la autodeterminación y el principio de la acción gubernamental consensuada desafiaron una vez más el principio del gobierno 'unipersonal' o, en este caso particular, 'unipartidista'. La democracia fue concebida como una vía para contener los poderes del Estado y mediar entre proyectos políticos en competencia; pues acarrea la posibilidad de la instauración de un principio de legitimidad basado, por un lado, en la participación política de cada uno y de todos, y, por el otro, en un proceso de elaboración de decisiones que puede mediar las diferencias y destilar resultados aceptables.

Las luchas por la ciudadanía y la democracia estuvieron guiadas por la anticipación de un orden político que no moldeara ni restringiera arbitrariamente las elecciones de los individuos y los grupos. La búsqueda de este orden es la búsqueda de un mayor grado de autonomía, del enriquecimiento de la materia de la ciudadanía y de un aumento de la cantidad de individuos con el status de la autonomía. Es el impulso por realizar lo que llamo 'el principio de la autonomía'. Para que el interés que la democracia despierta en todos los individuos por igual sea protegido, las personas requieren igual capacidad para actuar dentro de las instituciones políticas y las esferas de poder clave.

La anticipación de la autonomía de cada uno y de todos constituye una idea regulativa. Más aún, es una idea que ha establecido un criterio normativo que se podría emplear en contra de las instituciones existentes, para denunciar cuán incumplidos permanecen los principios y las aspiraciones a la igual libertad y la igual participación política.

Y es una idea a la cual se puede recurrir para interrogar cuánto ha fracasado la democracia 'inofensiva' para el mundo moderno en el momento de afrontar los problemas de *accountability* creados por las esferas de poder situadas más allá del Estado, tales como las generadas por las organizaciones económicas más importantes, que pueden obstruir y limitar la consolidación exitosa de la democracia misma.

1.2.2. Análisis de la estructura y el funcionamiento del Estado-nación

A partir de la descripción y análisis de los elementos del estado-nación, es posible analizar su estructura y funcionamiento en términos de David Held³⁶, los Estados-nación son aparatos políticos distintos tanto de los gobernantes como de los gobernados, con suprema jurisdicción sobre un área territorial delimitada, basados en el monopolio del poder coercitivo y dotado de legitimidad como resultado de un nivel mínimo de apoyo o lealtad de sus ciudadanos.

Así, los Estados modernos, se desarrollaron como Estados-nación: aparatos políticos distintos tanto de los gobernantes como de los gobernados, con suprema jurisdicción sobre un área territorial delimitada, basados en el monopolio del poder coercitivo, y dotados de legitimidad como resultado de un nivel mínimo de apoyo o lealtad de sus ciudadanos. Esta concepción subraya las innovaciones más importantes que presenta el Estado nacional, entre las que destacan:

- a) En primer lugar, se refiere a la territorialidad, sosteniendo que si bien todos los Estados formularon reivindicaciones territoriales, sólo con la emergencia del sistema de Estados nacionales se fijaron fronteras exactas.

³⁶ HELD, David. La Democracia y el Orden Global. Del Estado Moderno al Gobierno Cosmopolita. Barcelona. Paidós, pp. 71-72.

- b) El control de los medios de violencia se refiere al derecho de detentar el monopolio de la fuerza y los medios de coerción, materializado en el ejército permanente y la policía, se hizo realidad con la denominada 'pacificación' de los pueblos, es decir, la erradicación de los centros de poder y de las autoridades rivales, dentro de los Estados-nación.
- c) La estructura impersonal de poder, la que explica a partir de la idea de un orden político impersonal y soberano, esto es, una estructura de poder legalmente circunscrita con suprema jurisdicción sobre un territorio, dicho orden no podía imponerse mientras se concibiera que los derechos, las responsabilidades y los deberes políticos estaban estrechamente ligados a la religión y a las prerrogativas de los grupos tradicionales. Esta cuestión se mantuvo en suspenso en la Europa de los siglos XVIII y XIX, y así se mantiene hoy en día en aquellos países donde el 'imperio de la ley' no está garantizado.
- d) El último elemento analizado es la legitimidad. Cuando se desafiaron y erosionaron las prerrogativas del 'derecho divino' o el 'derecho estatal', los seres humanos empezaron a ganarse un lugar en el orden político como ciudadanos activos. La lealtad de los ciudadanos se convirtió en algo que debían conquistar los Estados modernos: invariablemente esto implicó la pretensión del Estado respecto a legitimarse para reflejar y/o representar las perspectivas e intereses de sus ciudadanos.

Esta concepción del Estado-nación a partir de los elementos descritos, como toda definición del análisis político, es controvertida. Es controvertida porque en ella confluyen dos nociones del Estado moderno, que en principio deberían mantenerse separadas: la noción del Estado moderno como un sistema de poder circunscrito que impone una serie de controles y mecanismos regulatorios tanto a gobernantes como a gobernados, y la noción del Estado moderno como una comunidad política democrática en que los gobernantes son representantes de los ciudadanos y responsables ante ellos. Reconoce que en la construcción del Estado moderno estas ideas estuvieron con frecuencia asociadas, si no fundidas, especialmente en lo que llegó a ser su forma dominante: el Estado-nación democrático liberal.

1.3. Los Estados nacionales en el mundo actual

El modelo del Estado nacional, apenas consolidado en Europa en el siglo XVII, comenzó una etapa de expansión progresiva que lo llevó a imponerse como la única forma de organización política reconocida en el sistema mundial. Antes de 1800, existía un número muy pequeño de Estados en sentido moderno (parte de Europa, Estados Unidos). La primera mitad del siglo XIX ve nacer los Estados latinoamericanos y Australia. Después de 1945, el proceso de creación de nuevos Estados se acelera con la descolonización de vastos territorios e incluso continentes. Actualmente, aproximadamente doscientos Estados se dividen las tierras y mares del mundo.

En todo caso, es claro que, en el proceso de conformación del “mundo de los Estados nacionales”, el modelo europeo se impuso primero en América Latina; después, en Asia y África. Poco a poco, el Estado se convirtió en la única forma de organización política reconocida y capaz de realizar las funciones esenciales para la sobrevivencia en tiempo y espacio: el mantenimiento de la paz y la guerra.

Habermas sentenció: “Avergonzada se debió sentir la sabiduría de la Providencia de la que habla Hegel de los resultados de esta lógica de los Estados nacionales regida por ella, porque después de 1945 esa lógica experimenta cambios sustanciales; ello ocurre cuando precisamente el tipo de organización política que representa el Estado nacional moderno se universaliza definitivamente.”³⁷

El filósofo alemán, enfocado al caso de su patria, explica que el nacionalismo integral del siglo XX confirman que la idea de nación desarrolló su fuerza movilizadora casi siempre en esa, su versión particularista y agresiva. Sólo tras la cesura de 1945 quedó agotada esa fuente de energía. Sólo cuando a las potencias europeas, bajo el paraguas nuclear de las superpotencias, les quedó vedada una política exterior propia, no sólo en la teoría sino también en amplias capas de la población, la autocomprensión del Estado democrático de derecho se disoció de los patrones de autoafirmación nacional y de una política de poder atendida a criterios

³⁷ HABERMAS, Jürgen. Op. Cit. p. 29.

geopolíticos. Los conflictos sociales en el interior pudieron ahora ser abordados por primera vez bajo el primado de la política interior.

Esta autocomprensión de la comunidad política puede que se impusiese con más fuerza en Alemania que en otros Estados por estar Alemania privada de los derechos básicos que comporta la soberanía. Pero en todos esos países, la pacificación del conflicto de clases en términos de Estado social produjo una nueva situación. En el curso del periodo de posguerra se introdujeron y desarrollaron sistemas de seguridad social y de pensiones, se implantaron reformas en la familia, en la escuela, en el derecho penal, en la protección de datos, se pusieron en marcha políticas feministas de equiparación entre el hombre y la mujer.

El status del individuo en cuanto portador de derechos, aunque fuera de forma todavía bien incompleta, experimentó una ampliación en su sustancia jurídica. Todo ello creó una nueva sensibilidad entre los propios miembros de la sociedad, que se volvieron conscientes de la prioridad del tema de la realización de los derechos fundamentales, de la prioridad de la nación real de los ciudadanos, sobre la imaginaria nación de los miembros de una comunidad histórica y étnica.

El Estado nacional se convirtió en la única forma de acción válida en la escena internacional, ocultando la diversidad de hecho que se encontraba detrás de ella.

En las últimas décadas, la tesis que mantiene al Estado como eje de articulación del mundo es fuertemente cuestionada como resultado de la nueva dinámica mundial. Así, entre otros factores, aparecen nuevos actores infra y supra estatales; agentes de una parte muy significativa de los intercambios económicos y culturales del mundo, y quienes escapan a los controles tradicionales ligados al territorio.

El proceso de construcción del Estado, y la formación del sistema de Estados moderno, fue en gran medida el resultado del esfuerzo activo de los gobernantes, cada uno por medio de su aparato de gobierno, por ampliar y asegurar su base de poder y aumentar su propia eficacia y discreción en el manejo y la movilización de los recursos sociales

La competencia entre Estados no estaba guiada sólo por las ambiciones de los gobernantes y las consideraciones internas o domésticas, sino también por la misma estructura del sistema internacional: los Estados individuales, para garantizar su propia seguridad, debían prepararse para la guerra, un proceso que bastaba para generar inseguridad en los demás Estados y los llevaba a responder con la misma moneda.

En pocas palabras, los Estados se armaban y militarizaban en parte para aumentar su propia seguridad, y al hacerlo aumentaban la inseguridad de los otros Estados, que a su vez recurrían al armamentismo.

Con el tiempo, fue la creciente escalada de la guerra, y en particular su creciente dependencia del cambio y la especialización tecnológica, lo que dio al Estado-nación su impronta distintiva y su superioridad sobre las otras formas de Estado. Los Estados que pudieron movilizar y mantener ejércitos y/o armadas permanentes se aseguraron una ventaja decisiva en el terreno de la competencia militar.

Estos Estados, particularmente aptos para disponer de los recursos de grandes poblaciones, con una economía comercial relativamente robusta y afecta a las innovaciones tecnológicas, se convirtieron en las fuerzas políticas dominantes y establecieron las reglas del juego político de todo el planeta. Ellos determinaron las formas de la guerra, la naturaleza y los límites del intercambio diplomático y, por último, el tipo de organización estatal que finalmente prevalecería, es decir, el Estado-nación unificado y centralizado.

Así, entre otros factores, aparecen nuevos actores infra y supra estatales; agentes de una parte muy significativa de los intercambios económicos y culturales del mundo, y quienes escapan a los controles tradicionales ligados al territorio, como son: en primer término, los organismos internacionales; y después, las empresas transnacionales.

En el derecho internacional clásico, los únicos sujetos son los Estados nacionales soberanos. Sólo ellos pueden adquirir derechos y obligaciones y participar bajo los supuestos de igualdad en la arena internacional. Esta concepción se ha transformado, particularmente después de la Segunda Guerra Mundial, con

la proliferación de los organismos internacionales gubernamentales y los no gubernamentales.

Concebidos en sus inicios como entidades “derivadas” de los sujetos originarios de derecho internacional, los organismos internacionales intergubernamentales han tenido una rápida evolución que los convierte cada vez más en auténticos sujetos de derecho internacional. Esta evolución se puede considerar tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo. Desde el punto de vista cuantitativo, existen actualmente más de trescientos sesenta organismos internacionales de carácter intergubernamental (treinta mundiales, cincuenta intercontinentales y doscientos ochenta regionales). Su número es mayor que el de los Estados que los originaron.

Desde el punto de vista cualitativo, estos organismos cubren prácticamente todos los campos de actividades; han generado redes de intereses propios distintos a los de los Estados miembros; han sido promotores de importantes iniciativas de derecho internacional; desarrollan funciones fundamentales en materia de investigación, reglamentación, control de la aplicación de acuerdos y decisiones, administración de recursos naturales y, sobre todo, actúan con grados relativos de autonomía que escapan a la voluntad de los Estados que les dieron origen.

En los casos más desarrollados, este tipo de organizaciones se constituye como auténticas entidades supranacionales a las cuales se les otorgan ciertas facultades soberanas o, al menos, tienen facultades efectivas para ejercer acciones de control sobre aspectos claves de las políticas internas de los Estados.

Bajo la denominación genérica de organizaciones no gubernamentales (ONG), se agrupa una constelación de instituciones extremadamente diversas en objetivos, tamaño, forma de organización y campo de acción. Algunas son muy antiguas, como las asociaciones deportivas o humanitarias, los sindicatos o las cámaras de comercio, otras se han constituido hace relativamente poco tiempo en sectores específicos como en el campo de los derechos humanos, medio ambiente o desarrollo. Lo realmente importante es que, paulatinamente, y gracias a los avances en los sistemas de comunicación, su radio de acción ha pasado de las reivindicaciones parroquiales o nacionales a formar una ‘sociedad civil

internacional'. Su importancia es desigual, pero algunas de ellas constituyen auténticos grupos de presión transnacionales.

A pesar de que el derecho internacional clásico las ha ignorado en gran medida, es posible señalar por menos dos líneas de evolución que permiten calcular su importancia relativa.

La primera, es que gradualmente se les reconoce una personalidad limitada como sujetos de derecho internacional, al permitírseles participar como observadores ante los organismos gubernamentales, como la ONU, y conferencias internacionales.

La segunda, es que algunas de ellas tienen un cierto 'poder regulatorio' internacional, pues elaboran normas que constituyen una especie de 'derecho profesional'; otras regulan las actividades de las entidades nacionales asociadas, como la Asociación Internacional del Transporte Aéreo, las federaciones deportivas, o la Cruz Roja.

Además de lo anterior, existe una dimensión frecuentemente ignorada, pero que resulta importante destacar. Se trata de las redes de organizaciones de vocación local, pero que interactúan con organizaciones similares a través del mundo entero. Este tipo de contactos se ha incrementado recientemente gracias al uso de medios como internet, que permiten una comunicación eficaz, rápida y de bajo costo. De este modo, las ONG crean relaciones supra e infra estatales, y suponen marcos de acción fuera del control estatal.

Así, una empresa transnacional o multinacional es aquella que está registrada y opera simultáneamente en más de un país a la vez. Generalmente, estas empresas tienen sus oficinas centrales en un país y están presentes mediante subsidiarias que le pertenecen total o parcialmente en otros países. Desde el punto de vista económico, este tipo de organización permite economías de escalas tanto verticales como horizontales y una reducción significativa de costos.

Aunque nacieron antes, no fue sino hasta después de la Segunda Guerra Mundial cuando las empresas multinacionales comenzaron a ser objetos de estudio, frecuentemente al centro de una viva controversia. Esperanza para la humanidad y modelo de organización, desarrollo tecnológico e inversión para algunos, para otros

simbolizan la personificación del imperialismo y un peligro para la soberanía de los Estados nacionales.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA CRISIS DEL ESTADO NACIONAL

En virtud de los conceptos anteriores, no es posible analizar la situación actual de los Estados nacionales sin referirnos a uno de los fenómenos que en forma más directa inciden en su crisis, la globalización.

La globalización es un tema obligado en las discusiones actuales de las ciencias sociales. Es también uno de los más incomprendidos. Tanto economistas

como sociólogos se han aproximado al fenómeno de la globalización desde perspectivas limitadas, que se beneficiarían mucho de tomar más en serio las aportaciones de los otros.

La principal limitación de los economistas se relaciona con el modelo filosófico subyacente que comparten, en el cual se entiende a la sociedad como un conjunto contractual de individuos, culturalmente homogéneos, que no da cabida a la diversidad multicultural. La limitación más evidente en la aproximación de los sociólogos radica en una incomprensión del poder explicativo del enfoque económico y una falta de atención a la evidencia empírica sobre los procesos económicos que están estudiando.

La globalización, según David Held “denota la expansión y la profundización de las relaciones sociales y las instituciones a través del espacio y el tiempo, de forma tal que, por un lado, las actividades cotidianas resultan cada vez más influidas por los hechos y acontecimientos que tienen lugar del otro lado del globo y, por el otro, las prácticas y decisiones de los grupos y comunidades locales pueden tener importantes repercusiones globales. En consecuencia, la globalización puede ser considerada como acción a distancia”³⁸.

Por su parte Isidoro Moreno³⁹ sostiene que por globalización se entiende, generalmente, el avance hacia la instauración en el planeta de un único sistema en lo económico, lo político, lo cultural y la comunicacional. La globalización sería la última fase, la culminación, del proceso de mundialización comenzando hace varios siglos, en la época de los grandes descubrimientos geográficos y el inicio del colonialismo europeo, intensificado con la consolidación del modo de producción capitalista y del modelo de Estado-nación, y culminado por la revolución de las tecnologías. La globalización sería así, el resultado final de la modernidad, del despliegue de las posibilidades contenidas en los ejes de ésta definidos desde la segunda mitad del siglo XVII europeo.

³⁸ HELD, David. Op. Cit. p. 42.

³⁹ MORENO, Isidoro. *Mundialización, globalización y nacionalismos: la quiebra del modelo de Estado-nación* ensayo publicado en CARBONELL, Miguel y Vázquez, Rodolfo, Compiladores. *Estado Constitucional y Globalización*. México. Porrúa-U.N.A.M., Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2001, p. 70.

El análisis de la globalización y sus efectos en los Estados-nación ha sido también abordado por Víctor Alarcón Olguín quien reflexiona “Los dilemas puestos a la globalización parecen sintetizarse en los siguientes puntos: a) desbordamiento de la integridad territorial en los límites del Estado-nación, a partir de los regionalismos y por los nuevos desafíos generados por la movilidad del capital financiero, las empresas transnacionales y la fuerza de trabajo: b) aparición de un nuevo mosaico social que no se identifica con las instituciones de participación y representación de intereses; c) decaimiento de los sistemas de formación educativa a partir de la unilateralidad que ha significado tender hacia una sociedad urbanizada, con fuertes flujos de descalificación laboral y marginalización: d) instauración y penetración del crimen organizado dentro de las estructuras del Estado: e) predominio de los instrumentos mediáticos masivos (la televisión y la red internet) que determinan y orientan las agendas de discusión pública, con escasa o nula capacidad de resistencia por parte de los consumidores”⁴⁰.

Así identificados las consideraciones generales anteriores, es necesario reflexionar en torno a uno de los conceptos en los que puede ser abordado el estudio de la globalización.

2.1. La globalización como fenómeno histórico

El nacimiento del derecho internacional moderno coincidió con las reflexiones sobre la conquista desarrolladas en el siglo XVI por teólogos y juristas españoles como Francisco de Vitoria y, más tarde, Baltasar de Ayala o Francisco Suárez. En aquel entonces, el genocidio y el sistema de dominación colonialista fueron legitimados como derechos universales, lo que en realidad no eran sino derechos de los conquistadores.

Una función similar cumpliría la doctrina de la libertad de los mares, elaborada hacia 1605 por el erudito holandés Hugo Grocio y destinada a poner fin a la división de los océanos decretada por españoles y portugueses y sancionada

⁴⁰ ALARCÓN Olguín, Víctor. *Globalización, identidades y ciudadanía, algunas reflexiones*. Ensayo publicado en *Estado Constitucional y Globalización*. Op. Cit. p. 80.

por el papa. En este orden de ideas, se puede mencionar también las tesis de David Ricardo sobre las ventajas comparativas de costos, que sirvieron para justificar la superioridad comercial británica en los siglos XIX y XX y que, precisamente por eso, han sido desempolvadas ahora por las instituciones y organismos vinculados a las grandes corporaciones transnacionales y a los intereses de las potencias mundiales.

Hasta antes que la globalización cobrara relevancia, las naciones podían tener fronteras más o menos definidas geográfica y geopolíticamente, de manera tal que sus interacciones eran limitadas. En el siglo XIX existieron mercados abiertos al comercio internacional, en el contexto de enclaves comerciales de los grandes imperios europeos.

Para la mayor parte de la población de los países con culturas diferentes a la europea la globalización no afectaba su forma de vida, pues Europa estaba muy lejos. Sin embargo, con la globalización el concepto de distancia se relativiza, pues ésta ya no es función de la geografía y las barreras naturales o artificiales que pueden separar a los pueblos, sino de la información, la tecnología y la educación.

Desde mediados de la década de los ochenta, y sobre todo, con su creciente difusión a partir del desplome de los regímenes socialistas del Este de Europa y del fin del mundo bipolar de la posguerra, el concepto de globalización ha pasado a constituir un elemento siempre presente en toda discusión que relacionada con la actual realidad económica, cultural o jurídica de las sociedades de fin del siglo pasado y principios de éste.

Pero la globalización no solo se manifiesta en el ámbito económico, este proceso se hace presente también en la celebración de sucesivas cumbres sobre cuestiones de alcance mundial, como ecología (Río de Janeiro), crecimiento demográfico (El Cairo), pobreza (Copenhague), clima (Berlín), mujer (Beijing). Se encuentra también en la progresiva articulación de alianzas de asalariados a través de sindicatos regionales que puedan dar cabida a una base social más extensa que la tradicional fuerza laboral industrial, como la Federación Mundial de Sindicatos o la Confederación Internacional de Sindicatos Libres. Todos estos elementos pueden constituirse en factores de presión sobre partidos políticos y gobiernos, mediante la

tematización de los problemas más importantes para la supervivencia en una esfera pública internacional, esto es, a través de un llamado a la opinión mundial.

Cada vez son más frecuentes las asociaciones ciudadanas que han venido a prolongar la experiencia de los llamados 'nuevos movimientos sociales'. Surgidos en la década de los setenta, la relativa novedad de dichos movimientos residía, precisamente, en que no actuaban tanto en función de los intereses de una clase o grupo particular de la sociedad, sino, ante todo, a favor de derechos como la protección del ambiente, la paz o los derechos de la mujer.

Para hacer frente a los efectos erosivos que el impacto globalizador ha tenido para los derechos humanos en distintos recodos del planeta, en la década de los noventa ha surgido una novedosa serie de movimientos sociales contra hegemónicos, dispuestos a oponer a la mundialización de mercancías construida desde arriba, de forma excluyente, una mundialización de derechos construida desde abajo, con vocación inclusiva.

En este proceso deberían situarse, en los países periféricos, las movilizaciones por el derecho a la tierra en Brasil o Madagascar, el zapatismo en México, las coordinadoras contra la privatización del agua en Montreal o Lima o la lucha de los familiares de desaparecidos y víctimas de las dictaduras militares en Argentina o Chile. También debería considerarse expresión de este fenómeno la multiplicación de las llamadas 'organizaciones no gubernamentales', algunas de ellas vinculadas a dichos movimientos y empeñadas en configurar lo que se ha dado en llamar 'el tercer sector' o 'sector público voluntario', alrededor de servicios sociales o culturales o de prácticas de solidaridad con los países periféricos.

Dichas organizaciones han incursionado en áreas como inmigración, desempleo, pluralidad nacional y cultural, descentralización, impunidad, igualdad de género, control social del poder; colaborando activamente con los organismos internacionales de derechos humanos, han hecho uso de formas tradicionales de movilización y participación, así como también de aquellas que hoy facilitan las nuevas tecnologías.

2.1.1. La globalización y el Estado nación

Los Estados nacionales se formaron y desarrollaron hasta el siglo XIX sobre bases económicas y políticas que los hacían independientes e impermeables a las fuerzas del mercado internacional, incluso todavía en el siglo XX, con las políticas keynesianas se prolongó esta idea, pero en la actualidad no existe lugar en el mundo que pueda permanecer ajeno al fenómeno de la globalización.

Existen diversas opiniones sobre la influencia de la globalización en los Estados Nacionales, una de ellas sostiene que la globalización provoca condiciones de creciente desempleo y empobrecimiento de los habitantes en aquellos países inmersos en el mercado internacional, otra visión sostiene que el Estado Nacional puede hacerse impermeable y conservarse territorialmente cerrado, por lo que un país puede, a través de su Estado nacional, abstraerse del mercado internacional, por lo tanto: el Estado Nacional puede asegurar el empleo y la riqueza abstrayéndose de la globalización.

Ambas posiciones han sido materia de debate. En el caso de la primera, su validez dependería de evidencia empírica que indicara, por ejemplo, en un estudio comparativo, que los países más insertos en los mercados internacionales fueran también los más propensos a la pobreza y al desempleo, a lo largo del tiempo. Se tendría que mostrar que al aumentar la apertura comercial o la inserción al ámbito global, aumentara también la pobreza y el desempleo, erosionando las estructuras en que descansa el Estado Nacional. Existen estudios que aseguran que esto no es así: en los países más insertos en la globalización, en los cuales los flujos de comercio internacional tienden a crecer más rápido, se desempeñan mejor en inflación y desempleo que aquellos menos abiertos.

Pero aun y si se encontrara evidencia en favor de la primera posición, o si se supusiera que por falta de evidencia concluyente esta tesis fuera correcta, la segunda posición tiene problemas serios. Como uno de los estudiosos más lúcidos de la globalización reconoce, “no existe alternativa nacional a la globalización. Quizá si, en cambio, exista en el ámbito transnacional”⁴¹. La argumentación que está

⁴¹BECK, Ulrich. *Qué es la globalización, falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Barcelona. Paidós. 1998. p. 216.

detrás del comentario de Ulrich Beck tiene que ver con su postura de que el monopolio de la violencia estatal se ha acabado, como otros monopolios.

Ahora bien, nada asegura que un Estado abstraído de la globalización pudiera garantizar empleo y riqueza. Los países ricos sufren de una crónica problemática de desempleo, pero claramente se encuentran globalizados. La evidencia contundente de países cerrados al comercio exterior, como Corea del Norte o durante décadas Albania, muestra que no existe una relación ni necesaria ni suficiente entre desarrollo económico o riqueza y autarquía económica.

2.1.2. Internacionalización del proceso de toma de decisiones políticas.

Algunos críticos de la globalización han argumentado que, ante la debilidad del Estado Nacional, son necesarias repuestas transnacionales. Plantean que la respuesta transnacional tiene que venir acompañada por una visión de cómo lograr acuerdos entre localidades en algo análogo a un pacto federal en el ámbito global que vaya más allá de los Estados Nacionales y aseguran que lo que se ha llamado un 'federalismo global' pudiera ser el único diseño institucional capaz de responder a los retos que enfrentan los gobiernos de hoy.

En esa visión federalista, el contractualismo de los economistas se vuelve necesario como marco conceptual desde el cual se puedan entender los límites y posibilidades de la cooperación. Sin embargo, se trata de un contrato en la diversidad, para el cual las respuestas sociológicas tienen mucho que ofrecer.

Ulrich Beck⁴² supone que de darse un Estado transnacional éste abriría la puerta a un nuevo medievalismo, en que las localidades sean prácticamente autónomas, pero en el que no obstante la fragmentación se logre comerciar y aprovechar el contacto con otras localidades. Quizá esto es ir demasiado lejos, pues en realidad lo que es de esperar es que los Estados Nacionales protejan sus potestades y busquen que los cambios involucren conservar un andamiaje institucional en el cual los gobiernos nacionales sigan jugando un papel prominente.

⁴² Ídem. p. 229.

Si esto es así, lo que se tendrá es un complejo entramado de relaciones intergubernamentales con una multitud de ámbitos de gobierno.

De implementarse la opción descrita en el párrafo anterior, existen distintas interrogantes de si el Estado o los Estados Nacionales en específico, podrían crear instituciones gubernamentales con la capacidad de cobrar impuestos en un entorno global, acompañado por la capacidad, del lado del gasto público, de hacer crecer bienes públicos y crear políticas sociales compensatorias para los menos privilegiados ante los riesgos amplificadas por la globalidad.

Esto se vuelve particularmente complicado si se piensa que los gobiernos son los que determinan en gran medida la distribución de los costos y beneficios de la propia acción gubernamental y especialmente de los aspectos fiscales. En el prospecto de un federalismo global, éste será el principal tema de discusión.

2.1.2.1. Mundialización y globalización

Es conveniente realizar una distinción analítica entre los conceptos de mundialización y globalización. Alberto Díaz Cayeros⁴³ advierte que se podría, llegado el caso, hablar de 'mundialización', e incluso de 'mundializaciones', en plural, para designar los progresivos y complejos procesos de internacionalización de fuerzas sociales y productivas que operan, no sin contradicciones y con distinta intensidad, desde los albores del capitalismo. Explica que el concepto de globalización, en cambio, debería denunciarse como simple ideología destinada a justificar la extensión del capital a distintos ámbitos geográficos bajo las reglas y en interés de un puñado de poderes privados, y por lo tanto, sin regulaciones públicas democráticas.

En otras palabras, se ha dado al término globalización en el ámbito académico un tinte ideológico, más aún, se le han atribuido fines políticos, pero se debe reconocer que el uso generalizado del vocablo, se ha usado para describir, lo que Alberto Díaz Cayeros identifica, más bien, como mundialización⁴⁴.

⁴³ DÍAZ Cayeros, Alberto. *Globalización, Constitucionalismo y Derechos: Las Vías Del Cosmopolitismo Jurídico* ensayo publicado en *Estado Constitucional y Globalización*. Op. Cit. p. 245.

⁴⁴ *Ídem*

2.1.2.2. Constitucionalismo y globalización

La globalización ha dado lugar a diversas prácticas que se contraponen a los esquemas jurídicos de algunos Estados o generan la necesidad de reformarlos, en muchas ocasiones, en el texto mismo de sus constituciones. Lo anterior, no ha pasado desapercibido para los constitucionalistas, quienes han planteado diversos escenarios, desde la Constitución hermética que represente un obstáculo a la globalización, hasta los esquemas aperturistas que propician la creación de instituciones globales, apartándose de las ideas clásicas de soberanía.

Un primer paso fundamental para un replanteamiento jurídico debería consistir en la rehabilitación del Estado al servicio del constitucionalismo social y democrático. Y todo ello porque, a pesar de las lecturas disolventes del globalismo y de las prematuras oraciones fúnebres pronunciadas en su nombre, el Estado sigue siendo, desde una lectura realista, el actor político por excelencia, el espacio concreto en el que se juegan un sinnúmero de garantías vinculadas a la libertad y la igualdad de las personas.

Más aún, bajo el influjo de las presiones globalizadoras, los Estados se convierten a menudo en agentes activos encargados de adecuar sus sociedades en función de los intereses de los grandes poderes privados internacionales. Por ello, es evidente que la recuperación de lo público no es posible a partir de cualquier tipo de Estado. Mucho menos de uno colonizado por poderes burocráticos y mercantiles y fundado en una idea beligerante y excluyente de soberanía, de la que se derive la necesidad de anular a los antagonistas interiores y la tendencia, de cara al exterior, al imperialismo.

El Estado constituye un instrumento insustituible para disciplinar a los poderes privados nacionales y a veces internacionales, promover ámbitos genuinos de participación institucional y poner en marcha un sistema extensivo de garantías ciudadanas en consonancia con el programa normativo de un Estado social y democrático de derecho.

Fuera del Estado (y en ocasiones contra él), con el fin de neutralizar sus tendencias paternalistas, represivas e ilegítimamente centralizadoras, de mantener

bajo control toda propensión a la osificación burocrática y, sobre todo, de impulsar espacios públicos no estatales y ámbitos ciudadanos de poder social directo, entendidos en una relación más de profundización y mutuo soporte que de contraposición con aquellos de democracia representativa.

Por último, más allá del Estado, habida cuenta que un proyecto que pretenda superar las constricciones del tipo de constitucionalismo impulsado por el discurso globalizador, no puede asentarse exclusivamente en el Estado-nación. Por el contrario, una búsqueda regresivamente utópica de la autarquía o, si se prefiere, una apuesta por el modelo inaugurado con la Paz de Westfalia de 1648, resultaría atacable tanto por razones de eficacia como en sus fundamentos morales.

Por un lado, porque las instituciones estatales nacionales resultan insuficientes para conjurar la aceitada capacidad de maniobra de unos poderes privados que se mueven con ligereza de una frontera a otra, desvinculando sus beneficios económicos de sus obligaciones fiscales, ecológicas, sanitarias, o laborales.

En segundo término, porque si la existencia de poderes de mercado incontrolados contradice cualquier modelo constitucional garantista, tampoco el proteccionismo estatal puede emplearse de manera universal e ilimitada, sin poner en riesgo los derechos de las personas y los pueblos. La sola idea de un Estado volcado sobre sus fronteras, de un 'Estado comercial cerrado', en el sentido de Fichte, resultaría insostenible si todos los países pretendieran adoptarla en su propio beneficio. Frente a esta salida, más compatible con la imagen de Hobbes de unos Estados en los preliminares de una batalla, enfilados los cañones contra los vecinos circundantes, resultaría más razonable plantear toda apertura como un proceso gradual, sólo posible en la medida en que se garantice, a través de los debidos controles jurídicos, el tejido productivo local y los mínimos sociales que permitan competir con el exterior.

En tercer lugar, una regresión nacionalista y estatalista ignoraría las exigencias morales que toda sociedad debe tener frente a quienes no forman parte de ella y frente a quienes, aun integrándola, reclaman para sí el legítimo derecho a

una identidad plural, que incluya concepciones de vida no necesariamente compartidas con las de la mayoría.

En ese sentido, si es cierto, como mantiene Kelsen, que el genuino espíritu democrático se funda en 'el hombre que, al contemplar a los demás, oye dentro de sí una voz que le dice: ese eres tú', resulta una completa aberración que la idea de ciudadanía, anclada en la noción de nacionalidad, haya pasado a funcionar como cobertura del privilegio y como fuente de exclusión y discriminación, bien frente a los no nacionales, bien frente a los no ciudadanos.

En el actual contexto internacional, en efecto, resulta retrógrado y, a mediano plazo, ilusorio, pretender la consecución de un Estado de derecho en un solo país o en una sola región dentro de ese país, al precio de su inexistencia o su degradación en el resto del mundo o en otras regiones de ese Estado.

En otras palabras: ningún Estado puede aspirar a ser un Estado democrático y de derecho reprimiendo a la inmigración pobre de otros Estados y atrincherándose en lo que Habermas ha denominado 'chauvinismo del bienestar', ni tampoco imponiendo, a nivel central, regional o local, identidades culturales excluyentes que operen como fuente de discriminación política y social de otros colectivos y ciudadanos.

2.1.2.3. La economía mundial

Los mitos de lo que Ulrich Beck llamaría el 'globalismo' son compartidos por la mayoría de los economistas porque la matriz filosófica de la que provienen resalta aspectos de la realidad relacionados con el libre intercambio y el interés material propio. Esto no es necesariamente negativo, pues la selectividad de la visión filosófica de los economistas les permite enfocar los problemas que les interesan con gran efectividad. Los economistas tienden a ser humeanos, utilitaristas, o rawlsianos.

Sus concepciones de cómo se construye una sociedad colocan en un lugar central la idea de un contrato social de individuos libres, orientados a una moralidad más instrumentalista que deontológica. Dentro de la concepción de una sociedad

bien ordenada subyace la idea del consenso mutuo al que se puede llegar por la vía racional de la negociación y las decisiones egoístas los individuos.

En el caso de los economistas más afines con la filosofía de David Hume, se rescata una de las herencias más ricas y que más ha contribuido a la economía política, a saber: la ilustración escocesa, tradición a la que perteneció también Adam Smith. Simplificando enormemente, en la visión humeana la reciprocidad se encuentra al centro de las relaciones humanas. Por medio de la simpatía los individuos pueden razonar en una posición naturalista original, en la que los hombres pueden acordar un contrato social. Centrales en esta visión filosófica están la noción de equilibrio y los incentivos contractuales, que si bien no se formulan en Hume con estos términos, están ya presentes en su pensamiento.

La visión humana en términos de la globalización pondría una gran esperanza en la posibilidad de llegar a arreglos institucionales multilaterales, en que las naciones pueden apreciar las ventajas de comerciar libremente y acordar tratos de reciprocidad, que precisamente constituye uno de los elementos centrales de la Organización Mundial de Comercio y los acuerdos regionales de libre comercio como el Mercosur o el TLCAN (Tratado de Libre Comercio de América del Norte).

El grupo más numeroso de economistas en cuanto a su matriz filosófica es probablemente el de aquellos cercanos a los utilitaristas, en particular Bentham y Stuart Mill. El criterio básico de bienestar en esta visión filosófica consiste en maximizar la suma de utilidades individuales, o en palabras: la mayor felicidad para el mayor número.

Los esfuerzos conceptuales se dirigen en esta visión hacia construir funciones de bienestar que puedan resolver los complejos problemas, no sólo técnicos, sino también filosóficos, de cómo hacer comparaciones interpersonales de utilidad o generar funciones de bienestar individual que pasen de la ordinalidad a la cardinalidad, para luego agregarlas socialmente.

La simplificación de encontrar un equivalente monetario de todo aquello que genera bienestar resuelve muchos de estos problemas, pues elimina el axioma de dominio universal: en lugar de permitir cualquier tipo de preferencias, se tiene una función monótonicamente creciente en que siempre se puede afirmar que más

dinero es mejor que menos, y todo se puede medir en su equivalente monetario. Esto hace que los economistas sean acusados, con razón, de medir todo en términos monetarios. Pero al mismo tiempo, el supuesto de utilidad monótonicamente creciente permite resolver problemas técnicos muy serios para asegurar que el riguroso aparato teórico que utilizan los economistas llegue a conclusiones simples y elegantes.

Por supuesto que el artificio de funciones de utilidad cardinales no resuelve los problemas filosóficos, pero explica por qué a ojos de otros gremios los economistas son simplistas y poco sofisticados. En realidad, haber llegado a esta solución fue un proceso sumamente sofisticado, aunque pocos economistas estén conscientes de los supuestos y argumentos que conlleva.

Una visión utilitarista pura no toma en cuenta la distribución, por lo que dada una cierta dotación inicial de factores, se considera como 'bueno' un resultado en que coexistan ricos con pobres. En términos de la globalización, los utilitaristas enfatizarían que el libre comercio internacional acerca a los países, por medio del libre intercambio, a un óptimo de Pareto, sin importar el hecho de que algunos países estén especializados, dadas sus dotaciones iniciales de capital físico y humano, infraestructura, tecnología, trabajo y recursos naturales, en productos de bajo valor agregado, mientras que otros exportan productos de mayor valor agregado.

La visión de John Rawls es la más compleja de todas, y sin duda la más influyente en los debates filosóficos sobre el liberalismo. Simplificando enormemente, se puede hablar de que la construcción rawlsiana parte de una posición original que logra generar un imperativo categórico kantiano, por medio del artificio del velo de ignorancia, según el cual, se generan dos principios de justicia: uno relacionado con la libertad y el segundo con la diferencia. El segundo principio de justicia (el principio de diferencia) involucra asegurar ciertos bienes primarios a los individuos en peor posición.

En términos concretos, el principio de diferencia se puede encontrar plasmado en la visión del desarrollo del Banco Mundial y otras agencias multilaterales, que proponen que la prioridad de la ayuda internacional se coloque

en promover mejorías en educación, salud y nutrición, sin abandonar la inserción en los mercados internacionales como el modelo básico para el desarrollo económico. Así pues, la globalización es aceptada, pero no sin llevar a cabo acciones públicas para generar mínimos aceptables.

Aunque los debates en torno a Rawls son enormes, lo que deseo resaltar aquí es que la visión moral compartida por la mayoría de los economistas no es una visión rawlsiana, pues ésta no es consecuencialista, ni tampoco utilitarista, pues parte de una matriz kantiana y no acepta como correcta la suma de utilidades, sino que propone un ordenamiento léxico-gráfico de valores.

Esto sugiere que aunque los economistas acepten un concepto como el de 'necesidades básicas' para temas tales como el del combate a la pobreza, en la mayor parte su concepción de cómo funciona la sociedad está basada en una concepción de un contrato de individuos aceptado exclusivamente por las consecuencias que genera en términos de mayor bienestar (utilidad) individual.

2.1.2.4. Globalización de la cultura

Se ha planteado si es posible extender una perspectiva contractual desde la pequeña comunidad, a las ciudades, pasando por los estados nacionales, hasta llegar al mundo. Las diferencias culturales reales que existen en ámbitos cada vez más amplias no necesariamente generarían el mismo entendimiento de lo que se está regateando y negociando. Esto es, quizá el problema más serio de las visiones contractualistas en el contexto de una sociedad multicultural, como lo planteó Will Kymlicka, o de un mundo de 'choque de civilizaciones' según Huntington es cómo saber qué mecanismos de coordinación sobre equilibrios pueden existir cuando las culturas son diferentes.

En un mundo previo a la globalización las culturas podían tener fronteras más o menos definidas geográfica y geopolíticamente, de manera tal que sus interacciones eran limitadas. Si bien en el siglo XIX existieron mercados muy abiertos al comercio internacional, esto sucedió en el contexto de enclaves comerciales de los grandes imperios europeos.

Para la mayor parte de la población de los países con culturas diferentes a la europea la globalización no afectaba su forma de vida, pues Europa estaba muy lejos. Sin embargo, con la globalización el concepto de distancia se relativiza, pues ésta ya no es función de la geografía y las barreras naturales o artificiales que pueden separar a los pueblos, sino de la información, la tecnología y la educación.

En este contexto, los actores pueden interactuar directamente, no importa cuán distantes se encuentren en términos geográficos. Los actores políticos se enfrentan con un gran reto, pues los gobiernos tienen que proporcionar una serie de bienes públicos que permiten tener acceso a la información, la tecnología y la educación, pero se debe definir la distribución de los costos y beneficios de esos bienes públicos, en un contexto culturalmente heterogéneo.

Las diferencias culturales pueden ser una barrera real para llevar a cabo transacciones de manera exitosa. La teoría de juegos y el concepto de 'puntos focales' son relevantes en este punto. Uno de los problemas serios de la teoría de juegos como herramienta de pronóstico sobre la solución a un problema radica en la posibilidad de que existan equilibrios múltiples, esto es, una infinidad de soluciones que satisfagan criterios de racionalidad, pero que abarquen un amplio espectro.

Si no existe un mecanismo evidente de coordinación sobre cuál equilibrio escoger, puede ser que los actores no logren alcanzar una solución. Una manera como los actores logran resolver este problema es cuando existe lo que se conoce como un 'punto focal' que llama la atención sobre cuál es el equilibrio natural a escoger.

Un ejemplo notable de la especificidad cultural de los 'puntos focales' lo proporciona David Kreps. Consiste en un juego sencillo, en que dos personas tienen que repartirse ocho ciudades de Estados Unidos: Boston, Los Ángeles, Miami, Nueva York, Portland, San Francisco, Seattle y Washington. Sin ponerse de acuerdo, ni poder comunicarse o negociar, deben repartirlas de manera tal que ninguno de los dos tenga una ciudad repetida. Si alguna ciudad se repite, no reciben ninguna recompensa. Si sobra alguna ciudad, no reciben recompensa alguna. No

importa cuántas ciudades o qué ciudades tenga cada quien; si logran repartirse todas las ciudades sin repetir ninguna, obtienen una recompensa.

El juego es cooperativo en el sentido de que se obtiene recompensa sólo si ambos jugadores escogen las ciudades 'correctas', pero podría ser no cooperativo y de todas maneras generar resultados análogos en que conviene, por interés propio, escoger las ciudades 'correctas'. Para hacer el juego más simple, al jugador A se le asigna Boston, y al jugador B se le asigna Portland, teniendo que repartirse el resto.

Este juego tiene múltiples equilibrios, pues existen una gran cantidad de combinaciones de ciudades que proporcionarían la recompensa. Por ejemplo, un equilibrio sería que A se quedara sólo con Boston, sin reclamar ninguna otra ciudad, mientras que B tomara todas las ciudades. En este juego los jugadores no se comunican, por lo que aunque éste es un equilibrio posible que proporciona recompensa a ambos jugadores, no resulta muy 'natural'. Parecería más natural que a cada quien le tocaran cuatro ciudades, repartiendo 'por mitad', que es una forma comúnmente aceptada y acorde con ciertas nociones intuitivas de lo que es 'justo'. Pero aun dividiendo cuatro ciudades a cada quien, queda la duda de qué ciudades escoger para tener un arreglo que no repita ciudades.

Cuando Kreps ha hecho que estudiantes estadounidenses realicen este juego, se encuentra una división 'natural', que consiste en que el jugador A toma todas las ciudades de la costa este de los Estados Unidos, y el jugador B toma las de la costa oeste. Este equilibrio se logra gracias a un 'punto focal', que está culturalmente definido y requiere de cierto conocimiento de la geografía del país, además de una expectativa de que el otro jugador también conoce esta geografía. Cuando el juego se hace incluyendo estudiantes que no provienen de Estados Unidos, generalmente falla este punto focal. Algunos usan el orden alfabético como criterio de división. Otros piensan en la importancia de las ciudades. Pero generalmente el tema central es que los jugadores entran a un juego como el de Sherlock Holmes y Moriarty, en que tratan de adivinar la estrategia del otro, sin tener elementos culturales comunes sobre los cuales se puedan construir las expectativas.

Este ejemplo debe ser suficiente para convencernos de que los sociólogos tienen toda la razón cuando afirman que los contratos entre individuos en un mundo multicultural son algo mucho más complicados de lo que la pura visión económica sugiere. Los sociólogos capturan correctamente tendencias muy amplias de las transformaciones culturales, políticas y de organización del trabajo que caracterizan el mundo actual. Ejemplos recientes de libros muy leídos, preparados por sociólogos, sobre la problemática global, son ¿Qué es la globalización?, de Ulrich Beck, El horror económico, de Vivian Forrester, o La trampa de la globalización, de Hans-Peter Martin y Harald Schumann. La riqueza de análisis de dichos libros o ensayos se ve limitada, sin embargo, porque los sociólogos tienden a ser sumamente ingenuos respecto al proceso económico, probablemente debido a un entendimiento relativamente pobre de las teorías contractualistas.

En particular, los sociólogos se caracterizan por un rechazo casi visceral al individualismo metodológico, tanpreciado por los economistas, lo cual los coloca en marcos teóricos prácticamente ininteligibles para un economista. Existen, como en todo, excepciones a estas afirmaciones; piénsese, por ejemplo, en el sofisticado trabajo de Gary Gereffi sobre las redes de subcontratación y la producción en el este de Asia.

Una buena respuesta sociológica a la globalización debe empezar por un entendimiento sofisticado de lo que la ciencia económica ofrece. Max Weber entendía los avances más recientes de la economía marginalista y las discusiones austriacas contemporáneas de su tiempo, y aceptaba sus explicaciones para entender procesos de racionalidad instrumental. Su crítica radicaba en que esa racionalidad era insuficiente para entender los procesos sociales. Su pensamiento era incluyente desde un punto de vista teórico. Los sociólogos actuales tendrían mucho que aprender de los economistas neoclásicos, siempre y cuando estén dispuestos a reconocer que la explicación económica no lo es todo.

Pero existe un segundo problema más serio de los análisis sociológicos de la globalización, que hasta el momento los más críticos, incisivos e interesantes. Paradójicamente para una profesión en que se tiende generalmente a la inducción y la observación del detalle, muchos de los estudiosos son poco cuidadosos con el

uso de datos macroeconómicos o las tendencias de la información estadística que usan para apoyar sus argumentos.

Los ejemplos más típicos de un mal manejo de la evidencia por parte de los sociólogos son la manera en que se combinan flujos y acervos al hacer comparaciones, como se continúa analizando la distribución funcional del ingreso, cuando la desigualdad es fundamentalmente por salarios, no por ingresos de capital; o cuando se afirma que la base fiscal de un Estado está en las empresas. Ulrich Beck, por ejemplo, discutiendo el tema de la base fiscal, menciona como un dato preocupante que, en los países desarrollados, entre 1989 y 1993 cayó en 19% lo recaudado de las empresas.

Sven Steinmo, en su libro sobre los sistemas fiscales, muestra, sin embargo, que los países ya no dependen de los impuestos corporativos. Lo que pudiera ser impuestos redistributivos (renta, ganancias corporativas, propiedad y riqueza como porcentaje del total de la recaudación) constituyen en Suecia 46.7%, Reino Unido 52.4% (aunque 38.9% sin los impuestos a la propiedad) y Estados Unidos 54.5%. Esto se relaciona fundamentalmente con la importancia que tienen hoy en día los impuestos al consumo dentro de las bases fiscales modernas.

Aunque la estructura fiscal varía entre países, en general, en los países de la OCDE los impuestos más importantes son: 1) seguridad social; 2) renta; 3) consumo; 4) propiedad (predial); y sólo en último lugar, 5) ganancias corporativas. Excepto Japón, Reino Unido y Bélgica, la recaudación por ganancias corporativas es de sólo un 2% del PIB (parecido a lo que se recauda por prediales), mientras que por renta personal o consumo ésta se encuentra por arriba del 10% cada uno. Así pues, una caída de los impuestos cobrados a las empresas que se ve como una de las consecuencias directas de la globalización no resulta particularmente preocupante si se piensa que la base fiscal con que los gobiernos financian los bienes y servicios que proporcionan está en otra parte.

2.1.2.5. Globalización y reafirmación identitaria en el ámbito cultural

Por cuanto ve a la erosión de la unidad nacional David Held⁴⁵ asevera que el concepto de Estado-nación o de Estado nacional, para algunos implica que la población del Estado necesariamente ‘comparte una fuerte identidad lingüística, religiosa y simbólica’, esto no siempre ocurre. Ciertos Estados-nación se aproximan a esta situación de homogeneidad cultural, pero muchos no lo hacen. Por lo tanto, es importante separar los conceptos de Estado-nación y nacionalismo. Un autor aclaró esta cuestión de forma sucinta: Lo que hace de la ‘nación’ una parte integral del Estado-nación, no es la existencia de sentimientos nacionalistas sino la unificación del aparato administrativo dentro de fronteras territoriales claramente definidas. El concepto de ‘nacionalismo’ —que denota la existencia de símbolos y creencias capaces de crear pautas de comunidad étnica, religiosa, lingüística y política— debería reservarse para destacar tipos particulares de configuración de poblaciones y Estados.

Así, el concepto de ‘nación’ no puede consistir en la reunión de las cualidades empíricas comunes a todos sus miembros integrantes. Tal como el término es empleado en ciertas circunstancias, su concepto implica, ciertamente, la posibilidad de que ciertos grupos de personas experimenten un sentimiento de solidaridad especial frente a otros grupos. Es un concepto, pues, propio del ámbito de los valores. No existe, empero, un acuerdo acerca de la constitución de esos grupos o de la determinación acerca de qué acción debe ser la resultante de dicha solidaridad.

Así, en primer lugar, en el lenguaje común la ‘nación’ no se identifica con el ‘pueblo de un Estado’, es decir con los miembros de una comunidad política dada. En muchas comunidades políticas se da el caso de grupos que proclaman vigorosamente su independencia ‘nacional’ frente a otros grupos de la misma comunidad; o, a veces, se da el caso de partes de un grupo cuyos integrantes la consideran una ‘nación’ homogénea, como Austria antes de 1918. En segundo lugar, la ‘nación’ no se identifica con una comunidad de lengua; la insuficiencia de la unidad lingüística como determinante de una ‘nación’ la prueban los serbios y

⁴⁵ HELD, David. *La Democracia y el Orden Global. Del Estado Moderno al Gobierno Cosmopolita*. Barcelona. Paidós, p.p. 265-284.

croatas, los norteamericanos, irlandeses e ingleses. Aparentemente ello no es en absoluto condicionante de una 'nación'. En documentos oficiales coexisten las expresiones 'nación suiza' y 'pueblo suizo'. Y algunos grupos lingüísticos, como ocurría al menos hasta hace poco tiempo con los rusos blancos, no se consideran una 'nación' separada.

Pero normalmente las masas se consideran una 'nación' determinada cuando las unifica una lengua común como valor cultural; esto ocurre principalmente en Austria, que es un país típico en cuanto a sus conflictos lingüísticos, pero también en Rusia y en Prusia oriental. La relación entre lengua común y 'nación' tiene, sin embargo, diversos grados de intensidad; es muy débil, por ejemplo, en el caso de los Estados Unidos y Canadá.

La unidad lingüística puede no ser suficiente para promover una solidaridad 'nacional'. Esta puede ligarse, en cambio, a alguno de los grandes 'valores culturales de las masas', por ejemplo a un credo religioso, tal como ocurre entre los serbios y croatas. También puede ligarse a formaciones sociales y usos distintos, y, en consecuencia, a factores 'étnicos' comunes, tal como ocurre entre los suizos alemanes y los alsacianos frente a los alemanes del Reich o entre los irlandeses frente a los británicos. Pero la solidaridad nacional puede surgir, fundamentalmente, del recuerdo de un destino político común con otras naciones, como entre los alsacianos y los franceses desde la guerra revolucionaria representativa de una época heroica común.

Por supuesto que la pertenencia a una 'nación' no necesariamente implica una comunidad de sangre. De hecho los 'nacionalistas' más radicalizados suelen ser de origen extranjero. Por otra parte si bien la nacionalidad puede reconocer un tipo antropológico común esto no es suficiente ni es condición previa de la fundación de una nación. Con todo, en el concepto de 'nación' están comprendidos los conceptos de ascendencia común y de una frecuentemente indefinida pero esencial homogeneidad. Estos conceptos también son constitutivos del sentimiento de solidaridad de las comunidades étnicas, aunque éste se nutre de varias otras fuentes. Pero no es suficiente con el sentimiento de solidaridad étnica para constituir una 'nación'.

Es un viejo problema el determinar si los judíos constituyen una 'nación'. De un modo general a esta cuestión responderían negativamente tanto los judíos rusos como los judíos asimilados de la Europa Occidental y Norteamérica y los sionistas. Pero en particular la respuesta variaría tratándose de los pueblos que constituyen su medio ambiente, como por ejemplo los rusos por una parte y los norteamericanos por la otra; en el caso de los norteamericanos actualmente algunos continúan afirmando que hay una semejanza esencial entre la naturaleza norteamericana y la judía, como lo puso de manifiesto en un documento oficial un presidente norteamericano.

Aún en su ambigüedad el concepto 'nación' parece apuntar al ámbito de la política. Se podría definir así: una nación es una comunidad de sentimiento que se exteriorizaría adecuadamente en un Estado propio; por tanto, una nación es una comunidad que propende regularmente a generar un Estado propio.

Los factores que determinan la aparición de un sentimiento nacional son, a este respecto, muy variados. Dejando a un lado la fe religiosa se deben tener en cuenta, en primer lugar, los destinos políticos comunes. Pueblos muy diferentes entre sí desde ciertos puntos de vista pueden, en ciertas circunstancias, sentirse unificados por un destino común.

La razón de que los alsacianos no se sientan parte de la nación alemana hay que buscarla en sus recuerdos. Durante mucho tiempo su destino político estuvo desligado de la esfera alemana; sus héroes son los héroes de la historia francesa con la que comparten una época heroica.

Otro factor particularmente complejo, determinante de la aparición de un sentimiento nacional, es la raza. No se considera aquí lo que los fanáticos raciales denominan efectos místicos de una comunidad de sangre. Las variedades de tipos antropológicos no constituyen sino uno de los factores de reclusión, atracción social y repulsión y que esas variedades no tienen mayor importancia que las diferencias adquiridas por tradición. Existen, al respecto, diferencias características. Cualquier yanqui admite que el mestizo civilizado, con un cuarto o un octavo de sangre india, es un miembro de la nación; puede, incluso, reivindicar su propia ascendencia india.

Pero su comportamiento respecto del negro es muy distinto, sobre todo si el negro adopta su mismo modo de vida y, por tanto, desarrolla aspiraciones sociales.

Una etapa en el devenir de la sociedad humana, se localiza con la unificación de la población motivada con sentimientos de pertenencia y solidaridad, bajo un sólo régimen de gobierno e identidad cultural y territorial. Estos vínculos de identidad, desenvueltos en los procesos de unificación étnica y geográfica, tuvieron como consecuencia la consolidación del sentimiento de nacionalidad, y con éste el surgimiento del concepto de 'nación'⁴⁶.

La Nación viene a ser inicialmente concebida como el grupo humano de la misma procedencia étnica, dotado de unidad cultural, raza, religión, idioma y costumbres, poseedor de un acervo histórico, destino común y sentimiento de solidaridad. Aparecen las banderas como lábaros patrios y los himnos nacionales, con el propósito de exaltar este sentimiento de identidad, de manera que el amor a la patria se pone por encima del amor filial.

Si bien estos elementos fueron determinantes para configurar y consolidar a la Nación, con excepción de los símbolos patrios, al paso del tiempo fueron desapareciendo, a medida que la interacción mundial se fue sucediendo, de modo que no es pertinente hablar de ellos ahora como requisitos esenciales para que un grupo humano constituya una Nación, específicamente cuando todo tiende hacia la diversidad, la diferenciación y la heterogeneidad⁴⁷.

En cuanto al fenómeno del nacionalismo, es importante señalar que el nacionalismo fue una fuerza crucial en el desarrollo del Estado-nación democrático.

⁴⁶Autor citado por CASTELLANOS Gout, Milton Emilio. *Del Estado de Derecho al Estado de Justicia*. México. Editorial Porrúa – U.N.A.M. 2004, p.p. 45-60.

⁴⁷ La eficacia de ese influjo afectivo no se origina, en lo fundamental, en factores económicos. Su origen hay que buscarlo en sentimientos de prestigio frecuentemente muy arraigados en las masas pequeño-burguesas pertenecientes a formaciones políticas que han accedido a posiciones de poder. Ese sentimiento de prestigio político puede unirse a la convicción de su responsabilidad por las futuras generaciones. Entonces se convierte en una responsabilidad propia de las estructuras de las grandes potencias *per se* la distribución del poder y del prestigio entre su propia comunidad política y las comunidades extranjeras. De más está decir que esa eficacia ideal del prestigio de poder se esparcirá vigorosamente entre todos los sectores de poder capaces de promover un comportamiento común dentro de una comunidad política. Ellos son los exponentes específicos y más dignos de confianza del concepto del Estado como una estructura de poder imperialista que requiere una incondicionada fidelidad. Citado en WEBER, Max. *Estructuras de poder*. México. Ediciones Coyoacán. 2001, p.p. 34-44.

Las condiciones que rodearon la emergencia del nacionalismo fueron también las que generaron el Estado moderno. El nacionalismo estuvo estrechamente ligado a la unificación administrativa del Estado. Pues el proceso mediante el cual se formaron las identidades nacionales fue a menudo el resultado tanto de las luchas por la ciudadanía en las nuevas comunidades políticas como de las emprendidas por las élites y los gobiernos para crear una nueva identidad que legitimara las acciones del Estado.

En otras palabras, la construcción de la identidad nacional formó parte del proyecto de aglomerar a la gente dentro del marco de un territorio delimitado con el propósito de afirmar o aumentar el poder del Estado. Los requerimientos de la acción política hicieron del despliegue de la identidad nacional un medio para asegurar la coordinación de las medidas políticas, la movilización y la legitimidad.

Sin embargo, incluso en aquellos lugares donde la creación de la identidad nacional fue un proyecto político explícitamente impulsado por las élites, casi nunca fue invención exclusiva de ellas. Que las élites nacionalistas buscaron activamente generar el sentido de nacionalidad y cultivar el compromiso con la nación es un hecho bien documentado. Pero 'de ello no se sigue', como agudamente observara un especialista, que dichas élites 'inventaran la nacionalidad donde nada existía'.

Para quienes procuraban concretar una identidad nacional, la nación futura no era cualquier entidad social o cultural más o menos extensa; más bien, era una comunidad de historia y cultura, que ocupaba un territorio particular, y que en general portaba una tradición distintiva de derechos y deberes compartidos por sus miembros. Así, muchas naciones fueron edificadas sobre la base de focos étnicos cuyos mitos y memorias, valores y símbolos, dieron forma a la cultura y el contorno de la nación que las élites modernas proyectaban fraguar. La identidad que los nacionalistas se afanaron en plasmar dependía, en importante medida, de que se descubriera y explotara la 'etnohistoria' de la comunidad y su peculiaridad en el mundo de los valores políticos y culturales. Pero las condiciones de la 'construcción del Estado' y del nacionalismo, o la edificación de la nación, nunca se superpusieron completamente, es más, el propio nacionalismo, especialmente hacia finales del

siglo diecinueve y durante todo el siglo veinte, fue una fuerza con frecuencia desplegada para desafiar las fronteras existentes del Estado-nación.

En la actualidad para que exista real y conceptualmente una Nación, solamente son necesarios cuatro elementos: la población que es el elemento material y la tradición histórica, la finalidad común y la conciencia nacional, que son elementos inmateriales o espirituales.

Según Del Vecchio⁴⁸ sólo se requiere de dos elementos esenciales: 1. Elemento psicológico: profunda y connaturalizada unidad de pensamientos y de sentimientos que constituyen la conciencia nacional, y, 2. Exteriorización sensible del primero: el lenguaje, cuya identidad denota concordancia y afinidad entre individuos, facilita relaciones sociales y permite la comunicación de ideas y sentimientos.

Daniel Antokoletz⁴⁹, define a la Nación como el conjunto de personas del mismo origen étnico, de la misma raza, idioma, religión, costumbres y aspiraciones, afirma que hay naciones que se encuentran repartidas en diferentes estados, ejemplo: árabes y chinos; así como hay Estados en cuyo seno conviven diferentes naciones, y el Imperio Romano, Imperio Austro-Húngaro, Gran Bretaña.

Existe consenso en que Nación es —en primer término— un concepto eminentemente étnico-antropológico, que designa a un grupo humano fundado sobre vínculos naturales.

No obstante, el vocablo enseguida se refiere también a la sociedad organizada bajo un ordenamiento jurídico, y es en tal virtud que el Estado vino a ser su investidura orgánica y política. Esto es, el Estado en su concepción moderna hasta los días que corren, se constituye sobre la base natural de una Nación, y viceversa, el Estado constituye a la Nación en institución política y jurídicamente organizada.

En este proceso de evolución de la sociedad humana organizada políticamente, la Nación queda como el antecedente inmediato del Estado moderno.

⁴⁸ CASTELLANOS Gout, Milton Emilio. *Del Estado de Derecho al Estado de Justicia*. México. Editorial Porrúa – U.N.A.M. 2004, p.p. 45-60.

⁴⁹ Ídem

Dentro del modelo clásico Aristotélico-Romano, la Nación configuró el andamiaje jurídico-político sobre el que vino a sustentarse el Estado Monárquico absolutista.

2.1.2.6. La seguridad internacional

Sólo tomando en consideración el producto del tráfico de drogas, las ventas ilícitas de armas, el contrabando de materiales nucleares o las ganancias de actividades controladas por las mafias (prostitución, juego, mercado negro, divisas), Naciones Unidas ha denunciado que los ingresos mundiales anuales de las organizaciones criminales transnacionales equivalen al PNB de los países de ingreso débil (según la categorización de la banca mundial) y de sus tres mil millones de habitantes. Un cálculo que, por otro lado, no contempla las inversiones y constricciones que las organizaciones criminales introducen en vastos sectores de la economía legal.

Así, mientras los mercados financieros despliegan una actividad febril y sin cortapisas, inmersos en un capitalismo de 'casino' completamente desligado de los procesos productivos, zonas enteras asisten a la pérdida de su autonomía política y jurídica, así como al desgarramiento de sus estructuras sociales y productivas, con un futuro que se presenta más sombrío que nunca.

En ese sentido, tampoco parece que las ensoñaciones del globalismo hayan conducido a restringir los márgenes de arbitrariedad del Estado, o si se prefiere, a ampliar la autonomía de las personas frente al poder. Por el contrario, la tremenda constricción de espacios políticos generada por la globalización económica ha cargado de opacidad el funcionamiento de las sociedades actuales, de suerte tal que los gobiernos democráticos han reasignado buena parte de su autoridad a unas elites que operan de forma casi invisible, lejos del control del electorado y con un poder que ni Mosca ni Pareto hubieran imaginado⁵⁰.

⁵⁰ ¿A qué lógica obedece, si no, visto desde una óptica democrática, el progresivo desguace de las instituciones públicas en beneficio de unas agencias 'independientes y autónomas' que el discurso globalista procura presentar como el resultado de simples ajustes técnicos, neutrales en su significación ideológica y muy convenientes desde el punto de vista social? y ¿Ante quién responden, por ejemplo, el Banco Central Europeo, las Agencias de Calificación de Deuda, los todopoderosos Grupos del G-7, G-8 y sus periódicamente actualizadas versiones? ¿Qué tipo de controles fiscalizan su actuación? ¿Qué efectos tendría sobre la autonomía política de los Estados y los derechos de los ciudadanos la imposición de unas normas como las del llamado Acuerdo Multilateral de Inversiones

Baste con recordar cómo, a pesar de su nombre, el objetivo del AMI no consistía en regular a las inversiones, sino a los gobiernos, y pretendía adquirir el status jurídico de un tratado internacional, inmune a los controles económicos, ambientales, sanitarios o laborales de cualquier reglamento o ley nacional. Sus disposiciones, de claro contenido antigarantista, estaban dirigidas a eliminar la capacidad de los gobiernos para regular la entrada y salida de capitales.

En su capítulo IV, por ejemplo, se preveían límites inadmisibles a las facultades expropiatorias de los gobiernos nacionales y se proscribía buena parte de los instrumentos jurídicos tradicionalmente previstos para el control de servicios públicos privatizados. Más aún: el AMI disponía que si algún país quería salirse del Acuerdo una vez firmado, no lo podía hacer durante cinco años y, en caso de hacerlo, sus exigencias normativas protegerían a las compañías inversoras durante quince años más. De este modo, se violaba en forma palmaria el principio democrático defendido, ya en los orígenes del constitucionalismo moderno, por pensadores como Jefferson o Paine y recogido en el artículo 28 de la Constitución jacobina de 1793, conforme al cual 'una generación no puede sujetar a sus leyes a las generaciones futuras'.

De esta suerte, no resultó extraño que el propio secretario general de la Organización Mundial del Comercio (OMC), Renato Ruggiero, declarase explícitamente que la finalidad del AMI era la de redactar la 'Constitución de una economía global única'.

Así las cosas, este panorama revela de forma dramática, cómo, a pesar de que en el plano formal ha tenido lugar una progresiva apertura de las Constituciones nacionales al derecho internacional de los derechos humanos, en el plano real lo que se ha producido es una apertura a normas y disposiciones mercantiles más bien secretas, impuestas en beneficio de unos pocos poderes privados y públicos transnacionales, en ocasiones ilegales y extralegales.

De esta manera, los Estados acaban subordinados a una suerte de constitucionalismo mercantil global, no dirigido a controlar a los poderes, sino más

(AMI), que desde 1995 comenzó a negociarse en el marco de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), o de la prolongación casi 'clónica' del mismo malograda en Seattle?

bien a liberarlos, elevando a una serie de intereses corporativos a Grundnorm del ordenamiento internacional. Este fenómeno, a su vez, se traduce en una degradación del derecho oficial, que debe coexistir con un derecho no oficial dictado por múltiples legisladores fácticos. Estos, merced a su poder económico, acaban transformando lo fáctico en norma, disputándole al Estado el monopolio de la violencia y del derecho.

La globalización, en consecuencia, se convierte en la cobertura de un nuevo derecho económico internacional que suprime la participación democrática en beneficio de un descarnado decisionismo tecnocrático, a la vez que sepulta los más elementales principios de publicidad bajo el imperio de la opacidad y del secreto. En ese contexto, amplios contingentes sociales resultan constreñidos en sus derechos más básicos por normas que directamente ignoran. Aprobadas por una elite que muy pocas veces opera en la superficie, y casi siempre en los subsuelos del entramado político y social, dichas normas tornan absurdos ciertos apotegmas de los que a menudo el poder presume con ligereza, como el que sostiene que “el derecho se presume conocido por todos” o, peor aún, aquel conforme al cual la democracia supone la atribución a cada persona de uno y un mismo voto.

De igual forma, parece altamente improbable que una adhesión escrupulosa al consejo de Guizot: *enrichissez vous*, pueda convertirse en fibra moral de una identidad democrática plural y con vocación universalista.

Por el contrario, el globalismo, al promover una identidad monolíticamente construida sobre la imagen del horno *economcus* que persigue sus vicios privados en contraposición a los del resto de la sociedad, bloquea las potencialidades de un proceso de internacionalización complejo que podría y debería aprovecharse en clave genuinamente cosmopolita. Así, al tiempo que se homogeniza el ideal de una identidad mercantilista, regida por la lógica de la ganancia y el cálculo, se generan las condiciones propicias para la explosión de identidades particularistas, concebidas como reacciones solipsistas frente a un creciente proceso de fragmentación social y económica. Más aún, bajo la coartada de la resistencia a la globalización, estas identidades suelen aglutinarse en ocasiones, antes que en

torno a diferencias culturales legítimas, alrededor de estratificaciones jerárquicas (religiosas, sexuales, étnicas) ilegítimas y excluyentes.

De todas maneras, las fuerzas y procesos bajo examen se combinan para restringir la soberanía formal y/o la libertad de acción de los Estados; borran las diferencias entre políticas domésticas e internacionales; cambian las condiciones de toma de decisiones políticas y de realización de las acciones políticas, su contexto legal, institucional y organizativo, las prácticas administrativas.

Se oscurecen así las responsabilidades y las capacidades de control de los Estados nacionales. Es legítimo hablar de una crisis del Estado-nación y de su soberanía, aunque con las reservas y calificaciones que en adelante se irán formulando. Como se verá, los grados y alcances de las restricciones y retos a la soberanía varían y deben ser calificadas, según los casos, las etapas históricas, los espacios, el interjuego de las condiciones económicas y las políticas, de las internacionales y las nacionales. Es fundamental a este respecto no ignorar la presencia de fuerzas, tendencias y procesos contrarrestantes y limitantes de la globalización, y favorables a la supervivencia y transformación del Estado⁵¹.

2.2. El estallido identitario. La erosión de la unidad nacional.

Por cuanto ve a la erosión de la unidad nacional David Held⁵² asevera que el concepto de Estado-nación o de Estado nacional, para algunos implica que la población del Estado necesariamente 'comparte una fuerte identidad lingüística, religiosa y simbólica', esto no siempre ocurre. Ciertos Estados-nación se aproximan

⁵¹ Cuando una comunidad política se ve amenazada por el comportamiento de otras naciones y otros Estados, sostenía Kant, es imposible que reine la justicia entre sus ciudadanos. A la inversa, prevalecerá la justicia cuando el imperio de la ley esté consolidado en todos los Estados y en las relaciones internacionales. Dentro de los términos del argumento aquí presentado, ésta es una afirmación importante, pero es necesario reelaborarla y ajustarla a las condiciones de la autonomía en el contexto de la interconexión. Por consiguiente, cabe sostener que la autonomía sólo podrá imperar en una comunidad política que no se vea amenazada ni por la acción (o inacción) de otras comunidades políticas ni por las operaciones de las redes de interacción que atraviesan sus fronteras. En HELD, David. *La Democracia y el Orden Global. Del Estado Moderno al Gobierno Cosmopolita*. Barcelona. Paidós, p.p. 265-284.

⁵² *Ídem*

a esta situación de homogeneidad cultural, pero muchos no lo hacen (por ejemplo, Gran Bretaña, donde persisten importantes diferencias dentro de la tradición nacional). Por lo tanto, es importante separar los conceptos de Estado-nación y nacionalismo.

Así, el concepto de 'nación' no puede consistir en la reunión de las cualidades empíricas comunes a todos sus miembros integrantes. Tal como el término es empleado en ciertas circunstancias, su concepto implica, ciertamente, la posibilidad de que ciertos grupos de personas experimenten un sentimiento de solidaridad especial frente a otros grupos. Es un concepto, pues, propio del ámbito de los valores. No existe, empero, un acuerdo acerca de la constitución de esos grupos o de la determinación acerca de qué acción debe ser la resultante de dicha solidaridad.

Así, en primer lugar, en el lenguaje común la 'nación' no se identifica con el 'pueblo de un Estado', es decir con los miembros de una comunidad política dada. En muchas comunidades políticas se da el caso de grupos que proclaman vigorosamente su independencia 'nacional' frente a otros grupos de la misma comunidad; o, a veces, se da el caso de partes de un grupo cuyos integrantes la consideran una 'nación' homogénea, como Austria antes de 1918.

En segundo lugar, la 'nación' no se identifica con una comunidad de lengua; la insuficiencia de la unidad lingüística como determinante de una 'nación' la prueban los serbios y croatas, los norteamericanos, irlandeses e ingleses. Aparentemente ello no es en absoluto condicionante de una 'nación'. En documentos oficiales coexisten las expresiones 'nación suiza' y 'pueblo suizo'. Y algunos grupos lingüísticos, como ocurría al menos hasta hace poco tiempo con los rusos blancos, no se consideran una 'nación' separada. Pero normalmente las masas se consideran una 'nación' determinada cuando las unifica una lengua común como valor cultural; esto ocurre principalmente en Austria, que es un país típico en cuanto a sus conflictos lingüísticos, pero también en Rusia y en Prusia oriental. La relación entre lengua común y "nación" tiene, sin embargo, diversos

grados de intensidad; es muy débil, por ejemplo, en el caso de los Estados Unidos y Canadá⁵³.

Por supuesto que la pertenencia a una 'nación' no necesariamente implica una comunidad de sangre. De hecho los 'nacionalistas' más radicalizados suelen ser de origen extranjero. Por otra parte, si bien la nacionalidad puede reconocer un tipo antropológico común esto no es suficiente ni es condición previa de la fundación de una nación.

Con todo, en el concepto de 'nación' están comprendidos los conceptos de ascendencia común y de una frecuentemente indefinida pero esencial homogeneidad. Estos conceptos también son constitutivos del sentimiento de solidaridad de las comunidades étnicas, aunque éste se nutre de varias otras fuentes. Pero no es suficiente con el sentimiento de solidaridad étnica para constituir una 'nación'.

Aún en su ambigüedad el concepto 'nación' parece apuntar al ámbito de la política. Se podría definir así: una nación es una comunidad de sentimiento que se exteriorizaría adecuadamente en un Estado propio; por tanto, una nación es una comunidad que propende regularmente a generar un Estado propio.

Los factores que determinan la aparición de un sentimiento nacional son, a este respecto, muy variados. Dejando a un lado la fe religiosa se debe que tener en cuenta, en primer lugar, los destinos políticos comunes. Pueblos muy diferentes entre sí desde ciertos puntos de vista pueden, en ciertas circunstancias, sentirse unificados por un destino común. La razón de que los alsacianos no se sientan parte de la nación alemana hay que buscarla en sus recuerdos. Durante mucho tiempo su destino político estuvo desligado de la esfera alemana; sus héroes son los héroes de la historia francesa con la que comparten una época heroica.

⁵³ La unidad lingüística puede no ser suficiente para promover una solidaridad nacional. Esta puede ligarse, en cambio, a alguno de los grandes valores culturales de las masas, por ejemplo, a un credo religioso, tal como ocurre entre los serbios y croatas. También puede ligarse a formaciones sociales y usos distintos, y, en consecuencia, a factores étnicos comunes, tal como ocurre entre los suizos alemanes y los alsacianos frente a los alemanes del Reich o entre los irlandeses frente a los británicos. Pero la solidaridad nacional puede surgir, fundamentalmente, del recuerdo de un destino político común con otras naciones, como entre los alsacianos y los franceses desde la guerra revolucionaria representativa de una época heroica común.

Otro factor particularmente complejo, determinante de la aparición de un sentimiento nacional, es la raza. No se considera aquí lo que los fanáticos raciales denominan efectos místicos de una comunidad de sangre. Sólo que las variedades de tipos antropológicos no constituyen sino uno de los factores de reclusión, atracción social y repulsión y que esas variedades no tienen mayor importancia que las diferencias adquiridas por tradición.

Existen, al respecto, diferencias características. Cualquier yanqui admite que el mestizo civilizado, con un cuarto o un octavo de sangre india, es un miembro de la nación; puede, incluso, reivindicar su propia ascendencia india. Pero su comportamiento respecto del negro es muy distinto, sobre todo si el negro adopta su mismo modo de vida y, por tanto, desarrolla aspiraciones sociales.

Una etapa en el devenir de la sociedad humana, se localiza con la unificación de la población motivada con sentimientos de pertenencia y solidaridad, bajo un sólo régimen de gobierno e identidad cultural y territorial. Estos vínculos de identidad, desenvueltos en los procesos de unificación étnica y geográfica, tuvieron como consecuencia la consolidación del sentimiento de nacionalidad, y con éste el surgimiento del concepto de 'Nación'⁵⁴.

Si bien estos elementos fueron determinantes para configurar y consolidar a la Nación, con excepción de los símbolos patrios, al paso del tiempo fueron desapareciendo, a medida que la interacción mundial se fue sucediendo, de modo que no es pertinente hablar de ellos ahora como requisitos esenciales para que un grupo humano constituya una Nación, específicamente cuando todo tiende hacia la diversidad, la diferenciación y la heterogeneidad⁵⁵.

⁵⁴Autor citado por CASTELLANOS Gout, Milton Emilio. *Del Estado de Derecho al Estado de Justicia*. México. Porrúa – U.N.A.M. 2004, p.p. 45-60.

⁵⁵ La eficacia de ese influjo afectivo no se origina, en lo fundamental, en factores económicos. Su origen hay que buscarlo en sentimientos de prestigio frecuentemente muy arraigados en las masas pequeño-burguesas pertenecientes a formaciones políticas que han accedido a posiciones de poder. Ese sentimiento de prestigio político puede unirse a la convicción de su responsabilidad por las futuras generaciones. Entonces se convierte en una responsabilidad propia de las estructuras de las grandes potencias *per se* la distribución del poder y del prestigio entre su propia comunidad política y las comunidades extranjeras. De más está decir que esa eficacia ideal del prestigio de poder se esparcirá vigorosamente entre todos los sectores de poder capaces de promover un comportamiento común dentro de una comunidad política. Ellos son los exponentes específicos y más dignos de confianza del concepto del Estado como una estructura de poder imperialista que requiere una

En cuanto al fenómeno del nacionalismo, es importante señalar que el nacionalismo fue una fuerza crucial en el desarrollo del Estado-nación democrático. Las condiciones que rodearon la emergencia del nacionalismo fueron también las que generaron el Estado moderno. El nacionalismo estuvo estrechamente ligado a la unificación administrativa del Estado. Pues el proceso mediante el cual se formaron las identidades nacionales fue a menudo el resultado tanto de las luchas por la ciudadanía en las nuevas comunidades políticas como de las emprendidas por las élites y los gobiernos para crear una nueva identidad que legitimara las acciones del Estado.

En otras palabras, la construcción de la identidad nacional formó parte del proyecto de aglomerar a la gente dentro del marco de un territorio delimitado con el propósito de afirmar o aumentar el poder del Estado. Los requerimientos de la acción política hicieron del despliegue de la identidad nacional un medio para asegurar la coordinación de las medidas políticas, la movilización y la legitimidad.

Sin embargo, incluso en aquellos lugares donde la creación de la identidad nacional fue un proyecto político explícitamente impulsado por las élites, casi nunca fue invención exclusiva de ellas. Que las élites nacionalistas buscaron activamente generar el sentido de nacionalidad y cultivar el compromiso con la nación es un hecho bien documentado. Pero de ello no se sigue, como agudamente observara un especialista, que dichas élites inventaran la nacionalidad donde nada existía.

Para quienes procuraban concretar una identidad nacional, la nación futura no era cualquier entidad social o cultural más o menos extensa; más bien, era una comunidad de historia y cultura, que ocupaba un territorio particular, y que en general portaba una tradición distintiva de derechos y deberes compartidos por sus miembros. Así, muchas naciones fueron edificadas sobre la base de focos étnicos cuyos mitos y memorias, valores y símbolos, dieron forma a la cultura y el contorno de la nación que las élites modernas proyectaban fraguar. La identidad que los nacionalistas se afanaron en plasmar dependía, en importante medida, de que se descubriera y explotara la 'ethnohistoria' de la comunidad y su peculiaridad en el

incondicionada fidelidad. Citado en WEBER, Max. *Estructuras de poder*. México. Coyoacán. 2001, p.p. 34-44.

mundo de los valores políticos y culturales. En la actualidad para que exista real y conceptualmente una Nación, solamente son necesarios cuatro elementos: la población que es el elemento material y la tradición histórica, la finalidad común y la conciencia nacional, que son elementos inmateriales o espirituales.

Según Del Vecchio⁵⁶ sólo se requiere de dos elementos esenciales: 1. Elemento psicológico: profunda y connaturalizada unidad de pensamientos y de sentimientos que constituyen la conciencia nacional, y, 2. Exteriorización sensible del primero: el lenguaje, cuya identidad denota concordancia y afinidad entre individuos, facilita relaciones sociales y permite la comunicación de ideas y sentimientos.

Daniel Antokoletz⁵⁷, define a la Nación como el conjunto de personas del mismo origen étnico, de la misma raza, idioma, religión, costumbres y aspiraciones, afirma que hay naciones que se encuentran repartidas en diferentes estados, ejemplo: árabes y chinos; así como hay Estados en cuyo seno conviven diferentes naciones, y el Imperio Romano, Imperio Austro-Húngaro, Gran Bretaña.

Existe consenso en que Nación es un concepto eminentemente étnico-anropológico, que designa a un grupo humano fundado sobre vínculos naturales. No obstante, el vocablo enseguida se refiere también a la sociedad organizada bajo un ordenamiento jurídico, y es en tal virtud que el Estado vino a ser su investidura orgánica y política. Esto es, el Estado en su concepción moderna hasta los días que corren, se constituye sobre la base natural de una Nación, y viceversa, el Estado constituye a la Nación en institución política y jurídicamente organizada.

En este proceso de evolución de la sociedad humana organizada políticamente, la Nación queda como el antecedente inmediato del Estado moderno. Dentro del modelo clásico Aristotélico-Romano, la Nación configuró el andamiaje jurídico-político sobre el que vino a sustentarse el Estado Monárquico absolutista.

2.2.1. El surgimiento de los nacionalismos

⁵⁶ CASTELLANOS Gout, Milton Emilio. *Del Estado de Derecho al Estado de Justicia*. México. Editorial Porrúa – U.N.A.M. 2004, p.p. 45-60.

⁵⁷ *Ibídem*.

Cuando, en noviembre de 1989, cayó física y simbólicamente el muro Berlín y, en un muy corto plazo de tiempo, se produjo la desaparición de los regímenes del supuesto socialismo real en todos los países del Este europeo, ello fue considerado por los ideólogos del 'fin de la Historia' como la confirmación práctica de sus tesis: el triunfo absoluto del mercado prácticamente a nivel mundial, la imposibilidad de cualquier otra política que no emanara del pensamiento único neoliberal y la instauración de un nuevo orden internacional.

Todos los obstáculos estaban allanados para que se desarrollara en el conjunto del planeta una economía, una sociedad y una cultura globales, que caracterizarían a un sistema-mundo unificado. La 'aldea global' que MacLuhan había adelantado para el ámbito de la comunicación se extendería con rapidez a todos los demás ámbitos.

Desaparecido el viejo fantasma que, desde mediados del XIX había recorrido Europa y el mundo amenazando el orden liberal, el comunismo; ningún otro obstáculo parecía existir para el establecimiento definitivo de ese mundo único salvo, quizá, el 'fundamentalismo islámico', entendido como ideología irracional y reaccionaria opuesta a la modernización y al progreso. Fue para neutralizar dicho peligro potencial por lo que el gran gendarme norteamericano, con el respaldo de los países de la OTAN e incluso del ex enemigo ruso, había ya realizado acciones punitivas contra Libia y tendría lugar la supertecnologizada y televisada Guerra del Golfo, en la que los pilotos de los bombarderos imaginaron maravillosos árboles de navidad, cargados de luces, como efecto de las explosiones sobre las ciudades iraquíes.

Sin embargo de todo esto, rápidamente comenzó a recorrer Europa un nuevo fantasma que se creía restringido a los países africanos y asiáticos y a la etapa de la descolonización de éstos: el nacionalismo. Pese a la ceguera en la que habían estado respecto a él tanto los tecnocratizados intelectuales del llamado mundo occidental como los burocratizados intelectuales orgánicos de los Estados 'comunistas', los nacionalismos de los pueblos sin Estado se han convertido en todos los continentes, incluida Europa, en el más serio desafío para la construcción de ese orden económico, social y cultural único al que hoy se denomina como

globalización, y que se presenta como el cumplimiento de las previsiones que, en los planos económico, social, cognitivo e identitario, tenían necesariamente que cumplirse conforme avanzara el proceso de la modernidad sobre los ejes o pilares definidos en la época de la Ilustración europea como fundamentales para dicho proceso: la posibilidad de crecimiento económico indefinido (de progreso) gracias al avance de la ciencia y la técnica, que llevaría al desarrollo; la homogeneización cultural de todos los pueblos del mundo conforme al modelo de la civilización 'superior'; la secularización como resultado del despliegue de la 'lógica de la razón' a todos los ámbitos de la existencia humana, y la posibilidad de movilidad social basada en los méritos individuales.

Como los nacionalismos se sitúan sobre otros ejes, principalmente sobre el de las identidades colectivas, la singularidad cultural y la emocionalidad, su propia existencia supone una contestación a la supuesta inevitabilidad de la globalización política, cultural e identitaria. Son fenómenos que, por el contrario, se sitúan en la dinámica la localización; y por ello frecuentemente son descalificados, criminalizados, demonizados, considerados como reaccionarios, irracionales, arcaicos o tribalistas por quienes se sitúan en las diversas versiones las dos grandes corrientes teórico-ideológicas que hunden sus raíces en la Ilustración europea: la liberal-burguesa y la marxista-socialista.

La actual eclosión de los nacionalismos es una prueba práctica del fracaso de la materialización de dichas teorías, ya que desde en la modernidad avanzada o posmodernidad, o en la fase actual de fuerte desarrollo de las fuerzas productivas los nacionalismos no tendrían que suceder, constituyen una anomalía, un paso atrás en la historia, una patología del sistema. Y sobre esta premisa deben ser tratados: como un problema, como una 'cuestión' a resolver, o a tolerar si no es posible otra cosa, manteniéndola a raya por sus consecuencias siempre potencialmente negativas.

Del mismo modo que ocurre en la economía y en las expresiones culturales lo mismo sucede en la dimensión política. En ésta, es evidente la existencia creciente de instituciones y organismos supraestatales que, a nivel mundial, o en grandes áreas económico-políticas, están asumiendo competencias que hasta hace

poco eran exclusivas de los Estados y formaban parte del núcleo mismo del concepto de soberanía nacional.

El caso de la Unión Europea es bien significativo: prácticamente han desaparecido, o están en trance de hacerlo, las fronteras entre los Estados miembros; la mayoría de éstos han rehusado ya a tener moneda propia; y su política exterior es también crecientemente común. Aunque lo económico siga primando escandalosamente hoy sobre lo social y lo político, no hay duda que también en estos terrenos, aunque más lentamente que en aquél, el marco europeo y no el de cada Estado-nación será el más importante ámbito legislativo y de toma de decisiones políticas en un más o menos próximo futuro.

Pero, paralelamente a esto, se está dando también en todo el mundo, Europa occidental incluida, otro fenómeno político de no menor importancia: la eclosión de los nacionalismos. Este fenómeno, como ya se señaló, no estaba previsto en ninguna de las versiones del modelo de la modernidad y en modo alguno se inscribe en la dinámica de la globalización. Y se refleja en el creciente protagonismo de los pueblos o etnonaciones situados en territorios subestatales o divididos por fronteras entre Estados: en el auge de los etnonacionalismos o nacionalismos 'periféricos', así denominados por basarse principalmente en las identidades culturales e históricas de los pueblos y para distinguirlos de los nacionalismos de Estado, que son, más bien, estatalismos disfrazados de nacionalismo.

Esta eclosión del nacionalismo no supone, como muchos pretenden hacer ver, un anacronismo ni una imposible vuelta a un pasado 'tribal', sino que está íntimamente relacionada con la forma en que la mundialización misma se está produciendo. Más allá del hecho de que algunos, o muchos, de sus referentes simbólicos, en cada caso concreto, puedan pertenecer a la tradición cultural, e incluso haber sido mitificado, los etnonacionalismos actuales, y su creciente fuerza, constituyen realidades tan definidoras de nuestra contemporaneidad como lo son las instituciones supraestatales.

Son consecuencia tanto de la toma de conciencia identitaria de pueblos secularmente colonizados, o negados como tales por parte de Estados supuestamente uninacionales, como de procesos de etnogénesis que están

teniendo lugar ante nuestros ojos. Y se explican no por voluntarismos ideológicos de minorías intelectuales, o por intereses reaccionarios o contrarios al sentido de la historia, como pretenden respectivamente los apóstoles de la ideología neoliberal y los marxistas escolásticos, sino por la combinación de cambiantes factores económicos y políticos que activan la potencialidad étnica, es decir, la conciencia de identidad cultural y política de dichos pueblos, haciendo que éstos reivindiquen su derecho a hacerse oír con voz propia y a tomar el protagonismo en las decisiones que les afectan en un contexto en el cual la presencia creciente de las instancias supraestatales están debilitando a los supuestos Estados-nación que hasta ahora les negaban su existencia o sus derechos.

En especial, y a lo largo de todo el siglo XX, dos han sido las situaciones más propicias para la reafirmación de la identidad cultural los pueblos y la consolidación de la conciencia política nacionalista de éstos. La primera es la no coincidencia entre centros económicos y centro de poder político en el interior de Estados supuestamente uninacionales.

La segunda es el debilitamiento del poder de un Estado no consecuencia de su derrota en guerras interestatales o por el derrumbe de un régimen político que se hubiera fusionado con el Estado mismo y mantuviera coactivamente silenciadas las realidades etnonacionales existentes en su interior. Es esto último lo que explica la rápida desmembración de la Unión Soviética o de Yugoslavia tras la caída de los regímenes totalitarios 'comunistas'.

La doble acción de los organismos e instituciones supraestatales, por una parte, y de los movimientos etnonacionalistas, por otra, están vaciando y haciendo obsoleto el modelo de Estado que se impuso en Europa desde finales del siglo XVIII como componente fundamental de la modernidad, y que Europa impuso al mundo, encima de las realidades culturales y políticas de los pueblos: el Estado-nación. A pesar de la hegemonía total del modelo, muy pocos han sido, o son, los casos de Estados verdaderamente nacionales. La mayoría de los existentes, incluidos los europeos, son Estados plurinacionales, y la negación o el intento de anular las identidades históricas y culturales de los pueblos-naciones realmente existentes en su interior, para potenciar como única la identidad étnica de los grupos dominantes

en el Estado o la que más convenía a su diseño de este, ha producido etnocidios e incluso genocidios planificados desde el poder estatal, realizados a través de las instituciones militares, legales y educativas. Y ha provocado también violencias por parte de algunos movimientos de etnonaciones no reconocidas. Pero, más allá de las terribles consecuencias que han tenido los intentos etnocidas de crear naciones a partir de los Estados y también las dramáticas consecuencias que han tenidos, y tienen, en ciertos casos, las luchas por conseguir Estados para naciones sin él, es ya hoy un hecho irreversible el declive del modelo de Estado-nación.

Actualmente, todos los Estados-nación, reales o supuestos, están perdiendo competencias y protagonismo tanto por arriba, hacia las instancias supraestatales, como por abajo, hacia los pueblos- naciones que los integran, tradicionalmente definidos, cuando más, como 'regiones' o 'etnias'⁵⁸. Esta situación de doble vaciamiento y de soberanías compartidas entre los tres niveles no desembocará en el futuro en una relación lineal y jerárquica entre éstos, sino que permite diversas posibilidades de relación entre las instituciones y sujetos colectivos situados en ellos, los cuales, como crecientemente se constata, estarán relacionados entre sí como nudos de distinto grosor e importancia en una red de malla no regular. Dichos nudos serán de distinto grosor e importancia y, aunque todos ellos serán interdependientes y estarán conectados directa o indirectamente, su lugar en la red,

⁵⁸ Si se admite este planteamiento, es evidente lo absurdo de afirmaciones tales como la de que es preciso "cerrar en España el Estado de las Autonomías", "concluir los procesos de transferencias", "definir de una vez el título VIII de la Constitución del 78", o incluso "solucionar el problema de las nacionalidades mediante un Estado federal". Más allá de las intenciones con que estas frases se pronuncien o escriban —la mayoría de las veces alienta en ellas un apenas velado nacionalismo de Estado—, su contexto pertenece a la época de los Estados-nación como sujetos de la soberanía. Y esta época, este contexto, ya no existe. Por ello, lejos de poder darse por terminada la construcción del "Estado de las Autonomías", o de poder solucionarse el tema de los nacionalismos en España, serán cada vez más insistentes las demandas de las nacionalidades del artículo 151 de la Constitución —Cataluña, Euskadi, Galicia y Andalucía —y de varias de las "regiones" del 143 —especialmente Canarias, quizá la comunidad valenciana; también, posiblemente, Asturias y alguna más—, sin que tampoco sea adecuado negar a priori, de forma escolástica, a ninguna de las demás "regiones" un acrecentamiento de su protagonismo en el futuro. Conviene tener muy en cuenta que no se trata sólo de reafirmarse e influir en Madrid (en el Estado), sino también en Bruselas (en la Unión Europea), porque las decisiones que más afectan a los ciudadanos y ciudadanas se dan crecientemente en esta última. Citado por CARBONELL, Miguel y Vázquez, Rodolfo, Compiladores. *Estado Constitucional y Globalización*. México, Porrúa-U.N.A.M., Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2001, p.p. 67-83.

el radio de su influencia y el sentido de la interdependencia con los otros nudos será muy diferente en unos casos que en otros. Según como sea tejida esta red de poderes y contrapoderes, y según quienes ocupen, y con qué grado de protagonismo, sus distintos nudos, así será el futuro político a nivel europeo y mundial.

Aceptar que se está en una época de transición en cuanto a la organización y reparto de la soberanía, y que los niveles de mayor protagonismo en el futuro serán el supraestatal y el etnonacional, provoca hoy, sin duda, en el mundo resistencias y tensiones que, a veces, pero no inevitablemente, desembocan en violencia. Una violencia que proviene tanto de los Estados que se resisten a reconocer derechos colectivos y a transferir competencias 'hacia abajo', como desde los movimientos etnonacionales en aquellos casos en que éstos tengan el objetivo clásico de construcción de un nuevo Estado para su etnonación con arreglo al modelo, ya hoy obsoleto, de Estado-nación. En estos casos, se busca violentamente como objetivo algo que ya no existe en ninguna parte: la soberanía; por lo que, incluso si se consigue constituir un nuevo Estado independiente, éste tendrá las mismas limitaciones que los ya existentes ante los flujos de poder supraestatales.

En la dimensión política, pues, la mundialización ha generado también dos dinámicas opuestas, pero complementarias. La una conduce a la consolidación de las instancias supraestatales, en todas las cuales es evidente el déficit democrático, precisamente porque se están construyendo con el mismo modelo de globalización que ha adoptado el mercado, es decir, al servicio de minorías sin control alguno democrático por parte de los ciudadanos y ni siquiera de los propios Estados, cuyo papel se reduce prácticamente a legitimarlas. La otra lleva a la emergencia, o reemergencia, de los marcos políticos etnonacionales, subestatales, existentes desde antiguo o resultado de procesos actuales de etnogénesis. La dimensión de estos marcos, el sentido de territorio, la densidad de las redes sociales, la proximidad a los problemas y la identidad y experiencia histórica compartida les hacen ser especialmente adecuados para tratar de reinventar en ellos la democracia,

hoy bajo mínimos o convertida en simple ritual vacío en el contexto de los Estados-nación en declive.

2.2.2. Minorías nacionales e inmigración.

El enunciado constitucional sobre la dignidad humana trae consigo un grado mínimo de capacidad de desarrollo y, con ello, también de transformación de la dignidad humana que es 'absoluta' en apariencia. De este modo, los peligros en el campo ambiental entran apenas recientemente en la conciencia general, o bien, sólo en época próxima se tiene percepción de algún grupo social marginal: las cláusulas sobre la dignidad humana se encuentran en el contexto de la cultura constitucional, la cual apunta más allá de lo jurídico en la Constitución, hacia lo cultural, es decir, hacia los textos clásicos lo mismo que hacia utopías concretas, hacia las experiencias de un pueblo, así como hacia las esperanzas⁵⁹.

Así, el Estado constitucional de tipo europeo, está obligado hoy, como nunca antes, a asegurarse del valor de lo nacional. ¿Dónde está la nación en la 'Europa de los ciudadanos', de las 'regiones', de las 'patrias'? ¿Son nación y Estado constitucional parcial o totalmente idénticos? No es posible documentar totalmente aquí el debate actual sobre la 'identidad nacional', pero sí se puede indicar algunas ideas clave. El Estado nacional clásico ya no puede ser el modelo obligatorio para el Estado constitucional.

En la etapa actual de desarrollo, es preciso que todos los Estados constitucionales, independientemente de lo mono o pluriculturales que puedan ser en la realidad, se conciban en todos sentidos como pluralistas: incluso Francia, que encuentra su identidad cultural y política en la 'República', debe encontrar un refugio tolerante para el Islam, que ya es la segunda religión en importancia en el país. Desde hace tiempo, Suiza ha abierto caminos, como 'nación de la voluntad', hacia el pluralismo, gracias, entre otras cosas, a su ejemplar libertad lingüística. Alemania lucha dolorosamente desde hace tiempo en torno a la protección expresa de las minorías culturales; la casi fracasada 'comisión constitucional conjunta' trabajó

⁵⁹ Ibídem, p.p. 67-83.

sobre la protección de minorías, pero las modificaciones constitucionales puntuales del otoño de 1994 no la hicieron realidad. Esto resulta tanto más extraño, porque varias Constituciones de los Länder alemanes, tanto occidentales como orientales, se han atrevido a incorporar ejemplares cláusulas sobre la protección de las minorías; así, el artículo 5º de la Constitución de Schleswig-Holstein (1990), el artículo 25 de la Constitución de Brandemburgo (1992), y el artículo 5º de la Constitución de Sajonia (1992)⁶⁰.

a. Federalismo y regionalismo como principio estructural interno del Estado constitucional

Ésta es la tesis: en la actualidad, el Estado constitucional, como tipo, debe estar estructurado de manera federativa o regionalista. Inclusive los Estados unitarios clásicos, como Francia o Italia, se encuentran en camino hacia la regionalización. Este proceso adquiere impulso desde Europa (en parte también desde 'Maastricht': comité consultivo de las regiones, artículo 198 a) a c), reforzado en 1997 en el Tratado de Ámsterdam). Los tiempos del Estado unitario centralista han concluido probablemente para el Estado constitucional como tipo. En la medida en que dicho Estado se conciba fundado en los derechos humanos y ciudadanos, en que descubra su pluralidad cultural interna, tome en serio la democracia en lo pequeño y local, y reconozca el valor de todos los tipos de división del poder, en tal medida se diversifica en sentido federal o regional.

b. La apertura del Estado constitucional hacia la comunidad de las naciones

⁶⁰ La democracia del Estado constitucional requiere constantemente de reformas, por ejemplo, a través del mejoramiento de la protección de minorías, mediante el fortalecimiento de los derechos de la oposición en la democracia parlamentaria, a través del impedimento de que un poder económico muy grande se transforme en poder político, o mediante la limitación del financiamiento público a los partidos, así como a través del desarrollo de competencias de control de la jurisdicción constitucional, citado en HABERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional*. Madrid. Editorial Trotta. 1998, p.p. 172-175.

El Estado abierto, el 'Estado constitucional cooperativo', constituyen otros tantos conceptos clave en la actual etapa de desarrollo de nuestro objeto. Los pactos internacionales de derechos humanos, pero también sus equivalentes regionales, como la Convención Europea de Derechos Humanos, constituyen un elemento de tal apertura del Estado constitucional hacia el exterior. Hoy se anuncia una 'comunidad universal de los Estados constitucionales'; se piensa que desde un punto de vista 'cosmopolita', en el sentido de Kant, a pesar de todos los retrocesos y las recaídas en la era nacional. El 'condicionamiento supraestatal del Estado', pero también el condicionamiento estatal de lo supraestatal, se vuelve tangible, tanto en lo próximo como en lo lejano.

c. La verdad como problema en el Estado constitucional: la libertad a partir de la cultura

El Estado constitucional europeo constituye un foro único para los problemas que plantea la verdad: no porque conozca 'verdades terminadas, absolutas', que darían a conocer y aplicarían los juristas, sino porque permite, gracias a los derechos fundamentales en tanto libertades culturales y en virtud de la democracia como 'gobierno' temporal en el sentido de Popper, destituir sin derramamiento de sangre a los gobernantes, y que 'mueran las teorías en lugar de los seres humanos'. El 'racionalismo crítico' de Popper, apoyado, claro está, en el consenso cultural fundamental que se expresa en el eje temporal como 'contrato de las generaciones', es, en mi opinión, la filosofía convincente del Estado constitucional europeo.

Es decir, que sin duda existe la verdad, pero no se puede saber si se conoce. Los procedimientos de ensayo y error, la formulación de hipótesis falsables y la prohibición de la mentira nos auxilian, hasta nuevo aviso, en nuestra aproximación a la verdad, tanto en el ámbito científico como en el político. Se piensa en los correspondientes textos de Lessing y en la concepción de ciencia de W. von Humboldt. La 'Constitución de la libertad' se encuentra aquí con la sociedad moderna hasta su aplicación práctica en la Europa de hoy; por ejemplo, en el Open Society Fund de G. Soros para Europa oriental. Sin duda hay que prevenirse de

sostener una filosofía de casa; sin embargo, el pensamiento de Popper me parece especialmente adecuado para la casa europea abierta tanto como para su Estado constitucional.

2.2.3. La escisión de algunos Estados Nacionales

La erosión del control de los Estados sobre la organización y el funcionamiento de organizaciones e instituciones, y sobre la vida y el trabajo de los habitantes, el debilitamiento de su poder para regular grandes sectores de la sociedad, de la salud a la industria pesada, se van dando tanto para Estados-nación cerrados sobre sí mismos, como lo fue la Unión Soviética y los países de su bloque, como para los Estados más o menos abiertos del capitalismo desarrollado y del mundo en desarrollo. Una vez más, el desarrollo tecnológico va abriendo o ampliando la brecha económica entre los intereses de los empresarios y la autoridad de los gobiernos nacionales.

La organización global de la producción se va generalizando y adquiriendo primacía, en la década de 1980, bajo la forma de la fábrica global. Las Empresas Transnacionales [ETN] de los países industriales de economía de mercado desarrollan sedes de producción y abastecimiento en todo el mundo. Buscan mejorar su posición competitiva por arreglos cooperativos con firmas que en otros contextos serían sus rivales. Los ritmos diferentes de la integración en los mercados de capitales, de bienes y de trabajo, influyen en el desarrollo de estrategias cada vez más complejas de las [ETN].

Estas estrategias de firmas gigantes, pero también medianas, van borrando la distinción entre país de origen y país huésped. Las redes de interconexiones de las corporaciones, el entrecruzamiento de sus intereses, complican la definición de lo que es el interés económico nacional; hacen menos probables los esfuerzos restrictivos tanto nacionales como internacionales, su efectividad y sus efectos benéficos.

Caso ejemplar al respecto es la internacionalización del fenómeno informático, resultante en el análisis de Jorge M. Bekerman de tres causas concurrentes.

Primero: los productores y comercializadores de hardware y software actúan en mercados que trascienden los Estados nacionales. Instalan plantas productoras de partes en diversos países, según las economías de escala y los incentivos de cada localización; integran partes en otros países, intercambian información y tecnología entre matriz y filiales; venden a partir de países que no son los de origen de los productores.

Segundo: la informática no respeta fronteras políticas; salta sobre las que se le oponen, amparada en el reconocimiento internacional de derechos y libertades.

Tercero: el desarrollo de las telecomunicaciones, las redes interconectadas de transferencia electrónica de información, fondos y valores, hacen desaparecer las barreras de tiempo y espacio, geográficas y políticas, con efectos integradores y concentradores en la economía mundial. En constante desarrollo e implantación en la economía mundial, la informática produce desequilibrios en otras áreas de la economía mundial, suscita creatividad y nuevas demandas. Las entidades financieras usan la informática para el ordenamiento y la agilización de sus actividades y operaciones; le descubren nuevas potencialidades; le demandan técnicos y tecnologías, medios materiales y lógicos para la realización de sus posibilidades.

Por sus realidades y potencialidades, la informática asume un papel crucial y una posición dominante en la economía mundial; modifica la importancia relativa de bienes y servicios; diferencia a los países desarrollados según sus grados de dominio y avance en información y comunicaciones; opera como instrumento de dominación y explotación de aquéllos sobre los países en desarrollo, contribuye decisivamente a la ampliación de la brecha entre unos y otros⁶¹.

⁶¹ ¿Cuál es, entonces, la unión entre mundo y aldea? Yo creo que la jerarquía de las pertenencias, por llamarla de algún modo, es concreta. A tiempo perdido, o para matar el tiempo, se está dispuesto a abrazar causas errantes y lejanas. Pero en cuanto estas causas lejanas nos afectan al bolsillo y en primera persona, entonces la defensa de lo 'mío' se hace paroxística, la pequeña patria prevalece y el localismo no se atiene a razones.

La alternativa de este escenario es la 'nación de tribu' proyectada por Nimmo y Combs y fundada en la posibilidad de separarse y aislarse en función de grupos de ficción a los que se afilia. El resultado es una nación de tribus, de personas que se relacionan sólo con afiliados con los que están de acuerdo [...] y permanecen completamente ignorantes [...] de la múltiple realidad de los 'otros'. SARTORI, Giovanni. *Homo videns. La sociedad teledirigida*. Segunda Edición. México. Distribuidora y Editora Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara S.A. 2004, p.p. 121-125.

La naturaleza crecientemente internacional de la informática ha hecho surgir problemas jurídicos en relación con la protección del individuo, del software y de las bases de datos, manifestados en el enfrentamiento de legislaciones, doctrinas y jurisprudencias.

Las categorías y significados tradicionales de las leyes sobre el derecho de propiedad intelectual, por ejemplo en lo referente a cosas corporales e incorpóreas, han desdibujado sus límites como consecuencia de los avances tecnológicos. Los activos intelectuales se vuelven cada vez más abstractos e intangibles. La internacionalización de la economía mundial hace perder sustento al sistema de propiedad intelectual. Estados Unidos y los otros países desarrollados que son productores de software y buscan protegerlo como derechos de autor, y mediante la defensa de su patentabilidad en fortalecimiento de su monopolio, aplican sanciones comerciales a quienes los infringen y esgrimen la amenaza de costosos pleitos para productores de los países en desarrollo. La patentabilidad del software refuerza la alta capacidad general de investigación y desarrollo de los países avanzados, en consiguiente detrimento de la capacidad de producción y exportación de software de los países en desarrollo.

De esta manera, las nuevas tecnologías son factor y componente decisivo en la internacionalización de los procesos económicos en gran número de esferas-clave: comunicaciones, producción, comercio, finanzas; aumentan radicalmente la movilidad de las unidades económicas y la sensibilidad mutua de mercados y sociedades.

Mediante la revolución del transporte y las comunicaciones, aquéllas erosionan las fronteras entre mercados separados, que son condición de las políticas nacionales autónomas. Se reduce en consecuencia, como se dijo, la posibilidad misma de una política económica nacional, en lo general y en lo sectorial. Las políticas monetarias y fiscales de los gobiernos nacionales son dominadas por los movimientos en los mercados financieros internacionales. Los niveles de empleo, inversión e ingreso dentro de un país son con frecuencia subordinados a las decisiones de ubicación productiva de las [ETN]. Aun cuando éstas tienen una base nacional claramente establecida, sus intereses se definen más por su

rentabilidad global y su posición financiera general que por los del país de origen y, con mucha más razón, al margen de los intereses de los países de implantación.

La alta concentración del poder mundial, la existencia de potencias hegemónicas, alianzas y bloques, contribuye a reducir la soberanía del Estado como actor diplomático y estratégico-militar, de acuerdo con el lugar que ocupe en la escala jerárquica mundial. Lo pueden restringir en la iniciación de políticas exteriores; en la realización de preocupaciones estratégicas; en la elección de tecnologías militares. Le imponen la participación en la carrera armamentista y el sometimiento a los actores y fuerzas que la controlan y usufructúan.

La tendencia a la atenuación de los límites entre lo internacional y lo nacional se evidencia en el área de la seguridad del Estado. Las alianzas-bloques —la OTAN o el Pacto de Varsovia, y otros— generan una preocupación permanente por la estabilidad interna de sus miembros, condición vital de la cohesión política y militar de la coalición. El temor a los enemigos externos y a los (reales o supuestos) enemigos del interior, induce y justifica que las cuestiones internacionales de seguridad invadan las cuestiones políticas internas. Justifica también que cuestiones de indudable interés nacional, susceptibles de alta controversia, puedan ser colocadas más allá de la discusión pública, atribuidas sólo a ciertos órganos y cierto personal del aparato del Estado, en detrimento de la participación de otros órganos y otra parte del personal, y en desmedro de la naturaleza y vigencia del derecho público y del Estado democrático soberano.

El impacto de las nuevas tecnologías en el manejo de las cuestiones diplomáticas y estratégicas es difuso y multidireccional. Informática y telecomunicaciones inciden en la definición de imágenes, tendencias y alternativas. Por una parte, puede sesgar la información, manipularla y usarla para endurecer diferencias entre Estados y naciones, e incitar a conflictos. Por otra parte, aquéllas pueden crear públicos informados y políticamente activos y movilizables. Puede en este segundo sentido restringir la autonomía e iniciativa del Estado para la guerra aun en los casos en que una potencia puede tener el privilegio de actuar al margen de las restricciones impuestas por la pertenencia a una alianza.

La tradicional prerrogativa de un gobierno soberano de perseguir lo que define como su interés nacional por medio de la guerra, está hoy severamente circunscrita por los efectos de la tecnología de información. El impacto de la televisión sobre los aspectos monstruosos de la violencia a través de los armamentos altamente tecnificados, los costos humanos en muertes y mutilaciones, incluso la revelación pública de cuestiones consideradas secretas por razones de seguridad, generan en los Estados Unidos, y en menor grado en sus aliados de la OTAN, fuertes corrientes de opinión y movimientos que contribuyen a imponer al gobierno norteamericano la búsqueda de una paz negociada en la Guerra de Vietnam.

Consciente de esta restricción, el gobierno de Gran Bretaña limita severamente la cobertura de las operaciones en la Guerra de las Malvinas por la prensa escrita y sobre todo televisiva. Un gobierno democrático bajo las luces de la televisión ya no podría llevar a cabo una operación militar sostenida con fuertes bajas y actuaciones monstruosas, lo que significa de por sí una alteración sustancial de un aspecto importante de la soberanía.

La creciente incapacidad de los gobiernos soberanos para regular los asuntos e intereses nacionales exclusivamente de acuerdo con su propia definición, tiene profundas implicaciones en materia de política exterior, seguridad y estrategia. El monopolio gubernamental que pretendió tener la elite gobernante de la ex Unión Soviética sobre las fotografías tomadas desde el espacio es quebrado por el lanzamiento en febrero 1986 del satélite francés privado Spot.

La empresa francesa publica fotos del desastre nuclear de Chernobyl en la primera página de los periódicos de todo el mundo, y obliga así al gobierno de la Unión Soviética la admisión de la gravedad del acontecimiento. En éste, como en otros casos, el poder del uso de la información se desplaza del Estado al sector privado en un sentido restringido, y potencial o efectivamente a la sociedad civil en un sentido más amplio. Se plantea así cada vez más un choque en el espacio y un dilema general, entre lo que pretenden los guardianes de la seguridad nacional, por una parte, y los partidarios del derecho a la información.

El problema de la adaptación a una nueva definición de la soberanía bajo el impacto de las nuevas tecnologías ha venido afectando no sólo a los Estados democrático-liberales y a las sociedades abiertas, sino también a los Estados autoritarios o totalitarios y a sus sociedades más o menos cerradas. Los problemas de la Unión Soviética al respecto, antes del desplome de aquella y de la disgregación de su bloque, han sido de doble tipo. Por una parte, los regímenes stalinistas han confiado siempre en alguna medida en su capacidad para controlar lo que sus ciudadanos ven y oyen, saben y piensan. En la década de 1980, este control comienza a debilitarse.

Por otra parte, el segundo gran problema del Estado soviético ha sido si la Unión Soviética seguiría teniendo una posición dirigente en materia de ciencia y tecnología. La investigación científica requiere crecientemente la capacidad para tener acceso a bases de datos gigantescas en lugares remotos. Si el acceso es limitado a un muy pequeño número de científicos, el progreso será más lento e insuficiente. Por otra parte, la apertura de supercomputadoras y bases de datos a grandes números de hombres y mujeres afloja obviamente el control del Estado sobre los datos, y agrava el dilema.

De manera más general, el mundo está cubierto hoy por una vasta y densa red de regímenes y organizaciones internacionales y transnacionales referidas a lo económico-financiero (Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional); lo militar (OTAN, ex Pacto de Varsovia); lo científico; y a determinados espacios (regional, como la Comunidad Europea, oceánico, aéreo, astronáutico). El desarrollo de estas organizaciones (públicas, corporativas, no gubernamentales) contribuye a los cambios en las estructuras y formas de decisión en la política mundial, en un sentido transnacional/globalizante, y por lo tanto restrictivo de la autodeterminación del Estado-nación soberano.

Aunque de manera lenta e incompleta, con avances y retrocesos, el derecho internacional se desarrolla en un sentido de sometimiento de gobiernos, grupos, organizaciones e individuos a nuevas regulaciones. El reconocimiento, aunque aún sin el respaldo de instituciones con autoridad y capacidad coercitiva, de ciertos

derechos y deberes, trasciende las pretensiones soberanas de los Estados nacionales.

En resumen, la multiplicación de fuerzas y lazos transnacionales y de procesos globalizantes, de intensidad y velocidad crecientes, estimulan nuevas formas de jerarquización y decisión colectivas, que involucran a Estados, organizaciones intergubernamentales, grupos de interés, presión y poder internacionales. Políticos, gobernantes, administradores, sienten, y a veces reconocen, que ya no controlan muchos de los factores que determinan el destino de un Estado-nación. Fuerzas internacionales limitan las opciones del Estado, o imposibilitan realizar determinadas políticas nacionales. Correlativamente y a la inversa avanza la multi o transnacionalización de decisiones y actividades antes domésticas, y se intensifica el entrelazamiento de sus redes dentro de marcos multinacionales.

Las restricciones afectan la soberanía en aspectos, niveles y alcances diferentes. Como se verá en el balance final del análisis, la desagregación, la divisibilidad, la enajenación de algunos de los componentes y manifestaciones de la soberanía no implican necesariamente una disminución del Estado-nación y su soberanía.

De todas maneras, las fuerzas y procesos bajo examen se combinan para restringir la soberanía formal y/o la libertad de acción de los Estados; borran las diferencias entre políticas domésticas e internacionales; cambian las condiciones de toma de decisiones políticas y de realización de las acciones políticas, su contexto legal, institucional y organizativo, las prácticas administrativas. Se oscurecen así las responsabilidades y las capacidades de control de los Estados nacionales. Es legítimo hablar de una crisis del Estado-nación y de su soberanía, aunque con las reservas y calificaciones que en adelante se irán formulando. Como se verá, los grados y alcances de las restricciones y retos a la soberanía varían y deben ser calificadas, según los casos, las etapas históricas, los espacios, el interjuego de las condiciones económicas y las políticas, de las internacionales y las nacionales. Es fundamental a este respecto no ignorar la presencia de fuerzas,

tendencias y procesos contrarrestantes y limitantes de la globalización, y favorables a la supervivencia y transformación del Estado⁶².

2.2.4. Separatismos y movimientos autonómicos

La estructura del regionalismo se encuentra en vía de convertirse en un elemento típico del Estado constitucional de la actual etapa de desarrollo textual. A pesar de la diversidad de formas de manifestación en los distintos países desde sus modestos inicios en la Gran Bretaña (ahora Escocia), pasando por ejemplos vitales en España hasta la 'consumación' del regionalismo en el federalismo (en el sentido de una línea ascendente: Austria-Alemania-Suiza): toda doctrina moderna sobre el Estado constitucional debe plantearse de manera central el tema del 'regionalismo'.

De qué modo el regionalismo 'crece desde adentro' en el tipo del Estado constitucional, al menos en Europa occidental y, esperemos, también en Europa oriental, se revela también en que se constituye frecuentemente de los elementos que, por su lado, ya son elementos integrantes del Estado constitucional: la idea de la libertad cultural, la autonomía, de la descentralización y la subsidiariedad, de la democracia, de la división de poderes y el control del poder. Esto hay que profundizarlo en el marco de los fundamentos de la legitimación. Aquí deberá bastar la referencia de que el regionalismo es hoy un elemento estructural 'emergente' del Estado constitucional y que madura como máxima del derecho europeo. Aunque muchos Estados constitucionales no sean, entonces como ahora, Estados federales, o no deseen convertirse en tales: sin embargo, todos querrán trabajar más o menos, a mediano plazo, en el desarrollo de estructuras regionales

⁶² Cuando una comunidad política se ve amenazada por el comportamiento de otras naciones y otros Estados, sostenía Kant, es imposible que reine la justicia entre sus ciudadanos. A la inversa, prevalecerá la justicia cuando el imperio de la ley esté consolidado en todos los Estados y en las relaciones internacionales. Dentro de los términos del argumento aquí presentado, ésta es una afirmación importante, pero es necesario reelaborarla y ajustarla a las condiciones de la autonomía en el contexto de la interconexión. Por consiguiente, cabe sostener que la autonomía sólo podrá imperar en una comunidad política que no se vea amenazada ni por la acción (o inacción) de otras comunidades políticas ni por las operaciones de las redes de interacción que atraviesan sus fronteras. En HELD, David. *La Democracia y el Orden Global. Del Estado Moderno al Gobierno Cosmopolita*. Barcelona. Paidós, p.p. 265-284.

constitucionales, y quizá tengan que hacerlo (como contrapeso a los vínculos supranacionales, a los grandes mercados, por razones de la protección de minorías étnicas, etcétera). Posiblemente ya nos encontremos en Europa en vías hacia estructuras regionales comunes europeas, aunque sean diversos los ejemplos nacionales, una vía en la que ya han avanzado los municipios; una expresión de ello es la Carta Europea de la Autonomía Municipal de 1985.

Este derecho constitucional regional común europeo sería entonces parte del *ius commune constitutionale*, del derecho constitucional común europeo, tal como se ha consagrado en la doctrina jurídica antigua y reciente, inspirada en el derecho civil, al mismo tiempo que en la actual escena europea.

El tema 'regionalismo' no debería ser fijado precipitadamente por definiciones y restricciones conceptuales. Si bien se trata de un elemento estructural emergente del tipo del Estado constitucional, actualmente se encuentra en una fase de desarrollo, dinámico, con momentos y velocidades muy diversas. No obstante, debemos luchar por alcanzar un perfil del concepto de 'región'. También el federalismo ofrece, a escala mundial, una gran riqueza de ejemplos en las variantes nacionales, y a pesar de ello tiene que ser definido.

Debemos, pues, proceder de manera paralela respecto de los caracteres constitutivos del 'regionalismo'. Los textos constitucionales y del derecho transnacional y europeo ofrecen importantes referencias, aun si a final de cuentas han de ser "leídos" en el sentido de una determinada teoría del regionalismo; esta teoría se aclara sobre todo en el contexto de la cuestión de la legitimación, a la luz de un enfoque culturalista y en el marco de la diversidad y la unidad de Europa.

El concepto de 'región', que se encuentra en vía de convertirse en un concepto del Estado constitucional, obtiene su perfil sobre todo a partir de ciertos conceptos guía que le pertenecen. Una analogía constitucional hacia los conceptos guía del artículo sobre la nueva división territorial del artículo 29: 'solidaridad de los coterráneos', 'vínculos históricos y culturales', 'oportunidad económica', 'exigencias del ordenamiento espacial y territorial'. De manera particular respecto de las regiones se encuentran conceptos orientadores y legitimadores paralelos, por ejemplo, en el artículo 143, inciso 1, de la Constitución española (1978) a través de

las palabras ‘características históricas, culturales y económicas comunes’ en el artículo 3º, incisos 2 y 3, se pueden reconocer las diversas lenguas como elementos de diferenciación regional. El artículo 147, inciso 2, literal a, permite reconocer la ‘identidad histórica’ como tal. En el artículo 225 de la Constitución de Portugal (1976-1997) se encuentran elementos materiales del regionalismo que pueden ser aprovechables para dar contorno al concepto de la ‘unidad constitucional regional del Estado constitucional’.

Respecto de Madeira y las Azores se habla de ‘sus características geográficas, económicas, sociales y culturales’, y en términos generales, la autonomía de las regiones tiene por objetivo, de acuerdo con la Constitución, ‘la participación democrática de los ciudadanos, el desarrollo económico-social y la promoción y defensa de los intereses regionales, así como el refuerzo de la unidad nacional y de los lazos de solidaridad entre todos los portugueses’⁶³. Concebido a partir del tipo del Estado constitucional se plantean las siguientes ‘exigencias’ a las estructuras regionales:

a) La estructura regional debe estar normada, en sus lineamientos, por el documento constitucional escrito y constituir una pieza de la Constitución en sentido material.

b) Debe haber una distribución efectiva de competencias en el plano de la legislación, el gobierno, la administración y la jurisdicción.

c) Puede haber ‘formas previas’ rudimentarias de un Estado propio (como los nombres y las banderas en España, artículo 4o., inciso 2, de la Constitución española).

d) Debe estar esbozada en sus principios la estructura orgánica de las funciones regionales.

⁶³ El artículo 115 de la Constitución de Italia contiene una definición más bien tecnocrática: ‘Las Regiones se constituyen en entes autónomos con poderes y funciones propias, conforme a los principios establecidos en la Constitución’; ¿se trata de una etapa textual temprana del regionalismo! En contraposición, en las más recientes modificaciones constitucionales en Bélgica (artículos 3º *bis* y *tercero*) se reconoce como elemento del regionalismo lo lingüístico y lo coterráneo (cuatro territorios lingüísticos, tres comunidades) (ahora artículos 3º a 5º de la Constitución de 1994).

e) Son posibles 'pequeñas' cláusulas de homogeneidad (el artículo 152, inciso 1, de la Constitución española); sin embargo, debe hacerse visible el principio contrario de la pluralidad y la diversidad, lo 'propio' de las regiones, con todas las formas posibles de cooperación ('regionalismo cooperativo'); también debe permanecer abierta la vía hacia un 'derecho regional común'; la 'lealtad regional', en analogía a la 'lealtad federal', no debería ser una mera declaración. El regionalismo 'diferenciado', o 'asimétrico', como en España, encuentra sus límites en un mínimo de homogeneidad.

f) Los derechos de participación de las regiones en el plano del Estado conjunto deberían estar determinados en forma de una 'segunda pequeña cámara (regional)' o bajo la figura de requisitos de aprobación calificados.

g) Los procedimientos de solución de conflictos entre los Estados centrales y las regiones, así como de éstas entre sí, deben estar previstos y ser protegidos por una instancia independiente.

h) Debe otorgarse a las regiones autonomía presupuestal y financiera (asegurada por contribuciones propias), complementada por formas de compensación financiera.

Esta 'lista de temas del Estado constitucional' para las regiones no tiene que ser agotada acumulativamente, ya que las diversas naciones pueden diferenciarse bastante; pero algunas partes deberían hacerse reales, pues sólo así se puede hablar de 'regionalismo del Estado constitucional'⁶⁴; de otro modo el regionalismo se convertiría en un concepto indefinido e incoloro. Hay bastantes indicios de que Francia se mueve alrededor del límite inferior de estas exigencias, mientras que España ha llegado al límite superior.

En el marco de una teoría constitucional del regionalismo naturalmente también habría que elaborar tipo lógicamente las dos categorías del regionalismo transfronterizo y el regionalismo intrafronterizo.

Sin importar cuál modelo básico de 'regionalismo constitucional' se presente en una nación en particular: a semejanza del federalismo, en el caso del

⁶⁴ HABERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional*. Madrid. Editorial Trotta. 1998.

regionalismo hay que preguntar por sus condiciones y presupuestos no jurídicos. El regionalismo del Estado y del derecho constitucional requiere un determinado ambiente 'cultural', exige datos previos sociales que lo 'soporten', lo mantengan vivo y lo desarrollen, como los aspectos de la diversidad socio-cultural, la pluralidad lingüística, étnica o histórica. El regionalismo puede florecer donde existen estas condiciones, pues de otro modo se quedaría en el papel del texto constitucional y en realidad habría vencido en última instancia el Estado unitario⁶⁵.

2.2.5. Multiculturalismo en el marco del Estado Nacional

El primer planteamiento que pretendo desentrañar, consiste en definir que el multiculturalismo es un enemigo del liberalismo, así, el primero, es un vasto movimiento filosófico que está 'vagamente delimitado'. Es un movimiento muy amplio y en algunos de sus puntos quizá no estén correctamente marcadas las fronteras con respecto a otras posturas filosóficas, pero también es cierto que cuando se habla de multiculturalismo se sabe de qué se habla. Para decirlo de otra forma, el multiculturalismo busca encontrar las mejores formas de articulación de la convivencia en sociedades plurales, como lo son la mayoría de las sociedades contemporáneas. Es decir, el multiculturalismo no sería antitético respecto del liberalismo, sino que intenta defender los mismos fines pero partiendo de diferentes premisas.

El multiculturalismo se pregunta cómo lograr la justicia social teniendo en cuenta la pertenencia étnica o cultural de una parte de la población, respetando las creencias de los inmigrantes que llegan a los países ricos de Occidente, acordando formas de autogobierno y autogestión de grupos y comunidades que tengan como

⁶⁵ En el actual contexto internacional, en efecto, resulta retrógrado y, a mediano plazo, ilusorio, pretender la consecución de un Estado de derecho en un solo país o en una sola región dentro de ese país, al precio de su inexistencia o su degradación en el resto del mundo o en otras regiones de ese Estado. En otras palabras: ningún Estado puede aspirar a ser un Estado democrático y de derecho reprimiendo a la inmigración pobre de otros Estados y atrincherándose en lo que Habermas ha denominado 'chauvinismo del bienestar', ni tampoco imponiendo, a nivel central, regional o local, identidades culturales excluyentes que operen como fuente de discriminación política y social de otros colectivos y ciudadanos. CARBONELL, Miguel y Vázquez, Rodolfo, Compiladores. *Estado Constitucional y Globalización*. México. Porrúa-U.N.A.M., Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2001, p.p.239 a 268

rasgos comunes la lengua, una misma matriz histórica o simplemente los deseos de organizarse como mejor les parezca, etcétera. ¿Son esos elementos incompatibles con el liberalismo como sugiere una de las tesis de fondo que se puede leer en “El fin de la raza cósmica?”

De hecho, si se revisa con detenimiento el debate multiculturalista reciente se verá que en muy buena medida los teóricos se han empeñado en defender justamente la tesis arriba descrita. Will Kymlicka⁶⁶, al explicar en uno de sus más recientes libros las etapas que ha tenido el debate multiculturalista subraya justamente el momento del ‘culturalismo liberal’ en el que los postulados multiculturales no solamente no se enfrentan con los del liberalismo, sino que parten de ellos y los refuerzan al reconocer la identidad de grupo, las tradiciones o la lengua minoritario de algunos grupos sociales. En esta etapa, que es la más reciente según Kymlicka, se considera como una tarea del Estado democrático la protección de las naciones y nacionalidades que conviven en su interior, por un lado, y de los inmigrantes, por otro.

Para Kymlicka, los dos grandes avances del debate, hasta este momento, consisten en que, en primer lugar, se ha abandonado la idea de que la justicia social puede ser definida en términos de reglas que no hagan caso de las diferencias; actualmente se acepta que esas reglas pueden causar desigualdades y, por tanto, ser fuente de injusticias. El segundo avance es que hoy en día la carga de la prueba ya no corresponde a quienes defienden derechos de las minorías, sino de quienes defienden las reglas que no hacen caso de las diferencias, ya que deben probar que el *status quo* no crea injusticias para los grupos minoritarios.

Es posible que ¿el multiculturalismo sea incompatible con la democracia? las experiencias de Estados multiculturales que funcionan (no sin problemas, desde luego) demuestran que eso no es verdad: Canadá, España, el Reino Unido y un largo etcétera (incluso, en algunos aspectos, los Estados Unidos) parecen acreditar que las sociedades multiculturales no engendran de modo automático el germen de

⁶⁶ CARBONELL, Miguel. *Constitucionalismo y Democracia. Ensayos críticos* México. Porrúa. 2004, p.p. 147-152.

la violencia, el fanatismo o la regresión autoritaria. La democracia puede convivir con el multiculturalismo; de hecho, lo hace día a día en un buen número de países.

Desde luego, lo anterior no significa que algunas prácticas culturales deban ser toleradas en una sociedad democrática. No lo pueden ser por ejemplo la lapidación, la mutilación femenina o la tortura, así se hayan practicado por los siglos de los siglos y estén amparadas en profundas convicciones religiosas o étnicas. En esos casos un sistema democrático debe ser capaz de establecer un umbral mínimo que es intraspasable desde cualquier punto de vista. Ernesto Garzón Valdés ha llamado a ese umbral el 'coto vedado' y Luigi Ferrajoli⁶⁷ prefiero denominarlo la 'esfera de lo no decidible'. En todo caso, el reconocimiento de la multiculturalidad y de los derechos de las minorías no nos puede llevar a negar el valor de la dignidad humana, ni nos impide fijar límites a las prácticas culturales, de forma que sean respetuosas con los derechos humanos. En eso creo que estará de acuerdo Aguilar Rivera. Pero por encima de ese límite indisponible, se pueden construir muchos acuerdos para gestionar de la mejor manera posible la diversidad existente en nuestras sociedades. Eso busca la teoría multicultural y no hay en ello, según creo, ningún tipo de amenaza a los postulados básicos del liberalismo. Se trataría, en todo caso, de un liberalismo corregido, no de una negación del mismo.

2.2.6. El Cosmopolitismo

Pensar en esta línea diacrónica nos remite con cierta lógica a valorar una perspectiva 'ecológica', para asumir la vinculación sistémica entre ciudadanía e identidad se construye a partir de la necesidad que se daría entre lo global y el espacio local. Pero ciertamente, por analogía, dicha situación también nos abre a la perspectiva de poder proponer la necesaria dinámica que nos hable de la interacción entre identidad y ciudadanía a partir de la transformación de derechos naturales hacia derechos positivos. Esto es, la globalidad se ha convertido en un medio ambiente societario que procura abrir terreno hacia identidades y derechos abiertos, aunque a ciencia cierta no ha procurado todavía la fundamentación de

⁶⁷ Ídem p. 152

marcos jurídicos que superen a los particularismos que implican ejercer los derechos individuales y colectivos desde ciertos espacios sistémicos definidos, como lo han sido hasta ahora los Estados-nación.

De esta manera, la redefinición de identidades en un marco dinámico entre lo global y lo local no sólo ha permitido visualizar la vinculación ser humano-entorno, sino que también ha permitido revalorar cuáles son los contenidos expresamente jurídicos y políticos que dichas condiciones nos generan más allá de las antiguas divisiones de clase y riqueza. Ahora, la reivindicación de incorporar como valores del ejercicio jurídico-político de los derechos de la ciudadanía los elementos de la religión, la preferencia sexual, la condición de género o la etnicidad, nos hablaría de que la politización de los derechos, y no sólo la estricta aplicación de los órdenes de justicia dentro de los Estados-nación, son el núcleo duro de las demandas actuales por encontrar un orden social más aceptable para la mayoría de los individuos⁶⁸.

Por esta razón, no resultaría extraño tener que afirmar que una salida posible al laberinto de la oportunidad que nos implicaría poder conjugar lo global con lo local sobre bases coherentes de sentido sería poder delinear valores que asuman connotaciones mucho más amplias de lo que ahora se acepta como lo 'tolerable', lo 'respetable', lo 'decente' o lo 'políticamente correcto'. En otro escrito he afirmado que en esta dirección habría que replantearse la exigencia de más libertades y más democracia, pero al mismo tiempo, reconocer la necesidad del diálogo y la participación, para así poder dirigir nuestros esfuerzos colectivos hacia definir los contornos de esas mismas libertades y la propia democracia sobre nuevas bases negociadas.

Los derechos, las identidades y la ciudadanía son preferencias culturales construidas y asimiladas gracias a los patrones educativos que justamente se definen y se enriquecen a partir de la dinámica individuo-sociedad. Siguiendo esta idea, nuestras fronteras conceptuales deben hacernos vislumbrar que la llamada crisis de las instituciones y la respuesta que potencialmente nos ofrece el espacio

⁶⁸ CARBONELL, Miguel y Vázquez, Rodolfo, Compiladores. *Estado Constitucional y Globalización*. México. Porrúa-U.N.A.M., Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2001, p. 85.

de la modernidad y la globalización parten de un mismo punto: los propios seres humanos.

Por lo cual, el retorno y/o persistencia de dimensiones místicas y precientíficas en las relaciones sociales sin duda han debilitado a las propias instituciones jurídico-políticas de los derechos y la ciudadanía, en tanto las comunidades religiosas o étnicas no se reconocen dentro del espacio público convencional. De esta manera, la reinención identitaria del sujeto social y político no es un proceso que ahora se pueda desplegar en forma secuencial, como ocurría en el pasado, sino que por momentos existe un abierto enfrentamiento hacia tener vínculo alguno con las instituciones de poder, externas a lo que se considera como adecuado y correcto para sus necesidades.

Los problemas del aislamiento jurídico y político que se generan a partir de este hecho son múltiples: a) sustitución del derecho público por órdenes jurídicos informales; b) defección masiva y desconocimiento/incumplimiento de las obligaciones generales de segmentos particulares con el resto de la nación y el Estado; c) proclividad a la impunidad y la corrupción.

A partir de este horizonte, se debe preguntar cuáles serían los elementos que estimularían aceptar, dentro del marco de la globalidad, la presencia de identidades culturales capaces de acercarnos a una ciudadanía democrática que se sustente bajo la idea de un multiculturalismo y la coexistencia nacional plural.

Los dilemas puestos a la globalización parecen sintetizarse en los siguientes puntos: a) desbordamiento de la integridad territorial en los límites del Estado-nación, a partir de los regionalismos y por los nuevos desafíos generados por la movilidad del capital financiero, las empresas transnacionales y la fuerza de trabajo; b) aparición de un nuevo mosaico social que no se identifica con las instituciones de participación y representación de intereses (con la consiguiente caída de la capacidad de integración mediante los partidos políticos o sindicatos); c) decaimiento en los sistemas de formación educativa a partir de la unilateralidad que ha significado tender hacia una sociedad de servicios urbanizada, con fuertes flujos de descalificación laboral y marginalización; d) instauración y penetración del crimen organizado dentro de las estructuras del Estado; e) predominio de los instrumentos

mediáticos masivos (la televisión y la red internet) que determinan y orientan las agendas de discusión pública, con escasa o nula capacidad de resistencia por parte de los consumidores.

Dicho catálogo de elementos que juegan actualmente en contra de la construcción de identidades sociales y culturales fuertes también producen un resultado poco propicio en torno al propio futuro de la condición de las órdenes jurídico y político. Evidencia palpable es notar que las estructuras de los Estados parecen asumir como cada vez más limitadas en sus ámbitos de cobertura; o implican tener que desarrollar saltos cualitativos para poder afrontar con cierta coordinación y fortaleza, las cualidades tradicionales de función que le son asignadas por los propios ciudadanos.

Consecuentemente, el pragmatismo global de los nuevos Estados implicaría un destino que los coloque como unidades que se hayan recompuesto en su territorialidad; esto es, un rebrote del expansionismo que nos hable de macro regiones organizadas alrededor de macro-Estados cada vez más definidos en sus funciones, en donde se implicarían grandes modificaciones a los patrones de identidad y ciudadanía, como ya ocurre en el caso de la Unión Europea. Igualmente se observa el lento deterioro que se producirá en Estados incapaces de solventar su carencia de identidades, así como la ausencia de habilidades para poder construir y mantener la vigencia de un orden jurídico y de seguridad.

Como puede verse, los peligros para los ámbitos de la vida pública son amplios. Sin identidad no puede haber sociabilidad ni patrones de conocimiento estable; sin una ciudadanía activa, la acción de los derechos pierde sustento, y sin instituciones como el Estado y los cuerpos intermedios, la delimitación de controles y autocontroles por parte de la propia sociedad la aleja inexorablemente de los mecanismos que impiden abusos e imposiciones de poderes particulares sobre el bienestar colectivo.

2.3. La soberanía

La soberanía, que es una e indivisible, puede ser contemplada desde dos ángulos o aspectos: el interno y el externo. El aspecto interno implica que el pueblo se otorga su propio orden jurídico sin que nadie le señale cómo debe ser éste; los hombres libres deciden su forma de gobierno y nombran a quienes van a dirigir los órganos de la estructura política de acuerdo con las leyes, que son la expresión de la voluntad popular. Así, el aspecto interno consiste en la facultad exclusiva de un pueblo de dictar, aplicar y hacer cumplir las leyes.

El aspecto externo implica la libertad de todas las naciones, la igualdad entre todos los pueblos. El aspecto externo significa que un pueblo independiente y supremo se presenta en el consorcio universal de naciones, entra en relaciones con sus pares; es el mismo principio que rige la vida interna de la nación, sólo que proyectado hacia afuera del Estado.

El Estado soberano coexiste con otros Estados soberanos y ninguno puede tener supremacía sobre los otros, pero ellos están dispuestos a reconocer la soberanía de los otros sobre el supuesto de una cierta reciprocidad, y de aquí nacen los principios fundamentales que explican la convivencia de seres independientes y soberanos, por lo que se pueden numerar algunos principios fundamentales:

- 1º Aun sin su consentimiento, los sujetos del derecho internacional están obligados por las normas del derecho de gentes consuetudinario que les resulten aplicables y por los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas.
- 2º Pueden imponerse a un sujeto del orden legal internacional obligaciones internacionales adicionales sólo con su consentimiento.
- 3º El ejercicio de la jurisdicción territorial es exclusivo para cada Estado, a menos de que estuviere limitado o exceptuado por normas de derecho internacional.
- 4º En ciertos y especiales casos, los sujetos de derecho internacional pueden pretender jurisdicción sobre cosas y personas fuera de su jurisdicción territorial.

5º A menos que existan reglas que le permitan la intervención de un sujeto de derecho internacional en la esfera de la exclusiva jurisdicción doméstica de otro sujeto, constituye una ruptura del orden jurídico internacional.

De lo anterior, se infiere que el Estado no tiene sobre sí ninguna otra autoridad salvo la del derecho internacional; existe igualdad soberana entre los Estados y ninguno debe tratar de intervenir en los asuntos internos del otro. El Estado soberano continúa siendo una pieza esencial en la organización social y política de la humanidad y del derecho internacional.

Sin derecho internacional no existe respeto para la soberanía de los Estados, por lo cual debe entenderse que la expresión que los Estados están sometidos al derecho internacional está ligada estrechamente al principio de la igualdad soberana de los Estados.

Por lo anterior, se concluye que la soberanía del Estado no es un principio destructor del derecho internacional, sino el punto de partida en la comprensión de este peculiar ordenamiento jurídico. Simboliza la relevancia de la voluntad y del consentimiento del Estado en el proceso de creación, desarrollo progresivo aplicación del derecho internacional. De la exposición de los pensamientos anteriores resulta diáfano que no existe antagonismo entre los conceptos de Estado soberano y derecho internacional, ya que la base y punto de partida del segundo es precisamente el Estado soberano.

Como se ha visto, la idea de la soberanía no nació de una teoría, sino de la realidad; nació como la potestad última de acción y decisión sobre el orden jurídico; nació como la facultad de dar y derogar las leyes sin la intervención de ningún elemento extraño a ese pueblo. Soberanía es entonces sinónimo de libertad, independencia, poder constituyente, pueblo, autodeterminación y del principio de no intervención.

El titular de la soberanía es y sólo puede ser el pueblo, porque es la realidad. El pueblo construye su Estado y su orden jurídico como instrumentos a su servicio, como auxiliares en su finalidad de vivir con libertad, dignidad y justicia. El pueblo es el que quiere y decide. El pueblo construye, modifica, reforma y, llegado el caso, destruye su Estado y su orden jurídico para darse otros diversos. Tratar de

despersonalizar el concepto de soberanía es negar la realidad y tratar de ocultar alguna forma de dominación y de fuerza. Un sistema democrático es sólo aquel en el cual todo el poder deviene del pueblo, del pueblo que decide sus estructuras, entonces la soberanía sólo puede estar en la voluntad decisoria del pueblo. Como se ha dicho, la soberanía es al pueblo lo que la libertad al hombre.

La soberanía no es arbitrariedad, sino que se encuentra limitada por sus principios mismos; que es indivisible, que es inalienable, que es imprescriptible y porque persigue asegurar su propia libertad y dignidad. Así, no es concebible que la noción de soberanía pueda prestarse a la violación de los derechos humanos o al desconocimiento de que los gobernantes son sólo los representantes de la voluntad del pueblo. En esta forma, la misma idea de soberanía contiene sus límites para no autodestruirse y poder libremente decidir su Estado y su orden jurídico que son instrumentos a su servicio para poder vivir bien, con libertad y con justicia.

El pueblo es una comunidad política, el pueblo soberano construye su Estado, el cual convive con otros Estados. De aquí que la idea de soberanía, que es única e indivisible, tenga un aspecto interno: la decisión de sus normas y un aspecto externo: la igualdad con los otros Estados soberanos. El aspecto externo de la soberanía es la independencia, la igualdad y la autodeterminación de los Estados en el consorcio de naciones regido por el derecho internacional.

Las ideas de soberanía y derecho internacional no son antagónicas, sino complementarias. El Estado soberano no vive solo, por tanto se necesitan ciertas reglas para normar las relaciones entre los Estados soberanos. La base misma del derecho internacional es la idea de los Estados soberanos, si éstos no existieran el derecho internacional sería superfluo.

La noción de soberanía no significa arbitrariedad; por ello el Estado soberano tiene que respetar ciertas reglas de convivencia con los otros Estados: el Estado soberano no debe realizar actos que no desearía que le hagan a él, debe respetar la soberanía de los otros Estados. Este pensamiento está plasmado bellamente en un precepto jurídico del año 1814. El artículo 9º de la Constitución de Apatzingán señaló: “ninguna nación tiene derecho para impedir a otra el uso libre de su soberanía. El título de conquista no puede legitimar los actos de la fuerza: el pueblo

que lo intente debe ser obligado por las armas a respetar el derecho convencional de las naciones”⁶⁹.

En esta forma, soberanía y derecho internacional son términos correspondientes. En consecuencia, el titular de la soberanía en el derecho internacional sólo puede ser también el pueblo, que es la realidad, sólo que se suele hablar de Estado soberano, pero en esta alocución se está identificando Estado y pueblo, entendido este último como comunidad política. En el derecho internacional tampoco se puede despersonalizar el concepto de soberanía a menos de exponernos a graves confusiones, como en las que cayeron los que criticaron la idea de la soberanía y le atribuyeron haber propiciado las guerras.

El concepto de Estado soberano es el sine qua non de las organizaciones políticas actuales y la base del derecho internacional. Esto podrá cambiar quizá algún día si la instancia última de decisión se desplaza del Estado soberano a una instancia mundial de decisión y acción, entonces habrán fenecido el Estado soberano y el derecho internacional para dar lugar a una nueva organización política: todo el derecho del mundo será decidido en una única y última instancia, pero mientras ello no acontezca, si es que algún día llega a pasar, cada Estado es *legibus soluta potestas*.

El Estado soberano es su última instancia de decisión y ello es la base del derecho internacional, y se reitera que esos conceptos no implican ninguna noción de arbitrariedad. Ahora bien, la idea de soberanía no es sólo un concepto político y jurídico, sino también, e igualmente importante, de índole económico y cultural. Soberanía política es la facultad de autodeterminación, de independencia y de igualdad de los Estados. Soberanía jurídica es la creación de una Constitución y de

⁶⁹ Así, en la misma forma en que un hombre libre no debe imponer su voluntad a otro, un pueblo no debe intervenir en los asuntos internos de otro. O dicho con palabras diversas: la idea de la voluntad general de Rousseau se puede aplicar al derecho internacional: que los Estados soberanos en sus relaciones lleven como principio el respeto a la soberanía de los otros y que la fuerza común de todos impida que alguno trate de impedir a otro el ejercicio libre de la soberanía. En efecto, en el derecho internacional se encuentra la mejor garantía a la soberanía de cada Estado: en la realización de la igualdad de cada Estado resplandecen su independencia y su autodeterminación. Todo Estado está obligado a respetar estos principios, todo Estado está identificado con su soberanía que no es arbitrariedad y se encuentra vinculado al derecho internacional. Citado por Citado en CARPIZO, Jorge. *Estudios Constitucionales*. México. Porrúa – U.N.A.M. 2003, p.p. 500.

todas las normas que derivan de ella. Soberanía económica es la atribución de determinar un sistema económico y de disponer de sus recursos naturales. Soberanía cultural es la preservación del modo de ser y de pensar de la comunidad política.

La soberanía es la defensa de los pueblos pequeños y débiles frente a los grandes y fuertes. La soberanía en estos momentos de la historia es el baluarte de los Estados frente a las dos superpotencias y potencias que desean dominar e imponerse en el mundo. La soberanía no admite condiciones, tutelajes, ni limitaciones. La soberanía es la defensa emanada del derecho y la razón contra la fuerza bruta. La soberanía es y continuará siendo una idea para lograr la justicia entre los Estados, la misma que se debe reflejar en el interior de ellos. La soberanía implica la libre y justa disposición de los satisfactores materiales y culturales en un Estado para que los hombres que forman los pueblos lleven realmente una existencia digna de ser vivida.

2.3.1. La transformación de la soberanía

Analizados los conceptos anteriores de soberanía y su transición histórica-contemporánea, es necesario determinar, que los grandes problemas jurídicos jamás se hallan en las constituciones, en los códigos, en las leyes, en las decisiones de los jueces o en otras manifestaciones parecidas del derecho positivo con las que los juristas trabajan, ni nunca han encontrado allí su solución. Los juristas saben bien que la raíz de sus certezas y creencias comunes, como la de sus dudas y polémicas, está en otro sitio, es decir, aclarar lo que de verdad les une o les divide es preciso ir más al fondo o, lo que es lo mismo, buscar más arriba, en lo que no aparece expreso.

Lo que cuenta en última instancia, y de lo que todo depende, es la idea del derecho, de la Constitución, del código, de la ley, de la sentencia. La idea es tan determinante que a veces, cuando está particularmente viva y es ampliamente aceptada, puede incluso prescindirse de la cosa misma, como sucede con la Constitución en Gran Bretaña o en el Estado de Israel. Al contrario, cuando la idea no existe o se disuelve en una variedad de perfiles que cada cual alimenta a su

gusto, el derecho positivo se pierde en una Babel de lenguas incomprensibles entre sí y confusiones para el público profano, así es necesario reformular algunas consideraciones:

Una cuestión que parece fundamental es el análisis de las tendencias generales del derecho constitucional que se han venido desarrollando durante el siglo XX en torno a la idea de Estado constitucional, entre las que también se encuentra, de modo significativo, el proyecto de superación de la división de Europa en Estados nacionales celosos de su soberanía.

En esa idea de soberanía se encontraba implícito, in nuce, el principio de exclusión y beligerancia frente a lo ajeno. De ahí derivaba para el Estado la necesidad de anular a sus antagonistas y la tendencia, alimentada por la economía y la ideología, al imperialismo o a la catolicidad, en el sentido de la teología política de Carl Schmitt. El Estado soberano no podía admitir competidores. Si se hubiese permitido una concurrencia, el Estado habría dejado de ser políticamente el 'todo' para pasar a ser simplemente una 'parte' de sistemas políticos más comprensivos, con lo que inevitablemente se habría puesto en cuestión la soberanía y, con ello, la esencia misma de la estatalidad.

Desde la perspectiva interna, la soberanía indicaba la inconmensurabilidad del Estado frente a cualesquiera otros sujetos, por tanto, la imposibilidad de entrar en relaciones jurídicas con ellos. Frente al Estado soberano no podían existir más que relaciones de sujeción.

Desde la perspectiva externa, los Estados se presentaban como fortalezas cerradas, protegidas por el principio de la no injerencia. Podía darse, alternativamente, la lucha entre soberanías, es decir, la guerra, o la coexistencia de soberanías mediante la creación de relaciones horizontales y paritarias disciplinadas por normas en cuya formación habrían participado libremente los propios Estados. Estaba, en cambio, excluida la posibilidad de un mandato sobre los Estados dimanante de una autoridad superior a cuya voluntad tuvieran éstos que someterse.

Sobre el fundamental principio de la soberanía ha sido construido el derecho público del Estado moderno de la Europa continental. En el siglo pasado conoció su

apogeo y su culminación en el 'Estado de fuerza', pero también el comienzo de su declive, determinado por los principios políticos del liberalismo y de la democracia contra los que se sublevaron los regímenes totalitarios de nuestro siglo en un trágico intento de restauración.

La noción básica del derecho del Estado, sea en su vertiente interna o en la externa era, por lo tanto, la soberanía de la 'persona' estatal. Hoy, sin embargo, esta noción ya no puede reconocerse con aquella claridad como realidad política operante. Desde finales del siglo pasado actúan vigorosamente fuerzas corrosivas, tanto interna como externamente: el pluralismo político y social interno, que se opone a la idea misma de soberanía y de sujeción; la formación de centros de poder alternativos y concurrentes con el Estado, que operan en el campo político, económico, cultural y religioso, con frecuencia en dimensiones totalmente independientes del territorio estatal; la progresiva institucionalización, promovida a veces por los propios Estados, de contextos que integran sus poderes en dimensiones supraestatales, sustrayéndolos así a la disponibilidad de los Estados particulares; e incluso la atribución de derechos a los individuos que pueden hacerlos valer ante jurisdicciones internacionales frente a los Estados a los que pertenecen.

Estos factores demolidores de la soberanía, cuya fuerza había sido amortiguada, al menos en parte, por las exigencias de cohesión derivadas del conflicto entre Este y Oeste, justifican hoy, quizás con nuevos motivos, la oración fúnebre del *ius publicum europeum*, como construcción conceptual del Estado moderno y de sus atributos soberanos, pronunciada hace ahora sesenta años con estas palabras:

Los europeos han vivido hasta hace poco tiempo en una época cuyos conceptos jurídicos venían totalmente referidos al Estado y presuponían el Estado como modelo de la unidad política. La época de la estatalidad ya está llegando a su fin; no vale la pena desperdiciar más palabras en esto. Con ella desaparece toda la supraestructura de conceptos relativos al Estado, levantada por una ciencia del derecho estatal e internacional euro céntrica en el curso de un trabajo conceptual que ha durado cuatro siglos. El Estado como modelo de la unidad política, el Estado

como titular del más extraordinario de todos los monopolios, el monopolio de la decisión política, esta brillante creación del formalismo europeo y del racionalismo occidental, está a punto de ser arrumbado. Pues bien, se trata ahora de considerar si este ocaso lleva aparejado el retorno a la situación política premoderna de inseguridad e imposición por la fuerza, a la que se había intentado poner remedio mediante la construcción del Estado soberano, o si tras esta muerte se esconde en realidad el nacimiento, o la premisa para el nacimiento, de un nuevo derecho independiente del contexto unívoco representado por la soberanía estatal.

La respuesta está contenida, precisamente, en lo que se llama el 'Estado constitucional' y en la transformación de la soberanía que la misma comporta⁷⁰.

2.3.2. El debate sobre la soberanía ante la crisis del Estado Nacional

Naturalmente es necesario evitar hacer de una flor un ramillete, y tomar en consideración las distinciones debidas. Mientras tanto, no se puede dejar de resaltar que toda esta terminología usada tradicionalmente para representar la esfera de los intereses privado por debajo del Estado y a lo más, la esfera de las relaciones internacionales, por encima del Estado, ofrece una representación de la esfera del Derecho público interno, ubicado entre la esfera del Derecho privado y la del Derecho internacional o Derecho público externo, diferente de la que ha dominado la teoría política y jurídica a lo largo de toda la formación del Estado moderno. Hablé de representación porque la teoría del Estado moderno está concentrada totalmente en la figura de la ley como fuente normativa principal de las relaciones de convivencia, contrapuesta a la figura del contrato, cuya fuerza normativa está subordinada a la de la ley y se desarrolla solamente dentro de los límites de validez establecidos por ella, y en el mejor de los casos reaparecer, bajo la forma de Derecho contractual allí donde la soberanía de cada Estado choca con la de los otros Estados.

⁷⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos. justicia*. Segunda Edición. Madrid. Trotta. 1997, p.p. 9-10.

Aun allí donde el origen del Estado se hace remontar a un pacto original, este *pactum subiectionis o dominationis* tiene por objeto la atribución a una persona, no importa si natural (el rey) o artificial (la asamblea), del Derecho de imponer la propia voluntad mediante aquel tipo de norma general obligatoria totalmente colectiva que es precisamente la ley. Sean los contrayentes de este pacto el pueblo, por un lado, y el soberano, por otro, y en este caso se trata de un contrato bilateral, o los mismos individuos que se ponen de acuerdo entre ellos para obedecer a un soberano, en este caso se trata de un contrato multilateral, o mejor dicho de un acto colectivo, la figura del contrato es la base de un sistema de convivencia en la que la fuente principal del Derecho, y por tanto de la reglamentación de las relaciones sociales, ya no será, una vez agotada la función fundadora del contrato original, el contrato o acuerdo entre las partes, sino la ley que instaura las relaciones de subordinación.

El poder que hace de un soberano un soberano, que hace surgir el Estado como unidad de dominio, y por tanto como totalidad, a partir de la sociedad compuesta de partes en cambiantes y efímeras relaciones entre ellas, es el Poder legislativo. La idea de la comunidad política, desde la polis griega hasta el Estado moderno; está íntimamente vinculada, en contraste con el Estado de naturaleza, a la idea de una totalidad que mantiene unidas a las partes, que de otra manera estarían en perpetuo conflicto entre ellas. Lo que asegura la unidad del todo es la ley y quien tiene el poder de hacer leyes, de *condere leges*, es el soberano.

Pero se trata de una 'representación'. La realidad de la vida política es muy diferente. "La vida política se desarrolla mediante conflictos que jamás son resueltos definitivamente, cuya solución se da mediante acuerdos momentáneos, treguas, y aquellos tratados de paz más duraderos que son las constituciones"⁷¹.

Este conflicto entre la representación y la realidad puede ser ejemplificado por la discordia entre la ininterrumpida continuidad del conflicto secular, característico de la edad moderna, entre los estamentos y el monarca, entre los parlamentos y la corona, y la doctrina del Estado basada en el concepto de soberanía, de unidad de poder, de primacía del poder legislativo, que se produjo en

⁷¹ BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia*. México. FCE. 1989, p.p. 103.

el mismo periodo gracias a escritores políticos y de Derecho público como Bodin, Rousseau, Hobbes y Hegel.

Pero la doctrina que siempre tiene un carácter normativo y no solamente explicativo, y traza las líneas de lo que deberla ser, mientras pretende presentarse cómo comprensión y explicación de lo que sucede, a veces sobreponiéndose a la realidad forzándola, adaptándola, simplificándola para reducirla en un sistema compuesto, unitario y coherente, no solamente impulsada por pasiones intelectuales, sino también por ambiciones proyectadas, puede contribuir a retardar la toma de conciencia de las transformaciones que están teniendo lugar o a dar interpretaciones distorsionadas de ellas. Una de las características de la doctrina del Estado que terminó por prevalecer es la superioridad del Derecho público, y la consecuente imposibilidad de comprender las relaciones de Derecho público recurriendo a las categorías tradicionales del Derecho privado.

Desde este punto de vista es ejemplar la posición de Hegel, según el cual las principales categorías del Derecho privado, la propiedad y el contrato, son insuficientes para hacer comprender la realidad del Derecho público que antecede a la organización de la totalidad, mientras el Derecho privado se ocupa de la resolución de los conflictos entre partes independientes que permanecen como tales a pesar de las obligaciones jurídicas, e iguales al menos formalmente. Tales categorías, no proporcionan una justificación plausible de la majestad del Estado, que tiene sobre los ciudadanos el Derecho de vida y de muerte, y del que los ciudadanos no pueden salir como lo pueden hacer de cualquier sociedad (incluso de la familia cuando son mayores de edad), ni poner sobre bases sólidas la filosofía política que no tiene que ver con el 'sistema del atomismo', sino con un cuerpo orgánico, en el que cada parte está en función de las demás, y todas juntas en función del todo.

De acuerdo con esta concepción de las relaciones entre Derecho privado y público, una sociedad como la medieval, en la que todas las relaciones políticas son subsumibles en la disciplina del Derecho privado, representan la edad de la decadencia. De esta manera el Imperio alemán para Hegel ya no es un Estado porque las relaciones entre los príncipes y el imperio y entre los mismos príncipes,

que deberían estar reguladas por el Derecho público, son tratadas en cambio como relaciones del Derecho privado (familiares y patrimoniales)⁷².

2.4. El constitucionalismo actual

De acuerdo con la doctrina ya clásica de Smend y Arndt, en el Estado constitucional habrá tanto Estado como se encuentre constituido en la Constitución, lo que, en todo caso, es válido en el marco de una teoría constitucional democrática. Esto no significa un viraje contra el Estado constituido, el cual resulta indispensable precisamente en la protección de los derechos fundamentales y los privados, sino que significa simplemente que se toma en serio a la 'Constitución' y que no se reconocen supervivencias feudales o monarquistas, ya sea en la dogmática o en la realidad.

Si todo el poder del Estado proviene de los ciudadanos que se 'encuentran' en la comunidad ciudadana, no queda entonces ningún espacio para un poder estatal extra o preconstitucional. La Constitución debe concebirse como 'previa' al Estado, a pesar de la importancia que éste pueda tener o conservar.

La comunidad política, concebida como marco general y constituida por la Constitución concreta, conoce, al lado del ámbito privado descrito, así como junto al ámbito y las funciones de lo público, también lo 'estatal constituido'. Este concepto se refiere a los órganos del Estado, a las competencias y funciones estatales. Si bien se encuentran articuladas de diversas maneras con lo público 'social', lo que se advierte, por ejemplo, en cuanto a la labor de comunicación social de los parlamentos y gobiernos, o incluso del Tribunal Constitucional federal, tales funciones y competencias han sido establecidas 'para sí' y en tal sentido son indispensables.

Los órganos del Estado no son 'virtual' o realmente omnicompetentes, en el sentido de contar con un 'poder general y en blanco', sino que, de inicio, sus funciones están circunscritas y vinculadas funcionalmente por el derecho. La teoría

⁷² *Ibidem*, p. 105.

de las tareas del Estado constitucional tiene que 'manifestarse' también en la concepción de los órganos del Estado.

Del mismo modo debe desprenderse del antiguo concepto de la 'soberanía estatal': por el lado externo, al reconocer el condicionamiento supraestatal del Estado, aunque también existe un condicionamiento estatal de lo supraestatal, ya que solamente los Estados constitucionales sostienen a la comunidad de las naciones; en el lado interno, por el reconocimiento de que los ordenamientos de protección a la libertad, de competencias y funciones de una Constitución en el Estado constitucional, no tienen espacio para la soberanía de cualquiera.

El término de la 'triada de ámbitos republicanos' pretende ver juntos los tres 'lados', privado, público y estatal, a pesar de los numerosos conflictos y roces que pueda haber entre ellos. Cada generación está obligada a vivirla y configurarla de nuevo, en materia de protección de los datos personales o del medio ambiente, de la libertad económica y la privatización, incluso en materia de "protección a las generaciones"⁷³.

Una comparación de los textos constitucionales muestra, en el caso de las Constituciones más antiguas, al pueblo como elemento primario de la doctrina de los tres elementos de las teorías generales del Estado. Ocasionalmente se degrada al ciudadano a la calidad de 'objeto' del poder estatal de manera textual, por un lado, en la tradición de la doctrina de la soberanía popular, es decir, según la fórmula 'todo el poder del Estado dimana del pueblo', por el otro lado, llama la atención la figura codificadora del Estado nacional: el pueblo es postulado como unidad 'nacional', en el sentido de 'pueblo alemán' y similares.

Algunos textos constitucionales más recientes recorren, casi sin que se advierta, una vía distinta, ya sea modificando la cláusula de la soberanía popular, o bien, construyendo la parte de los derechos fundamentales de manera tan evidente a partir de la garantía de la dignidad humana, que esto no puede quedar sin efectos sobre la concepción de la tradicional cláusula de la soberanía popular, así por ejemplo, en el artículo 1º de la LF, que corrige al artículo 20, inciso 2. Si de acuerdo con el proyecto constitucional de Herrenchiemsee de 1948 (artículo 1º, inciso 1), el

⁷³ HABERLE, Peter. *El Estado Constitucional.*, Op. Cit., p.p. 19-20.

Estado se encuentra al servicio del ser humano, entonces bien puede ser que todo el poder del Estado dimanase del pueblo, pero este enunciado encuentra ya su premisa primaria en la dignidad humana. Es el punto de referencia arquimédico de todas las derivaciones y contextos del gobierno y de las 'cadenas de legitimidad', que también son necesarias en el Estado constitucional. El 'gobierno del pueblo' es concebido apenas en una segunda etapa del razonamiento⁷⁴. Como principio jurídico, la protección de la dignidad humana es anterior al Estado y al pueblo y también a todas las derivaciones del gobierno y las vinculaciones de legitimación del pueblo hacia los órganos del Estado.

Por lo anterior, un primer conocimiento sobre la relación entre derechos humanos y Estado constitucional puede obtenerse de una comparación espacio-temporal de los textos constitucionales mismos. La teoría de la Constitución, entendida como 'ciencia jurídica de los textos y la cultura', toma los textos constitucionales positivos como punto de partida, los sitúa en sus contextos culturales y de este modo es capaz de reconstruir la evolución del tipo del Estado constitucional, porque los constituyentes de todos los tiempos y naciones se encuentran en un proceso intensivo de producción y recepción.

De este modo ha surgido hoy día un espacio público mundial del Estado constitucional. Puesto que el constituyente más reciente no sólo 'copia' los textos antiguos de los otros, sino que retoma en parte también la jurisprudencia y la doctrina constitucionales ajenas y las vacía en textos, y en virtud de que además de que trata de dar forma de texto nuevo en parte a la realidad constitucional ajena, y plenamente de su lado a la 'Constitución no escrita', el Estado constitucional se vuelve tangible, como tipo ideal y real, en el 'curso del tiempo', a través de la

⁷⁴ El *constitucionalismo*, o Estado constitucional, se refiere a los límites implícitos y/o explícitos al proceso de elaboración de decisiones político o estatal, límites que pueden ser procedimentales o sustantivos; esto es, pueden determinar de qué forma tomar decisiones e impulsar cambios (procedimentalismo), o directamente bloquear ciertos tipos de cambio (sustantivismo). El constitucionalismo define la forma y los límites adecuados de la acción del Estado, y su conformación a lo largo del tiempo como conjunto de doctrinas y prácticas contribuyó a inaugurar uno de los principios centrales del liberalismo europeo: que el alcance del Estado debe restringirse y su práctica acotarse con el objetivo de asegurar a cada ciudadano el máximo grado de libertad posible. Véase HELD, David. *La Democracia y el Orden Global. Del Estado Moderno al Gobierno Cosmopolita*. Barcelona. Paidós. pp. 71-72.

'evolución de etapas textuales'. Independientemente de todas las variantes nacionales y de las diferencias contextuales de las diversas Constituciones, gracias al paradigma de las etapas textuales es posible dar un nombre y vaciar en conceptos a la dinámica y la estática, lo común y lo distinto, lo nuevo y lo viejo, del tipo del 'Estado constitucional' y sus temas.

Por ejemplo, los dos países ibéricos y el contexto cultural especial en que se encuentran con América Latina, para gran utilidad de toda Europa, abre perspectivas especiales a la teoría comparada de la Constitución.

2.5. La democracia

Por supuesto, las condiciones bajo las cuales se desarrollaron las democracias nacionales variaron considerablemente. Varias condiciones de posibilidad parecen centrales en el proceso de consolidación de las democracias nacionales: la crisis de las formas de legitimidad tradicionales, que creó nuevos espacios para las innovaciones conceptuales e institucionales; el desarrollo de una noción secular del poder político y el derecho; la concentración de los medios de violencia en manos del Estado junto con la emergencia de un ejército permanente y profesional; la aparición de grupos y clases sociales fuertes, independientes y reformistas; y el impacto de condiciones y crisis internacionales particulares. Si bien estos factores se interconectaron y reforzaron mutuamente en el desarrollo de la democracia, no bastan para explicar el éxito de su consolidación; pues gran parte del proceso también dependió, como siempre sucede, de circunstancias contingentes y de la virtud política.

En las consideraciones a la democracia liberal y la ciudadanía, es necesario aclarar que la segunda, es un status que, en principio, atribuye a los individuos iguales derechos y deberes, libertades y restricciones, poderes y responsabilidades. Desde la edad antigua hasta el mundo contemporáneo, todas las formas de ciudadanía han tenido ciertos atributos comunes. Ciudadanía ha significado cierta reciprocidad de derechos frente a, y deberes hacia la comunidad política. Ciudadanía ha significado pertenencia a la comunidad en que cada cual vive su

vida; y la ciudadanía invariablemente ha implicado diversos grados de participación. Analizar la ciudadanía consiste, entre otras cosas, en examinar los tipos de lucha que emprendieron los diversos grupos, clases y movimientos, para obtener mayores grados de autonomía y control sobre sus vidas ante las distintas formas de estratificación, jerarquía y obstáculos políticos.

Durante la fase formativa del Estado moderno, la lucha por la pertenencia a la comunidad política fue ante todo sinónimo del intento de establecer cierta forma de soberanía popular mediante la sanción de ciertos derechos civiles y políticos. Con derechos civiles se alude a aquellos derechos que son necesarios para asegurar la autonomía individual, que incluye la libertad personal, la libertad de palabra, pensamiento y creencias, el derecho a la propiedad y de suscribir contratos, y la igualdad ante la ley.

El siglo dieciocho fue la principal fase de desarrollo de los derechos civiles en Gran Bretaña y los Estados Unidos, cuando quedaron aseguradas la libertad individual y la igualdad ante la ley. Los derechos civiles crearon nuevas libertades, libertades que, en primer lugar, fueron gradualmente liberando a la ciudadanía masculina de las obligaciones hacia el lugar de nacimiento y levantando las restricciones ocupacionales derivadas de la ley y la costumbre.

Si bien estas libertades impugnaron diversas formas tradicionales de poder y desigualdad, no resistieron las nuevas formas de desigualdad creadas con la emergencia del mercado capitalista competitivo; por el contrario, fueron esenciales para su funcionamiento. En efecto, los nuevos derechos autorizaban a cada persona que los ejerciera a participar como un agente independiente en la competencia económica; crearon individuos libres e iguales en status, un status fundante del contrato moderno.

La sanción de los derechos civiles en Gran Bretaña, los Estados Unidos y otros países, era un prerequisite para asegurar la libertad del súbdito. Fue un paso significativo en el desarrollo de los derechos políticos; pues una vez que el agente individual fue reconocido como una persona autónoma resultó más sencillo considerarlo, en principio, una persona capaz de asumir responsabilidades políticas. Los derechos políticos se refieren a aquellos tipos de derechos que crean la

posibilidad de participar en el ejercicio del poder político como miembro de la asociación política, o como elector de los miembros de esa asociación. Aunque los derechos políticos emergieron a finales del siglo dieciocho en algunos países y antes de la sanción de todo el espectro de derechos civiles en otros, por ejemplo, en Suecia, su consagración efectiva pertenece, sobre todo, al siglo diecinueve y principios del veinte.

Las novedades políticas de este período reflejan un creciente interés en la igualdad como un principio aplicable a una diversidad de esferas, y una mayor conciencia de la tensión entre, por un lado, el reconocimiento de la persona como un individuo libre e igual en asuntos civiles y, por el otro, la libertad efectiva de esa persona para promover sus intereses exenta de impedimentos políticos. Los derechos políticos fueron gradualmente reconocidos como medios indispensables para garantizar la libertad individual; pues al no haber una buena razón para creer que quienes gobiernan no actuarán siguiendo sus intereses egoístas, el gobierno debe, para evitar atropellos, ser directamente responsable ante un electorado convocado con regularidad a decidir si sus objetivos han sido cumplidos.

La afirmación de la libertad política implicó un proceso por medio del cual los derechos políticos que habían sido históricamente monopolizados por unos pocos privilegiados fueron extendidos al conjunto de la población adulta. El auge del sindicalismo y el movimiento obrero en general, en alianza con sectores de las clases medias y junto con las luchas a favor del sufragio femenino, fue un factor crítico en el desarrollo de la ciudadanía política. Si la ciudadanía era un derecho, debía ser un derecho a la plena participación en la sociedad política. De ese modo, la búsqueda de la ciudadanía se convirtió en la promoción de las condiciones bajo las cuales los individuos pudieran disfrutar de la igualdad de status y la igualdad de oportunidades. Se había emplazado el escenario para la conquista no sólo de los derechos políticos sino también de los derechos sociales.

Con la conquista del sufragio universal en algunos países, la clase obrera organizada era capaz de emplear su fuerza política para combatir las desigualdades sociales y consolidar como derechos ciertas victorias sociales en el terreno del 'bienestar'. Sin embargo, esta fuerza en pocas ocasiones fue suficiente para poner

en marcha las decisivas reformas estructurales que crearon las instituciones del Estado de bienestar.

De hecho, muchas de las instituciones del Estado de bienestar fueron impulsadas primordialmente por políticos ambiciosos o 'funcionarios públicos visionarios', como un medio para promover la solidaridad nacional. Sólo a finales del siglo diecinueve y principios del veinte se comenzó a sancionar los derechos sociales en su forma moderna; esto es, en la forma de medidas redistributivas de bienestar. Estos derechos nunca dejaron de ser logros frágiles, una fragilidad que pudo comprobarse con toda claridad a la luz de los esfuerzos, iniciados hacia de finales de los años setenta, por reducir el Estado y restringir radicalmente el alcance de la acción estatal.

A las siguientes hipótesis: ¿Cómo fue que en muchas comunidades políticas occidentales la ciudadanía cristalizó, antes que nada, bajo la forma de derechos civiles y políticos? Y ¿cómo fue que la democracia liberal triunfó sobre las formas de gobierno alternativas? Se pueden encontrar pistas de estas problemáticas en la convergencia, cuando menos, de tres factores críticos.

El primero reside en lo que podría denominarse la 'reciprocidad del poder', que llegó a ser reconocida a través de la creciente dependencia de los sistemas nacionales de regulación de la cooperación de las poblaciones dominadas, una dependencia que, como se señalara anteriormente, resultó especialmente evidente durante los períodos de emergencia nacional, especialmente las guerras.

El segundo aparece con la crisis de la legitimidad política sufrida por los poderes estatales en desarrollo en el contexto del agotamiento de las formas tradicionales de legitimación, particularmente de las basadas en la religión y los derechos de propiedad. La novedad de finales del siglo dieciocho no fue tanto el generalizado atractivo de las ideas de autodeterminación y autogobierno ciudadano, sino más bien, como Dunn dejara claro, 'la relativa fragilidad' de los sistemas tradicionales de dominación. La legitimidad ofrecida por los sistemas democráticos representativos se basaba en el reconocimiento de una relación recíproca entre gobernantes y gobernados, en la cual, por un lado, estos últimos tenían el deber de respetar la ley y la autoridad del Estado, y, por el otro, los primeros tenían la

obligación de actuar siguiendo fielmente el amplio mandato del 'pueblo'. El tercer factor que contribuye a explicar la victoria de la democracia representativa liberal es que ella no representó una amenaza para las fuerzas de la economía de la sociedad civil. La creación de un mercado de fuerza de trabajo y capital implicó la separación de lo 'económico' y lo 'político'.

Los derechos del ciudadano a postularse como representante no fueron extendidos a la esfera del trabajo y, por lo tanto, la lógica de la política no fue extendida directamente a la industria; el capitalismo podía progresar codo a codo con la consolidación del gobierno representativo. De ese modo, la democracia representativa es una democracia 'inofensiva' para el mundo moderno y, en particular, para la economía capitalista moderna.

Con todo, la democracia representativa no ha dejado de ser un terreno de disputas, un terreno a menudo cruzado por un abismo entre la promesa democrática y los resultados de la democracia. Desde la declaración no se pagan impuestos sin representación en la Inglaterra del siglo diecisiete hasta las luchas a favor de un sufragio genuinamente universal en los siglos diecinueve y veinte, los defensores de una mayor accountability en el gobierno han procurado sistemáticamente asegurar los medios de elegir, autorizar y controlar las decisiones políticas. En las revoluciones de Europa central y oriental de 1989-1990, el principio de la autodeterminación y el principio de la acción gubernamental consensuada desafiaron una vez más el principio del gobierno 'unipersonal' o, en este caso particular, 'unipartidista'.

La democracia fue concebida como una vía para contener los poderes del Estado y mediar entre proyectos políticos en competencia; pues acarrea la posibilidad de la instauración de un principio de legitimidad basado, por un lado, en la participación política de cada uno y de todos, y, por el otro, en un proceso de elaboración de decisiones que puede mediar las diferencias y destilar resultados aceptables.

Las luchas por la ciudadanía y la democracia estuvieron guiadas por la anticipación de un orden político que no moldeara ni restringiera arbitrariamente las elecciones de los individuos y los grupos. La búsqueda de este orden es la

búsqueda de un mayor grado de autonomía, del enriquecimiento de la materia de la ciudadanía y de un aumento de la cantidad de individuos con el status de la autonomía. Es el impulso por realizar lo que llamo el principio de la autonomía. Para que el interés que la democracia despierta en todos los individuos por igual sea protegido, las personas requieren igual capacidad para actuar dentro de las instituciones políticas y las esferas de poder clave.

La anticipación de la autonomía de cada uno y de todos constituye una idea regulativa. Más aún, es una idea que ha establecido un criterio normativo que se podría emplear en contra de las instituciones existentes, para denunciar cuán incumplidos permanecen los principios y las aspiraciones a la igual libertad y la igual participación política. Y es una idea a la cual se puede recurrir para interrogar cuánto ha fracasado la democracia 'inofensiva' para el mundo moderno en el momento de afrontar los problemas de accountability creados por las esferas de poder situadas más allá del Estado, tales como las generadas por las organizaciones económicas más importantes, que pueden obstruir y limitar la consolidación exitosa de la democracia misma.

2.6. Crisis general y crisis del Estado: la desarticulación de los elementos de cohesión

En términos de Habermas, relativo a la crisis del Estado y la desarticulación de los elementos de cohesión, cabe saludar la drástica relativización del poder militar, administrativo y democrático por el poder del dinero. Los sistemas políticos serían ya incapaces de cobrar a un sistema económico globalizado, del que, sin embargo, dependen, lo que significaría que el orden internacional quedaría articulado en términos de derecho privado y no de derecho público. El orden pacífico de la empresa transnacional, de la eficacia, del entendimiento, del contrato privado, del microajuste y del macroajuste y, si se quiere, también de lo banal, habrían dejado afortunadamente tras de sí un orden de lo político y de lo heroico en el que se incubaron importantes catástrofes. Ésta es la versión 'neoliberal' también denominada 'la promesa liberal'. Pero si ello no fuera posible, si al cabo ese mundo globalizado hubiera de articularse políticamente y mientras tanto las instituciones

del Estado democrático de derecho hubiesen quedado desacreditadas, se perfilarían dos salidas.

Primera: por parte de los estados no poderosos una huida al pasado, buscando sentido, sentimiento de sí y protección en torno a viejas tumbas, a la vieja patria y a viejos dioses. La escena resulta ya conocida.

Segunda: por parte de los Estados poderosos, es decir, por parte de los capaces de articular inmensos intereses económicos, como sería el caso de la 'gran potencia Alemania en el centro de Europa, mirando al Este, y de nuevo sin miedo al poder', o como sería también el caso de una Europa 'alemana', o de la 'fortaleza Europa', la salida quizá consistiese en emplear el inmenso poder económico y político así articulado como medio de autoafirmación conforme al modelo de la vieja lógica de los Estados nacionales.

En resumen, "la multiplicación de fuerzas y lazos transnacionales y de procesos globalizantes, de intensidad y velocidad crecientes, estimulan nuevas formas de jerarquización y decisión colectivas, que involucran a Estados, organizaciones intergubernamentales, grupos de interés, presión y poder internacionales. Políticos, gobernantes, administradores, sienten, y a veces reconocen, que ya no controlan muchos de los factores que determinan el destino de un Estado-nación. Fuerzas internacionales limitan las opciones del Estado, o imposibilitan realizar determinadas políticas nacionales. Correlativamente y a la inversa avanza la multi o transnacionalización de decisiones y actividades antes domésticas, y se intensifica el entrelazamiento de sus redes dentro de marcos multinacionales. Las restricciones afectan la soberanía en aspectos, niveles y alcances diferentes. Como se verá en el balance final del análisis, la desagregación, la divisibilidad, la enajenación de algunos de los componentes y manifestaciones de la soberanía no implican necesariamente una disminución del Estado-nación y su soberanía"⁷⁵.

De todas maneras, las fuerzas y procesos bajo examen se combinan para restringir la soberanía formal y/o la libertad de acción de los Estados; borran las

⁷⁵ HABERMAS, Jürgen. *Más allá del Estado Nacional*. México. FEC. 2000, p.p. 29-40.

diferencias entre políticas domésticas e internacionales; cambian las condiciones de toma de decisiones políticas y de realización de las acciones políticas, su contexto legal, institucional y organizativo, las prácticas administrativas. Se oscurecen así las responsabilidades y las capacidades de control de los Estados nacionales.

Es legítimo hablar de una crisis del Estado-nación y de su soberanía, aunque con las reservas y calificaciones que en adelante se irán formulando. Como se verá, los grados y alcances de las restricciones y retos a la soberanía varían y deben ser calificadas, según los casos, las etapas históricas, los espacios, el interjuego de las condiciones económicas y las políticas, de las internacionales y las nacionales. Es fundamental a este respecto no ignorar la presencia de fuerzas, tendencias y procesos contrarrestantes y limitantes de la globalización, y favorables a la supervivencia y transformación del Estado.

2.7. Las alternativas del Estado-nación ante la crisis

Que el Estado-nación goce de una persistente vitalidad, no quiere decir que la estructura soberana de los Estados-nación individuales no haya sido afectada por los cambios en la intersección de las fuerzas y relaciones nacionales e internacionales: más bien, con toda probabilidad, expresa pautas cambiantes de poder y restricciones. Se pueden explorar las implicaciones de esta posibilidad mediante el análisis de un argumento que pretende explicar la manera en que la creciente interconexión mundial puede conducir a la decadencia o 'crisis' de la autoridad estatal y a la exigencia de que los Estados-nación colaboren entre sí de forma más intensa. Por lo cual, sugiero algunas alternativas ante la crisis denunciada:

1. La concepción tradicional, dentro de la política internacional, de la relación entre el 'Estado' y la 'sociedad', en la cual el primero es postulado como la unidad fundamental del orden mundial, supone la homogeneidad del Estado y otros tipos de actor clave, es decir, que se trata de entidades con propósitos singulares. Pero el crecimiento de las organizaciones y colectividades internacionales y

transnacionales, desde la ONU y sus organizaciones hasta movimientos sociales y grupos de presión especiales, alteró la forma y la dinámica tanto del Estado como de la sociedad.

La intensificación de los procesos de interconexión regional y global, y la proliferación de los acuerdos internacionales y las formas de cooperación intergubernamental para regular el crecimiento sin precedentes de estos fenómenos, especialmente durante el período posterior a la Segunda Guerra Mundial, erosionaron la distinción entre asuntos externos e internos, entre política internacional y doméstica. El Estado se convirtió en una arena fragmentada de elaboración de políticas, permeado por los grupos internacionales (gubernamentales y no gubernamentales), así como por las agencias y fuerzas domésticas. Del mismo modo, la penetración general de la sociedad civil por actores transnacionales alteró su forma y dinámica.

2. Con el incremento de la interconexión global, la cantidad de instrumentos políticos a disposición de los gobiernos individuales y la efectividad de esos instrumentos muestra una clara tendencia a declinar. Esta tendencia responde, en primer lugar, a la pérdida de un amplio espectro de controles sobre las fronteras que anteriormente habían servido para restringir la circulación de bienes y servicios, factores de la producción y tecnología, y el intercambio cultural y de ideas. El resultado es la alteración de los costos y beneficios de implementar diferentes opciones políticas y la disminución de la eficacia de aquellos instrumentos que permiten al Estado controlar las actividades dentro y a través de sus fronteras.

3. Los Estados pueden experimentar una nueva reducción de las opciones debido a la expansión de las fuerzas e interacciones transnacionales que reducen y restringen la influencia que los gobiernos particulares pueden ejercer sobre las actividades de sus ciudadanos. El impacto, por ejemplo, del flujo de capital privado a través de las fronteras, puede poner en peligro las medidas antiinflacionarias, las tasas de cambio, la política impositiva y otras disposiciones gubernamentales.

4. En el contexto de un orden global altamente interconectado, muchos de los dominios tradicionales de actividad y responsabilidad estatal (defensa, gestión económica, comunicaciones, sistemas administrativos y legales) no pueden ser

regidos sin recurrir a formas internacionales de cooperación. Puesto que las demandas que debe atender aumentaron considerablemente en los años de posguerra, el Estado tiene que hacer frente a un conjunto de problemas políticos que no se pueden resolver adecuadamente sin la colaboración de otros Estados y actores no estatales. Los Estados individuales ya no son las únicas unidades políticas para resolver los problemas políticos clave ni para dirigir el amplio espectro de funciones públicas.

5. De este modo, los Estados han debido aumentar el nivel de integración política con otros Estados (por ejemplo, a través de redes regionales como la Unión Europea y la Organización de Estados Americanos) y/o impulsar negociaciones, acuerdos e instituciones multilaterales para poder controlar los efectos desestabilizadores que acompañan a la interconexión (por ejemplo, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, que, junto con otras agencias internacionales, generaron un ambiente organizativo especial para la gestión económica y la consulta intergubernamental después de la Segunda Guerra Mundial).

6. El resultado fue un importante crecimiento de instituciones, organizaciones y regímenes que sentaron las bases para organizar los asuntos globales, esto es, el gobierno mundial. La nueva política global —que implica, entre otras cosas, procesos de toma de decisiones multiburocráticos entre y dentro de las burocracias gubernamentales e internacionales, políticas inducidas por agencias y fuerzas internacionales y nuevas formas de integración multinacional entre los Estados ha creado un marco dentro y a través del cual se redefinieron los derechos y las obligaciones, los poderes y las capacidades de los Estados. Puesto que sus capacidades fueron en un sentido cercenadas y en otro sentido ampliadas, el Estado comenzó a desempeñar una gama de funciones que ya no se pueden asumir de forma aislada de las relaciones y los procesos regionales y globales.

Lo que estos argumentos sugieren es que el significado de las instituciones políticas actuales debe ser explorado en el contexto de una sociedad internacional compleja y de un amplio espectro de organizaciones internacionales y regionales, existentes y emergentes, que trascienden y median las fronteras nacionales. En

este sentido, la naturaleza de estas organizaciones y entidades, la naturaleza de su dinámica política y la naturaleza de su accountability, son cuestiones apremiantes.

Desde la perspectiva de la concepción transformacionista, el Estado moderno está cada vez más atrapado en redes de interconexión mundial permeadas por fuerzas cuasi supranacionales, intergubernamentales y transnacionales, y es cada vez menos capaz de determinar su propio destino.

La globalización es retratada como una fuerza homogeneizadora, que lima la 'diferencia' política y las capacidades de los Estados-nación para actuar de forma independiente en la articulación y concreción de sus objetivos de política doméstica e internacional: el Estado-nación territorial parece afrontar la decadencia o la crisis. Con todo, si bien es cierto que ha habido una súbita expansión de los vínculos intergubernamentales y transnacionales, la era del Estado-nación no está en absoluto agotada.

Si el Estado-nación territorial está en decadencia, se trata de un proceso desigual, particularmente restringido al poder y alcance de los Estados-nación dominantes del Oeste y el Este. La sociedad global europea ejerció su máxima influencia a finales del siglo diecinueve y comienzos del veinte, y la hegemonía de los Estados Unidos fue el rasgo distintivo de las décadas que siguieron a la Segunda Guerra Mundial. La decadencia de estos sistemas de poder no se debería interpretar como la crisis del sistema de Estados como tal.

Es más, la reciente transformación de los regímenes políticos de Europa oriental dio a luz una importante batería de Estados que reivindican su independencia y autonomía. Si bien los 'imperios clásicos', como el británico, el francés y el holandés, fueron completamente erradicados, los 'imperios nuevos' creados después de la Segunda Guerra Mundial han sufrido una transformación fundamental.

La 'nacionalización' de la política global es un proceso que de ninguna manera ha completado su trayectoria. La importancia del Estado-nación y el nacionalismo, la independencia territorial y el deseo de lograr, reconquistar o mantener la soberanía no parecen haber disminuido en épocas recientes.

Más aún, algunas de las crisis regionales que parecieran ser las menos tratables del mundo no escapan a la puja por la soberanía. Los problemas de Cisjordania y la Franja de Gaza y de los territorios de la ex Yugoslavia, por ejemplo, no pueden ser pensados sin remitirse a la idea de autonomía soberana. Con seguridad, Bosnia es la piedra que ha hecho zozobrar muchas aspiraciones internacionalistas.

Asimismo, el equilibrio o el bloqueo nuclear en que desembocaron las grandes potencias creó una paradójica situación de indisponibilidad de fuerzas; esto es, nuevos espacios y oportunidades para que los poderes y las poblaciones no nucleares se reafirmen, a sabiendas de que la opción nuclear de las superpotencias es remota y que, por sus costos, la intervención militar convencional es una colosal apuesta política, militar y económica. Vietnam (1964-1975) y Afganistán (1978-1989) son casos obvios de esta situación. Por supuesto, puede errarse el cálculo de la probabilidad de intervención de una superpotencia, como sucedió en Argentina en 1982 y en Irak en 1991; si es posible desplegar una fuerza irresistible contra una potencia menor, la intervención militar sigue siendo una clara opción. Sin embargo, la intensidad de la política nacionalista, en el contexto de la escalada del armamentismo nuclear y de los altos costos de las soluciones militares, constituye una poderosa fuerza en dirección a un mundo multipolar y un orden internacional fragmentado.

Además, parece razonable pensar que la globalización de los dominios de las comunicaciones y la información, lejos de crear una estructura de propósitos, intereses y valores común a toda la humanidad, ha servido para reforzar el sentido de la importancia de la identidad y la diferencia, ofreciendo un nuevo estímulo a la nacionalización de la política. Tal como acertadamente señalara un comentarista: Un mayor conocimiento de otras sociedades puede descubrir que en realidad no existen los conflictos de intereses o ideológicos que se habían imaginado; pero también puede revelar conflictos de intereses e ideológicos que, aunque nunca fueron imaginados, sí existen y deben ser tenidos en cuenta.

Una consecuencia de este proceso es la elevación a muchos foros internacionales de concepciones no occidentales de los derechos, la autoridad y la

legitimidad. El significado de algunos de los conceptos centrales del sistema internacional está sujeto a los conflictos de interpretación más profundos, tal como lo ilustra la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos que la ONU organizara en Viena (junio de 1993). A pesar de las declaraciones de derechos contenidas en una multiplicidad de tratados internacionales y regionales, los intentos de efectivizar derechos humanos en y a través de la operación del sistema global tuvieron, en el mejor de los casos, un éxito parcial.

El discurso de los derechos humanos puede expresar las aspiraciones a consagrar ciertas libertades y facultades a lo largo y a lo ancho de todo el planeta, pero de ninguna manera supone un acuerdo generalizado en la definición de los derechos. Quizá se puedan entender mejor los cambios que en la actualidad experimenta el sistema global, si se conciben más que como el fin de la era del Estado-nación como un desafío a la era de los Estados hegemónicos.

Otro claro testimonio de la durabilidad del sistema estatal es la resistencia generalizada de los Estados a someter sus conflictos con otros Estados al arbitraje de una autoridad superior, sea la ONU o cualquier otro cuerpo internacional. En la raíz de esta gran negativa se halla la salvaguardia del derecho de los Estados a entrar en guerra. El Estado moderno todavía es, en principio, capaz de determinar el aspecto más importante de las condiciones de vida de las poblaciones.

Más aún, aunque el curso de la política exterior de un Estado puede ser cuestionado por otro Estado ante el Tribunal Internacional de Justicia (cuyo papel está especificado en los artículos de 92 a 96 de la Carta de la ONU), esta posibilidad es difícil de concretar y a menudo implica grandes costos e inciertos beneficios. Por ejemplo, cuando el gobierno sandinista de Nicaragua inició procedimientos contra los Estados Unidos por minar sus puertos y ofrecer asistencia a la insurgencia en 1984, los Estados Unidos intentaron retirar la disputa de la competencia del Tribunal y, como no pudieron obtener este resultado, desafiaron sus resoluciones. Es poco o nada lo que el Tribunal puede hacer ante tal desafío. En la actualidad, el Estado miembro de la ONU automáticamente forma parte del Estatuto del Tribunal, pero no está obligado a aceptar su jurisdicción a menos que haya asumido el compromiso

específico de hacerlo; por ahora, son pocos los Estados importantes que han asumido dicho compromiso.

Quienes presagian el fin del Estado dan por supuesta con excesiva rapidez la erosión del poder estatal ante las presiones de la globalización y no logran reconocer la persistente capacidad del aparato estatal para moldear la dirección de la política doméstica e internacional.

El grado de autonomía de que disfruta el Estado bajo diferentes condiciones no ha sido aún explorado y, por lo tanto, se deja de lado apresuradamente un elemento clave para elaborar una explicación sistemática y rigurosa de la forma y los límites de los sistemas políticos modernos. Es altamente probable que el impacto del proceso global varíe bajo diferentes condiciones internacionales y nacionales. No todos los Estados, por ejemplo, están igualmente integrados en la economía mundial; por lo tanto, si bien los resultados políticos nacionales estarán fuertemente influidos por los procesos globales en ciertos países, en otros, las fuerzas regionales o nacionales, pueden perfectamente mantener la supremacía.

Por otra parte, debe destacarse que los procesos de globalización en sí mismos no conducen necesariamente a una mayor integración global, esto es, a un orden mundial caracterizado por una sociedad y una política homogéneas y unificadas. La transformación local es tanto un elemento de la globalización como la extensión lateral de las relaciones a través del tiempo y el espacio.

Cualquier grupo que se sienta agredido por las fuerzas globales y por regímenes políticos inapropiados o ineficaces, puede desatar nuevas demandas a favor de la autonomía regional y local. Estas circunstancias acarrearán el riesgo de una intensificación de la política sectaria. Además, al crear nuevas pautas de transformación y cambio, la globalización puede debilitar las viejas estructuras políticas y económicas sin llevar necesariamente al establecimiento de nuevos sistemas de regulación. La fragmentación política o las tendencias desintegradoras son una clara posibilidad.

En suma, se concluyen como preámbulo del siguiente capítulo las siguientes consideraciones:

1. El Estado moderno llegó a ser la forma suprema de Estado porque logró organizar exitosamente los medios para financiar la guerra, los recursos económicos y las pretensiones de legitimidad. Los Estados modernos se movilaron de forma efectiva para la guerra, para impulsar la actividad económica (la expansión capitalista) y para legitimarse a sí mismos. Fue en la intersección de estos peculiares procesos formativos donde emergieron la organización y la forma distintiva del Estado moderno.
2. La consagración del sufragio universal, entre otras instituciones democráticas liberales, se puede relacionar con la búsqueda de lealtad y recursos que emprendió el Estado cuando debió hacer frente a las presiones más intensas (antes, durante y después de las guerras), y con la reivindicación estatal de una forma de legitimidad distinta. En el centro de la auto imagen del Estado moderno se halla la pretensión de ser una autoridad independiente o un 'poder circunscrito imparcial', responsable sólo ante su cuerpo de ciudadanos. En tanto esta pretensión fue redimida, el Estado moderno pudo contar con una importante ventaja sobre las fuerzas políticas rivales en la batalla por la legitimidad en el mundo moderno. Sin embargo, la naturaleza y el significado de esta pretensión fueron siempre cuestionados, desde el nacimiento del Estado moderno hasta nuestros días.
3. El sistema interestatal se desarrolló en el contexto de dos procesos clave: la afirmación de la soberanía estatal y la difusión global de las nuevas relaciones económicas a través de los mecanismos económicos capitalistas. Los Estados miran tanto hacia adentro, hacia sus poblaciones, como hacia afuera, hacia el orden estatal creado y mantenido por ellos mismos. El modelo de Westfalia de la soberanía estatal garantizó a cada Estado el derecho de gobernar en sus propios territorios, consagrando, en última instancia, el principio del poder efectivo; en adelante, el dilema de seguridad atrapó a todos los Estados en una situación de permanente conflicto, real o potencial.
4. El desarrollo del sistema de las Naciones Unidas no alteró de forma fundamental la lógica y la estructura del orden westfaliano. Los Estados

poderosos aumentaron su autoridad mediante la arrogación de facultades especiales. No obstante, el sistema de la ONU contiene dentro de él desarrollos políticos y legales que apuntan a la posibilidad de un nuevo principio organizativo de los asuntos mundiales. Esta perspectiva, sin embargo, está en clara tensión con la forma y la dinámica del sistema de Estados.

5. La globalización, un proceso que se retrotrae a las primeras etapas de la formación del Estado y la economía moderna, sigue configurando y reconfigurando la vida política, económica y social, aunque sus impactos son diferentes en cada uno de los Estados individuales. La expansión de las relaciones sociales a través del tiempo y el espacio mediante una variedad de dimensiones institucionales (tecnológica, organizativa, legal y cultural), y su intensificación dentro de estos dominios institucionales, crearon nuevos problemas y desafíos para el poder del Estado y el sistema interestatal. Contra este telón de fondo, la efectividad y la viabilidad del Estado-nación territorialmente demarcado y soberano parecen sufrir importantes alteraciones. Cuál es la magnitud exacta de estas alteraciones es un problema todavía pendiente, especialmente porque el Estado-nación sigue concentrando lealtad, como idea y como institución.

CAPÍTULO TERCERO

LAS TRANSICIONES JURÍDICAS. EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y EL NUEVO ESTADO NACIONAL

3.1. El Estado Absolutista

Con base en el criterio histórico de las Formas de Estado, la tipología más común y acreditada es aquella que propone la siguiente secuencia: **Estado feudal, Estado estamental**⁷⁶, **Estado absoluto y Estado representativo**.

Así, en este apartado nuestro objeto de estudio lo representa el Estado absolutista, el cual aparece con la conformación de los Estados modernos. Es básicamente en el Estado donde el poder se concentra en una sola administración dependiente del monarca bajo un determinado territorio, en el cual ninguna fuerza tiene el poder suficiente para desafiar al soberano. Precisamente este último concepto, el de la soberanía en su versión original, es la base jurídica que sirvió para conformar el Estado absolutista.

En esta primera acepción del concepto de soberanía se entendió a ésta como relaciones de suprasubordinación entre el monarca y los demás elementos del Estado. Todos los elementos estatales se encontraban subordinados al monarca, por lo cual se entendía que la soberanía sólo correspondía a éste en virtud de que provenía de Dios y, consecuentemente, era indivisible. Para el derecho, esta concepción sirvió para crear una fuente normativa única y evitar la pluralidad de fuentes del medioevo. Caballero menciona que⁷⁷, además de la soberanía que fungió como elemento fundamental del Estado absolutista, existen otros elementos que aparecen en el Estado absolutista. El primero de ellos es la concentración del poder; el monarca inició un proceso de acumulación de facultades y de ejercicio directo del gobierno más allá de la justicia y la guerra. Facultades como la hacienda pública, la posibilidad de crear y cobrar impuestos, y la policía engrosaron las actividades de los monarcas absolutos. Estas actividades requerirían presencia de

⁷⁶ El Estado estamental, como forma intermedia entre el Estado feudal y el Estado absoluto se distingue del primero, por una gradual institucionalización de los contrapoderes y también por la transformación de las relaciones personales, propias del sistema feudal, en relaciones entre instituciones; de un lado la asamblea del estamento, de otro el rey con su aparato de funcionarios que allí donde terminan por tener éxito dan origen al Estado burocrático característico de la monarquía absoluta; la diferenciación del segundo radica en la presencia de una contraposición de poderes en conflicto continuo entre sí, que el advenimiento de la monarquía absoluta tiende a suprimir. Citado en BOBBIO, Norberto. *Estado, Gobierno y Sociedad. Por una Teoría General de la Política*. México. Fondo de Cultura Económica. 1999, p.p. 157-161.

⁷⁷ Citado en NIETO Castillo, Santiago. *Interpretación y argumentación jurídicas en materia electoral. Una propuesta garantista*. México. U.N.A.M. 2003, p.p. 6-15.

funcionarios permanentes especializados en cada rubro, esto es, el surgimiento de la burocracia dependiente del monarca.

El otro aspecto importante fue la consolidación de los estados nacionales en territorios establecidos. El monarca asumió el control de todo el territorio del Estado, para reflejar una unidad al exterior. Así fue reconocido, por ejemplo, en el tratado de Westfalia de 1648, con el que se puso fin a la guerra de los 30 años. Esta nueva conformación de las naciones cambió las relaciones entre los Estados, pero también modificó las estructuras al interior de éstos. Desaparecieron los poderes locales a favor de un poder central encabezado por el monarca. En el ámbito del derecho, las disposiciones legales emitidas por los parlamentos supeditados al monarca o por el rey regían para todo el territorio, por lo cual las normas locales perdieron vigencia.

Estas transformaciones nos permiten que válidamente se pueda hablar de un determinado tipo de **Estado propio del modelo absolutista**, y que es precisamente el objeto de éste estudio. Un monarca concentrador de poder en un determinado territorio, que con base en el concepto de soberanía establece disposiciones jurídicas para sus súbditos y relaciones de igualdad con los demás estados. Los súbditos se encuentran subordinados al monarca, pero desarrollan un concepto de identidad nacional oponible a ciudadanos de otros estados. Este paradigma del Estado de derecho no podría sobrevivir a la Ilustración, ávida de certezas incompatibles con la discrecionalidad del Estado absolutista.

El hecho de que todo el poder se concentrara en el monarca produjo un creciente halo de discrecionalidad en las *funciones jurisdiccionales*. Esta circunstancia, aunada al proceso de secularización de la sociedad, que en el ámbito occidental inicia en el siglo XVII, llevaron a la sociedad a replantearse los postulados del Estado absolutista: las verdades dejaron de ser evidentes y absolutas y el monarca dejó de obtener su legitimidad del mandato divino. Comenzó el proceso del Estado de derecho.

En virtud de las consideraciones anteriores, cabe señalar que la formación del Estado absoluto se da mediante un doble proceso paralelo de concentración y centralización del poder sobre un determinado territorio.

Por **concentración** se entiende aquel proceso a través del cual los poderes ejercen la soberanía; el poder de dictar leyes válidas para toda la colectividad (a tal punto que las costumbres son consideradas derecho válido sólo en cuanto por una ficción jurídica se presumen aceptadas y toleradas por el rey que no las ha abrogado expresamente), el poder jurisdiccional, el poder de usarla fuerza al interior y al exterior excluyendo a cualquier otro, en fin el poder de imponer tributos, son atribuidos por derecho al soberano por los juristas y ejercidos de hecho por el rey y los funcionarios que dependen directamente de él.

Por **centralización** se comprende el proceso de eliminación o de desautorización de ordenamientos jurídicos inferiores, como las ciudades, las corporaciones las sociedades particulares, las cuales sobreviven no ya como ordenamientos originales y autónomos sino como ordenamientos derivados de una autorización y por la tolerancia del poder central⁷⁸.

3.2. La Ilustración y las revoluciones de finales del siglo XVIII

El Estado de derecho tiene su origen en dos planteamientos diversos: *uno teórico, que corresponde a la Ilustración, y otro fáctico, que responde a la revolución francesa e inglesa, así como a la independencia norteamericana*. En orden cronológico, el primero de los acontecimientos mencionados es la *glorious revolution* de 1688. Los ingleses, sin el excesivo derramamiento de sangre de la Revolución francesa, lograron la restricción de los poderes del monarca al obligarlo a jurar los textos fundamentales del parlamento. Éste fue un proceso gradual cuyo origen se remonta a la Carta Magna de 1215, pero en 1688 tiene lugar la expedición del Bill of Rights, con el cual se establecen los derechos de la nobleza y de los comunes. Dos años más tarde, John Locke publicaría los tratados sobre el gobierno, con lo cual aparece la idea de que los hombres son guiados por la razón. Ambos hechos,

⁷⁸ En un capítulo del *Leviatán* de Hobbes (1651, trad. It., pp. 219 ss), en el que normalmente no se pone atención, dedicado a las sociedades parciales, se lee que de los sistemas regulares los únicos absolutos e independientes, es decir, no sujetos a nadie más que a sus representantes son los estados: todos los demás, desde las ciudades hasta las sociedades comerciales, son independientes, esto es, subordinados del poder soberano y legítimos sólo en cuanto son reconocidos por él. Citado en BOBBIO, Norberto. *Estado, Gobierno y Sociedad. Por una Teoría General de la Política*. México. Fondo de Cultura Económica. 1999, p.p. 157-161.

la revolución y el pensamiento de Locke, impactarían en los sucesos de Francia de un siglo después. El segundo acontecimiento es la Ilustración, con las ideas de autores franceses como Rousseau y Montesquieu. El primero desarrolló el contractualismo, por el cual los seres humanos renuncian a su libertad con la finalidad de crear un estrato superior: el Estado, encargado de organizar la vida social. Este Estado tiene su origen en la asociación de los hombres, no en la imposición unilateral, como el caso del absolutismo, por lo que las relaciones de suprasubordinación hacia el monarca desaparecen. La soberanía deja de residir en el monarca para incorporarse como elemento inseparable del pueblo. Montesquieu concibe la idea de separar el ejercicio del poder público en determinadas funciones. Limitar el ejercicio del poder es la consigna.

El contractualismo, cuyos reflejos más importantes son la Constitución, la división de poderes y el reconocimiento de derechos a los seres humanos, da la pauta del Estado de derecho. La idea central de este tipo de Estado es la sujeción de gobernantes y gobernados al mandato de la ley. Como la ley es el producto del Poder Legislativo y como éste es el reflejo de la voluntad popular por estar formado por sus representantes, el parlamento adquiere preeminencia sobre los otros poderes. La administración debe cumplir la ley, en tanto que el Poder Judicial es un mecánico aplicador de las normas.

La codificación decimonónica es resultado del Estado de derecho y es, a su vez, su mejor expresión. La codificación consistió en la emisión de disposiciones jurídicas por un cuerpo parlamentario, que pretendían establecer soluciones a todos los conflictos jurídicos. Se trataba de regular absolutamente todo. Es la época de la emisión de los grandes códigos: de Napoleón, civil, penal, procedimientos civiles, procedimientos penales y comercio. Cada problema debía tener su solución en alguna disposición del código. Esto impactó en dos vías a la interpretación del derecho. Desde el punto de vista de la división de poderes consagró la idea de la supremacía parlamentaria; los jueces carecían de la facultad interpretativa de la ley, en virtud de que se concebía que la ley proporcionaba todas las respuestas, y que el legislador no se equivocaba. El otro aspecto fue la creación de una cultura jurídica

que presumía un solo criterio de interpretación: el gramatical. La interpretación de la ley hacía referencia exclusivamente a la letra de la ley.

Caballero menciona que las soluciones de la codificación fueron: sistematizar los ordenamientos existentes; acabar con el casuismo de las disposiciones; establecer principios generales del derecho; elaborar una versión oficial de las disposiciones del derecho común traducida a la lengua de la tierra y fortalecer el derecho nacional al limitar el derecho común a un plano supletorio.

En resumen, el Estado de derecho decimonónico considera los siguientes elementos: la idea de la soberanía popular ejercida por medio de la representación en el parlamento, la división de poderes, la supremacía del parlamento, la expedición de códigos omnicomprendivos como técnica legislativa y como control del Poder Judicial que fungían como instrumentos de regulación del poder. Elementos que serán objeto de deconstrucción en capítulos posteriores.

3.3. El Estado de Derecho

En este apartado cabe formular algunas consideraciones importantes en cuanto a los paradigmas y evolución del Estado de Derecho, así, el primer cambio de paradigma del Derecho se produjo con el nacimiento del Estado moderno y con la afirmación del principio de legalidad como norma de reconocimiento del Derecho positivo existente, un segundo cambio, no menos radical, es el producido en este último medio siglo con la subordinación de la legalidad misma —garantizada por una específica jurisdicción de legitimidad— a Constituciones rígidas, jerárquicamente supraordenadas a las leyes como normas de reconocimiento de su validez. Lo que se ha traducido también en tres alteraciones del Estado legislativo de Derecho, en los mismos planos en los que se había verificado el precedente.

Ante todo, cambian las condiciones de validez de las leyes, dependientes ya no sólo de la forma de su producción sino también de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales. La existencia (o vigencia) de las normas, que en el paradigma paleo-iuspositivista⁷⁹ se había dissociado de la justicia,

⁷⁹ La ideología formal del Estado de Derecho se compone, por ejemplo, de los siguientes elementos:

se disocia ahora también de la validez, siendo posible que una norma formalmente válida, y por consiguiente vigente, sea sustancialmente inválida por el contraste de su significado con normas constitucionales, como por ejemplo el principio de igualdad o los derechos fundamentales.

A. La separación del poder en tres partes: la legislatura, la judicatura y el poder ejecutivo. Además, el Estado de Derecho enfatiza la necesidad de una legislación *ex ante* clara que regule el uso del poder coercitivo. Esto también es comúnmente entendido como el establecimiento de las condiciones para el correcto ejercicio del poder legislativo, y como la estipulación de una generalidad, claridad y consistencia razonable en el Derecho. Desde el punto de vista *judicial* —de acuerdo con la doctrina—, es esencial que los tres poderes sean independientes. Este principio dota al juez de la posición formal que tiene para resolver los casos jurídicos (competencia, poder y, también, la obligación de dar una solución).

B. Hay una *profesión jurídica* especial que se ocupa de tomar a su cargo las cuestiones jurídicas en la sociedad. El origen de esta profesión puede identificarse en la idea del Estado de Derecho como protección contra la monarquía absoluta o, en general, contra los poderes legislativo y ejecutivo.

C. La idea de protección jurídica se convirtió en el centro de toda la noción de Estado de Derecho. Un ciudadano individual tiene que ser protegido no sólo contra otros ciudadanos, sino también contra el Estado. A partir de esta idea crece la antes mencionada expectativa de protección jurídica (o más específicamente: la expectativa de certeza jurídica) entre los ciudadanos. La realización máxima de esta expectativa es una virtud inviolable de los Estados de Derecho.

D. La certeza jurídica se garantiza, por un lado, por los principios formales de procedimiento o discursivos, tales como "*Nullum crimen sine lege*" "*Reformatio in peius*" o, "*audiatur et altera pars*". Por otra parte, el mismo procedimiento jurídico está organizado de tal manera que permite una garantía fuerte de un tratamiento objetivo del caso.

E. La *estructura de las normas* también es fundamental para una noción formal del Estado de Derecho. La categoría básica de normas consiste en reglas, ya sean regulativas (órdenes, prohibiciones, permisiones) o constitutivas (e.g. los diferentes tipos de normas de competencia). Los principios jurídicos son entendidos como un mero "paraguas" que cubre el sistema de reglas. Si hay una laguna en el sistema de reglas se puede, por medio de una simple inducción (o utilizando otros métodos aceptados), llenar la laguna con una norma inferida de un determinado principio. No obstante, el papel de los principios, de acuerdo con la ideología del Estado de Derecho, está claramente subordinado a las reglas.

F. También la estructura de la argumentación es de naturaleza formal. La decisión jurídica se describe como un silogismo en el cual la conclusión puede deducirse de las premisas. La primera es normativa, por ejemplo, una norma jurídica, mientras que la segunda se refiere a los hechos del caso. En algunas formas extremas de razonamiento silogístico, esta fórmula se presenta tanto como una forma hermenéutica (en el contexto de descubrimiento), como una fórmula justificatoria (en el contexto de justificación). No obstante, en la mayoría de los casos, la idea del silogismo se refiere a la justificación *ex post*. En ambos casos, este silogismo es una característica típica de la noción de Estado de Derecho.

E. Finalmente, la ideología del Estado de Derecho enfatiza la justicia formal como el propósito primordial de las soluciones jurídicas. El orden jurídico no garantiza la equidad substancial, o cualquier otra forma substancial de justicia. Sólo tiene en cuenta la parte formal del fenómeno jurídico, por ejemplo, la igualdad formal entre los cónyuges.

En lo relativo a la noción de Estado de Derecho, todos estos tipos de requisitos *formales* son esenciales. Esto significa que la *racionalidad* que se utiliza como marco es la clásica racionalidad sistémica, así como el cálculo lógico (La racionalidad). Citado en AARNIO, Aulius. *Derecho, racionalidad y comunicación social. Ensayos sobre filosofía del derecho*. México. Fontamara. 2000, p.p. 35-48.

Cambia, en segundo lugar, el estatuto epistemológico de la ciencia jurídica, a la que la posible divergencia entre Constitución y legislación confiere un papel ya no sólo exclusivamente explicativo, sino crítico y proyectivo en relación con su propio objeto. En efecto, en el Estado constitucional de Derecho la Constitución no sólo disciplina las formas de producción legislativa sino que impone también a ésta prohibiciones y obligaciones de contenido, correlativas unas a los derechos de libertad y las otras a los derechos sociales, cuya violación genera antinomias o lagunas que la ciencia jurídica tiene el deber de constatar para que sean eliminadas o corregidas.

Paralelamente, se altera el papel de la jurisdicción, que es aplicar la ley sólo si es constitucionalmente válida, y cuya interpretación y aplicación son siempre, por esto, también, un juicio sobre la ley misma que el juez tiene el deber de censurar como inválida mediante la denuncia de su inconstitucionalidad, cuando no sea posible interpretarla en sentido constitucional. De aquí se deriva, tanto para la cultura jurídica como para la jurisdicción, una dimensión pragmática y una responsabilidad cívica, desconocidas para la razón jurídica propia del viejo iuspositivismo formalista: *el señalamiento de las antinomias y las lagunas, y la promoción de su superación por medio de las garantías existentes, o la proyección de las garantías que falten.*

Hay, finalmente, una cuarta transformación producto del paradigma del constitucionalismo rígido. La subordinación de la ley a los principios constitucionales equivale a introducir una dimensión sustancial no sólo en las condiciones de validez de las normas, sino también en la naturaleza de la democracia, para la que representa un límite, a la vez que la completa. Un límite porque a los derechos constitucionalmente establecidos corresponden prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes de la mayoría, que de otra forma serían absolutos. Y la completa porque estas mismas prohibiciones y obligaciones se configuran como otras tantas garantías de los derechos de todos, frente a los abusos de tales poderes que —como la experiencia enseña— podrían de otro modo arrollar, junto con los derechos, al propio método democrático. Al mismo tiempo el constitucionalismo rígido produce el efecto de completar tanto el Estado de Derecho como el mismo

positivismo jurídico, que alcanzan con él su forma última y más desarrollada: por la sujeción a la ley incluso del poder legislativo, antes absoluto, y por la positivación no sólo ya del *ser del Derecho*, es decir, de sus condiciones de 'existencia', sino también de su *deber ser*, o sea, de las opciones que presiden su producción y, por tanto, de sus condiciones de 'validez'.

Por lo demás, existe una interacción entre transformaciones institucionales y transformaciones culturales. Quiero decir que las filosofías jurídicas y políticas son siempre un reflejo y a la vez un factor constitutivo y, por decirlo así, performativo de las concretas experiencias jurídicas de sus respectivos momentos: el iusnaturalismo en sus muchas variantes fue la filosofía jurídica dominante de la época premoderna, mientras faltó el monopolio estatal de la producción jurídica; el iuspositivismo lo ha sido a partir de las codificaciones y el nacimiento del Estado moderno; el constitucionalismo lo es hoy o, en todo caso, está llegando a serlo, después de la introducción de la garantía jurisdiccional de la rigidez de las Constituciones.

3.3.1. Orígenes del Estado de Derecho

Por el estudio de la Antropología, se establece que el derecho antecede al nacimiento de la dominación políticamente organizada, es decir, de la dominación estatalmente organizada, mientras que el derecho sancionado estatalmente y el poder estatal organizado jurídicamente surgen simultáneamente en forma de dominación política. Según todas las apariencias, es la evolución arcaica del derecho la que empieza posibilitando el surgimiento de un poder político, en el que el poder estatal y el derecho estatal se constituyen recíprocamente. Habida cuenta de esta constelación, es difícil imaginar que alguna vez el derecho pudiera ser absorbido totalmente por la política o quedar escindido por completo del sistema político.

Además, puede mostrarse que determinadas estructuras de la conciencia moral desempeñaron un papel importante en la aparición de la simbiosis entre derecho y poder estatal. Un papel similar es el que desempeña la conciencia moral en la transición desde el derecho tradicional al derecho positivo de carácter enteramente profano, es decir, al derecho positivo asegurado por el monopolio

estatal del poder y puesto a disposición del legislador político. Ese momento de incondicionalidad, que incluso en el derecho moderno constituye un contrapeso a la instrumentalización política del medio que es el derecho, se debe al entrelazamiento y simbiosis de la política y del derecho con la moral.

Esta constelación se establece por primera vez en las primeras grandes culturas con la simbiosis entre derecho y poder estatal. En las sociedades tribales neolíticas operan típicamente tres mecanismos de regulación de los conflictos internos: las prácticas de autoauxilio (alianzas y venganzas de sangre), la apelación ritual a poderes mágicos (oráculos y duelos rituales) y la mediación arbitral como equivalente pacífico de la violencia y la magia. Pero tales mediadores carecen todavía de facultades para decidir de forma vinculante y autoritativa las disputas de las partes o para imponer sus decisiones incluso contra las lealtades dictadas por el sistema de parentesco.

Junto con esta característica de coercibilidad, se echan también en falta los tribunales de justicia y los procesos y procedimientos judiciales. Además, el derecho permanece todavía estrechamente hermanado con la costumbre y las representaciones religiosas, de suerte que apenas puede distinguirse entre fenómenos genuinamente jurídicos y otros fenómenos.

La concepción de la justicia subyacente en todas las formas de regulación de los conflictos está entretejida con la interpretación mítica del mundo. La venganza, la represalia, la compensación y la indemnización sirven al restablecimiento de un orden perturbado. Este orden, construido de simetrías y reciprocidades, se extiende por igual, así a las personas particulares y a los grupos de parentesco como a la naturaleza y a la sociedad en conjunto. La gravedad de un delito se mide por las consecuencias del hecho, no por las intenciones del agente. Una sanción tiene el sentido de una compensación del daño causado, de un restablecimiento del statu quo ante, no el sentido de un castigo infligido a un malhechor que se ha hecho culpable de la vulneración de una norma.

Estas ideas concretas de justicia no permiten todavía una separación entre cuestiones de derecho y cuestiones de hecho. En los procedimientos jurídicos arcaicos confluyen juicios normativos, ponderación inteligente de intereses y

afirmaciones concernientes a hechos. Faltan conceptos como el de imputabilidad y el de culpa; no se distingue entre el propósito, intención o designio, y el comportamiento descuidado.

Lo que cuenta es el perjuicio objetivamente causado. No hay separación entre el derecho privado y el derecho penal; todas las transgresiones jurídicas son en cierto modo delitos que exigen indemnizaciones. Tales distinciones sólo resultan posibles cuando surge un nuevo concepto que revoluciona el mundo de representaciones morales. Me refiero al concepto de norma jurídica, independiente de la situación, que queda por encima tanto de las partes litigantes como del juez imparcial, es decir, de una norma jurídica previa y que se considera vinculante para todos. En torno a este núcleo cristaliza lo que L. Kohlberg llama conciencia moral 'convencional'.

Sin tal concepción de la norma y sin tal concepto de norma, el juez arbitral sólo puede tratar de convencer a las partes de que lleguen a un compromiso. Para ello puede hacer valer como influencia el prestigio personal que debe a su status, a su riqueza o a su edad, pero le falta todavía poder político; no puede apelar todavía a la autoridad de una ley que de forma impersonal obligue a todos, ni a la conciencia moral de los implicados.

Aun cuando estas consideraciones tienen también un contenido empírico. Sólo en las imágenes del mundo que se vuelven más complejas se forma una conciencia moral de nivel convencional; sólo una conciencia de, y ligada a, normas ancladas en la tradición y moralmente obligatorias introduce un cambio en la administración de justicia y hace posible la transformación del poder fáctico en un poder normativo; y sólo cuando se dispone de poder legítimo cabe imponer políticamente normas jurídicas; sólo el derecho coercitivo puede utilizarse para la organización del poder estatal. Si se analiza en detalle este entrelazamiento de moral inserta en una imagen religiosa del mundo, poder jurídicamente legitimado y administración estatal organizada en forma jurídica resulta clara la insostenibilidad de los dos conceptos positivistas de derecho a los que me he referido.

La reducción de las normas jurídicas a mandatos de un legislador político implica que el derecho se disuelve, por así decir, en política. Pero con ello se

descompone el concepto mismo de lo político. En todo caso, bajo esta premisa la dominación política ya no puede entenderse como poder legitimado jurídicamente; pues un derecho que queda a completa disposición del sistema político pierde su fuerza legitimadora.

En cuanto la legitimación se entiende como operación propia del sistema político como algo que el propio sistema político se encarga de producir y operar, abonando nuestros conceptos de derecho y política. La misma consecuencia se sigue de la otra idea, a saber, de que el derecho positivo podría mantener su autonomía por sus propias fuerzas, es decir, mediante las continuas aportaciones que la dogmática jurídica se cargaría de hacer a un sistema judicial fiel a la ley y autonomizado frente a la política y frente a la moral.

En cuanto la validez jurídica quedase privada de toda referencia moral a los aspectos de justicia en cuanto quedase privada de toda referencia moral que trascendiese la pura decisión del legislador, el derecho acabaría perdiendo su propia identidad. Pues entonces faltarían los puntos de vista legítimos desde los que el sistema jurídico pudiera ser obligado a conservar una determinada estructura del medio que representa el derecho.

Si se da por sentado que las sociedades modernas no pueden renunciar al derecho (ni con el pseudónimo de 'derecho' pueden sustituirlo por otro equivalente funcional, es decir, por una práctica de *tipo completamente distinto*) la positivación del derecho plantea un problema incluso ya por razones conceptuales. Pues al derecho sacro desencantado- y a un derecho consuetudinario vaciado, que ha perdido su sustancia- hay que buscarle un equivalente que permita al derecho positivo mantener *un momento de incondicionalidad*. Y en efecto, tal equivalente empezó presentándose en el mundo moderno en forma de 'Derecho natural racional', el cual no sólo fue importante para la filosofía del derecho, sino que, en lo que a aspectos de dogmática jurídica se refiere, tuvo una importancia directa para las grandes codificaciones y para el desarrollo del derecho por parte de los jueces. Pero en nuestro contexto quisiera llamar la atención sobre dos puntos: (a) En el derecho natural racional se articula una etapa nueva, postradicional, de la conciencia moral, en la que el derecho se hace depender de principios y queda

asentado sobre el terreno de una racionalidad procedimental. (b) Unas veces fue la positivación del derecho como tal y otras la necesidad de fundamentación nacida de esa positivación lo que quedó en primer plano como fenómeno necesitado de explicación; correspondientemente, las teorías del 'contrato social' se desarrollaron en dos direcciones opuestas. Pero en ninguno de los dos casos lograron establecer una relación plausible entre los momentos de incondicionalidad e instrumentalidad, que caracterizan al derecho⁸⁰.

⁸⁰ *ad (a)* El derecho natural reacciona al hundimiento del derecho natural basado en la religión y en la metafísica y a la «desmoralización» de una política interpretada crecientemente en términos naturalistas y guiada principalmente por intereses de autoafirmación. En cuanto el Estado monopolizador de la violencia, logra, en su papel de legislador soberano, convertirse en fuente exclusiva del derecho, este derecho rebajado a medio de organización corre el riesgo de perder toda relación con la justicia y con ello su genuino carácter de derecho. Con la positividad de un derecho que se vuelve dependiente del soberano estatal, no desaparece la problemática de la fundamentación, sino que no hace más que desplazarse hacia la base ahora mucho más estrecha que representa una ética profana, de tipo postmetafísico, y desligada de las imágenes religiosas del mundo. La figura fundamental del derecho privado burgués es el contrato. La autonomía de contrato o autonomía contractual capacita a las personas jurídicas privadas para generar derechos subjetivos. Pues bien, en la idea de contrato social, esa figura de pensamiento es objeto de una interesante interpretación, destinada a justificar moralmente el poder ejercido en forma de derecho positivo, es decir, destinada a justificar moralmente la «dominación legal racional» (en el sentido de Weber). Un contrato que cada individuo autónomo concluye con todos los demás individuos autónomos sólo puede tener por contenido algo que todos puedan racionalmente querer por ser de interés de todos y de cada uno. Por esta fa sólo resultan aceptables aquellas regulaciones que puedan contar con el asentimiento no forzado de todos. Esta idea básica delata que la razón del derecho natural moderno es esencialmente razón práctica, la razón de una moral autónoma. Esta exige que distingamos entre normas, principios justificatorios y procedimientos conforme a los cuales podamos examinar si las normas, a la luz de principios válidos, pueden contar con el asentimiento de todos. Como con la idea de contrato social se pone en juego un procedimiento de ese tipo para la fundamentación de las formas de dominación política organizadas jurídicamente, el derecho positivo queda sometido a principios morales. Desde la perspectiva de una lógica evolutiva (en el sentido de J. Piaget) viene a quedar confirmada la hipótesis de que en el tránsito a la modernidad es de nuevo un cambio de la conciencia moral el que marca la pauta de la evolución del derecho.

ad (b) El derecho natural racional aparece en versiones distintas. Autores como Hobbes se sienten más bien fascinados por el fenómeno de que el derecho puede cambiarse a voluntad. Autores como Kant se sienten fascinados por el déficit de fundamentación de ese nuevo derecho que se ha vuelto positivo. Como es sabido, Hobbes desarrolla su teoría bajo premisas que despojan, así al derecho positivo, como al poder político, de todas sus connotaciones morales; el derecho establecido por el soberano ha de arreglárselas sin un equivalente racional del derecho sacro desencantado. Pero, naturalmente, al desarrollar una teoría que no hace sino ofrecer a sus destinatarios un equivalente racional de aquel derecho sacro, Hobbes se ve envuelto en una contradicción realizativa (en el sentido que da a esta expresión K.-O. Apel). El contenido manifiesto de su teoría, la cual explica cómo el derecho totalmente positivado funciona de forma ajena a toda moral, cae en contradicción con el papel pragmático de la teoría misma, que trata de explicar a sus lectores por qué podrían tener buenas razones como ciudadanos libres e iguales para decidir someterse a un poder estatal absoluto. Citado en HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid. Trotta. 1998, p.p. 562-588.

Kant hace después explícitos los supuestos normativos que la teoría de Hobbes lleva implícitos y desarrolla desde el principio su teoría del derecho en el marco de una teoría moral. El principio general del derecho, que objetivamente subyace en toda legislación, resulta para Kant del imperativo categórico. De este principio supremo de la legislación se sigue a su vez el derecho subjetivo original de cada uno a exigir de todos los demás miembros del sistema jurídico el respeto a su libertad en la medida en que esa libertad sea compatible con la igual libertad de todos conforme a leyes generales.

Mientras que para Hobbes el derecho positivo es, en última instancia, un medio de organización del poder político, para Kant cobra un carácter esencialmente moral. Pero tampoco en estas versiones más maduras logra el derecho natural racional resolver la tarea que él mismo se propone de explicar racionalmente las condiciones de legitimidad de la dominación legal. Hobbes sacrifica la incondicionalidad del derecho a su positividad. En Kant el derecho natural o moral, deducido *a priori* de la razón práctica, cobra tal predominio que el derecho amenaza con disolverse en moral: el derecho queda rebajado a un modo deficiente de moral.

Kant inserta de tal suerte el momento de incondicionalidad en los fundamentos morales del derecho, que el derecho positivo queda subsumido bajo el derecho natural racional. En este derecho, integralmente prejuzgado por el derecho natural racional, no queda espacio alguno para el aspecto instrumental de un derecho del que el legislador político ha de servirse en las tareas de dirección y planificación que le competen.

Tras hundirse el baldaquino del derecho natural cristiano, quedaron como ruinas las columnas que eran una política interpretada en términos naturalistas, por un lado, y un derecho sustentado por el poder de decisión política, por otro. Kant reconstruyó el edificio destruido procediendo a una simple sustitución: el derecho natural racional, fundamentado ahora en términos de autonomía, fue el encargado de ocupar el puesto vacante que había dejado el derecho natural de tipo religioso y metafísico.

Con ello, en comparación con la estructura trimembre del derecho tradicional, cambia, ciertamente, la función mediadora de la administración de justicia, que había transmitido la legitimación sacra al príncipe y a su dominación burocrática; ahora la administración de justicia queda por debajo del legislador político y se limita a administrar los programas de éste. Pero ahora los poderes del Estado, en sí diferenciados, quedan bajo la sombra de una *res publica noumenon* deducida de la razón, que debe encontrar en la *res publica phaenomenon* una reproducción lo más fiel posible. La positivación del derecho, en tanto que realización de principios del derecho natural racional, queda sometida a los imperativos de la razón.

Pero si la política y el derecho pasan a desempeñar el papel subordinado de órganos ejecutores de las leyes de la razón práctica, la política pierde su competencia legislativa y el derecho su positividad. De ahí que Kant tenga que recurrir a las premisas metafísicas de su doctrina de los 'dos reinos' para distinguir entre sí, de forma altamente contradictoria, legalidad y moralidad.

3.3.2. Los dos modelos de Estado de Derecho y su crisis según Luigi Ferrajoli.

Con la expresión 'Estado de Derecho' se entienden, habitualmente, en el uso corriente, dos cosas diferentes que es oportuno distinguir con rigor. En sentido lato, débil o formal, 'Estado de Derecho' designa cualquier ordenamiento en el que los poderes públicos son conferidos por la ley y ejercitados en las formas y con los procedimientos legalmente establecidos. En este sentido, correspondiente al uso alemán del término *Rechtsstaat*, son Estados de Derecho todos los ordenamientos jurídicos modernos, incluso los más antiliberales, en los que los poderes públicos tienen una fuente y una forma legal. En un segundo sentido, fuerte o sustancial, 'Estado de Derecho' designa, en cambio, sólo aquellos ordenamientos en los que los poderes públicos están, además, *sujetos* a la ley (y, por tanto, limitados o vinculados por ella), no sólo en lo relativo a las formas, sino también en los *contenidos*. En este significado más restringido, que es el predominante en el uso italiano, son Estados de Derecho aquellos ordenamientos en los que todos los poderes, incluido el legislativo, están vinculados al respeto de principios

sustanciales, establecidos por las normas constitucionales, como la división de poderes y los derechos fundamentales.

La tesis sostenida por Ferrajoli⁸¹, es que estos dos significados corresponden a dos modelos normativos diferentes: el modelo paleo-iuspositivista del Estado legislativo de Derecho (o Estado legal), que surge con el nacimiento del Estado moderno como monopolio de la producción jurídica, y el modelo neo-iuspositivista del Estado constitucional de Derecho (o Estado constitucional), producto, a su vez, de la difusión en Europa, tras la Segunda Guerra Mundial, de las Constituciones rígidas y del control de constitucionalidad de las leyes ordinarias.

Sigue sosteniendo el autor, además, que estos dos modelos reflejan dos experiencias históricas diferentes, ambas desarrolladas en el continente europeo y fruto cada una de ellas de un triple cambio de paradigma: a) en la naturaleza y estructura del Derecho, b) en la naturaleza de la ciencia jurídica y c) en la de la jurisdicción. Se identificarán consecuentemente, tres paradigmas —el Derecho premoderno, el Estado legislativo de Derecho y el Estado constitucional de Derecho— analizando las transformaciones que, en estos tres aspectos, se han producido en el tránsito de uno a otro, mismos que serán abordados progresivamente en los capítulos siguientes.

3.3.3. Estado legislativo de Derecho y positivismo jurídico

Es totalmente evidente el alcance de la primera transformación, generada por la afirmación del monopolio estatal de la producción jurídica y por tanto del principio de legalidad como norma de reconocimiento del Derecho válido y antes aún existente. Se identifican tres alteraciones, respecto a la experiencia jurídica premoderna, en las que tal transformación se manifiesta.

La primera alteración se refiere a las condiciones de existencia y validez de las normas jurídicas. En el Derecho premoderno, de formación no legislativa, sino jurisprudencial y doctrinal, no existía un sistema unitario y formalizado de fuentes

⁸¹ CARBONELL, Miguel y otros ensayistas. *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid. Editorial Trotta. 2003, p.p. 13 a 29.

positivas, sino una pluralidad de fuentes y ordenamientos procedentes de instituciones diferentes y concurrentes —el Imperio, la Iglesia, los príncipes, los municipios, las corporaciones— ninguna de las cuales tenía el monopolio de la producción jurídica. El Derecho ‘común’ por tanto estaba, así, asegurado por el desarrollo y la actualización de la vieja tradición romanística, es decir, por las elaboraciones doctrinales y jurisprudenciales cuya validez dependía, obviamente, no ya de la forma de su producción, sino de la intrínseca racionalidad o justicia de sus contenidos. *Veritas, non auctoritas facit legem* es la fórmula, opuesta a la sostenida por Hobbes en polémica con el jurista en su célebre Diálogo entre un filósofo y un estudioso del Derecho común en Inglaterra, con la cual puede expresarse el fundamento iusnaturalista de la validez del Derecho premoderno. Entonces tenía razón el jurista.

En efecto, con aparente paradoja era el iusnaturalismo la teoría del Derecho premoderno; mientras que el positivismo jurídico expresado en la fórmula hobbesiana correspondía a la instancia axiológica de la refundación del Derecho sobre el principio de legalidad como garantía de certeza y libertad frente a la arbitrariedad. El Estado de Derecho moderno nace, con la forma del Estado legislativo de Derecho, en el momento en que esta instancia alcanza realización histórica, precisamente, con la afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación del Derecho válido y antes aún existente, con independencia de su valoración como justo. Gracias a este principio y a las codificaciones que son su actuación, una norma jurídica es válida no por ser justa, sino exclusivamente por haber sido ‘puesta’ por una autoridad dotada de competencia normativa.

De aquí se sigue un cambio de paradigma también en la ciencia jurídica. En la experiencia premoderna la ciencia jurídica, al ser el Derecho no ‘puesto’ como su ‘objeto’ sino recibido por tradición y constantemente reelaborado por la sabiduría de los doctores, era inmediatamente normativa y se identificaba, de hecho, con el Derecho mismo. Por el contrario, con la afirmación del principio de legalidad como norma de reconocimiento del Derecho existente, la ciencia jurídica deja de ser una ciencia inmediatamente normativa para convertirse en una disciplina

tendencialmente cognoscitiva, es decir, explicativa de un objeto —el Derecho positivo— autónomo y separado de ella. Nuestros manuales de Derecho privado, más allá de las semejanzas de contenido, difieren de los tratados civilistas de la época premoderna porque ya no son sistemas de tesis y conceptos inmediatamente normativos, sino interpretaciones, comentarios o explicaciones del código civil, única base a partir de la cual son argumentables o sostenibles, más allá de las inevitables y siempre opinables opciones interpretativas.

De aquí un análogo cambio de paradigma de la jurisdicción, que deja de ser producción jurisprudencial del Derecho y se somete a la ley y al principio de legalidad como únicas fuentes de legitimación. De ello se sigue el carácter también tendencialmente cognoscitivo del juicio. Precisamente, el hecho de que la ley sea preestablecida convencionalmente por una autoridad, según la fórmula hobbesiana, sirve, en efecto, para transformar el juicio en verificación de lo que ha sido preestablecido por la ley, según el principio simétrico y opuesto *veritas, non auctoritas facit iudicium*. Y sirve, pues, para dar fundamento a todo el complejo de las garantías: desde la certeza del Derecho a la igualdad ante la ley y la libertad frente a la arbitrariedad, de la independencia del juez a la carga de la prueba para la acusación y a los derechos de la defensa.

Se evidencia el extraordinario alcance de la revolución producida con la afirmación del principio de legalidad por efecto del monopolio estatal de la producción jurídica. Se trata de un cambio de paradigma que atañe a la forma, más que al contenido de la experiencia jurídica. Si se compara el código civil de Napoleón o el código civil italiano con las Instituciones de Gayo, las diferencias sustanciales pueden parecer relativamente escasas. Lo que cambia es el título de legitimación que ya no es la autoridad de los doctores, sino la autoridad de la fuente de producción; no la verdad, sino la legalidad; no la sustancia, es decir, la intrínseca justicia, sino la forma de los actos normativos. *Auctoritas, non veritas facit legem*: éste es el principio convencional del positivismo jurídico recogido por Hobbes en el ya recordado *Diálogo*, como alternativa a la fórmula contraria que expresa el principio opuesto, ético —cognoscitivo—, del iusnaturalismo.

Iusnaturalismo y positivismo jurídico, Derecho natural y Derecho positivo bien pueden entenderse como las dos culturas y las dos experiencias jurídicas que están en la base de estos dos opuestos paradigmas. No se comprendería bien el predominio milenario del iusnaturalismo como 'corriente de pensamiento según la cual una ley, por ser ley, debe ser conforme a justicia' si no se tuviese en cuenta el dato de que en el Derecho premoderno, en ausencia de un sistema exclusivo y exhaustivo de fuentes positivas, era precisamente el Derecho natural el que valía, como sistema de normas a las que se suponía intrínsecamente 'verdaderas' o 'justas', como 'Derecho común', es decir, como parámetro de legitimación tanto de las tesis de la doctrina como de la práctica judicial.

3.3.4. Deconstrucción del Modelo de Estado de Derecho

Ambos modelos de Estado de Derecho aquí ilustrados están hoy en crisis. Identificaré dos aspectos y dos órdenes de factores de la crisis, que afectan uno al Estado legislativo de Derecho y otro al Estado constitucional de Derecho: en una palabra, al Estado de Derecho tanto en sentido débil como fuerte. En ambos aspectos, la crisis se manifiesta en otras tantas formas de regresión a un Derecho jurisprudencial de tipo premoderno: por un lado, el colapso de la capacidad reguladora de la ley y el retorno al papel creativo de la jurisdicción; por otro, la pérdida de la unidad y coherencia de las fuentes y la convivencia y superposición de diversos ordenamientos concurrentes.

En el primer aspecto, la crisis afecta al principio de legalidad, que como se ha dicho es la norma de reconocimiento propia del Estado legislativo de Derecho, lo cual tiene su génesis en dos factores: la inflación legislativa y la disfunción del lenguaje legal, frutos de una política que ha degradado la legislación a administración, difuminando la distinción entre ambas funciones tanto en el terreno de las fuentes como en el de los contenidos. Las leyes, en todos los ordenamientos avanzados, se cuentan ahora ya por decenas de miles y están formuladas en un lenguaje cada vez más oscuro y tortuoso, dando lugar a veces a intrincados enredos y laberintos normativos; hasta el punto de que en Italia el Tribunal Constitucional ha tenido que archivar como irreal el clásico principio de que la *ignorantia legis* en

materia penal no excusa. Así, la racionalidad de la ley, que Hobbes había contrapuesto a la *'iuris prudentia* o sabiduría de los jueces desordenados' del viejo Derecho común, ha sido disuelta por una legislación obra de legisladores todavía más desordenados, que abre el camino a la discrecionalidad de los jueces y a la formación jurisprudencial, administrativa o privada del Derecho, según el antiguo modelo premoderno, con la consiguiente pérdida de certeza, de eficiencia y de garantías.

Bajo un segundo aspecto, la crisis afecta al papel garantista de la Constitución en relación con la legislación, que es el rasgo distintivo del Estado constitucional de Derecho. Es una consecuencia del fin del Estado nacional como monopolio exclusivo de la producción jurídica. Es emblemático al respecto el proceso de integración de Europa. Por un lado, tal proceso está deformando la estructura constitucional de las democracias nacionales, tanto en el aspecto de la representatividad política de los órganos comunitarios dotados de mayores poderes normativos, como en el de su rígida subordinación a límites y controles constitucionales claramente anclados en la tutela de los derechos fundamentales.

Por otro lado, ha situado fuera de los límites de los Estados nacionales gran parte de los centros de decisión y de las fuentes normativas, tradicionalmente reservados a su soberanía. Así, se corre el riesgo de que se produzca, en la confusión de las fuentes y en la incertidumbre de las competencias, una doble forma de disolución de la modernidad jurídica: el desarrollo de un incierto Derecho comunitario jurisprudencial, por obra de tribunales concurrentes y confluyentes entre sí, y la regresión al pluralismo y a la superposición de los ordenamientos que fueron propios del Derecho premoderno. Expresiones como 'principio de legalidad' y 'reserva de ley' tienen cada vez menos sentido.

Por lo demás, todo el proceso de integración económica mundial que se llama 'globalización' bien puede ser entendido como un vacío de Derecho público producto de la ausencia de límites, reglas y controles frente a la fuerza, tanto de los Estados con mayor potencial militar como de los grandes poderes económicos privados. A falta de instituciones a la altura de las nuevas relaciones, el Derecho de la globalización viene modelándose cada día más, antes que en las formas públicas,

generales y abstractas de la ley, en las privadas del contrato, signo de una primacía incontrovertible de la economía sobre la política y del mercado sobre la esfera pública. De tal manera que la regresión neoabsolutista de la soberanía externa (únicamente) de las grandes potencias está acompañada de una paralela regresión neoabsolutista de los poderes económicos transnacionales, un neoabsolutismo regresivo y de retorno que se manifiesta en la ausencia de reglas abiertamente asumida por el actual anarco-capitalismo globalizado, como una suerte de nueva *grund-norm* del nuevo orden económico internacional.

Por lo anterior, no es posible prever la salida de esta doble crisis. Únicamente que dependerá, una vez más, del papel que pueda desempeñar la razón jurídica y política. La transición hacia un reforzamiento y no una disolución del Estado de Derecho dependerá de la refundación de la legalidad —ordinaria y constitucional, estatal y supraestatal— a la altura de los desafíos procedentes de los dos aspectos de la crisis más arriba ilustrados.

El primer desafío, el dirigido al Estado legislativo de Derecho por la crisis del principio de legalidad, llama en causa al papel crítico y proyectivo de la razón jurídica en la refundación de la legalidad ordinaria. Señalaré dos posibles líneas de reforma, una relativa a la dimensión liberal del Estado de Derecho, la otra relativa a su dimensión social.

Las indicaciones relativas a la reforma del Estado liberal de Derecho se refieren esencialmente al campo del Derecho penal, en el que, no por casualidad, nació aquél. Un eficaz correctivo de la crisis actual del principio de legalidad penal y de su papel garantista provendría de su fortalecimiento a través de la sustitución de la simple reserva de ley por una reserva de código, en virtud de la cual no podría introducirse ninguna norma en materia de delitos, penas o procesos penales si no es a través de una modificación o una integración en el texto del código penal o procesal, a aprobar mediante un procedimiento agravado. Se obtendría así una recodificación de todo el Derecho penal sobre la base de una meta-garantía frente el abuso de la legislación especial, idónea para poner fin al caos existente y para proteger los códigos de la arbitrariedad, de los que Hobbes llamó los 'jueces desordenados', y también de los actuales legisladores 'desordenados'. El código

penal y el procesal se convertirían en textos normativos exhaustivos y a la vez exclusivos de toda la materia penal, de cuya coherencia y sistematicidad el legislador debería ser responsable. Así se vería acrecentada la certeza, la capacidad reguladora y la credibilidad del Derecho penal, y además su grado de eficiencia y garantismo.

Más difícil y compleja es la refundación de la legalidad del Estado social, desarrollado en el siglo pasado a través de la progresiva expansión de la mediación burocrática, el crecimiento de sus espacios de discrecionalidad y la acumulación inorgánica de leyes especiales, medidas sectoriales, prácticas administrativas e intervenciones clientelares responsables tanto de la ineficacia de las prestaciones públicas como de sus degeneraciones ilegales.

Una refundación del Estado social sobre la base de los principios de sujeción a la ley, igualdad de los ciudadanos e inmunidad de éstos frente a la arbitrariedad, requeriría la distribución de sus prestaciones según la lógica universalista de las garantías de los derechos sociales en vez de intervenciones discrecionales y selectivas de tipo burocrático. El ejemplo paradigmático, en esta dirección, es el de la satisfacción *ex lege*, en forma universal y generalizada, de los derechos a la subsistencia y a la asistencia mediante la atribución de una renta mínima garantizada a todos a partir de la mayoría de edad'. Pero a un esquema semejante responden las formas generalizadas, gratuitas y obligatorias de prestaciones como la asistencia sanitaria y la educación para todos, que hoy ya existen con modalidades diversas a cargo de la esfera pública según el paradigma de la igualdad, que es el propio de la forma universal de los derechos a la salud y a la educación.

Naturalmente estas garantías sociales tienen un alto coste económico. Pero se trata, precisamente, del coste de la efectiva satisfacción de los correspondientes derechos, que, por otra parte, se vería compensado con la reducción de los despilfarros producto de los enormes aparatos burocráticos y parasitarios que hoy administran la asistencia social de manera a veces corrupta y con criterios arbitrarios y discriminatorios.

El segundo desafío es el dirigido a la dimensión constitucional del Estado de Derecho por la pérdida de soberanía de los Estados, por el desplazamiento de las fuentes del Derecho fuera de sus confines y por el consiguiente debilitamiento del papel garantista de las Constituciones nacionales.

Frente a estos procesos, la única alternativa al ocaso del Estado de Derecho es la promoción de una integración jurídica e institucional, complemento de la integración económica y política, hoy ya irreversible, y por tanto el desarrollo de un constitucionalismo sin Estado, a la altura de los nuevos espacios, ya no estatales sino supraestatales, a los que se han desplazado el poder y las decisiones: por un lado, un constitucionalismo europeo y, por el otro, un constitucionalismo internacional, idóneos para limitar el absolutismo de los nuevos poderes.

3.4. Del Estado de Derecho al Estado Constitucional

El siglo XIX es el siglo del 'Estado de derecho'⁸², según la expresión alemana, del Rechtsstaat. En la tipología de las formas de Estado, el Estado de derecho, o 'Estado bajo el régimen de derecho', se distingue del Machtstaat, o 'Estado bajo el régimen de fuerza', es decir, el Estado absoluto característico del siglo XVII, y del Polizeistaat, el 'Estado bajo el régimen de policía', es decir, el régimen del Despotismo ilustrado, orientado a la felicidad de los súbditos, característico del siglo XVIII.

Con estas fórmulas se indican tipos ideales que sólo son claros conceptualmente, porque en el desarrollo real de los hechos deben darse por descontado aproximaciones, contradicciones, contaminaciones y desajustes temporales que tales expresiones no registran. Estas, no obstante, son útiles para recoger a grandes rasgos los caracteres principales de la sucesión de las etapas históricas del Estado moderno.

La expresión 'Estado de derecho' es ciertamente una de las más afortunadas de la ciencia jurídica contemporánea. Contiene, sin embargo, una noción genérica

⁸² ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos. justicia*. Segunda Edición. Madrid. Trotta. 1997, p.p. 21 – 33.

y embrionaria, aunque no es un concepto vacío o una fórmula mágica, como se ha dicho para denunciar un cierto abuso de la misma. El Estado de derecho indica un valor y alude sólo a una de las direcciones de desarrollo de la organización del Estado, pero no encierra en sí consecuencias precisas. El valor es la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos. La dirección es la inversión de la relación entre poder y derecho que constituía la quintaesencia del Machtstaat y del Polizeistaat: no más *rex facit legem*, sino *lex facit regem*.

Semejante concepto es tan abierto que todas las épocas, en función de sus exigencias, han podido llenarlo de contenidos diversos más o menos densos, manteniendo así continuamente su vitalidad. El propio Estado constitucional, que es la forma de Estado típica de nuestro siglo, es presentado con frecuencia como una versión particular del Estado de derecho. Esta visión no resulta necesariamente forzada, si se considera la elasticidad intrínseca del concepto, aunque para una mejor comprensión del mismo es aconsejable no dejarse seducir por la continuidad histórica e intentar, por el contrario, poner en claro las diferencias.

No cabe duda que el Estado de derecho ha representado históricamente uno de los elementos básicos de las concepciones constitucionales liberales, aunque no es en absoluto evidente que sea incompatible con otras orientaciones político-constitucionales. Antes al contrario, en su origen, la fórmula fue acuñada para expresar el 'Estado de razón' (*Staat der Vernunft*), o 'Estado gobernado según la voluntad general de razón y orientado sólo a la consecución del mayor bien general', idea perfectamente acorde con el Despotismo ilustrado. Luego, en otro contexto, pudo darse de él una definición exclusivamente formal, vinculada a la autoridad estatal como tal y completamente indiferente a los contenidos y fines de la acción del Estado.

Cuando, según la célebre definición de un jurista de la tradición autoritaria del derecho público alemán, se establecía como fundamento del Estado de derecho la exigencia de que el propio Estado 'fije y determine exactamente los cauces y límites de su actividad, así como la esfera de libertad de los ciudadanos, conforme a derecho (*in der Weise des Rechts*)' y se precisaba que eso no suponía en absoluto

que el Estado renunciase a su poder o que se redujese 'a mero ordenamiento jurídico sin fines administrativos propios o a simple defensa de los derechos de los individuos', aún no se estaba necesariamente en contra del Estado de policía, aunque se trasladaba el acento desde la acción libre del Soberano a la predeterminación legislativa.

Dada la posibilidad de reducir el Estado de derecho a una fórmula carente de significado sustantivo desde el punto de vista estrictamente político-constitucional, no es de extrañar que en la época de los totalitarismos de entre guerras se pudiese originar una importante y reveladora discusión sobre la posibilidad de definir tales regímenes como 'Estados de derecho'. Un sector de la ciencia constitucional de aquel tiempo tenía interés en presentarse bajo un aspecto 'legal', enlazando así con la tradición decimonónica.

Para los regímenes totalitarios se trataba de cualificarse no como una fractura, sino como la culminación en la legalidad de las premisas del Estado decimonónico. Para los juristas de la continuidad no existían dificultades. Incluso llegaron a sostener que los regímenes totalitarios eran la 'restauración' —tras la pérdida de autoridad de los regímenes liberales que siguió a su democratización— del Estado de derecho como Estado que, según su exclusiva voluntad expresada en la ley positiva, actuaba para imponer con eficacia el derecho en las relaciones sociales, frente a las tendencias a la ilegalidad alimentadas por la fragmentación y la anarquía social.

Con un concepto tal de Estado de derecho, carente de contenidos, se producía, sin embargo, un vaciamiento que omitía lo que desde el punto de vista propiamente político-constitucional era, en cambio, fundamental, esto es, las funciones y los fines del Estado y la naturaleza de la ley. El calificativo de Estado de derecho se habría podido aplicar a cualquier situación en que se excluyese, en línea de principio, la eventual arbitrariedad pública y privada y se garantizase el respeto a la ley, cualquiera que ésta fuese. Al final, todos los 'Estados', por cuanto situaciones dotadas de un orden jurídico, habrían debido llamarse genéricamente 'de derecho'. Llegaba a ser irrelevante que la ley impuesta se resolviese en medidas personales, concretas y retroactivas; que se la hiciera coincidir con la voluntad de

un Führer, de un Soviet de trabajadores o de Cámaras sin libertades políticas, en lugar de con la de un Parlamento libre; que la función desempeñada por el Estado mediante la ley fuese el dominio totalitario sobre la sociedad, en vez de la garantía de los derechos de los ciudadanos.

Al final, se podía incluso llegar a invertir el uso de la noción de Estado de derecho, apartándola de su origen liberal y vinculándola a la dogmática del Estado totalitario. Se llegó a propiciar que esta vinculación se considerase, en adelante, como el trofeo de la victoria histórico-espiritual del totalitarismo sobre el individualismo burgués y sobre la deformación del concepto de derecho que éste habría comportado.

Pero el Estado liberal de derecho tenía necesariamente una connotación sustantiva, relativa a las funciones y fines del Estado. En esta nueva forma de Estado característica del siglo XIX lo que destacaba en primer plano era 'la protección y promoción del desarrollo de todas las fuerzas naturales de la población, como objetivo de la vida de los individuos y de la sociedad'. La sociedad, con sus propias exigencias, y no la autoridad del Estado, comenzaba a ser el punto central para la comprensión del Estado de derecho. Y la ley, de ser expresión de la voluntad del Estado capaz de imponerse incondicionalmente en nombre de intereses trascendentes propios, empezaba a concebirse como instrumento de garantía de los derechos.

En la clásica exposición del derecho administrativo de Otto Mayer, la idea de Rechtsstaat, en el sentido conforme al Estado liberal, se caracteriza por la concepción de la ley como acto deliberado de un Parlamento representativo y se concreta en: a) la supremacía de la ley sobre la Administración; b) la subordinación a la ley, y sólo a la ley, de los derechos de los ciudadanos, con exclusión, por tanto, de que poderes autónomos de la Administración puedan incidir sobre ellos; c) la presencia de jueces independientes con competencia exclusiva para aplicar la ley, y sólo la ley, a las controversias surgidas entre los ciudadanos y entre éstos y la Administración del Estado. De este modo, el Estado de derecho asumía un significado que comprendía la representación electiva, los derechos de los

ciudadanos y la separación de poderes; un significado particularmente orientado a la protección de los ciudadanos frente a la arbitrariedad de la Administración.

Con estas formulaciones, la tradicional concepción de la organización estatal, apoyada sólo sobre el principio de autoridad, comienza a experimentar un cambio. El sentido general del Estado liberal de derecho consiste en el condicionamiento de la autoridad del Estado a la libertad de la sociedad, en el marco del equilibrio recíproco establecido por la ley. Este es el núcleo central de una importante concepción del derecho preñada de consecuencias.

3.5. El Estado Constitucional de Derecho

El pensamiento jurídico en el siglo XIX sostenía que el orden jurídico era completo, esto es, que no tenía contradicciones internas ni vacíos que debieran ser integrados. Lo anterior se debía a la concepción del Poder Legislativo como órgano supremo del Estado, el cual no podía, por su naturaleza, aprobar leyes contrarias entre sí. La concepción mecánica de la actividad jurisdiccional impedía a los jueces el ejercicio de una función deliberativa y valorativa, y los constreñía a una aplicación literal de la ley. La hegemonía legislativa en la interpretación y la debilidad del Poder Judicial influyeron en la construcción de un modelo de Estado de derecho cerrado.

Se partía de la premisa de que las sociedades eran homogéneas, en virtud de que los parlamentos eran la representación de la sociedad liberal burguesa, que vía normas jurídicas y establecía su dominio sobre otro tipo de grupos. Se consolida la idea del derecho como instrumento de control. Las leyes electorales apoyaban dicha función al establecer requisitos para el ejercicio del voto activo y pasivo que favorecían a una determinada clase social. Cabe destacar, por ejemplo, el requisito de alfabetismo, que marginaba del sufragio a grandes sectores de la población; o la obligación de contar con una renta mensual, que se dirigía a lograr que los parlamentos reflejaran una determinada sociedad. Era evidente que si sólo podían tener acceso a los órganos legislativos los representantes de las clases sociales media y alta, las leyes que emergieran de tales parlamentos reflejarían los intereses de tales elites sociales. El derecho se constituía en un instrumento de dominio, y la ley era la expresión jurídica máxima de ese dominio social.

El siglo XIX fue la centuria del Estado de derecho legislativo, en donde una elite social, por conducto de las leyes emanadas de un parlamento afín, dominaba al resto de la colectividad. El Estado de derecho decimonónico se caracterizaba, según la concepción de Zagrebelsky⁸³, por la supremacía de la ley sobre la administración, por la subordinación a la ley, y sólo a la ley, de los derechos de los ciudadanos, y por la aplicación mecánica de la ley por parte de los jueces.

Para Aulis Aarnio⁸⁴, el Estado de derecho formalista está integrado por siete elementos: la separación del poder, la profesión jurídica como monopólica, la idea de protección jurídica, la certeza jurídica, la estructura de las normas, la estructura de la argumentación y la idea de la justicia formal.

El primero de estos elementos se refiere a que el poder debe separarse para su ejercicio en Ejecutivo, Legislativo y Judicial, y señala también que el Estado de derecho, conforme a este supuesto, busca eliminar la arbitrariedad a partir de la expedición de leyes *ex ante*. La profesión jurídica se convierte en monopolista de las cuestiones jurídicas de la sociedad. La idea de la protección jurídica tiene que ver con la concepción de que el ciudadano tiene que estar protegido contra actos de otros ciudadanos y del Estado.

La certeza jurídica en el Estado de derecho busca la permanencia de ciertos principios formales de procedimiento *nullum crime sine lege*. La estructura de las normas se refiere a que el derecho se encuentra, en el Estado de derecho formal, plasmado mediante reglas. Los principios, que no son constitutivos del ordenamiento jurídico, se encuentran subordinados a las reglas. En lo que se refiere a la argumentación jurídica, las decisiones jurídicas se componen de silogismos, en los cuales la premisa mayor refiere a la norma jurídica de carácter general, la premisa menor, al caso concreto, y la conclusión a la sentencia, que siempre será particular. Finalmente, la idea de la justicia formal como fin del derecho significa que las normas jurídicas deben establecer reglas cuyo cumplimiento será justo.

⁸³ Ídem p.p. 21–33.

⁸⁴ AARNIO, Aulus. *Derecho, racionalidad y comunicación social. Ensayos sobre filosofía del derecho*. México. Fontamara. 2000, p.p. 35-48.

En el ámbito mexicano se puede observar la repetición de los planteamientos de Zagrebelsky y de Aarnio. Del primero se encuentra que la ley se hallaba por encima de la administración que carecía de facultad interpretativa, ya que el único intérprete válido en el siglo XIX era el Poder Legislativo y en el siglo XX el Judicial; los derechos de los ciudadanos se sujetaban a la ley, toda vez que las Constituciones mexicanas del siglo XIX (la Constitución de Cádiz, la de Apatzingán, la carta federal de 1824, las Siete Leyes Constitucionales de 1835, las Bases Orgánicas de 1843 y la Constitución de 1857) debían contar con leyes secundarias que desarrollaran sus preceptos, incluyendo los relativos a los derechos humanos.

Finalmente, los jueces eran aplicadores mecánicos del derecho, y no fue sino hasta el siglo XX en que se inició una transformación de dicha concepción. González Oropeza ha mostrado el carácter conservador de la función judicial, señalando que el Poder Judicial en nuestro país ha sido tradicionalmente mediatizado, incluso por medio de disposiciones constitucionales, para no interpretar o suspender la aplicación de leyes y, por el contrario, hacer del conocimiento de los congresos locales dicha duda sobre la aplicación. El constitucionalista refiere como ejemplos los artículos 189 de la Constitución de Jalisco de 1824; 147 de la Constitución de Zacatecas de 1825; 210, fracción III, de la Constitución tamaulipeca de 1825; 171 de la Constitución de Tabasco de 1826; 118 de la Constitución de Michoacán de 1825; y 123 de la Constitución de San Luis Potosí de 1826.

En lo que se refiere al segundo elemento, el Estado de derecho formal consagró la separación del poder mediante los tres poderes clásicos. Esto se refleja en la actualidad con la dificultad del reconocimiento de la paridad de rango de los órganos constitucionales autónomos. Por otra parte, la profesión jurídica se mantiene como monopólica en varios sectores del Estado; verbigracia podrá recordarse que los consejeros magistrados del primer Consejo General del Instituto Federal Electoral debían ser licenciados en derecho, a pesar de que la función del Instituto Federal Electoral es mucho más amplia que la formación de abogado. Respecto a la idea de protección jurídica de los ciudadanos, todavía se mantienen posiciones que consideran que con el juicio de amparo se encuentra resuelto este problema, cuando el excesivo tecnicismo y la cultura jurídica han privilegiado el

sobreseimiento de los juicios de garantías y no su resolución. La certeza jurídica se mantiene como el escudo de los abogados formalistas, bajo la premisa de que interpretar en sentido abierto una norma jurídica rompería la certeza jurídica y el carácter predecible de las decisiones.

En lo que se refiere a la estructura de las normas, es claro que los principios no son considerados en la cultura jurídica mexicana, que prefiere la interpretación gramatical de las normas. La estructura de la argumentación se mantiene como un mecanismo de subsunción en las sentencias, y la idea de la justicia formal permanece en la mayoría de los aplicadores jurídicos; pocos hacen referencia a mecanismos de justicia sustancial.

Esta situación del Estado de derecho decimonónico, que según se ha visto se aplica válidamente al caso mexicano, se modificó a nivel occidental con las transformaciones sociales del siglo XX. El Estado de derecho legislativo, propio del siglo XIX, se vio sustituido por un Estado constitucional de derecho. Este modelo implica que la ley deja su lugar a un estrato normativo superior: la Constitución. Pero no sólo eso. En el presente apartado se pretende explicar dicho modelo.

El concepto de Estado de derecho, por su carácter tan ambiguo, provocaba que si un Estado imponía leyes arbitrarias, éstas debían cumplirse. El Estado constitucional de derecho, a diferencia del Estado de derecho, no comparte una visión de esta naturaleza. Para el Estado constitucional de derecho la Constitución emerge como suprema norma del ordenamiento jurídico, deja de ser símbolo para convertirse en norma.

Por otra parte, en contraposición a la subordinación de los derechos a la ley, propia del siglo XIX, se establece la aplicación directa de la Constitución y con ella la idea de la aplicación de los derechos independientes de la ley. A partir de dicho momento, de conformidad con esta corriente, los derechos no requieren de una ley secundaria para su ejercicio. Finalmente, la aplicación mecánica de la ley se desdibuja. El Código deja de proporcionar todas las respuestas a los juristas, principalmente a los jueces, quienes se ven obligados a interpretar la ley para poder dar respuesta a las controversias de una sociedad cambiante.

Ahora bien, ¿qué se debe entender por estructura del Estado constitucional de derecho? Para Ferrajoli, la presencia de los siguientes elementos lo explica:

a) Pertenencia de las normas vigentes a niveles diversos y jerárquicamente ordenados, cada uno de los cuales se configura como normativo respecto del inferior: Esto no es otra cosa que el concepto de vigencia en Ferrajoli, al que se aludirá más adelante. El concepto básico es la existencia de un orden jurídico establecido por normas de diversas jerarquías, cuya validez formal depende de que la norma superior prescriba el procedimiento y contenido de las normas inferiores.

b) Por la incorporación a las normas superiores de obligaciones y prohibiciones que disciplinan la producción de las normas inferiores y cuya observancia es condición de la efectividad de las primeras y de la validez de las segundas.

En el ámbito electoral esto se traduce en las reglas que regulan la producción jurídica. Por ejemplo, la Constitución prescribe los límites a la producción legislativa y estatutaria en materia electoral: en los artículos 71 y 72 fija el procedimiento de creación de las leyes, entre las cuales se encuentran las electorales. Por su parte, el artículo 116, fracción IV, regula el contenido de las disposiciones electorales en las entidades federativas.

Finalmente, el artículo 41, fracción III recoge la facultad del Consejo General del Instituto Federal Electoral de emitir el Estatuto del Servicio Profesional Electoral. En ese sentido, las normas constitucionales señaladas encuentran su efectividad en la medida en que son desarrolladas por normas jurídicas secundarias y estas últimas encuentran su validez en la norma constitucional que las prescribe.

c) Por las antinomias producidas por las violaciones de las normas superiores por parte de las inferiores y por la simultánea vigencia de unas, aun cuando inefectivas, y de las otras, no obstante su invalidez.

El tercer elemento es la incorporación de disposiciones que vulneran a otras normas en razón de la complejidad del sistema jurídico. Las antinomias, que son contradicciones entre las normas jurídicas, son resultado de la pluralidad de fuentes del derecho. En virtud de esta complejidad creciente, es imposible que un sistema jurídico sea perfecto. Estas imperfecciones, las antinomias, tienen a su vez diversos

tipos de resolución, según sea la causa del vicio. Como criterios clásicos de resolución de antinomias, Bobbio' establece el cronológico (la norma posterior deroga a la anterior), el jerárquico (la norma superior deroga a la inferior) y el de especialidad (la norma específica deroga a la general).

d) Por la ilegitimidad jurídica que en alguna medida afecta siempre a los poderes normativos, Legislativo y Judicial, y que es tanto mayor cuanto más amplia pero inefectiva resulta la incorporación limitativa de los deberes a los niveles más altos del ordenamiento.

El último elemento es el que requiere mayor revisión. Consiste en el hecho de que una norma, así sea de carácter constitucional, no necesariamente será acatada por los destinatarios. En muchos casos, las normas pierden su sentido ante la realidad, esto es, son normas poco eficaces. En repetidas ocasiones, entre más ambicioso sea el texto constitucional y legal, más difícil será lograr su cumplimiento cabal.

Otro factor importante por desarrollar en este campo es el relativo a la sociedad que regula el Estado de derecho y la sociedad regulada por el Estado constitucional de derecho. El Estado de derecho, como se ha mencionado, partía de la base de que el parlamento regulaba a una sociedad homogénea. Lo anterior se debía a que sólo un determinado grupo social, en razón de lo discriminatorio de las leyes electorales, tenía acceso a los órganos legislativos y, por tanto, a la protección jurídica de sus intereses.

Esta idea de la sociedad homogénea se desdibuja. El creciente pluralismo político y social, impulsado por los cambios democráticos, produce que los órganos legislativos se conviertan en un centro de conjunción de todas las corrientes sociales. Esto conlleva la presentación e integración de valores e intereses heterogéneos en las leyes.

El caso de México es paradigmático. El Congreso de la Unión, por lo menos hasta 1988, fue el reflejo de un sector político determinado. Se concebía a sí mismo como expresión de la Revolución mexicana, y su legitimidad, por tanto, no provenía del carácter democrático de las urnas, sino de la herencia del movimiento revolucionario. Tal es el motivo de que el Congreso mexicano respondiera a un

interés y a un valor determinado. Las leyes eran expresión de ese grupo social, no del conjunto de la sociedad mexicana, de ahí su falta de evolución y, consecuentemente, sus frecuentes momentos de crisis.

El último punto que es dable tocar en la evolución del Estado constitucional es lo que Haberle ha determinado como los dos componentes del Estado constitucional como conquista cultural. Estos son, primero, la dignidad humana a partir de la cultura de una colectividad, es decir, los derechos humanos vividos bajo la óptica y la experiencia vivencial de cada pueblo y, segundo, la soberanía popular, entendida como el marco de renovación de la responsabilidad del ejercicio de las funciones estatales, la Constitución como contrato y el principio de la división de poderes, en sentido amplio y estricto.

El primero, referido al pluralismo indispensable en los Estados constitucionales de derecho, el segundo referido al Estado en sí. Esta tesis, al referirse al Estado constitucional de derecho y a la interpretación en dicho Estado, siempre será en los términos aludidos por la tríada mencionada: Zagrebelsky, Ferrajoli y Haberle⁸⁵.

3.5.1. El Estado constitucional desde la perspectiva evolutiva; las dos dimensiones de esta perspectiva: el tiempo y el espacio

Es preciso definir no solo la preeminencia conceptual del Estado Constitucional y su evolución histórica y jurídica, sino también la perspectiva evolutiva de éste en las dos dimensiones contemporáneas fundamentales: el tiempo y el espacio.

3.5.1.1. La comparación jurídica en el tiempo: la historia constitucional.

⁸⁵ NIETO Castillo, Santiago. *Interpretación y argumentación jurídicas en materia electoral. Una propuesta garantista*. México. U.N.A.M. 2003, p.p. 123-130.

La 'evolución' corre, por un lado, en la 'vía' o la 'escala' temporal. En este sentido se ha formado, respecto del Estado constitucional, una disciplina científica propia, la 'historia constitucional', la cual se encuentra presente hoy en las grandes obras de E. R. Huber, O. Kimminich, D. Willoweit, y M. Stolleis. Ciertamente, esta disciplina no ha podido todavía fijar de manera 'clásica' su objeto y sus métodos, del mismo modo como lo ha logrado la 'historia del derecho privado moderno' de un F. Wieacker, la cual contiene también elementos de la constitución de la libertad, pero tal vez esto no sea siquiera posible. E. R. Huber tiene la esperanza, de al menos ofrecer un reflejo de qué modo el ser real todavía no configurado y la estructura ordenada de las instituciones del derecho del Estado y de las normas; de qué manera las grandes corrientes de las ideas y la agitada marea de los intereses; cómo la subjetividad de las fuerzas actuantes y la objetividad del espíritu de una época que se realiza a sí mismo en la lucha, plena de crisis, por la Constitución, se encuentran inseparablemente ligadas, pero no sin que no puedan distinguirse.

Este autor sostiene un 'concepto sustancial de Constitución' y se propone una 'historia constitucional de toda Europa'. M. Stolleis habla de la 'transformación evolutiva' y ocasionalmente 'revolucionaria' de las reglas jurídicas 'que constituyen a la comunidad y que ordenan la relación interna entre gobernantes y gobernados, así como las relaciones externas con otras comunidades', y pide una 'analogización', es decir, la constatación de similitudes entre el ahora y el entonces. Se trata pues de una comparación en el tiempo, a través de la cual se puede reconstruir 'procesos evolutivos', explicar lo nuevo y lo otro como cosas diferentes. Toda lucha por elaborar una historia constitucional se revela como comparación en el tiempo, como extensión de lo próximo hacia lo lejano: del Estado constitucional nacional hacia el Estado constitucional regional europeo, y desde ahí hacia procesos evolutivos universales, según la época. En lo particular, la reconstrucción de la evolución histórica (constitucional) es sin duda difícil, ya que 'concepción previa (*Vorverständnis*) y elección del método' se encuentran históricamente condicionadas⁸⁶.

⁸⁶ HABERLE, Peter. *El Estado Constitucional. Op. Cit.*, p.p. 58-68.

3.5.1.2. La comparación jurídica en el espacio: producción y recepción en materia del Estado constitucional.

La comparación jurídica en el espacio es la 'otra' dimensión —correlativa del derecho comparado en el tiempo, es decir, de la historia— que nos permite 'perseguir' los procesos evolutivos. Tiempo y espacio son dos las dimensiones correlativas, 'hermanas', que requiere la comprensión histórico-evolutiva del Estado constitucional. Aquí se puede invocar, o no, al 'Parsifal' de Richard Wagner ('Aquí se toma en espacio el tiempo'), pero lo que sí hace falta es una teoría constitucional del espacio.

Con ello no queremos proponer un retorno a las funestas ideologías del espacio de la época nazi; por fortuna, después de su 'Ser y tiempo' (1927), M. Heidegger no escribió un libro con el título 'Ser y espacio'. Más bien se trata de reconocer que los procesos de desarrollo del Estado constitucional en última instancia solamente pueden entenderse si se toma en cuenta el espacio, hoy Europa o incluso el mundo. No es sólo a partir de 1989 que se puede observar procesos de producción y recepción en materia del Estado constitucional a través del espacio y por encima de los continentes.

Esto lo veíamos ya respecto de elementos que hoy son clásicos, como la división de poderes de Montesquieu, y su 'ignición' en los jóvenes Estados Unidos de América; una recepción inversa se presenta en el 'salto' del federalismo desde ese país hacia Europa. Sin embargo, a partir de 1989 es visible una comunidad de producción y recepción mundial, que abarca a Europa oriental y a partes de Asia, en la que los textos constitucionales, los paradigmas científicos, las resoluciones judiciales, se vuelven objeto de los 'procesos de globalización', es decir, son intercambiados y también 'transformados'. Con ello también hay recepción de una 'realidad constitucional', en el sentido de que los Estados constitucionales más jóvenes convierten en conceptos y en texto lo que se ha desarrollado paulatinamente en los más antiguos. Así, Italia discute actualmente en su sistema de coordenadas, como 'regionalismo cooperativo', elementos del 'federalismo

cooperativo'; de este modo incorporó España, a partir de 1978, mucho de lo que se había desarrollado en el federalismo alemán. El ejemplo más espectacular de un intercambio de experiencias a través del espacio en el marco del Estado constitucional (sobre todo respecto del federalismo y la jurisdicción constitucional) lo ofrece actualmente Sudáfrica. Esta constatación tiene consecuencias: la entronización de la comparación jurídica como 'quinto método de interpretación', que se agrega al 'histórico'.

En el ámbito de los derechos fundamentales se produce su integración en el tipo del Estado constitucional, por ejemplo, a través del postulado de una 'interpretación conforme a los derechos humanos' y su condensación en 'principios generales del derecho', como lo ha demostrado el Tribunal de Justicia europeo, mientras que en el plano de Europa madura la idea del 'derecho constitucional común europeo'. Puesto que el 'taller' del Estado constitucional se vuelve cada vez más global en el espacio (lo que se compensa en parte por nuevas fragmentaciones), las 'piezas' deben ser examinadas de manera correlativamente amplia, como contraparte de la amplitud y profundidad de la investigación histórico-constitucional. El tiempo y el espacio trabajan en el tipo del 'Estado constitucional' como 'proyecto de desarrollo'. La metodología constitucional se hace correlativamente extensa.

En resumen: el Estado constitucional asegura su continuidad y supervivencia en el curso del tiempo a través de instrumentos y procedimientos 'grandes' (de 'malla gruesa') y 'finos', en un equilibrio entre constancia y cambio. El tiempo y la cultura constitucional constituyen un modo de existencia de este tipo. Sin embargo, aun la citada escala de procedimientos no lo hacen inmune contra errores y desviaciones, como tampoco lo está ninguna obra humana. Sin embargo, en el marco de una 'teoría de la Constitución como ciencia cultural', el Estado constitucional se 'conecta' de manera diferenciada con el paradigma de la 'evolución' que quizá caracteriza actualmente a todas las ciencias naturales y

culturales. En un sentido más profundo, todos los Estados constitucionales son ‘países en desarrollo’⁸⁷.

⁸⁷ Los instrumentos y procedimientos para el procesamiento constitucional del factor tiempo con vistas al presente y al futuro son múltiples y de ellos se ocupa principalmente una concepción más “dinámica” de la Constitución. Escalonados de acuerdo con su grado de formalización se obtiene la relación que sigue.

1. Cláusulas relativas al futuro y al progreso

Una forma especial de reivindicación del futuro por el texto constitucional se encuentra en diversas variantes: en la fijación absoluta, “eterna”, de ciertos principios, en forma similar a lo dispuesto por el artículo 79, inciso 3, de la LF; en la formulación de una “pretensión de validez perenne” o en la negación duradera de situaciones jurídicas anteriores especialmente reprochables, como la servidumbre y los títulos. La elaboración rigurosa del pasado se convierte aquí en elevada exigencia para el futuro. Otra tematización más del futuro se encuentra en las Constituciones que expresamente hablan de un “futuro benéfico”, que se dirigen a las futuras generaciones alemanas, exigen de la república la promoción del desarrollo cultural o invocan el “progreso”: en cláusulas que se refieren a la fiesta del 1º de mayo, como profesión de fe en el progreso (artículo 32 de la Constitución de Hesse de 1946) o en forma bastante más general. Aquí se manifiestan claramente los dos lados de una cultura, el tradicional y el prospectivo.

2. Mutación constitucional a través de la interpretación

La mutación constitucional a través de la interpretación, es decir, sin modificación expresa del texto de la Constitución, se produce de manera relativamente discreta y sin formalización. Por la sola vía de la interpretación, ya sea la de los tribunales, la de la práctica estatal, la de la opinión pública o la doctrina, o como producto de la combinación de ellas, es que una norma constitucional puede adquirir un significado nuevo o diferente. Así, por ejemplo, la propiedad reconocida por el Código Civil alemán (BGB) de 1900 se ha visto sometida a una profunda transformación. También pertenecen aquí los procesos de crecimiento que han afectado a los diversos principios constitucionales, con resultados fenomenales. Así, la concepción del “Estado social de derecho” en 1999 tiene muy poco en común con la interpretación de la LF en 1949.

Dependiendo del método, la interpretación de la Constitución es en parte retrospectiva y en parte prospectiva. ¡Los diversos métodos de interpretación no hacen otra cosa que “organizar” el tiempo! La interpretación histórica incorpora los orígenes; el método objetivo, el presente, el método orientado a las consecuencias y el pronóstico, el futuro. Quizá la “impredecibilidad” general de los procesos temporales sea la razón por la cual, hasta ahora, ninguna metodología ha sido capaz de ponderar entre sí los diversos métodos de interpretación. Presumiblemente, su interrelación es una función del tiempo, o sea, es flexible.

3. Votos particulares

Los votos particulares de los jueces constitucionales que sostienen interpretaciones alternativas pueden convertirse en una forma especial de anunciar y promover, e incluso de acelerar, la “mutación constitucional”. La historia de la jurisdicción constitucional en los EUA ofrece ejemplos sorprendentes al respecto, por ejemplo, en relación con la observancia de la legislación del New Deal de Roosevelt. Entre nosotros ya también es posible identificar signos de tales efectos en la “jurisprudencia alternativa” de los votos particulares, en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal).

4. Mandatos al legislador

La actividad del legislador puede concebirse como procesamiento permanente del cambio social en el tiempo y ofrece una variedad de procedimientos y técnicas pertinentes. En la primera época de la LF, se intentaba “cumplir” los mandatos constitucionales, abiertos (u ocultos), por ejemplo, sobre la igualdad de los sexos (artículo 3º, inciso 2, de la LF), de los hijos nacidos fuera de matrimonio (artículo 6º, inciso 5 de la LF) o sobre la democracia interna de los partidos (artículo 21, inciso 1, frase 3, de la LF) (cfr. también los artículos 95, inciso 3, y 117, inciso 2, de la LF).

5. Efectos anticipados de las leyes

Se menciona brevemente dos formas más de incluir el tiempo en el desarrollo constitucional, formas de las que se tiene más conciencia recientemente: en primer lugar, el efecto anticipado de las leyes

3.5.2. La europeización y la internacionalización del Estado Constitucional: la visión del mundo del Estado constitucional

La europeización del derecho en general, pero también de sus disciplinas, se ha convertido en lugar común. El 'derecho civil común europeo', concebido quizá por primera vez por H. Kötz, encuentra su equivalente en el 'derecho constitucional común europeo' (gemeineuropäisches Verfassungsrecht). Otros términos clave provienen de H. Coing y su frase 'desde Bolonia hasta Bruselas', así como de sus investigaciones sobre la historia del derecho en Europa, pero también de los esfuerzos en torno al derecho europeo laboral o social o también el penal. Estos procesos generales de desarrollo, que no deben perderse en lo indeterminado, se vuelven tangibles para la teoría de la Constitución en tres campos que penetran en las dimensiones culturales profundas y respecto de los cuales es válida la siguiente proposición: la cultura y el derecho 'hacen' la cultura del derecho de Europa.

3.5.2.1. La europeización del Estado constitucional

y tratados. Los efectos anticipados de leyes todavía no vigentes formalmente es tan comprobable como admisible, aunque en forma diferenciada. En el ámbito internacional llaman la atención los efectos anticipados del Tratado SALT II, pues durante mucho tiempo los EUA y la entonces URSS se apegaron tácitamente al proyecto de tratado. Los efectos anticipados no son otra cosa que la aceleración del factor tiempo.

6. Cláusulas de experimentación y de experiencia

Por último, echemos una mirada a las cláusulas legales de experimentación y de experiencia, las cuales aparecen sobre todo en tiempos reformistas y se muestran como intento de anticiparse al futuro de manera temporalmente limitada. En los años setenta estas cláusulas fueron tema de discusión en Alemania. Un ejemplo es el § 5 b de la Ley sobre la Judicatura Alemana en relación con la educación jurídica de una sola etapa. No se puede discutir aquí en lo particular” estas cláusulas, que ya había advertido Montesquieu, pero deben considerarse como forma de “prueba anticipada” del futuro. Actualmente el interés se dirige a la evaluación de las leyes: la investigación de la implementación, por ejemplo, trata a una ley en su conjunto como si fuera un experimento, a fin de preparar iniciativas de reforma que posiblemente la mejoren (sobre todo en la protección del ambiente y el derecho de la planeación); también se discute la “legislación temporal”, por ejemplo, en el derecho alemán de la educación superior o de los municipios (por último, su “fecha de caducidad”).

7. Modificaciones constitucionales

La institución clásica encaminada a formalizar lo nuevo y darle entrada directa en la Constitución es la modificación o reforma constitucional, es decir, el cambio del texto de la Constitución a través de determinados procedimientos que requieren, por lo común, mayorías calificadas como base de un consenso más amplio (cfr. el artículo 79, inciso 2, de la LF). Todos los Estados constitucionales que cuentan con un documento constitucional conocen esta posibilidad de incorporar al texto el cambio en el tiempo, aunque los supuestos puedan ser diferentes en lo particular (por ejemplo, la mayoría requerida). Citado en HABERLE, Peter. El Estado Constitucional, Op. Cit., p.p. 58-68.

El derecho europeo (*Europarecht*) en 'sentido restringido' es el derecho de la Unión y las Comunidades Europeas. En el campo de la ciencia, este derecho ha llevado a extraordinarias contribuciones como la del 'derecho administrativo europeo' (J. Schwarze, 1988), a través del descubrimiento del derecho privado europeo en la CE (P.-C. Müller-Graff, 1989), a las obras pioneras como el *Derecho comunitario europeo* de H. P. Ipsen (1970). El Tribunal de Justicia europeo ha hecho contribuciones equivalentes, por ejemplo, en relación con los derechos fundamentales como 'principios generales del derecho', que hacen aparecer al derecho europeo casi como derecho pretoriano, similar al derecho de los juristas en Roma. El derecho europeo en sentido amplio es el derecho del Consejo de Europa que encuentra sus puntos culminantes en diversas sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos. Austria y Suiza se han adelantado a algunos otros miembros del Consejo de Europa al haber otorgado jerarquía constitucional a la Convención Europea de Derechos Humanos. La teoría constitucional europea debiera poner mucha atención en este derecho europeo en sentido amplio, pues constituye una etapa de crecimiento del Estado constitucional europeo mismo.

3.5.2.2. El 'derecho constitucional común europeo'

El 'derecho constitucional común europeo', introducido en la discusión en 1991, circunscribe un aspecto parcial del Estado constitucional europeo, el cual se alimenta del pensamiento del derecho común y de los principios, sin pretender nivelar la pluralidad de culturas jurídicas nacionales.

3.5.2.3. 'Derecho constitucional nacional de Europa'

Una dimensión de la europeización, hasta ahora poco estudiada por la doctrina, la denominamos aquí 'derecho constitucional nacional de Europa'. Con este concepto nos referimos al aumento, cuantitativo y cualitativo, de las artículos sobre Europa que se encuentran en los distintos Estados constitucionales. Recientemente se añadieron a la LF bastantes 'artículos sobre Europa' (artículos 23, 24 a, inciso 1 a, 28, inciso 1, frase 3, 45, 50, 88, frase 2).

Del surgimiento y desarrollo del 'derecho constitucional nacional de Europa', en sus diversas manifestaciones, se derivan también consecuencias respecto de los problemas constitucionales concretos, por ejemplo, en relación con las cuestiones particulares que plantea el artículo 32 de la LF, cuyo inciso 1 debe ser reinterpretado, 'europeizado', en lo particular. Cuando ahí se disponía, desde 1949, que 'corresponde a la Federación conducir las relaciones con los Estados extranjeros', hay que preguntarse ahora, a partir del nuevo artículo 23 de la LF, de 1992, si los Estados constitucionales que actúan en el contexto de Europa son todavía 'Estados extranjeros'; en otras palabras: el esquema interno-externo se cuestiona fundamentalmente en relación con Europa. Los Estados de la Unión Europea no son entre sí ya 'extranjeros', sino que existe sobre todo el 'Euroland'.

3.5.2.4. Los países en desarrollo en el campo de fuerzas de los procesos de crecimiento del Estado Constitucional

Max Weber, en su teoría de la racionalidad europea, hablaba acerca de la materialización del Derecho. En este proceso, todo tipo de criterios substanciales empiezan a definir el contenido del Derecho formal. Esta tendencia es evidente en el llamado Estado de Bienestar.

Se podría decir que el Estado de Bienestar es incluso un caso de laboratorio para mostrar cómo funciona la materialización de la idea del Estado de Derecho. La seguridad social mínima para todos y una 'buena vida', como elementos de la política social, son características esenciales de la ideología del Estado de Bienestar.

La *separación de poderes* se ha confundido de muchas formas en los Estados de Bienestar como, por ejemplo, Finlandia. Uno de los fenómenos más interesantes es la fortalecida posición del poder ejecutivo en relación al legislador. En los presupuestos del Estado, el legislador (el parlamento) normalmente delega algunas decisiones en los departamentos de Estado, sin definir cómo ha de utilizarse este poder. Esto ocurre en los casos en que se otorgan recursos para ser distribuidos más tarde. En Finlandia hay algunos problemas en la relación entre el

legislador y la Suprema Corte. La última toma cada vez más el papel de un tribunal de precedentes, y de esto se sigue que las decisiones son lineamientos (obligatorios) para otros tribunales (inferiores). En estos casos la decisión no es la solución de un caso individual, tal y como debería ser de acuerdo a la Constitución finlandesa, sino una norma general aplicable a casos similares. El límite entre la solución de un caso concreto y una norma general queda borrado, lo que significa que la posición de legislador como creador de normas se vuelve problemática —al menos parcialmente.

En el Estado de Bienestar ya no hay una profesión jurídica para la aplicación del Derecho claramente identificable. Diferentes profesiones de otros tipos como economistas, sociólogos, politólogos y personas con una formación administrativa, son responsables de funciones que antes sólo pertenecían a abogados (juristas).

Por otra parte, en el Estado de Bienestar también continúan siendo válidas algunas características de la idea de Estado de Derecho. Digamos que nadie desestima la importancia de la protección jurídica o, en general, de los principios de certeza jurídica. Es obvia la necesidad de un sistema judicial que aplique las reglas de procedimiento, así como la de que exista la posibilidad de apelación.

Sin embargo, en lo que concierne a nuestro tema, los cambios más remarcables, típicos del Estado de Bienestar, residen en los puntos E, F y G mencionados más arriba. Es sólo aquí donde se encuentra el verdadero centro de la materialización del Derecho.

I. Primero, la estructura de las normas ha sido cambiada radicalmente. El cuerpo del orden jurídico se sigue componiendo de reglas y de principios en sentido clásico. Sin embargo, en años recientes, algunos otros tipos de normas se han establecido junto a las tradicionales. Algunos ejemplos pueden iluminar la situación:

- a) Especialmente en el campo de la asistencia social, normas que definen metas, y no exactamente los medios, se utilizan para la planeación de políticas.
- b) Las llamadas *normas de recursos* otorgan ciertas posibilidades financieras a la administración sin ninguna prescripción acerca de cómo deben asignarse

los recursos. En ocasiones, las normas de recursos comparten algunos rasgos de las normas que definen metas.

- c) Desde el punto de vista de nuestro tema, todo tipo de cláusulas generales y normas con textura abierta son interesantes. Éstas son típicas del Estado de Bienestar. Por medio de estas normas 'abiertas' la sociedad trata de producir la *justicia material*. Por ello, las cláusulas generales son uno de los síntomas más importantes de la materialización del Derecho.

La justicia material (substantial) y la razonabilidad no siempre pueden alcanzarse por medio de reglas estrictas. Se tiene que *ponderar y balancear* diferentes tipos de factores: por ejemplo, los intereses de las partes. Un ejemplo dilucidador es la sec. 36 del Acta de Contratos sueca y finlandesa. La norma viene a decir que el antiguo principio romano '*Pacta sunt servanda*' ya no es válido incondicionalmente. Se le sacrifica ante el objetivo principal del Estado de Bienestar, es decir, ante la protección de la parte más débil.

II. De lo mencionado más arriba resulta que la operación del razonamiento jurídico ya no puede ser simplemente silogística. En un Estado de Bienestar moderno, todos los tipos de métodos discursivos se vuelven más y más relevantes. Se puede decir que la ponderación y el balance se *construye* en la sociedad post-industrializada moderna. Ponderar no es, por otra parte, una operación estrictamente deductiva, i.e. una inferencia de las premisas a la conclusión. En el procedimiento de ponderación, el problema crucial reside en la justificación externa. Esto quiere decir que se tiene que justificar la elección que se ha hecho de las premisas particulares.

Por lo tanto, en la justificación externa, la lógica clásica no es sustituida, sino complementada con los métodos de la racionalidad comunicativa. El razonamiento jurídico es un caso específico del razonamiento práctico el cual, por otra parte, es el área central de la racionalidad comunicativa.

3.5.2.5. El Estado Constitucional de Derecho en el mundo actual

Los elementos clásicos de la ideología del Estado de Derecho formal no han desaparecido en el desarrollo hacia la materialización del Derecho. Por el contrario,

los conceptos centrales y los principios son válidos también en el Derecho moderno. Por otro lado, la tendencia a la materialización ha sido tan fuerte que ciertas ideas, como la de la justicia formal, han dejado de ser significativas como principios orientadores.

Por esto, dos tendencias se enfrentan en el Derecho moderno: (1) la tendencia a las calificaciones formales (como la justicia formal) y (2) la tendencia a las calificaciones materiales (como la justicia material y la razonabilidad).

Estas tendencias representan al mismo tiempo dos tipos diferentes de racionalidad. De acuerdo con la ideología del Estado de Derecho formal, la racionalidad sistémica y la lógica deductiva tienen un papel central, mientras que la ideología del Estado de Derecho substancial requiere una racionalidad discursiva (es decir, comunicativa).

Entendida de esta manera, la exigencia de racionalidad discursiva no es meramente el resultado de ciertas deliberaciones filosóficas, como la teoría habermasiana del comportamiento comunicativo. Las raíces de este nuevo desarrollo se encuentran, por lo menos en parte, en la sociedad misma.

Estos fenómenos no son, sin embargo, suficientes para contestar terminantemente la pregunta básica de esta contribución: ¿Por qué ha sido tan popular la teoría del razonamiento jurídico en la filosofía del Derecho reciente? Desde luego, los cambios en la sociedad nos han forzado a encontrar nuevas maneras de pensar, esto es, de dar razones a favor y en contra de las decisiones. Pero todavía se puede preguntar por qué, en general, los tribunales tienen que razonar las decisiones públicamente. La obligación de escribir las razones de una solución no se sigue de la obligación de deliberar discursivamente el caso.

La obligación formal de dar razones para las decisiones de los tribunales es antigua en Suecia y Finlandia. También se incluye en los ordenamientos jurídicos de otros muchos países. En concordancia con la Ley de Procedimientos Judiciales vigente en Finlandia el juez está obligado a señalar la norma, así como las 'razones principales' en que se fundamenta la solución. Esto significa que también el Estado de Derecho puramente formal incluye una idea clara de la importancia de justificar las decisiones.

Desde luego, hay muchas razones técnicas para esto. Una argumentación correcta es muy recomendable porque:

- a) Las partes en el juicio tienen un especial interés en conocer las razones, pues sólo en base a decisiones razonadas las partes pueden estimar si la apelación es posible, plausible o, incluso, necesaria.
- b) El mismo tribunal necesita también de razones. Por medio de argumentos bien formulados el tribunal puede llevar a cabo un útil autocontrol que le permita probar la solidez de sus soluciones.
- c) El tribunal de apelación y la Suprema Corte tienen mejores posibilidades de garantizar la protección jurídica de las partes, así como, la protección general, si las decisiones de los tribunales inferiores están correctamente justificadas. La deliberación de un caso en los tribunales de instancia superior es una especie de diálogo con el tribunal inferior. Este diálogo puede producir una protección jurídica máxima si, y sólo si, los argumentos del tribunal inferior son correctos y públicos. El diálogo se establece entre argumentos, y la 'mejor solución posible' al caso es aquella que se basa en el conjunto de argumentos mayor y más coherente.

No obstante, la obligación *formal* de dar razones para las decisiones de los tribunales no es lo mismo que exigir argumentación sustancial. Esta última sólo es una característica propia del Estado de Bienestar. Aquí también reside la esencia de los cambios jurídico-sociales. A pesar de que la obligación formal ha sido la misma, los tipos de argumentos, así como, el tipo de razonamiento, han cambiado mucho en el desarrollo hacia el Estado de Bienestar. Es aquí donde el teórico del Derecho sueco *Gunnar Bergholtz* encuentra el meollo del asunto.

A pesar de factores tan importantes como los anteriormente mencionados, el problema reside, una vez más, en la sociedad y en la exigencia que surge de sus tendencias de desarrollo. Bergholtz ha probado en su libro *Ratio et Auctoritas* que la exigencia de razones en las decisiones de los tribunales es paralela al desarrollo de la democracia en varios países europeos.

Según Bergholtz, hay razones obvias para este paralelismo. La idea de democracia se fundamenta en el principio de apertura. Sólo una sociedad abierta

hace posible el control del uso del poder. Sin ningún control, la gente no tiene medios para influir en la toma de decisiones jurídicas.

En muchos países ha surgido, a partir de la doctrina de la separación de poderes, un sistema judicial cerrado. En este tipo de sistemas, la Suprema Corte tiene una fuerte influencia sobre los procedimientos a los que tienen que ceñirse los jueces. Este procedimiento no sigue las vías democráticas normales porque, tal y como se presenta el argumento, la independencia de los jueces estaría en peligro.

La posibilidad de control de los contenidos de las decisiones se convierte en algo de importancia extrema. Sin embargo, el único medio para realizar este tipo de control es abrir la decisión a un razonamiento coherente y bien fundamentado. Esta es la razón por la que las decisiones judiciales deben argumentarse en forma correcta y pública.

En el Estado de Bienestar, la teoría del razonamiento jurídico, especialmente la teoría de la decisión jurídica, se enfrenta a exigencias que son desconocidas en la ideología del Estado de Derecho formal. Estas nuevas y desafiantes exigencias son:

1. Nuevos estándares para el discurso jurídico racional: los estándares de la racionalidad comunicativa.

2. Una nueva discusión acerca de los criterios sustanciales para las decisiones razonables: una nueva doctrina de las fuentes del Derecho, una discusión más profunda sobre el Derecho y la Moral, así como un análisis más amplio de las tendencias de crisis que se pueden identificar en los órdenes jurídicos de los Estados de Bienestar:

- a) complejidad del orden,
- b) debilitamiento de las doctrinas generales —*Allgemeine Lehre* (en alemán),
- c) excesiva especialización de la profesión jurídica y, como resultado de este fenómeno,
- d) alienación de la gente de la realidad jurídica.

La teoría del razonamiento jurídico no puede evitar en el futuro el tomar en cuenta este tipo de características cambiantes del mundo moderno. Por ello es

también el Estado de Bienestar, y quizá particularmente éste, un desafío interesante para la filosofía del Derecho en el futuro.

3.6. El constitucionalismo en el Estado Constitucional de Derecho

El concepto de Estado constitucional une al Estado y a la Constitución sin determinar su relación recíproca. En mi opinión, hay en la tradición de los clásicos como R. Smend o A. Arndt, tanto Estado como la Constitución configure. El Estado no es algo primario y natural con lo que la Constitución (más o menos conformada) se relaciona. En el Estado constitucional democrático, los ciudadanos y las personas, su dignidad humana, son la “premisa antropológica y cultural”. Ellos mismos se “dan” la Constitución, como señalan, con mucho acierto, algunos nuevos textos constitucionales de Alemania oriental (por ejemplo, el preámbulo de la Constitución de Brandemburgo de 1992). De Austria procede la consideración, de no poca importancia de A. Merkl, acerca de lo excesivamente monárquica que había permanecido la doctrina del derecho público alemán. Esa huella se puede encontrar incluso en la actualidad, aunque en la Europa unida de hoy no hay sitio ya para semejantes “retrasos” nacionales. Lo estatal conforma sólo un aspecto parcial de la república constituida; se puede hablar de un triple ámbito de la república: lo público, lo privado y lo estatal, que estructura la sociedad abierta, en el sentido de Popper. A través de la imagen del Estado fundada sobre la dignidad de la persona, debería incorporarse cierto rigor hasta en las cuestiones singulares del derecho público, por difícil que esto sea.

3.7. La construcción de nuevas formas de identidad y los Nacionalismos

La Constitución del pluralismo debe ser reivindicada hoy especialmente en tres campos: en el ámbito nacional, en la exigencia de federalización o de regionalización y en la apertura de todos los Estados constitucionales hacia la comunidad internacional (“Estado constitucional cooperativo”).

3.7.1. La Constitución del pluralismo: formas de diferenciación cultural y de apertura externa del Estado Constitucional

El Estado constitucional europeo tiene que darse cuenta hoy, como rara vez tuvo que hacerlo antes, de la importancia de lo nacional. ¿En qué lugar se encuentra la nación en la “Europa de los ciudadanos”, de las “regiones”, de las “patrias”? ¿Son idénticos, en parte o totalmente, nación y Estado constitucional? Nos puede ser de ayuda la poetisa Sarah Kirsch, para quien se trata más de la lengua materna que de la patria. El debate actual sobre la identidad nacional no puede desarrollarse aquí en su integridad, aunque sí es posible dar algunas indicaciones.

El Estado nacional clásico no puede ya considerarse un modelo obligado para el Estado constitucional. En su actual nivel de desarrollo, todos los Estados constitucionales, ya sean mono o multiculturales, tienen que ser concebidos de manera pluralista: incluso Francia, que encuentra su identidad cultural y política en la “república”, tiene que ser tolerante con el Islam como que ya es segunda religión del país. Suiza ha construido hace tiempo, también gracias a su ejemplar libertad lingüística, un camino hacia el pluralismo interno. Alemania lucha dolorosamente por la protección expresa de las minorías culturales; la en gran parte poco afortunada “Comisión Constitucional Conjunta” ha trabajado sobre ello, aunque no se haya materializado en las reformas constitucionales puntuales de otoño de 1994. Esto sorprende toda vía más si se tiene en cuenta que las nuevas Constituciones de los Länder han aventurado cláusulas ejemplares de protección de las minorías; así, los artículos 5o. de la Constitución de SchleswigHolstein (1990), 25 de la Constitución de Brandemburgo (1992) y 5o. de la Constitución de Sajonia (1992).

Aquí y ahora puede aventurarse la afirmación de que la plena protección étnica, cultural, religiosa, etcétera, de las minorías pertenece, en mi opinión, al nivel de crecimiento actual del Estado constitucional y tiene que reflejarse en un desarrollo más maduro de los textos. El Consejo de Europa vigila las reformas en los países del Este europeo, para determinar cuán intensa es su protección de las minorías, cuestión que es de actualidad en Letonia (en relación con la minoría rusa). La nueva Constitución de Rumania presenta aquí un déficit enorme. La protección

de las minorías es un elemento estructural naciente del Estado constitucional, sobre todo en Europa. La teoría constitucional tiene que hacer todo lo posible por promoverlo. El desarrollo más avanzado se da en Hungría, que considera a las minorías como “factores de integración del Estado”. En el extremo opuesto se puede mencionar la barbarie en la ex Yugoslavia, donde en algunos estados la “limpieza étnica” parece desplegar una fuerza conformadora del Estado. Aquí se hace una cruel realidad la metáfora de la “banda de ladrones”, convirtiendo a la ex Yugoslavia en campo de estudio de la imagen del hombre, la concepción del Estado, la regresión de la cultura, etcétera. Desde el punto de vista teórico-constitucional la protección de las minorías se manifiesta como una forma de diferenciación interna del Estado constitucional, como relativización y refrenamiento normativo de lo nacional.

En el estadio de desarrollo del Estado constitucional, sólo es posible hablar de una “Constitución del pluralismo”, si existe una protección suficiente de las minorías, la que en tal sentido comienza con la tolerancia y respeto a la dignidad de los otros, como fines de la educación, y termina con un ombudsman y con cláusulas formalizadas de protección de las minorías. Un término clave es el de “república abierta” (Oberndörfer).

3.7.2. Nación y Estado Constitucional: normalización, relativización y normativización de la protección de minorías

Aquí seré muy conciso en mi bosquejo, por lo que formulo únicamente la tesis: el Estado constitucional como modelo tiene que estructurarse hoy de manera federal o regional. Incluso Estados unitarios clásicos como Francia marchan por el camino de la regionalización. Desde Europa ese desarrollo ha conseguido un fuerte impulso

El tiempo del Estado unitario centralizado ha terminado para el Estado constitucional. Basado sobre los derechos humanos y ciudadanos, el Estado constitucional descubre la pluralidad cultural interna, reconoce el valor de las

distintas formas de división del poder y comienza a valorar en serio la democracia local, diversificándose en un sentido federalista o regionalista

3.8. El nuevo estado en el orden global

La naturaleza abierta (Vogel) del Estado constitucional cooperativo (Häberle) marca un nuevo indicador del nivel de desarrollo actual en nuestra materia. Los pactos internacionales de derechos humanos, pero también los correspondientes convenios regionales como la Convención Europea de Derechos Humanos, forman un elemento de esa apertura hacia el exterior del Estado constitucional. Ello es expresivo hoy de la existencia de una “comunidad mundial de Estados constitucionales”. Pensamos que con una intención cosmopolita, en el sentido de Kant, a pesar de todos los retrocesos y las recaídas en la era nacional. Resulta tan perceptible el condicionamiento supranacional del Estado (von Simson), como el condicionamiento estatal de lo supranacional. Nos situamos, de este modo, en el segundo elemento que referíamos al principio: lo “europeo” en el Estado constitucional.

3.8.1. Globalización y transición del Estado Nacional

El Estado constitucional europeo no podría ser concebido, ciertamente, sin las aportaciones de Norteamérica. En otras palabras: el Estado constitucional europeo ha sido, históricamente y hasta hoy, una obra común de Europa y de los Estados Unidos, un proyecto no terminado, permanentemente abierto, que se desarrolla en el nivel de maduración de los textos. Esta evolución comienza con la Declaración de Derechos de Virginia (1776) y la Declaración de Independencia de los Estados Unidos, al mismo tiempo que con la obra de Smith La riqueza de las naciones, así como los Federalist Papers (1787) y continúa en algunos hitos del Estado constitucional, como el desarrollo del federalismo y de la jurisdicción constitucional en Estados Unidos.

Ciertamente, en Europa se elaboraron previamente algunos antecedentes: las ideas de Locke, Montesquieu, Rousseau y, en general, los textos clásicos como

los de Jonas o Sir Popper últimamente, influyen en cuanto derecho constitucional en sentido amplio. Todo esto se ha condensado en un patrimonio cultural del derecho atlántico-europeo de procedencias individuales diversas que difícilmente se pueden inventariar en conjunto, pero que aparecen en las fechas clave de 1789, 1848, 1945. A ello hay que añadir las partes constitutivas de la cultura jurídica europea, que tiene hoy su lugar bajo el “techo” de la Constitución sin renunciar a su identidad: así, por ejemplo, la estructura propia del “derecho civil común europeo” que nos conduce al derecho romano.

Deben mencionarse también la historicidad y el carácter científico de la dogmática jurídica; la independencia de la jurisdicción, en correspondencia con la división de poderes; la neutralidad ideológica y confesional del Estado que se deriva de la libertad religiosa; la cultura jurídica europea como diversidad y unidad, así como la tensión entre el particularismo y la universalidad de la cultura jurídica europea.

La teoría constitucional europea debe subrayar que cada nación ha prestado, a largo plazo, su específica aportación a esta obra colectiva: Gran Bretaña, la democracia parlamentaria; Francia, los derechos humanos de 1789; Suiza, el Estado federal de 1848; Austria, la jurisdicción constitucional (1920); Italia y España, el regionalismo (en 1947 como texto constitucional temprano, en Italia; desde 1978 como realidad constitucional sólida en España); Alemania, la ampliación de la jurisdicción constitucional, quizá el derecho eclesiástico del Estado, a veces, teorías avanzadas sobre derechos fundamentales.

Para mostrar la luz que cada cultura jurídica nacional ha dado a la cultura europea común, sería necesario contar con un Schiller de la teoría constitucional europea, que vinculara sus obras María Estuardo por Inglaterra, Guillermo Tell por Suiza, Don Carlos por España, La doncella de Orleans por Francia y (sin concluir) Demetrio por Rusia.

3.8.2. La acción de los Estados Nacionales en diversos espacios Globalizados

La europeización del derecho en su conjunto, pero también de sus disciplinas particulares, ha prosperado hasta llegar a ser una expresión conocida. El “derecho

civil común europeo”, encuentra su correspondencia en el “derecho constitucional común europeo”. Indicaciones posteriores nos proporciona Coing y su frase: “desde Bolonia hasta Bruselas”, en cuanto a las investigaciones sobre la historia jurídica europea, pero también los esfuerzos en el ámbito del derecho laboral o social, y también en materia del derecho penal europeo. Para la teoría constitucional esos desarrollos generales, que no deberían perderse en la indefinición, pueden manifestarse en tres ámbitos, que veremos a continuación.

3.9. La necesidad de una concepción más cosmopolita de la teoría política

La “europeización” por medio del derecho europeo en su sentido amplio y estricto Derecho europeo en sentido estricto es el derecho comunitario de la Unión Europea. En la ciencia ha conducido a aportaciones tan brillantes como el “derecho administrativo europeo” (Schwarze, 1988), el hallazgo del derecho privado europeo en la Comunidad Europea, y acciones precursoras, como el derecho comunitario europeo de Ipsen (1970). La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha contribuido, por ejemplo, con la consideración de los derechos fundamentales como “principios generales”, que ha hecho aparecer al derecho europeo casi como un derecho pretoriano análogo al derecho de los juristas en Roma. El derecho europeo en sentido amplio es el derecho del Consejo de Europa, que tiene su punto culminante en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Austria y Suiza han sido miembros pioneros respecto de otros Estados, al atribuir a la Convención Europea de Derechos Humanos rango constitucional. Este derecho europeo en sentido amplio debería contar con la atención de la teoría constitucional europea, puesto que conforma un nivel de crecimiento del propio Estado constitucional europeo.

3.9. La necesidad de una concepción más cosmopolita de la teoría política

El derecho constitucional común europeo, introducido en el debate en 1991, describe un aspecto del Estado constitucional europeo. Se alimenta del pensamiento jurídico y de los principios comunes, sin querer suprimir la diversidad de las culturas jurídicas nacionales. No es posible describir aquí cada uno de los elementos singulares que integran este concepto, pues debemos referirnos a otras cuestiones

3.9.1. La nueva concepción de la soberanía

Una dimensión hasta ahora poco estudiada de la europeización será caracterizada aquí como derecho constitucional europeo “nacional”. Con ello nos referimos a los artículos sobre Europa que pueden encontrarse en las Constituciones europeas. La Ley Fundamental alemana, en particular, ha incorporado recientemente muchos artículos de esa naturaleza.

En las nuevas Constituciones de los Länder de Alemania Oriental se encuentran, siguiendo el modelo del Sarre (artículo 60 de la Constitución de 1992), impresionantes programas europeos, por ejemplo, en relación con el regionalismo transnacional. Incluso el Cantón de Berna hace referencia a Europa en su Constitución de 1993 (artículo 54.1). Susceptibles de desarrollo son las referencias expresas a la Convención Europea de Derechos Humanos.

En esa evolución es importante destacar que el Estado constitucional nacional interioriza aquí la idea de Europa, convirtiéndola en un asunto propio de manera más intensa que lo que el derecho europeo en sentido estricto le permite, considerado más como algo que crece “desde afuera”. Precisamente hoy, cuando salen a relucir algunas dudas e inseguridades frente a la Unión Europea, este derecho constitucional europeo “interno” puede preparar el camino para la “Europa de los ciudadanos y las regiones” y hacer crecer nuevas posibilidades de identificación y más “conciencia europea”. En todo caso, estos artículos sobre Europa se inscriben dentro del proceso de desarrollo gradual de los textos del Estado constitucional europeo, en tanto queda abierto de qué “Europa” se habla. De la formación y el desarrollo del “derecho constitucional europeo nacional” en sus

múltiples formas de aparición, se derivan también consecuencias en relación con problemas constitucionales concretos, como las cuestiones particulares que plantea el artículo 32 de la Ley Fundamental. Su apartado 1 tiene que leerse de manera completamente nueva, “europeizada”.

Si desde 1949 ha dicho: “Corresponde a la Federación la conducción de las relaciones con los Estados extranjeros”, desde el nuevo artículo sobre Europa de 1992, puede cuestionarse si los Estados operantes en el con texto de Europa son realmente aún “Estados extranjeros”. En otras palabras: los Estados europeos ya no son más, recíprocamente, “país extranjero”. El esquema exterior-interior está esencialmente en cuestión en Europa. Esto significa, por ejemplo, que la creciente política europea de los Länder no se ampara sólo en el artículo 23 de la Ley Fundamental. También el artículo 32.2 debe leerse de nuevo a la luz de la europeización. “Condiciones particulares de un Land” puede incluir también su participación regional europea. La discutida “política exterior adjunta” de los Länder alemanes no lo será más en la “confederación de Estados” europeos. Esta derivación del derecho constitucional europeo nacional exige una revisión interpretativa o constitucional de preceptos como el artículo 32 de la Ley Fundamental. La europeización del hasta ahora clásico derecho constitucional nacional puede provocar el desmoronamiento de construcciones dogmáticas completas.

Un cuestionamiento y relativización del elemento “territorio del Estado” se encuentra en el nuevo tipo de artículos constitucionales de los últimos tiempos sobre el tema “vecindad” y la correspondiente superación de fronteras. Pensamos en el nuevo (1992) artículo 24 de la Ley Fundamental: la transferencia de derechos de soberanía a las “instituciones colindantes”; también en el siguiente párrafo del preámbulo de la nueva Constitución del Cantón de Appenzell A. Rh. de abril de 1995: “Queremos, más allá de las fronteras, conformar un orden vital libre, pacífico y justo”, esto significa, ciertamente, más allá de las fronteras internas y externas, sobre todo cuando en el artículo 1.2 de esa Constitución se habla de cooperación “con los otros cantones y con los países extranjeros vecinos”.

3.9.2. La creación y el fortalecimiento de instituciones transnacionales en el marco de un constitucionalismo global

Después de “1989” es indudable que Europa se ha abierto hacia el Este y que debe abrirse a los Estados pos comunistas reformados. A ello se agrega que esos países, como las repúblicas bálticas, Polonia, Hungría, Rumania y Bulgaria, quieren volver, declaradamente, “hacia Europa”. La intensidad y riqueza del proceso de recepción del Oeste por el Este en la adopción literal de muchos principios de los Estados constitucionales de Europa Occidental, que se puede comprobar en las nuevas Constituciones de allí, nos muestra hasta qué punto el Estado constitucional europeo se ha convertido en atractivo para el Este, el Sudeste y el Centro de Europa en sus elementos integrantes: los derechos fundamentales, la democracia, la economía de mercado, la división de poderes y el Estado de derecho.

A esto se añade la presión de estos Estados reformados para convertirse en miembros del Consejo de Europa o de la Unión Europea, aunque formalmente están ya en camino de convertirse en participantes en el derecho europeo, en sentido amplio y estricto. A mediano plazo, sus culturas jurídicas nacionales querrán y podrán realizar, ciertamente, nuevas y propias aportaciones. Será decisivo, sin embargo, que el concepto de Europa se manifieste tanto en sentido geográfico como cultural, flexible y abierto hacia el Este, quizá hasta los Urales. ¿Pertenece también Turquía a los Estados constitucionales europeos, o adolece del sentido geográfico o jurídico-cultural?. Probablemente se pueda concebir el concepto de Europa como un conjunto abierto, que permanece flexible en sus fronteras y que está integrado por elementos geográficos, culturales y jurídico-culturales que no son enteramente idénticos.

Conclusiones

Desde hace más de un siglo se ha sostenido que el Estado está en crisis, o que existe crisis del Estado. Karl Marx sostuvo que el Estado legitimaba la

explotación de la clase en el poder en agravio de la clase desposeída, que había sido a través de la historia un instrumento al servicio de la clase explotadora y al igual que el derecho eran superestructuras determinadas por la base económica de quienes ostentaban el poder económico, por lo cual es Estado como el derecho debían de desaparecer, pues solamente habían fomentado la existencia de las clases explotadora y explotada y consecuentemente la lucha de las mismas, y que esas luchas solamente terminarían con el triunfo definitivo del proletariado, es decir con el exterminio de la clase explotadora y que al triunfo definitivo del proletariado, cuya máxima expresión sería la dictadura de éste, advendría la sociedad comunista, desapareciendo la propiedad privada, el derecho y el Estado para dar lugar a una simple administración de las cosas.

El deterioro del modelo Estado-nación exige una redefinición conceptual que suponga una nueva articulación del Estado y de alguna forma de producir la integración simbólica de los sujetos, teniendo en cuenta la noción de diferencia como punto de partida y no únicamente de llegada. Existe pues una carencia conceptual que dificulta la aprehensión teórica del momento actual, al mismo tiempo que numerosos conceptos, hasta ahora aceptados como presupuestos en torno a los cuales se ordenaba toda reflexión política, hoy pierden significado.

Por lo anterior, considero necesario realizar una investigación que permita observar con rigor científico los efectos de los procesos globalizadores y de los nacionalismos emergentes al interior de los Estados nacionales, determinar las alternativas de transformación y la viabilidad futura de los Estados-nación, que han entrado en un proceso de crisis que se agudiza y obliga a la reflexión, al análisis y a la redefinición conceptual.

El Estado-nación vive una profunda crisis que cuestiona su existencia y pone en riesgo su permanencia si no se transforma adecuadamente, por lo cual es necesario entablar una relación diferente entre el Estado y las nuevas formas de construcción de identidad, llámese ésta Nación o de otra manera, que permita

reconocer en su interior la diferencia, elemento que debe estar siempre presente en la construcción política, por tratarse de una instancia que regula el vivir en sociedad, pero que se base en un equilibrio que permita mantener el espacio de lo común a todos.

De la misma forma, resulta necesario producir nuevas formas que permitan la integración social de los distintos sujetos manteniendo el principio de igualdad para asegurar así una verdadera integración de la diferencia y no su disolución en una unidad totalizadora. Se requiere la conformación de un nuevo tipo de ciudadanía a través de la cual puedan constituirse y legitimarse las nuevas formas de organización que aseguren un nuevo espacio común de convivencia.

Es necesario garantizar aquellos mecanismos que permitan a la sociedad manifestar su propia conflictividad sin por ello atentar contra la integración social. Se deben constituir nuevos sujetos políticos que trasciendan la noción de frontera, particularmente entendida en su sentido geográfico. Conviene construir una frontera simbólica, en el marco de las diferencias, que reactualice valores que articulen la convivencia entre las distintas particularidades existentes.

Es necesario construir instancias de mediación que articulen las identidades colectivas, teniendo en cuenta el estallido identitario que se ha producido paralelamente al proceso de globalización. El escenario global obliga a la creación de instituciones internacionales que asuman funciones y tengan facultades coercibles para garantizar el orden mundial, delegando el Estado atribuciones no esenciales y se debe replantear el papel del Estado en la economía, buscando fortalecer el mercado interno aprovechando paralelamente las ventajas del comercio exterior,

Es necesario transformar nuestro marco jurídico velando por la igualdad de oportunidades, el reconocimiento de los derechos de las minorías y la necesidad de transformar las estructuras jurídicas, políticas y económicas en congruencia con los requerimientos del mundo actual. Es necesario utilizar el Modelo de Estado Constitucional de Derecho para realizar en torno a él las transformaciones que requiere el Estado-nación.

La obligada transformación del Estado, obliga a crear nuevos modelos conceptuales que permitan entender la naturaleza, las funciones y los fines del Estado-nación en el mundo actual y con ello también se deben construir nuevos paradigmas que garanticen la permanencia del Estado-nación en el nuevo contexto internacional.

Así, a partir de las ideas expresadas en el desarrollo de la presente investigación, es posible sintetizar el pensamiento de los siguientes autores y establecer en coincidencia los extremos de las hipótesis planteadas:

- a) Es previsible que la historia de los Estados Nacionales está llegando a término y está por iniciar una fase en la cual el mundo estará organizado en grandes espacios políticos federales. Pero si el federalismo supone el fin de las naciones en el sentido ahora definido, ello significa también el renacimiento o la revigorización de las nacionalidades espontáneas que el Estado Nacional sofoca o reduce a instrumentos ideológicos al servicio del poder político y, por tanto, el retorno de aquellos auténticos valores comunitarios de los que la ideología nacional se ha apropiado transformándolos en sentimientos gregarios.
- b) En este orden de ideas, Isidoro Moreno hace referencia al declive del modelo del Estado-nación en el sentido de que actualmente, todos los Estados-nación, reales o supuestos, están perdiendo competencias y protagonismo tanto por arriba, hacia las instancias supraestatales, como por abajo, hacia los pueblos naciones que los integran, tradicionalmente definidos, cuando más, como 'regiones' o 'etnias'. Esta situación de doble vaciamiento y de soberanías compartidas entre los tres niveles no desembocará en el futuro en una relación lineal y jerárquica entre éstos, sino que permite diversas posibilidades de relación entre las instituciones y sujetos colectivos situados en ellos, los cuales, como crecientemente se constata, estarán relacionados entre sí como nudos de distinto grosor e importancia en una red de malla no regular.

El Estado en la globalización está sometido a una dialéctica contradictoria, pues, por una parte, las fuerzas y tendencias a su debilitamiento y decadencia, las

profecías sobre su extinción, y por la otra, se dan la continuidad y el fortalecimiento del Estado soberano e intervencionista, aunque transformado.

En un artículo publicado en la Revista Este País, Kimon Valaskakis, presenta los tres escenarios que, desde su perspectiva, tienen los gobiernos del planeta ante las asimetrías y los desequilibrios de la globalización y los cambios tecnológicos, que le parecen plausibles a mediano plazo. El primero describe la victoria total de las fuerzas del mercado y la retirada progresiva del Estado, para terminar en una situación en la que todo se decide a través de la oferta y la demanda; el segundo, privilegia un gobierno cada vez más global, donde las organizaciones intergubernamentales asumen funciones regulatorias importantes a escala planetaria y; finalmente, el tercer escenario examina una situación intermedia en la que las agrupaciones regionales, como la Unión Europea adoptan reglamentos e imponen la ley en sus jurisdicciones.

Al exponer su perspectiva del primer escenario, Valaskakis sostiene “Ante la avanzada de la globalización, los gobiernos de los Estados nacionales viven una crisis grave. Su jurisdicción está cada vez más limitada por la posibilidad de emigración de los factores de producción dinámicos. Esta amenaza permanente de traslado constriñe al Estado nación contemporáneo a cortejar a las empresas y a redoblar esfuerzos para ofrecer condiciones de trabajo y un medio ambiente macroeconómico que les sean extremadamente favorables.”

Existen organizaciones sociales y grupos en todo el mundo que se oponen a la globalización, un nuevo movimiento internacionalista que identifica con lo que denomina la ‘Internacional de Resistencia’, la cual se caracteriza por la renovación de la tradición anticapitalista y anti-imperialista del internacionalismo proletario; las aspiraciones humanistas, libertarias, ecológicas, feministas y democráticas de los nuevos movimientos sociales, y; las nuevas redes de lucha contra la globalización neoliberal, que movilizan también las investigaciones críticas de los jóvenes.

David Held enumera una serie de causas que, a su juicio, representan un desafío inaplazable para la teoría y la práctica democráticas y que ponen en cuestión las claves tradicionales del pensamiento en la materia, dichas causas son: “a) la dinámica de una economía mundial que provoca inestabilidades y dificultades

dentro de los Estados y entre ellos, que escapa al control de cualquier comunidad política; b) el rápido crecimiento de vínculos transnacionales que estimulan nuevos procesos y formas de tomar decisiones que involucran a Estados, organizaciones intergubernamentales y grupos de presión internacionales; c) la expansión e intensificación de los sistemas de comunicación transnacional; d) la proliferación de armas y tecnologías militares como un rasgo “estable” del mundo político contemporáneo, y e) la aparición de apremiantes problemas transnacionales – incluidos, por ejemplo, desafíos ambientales, como la lluvia ácida, el deterioro de la capa de ozono y el “efecto invernadero”- que no reconocen límites y fronteras nacionales.”

Sergio López-Ayllón considera que es necesario un nuevo modelo institucional dentro de los parámetros de una ‘modernidad global’ en la que se genere un sistema jurídico con mayor racionalidad, articulado con el sistema mundial donde el Estado, reducido en su tamaño y funciones, garantice a los ciudadanos el pleno ejercicio de sus derechos humanos y políticos dentro de un sistema democrático con un marco institucional que asegure la estabilidad y previsibilidad del sistema y una eficiente división del poder.

La crisis del Estado-nación lleva a cuestionar los conceptos políticos fundamentales, ya que tanto la política como la economía a nivel mundial han adquirido ya o están adquiriendo a partir del proceso de globalización y el surgimiento de los nacionalismos en su interior características totalmente distintas. Se trata de una conceptualización que al menos dificulta, si no vela, la aprehensión del mundo circundante, por corresponder a un modo organizacional distinto del espacio político. Por eso las características propias de la transformación exigida por la reestructuración capitalista plantean importantes desafíos para la constitución y para la integración de los nuevos sujetos políticos en el marco de la implementación de nuevo orden político-económico.

El presente trabajo de investigación busca resolver la problemática relativa a la crisis del Estado-nación en el marco del Modelo de Estado Constitucional de Derecho, el cual permitirá integrar de forma organizada y funcional las diferentes

premisas que se plantean generando una vía de transformación con visión jurídica de vanguardia.

De acuerdo con el Dr. Santiago Nieto Castillo “Para el Estado Constitucional de Derecho la Constitución emerge como suprema norma del ordenamiento jurídico, deja de ser símbolo para convertirse en norma. Por otra parte, en contraposición a la subordinación de los derechos a la ley, propia del siglo XIX, se establece la aplicación directa de la Constitución y con ella la idea de la aplicación de los derechos independientes de la ley. A partir de dicho momento, de conformidad con esta corriente, los derechos no requieren de una ley secundaria para su ejercicio”.

Para complementar el estudio del Estado Constitucional de Derecho será importante conocer los estudios realizados por Zagrebelsky, Ferrajoli y Aarnio.

El deterioro del modelo Estado-nación exige una redefinición conceptual que suponga una nueva articulación del Estado y de alguna forma de producir la integración simbólica de los sujetos, teniendo en cuenta la noción de diferencia como punto de partida y no únicamente de llegada. Existe pues una carencia conceptual que dificulta la aprehensión teórica del momento actual, al mismo tiempo que numerosos conceptos, hasta ahora aceptados como presupuestos en torno a los cuales se ordenaba toda reflexión política, hoy pierden significado.

Por lo anterior, considero necesario realizar una investigación que permita observar con rigor científico los efectos de los procesos globalizadores y de los nacionalismos emergentes al interior de los Estados nacionales, determinar las alternativas de transformación y la viabilidad futura de los Estados-nación, que han entrado en un proceso de crisis que se agudiza y obliga a la reflexión, al análisis y a la redefinición conceptual.

Bibliografía

AARNIO, Aulius. *Derecho, racionalidad y comunicación social. Ensayos sobre filosofía del derecho*. México. Fontamara. 2000.

BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia*. México. Fondo de Cultura Económica. 1989.

_____. *Estado, Gobierno y Sociedad. Por una Teoría General de la Política*. México. Fondo de Cultura Económica. 1999.

_____. *Liberalismo y Democracia*. México. Fondo de Cultura Económica. 2002.

CARBONELL, Miguel. *Constitucionalismo y Democracia. Ensayos críticos* México. Editorial Porrúa. 2004.

_____ y otros ensayistas. *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid. Editorial Trotta. 2003.

_____ y Vázquez, Rodolfo, Compiladores. *Estado Constitucional y Globalización*. México. Editorial Porrúa-U.N.A.M., Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2001.

CARPIZO, Jorge. *Estudios Constitucionales*. México. Editorial Porrúa – U.N.A.M. 2003.

CASTELLANOS Gout, Milton Emilio. *Del Estado de Derecho al Estado de Justicia*. México. Editorial Porrúa – U.N.A.M. 2004.

COSSIO D., José Ramón. *Cambio social, cambio jurídico*. México. I.T.A.M. 1998.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Tercera Edición. Madrid. Trotta. 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid. Trotta. 2001.

FURTADO, Celso. *El Capitalismo Global*. México. Fondo de Cultura Económica. 1999.

GADAMER, Hans George. *Verdad y Método II*. Séptima Edición. Salamanca, España. Ediciones Sígueme. 1997.

GONZÁLEZ Uribe, Héctor. *Teoría Política*. Cuarta Edición. México. Editorial Porrúa. 1982.

HABERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Estudio introductorio de Diego Valadez, trad. Héctor Fix Fierro. México. U.N.A.M. 2001.-

_____. *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional*. Madrid. Editorial Trotta. 1998.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid. Trotta. 1998.

_____. *Más allá del Estado Nacional*. México. Fondo de Cultura Económica. 2000.

HELD, David. *La Democracia y el Orden Global. Del Estado Moderno al Gobierno Cosmopolita*. Barcelona. Paidós.

KYMLICKA, Will y Straehle, Christine. *Cosmopolitismo, Estado-nación y Nacionalismo de las Minorías. Un análisis crítico de la literatura reciente*. Traducido por Karla Pérez Portilla y Neus Torbisco. México. Universidad Nacional Autónoma de México. 2001.

LÓPEZ Ayllón, Sergio. *Las Transformaciones del Sistema Jurídico y los Significados Sociales del Derecho en México. La encrucijada entre tradición y modernidad*. México. U.N.A.M. 1997.

NIETO, Alejandro. // Barcelona. Editorial Ariel. 1996.

NIETO Castillo, Santiago. *Interpretación y argumentación jurídicas en materia electoral. Una propuesta garantista*. México. U.N.A.M. 2003.

SARTORI, Giovanni. *Homo videns. La sociedad teledirigida*. Segunda Edición. México. Distribuidora y Editora Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara S.A. 2004.

WEBER, Max. *Estructuras de poder*. México. Ediciones Coyoacán. 2001.

_____. *¿Qué es la Burocracia?*. México. Ediciones Coyoacán. 2001.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos. justicia*. Segunda Edición. Madrid. Trotta. 1997.