

Dos problemas en torno al fortalecimiento del Estado de Derecho en América Latina

Jesús Ibarra Cárdenas
ITESO (México)
jibarra@iteso.mx

Los “Poderes salvajes” a los que hace referencia Luigi Ferrajoli (2011),¹ han terminado por imponerse sobre las condiciones del Estado de derecho en las sociedades latinoamericanas. La convivencia civilizada y la promesa democrática han fracasado en muchos de los regímenes post-autoritarios, incluso en países con nuevas o reformadas constituciones como en Colombia en 1991, Argentina en 1994, Venezuela en 1999, Ecuador en 2008, Bolivia en 2009, o México en 2011. Ni el fin de las dictaduras latinoamericanas, ni el nuevo constitucionalismo han significado la consolidación del imperio de la ley, menos aún la garantía de los derechos humanos o la emergencia de prácticas democráticas más allá de elecciones. En suma, en la región la sujeción de los poderes públicos al derecho sigue siendo una asignatura pendiente.

A lo largo de la historia, el papel del Estado de Derecho no ha sido precisamente el de imponer límites y vínculos legales al poder, por el contrario, la creciente brecha entre el sistema jurídico y la realidad política y social de los más desfavorecidos, muestra el rol que ha tenido el *rule of law* latinoamericano: el mantenimiento del *statu quo* dominante. Esta situación se observa, con distintos énfasis, en la mayoría de las nuevas democracias latinoamericanas. Destacan cuatro aspectos: 1) la desigualdad ante la ley —material y en algunos casos formal—, situación que pervierte el principio de imperio de la ley en favor del

¹ El título completo del libro es “Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional” y, con referencia al sistema político Italiano, Ferrajoli analiza la inobservancia de los límites y los vínculos impuestos a las instituciones representativas. Ello sería la causa de la crisis de la democracia constitucional; la crisis desde arriba atañe a los representantes y, desde abajo, mira a los representados. La crisis por arriba se configura por cuatro factores: 1) representación política vertical y personalizada; 2) confusión entre la esfera pública y privada con la consecuente concentración de poderes políticos y económicos; 3) la integración de los partidos políticos en las instituciones y la pérdida de su papel de mediación representativa; y 4) el control de la información. En la crisis por abajo confluyen cuatro factores: 1) la homologación de los que consienten y la denigración de los discrepantes y de los diferentes; 2) la despolitización masiva que lleva a la pérdida del sentido cívico y las virtudes políticas, junto con la disolución de la opinión pública ante la desinformación y la propaganda principalmente de la televisión; 3) la crisis de la participación de los ciudadanos en la vida pública; y 4) la manipulación de la información y la decadencia de la moral pública.

interés de unos pocos; 2) el hiperpresidencialismo y la ausencia de límites a los poderes de facto; 3) la corrupción y captura de las estructuras institucionales y de autoridad; 4) las limitadas garantías y graves violaciones a libertades y derechos humanos. Como el lector habrá advertido, estas situaciones generalizadas violentan lo que Elías Díaz (1966) señala, en un libro ya clásico, como los rasgos definitorios de un Estado de Derecho: imperio de la ley, división de poderes, legalidad de la administración y, garantía de derechos y libertades fundamentales.² Aunque estas dificultades se explican en gran medida por despropósitos de actores políticos y sociales, existen aspectos jurídicos que alimenta esos desajustes y promueve democracias de baja calidad (o con adjetivos tales como democracias “delegativas”, democracias “tuteladas”, democracias “oligárquicas”, democracias “excluyentes” entre otros.³).

Este trabajo sostiene la hipótesis según la cual un componente determinante de los problemas que afronta el Estado de Derecho en las sociedades latinoamericanas, tiene que ver con dos tipos de prácticas jurídicas que logran situar a ciertos agentes fuera de los límites de ese ideal regulativo. La primera, mediante el uso de normas de control político que en su momento mantenían la estabilidad del aparato autoritario pero que al no haber sido desmontadas en su totalidad —en algunos casos incluso al haber sido renovadas—, interactúan con las actuales del régimen democrático. Se trata de normas constitucionales espurias (Aguiló, 2015) producto de una coyuntura política que logró situarlas en las constituciones y extender su efecto normativo en la legislación secundaria. El segundo tipo de prácticas jurídicas negativas al Estado de Derecho tiene que ver con la aplicación de reglas que permiten realizar acciones que afectan a los principios democráticos del sistema —excesos en nombre del derecho—, son los ilícitos atípicos de los que hablan Manuel Atienza y Juan Ruíz Manero (2006). La aplicación de estas reglas produce un desajuste en el ordenamiento jurídico entre la dimensión directiva de tales reglas y la justificativa o valorativa de los principios que lo componen. El común denominador de estas prácticas es maximizar los recursos de poder e influencia para apropiarse del espacio público; es decir,

² No pasa desapercibida la distinción entre Estado de Derecho, *rule of law* y *Rechtsstaat*. No es este el lugar para abundar en ella, sobre el tema ver: Aguiar, 2013; Barberis, 2006; Raz, 1977.

³ Un catálogo amplio que explica las estrategias de investigación referidos a estos tipos de democracia en Collier, D. y Levitsky, S., “Democracy with adjectives: conceptual innovation in comparative research”, *World of Politics*, vol. 49, n° 3, 1997.

tienen como finalidad ampliar y controlar los límites que impone el Estado de Derecho para satisfacer intereses privados. En lo que sigue se problematiza el uso y la vigencia de estas prácticas el contexto social latinoamericano.

I. El derecho como desigualdad ante la ley

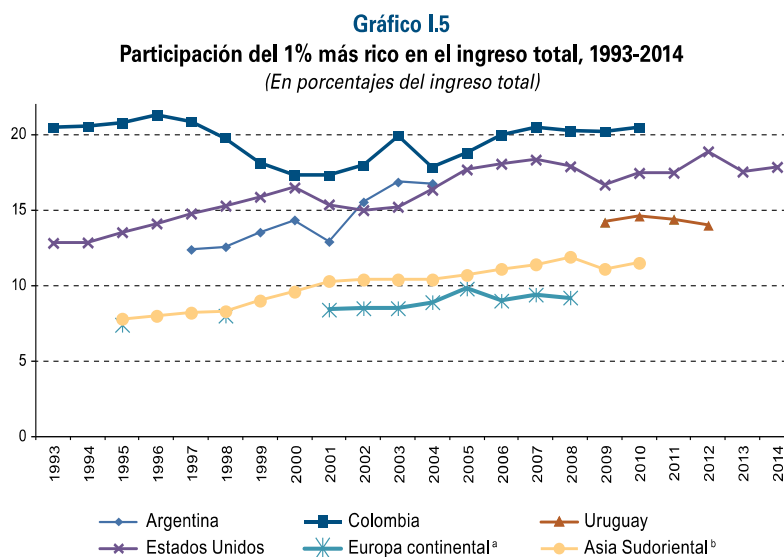
En un texto de hace algunos años, Boaventura de Sousa Santos (2009) al distinguir entre tres tipos de sociedad civil (íntima, extraña e incivil), presentó un esquema de estratificación social que describe de manera certera el grado de inclusión en las sociedades modernas. El movimiento que define la mayor o menor inclusión depende del desarrollo económico y la igualdad de derechos que logre la comunidad determinada. En opinión Boaventura de Sousa:

Mientras en los países del centro del sistema mundo el círculo más amplio ha tendido a ser el círculo intermedio (la sociedad civil extraña), que en términos de clase ha sido ocupado por las clases medias y más bajas, en los países periféricos el círculo externo (la sociedad civil incivil) ha tendido a abarcar la mayor parte de la población.

Para América Latina la mala noticia es que a la par del desarrollo de la democracia formal, centrada en la garantía de los derechos políticos, ha crecido la exclusión social del círculo de personas más alejadas de los derechos, el de la “sociedad civil incivil” que menciona la cita. En el mismo sentido, Oscar Vilhena al responder a la pregunta sobre ¿cómo influye la profunda y persistente desigualdad socioeconómica sobre la integridad del Estado de Derecho? concluye que “la exclusión social y económica, derivada de los niveles extremos y persistentes de desigualdad, aniquila la imparcialidad legal y provoca al *invisibilidad* de los sumamente pobres, la *demonización* de quienes cuestionan al sistema y la *inmunidad* de los privilegiados” (Vilhena, 2011: 25).

El predominio de los procesos de exclusión sobre lo de inclusión es evidente al observar la manera en que ha evolucionado la concentración de riqueza en la Latinoamérica. En

México, la participación estimada del 1% más rico en el ingreso total en 2012 ascendió al 21.3%. El ingreso promedio anual de esos ricos es de más de 1.9 millones de pesos. Más aún, el ingreso promedio anual de los individuos en el 0.01% más alto de la distribución es de alrededor de 30.5 millones de pesos. Al comparar esos resultados con otros países encontramos que México es el país que tiene la mayor participación del ingreso de los ricos en el ingreso total y que los ricos mexicanos tienen un mayor ingreso promedio que sus contrapartes en países similares como Argentina y Colombia. (Campos *et al.*, 2015: 2). El siguiente gráfico, extraído del más reciente estudio de la pobreza hecho por la Comisión Económica Para América Latina y el Caribe (Cepal, 2015), permite observar el problema de la concentración de la riqueza entre 1993 y 2014 de algunos países latinoamericanos en comparación con Europa o Asia.



Fuente: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), sobre la base de la información de la Base de Datos Mundial sobre los Altos Ingresos (WTID) [en línea] <http://topincomes.g-mond.parisschoolofeconomics.eu/>.

^a Promedio simple de los valores observados en Alemania, España, Francia, Italia, Noruega, los Países Bajos, Suecia y Suiza.

^b Promedio simple de los valores observados en el Japón, la República de Corea, Singapur y la provincia china de Taiwán.

Colombia, Argentina y Uruguay mantienen una poco envidiable estabilidad en la concentración de la riqueza en comparación a los países continentales de Europa Occidental y en el Asia Sudoriental. Incluso Colombia supera a los Estados Unidos; país que tiene una mayor participación de la población más rica en el ingreso total entre las naciones desarrolladas. Los elevados niveles de desigualdad junto con la baja recaudación que

caracteriza a las economías latinoamericanas⁴ aumenta la exclusión social en términos de derechos; es decir, los pobres son jurídicamente débiles y políticamente sin influencia, la igualdad que les otorga el carácter “general” de las normas desaparece ante las dificultades de acceso a la justicia y la falta de recursos económicos para lidiar con la corrupción y la arbitrariedad de las autoridades.

En América Latina, los esfuerzos para implementar políticas sociales, ampliar la capacidad fiscal de los Estados de manera que sea posible expandir derechos sociales, o aprobar reformas estructurales necesarias para el crecimiento económico, han enfrentado sistemáticamente una dura resistencia de intereses creados que, por largo tiempo, han gozado de privilegios. Los protagonistas más evidentes de esta situación, han sido los consorcios económicos más poderosos y los grandes sindicatos. Ambos grupos de interés alcanzan tales niveles de concentración de poder e influencia que consiguen sistemáticamente inclinar la balanza en su beneficio, excluyendo del bienestar a la mayor parte de la sociedad.

En un trabajo de 2008, Daron Acemoglu y James Robinson identificaron un dato revelador, según el cual, a pesar de una tendencia inequívoca hacia una mayor democracia formal (derechos políticos, elecciones periódicas, y controles sobre el ejecutivo), la capacidad recaudatoria y de desarrollo estructural de los países Latinoamericanos se ha mantenido particularmente baja ante la prevalencia de los intereses de los poderes de facto. Un informe del Banco Mundial denominado “La trampa de la desigualdad y su vínculo con el bajo crecimiento en México” muestra el escenario común de la región, sus autores señalan que existe una perversa relación causal entre las estructuras de la desigualdad, las reformas políticas y el crecimiento económico: “[...] las estructuras de poder desiguales siguen influyendo sobre el diseño de políticas y el funcionamiento de las instituciones económicas en México de formas que tienden a reproducir la estructura de desigualdad” (Guerrero, 2006: 52).⁵

⁴ Acerca de la baja recaudación impositiva de los Estados en Latinoamérica ver: Acemoglu, D., y Robinson, J., 2008, y Cheibub, J., 1998.

⁵ En este estudio, mediante el análisis de la información ofrecida por el Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática (INEGI) y las bases de datos de la revista Forbes (que publica anualmente la lista de los más ricos del mundo), la investigación llega a la sorprendente conclusión de que los multimillonarios mexicanos “...tienen un ingreso potencial de casi 400 veces el 0.1 por ciento más alto de la encuesta [con la que desarrolló el cálculo] y casi 14,000 veces el del promedio de la población”. Por otro lado, en contraste con las ganancias del común de trabajadores que crecieron menos del 3% en términos reales entre 2000 y 2004, “los

Es inevitable que las sociedades tengan estructuras de desigualdad de poder y riqueza, a pesar de lo cual, resultan insoportables cuando parecen ser insuperables; esto ocurre cuando las reglas del orden social se encuentran determinadas de tal manera que impiden que los individuos de los estratos sociales más bajos accedan a los superiores, o sea, cuando la lógica del orden social es —estructuralmente— excluyente de los desfavorecidos.

Otro trabajo publicado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) en julio de 2010, titulado “Informe Regional sobre Desarrollo Humano para América Latina y el Caribe 2010”, inicia con un diagnóstico lamentable: “América Latina y el Caribe es la región más desigual del mundo y la desigualdad es uno de sus principales obstáculos para avanzar en el desarrollo humano.” Según el informe, no se puede crecer sin promover la igualdad, ya que la desigualdad es un obstáculo para producir mayor crecimiento debido a que no permite el ejercicio de derechos fundamentales necesarios para generar riqueza. Esto ha introducido a la región en un círculo vicioso, en el cual, la pobreza y la marginación se heredan transmitiendo a cada generación menores oportunidades de crecimiento y reproduciendo mayor pobreza y desigualdad. Lo indignante de este escenario es que ha sido resultado de la falta de políticas deliberadas para contrarrestarla. Es decir, existen intereses minoritarios que promueven: 1) la invisibilidad de los pobres en la creación de políticas públicas de bienestar social; 2) la debilidad de las instituciones; 3) el acceso diferenciado a la influencia sobre políticas concretas y 4) prácticas de corrupción y captura del Estado. Una de las conclusiones es la siguiente: “Estos factores *sistémicos* contribuyen a que la dinámica política refuerce, en vez de compensar, la reproducción de la desigualdad.” En tanto no se tome conciencia de que la calidad de las democracias y la salud de un Estado de Derecho, se mide por el bienestar y la dignidad de la vida de sus miembros más débiles, las frágiles sociedades Latinoamericanas estarán en permanente riesgo de una renovación autoritaria.

La diferencia con otras sociedades desiguales pero democráticas está en que cuentan con instituciones que contrarrestan eficazmente las desigualdades escandalosas; instituciones que van, desde el contrapeso que supone la separación de poderes del Estado, hasta

grupos corporativistas vieron crecer su ingreso en casi 50% en las telecomunicaciones y cerca de 30% en el petróleo [...] En contraste, los ingresos de los trabajadores sindicalizados en otros sectores (que se enfrentaron a una competencia mayor) crecieron sólo dos por ciento”.

organismos reguladores de sectores específicos. En muchos países de América Latina tales contrapesos normalmente no son eficaces. Los factores de poder toman de rehén al Estado y amenazan su integridad si se afectan sus privilegios; con lo cual, antes de asumir compromisos conjuntos, de persuadir para obtener asentimientos, de apelar a una voluntad común o a sus derechos legítimos, recurren al chantaje, la intimidación, el boicot, o incluso a la violencia.⁶

De esta manera, en el escenario postautoritario se ha generalizado la ausencia de confianza en la comunidad política, situación que favorece interacciones como las modeladas en el llamado “dilema del prisionero”—, caracterizadas por elegir como estrategia «más racional» el no cooperar con los intereses que no sean los propios. Esta actitud frustra los intentos de acciones colectivas de interés común; ya que los acuerdos obligan a conceder cesiones y a la renuncia de beneficios, algo a lo que no parecen estar dispuestos los poderes fácticos, económicos o los grupos políticos que cuentan con mayorías.

El modelo del dilema del prisionero explica ampliamente las dificultades que enfrentan los actores políticos y sociales en América Latina cuando desean cooperar. Tales dificultades se derivan principalmente de dos situaciones: a) de la desconfianza a ser víctima si se autolimita el interés propio en favor de la colectividad; y b) de la ventaja que representa aprovecharse indebidamente de las concesiones de los otros actores. Todo lo cual se puede reducir a que en la política mexicana no existe certeza acerca de lo que legítimamente pueden esperar unos de otros. La consecuencia es que el miedo se ha instalado en la comunidad política corrompiendo la comunicación entre sus miembros y paralizando así la convivencia democrática. Nadie está a salvo porque todos son víctimas y enemigos, se desconfía de todos porque todos son amenazas potenciales. Así, la estratificación social en América Latina, se reproduce así misma, en palabras de Habermas, desde la *acción estratégica*; es decir, la guía de conducta que promueve entre los actores políticos y sociales está dirigida: a) a la maximización de las utilidades individuales frente a generales o colectivas, b) a racionalizar o legitimar moralmente todo tipo de acciones con resultados favorables al interés propio, c)

⁶ Estas resistencias por parte de los grupos de interés, explican en parte porque el combate a la desigualdad está basado en programas sociales de asistencia a la pobreza y no en acciones efectivas que cambien el equilibrio desigual de cargas y beneficios, tales como una redistribución del ingreso que implica además de una reforma fiscal equitativa, otra de carácter laboral que devuelva el sentido originario de los sindicatos como organizaciones representativas y contrapeso del sector empresarial.

a la necesidad de desarrollar habilidades racionales para defender los bienes propios, así como para evaluar y seleccionar la mejor “estrategia” para obtenerlos.

El concepto de *imperio de la ley* como elemento constitutivo del Estado democrático de derecho presupone condiciones formales y materiales de igualdad de las personas sujetas a ese orden; sin igualdad ante la ley, se desdibuja absolutamente la noción original —propia de la modernidad— según la cual la obligación política deben ser determinada por la participación popular y no por un dictador o una oligarquía con capacidad de imponer su imperio, su legalidad autoritaria.⁷ Oscar Vilhena (2011: 41), en referencia al Estado de Derecho en América Latina, describe con claridad las consecuencias de mantener altos niveles de exclusión social y económica; “el resultado es un Estado negligente con los invisibles, violento y arbitrario con los descastados morales y dócil y amigable con los privilegiados”. De esta manera, un primer problema del Estado de Derecho en las sociedades latinoamericanas es la exclusión social que promueven las estructuras jurídicas y las autoridades encargadas de aplicar el derecho.

II. La legalidad contra el Estado de Derecho

Lejos de ejercer una función de regulación social equitativa, de establecer límites y mantener parámetros de coordinación entre los poderes del Estado, el derecho en América Latina ha contribuido activamente al sostenimiento de un régimen económico desigual, montado en la explotación o la invisibilidad —en términos de derechos— de los más desfavorecidos en la distribución de cargas y beneficios. Su aplicación por parte de las autoridades del Estado *institucionaliza* un modelo de estratificación social que pareciera inherente a las sociedades modernas, cuando es parasitario de relaciones de poder contingentes. Marcos Kaplan describe la estructura piramidal de dominación según los privilegios en términos de inmunidad y de acceso a los recursos del Estado.

En la pirámide de dominación se constituye y funciona una constelación integrada por:

- a) gobernantes y administradores; b) el establishment policíaco-militar (formal-legal y clandestino); c) tecnoburócratas, expertos en información y en comunicación; d)

⁷ La literatura sobre el constitucionalismo moderno es amplísima. Tres textos que ayudan a conocer el estado de la cuestión: Bobbio, 1991, Lafer, 1994, Matteucci, 1998.

políticos y gestores públicos; e) representantes de grandes intereses privados; f) delincuencia organizada en mafias económico-políticas; g) poderes regionales y locales, sus aparatos, apéndices y periferias (Kaplan, 1998: 110).

Este esquema se fortalece mediante la legislación, las prácticas administrativas y las judiciales en contra grupos vulnerables y como parte de un proceso de afirmación de privilegios, manipulación de medios de información y corrupción. Como se indica al principio de este trabajo, son recurrentes dos tipos de prácticas jurídicas que colaboran para reproducir este esquema. Las primeras, mediante reglas espurias contenidas en el ordenamiento jurídico, la cualidad de “espurias” se atribuye a partir de las características restrictivas de derechos o libertades ya que entre sus principales propiedades se observan las siguientes: asignan una potestad a una autoridad o un privilegio a un sector o grupo en particular, la restricción de un derecho o libertad a una clase de personas y, la ausencia de justificación de ese tipo de normas en términos de los rasgos que caracterizan a un Estado de Derecho.

Por ejemplo, Belice prohíbe la entrada al país de homosexuales y prostitutas y sanciona penalmente la homosexualidad, al igual que Jamaica o Trinidad y Tobago.⁸ En México, de acuerdo con su Constitución (art. 16), se puede detener a una persona sospechosa de participar con el crimen organizado por 40 días, prorrogables hasta 80, “siempre que sea necesario para el éxito de la investigación”. En Bolivia se autoriza la actividad laboral a niñas, niños o adolescentes de diez a catorce años.⁹ En Ecuador un decreto presidencial¹⁰ autoriza la posibilidad de disolver organizaciones ciudadanas cuando “afecten la paz

⁸ El Código Penal de Belice, establece en el artículo 53 lo siguiente: “cualquier persona que mantenga relaciones carnales contra natura con persona o animal, o intente cometer acceso carnal con persona o animal, ya sea en público o privado, será sancionado con una pena de prisión de 10 años” [...] “toda persona que cometa un acto de indecencia grave con una persona del mismo sexo o intente cometer un acto de grave indecencia con una persona del mismo sexo en público o en privado, será castigado con pena de prisión de 7 años”. Por otra parte, el artículo 23 la Ley de Inmigración de 1958 precisa que se impedirá la entrada en el país a “cualquier prostituta u homosexual o cualquier otra persona que esté o haya estado viviendo o recibiendo beneficios de la prostitución o el comportamiento homosexual”.

⁹ Se trata del artículo 129 de la Ley n° 548 de 17 de julio de 2014.

¹⁰ Decreto n° 16. Reglamento para el funcionamiento del Sistema Unificado de Información de las Organizaciones Sociales y Ciudadanas.

Artículo 26. Causales de disolución. Son causales de disolución de las organizaciones sociales constituidas bajo este régimen, las siguientes: (...) 7. Dedicarse a actividades de política partidista, reservadas a los partidos y movimientos políticos inscritos en el Consejo Nacional Electoral, de injerencia en políticas públicas que atenten contra la seguridad interna o externa del Estado o, que afecten la paz pública.

pública”. En diciembre de 2013 el gobierno disolvió a la Fundación Pachamama, una ONG que durante más de 16 años se había dedicado a la defensa del medio ambiente y los derechos humanos, la justificación de la disolución fue que varios de sus miembros supuestamente habían participado en una manifestación violenta contra la extracción de petróleo en la región del Amazonas.

Un segundo grupo de prácticas jurídicas contrarias al Estado de Derecho tiene que ver con el uso de reglas que permiten acciones contrarias a los principios básicos del Estado de Derecho. En la teoría del derecho se ha denominado a este tipo de acciones opuestas a principios del ordenamiento jurídico como ilícitos atípicos: “[...] son acciones que prima facie están permitidas por una regla, pero que, una vez consideradas todas las circunstancias, deben considerarse prohibidas” (Atienza, M. y Ruiz Manero, J., 2006). Se trata de un problema de coherencia del ordenamiento jurídico, que puede ocurrir tanto por la ausencia de una regla que debería prohibir aquellas acciones contrarias a los principios democráticos (laguna normativa), como también por la existencia de reglas que permiten expresamente su afectación (laguna axiológica). En uno de sus trabajos Guillermo O’Donnell explica la popularidad de la que goza esta estrategia de uso injustificado de las reglas:

En América Latina hay una larga tradición de ignorar la ley o, al reconocerla, de torcerla a favor del poderoso y para la represión o contención del débil. [...] primero, la obediencia voluntaria de la ley es algo que sólo practican los idiotas y, segundo, que estar sometido a la ley no significa ser portador de derechos exigibles sino más bien una clara señal de debilidad social. (O’Donnell, 1998: 12).

Pues bien, el primer tipo de prácticas jurídicas contrarias al Estado de Derecho tiene que ver con la validez de ciertas normas que no encajan en el modelo de derecho de un régimen democrático; lo que exige plantear su nulidad a través de instrumentos de control constitucional, su erradicación por vía legislativa, o la suspensión de su aplicación en el caso de otras autoridades como las ejecutivas. El segundo tipo de prácticas, el uso de reglas contrarias a principios, es un problema de coherencia del ordenamiento jurídico, y puede ocurrir tanto por la ausencia de una regla que debería prohibir aquellas acciones contrarias a los principios democráticos (laguna normativa), como también por la existencia de reglas que

permiten expresamente su afectación (laguna axiológica). La solución a estas incoherencias pasa por crear una regla prohibitiva de ese tipo de acciones, o en su caso, derrotar aquella o aquellas que las permiten. Visto desde este ángulo, el problema en América Latina no es de regresión autoritaria como advierten los especialistas en transiciones democráticas; sino de una sigilosa pero efectiva renovación autoritaria.

III. La función judicial y el Estado de Derecho en América Latina

A diferencia del escenario descrito, en las democracias consolidadas se observa una dinámica política distinta, el *imperio de la ley* existe porque “no hay actores políticos y sociales significativos que intenten lograr sus objetivos por medios ilegales, inconstitucionales o antidemocráticos”. En América Latina en cambio, como lo ha argumentado Guillermo O’Donnell, las democracias de la región son delegativas, “basadas en la premisa de que quien gana la elección presidencial queda facultado para hacer lo que mejor le convenga, limitado sólo por las duras realidades de poder existentes y por el factor temporal del ejercicio del gobierno” (O’Donnell, 1994: 59). Las democracias delegativas, como el propio O’Donnell observa, son la continuación de la antigua forma de caudillismo. Al parecer la región no escapa al desafío antiliberal y anti democrático que promueven países autoritarios de otras latitudes, en opinión de Larry Diamond, “Durante la última década los principales países autoritarios han ganado influencia en el escenario mundial. China, Irán, Rusia, Arabia Saudita y Venezuela han desarrollado nuevas herramientas y estrategias para contener la propagación de la democracia y desafiar el orden político internacional liberal”. (Diamond *et. al.*, 2016).

En este contexto el sistema judicial, por su ubicación en el diseño de las instituciones del Estado puede ser un instrumento de directa intervención y participación de los ciudadanos, quienes a través de la jurisdicción están en posibilidad de hacer sentir sus voces y obtener resultados que de otra forma serían del todo imposibles. Así, los jueces resultan ser los destinatarios de nuevas demandas sociales, o de aquellas que no alcanzaron un lugar en los espacios representativos de gobierno; su papel ya no sería únicamente salvaguardar la certeza del Derecho, sino también desplegar su capacidad para responder a demandas y reivindicaciones sociales. Este protagonismo de los jueces no puede verse como un fenómeno de “activismo judicial” o de “politización de la justicia”, sino como un *elemento corrector*

del sistema político democrático, que debe operar cuando se afectan derechos fundamentales, o cuando las instituciones públicas excluyen intereses legítimos contemplados en el ordenamiento jurídico, con lo cual el sistema judicial estaría vinculando logros de movimientos políticos y sociales (incluidos en el ordenamiento jurídico) con la cotidianidad de la vida pública; esto resulta fundamental para cambiar las realidades de las sociedades descritas y no caer en el conformismo de rendirse a ellas.

En 1992 Bruce Ackerman se lamentaba de que después de 1989, los países de Europa oriental hubieran desaprovechado la oportunidad revolucionaria para hacer una constitución: “pronto ese momento se disolverá en el torbellino del oportunismo mezquino y de estrechos intereses que surgirán a partir de la nueva estructura de poder”. Al mismo tiempo reflexionaba lo siguiente: “Si los políticos revolucionarios no tratan de construir una sólida base de apoyo en el pueblo para la constitución ¿Hay algún otro grupo que pueda emprender esa tarea? El candidato más probable es el poder judicial” (Ackerman, 1992: 99). Su confianza en la judicatura se basa en dos características ya mencionadas: a) el sistema judicial es la institución que vincula directamente el orden jurídico con la solución de problemas de los ciudadanos; y b) los jueces pueden ser útiles, de un modo realista, como guardianes de las constituciones liberales.

De esta manera, el papel de la función judicial se explicaría en términos de un instrumento de veto con que potencialmente cuentan los individuos para anteponer el derecho a la discrecionalidad de la política ordinaria; con lo cual, la oportunidad de acudir a los tribunales los inserta como “jugadores con veto” (veto players) en el proceso político. (Tsebelis, G., 2002). El ciudadano, al contar con la oportunidad —vía judicial— de restringir áreas de poder discrecional, básicamente estaría haciendo funcionar el sistema de pesos y contrapesos al reivindicar demandas frente al Estado en condiciones mínimas de igualdad y libertad. Al mismo tiempo, estaría en capacidad de cuestionar y enfrentar cualquier norma o decisión en la que los órganos representativos hayan trastocado derechos de los ciudadanos.

Ahora bien, no se propone instituir un gobierno de los jueces, sino fortalecer la deliberación pública en la toma de decisiones políticas desde el Poder Judicial. Lo que recientemente Roberto Gargarella ha denominado como “justicia dialógica” o “diálogo constitucional” (Gargarella, 2014); la noción de estos conceptos tiene su fundamento en la inclusión de la ciudadanía, los poderes públicos e incluso agentes o corporaciones privadas

en la discusión y opinión en torno a las controversias judiciales de interés público. Se tiene que pensar en un sistema judicial distinto al que se tiene; uno que no perpetúe el *statu quo*.

El *statu quo* ha sido mantenido en muchos países por un Derecho que hasta nuestros días tiene el efecto de disolver en el sistema jurídico aquellos impulsos tendientes a cambiar el equilibrio de fuerzas en la sociedad. La manera de hacerlo es formando una gran brecha entre la ley escrita y la realidad social, lo cual explica que los ordenamientos jurídicos sean políticamente democráticos y socialmente justos, pero la realidad siga en su estado original.

En esta línea de pensamiento, Ernesto Garzón Valdés ha propuesto lo que considera dos condiciones necesarias y conjuntamente quizás suficientes para la vigencia de un orden jurídico como el que prescriben las constituciones latinoamericanas: 1) la aceptación del texto constitucional desde una perspectiva que, siguiendo la terminología de Herbert L. A. Hart, puede ser llamada “punto de vista interno”, y 2) la existencia de una sociedad homogénea en el sentido de que cada uno de sus miembros tenga la posibilidad de acceder a la satisfacción de sus necesidades básicas. (Garzón Valdés, 1999: 133-157).

La primera condición necesaria evitaría que aquellos que detentan el poder vean en el ordenamiento jurídico un instrumento de dominación o medio para obtener sus objetivos personales. Esto sería posible mostrando que la adhesión a las normas representa beneficios a largo plazo, sobre todo considerando que en el nuevo escenario de competencia política nadie puede apropiarse indefinidamente del ejercicio del poder. De esta forma se modifica el concepto de racionalidad individual, pasando paulatinamente de un enfoque no cooperativo, a otro que sí lo es. La segunda condición coloca en un plano de igualdad a los miembros de una democracia, los posiciona como ciudadanos y no sólo como integrantes de la comunidad. Ahora bien, no en el sentido formal de igualdad frente a la ley, sino de igualdad a través de la ley, es decir, entendida como “paridad participativa” de todos en la comunidad política. (Fraser, 2005: 67-84). Se trata de generar el escenario apto para hacer posible prácticas democráticas, desde luego tomando en cuenta las graves carencias económicas de la región.

IV. Consideraciones finales

Si se acepta como una de las causas de la problemática latinoamericana la lógica de la racionalidad del dilema del prisionero entre las fuerzas políticas y la sociedad en general, entonces, la función judicial en países con debilidad institucional debe ser considerada no

sólo como un medio de solución de controversias, sino como una institución dirigida a incrementar los niveles de confianza en el espacio público. La intención es que las decisiones judiciales ayuden a generar un espacio de competencia política mediante el uso de recursos racionales y deliberativos. Este marco institucional debe tener la capacidad de estimular en los actores la cooperación necesaria para aceptar las restricciones que les imponen las reglas. Por tanto, la función judicial tendría que articular de manera exitosa el código de valores y principios socialmente construido, y el marco normativo establecido en el sistema jurídico. Para lograr esto, le correspondería desactivar y expulsar del ordenamiento jurídico aquellas normas espurias que directamente dañan principios del Estado de derecho, así como declarar la nulidad de aquellas acciones que mediante figuras como el fraude de ley o la desviación de poder atentan contra esos principios.

En este sentido, una decisión judicial no debe ser considerada valiosa sólo por su capacidad de imponer un nuevo estado de cosas, porque entonces estaría dirigida básicamente a lograr conductas de acatamiento que no servirán al propósito de crear confianza; en consecuencia, no podría ser eficaz como guía interna de conducta. Si las autoridades judiciales no se preocupan por influir en el cambio de la cultura jurídico-política de una sociedad, entonces, siempre que el cálculo de utilidades así se lo aconseje, los actores políticos estarían dispuestos a seguir las reglas únicamente con base en una actitud de acatamiento derivada del temor a la sanción o anulación, o en su caso, estarán igualmente dispuestos a violarlas si conviene mejor a sus intereses.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguiló Regla, J. (2015), “Interpretación constitucional. Algunas alternativas teóricas y una propuesta”, en Carbonell, Miguel (*et. al.*) *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado constitucional, tomo IV, volumen I*, México, UNAM, III.
- Acemoglu, D. y Robinson, J., (2008), “The role of institutions in growth and development”. *Commission on Growth and Development Working Paper No. 10*, World Bank, Washington, DC.
- Aguar, A., (2013), “Estado de Derecho y Régimen Político”, en Pérez, Gabriel (coord.), *Temas selectos de la teoría política contemporánea*, UAM, México, pp. 263-286.
- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (2006), *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Madrid, Trotta.
- Ackerman, B., *The future of liberal revolution*, Yale University Press, New Heaven, 1992.
- Barberis, M., (2006), *Ética para juristas*, (trad. Álvaro Nuñez), Trotta, Madrid.
- Bobbio, N., (1991), *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema.
- Campos, M., E. Chávez y G. Esquivel (2014), “Los ingresos altos, la tributación óptima y la recaudación posible”, E en línea:
http://www.cefp.gob.mx/portal_archivos/convocatoria/pnfp2014/primerlugarpnfp2014.pdf
- Cardenas, M. (2010), “State capacity in Latin America”. Presidential Lecture of the Latin American and Caribbean Economic Association (LACEA), October 3, 2009, Buenos Aires, Argentina.
- Castells, M. (1999), *Globalización, identidad y Estado en América Latina*, Ministerio Secretaría General de la Presidencia/PNUD, Santiago de Chile.
- Cheibub, J. (1998), “Political regimes and the extractive capacity of Governments: taxation in democracies and dictatorships”, *World Politics*, n° 50 (3), 349-376.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Panorama Social de Latinoamericano 2015*, Santiago, Naciones Unidas, 2015.
- Collier, D. y Levitsky, S. (1997), “Democracy with adjectives: conceptual innovation in comparative research”, *World of Politics*, vol. 49, n° 3.

- De Sousa Santos, B., (2009), *Sociología Jurídica crítica: Para un nuevo sentido común del derecho*, Madrid, Trotta.
- Diamond L., Plattner M. F., y Walker C. (2016), *Authoritarianism goes global. The challenge to democracy*, Johns Hopkins University Press.
- Díaz, Elías (1998), *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus.
- Ferrajoli, L. (2011), *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, (trad. Perfecto Andrés Ibáñez), Madrid, Trotta.
- Fraser, N., “Redefiniendo el concepto de justicia en un mundo globalizado”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez, IVR 2005, Law and justice in a global society*, Granada, 2005.
- Gargarella, Roberto (ed), (2014), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Siglo XXI editores, Buenos Aires.
- Garzón Valdés, E., (1999), “Derecho y Democracia en América Latina”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n° 33, Granada.
- (2001), “What is wrong with the *rule of Law*?”, in SELA 2000, *Estado de derecho y democracia*, Buenos Aires, Editores del Puerto.
- Grassi, D., y Memoli, V., “Democracy, political partisanship, and state capacity in Latin América”, *Italian Political Science Review/Rivista Italiana di Scienza Politica*, n° 46, pp. 47–69, 2016.
- Guerrero, I., López Calva, L., y Walton, M., (2006), *La trampa de la desigualdad y su vínculo con el bajo crecimiento en México*, Banco Mundial.
- Lafer, C., (1994), *La reconstrucción de los derechos humanos: un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt*, México, FCE.
- Kaplan, M. (1998), “El Estado Latinoamericano: entre las crisis y las reformas”, *Revista Venezolana de Análisis de Coyuntura*, vol. IV, n° 1, pp. 97-115.
- Matteucci, Nicola (1998), *Organización del poder y libertad. Historia del constitucionalismo moderno*, (trad. Francisco Javier Ansuáteguí y Manuel Martínez), Madrid, Trotta.
- O’Donnell, G., (1994) “Delegative democracy”, *Journal of democracy*, vol. 5, n° 1.

----- (1998), “Polyarchies and the (un)rule of law in Latin America”, *Estudio/Working Paper 1998/125*, Centro de Estudios Avanzados en Ciencias Sociales de la Fundación Juan March, Madrid.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Informe Regional sobre Desarrollo Humano para América Latina y el Caribe 2010. Actuar sobre el futuro: romper la transmisión intergeneracional de la desigualdad*, San José, PNUD, 2010.

Raz, J., (1977), “The rule of law and its virtues”, *The Law Quarterly Review*, vol. 93, pp. 195-211.

Tsebelis, G., (2002), *Veto Players. How Political Institutions Work*, New York, Princeton University y Russell Sage Foundation.

Vilhena, O., (2011), “Desigualdad estructural y Estado de Derecho”, en Rodríguez, C., (coord.), *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Siglo XXI, Buenos Aires.