

EL COMPROMISO DEMOCRÁTICO DEL ESTADO CONSTITUCIONAL*

Diego VALADÉS**

SUMARIO: I. *Explicación*. II. *Las funciones constitucionales contemporáneas*. III. *Estado intangible y alienización del Estado*. IV. *El Estado y la cuestión social*. V. *Conclusión*.

I. EXPLICACIÓN

Lo que caracteriza al Estado moderno es su secularidad. En un sentido muy amplio, esta secularidad denota la independencia del poder político con relación a cualquier interés particular. En nuestro tiempo el poder político está siendo afectado por el poder económico, de una forma que supera los precedentes conocidos. La simbiosis entre el poder económico y el político se acentuó a partir de la revolución industrial, pero con el fenómeno conocido como mundialización ha perjudicado los precarios equilibrios existentes. Como se verá más adelante, esta situación plantea nuevos retos para el constitucionalismo.

En ese contexto, en el siglo XXI se deberá hacer frente al desafío significado por las posibles respuestas del poder político. Las opciones incluyen por igual al Estado totalitario y al Estado constitucional. Debe tenerse presente que el pragmatismo ha desplazado al compromiso democrático, y que las formas duras del ejercicio del poder son

* Una síntesis de este trabajo fue presentada en el VII Encuentro de Salamanca, España, en julio de 2008.

** Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

compatibles con el proceso de mundialización. Las condiciones políticas son satisfactorias para los grandes intereses económicos, si se garantiza su indemnidad. En este punto tengo muy presente la rotunda afirmación de Alfonso Guerra cuando afirma que el neoliberalismo “es el nuevo dogmatismo que ha ocupado el lugar que tuvo el totalitarismo fascista y la ideología absolutista del comunismo”.¹ A partir de esa premisa, lo que importa es la recuperación y el fortalecimiento del Estado constitucional. Alcanzar este objetivo exige contar con instrumentos conceptuales e institucionales para que el Estado del siglo XXI se encamine hacia la elevación de la calidad de la democracia y no hacia formas arcaicas del ejercicio duro del poder.

El propósito de este documento es presentar un escenario posible de Estado social, cultural y democrático de derecho. Desde sus orígenes, y hasta el final de la guerra fría, el constitucionalismo siguió una razonable línea evolutiva, El neoliberalismo económico y sus efectos en la vida general del Estado contemporáneo han ocasionado una fractura en ese proceso. Para examinar estos aspectos, en primer lugar aludiré a las funciones de la Constitución, y en seguida haré referencia al fenómeno que identifiqué como *Estado intangible*. Se verá cómo la construcción del constitucionalismo ha llegado a una especie de meseta. Sin embargo, en la parte final del texto planteo que, conforme al axioma de Hobbes, no existe ningún poder superior al Estado, porque cuando hay un poder mayor, ése es el Estado. Cuando el poder eclesiástico, el castrense, el nobiliario o el económico se imponen sobre todos los demás, ése es el poder del Estado. Por eso no creo excesivo aplicar al poder la ley de la conservación de la materia de Lavoisier, y decir que el poder político no se crea ni se destruye, sólo se transforma. Las expresiones de poder están presentes en todas las agrupaciones; donde hay organización social, hay derecho, y donde hay derecho, hay Estado. Lo que varía es el contenido del derecho y la dirección del Estado, pero el poder político organizado existirá mientras haya sociedad. ¿Cómo salir de la meseta a la que se ha llegado y sortear una posible recaída autoritaria? Ese es el desafío al que se enfrentará el Estado constitucional en el curso del siglo XXI.

¹ *Diccionario de la izquierda*, Barcelona, Planeta, 1998, p. 162.

II. LAS FUNCIONES CONSTITUCIONALES CONTEMPORÁNEAS

La gobernabilidad y la calidad de la democracia son conceptos afines. Por mi parte, considero que la gobernabilidad es un *proceso de decisiones legales, razonables, controlables y eficaces, adoptadas por autoridades legítimas, en un ámbito de libertades, de equidad y de estabilidad institucional, para atender requerimientos de la sociedad mediante prestaciones y servicios regulares, suficientes y oportunos, y garantizar a la población el ejercicio de sus derechos civiles, políticos y económico-sociales*. De ahí que en un sistema democrático, el constitucionalismo desempeñe cinco grandes funciones: legitima las instituciones, asegura el control jurídico de los procesos políticos, procura la estabilidad social, regula las funciones económicas y garantiza la positividad del ordenamiento jurídico. Veamos, de manera sumaria, estas funciones.

1. *Legitimidad institucional*

En tanto que los instrumentos utilizados para acceder al poder no se avengan con procedimientos democráticos, se hace recurrente la apelación a recursos de fuerza. Por eso, una de las principales preocupaciones de los sistemas constitucionales consiste en mantener actualizados los fundamentos de la legitimidad del poder. Las primeras medidas adoptadas en esta materia por las constituciones estuvieron relacionadas sobre todo con las libertades y las garantías electorales.

Pero los procesos electorales por sí solo no aseguran la presencia de un sistema constitucional democrático, porque tras los pliegues del sistema electoral se pueden ocultar influencias que distorsionan la libertad efectiva en la emisión del voto. Además, cuando el poder político está muy centralizado, o asociado al poder económico, las técnicas de persuasión o de disuasión social afectan el desenlace de las elecciones. Allí donde estos problemas no están resueltos de manera razonable, se erosiona la legitimidad de quienes ocupan los órganos del poder. Aún así, la solución electoral no basta para legitimar a quienes ejercen la titularidad de las funciones orgánicas del Estado. Por eso también se han adoptado y fortalecido los instrumentos de control político y jurisdiccional que permiten que el desempeño de los funcionarios goce de la presunción de legitimidad.

Durante largo tiempo, numerosos sistemas propendieron a compensar el déficit democrático poniendo el acento en las reivindicaciones de carácter social. El discurso orientado en esta dirección encontraba un adecuado soporte en los preceptos constitucionales, por lo que su reiteración enfática adquirió los visos de una estrategia legitimadora. Aquello en que la Constitución era insuficiente, desde el punto de vista de los procedimientos para acceder al poder y para controlar a sus titulares, se veía compensado por los preceptos de contenido social. Durante esa etapa las constituciones desempeñaron una función legitimadora del poder no por sus disposiciones democráticas, de las que a veces carecían, sino por sus enunciados programáticos.

El tema social resultó muy funcional para los objetivos de legitimación de los gobernantes, a tal punto que el adjetivo “social” comenzó a menudear en los textos constitucionales. Sin embargo, este recurso retórico fue perdiendo sus efectos diversivos, por lo que se hizo necesario volver la mirada hacia instituciones que legitimaran a los titulares del poder. Entre estas, el constitucionalismo contemporáneo ha incluido la defensa jurisdiccional de la propia Constitución.

2. *Control político*

El control político es una de las funciones tradicionales de los sistemas constitucionales, pero el diseño de sus instrumentos y de los procedimientos ha variado. En su fase inicial, las constituciones confirieron un papel de especial relevancia a la separación de poderes, que dejó sentir su influencia en el Congreso de Filadelfia y en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, cuyo artículo 16 se convirtió en el eje de formulaciones normativas y de reflexiones doctrinarias a lo largo del siglo XIX y de buena parte del XX.

La construcción teórica de la separación de poderes se explicaba cuando lo importante era contar con un constructo que permitiera desmontar el absolutismo monárquico imperante. Es comprensible que los argumentos de Montesquieu se encaminaran en la dirección de contrarrestar la concentración del poder que caracterizaba al Estado moderno, organizado en torno a la figura del monarca, con las excepciones norteamericana y, de manera paulatina, británica.

La monarquía constitucional fue un fenómeno propio del siglo XIX, y sus elementos fundamentales residían en la sujeción del monarca a formas previsibles de control político. En los sistemas presidenciales, que en el curso de ese siglo se desarrollaron sobre todo en América Latina, los instrumentos de control también fueron adquiriendo forma. Empero, el principio de separación de poderes adoptó contenidos y matices que resultaron funcionales lo mismo para reivindicar las libertades públicas que para inhibir las acciones de control de los órganos de representación política.

La separación de poderes adquirió un aspecto anfibológico. Por una parte fue útil contra los sistemas absolutistas, pero de la misma manera fue construyendo los argumentos para que los nuevos titulares del poder se protegieran frente a las supuestas intromisiones de los congresos y parlamentos. En tanto que se le considere como una separación funcional, el esquema de Montesquieu corresponde, en lo jurídico y político, a la doctrina de la especialización que en el ámbito económico preconizaría Adam Smith poco después, y que Emmanuel Kant hizo suya de inmediato.² Pero el concepto de separación funcional fue acompañado por construcciones constitucionales de progresiva rigidez, conforme a las cuales se vedaba toda hipotética injerencia de un órgano del Estado en la actividad de otro. Este aislamiento propició que el poder concentrado en la persona que ocupaba el gobierno prevaleciera sobre el poder de los congresos; poder por lo general disperso, declarativo y con fuerte tendencia al conflicto interior.

Los congresos padecían problemas de fragmentación, y en este punto todavía siguen siendo vulnerables; pero no es posible ni deseable prescindir de los bloques internos. El poder del gobierno suele ser vertical y su titular ejerce un mando efectivo sobre los subordinados, dispone de capacidad de decisión y ofrece hacia el exterior una posi-

² Smith publicó *La riqueza de las naciones* en 1776; Kant, en su *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, aparecida en 1785, expresó: "Toda industria, oficio y arte ha ganado con la división del trabajo. Un artesano no hace todos los oficios, sino que cada uno se limita a realizar un trabajo que por sus características puede netamente diferenciarse de cualquier otro, con el resultado de alcanzarse un mayor rendimiento y una mayor perfección. Allí donde los trabajos no se encuentran divididos y donde cada cual es un artesano polifacético, los oficios se hallan aún en la mayor barbarie". Véase la edición española, Madrid, Santillana, 1996, p. 14.

ción coherente, homogénea y disciplinada, en tanto que los congresos muchas veces debaten sin decidir, y sus determinaciones normativas quedan sujetas a la aplicación que de ellas hagan los gobiernos. Cuando, por el contrario, los congresos son homogéneos, por lo general es a expensas de su libertad e independencia, bien por la subordinación política con relación al gobierno; bien por el ejercicio hegemónico del poder por parte de un partido o de un dirigente carismático.

Las funciones de control político, eje de todo sistema democrático, encuentran resistencia por parte de los gobiernos, sobre todo en los organizados como sistemas presidenciales. Además de los factores asociados con la cohesión gubernamental y la fragmentación congresual, las acciones de propaganda suelen tener un efecto distorsionador en cuanto a las relaciones entre ambos órganos del poder. Lo más habitual es que, por la disposición de recursos técnicos y económicos, y por las características de disciplina vertical, los gobiernos sean más eficaces en materia de propaganda que los congresos, donde la acción de comités plurales y las limitaciones operativas, hacen que sus resultados mediáticos resulten más magros.

La maquinaria gubernamental se orienta en diferentes direcciones. Es común que cuente con un vocero que transmite la posición del conjunto de ese órgano del poder, mientras que en el Congreso hay un vocero por cada fracción, que además no siempre cuenta con el respaldo al completo de la totalidad de sus integrantes. En todo caso, frente a la unidad de acción y de posición gubernamental, el Congreso, en el mejor de los casos, exhibe las contradicciones naturales en un órgano integrado por fuerzas opuestas entre sí. La capacidad de articular apoyos mediáticos es más asequible para el gobierno, por lo general mediante acuerdos no siempre conformes con el interés público. Otro tanto suele suceder con los principales grupos económicos, que tienen intereses directos en los medios, en calidad de socios, o indirectos, en calidad de grandes anunciantes.

Para eludir los controles, muchas veces se opta por desacreditar al controlador. Esta acción incluye a los partidos y a los congresos, elementos indisolubles de los sistemas representativos. Las denuncias de corrupción en contra de los partidos y de ineficacia en contra de los congresos, producen un efecto acumulado que contribuye a debilitar

las posibilidades reales de control sobre el gobierno. A partir de que se desencadena esa corriente negativa, los gobiernos advierten que tanto mayor como sea el desprestigio de sus controladores, tanto menor será el apoyo popular para el ejercicio controlado del poder. Esto se traduce en riesgos de arbitrariedad y de impunidad en la actuación de los gobernantes.

Los sistemas constitucionales han diseñado dos variedades de controles políticos: los *controles impropios, formales o aparentes* y los *controles propios, materiales o reales*. Los primeros generan una disfunción institucional, porque afectan el principio de que en un sistema democrático *no puede haber un órgano del poder político que no esté sujeto a un control político*. La conjetura acerca de quien controla al controlador, se resuelve en el constitucionalismo mediante una forma operativa mediante la cual *el controlado controla a su controlador*. Cuando esta relación de controles recíprocos es objeto de una construcción razonable, genera un equilibrio constructivo que permite que cada uno de los órganos involucrados cumpla de manera satisfactoria sus propias funciones.

3. *Estabilidad social*

Los objetivos constitucionales en cuanto a la estabilidad tienen una doble expresión: adaptación y transformación. De la adaptabilidad de un sistema depende su permanencia, en tanto que puede ir dando respuesta a la variación de las expectativas colectivas. Pero en ocasiones son necesarios cambios o ajustes mayores para poder absorber las tensiones acumuladas por necesidades desatendidas o por perturbaciones inevitables.

Por lo general se considera que las sociedades deben adaptarse al sistema político, pero la elasticidad requerida para esa adaptación no es susceptible de perdurar sin interrupción. Por eso las funciones constitucionales encaminadas a la estabilidad social se ampliaron de una manera progresiva, sobre todo en las cuestiones relacionadas con la educación y el trabajo. En una segunda fase, que se extendió por varias décadas, esas funciones incorporaron los temas generales del bienestar, como la seguridad social, la vivienda y la atención de la salud.

Ese proceso, empero, se ha visto truncado por un cambio sustancial en los enfoques constitucionales, y en lugar de proseguir con el avance, que llevaría a construir o a fortalecer las instituciones relacionadas con la equidad social, se ha emprendido un camino de regreso, desmontando buena parte de los instrumentos que ofrecían mínimos de estabilidad en las relaciones sociales. Un fenómeno dual que tiende a acentuarse, es la pobreza y la concentración de la riqueza. En muchos lugares del orbe la opulencia y la miseria conviven muy de cerca, en un precario equilibrio. Las respuestas constitucionales han cesado, y la indigencia así como la riqueza han quedado sujetas a las decisiones del mercado. Los sistemas constitucionales han perdido la flexibilidad requerida para dar respuesta a las necesidades sociales. La mendicidad urbana, el abandono de la niñez, el aumento del trabajo precario, la falta de políticas para la juventud, la parsimonia de los sistemas asistenciales y la astringencia presupuestal, por ejemplo, han contribuido a que cerca de la mitad de la población mundial viva en condiciones de pobreza y de pobreza extrema.

La expulsión de mano de obra es frecuente en muchos países y resulta, entre otras cosas, de la exclusión social. Sin embargo los expulsados se convierten luego en una fuente de ingresos para sus países de origen, lo que permite a las autoridades nacionales mantener políticas económicas de astringencia, que a su vez impelen a más personas a buscar oportunidades en el extranjero. En otras palabras, se exporta pobreza y se importa riqueza, sin que por este motivo mejoren las condiciones de quienes permanecen en el país de origen, ni se emprendan acciones institucionales para mejorar la situación de quienes se ven obligados a emigrar.

En cuanto a los países receptores de emigrantes, los efectos tampoco son positivos para su población trabajadora. Por un lado se ven afectados los niveles salariales, y por otro cobran fuerza las posiciones conservadoras que, con el pretexto de poner diques a la inmigración, emprenden políticas adversas al interés de los trabajadores locales.

El fin de la guerra fría trajo consigo una importante variación en las conductas gubernamentales. A lo largo de varias décadas las opciones más utilizadas consistieron en reprimir los movimientos de inconformidad, o apaciguarlos mediante la concesión de beneficios que atenuaban las expresiones de irritación. Algunos sistemas aplicaron,

en forma alternativa o selectiva, ambas estrategias. El motor de esas medidas fue, en muchos casos, la supuesta o la real amenaza desestabilizadora por parte de los países pertenecientes al bloque socialista. Cuando la polarización desapareció, el interés circunstancial por atender algunas demandas de la población marginada también decreció de forma ostensible. Es sintomático, por ejemplo, que en 1970 el 42% de la población de América Latina padeciera los efectos de la pobreza. Treinta y cinco años más tarde, habiéndose multiplicado varias veces la riqueza el 40% de la población permanecía en las mismas condiciones.³

Algunos sistemas constitucionales contemporáneos han encontrado soluciones para ese tipo de demandas, pero su aplicación se ve dificultada por las restricciones al gasto impuestas por los organismos financieros internacionales, que afectan a los países donde en mayor medida se experimentan las necesidades de programas contra la pobreza. Además, los apremios para generar efectos de imagen que reditúen votos también han influido para dejar por un lado las medidas institucionales susceptibles de producir cambios profundos y duraderos en la estructura social. La ampliación de los derechos fundamentales, para generar condiciones progresivas de equidad; el fortalecimiento del sistema representativo, que facilite la deliberación y los acuerdos, y la implantación de medidas fiscales que ofrezcan mejores posibilidades de redistribución de la riqueza, implican costos políticos, en los ámbitos nacional e internacional, que muchos gobernantes no están dispuestos a soportar.

4. *Regulación económica*

La función constitucional de regulación económica incluye las facultades normativas atribuidas a los órganos del poder, con relación a la actividad económica de los particulares, y la intervención de esos órganos en la vida productiva, a través de la gestión de empresas, del sistema de subsidios y en algunos casos de la concesión de créditos fiscales. A pesar de las posiciones neoliberales en el sentido de rehuir

³ Véanse *Human Development Report*, Organización de las Naciones Unidas, 1999, pp. 55-58; y 2007, pp. 129-131.

ese tipo de funciones, diversas situaciones críticas han obligado a cambios de actitud. La crisis inmobiliaria estadounidense, de 2008, por ejemplo, incluye entre sus consecuencias la exigencia de nuevas formas de regulación de los créditos hipotecarios; esa crisis también ha tenido repercusiones en Gran Bretaña, donde el gobierno rescató, a la manera clásica, a una importante institución privada, proveedora de crédito.⁴

La función reguladora de la economía se desarrolló de manera paralela a la de estabilización social. La necesidad de disponer de recursos y la conveniencia de orientar la economía se complementaron durante décadas. Proveer a la población una amplia gama de prestaciones sociales, ofrecer empleo, facilitar créditos y controlar los precios de los productos básicos, eran acciones que requerían de un aparato de gestión económica que se previó en la mayor parte de los sistemas constitucionales.

La intensa participación del Estado en la economía dio lugar a que en algunos lugares se hablara de un sistema de economía mixta, o incluso de “economía social de mercado”, como sugirió Ludwig Erhard en Alemania.⁵ La expresión “economía mixta” comenzó a utilizarse a raíz de las medidas adoptadas enseguida de la crisis económica de 1929 en Estados Unidos, y en un principio se asoció con el vigoroso desarrollo que los sindicatos tuvieron en esa época en Estados Unidos y en Europa. El uso del concepto se generalizó a partir de la segunda posguerra. Se ha entendido que este sistema se caracteriza por la participación simultánea de la empresa privada y pública en el proceso económico, por la planificación de la economía y por la incidencia de las decisiones gubernamentales en el control de precios y en la determinación de las políticas salariales.

⁴ Véanse, por ejemplo, las notas “The Regulators are Coming”, *The Economist*, 27 de marzo de 2008; “Darling Unveils £50bn Bond Issue to Rescue Mortgage Market”, *The Guardian*, 21 de abril de 2008. En Estados Unidos, el rescate de una sola institución financiera privada implicó un crédito gubernamental por 30 mil millones de dólares; en el Reino Unido, el rescate anunciado en abril del presente año fue por 50 mil millones de libras.

⁵ El concepto “economía social de mercado” fue propuesto, desde 1946, por el economista Alfred Müller-Armack, luego colaborador de Erhard.

Las funciones constitucionales de regulación económica corresponden hoy a uno de los aspectos más cuestionados por el neoliberalismo.

5. *Mediación jurídica y garantía*

La validez de la norma está relacionada con la forma de su producción y con su aplicación efectiva. Si el proceso seguido para la adopción de la norma no corresponde al estatuido, o si habiendo sido elaborada conforme a lo preceptuado, no es obedecida, la norma carece de validez. En estos términos, *la función de mediación jurídica del sistema constitucional es la que resulta de las previsiones para que, mediante la aplicación de una regla determinada, se haga posible la garantía de los derechos sustantivos*. La aplicación coactiva de la norma no excluye la obediencia voluntaria por parte de sus destinatarios, como es lo más habitual. Los casos sometidos a la decisión jurisdiccional representan sólo una fracción del total de las transacciones jurídicas. Las partes que intervienen en un acuerdo por lo general tienen presente que su incumplimiento da lugar a un conflicto que debe ser dirimido por la vía jurisdiccional. De esta suerte, aunque los órganos jurisdiccionales son visitados sólo en casos extremos, su presencia es permanente como referente que ofrece seguridad en las transacciones.

Las constituciones establecen derechos y, asimismo, determinan cuales son las garantías para que esos derechos sean cumplidos. De ahí que la función jurisdiccional del Estado contemporáneo adquiera una especial dimensión, diferente de la que fue advertida durante la Ilustración. El órgano jurisdiccional del poder no es un contendiente frente a los otros órganos, y si en algún momento debe controlar al gobierno porque se excede en el ejercicio de su poder, o al legislador porque se contradice (en particular cuando toma decisiones adversas a las normas que el propio legislador adoptó), no asume una posición política; sólo ejerce una función de garantía del ordenamiento vigente.

Uno de los aspectos centrales de la función mediadora del derecho, como la concibe Jürgen Habermas, consiste en que el derecho estabiliza las expectativas de comportamiento de los gobernados y de los gobernantes. Sin esta función, la actuación de los órganos del po-

der sería impredecible y la observancia espontánea de la norma vería obstaculizada, porque las relaciones sociales tenderían a regirse por otro tipo de referentes, como sucede durante los periodos de predominio del más fuerte.

La mediación jurídica que realizan los tribunales contemporáneos no se limita a dirimir un conflicto que es sometido a su conocimiento. La función de los órganos jurisdiccionales, en especial de los que se han especializado en materia constitucional, está concernida con la garantía de los derechos. Los tribunales ya no se contraen a decir el derecho; también participan en la defensa del derecho y, de cierta manera, en su elaboración. *La mediación jurídica, por ende, es la función constitucional atribuida a los órganos del poder facultados para resolver conflictos, garantizar la eficacia del ordenamiento constitucional y adecuar las normas, mediante su interpretación, al contexto cultural.* Es esta una función versátil que ha resultado de la evolución del derecho constitucional moderno y caracteriza al derecho constitucional contemporáneo. Así como la diferenciación de los sistemas presidenciales y parlamentarios fue la aportación señera del constitucionalismo del siglo XIX, la nueva fisonomía de los órganos jurisdiccionales fue la contribución más significativa del constitucionalismo del siglo XX. Con todo, uno de los problemas que se presentan con las tesis de la indeterminación del derecho es que, al atribuir una capacidad muy amplia de decisión al juzgador, se limitan las posibilidades de predicción de la conducta de los órganos del poder y se debilita la confianza social en relación con el sistema normativo.

Dos cosas resultan muy claras: la importancia de la mediación jurídica para absorber las tensiones de una sociedad compleja, y la acción convergente de las respuestas institucionales en el sentido de fortalecer la función jurisdiccional y la protección de los derechos humanos, por parte del Estado.

Hasta aquí las funciones de la Constitución obedecen a factores endógenos; a sus propios contenidos puestos en contacto con un entorno receptivo. Sin embargo, al igual que en los procesos económicos, en materia constitucional hay externalidades, que en este caso consisten en los efectos que las acciones realizadas por terceros proyectan sobre el funcionamiento de las instituciones públicas. Un examen de las condiciones de la democracia constitucional resultaría in-

completo si sólo se atendiera a las características internas de la norma y se omitieran esos condicionamientos externos. Las pulsaciones ambientales, como se verá a continuación, ofrecen las claves para advertir las limitaciones impuestas a los sistemas constitucionales, en especial en materia de bienestar social, así como sus posibilidades de recuperación.

III. ESTADO INTANGIBLE Y ALIENIZACIÓN DEL ESTADO

El “empequeñecimiento” del Estado sólo puede entenderse de dos formas: como la reducción de su magnitud administrativa, o como la limitación de sus funciones esenciales. Una cosa es disminuir los efectivos de un ejército, por ejemplo, y otra “privatizar” los servicios de seguridad. La primera posición corresponde a un ejercicio responsable de la función pública; la segunda forma parte de las tesis que antaño sustentaron los fisiócratas y que en la doctrina contemporánea postulan Friedrich Hayeck, Robert Nozick y James Buchanan, entre otros.

Se han confundido dos acciones de apariencia semejante, pero que nada tienen en común: por un lado, desde hace años se tiende a recortar el aparato burocrático del Estado; por otra parte, el ejercicio de una supuesta *violencia legítima* ha comenzado a ser compartido por instituciones de derecho público y de derecho privado.⁶ La contradicción no está en el enunciado, sino en el hecho. Un atributo específico del poder estatal es el monopolio de la violencia legítima. No es legítima toda la violencia practicada por los órganos del poder, pero en un sentido clásico sólo puede serlo la que lleva a cabo el Estado.⁷ Si esto dejara de ser cierto, significaría una modificación fundamental

⁶ La vieja práctica de los bloqueos económicos impuestos a algunos Estados por otros Estados, es aplicada en la actualidad también por las grandes corporaciones financieras, industriales o mercantiles, en contra de Estados renuentes a aceptar sus precios, tarifas o sistemas de trabajo.

⁷ Si bien el concepto formal se debe a Weber, ya T. Hobbes había advertido con precisión que la ley no es válida sin una fuerza capaz de hacerla respetar. Véase *Leviatán*, XVII, XVIII, XLVI. Su expresión fue muy directa: los hombres deben “temer el castigo por el incumplimiento de sus pactos y de la ley”, y llegó a decir que los acuerdos sin coacción son sólo retórica (“*covenants without the sword are but words*”). *Op. cit.*, Cambridge, Cambridge University Press, 1904, p. 115.

de la teoría del derecho y del Estado.⁸ Si se dijera que el Estado “puede” ejercer el monopolio de la violencia, o incluso que “habitualmente” lo ejerce, se estaría dando un giro conceptual de enormes proporciones. El problema es que eso es lo que está ocurriendo.

El constitucionalismo corresponde a un proceso de racionalización del poder del Estado. Que una parte del Estado se conduzca conforme a los principios del derecho público, y otra conforme al derecho privado, puede ser contrario al constitucionalismo moderno, pero no es un fenómeno ajeno a la historia del poder político. Lo novedoso en nuestro tiempo es que una parte de las actividades propias del Estado sigue regida por el orden constitucional, y otra parte por el orden civil. Se produce una especie de convivencia de dos formas de exteriorización del Estado: una, del poder constitucional, y otra del poder preconstitucional. Aunque se trata de un solo Estado, llamaremos a una de sus apariencias Estado tangible, cuya integración, organización y funciones son objeto de regulación constitucional; y a la segunda de sus personificaciones, Estado intangible, cuya integración, organización y funciones están sujetas a la regulación civil. Además, también se produce el fenómeno de que en muchas ocasiones los órganos constitucionales del poder se someten, de manera voluntaria, para servir como agentes de promoción o de defensa de los intereses privados, más allá de las tareas que corresponden a un Estado en la protección de sus ciudadanos. Si bien es cierto que la simbiosis entre los intereses públicos y privados existe de muy antiguo, como acredita la dura expresión del premier ministro británico Palmerston en 1856: “Gran Bretaña no tiene amigos ni enemigos eternos; sólo tiene intereses permanentes”, también es verdad que en la época en que Palmer pronunció esas palabras la expansión de la revolución industrial y del comercio internacional estaba asociada a procesos coloniales de la directa incumbencia de los estados. En estos términos, el *Estado intangible está integrado por el conjunto de entes sujetos al derecho privado que desempeñan tareas reguladas por el derecho público, y por la sujeción parcial de los órganos del poder a las decisiones emanadas de entes privados.*

⁸ En cuanto a este punto, carece de sustento la generalización de Martin van Creveld en el sentido de que el *tercer mundo* “se ha caracterizado porque el Estado nunca tuvo éxito estableciendo un efectivo monopolio de la violencia”. *The Rise and Decline of the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 419.

Ese nuevo policentrismo del poder puede llevar a la configuración de una sociedad aún más estratificada. Una de las varias consecuencias del Estado intangible podría significar una doble fiscalidad. Por un lado, subsistiría la fiscalidad constitucional, de base progresiva, y de otro iría configurándose la fiscalidad mercantil, de base regresiva: numerosos servicios públicos se recibirán a cambio de una contraprestación directa e igual en todos los casos para todas las personas. Además, el objetivo tributario de la distribución de la riqueza estará acompañado por el objetivo paratributario de la concentración de la riqueza. En tanto que el Estado tangible opera con normas de interés público, el Estado intangible funciona con normas de lucro privado.

En numerosos campos la actividad del Estado va siendo substituida o determinada por la acción de particulares. A las tareas de vigilancia, los servicios en manos de particulares adicionan la investigación y localización de presuntos delincuentes, la realización de pruebas periciales, el procesamiento y almacenamiento de archivos sensibles y la administración de centros penitenciarios. Las prácticas del arbitraje también van desplazando a los órganos jurisdiccionales públicos. Los proyectos normativos están siendo encomendados a expertos que prestan servicios profesionales y a agencias privadas especializadas. Así como en muchas ocasiones la administración desplaza a los parlamentos en la actividad legislativa, ahora los particulares rempazan a los burócratas en la formulación de los proyectos. Y lo hacen no sólo como una actividad técnica, sino también como parte de una gestión política.

Para los efectos del control, el *Estado intangible* sólo queda sujeto al que ejercen los tribunales, lo que contribuye a la importancia política creciente de estos órganos del Estado. El Estado intangible no es sujeto de control político, excepto a través de las grandes líneas que contienen las leyes marco, y de las acciones intermedias que figuran en los instrumentos de regulación administrativa. Sin embargo, incluso en la formulación de esos instrumentos normativos la intervención del sector privado es muy considerable. El acoso al Estado no se traduce sólo en el paulatino desmantelamiento de sus funciones públicas; también se están viendo sometidos al asedio sus principios básicos: la soberanía que lo legitima y el derecho a través del cual actúa. La erosión del concepto de soberanía se ha acentuado por dos vías:

la transferencia gradual de algunas facultades al ámbito internacional, y el surgimiento de organismos públicos de vocación privada, como la Organización Mundial de Comercio, que toman decisiones vinculantes para los Estados. La falta de controles sobre las asambleas internacionales y sobre los órganos ejecutivos colegiados supranacionales, constituye un riesgo para la tutela de las libertades y para el bienestar colectivo en el ámbito de cada sociedad nacional.

En el Parlamento Europeo, por ejemplo, ha sido aprobada una directiva relacionada con la situación de los inmigrantes sin documentos, a quienes se afecta con una severidad inusitada; una más para admitir la ampliación de la semana laboral en términos muy desfavorables para lo que se había considerado una conquista obrera inamovible; y está en proceso otra sobre lo que se denomina *flexiguridad*, que reduce las responsabilidades estatales y patronales en materia de seguridad social.

La supresión del Estado de bienestar puede convertirse en una forma de arbitrariedad que afecte la naturaleza normativa de la Constitución. Por eso es relevante que las constituciones conserven, si los tienen, o incorporen, si carecen de ellos, los principios sociales que habían caracterizado al Estado contemporáneo hasta el advenimiento de las políticas neoliberales.

La pérdida gradual de funciones que ha afectado al Estado contemporáneo puede tener como consecuencia el reagrupamiento de las fuerzas políticas en torno al órgano del poder dotado de mayor capacidad de decisión y acción: el gobierno. Las sociedades han respondido a la entropía con el fortalecimiento de los elementos capaces de generar cohesión. Esa ha sido la forma de enfrentar a las “tendencias anarquizantes”, como solía decirse para justificar la dictadura durante el siglo XIX, y como se adujo en numerosos casos de golpismo durante el siglo XX. No es de esperar una respuesta distinta, si bien la línea argumental podría variar, y es posible que se centre en programas para recuperar el empleo, el poder adquisitivo del ingreso y la distribución de la riqueza. En todo caso, uno de los resultados políticos previsibles de la actual situación es una nueva tendencia a la concentración del poder.

La presión sobre el aparato estatal es creciente, y no parece que vaya a disminuir como resultado de una decisión razonable de los

agentes económicos. Por el contrario, se propende a multiplicar la presencia de ese *Estado intangible* en perjuicio de las funciones públicas. En Estados Unidos, por ejemplo, el proceso conocido como *outsourcing* ha llevado a que se considere a los contratistas del gobierno como un cuarto órgano del poder.⁹ El problema es de tal magnitud, que ya se plantean las dificultades crecientes de la administración pública formal para supervisar el cumplimiento de los contratos por parte de lo que tiende a convertirse en una administración pública informal.

El fenómeno implica una contradicción esencial: la administración privada de la administración pública, y la gestión privada de los servicios públicos. La elaboración de los proyectos de políticas públicas se hace en despachos privados, y la instrumentación de esas políticas corresponde en muchos casos a empresas privadas; en otras palabras, existe la tendencia en el sentido de convertir a los gobiernos en instancias de intermediación para asignar recursos públicos a entidades privadas, a efecto de que realicen acciones de relevancia pública.

Por esa razón, un asunto que tendrá que contemplarse en el futuro consiste en que las asignaciones de contratos públicos no queden sujetos en todos los casos sólo al cumplimiento de las normas de concurso y adjudicación por parte de los gobiernos, sino que impliquen la necesaria autorización congresual o parlamentaria, y que los prestadores de los servicios públicos se vean obligados a rendir cuentas también ante esos órganos. El aspecto más sensible que habría que cuidar, en esas circunstancias, correspondería a la tendencia de los grandes intereses a sobornar a los representantes políticos. Esto obligará a adoptar nuevos instrumentos de acceso a la información y de salvaguardas éticas en la vida de las instituciones privadas y públicas. De aquí también resultará una progresiva asimilación al Estado, de los poderes privados.

En este punto haré una digresión: en lengua inglesa se acuñaron las voces *outsource* y *outsourcing* hace pocos lustros. Los primeros registros que incluye el *Oxford English Dictionary (OED)* corresponden, de manera respectiva, a 1979 y 1981. El concepto es ambiguo: *Outsource*:

⁹ Verkuil, Paul R., *Outsourcing Sovereignty*, Nueva York, Cambridge University Press, 2007, pp. 3 y ss.

“obtener por contrato bienes, en especial partes componentes, procedentes de una fuente externa a la organización; contratar trabajo externo”. La primera parte de esta definición equipara *outsource* a cualquier contrato de aprovisionamiento de materiales; en cambio la segunda alude a una modalidad que transforma la relación de trabajo: a diferencia del concepto clásico, conforme al cual las relaciones de trabajo se producen entre un empleado y un empleador, el esquema del *outsource* introduce otra variante: un organismo A contrata, mediante un acto mercantil, a un organismo B, que a su vez ofrece los servicios de personas con las que sólo tiene una relación ocasional, temporal, profesional. Así, esta peculiar triangulación produce un doble efecto, pues las tareas administrativas del Estado se delegan a particulares, y estos entes de derecho privado alteran las relaciones de trabajo. El Estado, por consiguiente, además de reducir su participación en el bienestar, auspicia la desprotección de los trabajadores.

En español carecemos de un término y por ende de una definición equivalente a *outsource* (*outsourcing*). En algunos casos se le ha entendido como “subcontratación”,¹⁰ pero cuando se aplica a entes públicos no se puede aplicar esa figura porque los órganos del Estado no actúan por haber sido “contratados” para realizar alguna función o para prestar algún servicio. Por eso me parece necesario que, al identificar el fenómeno, también le demos nombre, y acaso con mayor precisión que la alcanzada por el *OED* y por el *Manual de español urgente*. En este sentido considero las voces *alienizar* y *alienización*, compuestas a partir del sustantivo latino *alius* (otro; de diferente identidad), que está presente en las voces *alienar*, *alienación*, *alienígena*, y del sufijo *izar*, que ha sido muy productivo en español,¹¹ y que figura en voces como *familiarizar* (hacer familiar), *fertilizar* (hacer fértil) o *martirizar* (hacer mártir). *Alienizar* no es la pérdida de la identidad, sino *la acción por medio de la cual un órgano del Estado transfiere a un ente particular el ejercicio de una función o la prestación de un servicio propios del poder público*. Esa traslación puede hacerse por contrato o mediante la privatización

¹⁰ Por ejemplo, en el *Manual de español urgente*, Madrid, Fundación del Español Urgente-Cátedra, 2006.

¹¹ Véase Pharies, David, *Diccionario etimológico de los sufijos españoles*, Madrid, Gredos, 2002, pp. 373 y ss.

de servicios y de funciones que corresponden al Estado. Son servicios propios del poder público aquellos que el Estado ofrece como parte de un deber constitucional de prestación, y son funciones propias del Estado las que dan lugar a la coacción.

La *alienización* tiene diversos efectos negativos. Afecta al Estado, porque reduce su ámbito de acción; afecta a la sociedad, porque convierte las necesidades colectivas en fuente de negocios privados; afecta a los trabajadores, porque se basa en el trabajo temporal, “flexible”, sin responsabilidad para el empleador. Lo paradójico es que también perjudica a sus beneficiarios. Esto se explica de la siguiente manera: el poder económico, que aspira a ejercer el poder político, se ve favorecido por la tendencia delegante del Estado, que le transfiere facultades operativas y potestades de facto.

Hasta una cierta medida, esa actitud en perjuicio del Estado ofrece dividendos a quienes actúan como una especie de poder político vicario. Sin embargo, una vez que el Estado alcance el límite de la máxima flexibilidad posible, se puede producir un fenómeno adverso: la anomia. Por ahora sólo se han fracturado las reglas aplicables a la relación entre el poder político y el poder económico; pero una vez que se abandona una parte de las reglas, todas las demás tienden a relajarse. Es previsible que la siguiente etapa también se emancipen los poderes sociales, los actores políticos y los agentes delictivos. De manera paulatina se podrá recorrer el camino que conduce a la anomia.

Desde la perspectiva neoliberal, la libertad para las transacciones económicas tiene una relación inversa con la regulación estatal: a menor regulación, mayor libertad. Lo que no suele tenerse en cuenta es que la seguridad para esas mismas transacciones tiene una relación directa con la regulación: a menor regulación, menor seguridad. En estos términos, todas las ventajas expansivas alcanzadas al desmontar el aparato estatal, se invierten cuando se trata de asegurar lo conseguido. Este es un proceso que los neoliberales no han considerado todavía, pero que en algún momento impondrá su propia lógica. Para el neoliberalismo las reglas del mercado y de la política son las mismas: el equilibrio resulta de la competencia. Esto tal vez sea verdad en una cierta escala, pero la historia del poder político demuestra

que su desmantelamiento trae consigo la fractura de las formas estables de convivencia y de organización.

La historia también prueba que el poder político (entendiendo por *político* lo que es propio del colectivo social), puede atravesar por etapas de languidez, e incluso quedar sujeto al poder eclesiástico, castrense o nobiliario, pero a la postre impone su propia dinámica. La constante histórica indica que puede haber periodos, incluso muy prolongados, en las que el poder político se vea desplazado por otras expresiones de fuerza; pero en todos los casos esta ha sido una situación transitoria.

Más allá del ámbito de las ideas y de los principios, en el territorio estricto del pragmatismo, quienes argumentan en favor del desmantelamiento del Estado y de sus instrumentos de conducción social, deben saber que es indispensable un sistema normativo que imponga un mínimo de homogeneidad y de certidumbre en las relaciones sociales. Las sociedades complejas necesitan reglas, y para que las reglas sean positivas, se requiere un poder que las aplique. La pretensión de tener un poder volátil, que a veces actúe y a veces no, y que esté sujeto a muchas reglas pero que no tenga posibilidad de generar reglas para terceros, corresponde a una perspectiva incompleta del poder político. En algún momento los actores económicos se someterán al poder político no porque hayan agotado sus energías, sino porque sus riesgos serán mayores por carecer de un poder político que encauce los procesos sociales.

Los poderosos y los débiles sólo tienen un interés en común: la necesidad de ponerse límites recíprocos. Si uno de ambos extremos queda en libertad absoluta, libera también al otro, y la magnitud del conflicto puede resultar ruinoso para los fuertes y letal para los débiles. La aparente contradicción se resuelve mediante la adopción de reglas que estabilicen las relaciones entre los sectores de la sociedad. Este sistema normativo ineludible es el constitucional. Ahora bien, si esas relaciones se basan en condiciones asimétricas, sus efectos serán precarios e incluso contraproducentes.

Un desarrollo neoliberal del orden constitucional, inspirado por un pragmatismo ajeno a los principios de la equidad, puede aplazar pero no evitar la aparición de exigencias crecientes de mejores niveles de bienestar social. Por el contrario, en algunos sistemas constitucionales

se van introduciendo nuevas expresiones reivindicatorias que pueden identificarse como la *cláusula de pobreza*. Hay que advertir, sin embargo, que algunos esfuerzos encaminados a combatir la pobreza sólo encubren proyectos orientados a combatir a los pobres. La renuencia a adoptar políticas de bienestar, asociada a las circunstancias que encarecen el precio de los satisfactores básicos, como los alimentos, y la inestabilidad laboral, obligan a un replanteamiento de las instituciones sociales y de sus respectivas garantías.

Los efectos de la conformación cosmopolita de la producción y del consumo fueron advertidos en el *Manifiesto Comunista*. Ante ese fenómeno, Marx y Engels exhortaron a la unidad de los trabajadores del mundo; pero sucedió lo contrario: al cabo del tiempo quienes se unieron fueron los promotores de la mundialización del capital. Ahora es clara la tensión entre dos concepciones opuestas: una, que apunta en el sentido de facilitar los procesos de producción y los flujos financieros internacionales, y otra que aboga por adoptar o preservar mecanismos adecuados a la defensa de los intereses sociales. Esta segunda corriente es la que obedece a la evolución del constitucionalismo.

IV. EL ESTADO Y LA CUESTIÓN SOCIAL

De manera general se puede decir que el constitucionalismo ha recorrido cuatro grandes etapas: la revolucionaria, la romántica, la social y la democrática. La primera correspondió al momento de ruptura con el absolutismo o con la dominación colonial, y la soberanía se desplazó del monarca al pueblo, o de la metrópoli a la nueva nación; la etapa romántica se caracterizó por la búsqueda de la estabilidad política asociada a la idealización de los sistemas de gobierno (monárquico o republicano; unitario o federal; parlamentario o presidencial); la etapa social se produjo con el desarrollo de las instituciones concernidas con los derechos colectivos, y la etapa democrática surgió con el fortalecimiento de los sistemas representativos, con la garantía jurisdiccional de los procesos electorales y con la jurisdicción constitucional.

Desde luego, ese es sólo un esquema general, para ilustrar los grandes tramos recorridos por el constitucionalismo. La variación cronológica de esas etapas es muy amplia, porque el constitucionalis-

mo revolucionario tiene un registro dominante entre el último cuarto del siglo XVIII y el primer cuarto del siglo XIX, en Estados Unidos, algunos países europeos y la mayor parte de lo que se conoce como América Latina, mientras que en África y en Asia ese desarrollo sólo se produjo, de manera significativa, hasta la segunda mitad del siglo XX. Las otras fases del constitucionalismo se han ido presentando en diversos momentos de la evolución institucional de los distintos países que lo han adoptado como base de la organización del Estado. Además, algunos estados constitucionales, como es el caso de África del Sur, desde la primera Constitución han incluido todas las modalidades que denotan la evolución del constitucionalismo moderno y contemporáneo.

Toda clasificación es opinable y falible; pero lo que me interesa en este caso es disponer de un instrumento de análisis que permita apreciar la situación actual del constitucionalismo, y su relación con la cuestión social, porque a pesar del proceso generalizado adverso al Estado de bienestar, no es posible prescindir de las bases constitucionales del Estado contemporáneo. Esa estructura normativa se encuentra asociada a los principios democráticos, por lo que resulta imposible prescindir al completo de los contenidos sociales de las normas constitucionales.

Lo más sintomático, en todo caso, es que por *cuestión social* se ha entendido el conjunto de de problemas que afectan a los trabajadores y, en general, a los grupos sujetos a la marginación económica, cuyas demandas de solución se planteaban ante los órganos del poder político. En la actualidad, y en virtud del desarrollo del sistema representativo, ahora es el Estado el que, desde la perspectiva del constitucionalismo, deberá hacer suya la cuestión social.

El retorno al constitucionalismo romántico es punto menos que imposible por lo que hace a los actuales estados constitucionales, y no se plantea como opción razonable para los estados que faltan por adoptar una forma constitucional de organización. Si bien durante la etapa del constitucionalismo romántico bastaba con incorporar las normas relacionadas con la organización y el funcionamiento de los órganos del poder, y enunciar los derechos fundamentales de los gobernados, el constitucionalismo social dio un paso irreversible al in-

corporar los derechos colectivos. Es posible ensancharlos o estrecharlos, es posible incluso no aplicarlos, pero no es posible eludirlos.

Todo indica que el siglo XXI podrá ser el escenario en el que numerosas sociedades nacionales opten entre el impulso al constitucionalismo o el retorno al autoritarismo. Esta es la disyuntiva institucional previsible. El problema consiste en que las grandes potencias económicas y las grandes transnacionales (que incluyen un influyente elenco de medios de comunicación) están promoviendo la fuerza expansiva del *Estado intangible*. Al debilitar los fundamentos del Estado constitucional, propician como una de las respuestas posibles una regresión autoritaria. Ante la potencial *deconstrucción* de las democracias, la opción está en dar a las instituciones constitucionales un perfil más dinámico y constructivo, que tiene que ver con tres aspectos medulares: libertades para los gobernados, responsabilidades para los gobernantes y bienestar para la sociedad.

El desarrollo democrático deberá asociarse a las instituciones para el combate a la pobreza. Las primeras aportaciones en ese sentido proceden de América Latina. La Constitución brasileña dispone (artículos 3-III y 23-X) que entre los objetivos fundamentales de la república está la erradicación de la pobreza y de la marginalidad. En Colombia, su Constitución establece (artículo 357) que los recursos asignados a los municipios tendrán en cuenta la proporción de habitantes en situación de pobreza. En la de Ecuador (artículos 3o., 67 y 250), se precisa que la erradicación de la pobreza es un deber *primordial* del Estado, que habrá subsidios para los estudiantes que padezcan extrema pobreza, y que existirá un Fondo de Solidaridad, como organismo autónomo, para combatir la pobreza y eliminar la indigencia. En El Salvador (artículo 259) y en Honduras (artículo 83) existe el procurador de pobres. La norma suprema nicaragüense incluye (artículo 8o.) entre los objetivos del gasto público la reducción de la pobreza; en Paraguay se señala (artículo 6o.) que las políticas para mejorar la calidad de la vida deben tener en cuenta la extrema pobreza, y en la República Dominicana (artículo 8-17) el Estado tiene la obligación de prestar asistencia a los pobres, consistente en alimentos, vestimenta y “hasta donde sea posible”, alojamiento adecuado.

Otro ejemplo de la consideración constitucional de la pobreza lo ofrecen Irak (artículo 30-1) e Irán (artículos 3-12, y 43). En el primer caso se apunta la responsabilidad del Estado para proteger a los habitantes frente a los problemas del analfabetismo, del miedo y de la pobreza; en el segundo se dispone que la economía iraní tiene entre sus objetivos eliminar la pobreza, y con ese motivo el Estado se obliga a satisfacer las “necesidades básicas de todos los ciudadanos”: alimentación, vestido, higiene, asistencia médica, y educación.

V. CONCLUSIÓN

Los temas de la democracia, el trabajo y la economía han sido considerados por las constituciones en términos irregulares y con altibajos. Los primeros textos que incluyeron disposiciones reivindicatorias para los trabajadores, fueron la Constitución francesa de 1848, la mexicana de 1917 y la alemana de 1919. Los tres textos resultaron de grandes conmociones sociales. La francesa de 1848 fue la primera que incluyó las relaciones obrero-patronales. Conforme al artículo 13, la Constitución garantizaba a los ciudadanos la libertad de trabajo y de industria, y agregaba que “la sociedad favorece y estimula el desarrollo del trabajo a través de la enseñanza primaria gratuita, de la educación profesional, de la igualdad en las relaciones entre el patrón y el obrero, de las instituciones de previsión y de crédito, las instituciones agrícolas, las asociaciones voluntarias (sindicatos) y el establecimiento, por el Estado nacional, por los departamentos y por las comunas, de trabajos públicos adecuados para emplear a los desocupados”, también se ofrecía asistencia a los menores abandonados, a los minusválidos y a los ancianos sin recursos a quienes sus familiares no podían socorrer.

La Constitución francesa de noviembre de 1848 apenas estuvo en vigor poco más de tres años, pues en enero de 1852 Luis Napoleón la derogó y fijó las bases para su acceso al nuevo trono imperial. Fue por esta razón que la Constitución del 48 no cumplió con una función efectiva ni tuvo influencia en otros sistemas constitucionales. No existen referencias a esa experiencia entre los constituyentes de Querétaro, de 1917, ni entre los de Weimar, de 1919. En Francia no cambiaron las relaciones sociales con motivo de la Constitución, si

bien Luis Napoleón tuvo que adoptar algunas medidas de prestación que atenuaran las exigencias sociales y atendieran parcialmente a las expectativas generadas en 1848. En cuanto a México, las normas sociales de la Constitución fueron consecuencia de una revolución rural, mientras que en Alemania lo fueron de la insurgencia obrera que, entre otras cosas, se tradujo en la formación de la República soviética de Baviera (*Bayerische Räterepublik*), en 1918-19.

El Estado de bienestar, que llegó a significarse como una de las más distintivas formulaciones institucionales del siglo XX, perdió presencia por causas endógenas y exógenas. Entre las primeras se pueden incluir la hipertrofia burocrática; el paternalismo, que en muchas ocasiones se tradujo en sistemas autoritarios, y en no pocas ocasiones en corrupción. Entre los poderosos impulsos exógenos se inscriben las políticas neoliberales, que cobraron especial vigor desde el fin de la llamada guerra fría, y la mundialización comercial y financiera.

Una bien orquestada argumentación llevó a identificar las prácticas democráticas con el libre mercado, y al autoritarismo con las políticas de bienestar social. La crisis de los estados socialistas ayudó a dar verosimilitud a esas tesis, con resultados de sobra conocidos. En términos generales se han hecho esfuerzos para asimilar las libertades de competencia económica y política como conceptos correlativos.¹² Las tesis de la democracia electoral, sin consideración de otros aspectos, como la equidad social, cobraron fuerza. Es evidente que sin elecciones periódicas y libres no se puede construir una democracia; pero también lo es que los derechos electorales no son los únicos que corresponden a los ciudadanos de un Estado democrático.

En 1819, Benjamin Constant dictó una conferencia en el Ateneo de París, que se convirtió en un texto clásico. “De la libertad de los antiguos comparada con la libertad de los modernos”, contribuyó a fijar los puntos de referencia para la construcción constitucional a lo largo del siglo XIX. Constant identificó las características de dos géneros de libertad. Entre los antiguos, el pueblo ejercía de manera directa “una gran parte de sus derechos políticos”; reunido en asamblea el pueblo adoptaba leyes, nombraba magistrados y juzgaba a los

¹² Véase, por ejemplo, Przeworsky, Adam, *Democracy and the Market*, Nueva York, Cambridge University Press, 1991.

acusados, pero esa libertad colectiva resultaba opresiva para los individuos en particular, porque cada uno quedaba sujeto a la voluntad de todos. En contraste, decía Constant, los modernos contaban con una gama de libertades no conocidas por los antiguos: de opinión, de trabajo, de disposición de los bienes, de tránsito, de reunión, de culto, por ejemplo. Entre los antiguos el individuo era “soberano” en cuanto a los asuntos públicos, pero “esclavo” en cuanto a los privados. Podía decidir la guerra y la paz, pero como particular estaba sometido a los riesgos de la persecución, de la expulsión y aún de la muerte, por la voluntad de la asamblea. Constant reconocía una excepción: Atenas. Ahí, decía, era posible identificar las condiciones de libertad más parecidas a las modernas. La razón de esta similitud estaba en la vocación comercial de los atenienses.

Cada una de las formas de libertad tenía su correlato institucional: entre los antiguos existía el ejercicio directo de las libertades, mientras que entre los modernos las libertades se ejercían a través del sistema representativo. Éste era el único sistema, concluía Constant, que aseguraba la máxima libertad individual posible. El individualismo se convirtió en la clave de los sistemas constitucionales modernos, hasta que hicieron su aparición los derechos colectivos; a continuación se fueron agregando otras expresiones de libertad, basadas en el desarrollo cultural. Por ejemplo, la prohibición de todas las formas de discriminación constituye un avance en cuanto a la libertad. Las condiciones económicas, el género, el origen nacional o étnico, la edad, la lengua que se hable, las enfermedades que se padezcan o las preferencias sexuales, han dejado de ser un factor para la restricción de las libertades. En el punto más alto alcanzado hasta ahora, la dignidad, con su contenido de subjetividad, es asimismo un elemento de la libertad. Pero los sistemas constitucionales contemporáneos no se han conformado con proscribir la discriminación: la tendencia es que incluso vayan más allá, y adopten las medidas para rescatar de la exclusión a quienes la padecen. Por eso han sido adoptadas disposiciones de discriminación positiva, para compensar las situaciones de desventaja que padecen muchos miembros de la sociedad, en especial las mujeres y las personas discapacitadas; también se han desarrollado instrumentos para la defensa horizontal (o ante particulares) de los derechos fundamentales (*Drittwirkung*).

Otro aspecto que va perfilando el nuevo compromiso democrático del Estado constitucional, es el combate a la pobreza. La cuestión social no se limita ya al establecimiento de los derechos relacionados con el trabajador: jornada, salario, estabilidad en el empleo, sindicalización, asistencia y seguridad social. La cuestión social incluye ahora al fenómeno de la pobreza, y obliga a construir instituciones que permitan rescatar a casi la mitad de la humanidad. La que, en la estela de Constant, podemos llamar *libertad de los contemporáneos*, abarca muchos aspectos que trascienden al individualismo característico de la *libertad de los modernos*. En el orden institucional el sistema representativo sigue siendo relevante, como el soporte de las libertades, pero la contribución de nuestro tiempo a la causa de la libertad consiste en el compromiso democrático que se traduce en soluciones para superar la exclusión, para afirmar la dignidad y para asegurar la positividad de los derechos. Por esta razón, además de fortalecer el sistema representativo, se han desarrollado las instituciones que garantizan el acceso a la justicia y que resguardan al ordenamiento constitucional.

La referencia al *Estado intangible* que se ha hecho en este texto, alude a la confusión que se advierte entre la esfera del derecho público y del derecho privado, con motivo de numerosas transferencias de funciones que de manera tradicional han incumbido al poder público.¹³ La tendencia que identifiqué como *Estado intangible* se acentúa, como quedó dicho, a partir de la implantación de las estrategias orientadas al empequeñecimiento del Estado, y al consiguiente decaimiento de lo que se ha conocido como *Estado de bienestar*.

En términos generales las sucesivas fases del constitucionalismo han optado por diversos objetivos en materia de equilibrios. Por ejemplo, el constitucionalismo revolucionario procuró construir un

¹³ A este respecto, es útil el concepto de institución de John Rawls: "Por institución entiendo un sistema público de reglas que definen cargos y posiciones con sus derechos y sus deberes, poderes e inmunidades, etcétera". Más adelante agrega: "El carácter público de las reglas de una institución asegura que aquellos que participan en ella sepan qué limitaciones de conducta pueden esperar unos de otros y qué clase de acciones son permisibles". *Teoría de la justicia*, México, FCE, 1979, pp. 76 y 77. En el caso de lo que llamo *Estado intangible*, lo que produce la sustitución de las instituciones públicas por entidades de derecho privado, es un déficit en cuanto a la responsabilidad de quienes ejercen las funciones de relevancia colectiva, y la difuminación de los límites entre el interés general y el beneficio privado.

equilibrio entre gobernantes y gobernados, del que resultaron instrumentos tan importantes como las declaraciones de derechos fundamentales; el constitucionalismo romántico acentuó su interés en el equilibrio entre los órganos del poder, por lo que el régimen de gobierno se convirtió en un tema central; el social se interesó por el equilibrio entre los factores de la producción e incluyó, para atender el problema agrario, modalidades de propiedad colectiva; y el democrático ha promovido el equilibrio entre los diferentes actores y corrientes políticas, sobre todo a través del fortalecimiento de los sistemas electoral y representativo. El *Estado intangible* propende a alterar los distintos mecanismos de equilibrio conseguidos, que contribuían a la estabilización de las expectativas de comportamiento de los protagonistas políticos, sociales y económicos. A lo anterior se suma la excesiva concentración de la riqueza como corroboran, por ejemplo, los informes del Banco Mundial.¹⁴ Este panorama apunta hacia la conveniencia de construir nuevos mecanismos de equilibrio para promover una mejor distribución de la riqueza. Existe el riesgo de un radicalismo constitucional que desvirtúe el proceso constructivo al que he hecho referencia más arriba. Esos accidentes ya se produjeron con anterioridad, como fue el caso de los Estados soviéticos. En contrapartida, tampoco es razonable que las leyes del mercado conduzcan hacia modalidades constitucionales también radicales, pero en sentido inverso.

Aunque existen objeciones para calificar la democracia, no puede limitarse la posibilidad de incluir elementos de identificación de las corrientes del pensamiento jurídico político y de las instituciones. Desde esta perspectiva, será posible hablar de una democracia distributiva, para denotar el interés por construir y consolidar un sistema normativo que, sin merma de las libertades, auspicie modalidades de distribución de la riqueza. El Estado constitucional tiene por base dos constructos: el contrato social y la soberanía popular. Una democra-

¹⁴ Véase la serie *World Development Indicators*. Los expertos discuten acerca de una posible disminución en los indicadores mundiales de desigualdad en los últimos cinco lustros, sobre todo porque las expectativas de vida y el acceso a la educación han tenido incrementos; sin embargo, los índices de Gini muestran que la concentración de la riqueza presenta una tendencia también creciente. Véase, sobre este tema, Sutcliffe, Bob, "World Inequality and Globalization", *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 20, núm. 1, primavera de 2004, pp. 15-37.

cia distributiva reside en la actualización de ambos principios, mediante las adecuaciones pertinentes de los sistemas representativo, judicial y fiscal. Es necesario y posible construir las instituciones constitucionales que contribuyan a una razonable distribución de la riqueza para que, como dijo José María Morelos hace un par de siglos, se moderen la opulencia y la indigencia.