UNIVERSIDAD AUTONOMA DE NUEVO LEON FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA



EL PODER MODERADOR: UNA REPLICA A LA DEMOCRACIA DE LAS MASAS

Por CARLOS FONZIO ELIZONIO

Como requisito percial pera obtener el Grado de MAESTRO UN DERECHO PUBLICO

MARZO, 2004

TM K1 FDYC 2004 .P66



W

.

INVERSIDAD AUTONOMA DE NUEVO LEON L'ACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGIA



EL PODER MODERADOR: UNA REPLICA A LA DEMOCRACIA DE LAS MASAS

Por CARLOS PONZIO ELIZONDO

Como requisito parcial para obtener el Grado de MAESTRO EN DERECHO PUBLICO

MARZO, 2004

TM KI FDYC JOOU PGG



UNIVERSIDAD AUTONOMA DE NUEVO LEON

FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA

EL PODER MODERADOR: UNA RÉPLICA A LA DEMOCRACIA DE LAS MASAS

Por Carlos Ponzio Elizondo

Como requisito parcial para obtener el Grado de Maestro en Derecho Público

INTRODUCCIÓN

En realidad, la democracia como forma de gobierno -en el esquema organizativo de un Estado liberal- no corresponde por fuerza a las exigencias ni a las aspiraciones de una movilización emancipadora, libertaria y democrática: más aún, históricamente se realiza en sociedades en las cuales la participación en el gobierno esta muy restringida, limitada a las clases pudientes. Un gobierno democrático no genera forzosamente un Estado liberal: incluso el Estado liberal clásico hoy está en crisis por el avance progresivo de la democratización, producto de la ampliación gradual del sufragio hasta llegar al sufragio universal. Cuando me introduje en las corrientes contemporáneas del pensamiento jurídico, encontré que Clare Dalton y David Trubeck fueron relevados de sus clases de derecho en la Universidad de Harvard por denunciar (1987), que "la neutralidad del derecho es en realidad una posición a favor de la clase dominante" y que todas las manifestaciones del derecho implican un problema de hacer que prevalezca el interés de alguien sobre los demás; cuando anteriormente H. L. A Hart -en un intento por escribir un ensayo de teoría jurídica analíticasacó a la luz su obra The Concept of Law, en la que pretende la comprensión del derecho, la coerción y la moral, partiendo de la concepción autoritaria de John Austin. De su tesis me llamó a atención el hecho de que afirme que "la noción del mandato está demasiado cerca del derecho, porque el elemento de autoridad : involucrado en el derecho ha sido uno de los obstáculos en el camino de cualquier explicación de lo que es el derecho". Y todavía más tarde, John Rawls (1971) escribía "Lo que he tratado de hacer es generalizar y llevar la teoría tradicional del contrato social representada por Locke, Rousseau y Kant, a un nivel más elevado de abstracción. (...) La Justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. (...) la idea directriz es que los principios de la

¹ H. L. A Hart, El Concepto de Derecho, 2º ed., Ed. Nacional, México, 1980, 26.

justicia para la estructura básica de la sociedad, son el objeto del acuerdo original. Son los principios que las personas libres y racionales en promover sus propios intereses aceptarían en una posición inicial de igualdad como definitorios de los términos fundamentales de su asociación. Estos principios han de regular todos los acuerdos posteriores; especifican los tipos de cooperación social que se pueden llevar a cabo y las formas de gobierno que pueden establecerse. Este modo de considerar lo llamaré justicia como imparcialidad (...) la posición original no está pensada como un estado de cosas históricamente real. Se considera como una situación puramente hipotética caracterizada de tal modo que conduce a cierta concepción de la justicia. Entre los rasgos esenciales de esta situación, está el de que nadie sabe cuál es su lugar en la sociedad, su posición, clase o status social; nadie conoce tampoco cuál es su suerte con respecto a la distribución de ventajas y capacidades naturales, su inteligencia, su fortaleza...Los principios de la justicia se escogen tras un velo de ignorancia. Esto asegura que los resultados del azar natural o de las contingencias de las circunstancias sociales no darán a nadie ventajas ni desventajas al escoger los principios...dadas las circunstancias de la posición original y la simetría de las relaciones entre las partes, la situación inicial es equitativa entre las personas en tanto que seres morales,...seres racionales con sus propios fines, a quienes supondré capaces de un sentido de la justicia. (...) La justicia como imparcialidad comienza...con la elección de los primeros principios de una concepción de justicia que habrá de regular toda la crítica y reforma subsiguiente de las instituciones...después...podemos suponer que escogerán una constitución y un poder legislativos que promulgue leyes, de acuerdo siempre con los principios de la justicia convenidos originalmente. (...) Un rasgo de la justicia como imparcialidad es el pensar que los miembros del grupo en la situación inicial son racionales y mutuamente desinteresados....se les concibe como seres que no están interesados en los intereses ajenos"².

Como lo he expuesto al principio de mi trabajo, que aun cuando se destaque en la actuación humana la moralidad como *contenido del Derecho*, se da por sentado "el principio de la coacción...al que se recurre con frecuencia para definir el

² John Rawls, Teoría de la Justicia. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1985, p. 28-31.

derecho...la existencia de la sociedad (supone convencional y condicionalmente) necesario un mínimo de deberes (que) que tiene que conseguirse a toda costa y, si es necesario, mediante el ejercicio de la fuerza. El Derecho es una norma de conducta de posible imposición, en contraste con las normas éticas, que se basan en la sumisión voluntaria...toda norma jurídica consta de dos partes: primera, un mandato que expone la exigencia jurídica; segunda, una sanción que establece que, en caso de no ser obedecido el mandato, se empleará la fuerza contra la persona recalcitrante"3. Desde Luego, tanto Hart como Rawls resucitan las tesis de la moralidad en el derecho, y por su parte, Rawls parte de que la teoría predominante en la filosofia moral moderna ha sido derivada del utilitarismo, y lo que hace es generalizar la teoría del contrato social, representada por Locke, Rousseau y Kant, ofreciendo una explicación sistemática de la justicia superior al utilitarismo tradicional dominante. La principal dificultad se encuentra en que Rawls parte de la consideración de que la justicia es una situación de imparcialidad y que esta posición original no está pensada como un estado de cosas históricamente real, en la que hipotéticamente los rasgos esenciales de esta situación nadie los conoce, ni nadie sabe cuál es su lugar en la sociedad, su posición, clase o status social. En realidad que carece de objetividad y racionalidad, frente a esta tesis Rousseau sostiene que "como los hombres no pueden engendrar nuevas fuerzas, sino unir y dirigir las que existen, no tienen otro modo de conservarse que constituir, por agregación, una suma de fuerzas que puede exceder a la resistencia, ponerla en marcha con miras a un único objetivo, y hacerla actuar de común acuerdo. Esta suma de fuerzas sólo puede surgir de la cooperación de muchos, pero al ser la fuerza y la libertad de cada hombre los primeros instrumentos de su conservación tiene que encontrar una forma de asociación que defienda y proteja de toda fuerza común a la persona y los bienes de cada asociado, y gracias a la cual cada uno, en unión de todos los demás, solamente se obedezca a sí mismo y quede tan libre como antes. Este es el problema que resuelve el contrato social"⁴. Lamentablemente en este sentido, John Rawls omite considerar que su contrato

Paul Vinogradoff, Introducción al Derecho, Ed. Fondo de Cultura Económica, 4º. ed., México, 1985, p. 24
 Rousseau, El Contrato Social. Ed. Altaya, Barcelona, 1988, p. 14.

social se funda en la voluntad general, y que ésta es la voluntad constante de todos los miembros del Estado. Incluso, escribe que "Cuando se propone una ley en una asamblea del pueblo, lo que se le pregunta no es si aprueba la propuesta o si la rechaza, sino si está conforme o no con la voluntad general, que es la suya"⁵. Desde este punto de vista, la importancia del tema del Poder Moderador o de la moderación de poder, conocido durante la post revolución francesa, se encuentra íntimamente unido al problema de la moralidad, que en la última parte del siglo han resucitado Hart y Rawls.

El tema del Poder Moderador es un tema que -aun cuando se encuentra en boga desde el imperio Carolingio, cuando el poder monárquico se transmite a reyes débiles- lo introduce Montesquieu junto a su teoría de la separación de los poderes, pero por las aportaciones posteriores a la Revolución francesa se ha tomado de Benjamín Constant, habiéndole impreso su sello propio a las formas de gobierno y en particular a la democracia. Lamentablemente en este trabajo conté con la limitación de que tanto las obras correspondientes a esta época, como la Suma Teológica de Tomás de Aquino en toda su extensión -dado que en México no se encuentra impresa por ser una obra muy extensa y de poco interés- editada por la Biblioteca de Autores Cristianos, la obra de Fortescue y las obras de Benjamín Constant, no se encuentran en México. No obstante, esta circunstancia que finalmente fue superada, la función del Poder Moderador se encuentra presente desde la época Carolingia hasta concluir la Edad Media, se reproduce nuevamente en Francia y durante la dinastía de los Tudor cuando introduce en Inglaterra el absolutismo monárquico y la Reforma protestante, en particular cuando Enrique VIII (1509-1547) al no conseguir la autorización papal para divorciarse de Catalina de Aragón, hija de los Reyes Católicos, consumó el cisma anglicano (Acta de Supremacía, 1534) y se proclamó Jefe de la Iglesia de Inglaterra; dando lugar a las luchas posteriores cuando ascendió al trono María Tudor (1553-58) -hija de Enrique VIII y Catalina de Aragón- quien siguió una política diametralmente opuesta, encaminada al restablecimiento del Catolicismo, hasta que finalmente Isabel (1558-1603) -hija de Ana Bolena una de las esposas

⁵ Rousseau, Ob. cit. p. 107.

de Enrique VIII- organizó definitivamente la Iglesia anglicana (Acta de Uniformidad o Bill de los 39 artículos), y luchó contra el partido católico, que apoyaba a su prima María Estuardo, reina de Escocia, y persiguió a los puritanos, cuya doctrina hizo entonces su aparición en Inglaterra, y fomentó en el exterior todas las fuerzas contrarias a Felipe II de España.

Sobre Poder Moderador escribe Constant: "...al establecer irresponsabilidad de los ministros, (nuestra Constitución) separa claramente el poder ministerial del poder real. El hecho de que el monarca sea inviolable y los ministros responsables, prueba por sí solo esta separación...no se puede negar que los ministros tienen un poder que les pertenece hasta cierto punto. Si se les considera sólo como agentes pasivos y ciegos, su responsabilidad sería absurda e injusta, o, como mucho, serían responsables ante el monarca del estricto cumplimiento de sus órdenes. Pero la Constitución quiere que sean responsables ante la nación, y que en ciertos casos las órdenes del monarca no puedan servirles de excusa. Esta claro que no son agentes pasivos. El poder ministerial, aunque emanado del poder real, tiene, sin embargo, una existencia separada de este último, y esta diferencia entre autoridad responsable y autoridad investida de inviolabilidad, es esencial y fundamental. Al estar consagrada esta distinción por nuestra propia Constitución, creo que merece ser desarrollada. Recogida ya en una obra que publiqué antes de la Carta de 1814, esta distinción les pareció clara y útil a personas cuya opinión tiene para mi un gran peso. Yo creo que aquí esta efectivamente la clave de toda organización política. El poder real (y por tal entiendo el del Jefe de Estado, sea cual sea el título que lleve) es un poder neutral. El de los ministros es un poder activo. Para explicar esta diferencia, habrá que definir los poderes políticos, tal como se les conoce hasta hoy. El poder ejecutivo, el poder legislativo y el poder judicial son tres resortes que deben cooperar, cada uno en su campo, al movimiento general; pero cuando estos resortes se descomponen y se cruzan, colisionan y se estorban, se necesita una fuerza que les ponga en su lugar. Esta fuerza no puede estar en ninguno de esos resortes, pues la utilizaría para destruir a los otros. Es preciso que esté fuera, que de alguna forma sea neutral para que su acción se pueda aplicar allí donde sea necesaria y para que sea preservadora, reparadora, sin ser hostil. La monarquía constitucional crea este poder neutral en la persona del Jefe de Estado. El verdadero interés del Jefe de Estado no está en que uno de los poderes derroquen al otro, sino en que todos se apoyen mutuamente, se escuchen y actúen en armonía. Hasta ahora sólo se han distinguido tres poderes. Yo distingo cinco, de naturaleza distinta, en una monarquía constitucional: 1° el poder real; 2° el poder ejecutivo; 3° el poder representativo de la continuidad; 4º el poder representativo de la opinión; 5º el poder judicial. El poder representativo de la continuidad reside en una asamblea hereditaria; el poder representativo de la opinión, en una asamblea electiva; el poder ejecutivo se confia a los ministros; el poder judicial a los tribunales. Los dos primeros poderes hacen las leyes, el tercero se ocupa de la ejecución general, el cuarto las aplica a los casos particulares. El poder real está en el centro, pero por encima de los otros cuatro, es una autoridad superior e intermediaria a la vez, sin interés de estorbar el equilibrio, sino, por el contrario, plenamente interesada en mantenerlo 6. Hay una ambigüedad en la utilización del concepto moderador, en cierta manera representa el rechazo al poder desmesurado de la aclamación o de la venganza popular, para imponer, bajo el haz de la moderación, el poder monárquico sobre el del pueblo; y en otro aspecto, aunque ya no constituye una reivindicación eclesiástica favorece la concentración tradicional del poder en Francia, que a la distancia del tiempo ha dado lugar al presidencialismo. Es importante la concepción del Poder Moderador porque más delante se asocia a las opiniones de Alexis de Tocqueville; y en este sentido no podemos pasar por alto que Tocqueville escribe: "En América, los ciudadanos que forman la minoría se asocian, en primer lugar, para comprobar su número y debilitar así el imperio moral de la mayoría; el segundo objeto de los asociados es el de solicitar concurso y descubrir así los argumentos más propios para impresionar a la mayoría; porque siempre tienen la esperanza de atraer hacia sí a la mayoría y disponer luego, en su nombre, del poder. (...) El ejercicio del derecho de asociación se hace peligroso... en proporción a la imposibilidad en que están los grandes partidos de convertirse en la mayoría. En un país como los Estados Unidos, donde las opiniones no

⁶ Benjamin Constant. Escritos Políticos. Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 20-22..

difieren más que en matices, el derecho de asociación puede seguir careciendo de límites, por así decir" 7. Como puede verse, esta convicción eficaz en el sistema norteamericano constituye una forma degenerativa de la democracia contemporánea y el obstáculo de uno de sus cimientos: la libertad de asociación para expresar los intereses de las personas que permanecen en la misma condición; sobre todo, cuando se hace efectiva para facilitar el tránsito de las decisiones de contenido económico y político, tomadas por el Fondo Monetario Internacional para ser aplicadas en el régimen interior de las naciones, condenando a los pueblos a condiciones de pobreza y servidumbre. El régimen parlamentario es incontestablemente superior al presidencial. Va unido al gobierno de un partido bajo el control de la oposición y el arbitraje del elector. Por ello es, a la vez, eficacia y libertad. Pero supone la reducción final del lenguaje a la simpleza, para escoger entre dos opciones o entre dos partidos, y donde cada uno de los cuales hace asunto suyo el proceso de simplificación, so pena de que la opinión pública no evalúe la riqueza de las circunstancias contradictorias. El régimen presidencial es el medio de hacer vivir una democracia donde no se ha podido reducir la significación de las opciones. La elección del presidente por sufragio universal renueva periódicamente un mínimo de dos opciones políticas más; la irresponsabilidad y la autoridad presidenciales permiten actuar al poder; la frecuencia de las renovaciones de una y otra Cámara permite un arbitraje popular permanente, o por lo menos ofrece la inminencia de un arbitraje cuando los poderes no marchan de la mano ni en la misma dirección política.

En este trabajo he seguido el método histórico y comparativo. En realidad, tengo la convicción que el derecho es mitad historia y la otra mitad es política. No pretendí hacer una historia del Estado, ni de la democracia como una de sus formas de gobierno. Pero si creo que el proceso por el cual se forman las doctrinas del derecho y del Estado es susceptible de analizarse y sistematizarse, y la estructura y los cambios característicos de una época determinada son factores que

⁷ Alexis de Tocqueville. La democracia en América. Ed. Fodo de Cultura Económica. México, 1994, p. 125.

ejercen una influencia poderosa sobre las concepciones teóricas del derecho, la legislación y la organización política de los pueblos. A este respecto me parece aleccionador el pensamiento de Robert Michels: "Las corrientes democráticas de la historia parecen ondas sucesivas, que rompen sobre la misma playa y se renuevan constantemente. Este espectáculo constante es a un tiempo alentador y depresivo: cuando las democracias han conquistado ciertas etapas de desarrollo experimentan una transformación gradual, adaptándose al espíritu aristocrático, y en muchos casos también a las formas aristocráticas contra las cuales lucharon al principio con tanto fervor. Aparecen entonces nuevos acusadores denunciando a los traidores; después de una era de combates gloriosos y de poder sin gloria, terminan por fundirse con la vieja clase dominante; tras lo cual soportan, una vez más, el ataque de nuevos adversarios que apelan al nombre de la democracia. Es probable que este juego cruel continúe indefinidamente" 8. Agradezco al doctor Ismael Rodríguez Campos su asistencia y orientación; le quedo profundamente agradecido por haberme hecho desistir de incluir, en este trabajo, la tesis de John Dickinson, por el riesgo de ofrecer un panorama difuso al tratar el fenómeno del Poder Moderador en la vida interna y a la vez externa, que implica la globalización; en la cual, se nos ofrece una explicación de las razones por las que se produjo la decadencia de un sistema tan sólido y estable, como el de Roma, siendo al fin sustituido por el absolutismo monárquico, estableciendo un paralelismo entre aquel hecho y la aparición de las modernas dictaduras que se alzan y se lanzan contra la comunidad internacional en aras de conquistar los mercados del mundo, con la gran diferencia de que la solución a los problemas financieros del Imperio, en la época moderna, de hecho se perfilan para buscársele una solución en el marco de la globalización de sus dificultades y limitaciones: El constitucionalismo romano proporcionaba solidez y estabilidad a una Ciudad-Estado. Resultaba inadecuado, sin embargo, para la potencia mucho más extensa territorialmente en que se convirtió Roma, como consecuencia precisamente de su solidez y estabilidad.

⁸ Robert Míchels. Los partidos políticos: un estudios sociológico de las tendencias oligárquicas de la democracia moderna. T. 2. Amorrortu editores, Buenos Aires, pp. 195-96.,