

Revista Crítica Penal y Poder
2017, nº 13,
Octubre (pp. 1-36)
Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos
Universidad de Barcelona



MÁS ALLA DE LA GOBERNANZA DEMOCRÁTICA EL CUARTO PODER Y LA PROTECCIÓN DE LO COMÚN (II)*

*BEYOND DEMOCRATIC GOVERNANCE
THE FOURTH POWER AND THE PROTECTION OF THE COMMON INTEREST (II)*

Héctor Silveira¹

Universitat de Barcelona

RESUMEN

El estado constitucional necesita que en su estructura institucional se integre un nuevo poder, al que llamaré cuarto poder, con la finalidad de: a) proteger lo “común”: aquello que los miembros de una comunidad deciden que es de interés para “todos” y que hoy los poderes públicos del estado de derecho no están en condiciones de garantizar; b) “democratizar la democracia”: superar los límites de la democracia representativa creando nuevas instituciones de contrademocracia y de democracia participativa que articulen de forma más democrática las relaciones entre la sociedad civil, la esfera pública y las instituciones representativas. Los principios del estado de derecho -división de poderes, imperio de la ley, principio de legalidad- no son hoy suficientes para organizar un sistema de gobierno democrático que defienda el interés general, garantice los derechos y promueva los procesos de democratización en los actuales estados constitucionales. La globalización y las políticas neoliberales han terminado por sacar a la luz las debilidades e insuficiencias de la estructura institucional del estado de derecho heredada de la Ilustración y construida por el liberalismo a lo largo del XIX.

Palabras clave: cuarto poder, común, garantismo, democracia, bienes fundamentales, división de poderes

ABSTRACT

It is necessary that a new power, which I will call the fifth power, becomes integrated in the

¹ La primera parte de este texto fue publicada bajo el título “El cuarto poder y la protección de lo común” (I) en el número anterior de esta revista, en *Crítica penal y poder*, n. 12, marzo 2017, p. 1-33.

institutional structure of the constitutional state, for the following purposes: a) Protecting the “common interest”: that which community members decide is in the interests of “everyone”, which nowadays public powers are not in a position to guarantee; b) “Democratizing democracy”: overcoming the shortcomings of representative democracy by creating new institutions of counter-democracy and participatory democracy which better articulate the relations between civil society, the public domain and representative institutions The principles of a rule-of-law governed state – division of powers, legality, etc. – are no longer sufficient to organize a democratic system of government that defends the general interest, guarantees rights and promotes processes of democratization in the current constitutional states. Globalization and neoliberal politics have brought to light weaknesses and shortcomings of the institutional structure of a rule-of-law governed state inherited from the Enlightenment and developed by liberalism during the 19th century.

Keys words: fourth power, common, fundamental woods, democracy, división of powers, garantism.

1. La necesidad de regular y poner límites a los poderes económicos. La propuesta del garantismo

En *La democracia a través de los derechos* (2014) Ferrajoli nos presenta sus preocupaciones y propuestas sobre los desafíos del actual estado constitucional, muchas de ellas expuestas en obras anteriores, como en las ya fundamentales *Principia iuris* (2011a) y *Derecho y razón* (1995), pero ahora en un debate mano a mano muy interesante con las teorías constitucionalistas principialistas². Para el autor italiano las dimensiones de la actual crisis, económica, social, política exigen un cambio de paradigma jurídico que vaya más allá de la actual democracia constitucional. Este cambio es imprescindible para afrontar la nueva realidad político, jurídica y social que está creando el proceso de globalización económica y, además, para mantener vigentes los principios fundamentales del estado de derecho y el principio democrático.

El desafío principal al que nos enfrentamos con la globalización económica es el de construir instituciones políticas que puedan gobernar a los poderes económicos, esto es, que logren imponerles el interés general por encima de los suyos particulares. Hoy ya no es posible seguir defendiendo, excepto para los neoliberales, la idea de que los poderes económicos deben funcionar con total autonomía e independencia de la esfera política y, además, sin estar subordinados al orden constitucional, como lo están los poderes públicos, mientras no quebranten las prohibiciones y obligaciones establecidas en ese orden constitucional (Ferrajoli 2014, 171). Es necesario, por tanto, revisar uno de los ejes que dan fundamento al estado de derecho nacido de la revolución francesa: el de la separación entre la esfera política

² Para un análisis de este debate ver Prieto Sanchís (2013).

y la esfera económica. Y es necesario hacerlo porque este eje está detrás de las dos grandes lagunas o déficits que presentan el actual paradigma del estado constitucional. En primer lugar, la existencia de poderes económicos y financieros “salvajes” que escapan al control de la esfera política y, en consecuencia, actúan sin límites y prohibiciones específicas. La segunda laguna importante que tienen los actuales estados de derecho constitucionales es la falta de garantía jurídicas de los derechos sociales. En su mayoría éstos no son reconocidos como derechos fundamentales, y, en consecuencia, no cuentan con el respaldo económico y la protección que requieren por parte de los poderes públicos. Para afrontar estos déficits Ferrajoli propone que el paradigma constitucional del estado de derecho se amplíe en dos sentidos: extensional e intensional.

1.1 la expansión extensional del paradigma constitucional

El paradigma constitucional del estado de derecho se debe expandir en sentido extensional o espacial para poder integrar bajo su regulación a los poderes que hoy están fuera de su control. Estos son: los poderes privados, como los del capital económico y financiero, y los nuevos poderes políticos supranacionales. Ante la globalización, el constitucionalismo, subraya Ferrajoli, no puede ser más que supraestatal y omnicomprensivo de todos los poderes sociales, especialmente de los económicos y financieros que se mueven libremente entre frontera y frontera, y de los nuevos poderes políticos surgidos con las nuevas estructuras políticas supraestatales.

En este sentido, es indispensable que este nuevo constitucionalismo supraestatal contenga una esfera política que disponga de los instrumentos jurídicos que le permitan controlar y limitar la actual omnipotencia del capital financiero y económico. Pero no solamente la esfera política debe redefinir sus funciones y competencias respecto a la esfera económica sino también respecto a la sociedad civil, a la que debe estar subordinada. Los poderes económicos deben estar subordinados a la esfera política y ésta, a su vez, a la sociedad civil (Ferrajoli 2014, 171-172). Conseguir la subordinación de la esfera política y en consecuencia también de la esfera económica a la sociedad civil es algo fundamental para el futuro de la democracia y del estado de derecho y por ello en este texto defendemos la necesidad de crear un cuarto poder en el estado de derecho con el objetivo fundamental, como veremos, de establecer las instituciones que salvaguarden la defensa de lo común y los derechos y bienes fundamentales definidos desde la esfera pública y, a su vez, recuperar y proteger el papel de los poderes públicos respecto a los poderes privados.

1.1.1 la urgencia de contar con un constitucionalismo del derecho privado

En relación al actual repliegue y subordinación de las instituciones de la esfera política respecto a los poderes que ejercitan las corporaciones empresariales y financieras desde la esfera privada, es importante sacar a la luz los mecanismos jurídicos y políticos que facilitan

o mejor dicho, encubren, que esto sea posible. Y este es uno de los temas centrales que analiza Ferrajoli en *La democracia a través de los derechos* y que le llevan a plantear la urgencia de que el paradigma constitucional se expanda hacia el derecho privado, incluyendo bajo su supervisión y control a los derechos de la autonomía privada, que regulan y protegen las acciones de los poderes de la esfera privada, así como ya hace con los poderes públicos. Esto no sucede hoy bajo el actual estado constitucional, señala Ferrajoli, porque la doctrina jurídica liberal define a los derechos civiles como si fueran meras libertades cuando, en realidad, detrás de estos derechos hay poderes económicos y sociales (2014, 52-53).

En efecto, el paradigma constitucionalista vigente presenta una laguna importante respecto a la regulación de los poderes existentes en la esfera privada, a diferencia de lo que ocurre con los poderes de la esfera pública. Los poderes públicos, como se sabe, están subordinados al principio de legalidad, no pueden actuar sin que una ley se lo permita y deben respetar y cumplir siempre, en última instancia, los derechos fundamentales. Es más, el estado de derecho se fundamenta precisamente en este fin: la protección y cumplimiento de los derechos y libertades de las personas. Con este fin, el estado se va construyendo a lo largo de los siglos XIX y XX como estado de derecho mediante la regulación de las competencias y obligaciones de los tres poderes que configuran la esfera política, esto es: aquello que tiene que ver con el quién y el cómo de las decisiones y acciones de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. Esta esfera política del estado de derecho pasa a estar legitimada por los derechos políticos de autodeterminación y regida por el carácter representativo de sistema político, el sufragio universal y el principio de las mayorías (Ferrajoli 2014, 52)³.

El no sometimiento de los poderes de la esfera económica a una regulación y control similar al que son sometidos los poderes públicos les da un margen de actuación y decisión muy grande para actuar en función de sus intereses particulares, incluso en aquellos casos que pueden entrar en contradicción con el interés general o con los derechos fundamentales de las personas. En este sentido, tiene razón Ferrajoli al remarcar el agujero que tiene la estructura institucional del estado de derecho liberal en relación a la regulación y el control del conjunto de los poderes sociales, especialmente de los económicos. Esta construcción, sin embargo, no es fruto del azar sino que tiene detrás la historia del capitalismo y del estado

³ En relación con la esfera pública y la participación política Ferrajoli aporta un punto de vista novedoso y que cuestiona un lugar común. Para la doctrina jurídica el funcionamiento del estado democrático de derecho requeriría un mínimo de homogeneidad cultural o identidad colectiva o de ligámenes prepolíticos entre los conciudadanos (ver Kelsen). Mas, para el autor italiano, la verdad es la contraria. La unidad o homogeneidad del pueblo no es el presupuesto, sino uno de los efectos de la igualdad en los derechos. Son los derechos reconocidos e impuestos por el poder político los que “actúan como factores de integración política y social generando la percepción de los demás como iguales y el sentido común de pertenencia a una misma comunidad política” (Ferrajoli 2014, 172).

de derecho en Europa.

1.1.2 raíces del estado de derecho que limitan a los poderes públicos a la vez que dan autonomía a los poderes privados

El capitalismo, escribe la historiadora Silvia Federici, “fue la respuesta de los señores feudales, de los mercaderes patricios, de los obispos y de los papas, a siglos de conflicto social que terminaron por hacer tambalear su poder (...). El capitalismo fue la contrarrevolución que destruyó las posibilidades nacidas de la lucha antifeudal, unas posibilidades que de realizarse, nos habría ahorrado la inmensa destrucción de vidas y de medio ambiente natural que ha marcado el desarrollo de las relaciones capitalistas a escala planetaria” (cit. en Domenech 2009, 13). Su expansión colonizadora por todo el mundo tiene mucho que ver, como señala Domènech, con la derrota durante la revolución francesa del programa de economía política popular, impulsado por Robespierre y los jacobinos, y el triunfo de la “economía política tiránica” (2009, 10-12).

En el marco del conflicto entre estos dos proyectos políticos sociales la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789, redactada contra los estamentos, la desigualdad y los privilegios feudales, supuso, a su vez, un triunfo importante de aquellos que se oponían al programa de economía política popular de los jacobinos, al consagrar en su articulado la propiedad privada como un “derecho sagrado e inviolable, nadie puede ser privado de él” (art.XVII). A partir de aquí el proyecto de emancipación de los revolucionarios quedó afectado, escribe Bertomeu, por la “incompatibilidad entre el derecho natural de propiedad y la reciprocidad de todos en la libertad” (2004, 143)⁴.

El proyecto de universalización de la libertad de la democracia republicana requería un cambio en las instituciones de la propiedad ya que no era concebible una vida en libertad sin la necesaria autosuficiencia que garantizara la existencia. Jefferson, por ejemplo, soñaba con una sociedad basada en la pequeña propiedad agraria, Robespierre planteaba un derecho social de existencia garantizado por los poderes públicos y Paine una renta material asignada de manera incondicional a todos los ciudadanos por el solo hecho de serlo (Domènech 2013,

⁴ Así queda reflejado en el discurso que el 24 de abril de 1793 Robespierre dirige a la Cámara a la hora de presentar su proyecto de declaración de derechos que debía preceder a la nueva constitución que la Cámara quería elaborar a partir del proyecto presentado por Condorcet. En su discurso Robespierre criticó el tratamiento que sobre la propiedad había dado el comité que recibió el encargo de elaborar la nueva declaración de derechos y frente a ese redactado propuso otro alternativo:

“Habéis multiplicado los artículos que garantizan la mayor libertad para el ejercicio de la propiedad, y no habéis dicho una palabra para determinar su legitimidad; de tal forma que vuestra declaración parece hecha no para los hombres, sino para los ricos, los acaparadores, para los agiotistas y para los tiranos. Os propongo corregir estos defectos consagrando las siguientes verdades: Art.1º La propiedad es el derecho de cada ciudadano de gozar y disponer de la parte de bienes que está garantizada por la ley” (Robespierre, cit. en Méndez Baiges 1993, 174).

20). Por tanto, la ampliación soñada por los republicanos del círculo⁵ de los hombres libres e iguales requería que en ningún momento alguien tuviera que pedir permiso a otro sujeto para subsistir. Pero, como sabemos, las tesis que se impusieron fueron las de los liberales no igualitarios y la ciudadanía republicana quedó desligada de la idea de independencia económica o autosuficiencia, perdiéndose de este modo el sentido inicial del proyecto de libertad republicana (Bertomeu 2004a, 4).

Pues bien, así como el derecho de propiedad se consagró en los textos constitucionales de las primeras democracias censitarias liberales como un derecho natural, y por tanto, como un límite para el poder político⁶, la esfera privada quedó también definida como una esfera autónoma de la esfera política desde el mismo momento constituyente de los estados de derecho en Europa. La burguesía liberal logró imponer en el pacto instituyente del nuevo estado, por un lado, la separación-independencia de la esfera privada respecto a la esfera pública, y, por otro, la propiedad como un derecho natural previo al pacto y al nuevo poder político que, por ello, lo deberá respetar y garantizar (Capella 1997, 110). A partir de aquí el predominio del principio de autonomía de los nuevos sujetos jurídicos en el ámbito del derecho privado y la construcción por parte de la doctrina jurídica liberal decimonónica de los derechos civiles como si fueran meras libertades de la persona (Ferrajoli 2014, 171-172) terminaron de construir el edificio institucional-jurídico protector de la propiedad privada. Así, la esfera privada pasó a estar regida por los *derechos civiles* de autodeterminación que sujetos particulares capaces de obrar utilizan para alcanzar acuerdos o hacer negocios. Y es en esta dimensión *civil* de la democracia donde la doctrina jurídica liberal incluye bajo la categoría de los derechos subjetivos a los derechos de libertad, los de autonomía privada y el derecho de propiedad. Pero una cosa son los derechos de libertad y otra muy distinta son los derechos de autonomía privada, los cuales consisten “en actos preceptivos que producen efectos normativos también en la esfera jurídica de otros” (Ferrajoli 2014, 52-53)⁷.

⁵ La democracia fraternal republicana de Robespierre aspiraba a incluir en este círculo de hombre libres e iguales a los esclavos, asalariados, mujeres y a los pueblos colonizados. La *fraternité* jacobina expresaba, escribe Domènech, “la necesidad de emancipar de la dominación patriarcal-patrimonial al conjunto de las ‘clases domésticas’, de incorporar a la sociedad civil, hermanándolas en ella, al grueso de las clases sociales subalternas, sometidas a una inveterada *loi de famille* subcivil” (2013a, 20).

⁶ Sobre la relación entre el derecho de propiedad, la coacción estatal y la libertad negativa ver García Manrique (2012, 191).

⁷ Para hacer frente a las situaciones de desigualdad de poderes entre las personas en el estado de derecho, especialmente bajo el estado social, se han ido creado leyes que limitan los poderes de los más fuertes con el fin de garantizar los derechos, libertades y expectativas de los más débiles. Por ejemplo, las leyes que tutelan el trabajo limitan los derechos-poderes de las empresas o leyes que disciplinan el crédito y la propiedad, hacen lo mismo entre acreedores y deudores y entre propiedad y colectividad. Asimismo, el principio de legalidad penal representa un límite al poder punitivo. El legislador penal sabe que solo puede limitar o sacrificar derechos y libertades si protege bienes jurídicos dignos de tutela. Por otro lado, desde el punto de vista de la teoría jurídica para escapar de este enmascaramiento jurídico el garantismo propone distinguir entre derechos-libertades y

Por otro lado, el hecho de que el estado de derecho liberal esté construido a partir de la idea de un sujeto jurídico genérico, pensado como un individuo varón, autónomo, libre e igual, lleva también a que la estructura de derechos sea estrictamente individualista y que del marco de referencias y objetivos del sistema política desaparezca la idea de construir una comunidad política democrática y dotada de verdaderos instrumentos de gobierno (Barcellona 1992, 107). Para el liberalismo, las instituciones públicas deben ser neutrales y no pueden ser deudoras de planteamientos normativos. Como señala Ovejero, la democracia liberal se fundamenta y se construye a partir de dos tesis centrales de la ideología liberal: a) las instituciones deben permanecer neutrales y no pueden comprometerse con ninguna idea de buena vida; b) las únicas constricciones y obligaciones que se admiten son las que se derivan de acuerdos -contratos privados- entre individuos autónomos. La primera tesis, destaca Ovejero, impide que los ciudadanos se comprometan y responsabilicen con la comunidad (responsabilidad cívica) y también que puedan exigir a los poderes públicos un compromiso concreto con ciertos valores e ideas de buena vida. La segunda impone límites a posibles intromisiones de los poderes públicos. “El diseño, escribe, de las instituciones políticas ha de procurar (a) que no se exija la participación para su funcionamiento y (b) que las decisiones públicas no se entrometan en la vida de los ciudadanos” (Ovejero s.f., 3).

El modelo de democracia representativa del liberalismo es el de una plutocracia con derechos políticos. Un modelo elitista de democracia donde los intereses de unos pocos, los del mundo económico-empresarial, cuentan mucho más que los del conjunto de la población⁸. El sistema político necesita del voto de los ciudadanos para obtener legitimidad y de paso ayudar a seleccionar a los miembros de la casta que pueden acceder a las instituciones de gobierno. Estas plutocracias con derechos políticos son fácilmente colonizadas por los poderes de la esfera privada, que sin ningún tipo de legitimación, monopolizan la información e influyen (presionan) directamente a los que intervienen en la toma de decisiones y deben elaborar las leyes⁹. En este sistema político los ciudadanos no disponen de instrumentos que les permitan supervisar las actuaciones de los poderes públicos y nada les garantiza -más allá de los principios y la retórica- que las instituciones públicas defenderán siempre el bien común de la comunidad.

derechos-poderes. Los primeros se manifiestan en actos sin efectos o que no son violentos ni perjudiciales para terceros, mientras que los segundos se expresan en actos que conllevan intervenciones coactivas en la esfera jurídica de terceros (Ferrajoli 2008, 188-189).

⁸ Como decíamos antes el modelo de democracia liberal se caracteriza por: a) preocuparse sólo por organizar la participación electoral; b) dar una amplia libertad a los grupos de presión para que desarrollen sus actividades, y c) prohibir que la esfera pública y el sistema político interfieran en la lógica de funcionamiento de la economía (Crouch 2004, 35, 146).

⁹ Un ejemplo de esta presión e influencia del poder económico sobre el político es la reforma del art. 135 de la CE.

Pues bien, la construcción del estado de derecho sobre estas raíces permite a la burguesía y al capital disponer de un edificio institucional jurídico protector de la propiedad privada y del capital y esconder su dominio y control de los instrumentos económicos y sociales que determinan la reproducción del orden social. Estos elementos preconstituyentes -derecho de propiedad, separación de la esfera pública de la privada y la configuración de los poderes económicos como derechos de autonomía y de libertad- actúan, desde nuestro punto de vista, como barreras a las demandas de democratización y al establecimiento de límites y exigencias por parte del estado garante a los poderes de la esfera privada. A los poderes públicos siempre se le pueden imponer nuevos límites y obligaciones, como así sucede bajo el estado constitucional, pero es más difícil y hay que superar más condiciones y formalidades si se pretende hacer algo similar en relación a los poderes de la esfera privada¹⁰.

Las raíces predeterminadas y la construcción del edificio del estado de derecho a partir de estas tesis impiden, desde nuestro punto de vista, que los poderes públicos adquieran la suficiente autonomía y el poder necesario para garantizar que las políticas de gobierno de las distintas administraciones que lo integran estén siempre guiadas por el bien común y la defensa y protección de los derechos y libertades de las personas. Asimismo, la construcción de las instituciones públicas sobre estas bases las convierte en instituciones dúctiles y maleables en función de las “necesidades” del sistema y el orden social. La legislación y las instituciones del estado de derecho son deformadas dos por tres, escribe Barcellona, “por la adaptación de la autonomía de la esfera jurídica al cálculo económico de coste y beneficios o al funcionalismo sistémico” (Barcellona 1992, 52). La debilidad del principio democrático permite que la razón de estado acabe por gestionar la razón jurídica en función de las “necesidades” del sistema (ver Silveira 1997, 1998)¹¹.

El problema fundamental que hoy tenemos es que precisamente como consecuencia de la globalización y los procesos de desregulación impulsados por el neoliberalismo la dimensión civil de la democracia se ha fortalecido mucho más, hasta el punto de que en ella encontramos instituciones económicas y financieras que ya disponen de más poder que los propios estados-

¹⁰ Hoy en España el derecho de propiedad puede ser delimitado por la “función social” de este derecho (art. 33.2 CE) y además “el estado, mediante ley, puede planificar la actividad económica general para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial y estimular el crecimiento de la renta y de la riqueza y su más justa distribución” (art. 131.1 CE).

¹¹ En un mismo sentido Sousa Santos escribe que la “gestión reconstructiva de los excesos y los déficits de la modernidad no pudo ser realizada sólo por la ciencia. Necesito la participación subordinada, pero central, del derecho moderno (...) la gestión científica de la sociedad tuvo que ser protegida contra eventuales oposiciones a través de la integración normativa y de la fuerza coercitiva proporcionada por el derecho” (2003, 55).

nación. En este sentido, ya no hay excusas para continuar defendiendo que estos agentes-poderes privados no estén sometidos, al igual que lo están los poderes públicos, al marco constitucional y a los límites que impongan los derechos fundamentales. Es por ello que Ferrajoli considera urgente revisar la doctrina jurídica liberal para elaborar un constitucionalismo de derecho privado, similar al que ya existe en el estado de derecho con el derecho público. Este “constitucionalismo de derecho privado debe ser normativamente impuesto a la política y a la economía como la única alternativa al desarrollo salvaje y destructivo de los grandes poderes económicos y financieros” (Ferrajoli 2014,177).

1.2 el reforzamiento intensional del paradigma constitucional

Además de esta extensión hacia el ámbito de la esfera privada el paradigma garantista requiere un reforzamiento intensional de las estructuras políticas y de los derechos del estado constitucional. En este punto el autor italiano separa el plano formal del sustancial. En el plano formal, Ferrajoli propone una reformulación del clásico sistema de separación de poderes de Montesquieu con un doble objetivo: para garantizar mejor los derechos políticos y civiles y, a su vez, conseguir una refundación de la democracia representativa mediante la rehabilitación de la política sobre los poderes económicos y la reestructuración de la esfera pública (A). Además, hay que reforzar también la dimensión sustancial de la democracia con nuevas garantías primarias y secundarias para los derechos fundamentales (B) (2014, 176). Para adentrarnos en las propuestas sobre estas dos dimensiones debemos tener presente las cuatro dimensiones utilizadas por la teoría garantista para articular su teoría de la democracia: la política, la civil, la liberal y la social.

1.2.1 los cambios en la dimensión formal de la democracia constitucional

En relación con las dos primeras, propias de la dimensión formal de la democracia (A), hay que volver a revisar los diversos poderes políticos y económicos, públicos y sociales, de gobierno y de garantía que hoy no aparecen debidamente separados, sin unos límites claros entre unos y otros (2014, 183). Sin separación de poderes no puede haber garantía de derechos.

Pues bien, en relación a esta dimensión formal de la democracia Ferrajoli hace también una interesante propuesta sobre cómo debería realizarse una reformulación de la división de poderes en el estado constitucional adecuada a la nueva realidad económica y política actual y con el fin de conseguir una mínima efectividad de los derechos fundamentales. Así, la clásica separación entre tres poderes debe ser revisada e integrada por otras separaciones que distingan claramente entre: a) poderes públicos (o políticos) y poderes económicos; b) poderes públicos (o políticos) y poderes sociales y c) dentro de la esfera pública entre funciones de gobierno y funciones administrativas de garantía primaria.

a) poderes públicos y poderes económicos

La primera subdivisión es importante para lograr que los poderes políticos recuperen la primacía y la independencia sobre los económicos y para evitar los conflictos de intereses y las diversas formas de corrupción. Para ello habría que prohibir los lobbies, establecer sanciones severas para los casos de corrupción, introducir incompatibilidades rígidas entre poderes políticos y poderes económicos, mediante garantías primarias que impidan la elección para cargos públicos de personas titulares de intereses y poderes privados y garantías secundarias que atribuyan el control de estas incompatibilidades y límites a órganos terceros e imparciales. Además, estas medidas deben ir acompañadas de una rigurosa regulación de la financiación privada de los partidos, estableciéndose por ley límites sobre las cuantías admisibles y prohibiendo que personas jurídicas, como empresas y sociedades comerciales, puedan realizar donaciones a los partidos. En suma, para evitar la presión de los intereses económicos sobre los actores de la esfera política la financiación de los partidos debe ser pública, transparente y sus presupuestos deben estar sometidos a los mismos controles a los que están sujetos los que hacen uso del dinero público (Ferrajoli 2014, 185-186).

b) poderes públicos y poderes sociales

La segunda subdivisión tiene que ver con la relación existente entre las instituciones políticas de la esfera pública y los partidos políticos que actúan como representantes de la ciudadanía y de la sociedad civil en su conjunto. El problema que se plantea en el seno de estas relaciones es la brecha que se ha creado entre los ciudadanos y las organizaciones sociales y los partidos políticos. La brecha se ha formado fundamentalmente como consecuencia de la transformación de los partidos en oligarquías burocráticas que pasan a vivir a expensas de las instituciones públicas (Mair 2013, 35). Para Ferrajoli el estado de derecho necesita superar esta brecha, por un lado, recuperando la función originaria de los partidos de mediación entre el pueblo y las instituciones y, por otro, consiguiendo que estos partidos dejen de hacer gestión directa de los asuntos públicos mediante la colonización de las administraciones por sus miembros. Los partidos políticos no deberían ocupar las instituciones públicas y, por tanto, ejercitar y gestionar el poder público (Ferrajoli 2014, 187). En el mismo sentido el grupo Politikon en *La urna rota* (2014) reclama también que los políticos dejen de ocuparse de las decisiones sobre los medios que requieren las políticas públicas para preocuparse sólo de los fines y objetivos que se quieren alcanzar. Ello ayudaría a salir de la actual crisis política e institucional existente en España, en la que el fenómeno de la corrupción juega un papel

central (2014, 260)¹².

c) instituciones administrativas de gobierno y de garantías

Pasando ya a la última subdivisión Ferrajoli propone enriquecer la clásica separación de poderes entre legislativo, ejecutivo y judicial con la distinción entre instituciones de gobierno e instituciones de garantía. Y propone esta distinción sobre todo con el fin de ampliar las instituciones de garantía más allá del poder jurisdiccional e incorporar también al papel protector-garante a la administración pública. Esta debería realizar, para Ferrajoli, además de funciones de gobierno, también funciones administrativas de garantía primaria de derechos sociales. El objetivo es el de mejorar y hacer más efectivas las garantías de los derechos fundamentales y, en particular de los sociales (2014, 189).

La propuesta de Ferrajoli subdivide la clásica separación de poderes en dos ámbitos intrainstitucionales. El primero seguiría estando integrado por los tres poderes clásicos: el legislativo y el ejecutivo dedicados a las funciones políticas de gobierno, y el judicial a las funciones de garantía secundaria (c1). El segundo ámbito, en cambio, incorpora una novedad ya que Ferrajoli propone distinguir en el seno del poder ejecutivo, más en concreto de las administraciones públicas, entre “funciones administrativas de gobierno” auxiliares (c2a), dependientes de las funciones políticas del primer espacio, y “funciones administrativas de garantía primaria” de los derechos (c2b). Estas últimas actuarían como unos jueces administrativos y tendrían como fin supervisar el grado de cumplimiento de los derechos y obligaciones por parte de las administraciones públicas. Para ello deberían ser independientes de las instituciones administrativas auxiliares, es decir, ser tan independientes como lo es el poder judicial en sus funciones como garante secundario¹³ (Ferrajoli 2014, 189)¹⁴.

¹² En EEUU el modelo de los *city managers* se presenta como bastante eficaz contra la corrupción. En este sistema los ciudadanos eligen a los concejales o *council members* con capacidad legislativa pero que no tienen poder sobre los trabajadores funcionarios o profesionales del ayuntamiento. La función de los concejales es contratar a un *city manager* o gestor municipal sin afiliación política que se haga cargo de la gestión y provisión de los servicios públicos (Politikon 2014, 261).

¹³ Para un análisis más detallado de esta propuesta ver Ferrajoli (2011, 95-96) y (2011a, (I): 630-644, 816-836; (II): 196-213).

¹⁴ Andrea Greppi es crítico con esta propuesta ya que considera que la búsqueda de un nuevo equilibrio y distribución entre los poderes no puede pasar a través del derecho y de los jueces. Para él, como veíamos, la solución pasa por redefinir los principios de representación y de separación de poderes con reglas claras y que dibujen un marco de comunicación adecuado para la formación de la opinión pública y la toma de decisiones (Greppi 2012, 127). A esta objeción, sin embargo, habría que decir que Ferrajoli es consciente de que no puede haber cambios en la organización de los poderes si no existe una fuerte presión, con un proyecto, ejercida desde la esfera de la opinión pública (Ferrajoli 2014, 231).

1.2.2 los cambios en la dimensión sustancial de la democracia constitucional

Esta propuesta de reforma institucional debe ir acompañada, además, de cambios importantes en lo que respecta a la dimensión sustancial de la democracia constitucional (B). En este ámbito el modelo garantista que propone Ferrajoli para el estado constitucional debe cumplir con cuatro principios: a) el de estricta legalidad, b) el de plenitud y las garantías primarias de los derechos de libertad, derechos sociales, bienes fundamentales, derechos políticos y derechos civiles de autonomía, c) el de jurisdiccionalidad y las garantías secundarias de los derechos y los bienes fundamentales, y d) el de accionabilidad y su extensión más allá del derecho individual de acción.

Brevemente diremos que el *principio de estricta legalidad* requiere que todos los poderes públicos y privados estén sometidos a la ley. Como decíamos, el mantenimiento del paradigma constitucional pasa por la expansión del principio de legalidad hacia los poderes económicos privados y poderes supranacionales, algo fundamental para volver a situar al estado de derecho y su esfera pública en el centro de funcionamiento del orden social. Asimismo, este principio tiene que hacer frente a su actual crisis ante el carácter cada vez más aluvional, confuso, contradictorio y enrevesado de la legislación, hecho que impide que pueda realizar de forma debida su papel de límite y vínculo efectivos al ejercicio de los poderes públicos (Ferrajoli 2014, 192).

En segundo lugar, es fundamental dice Ferrajoli el reforzamiento de las garantías primarias de todos los derechos: políticos, civiles, de libertad y sociales. Especial atención hay que prestar a la falta de garantías primarias de los *derechos sociales*, ya que es aquí, donde para el jurista italiano “reside hoy el principal déficit de legitimidad constitucional” de los ordenamientos jurídicos. En el estado constitucional, como se sabe, los derechos sociales no tienen el mismo reconocimiento y protección que los derechos civiles y políticos, hecho que provoca que necesidades básicas de las personas no se vean satisfechas o queden sin cubrir provocando, a su vez, un aumento de la desigualdad y de la exclusión social. La ausencia de garantías de los derechos sociales es total en el derecho internacional pero también en los ordenamientos estatales, donde paulatinamente están siendo desmantelados con la excusa de la crisis económica o bien porque no existen los instrumentos jurídicos idóneos para constreñir a los poderes públicos a introducir esas garantías.

En relación con esta cuestión es importante remarcar la importancia de la propuesta que hace Ferrajoli, como veíamos, de distinguir en el ámbito administrativo entre instituciones de gobierno e instituciones de garantía primaria independientes de las primeras. Con esta propuesta Ferrajoli pretende escapar del enclaustramiento de las prestaciones del estado social en el interior de las distintas administraciones integrantes del poder ejecutivo. Pero a su vez estas instituciones de garantía primaria, destinadas a la satisfacción de los correlativos

derechos sociales, deben separarse de las instituciones y funciones de la jurisdicción secundarias, las cuales deben intervenir sólo en caso de violación de las garantías primarias. Las garantías de los derechos sociales deberían ser asignadas a “instituciones de garantía independientes” sobre la base del carácter universal de los derechos y aplicadas en forma de obligaciones frente a todos. Solo de este modo, piensa Ferrajoli, a través de la igual e imparcial actuación de los derechos fundamentales de todos por obra de instituciones independientes de garantía primaria sería posible transformar el burocrático estado social, con todo su clientelismo e ineficiencias administrativas, en un verdadero estado social y constitucional de derecho (2014, 190-191). Pero el jurista italiano va más allá y defiende que el sistema social se construya sobre el modelo de la garantía de la renta básica universal, el carácter universal (*omnium*) de los derechos sociales y el carácter absoluto de las garantías (*erga omnes*) (2014-205).

El *principio de plenitud deóntica* debe ocuparse también de lo que Ferrajoli denomina los “bienes fundamentales”. Estos, como decíamos, se contraponen a los bienes patrimoniales y son bienes indisponibles y accesibles a todos en cuanto son objeto de derechos fundamentales. Ferrajoli los divide en tres categorías: “personalísimos”, como las partes indisponibles del cuerpo humano, “comunes”, en el sentido de las clásicas *res communes omnium*, y “sociales”, como los fármacos indispensables para la vida y los alimentos básicos. Todos estos bienes, en cuanto vitales, deben estar sustraídos a la lógica del mercado y a la disponibilidad de la política, y deben ser garantizados a todos como inviolables y, a su vez, hacerlos accesibles a todos. Para conseguir esto deberán estar estipulados como bienes constitucionales, previstos por las constituciones, las cuales, a su vez, deberán garantizar su inmunidad, cuando se trate de bienes comunes o de bienes personalísimos, o bien cumplir con la obligación de su prestación gratuita cuando se trata de bienes sociales (Ferrajoli 2014, 207-215).

Junto a estas garantías primarias el modelo garantista propone también un reforzamiento de las garantías secundarias de los derechos y bienes fundamentales. Así, el control de jurisdiccionalidad que ejercitan los jueces debe extenderse especialmente hacia los poderes privados al mismo tiempo que los poderes públicos establecen nuevos vínculos y límites sobre ellos tanto a nivel estatal como supraestatal. Esto es importante porque en los últimos años y ante la debilidad de las políticas legislativas y ejecutivas el papel de los jueces se ha vuelto fundamental para proteger los derechos de los ciudadanos. La garantía jurisdiccional de los derechos ha abierto la puerta, como dice Rodotà, al reconocimiento de nuevos derechos de las personas y a procesos de inclusión, participación y “acceso al Estado” (1999, 169). En esta línea, Ferrajoli defiende también que el control de legitimidad constitucional que realiza, por ejemplo, en España, el Tribunal Constitucional se ocupe también de los actos del gobierno y de los de carácter no legislativo del parlamento. Es más, este control constitucional debería ampliarse también al campo de las lagunas, esto es: a las violaciones de la Constitución por omisión y no por acción, tal y como ya está previsto en las

constituciones portuguesa y brasileña¹⁵ (Ferrajoli 2014, 222).

Por último, junto a este papel de los jueces es fundamental también mejorar el principio de accionabilidad con el fin de ampliar las causas que permitan precisamente activar a la jurisdicción. El paradigma del constitucionalismo garantista requiere que el derecho a la tutela judicial se amplie y garantice el acceso a la justicia, al igual que como lo hace con los derechos patrimoniales, también a “los derechos sociales, los bienes fundamentales y los intereses económicos constitucionalmente estipulados” (2014, 227). Con este fin Ferrajoli propone incorporar al constitucionalismo europeo: a) un órgano público con poder para activar la jurisdicción, tal y como ya existe en países latinoamericanos; b) la posibilidad también de que cualquier autoridad pública que tenga que aplicar una ley y tenga dudas sobre ella pueda dirigirse al Tribunal Constitucional, como quería Kelsen, y, por último, c) la creación de una fiscalía ante el tribunal constitucional con poderes para denunciar la ilegitimidad de cualquier acto del parlamento que considere inconstitucional (2014, 230).

Todas estos principios y propuestas son indispensables para conseguir que el estado constitucional se fortalezca y la democracia avance. La democracia progresa, escribe Ferrajoli, “cuando se expanden los derechos fundamentales y sus garantías; o, lo que es lo mismo, cuando se expande el Estado de derecho al mayor número posible de ámbitos de vida y esferas de poder, con el objetivo de conseguir la satisfacción y tutela de lo que denominamos derechos fundamentales” (2008, 189). Pero para alcanzar este objetivo todas estas propuestas deben formar parte de un proyecto político que obtenga un amplio apoyo en la sociedad civil. La conciencia de la importancia del cumplimiento de estos principios, de la reorganización de los poderes y del respeto por los derechos y bienes fundamentales debe partir de un fuerte compromiso con lo público desde la sociedad civil. Entendemos que este compromiso no puede ser temporal sino que para que dé sus frutos debe ser permanente y constante. Por ello, proponemos en línea con las propuestas del constitucionalismo garantista crear un cuarto poder junto a los tres clásicos del estado para fortalecer a la esfera pública y garantizar mejor, precisamente, el cumplimiento de todos los principios que presentamos más arriba.

2.- El cuarto poder y el principio de lo común

¹⁵ Como señala Ferrajoli en la Constitución de Brasil se establecen vínculos presupuestarios que permiten transformar las lagunas legislativas en antinomias censurables por los jueces. Así, por ejemplo, en relación al gasto en educación se establece que la Unión aplicará anualmente no menos del 18 por ciento y los Estados, el Distrito Federal y los Municipios no menos del 25 por ciento de los presupuestos provenientes de los impuestos (art. 212); y en relación a la sanidad la Unión y los Municipios deberán destinar el 15% y los Estados el 12% de los presupuestos (art. 198) (2014, 206).

La “democracia de apropiación” de Rosanvallon y las propuestas sobre una reorganización de los poderes en el estado de derecho del “constitucionalismo garantista”, con nuevas garantías y derechos, colocan sobre la mesa elementos de trabajo para avanzar hacia un estado de derecho más democrático y con más garantías de los derechos de las personas. Como hemos visto, el futuro del actual estado constitucional pasa hoy por recuperar el papel de los poderes públicos y del principio democrático en el gobierno de la comunidad. Algo que no se puede conseguir mientras los poderes económicos y financieros no estén subordinados al marco constitucional y a los derechos y bienes fundamentales así como ya lo están los poderes públicos. Desde la perspectiva del constitucionalismo garantista son necesarios, por tanto, nuevos derechos, garantías e instituciones que impongan límites y obligaciones a los poderes privados y públicos.

Por otro lado, la renovación democrática de la esfera pública es hoy también imprescindible para avanzar en el proceso de democratización y contrarrestar el riesgo de que se consolide un populismo reductor de las libertades en los países europeos. Esta renovación debe ir más allá de las experiencias de democracia participativa para construir, en línea con lo que proponen los defensores de la democracia deliberativa, una democracia en la que los gobernados puedan estar presentes, participar, hacer suyos y colaborar en los temas de gobierno de la comunidad entre los períodos electorales. Para ello el estado de derecho debe abrirse a la creación de nuevas instituciones de contrademocracia para que desde la esfera pública se realicen labores de control, valoración, juicio y deliberación sobre las políticas de gobierno y el funcionamiento de los poderes públicos. La realización del principio democrático pasaría entonces por ir más allá de los procesos electorales y organizar de manera más abierta y cooperativa la interacción entre las instituciones de gobierno y los ciudadanos (Rosanvallon 2007, 288; 2010, 298-299).

Expuestos los problemas y sus posibles soluciones el desafío que se nos plantea ahora es el de pensar cómo podemos poner en práctica las propuestas. Como señalan Cohen y Rogers, una de las debilidades de las teorías de la democracia es su despreocupación de la “cuestión de cómo podrían llevarse a la práctica” los valores y las propuestas que defienden (1998, 9). La respuesta que se suele dar es que esta es una cuestión que depende precisamente de la praxis social y no de la teoría. Las condiciones materiales existentes en la sociedad, la fuerza de la sociedad civil, la hegemonía cultural, el equilibrio de fuerzas entre unas organizaciones y otras, etc. son los factores que determinan en última instancia la posibilidad de implementar las propuestas y proyectos elaborados por la teoría. Pues bien, desde nuestro punto de vista, pensamos que la creación de un cuarto poder dentro de la estructura institucional del estado constitucional, que articule las relaciones entre la esfera pública y la sociedad civil con el resto de los poderes, puede ser un buen instrumento para consolidar el principio democrático y, a su vez, fortalecer el estado de derecho. Este cuarto poder permitiría disponer de nuevos espacios de participación e instituciones de contrademocracia para impulsar la reorganización de los poderes que demanda el constitucionalismo garantista así como la implantación de una democracia de apropiación defensora del bien común.

El cuarto poder es el nombre que damos al conjunto de instituciones que realizarían labores de contrademocracia en el seno del estado de derecho y, a su vez, de mediación entre la esfera pública política habermasiana y las instituciones de gobierno de la comunidad. Las instituciones del cuarto poder deberían estar integradas por miembros de la comunidad que de forma voluntaria, ya sea a nivel individual o como representantes de alguna asociación o institución de la sociedad civil quieran participar en el gobierno de la comunidad realizando labores de control, juicio y valoración de las políticas públicas y de las instituciones del ámbito privado, como de juicio y valoración, o bien de deliberación y presentación de propuestas a las instituciones representativas y que gobiernan la comunidad. Es importante destacar que el cuarto poder nacería desde la sociedad civil, y mantendría sus raíces en ella, para luego articular sus brazos con los otros poderes institucionales del estado. El objetivo central del cuarto poder es el disponer y, en consecuencia, institucionalizar un conjunto de instrumentos que permitan proteger mejor el bien común asegurando, al mismo tiempo, que los intereses y las demandas de la sociedad civil son tenidas en cuenta por el resto de los poderes públicos.

Algunas de las razones que justifican la necesidad de crear este nuevo poder en el estado de derecho son: a) la actual dependencia de los poderes públicos de la esfera privada y, en consecuencia, la necesidad de revertir esta situación; b) no dejar la defensa de lo público, aquello que es de todos y que nadie puede disponer de forma privada, en manos sólo de los poderes públicos del estado. La historia nos muestra, especialmente en estos últimos años bajo las políticas neoliberales, que estatal no equivale a público, es más, puede suceder lo contrario, que lo estatal se convierta en enemigo de lo público; c) la necesidad de disponer de un espacio, a medio camino entre la esfera pública y las instituciones representativas que permitan poner en práctica el principio democrático más allá de la democracia electoral.

2.1 la dependencia de los poderes públicos de la esfera privada

El cuarto poder es necesario para impulsar desde la esfera pública la ruptura del cordón umbilical que une a la esfera política con la esfera privada. Como decíamos antes el sistema político del estado de derecho está subordinado a la lógica de reproducción del sistema económico. Y el hecho de que esta lógica forme parte del código de acción de los poderes públicos hace difícil, por no decir que impide, que la defensa de los intereses y de los derechos del conjunto de la población ocupen siempre el primer lugar en los objetivos de las instituciones públicas de gobierno. No hay más que echar la vista hacia atrás para ver cómo las instituciones y los principios del estado de derecho se muestran flexibles y maleables en función de las necesidades de reproducción del sistema y del orden social.

Las políticas económicas y sociales de los últimos años de los gobiernos europeos son un ejemplo de lo que estamos diciendo¹⁶. Los derechos de diferentes colectivos de personas, -hipotecados, enfermos, dependientes, escolares, jubilados, parados, trabajadores- pasan siempre a un segundo plano ante las exigencias de un sistema económico que debe mantener en funcionamiento la lógica que rige en el intercambio de los bienes: la de las ganancias o del beneficio. Basta con revisar los principios y las normas recogidos en el *Tratado de funcionamiento de la Unión Europea* (arts. 26.2, 63, 107 y 106.2) o en el tratado llamado *Fiscal Compact*, aprobado el 2 de mayo de 2012, que recoge el principio de estabilidad o de superávit en el presupuesto, o las últimas reformas de las constituciones europeas, como el nuevo artículo 135 CE, para ver hasta qué punto la lógica económica prima o se impone a las otras, como la de la política o la de los derechos. Bajo la hegemonía neoliberal este proceso se ha acentuado y el estado se ha convertido en uno de los instrumentos que ha permitido que unos pocos se hayan enriquecido a costa del empobrecimiento de muchos más, impulsando privatizaciones de empresas y servicios públicos, rebajando impuestos de sociedades y de los salarios más altos o realizando reformas laborales a medida de las demandas de las grandes empresas y corporaciones. Como veíamos, el estado social está siendo substituido por un estado garante que no dispone ni de las competencias legales ni de los recursos para garantizar la prestación de los servicios y, en última instancia, los derechos fundamentales de las personas.

2.2 estatal no es igual a público

La dependencia y funcionalidad de la esfera política respecto a la esfera económica obliga a distinguir entre lo estatal y lo público. Una cosa es la acción de los poderes públicos que integran el sistema político y otra muy distinta es que la acción de los organismos estatales esté regida siempre por el principio del bien común o la defensa y el primado del interés general. Como Hilary Wainwright escribe, tras analizar distintas experiencias de participación ciudadana en ciudades europeas y latinoamericanas, “las instituciones estatales no equivalen al bien público o común, y tampoco han demostrado ser capaces de custodiarlo” (2005, 195).

El hecho de que lo estatal no pueda ser confundido con lo público tiene que ver con lo que exponíamos en el epígrafe precedente sobre el origen y formación del estado de derecho. Como veíamos, ya desde el nacimiento del estado de derecho los poderes de la esfera política están subordinados a que los poderes de la esfera privada, los económicos, consigan reproducirse y, en consecuencia, logren mantener activa la lógica que les asegura su supervivencia: la lógica del beneficio. Los elementos preconstituyentes -derecho de propiedad y separación de la esfera pública de la privada- que la burguesía logra imponer al nuevo poder político del estado de derecho actúan, al respecto, como barreras a las demandas

¹⁶ Ver supra 1.1, p.7-8

de democratización y al establecimiento de límites o vínculos sustantivos a los poderes sociales (Barcellona 1992, 129). Nuevos límites y obligaciones se pueden imponer a los poderes públicos, como así sucede bajo el estado constitucional, pero no en relación a la esfera privada. En esta los poderes económicos ven resguardados sus derechos y propiedades bajo el principio de autonomía de la voluntad y el tratamiento de los derechos civiles como si fueran derechos de libertad (Ferrajoli 2014, 52).

Por otro lado, en el estado de derecho son necesarios espacios sociales e instituciones donde la comunidad pueda tomar forma, deliberar y elaborar sus demandas sobre lo público. La falta de estos espacios e instituciones dificulta el proceso de democratización y la formación de instrumentos de protección de los derechos de las personas. El hecho de que el estado de derecho liberal esté construido a partir de la idea de un sujeto jurídico genérico, pensado como un individuo varón, autónomo, libre e igual, lleva también a que la estructura de derechos sea estrictamente individualista y que del marco de referencias y objetivos del sistema política desaparezca la idea de construir una comunidad política democrática y dotada de verdaderos instrumentos de gobierno. Todo ello además en una sociedad de desiguales donde la mayoría de la población no tiene garantizada sus necesidades básicas, derechos y libertades fundamentales (Barcellona 1992, 107).

Las raíces y posterior construcción el edificio del estado de derecho impiden que los poderes públicos tengan la suficiente independencia y autonomía para garantizar que sus políticas de gobierno estén siempre guiadas por el bien común y los derechos y libertades de las personas.

Por todas estas razones las teorías que basan sus propuestas principalmente en una estrategia de derechos o de buscar la justicia a través de una interpretación más flexible de los derechos fundamentales, como las del neoconstitucionalismo¹⁷, tienen un margen de acción en realidad estrecho además de estar muy limitadas por las fronteras que el mismo orden jurídico constitucional establece. Ante estos límites otros autores reivindican también la creación de mecanismos de garantía social, de autotutela social e incluso de acciones de desobediencia civil, que permitan escapar de los límites que hoy presentan las garantías jurídico-institucionales y abrir nuevos espacios de democratización (Pedrol 2015, 162-163). Por ejemplo, en *Il diritto di avere diritti* (2012) Rodotà afirma que no tiene sentido reivindicar nuevos derechos si no van de la mano de la política y de una esfera pública fuerte y activa. Es verdad, dice, que los derechos modelan, configuran a la democracia, pero sin una política democrática los derechos son papel mojado y caen presos de los poderes sociales. Por ello hoy más que reivindicar nuevos derechos hay que exigir que la política se ocupe de las

¹⁷ El neoconstitucionalismo defiende la sumisión, principalmente, del poder legislativo a los derechos fundamentales y principios constitucionales. Para esta teoría, la Constitución acota y limita las prerrogativas del legislador, el cual debe elaborar leyes “razonables” y que tengan fundamento en aquélla.

necesidades materiales de las personas y que haga frente a los poderes económicos. Debe emerger, reclama Rodotà, una nueva política que rompa el armazón del modelo político actual y que abra un proceso de creación de nuevos derechos que emerjan desde la sociedad hacia lo alto y no al revés como sucede ahora (Rodotà 2012, 103-104). Del mismo parecer es Marramao, para quien la hegemonía del proyecto político y social del neoliberalismo se debe combatir con un modelo normativo de democracia que vaya más allá del modelo liberal, desde la construcción de un espacio público que no esté colonizado por las instituciones de la democracia representativa (2011).

En consonancia con estos autores entendemos que la realización del principio democrático y la protección de los derechos y de bienes fundamentales en el actual estado constitucional exige algo más que una reforma de las instituciones existentes. Requiere de una nueva praxis social y política que instituya nuevas relaciones entre el individuo y las instituciones políticas de la comunidad.

2.3 una praxis política que articule nuevas relaciones entre el individuo y la esfera pública

Una alternativa a los límites de la esfera pública de la democracia liberal pasaría por conseguir una nueva articulación entre el individuo, las organizaciones de la sociedad civil y las instituciones representativas. La articulación de la democracia participativa con la democracia electoral-representativa, como señala Wainwright, se puede convertir en el instrumento que permita avanzar hacia una sociedad más democrática, con más control ciudadano y más igualdad política. Por otro lado, las instituciones públicas que están expuestas a un mayor control ciudadano y que cuentan con la participación de actores sociales independientes pueden llegar a ejercitar también una fuerte influencia sobre los poderes e intereses privados, tal y como ponen de manifiesto experiencias de participación ciudadana como, por ejemplo, en Luton, Porto Alegre y Newcastle (Wainwright 2005, 195, 209).

A la cultura del nuevo sujeto neoliberal hay que contraponer otra que refuerce la idea del ciudadano democrático comprometido con los asuntos que son comunes a todos y, más en concreto, en todo lo que esté relacionado con los derechos y bienes fundamentales ya reconocidos en los correspondientes ordenamientos jurídicos. Esta cultura necesita una amplia labor pedagógica de formación y empoderamiento de los miembros de la comunidad. Estos tienen que dar el paso de salir del ámbito privado-particular e ir más allá de las votaciones electorales para convertirse en un actor activo en el gobierno de la comunidad y en la defensa de los intereses generales. La praxis del principio democrático y el mantenimiento de los principios del estado de derecho pasa hoy fundamentalmente por lograr una hegemonía cultural que revierta el actual proceso de individualización y pérdida de vínculos entre los integrantes de la comunidad. La cuestión de la “vinculación social y, por consiguiente, de la determinación de los fines comunes, escribe Barcellona, no es en absoluto algo nostálgico, sino una urgencia nueva” (1992, 125). Mas, para conseguir esta nueva

cultura que promueva nuevos vínculos sociales son necesarios espacios sociales e institucionales que permitan su implantación y difusión. Estos nuevos espacios e instituciones formarían el esqueleto de lo que aquí venimos denominando el cuarto poder.

En efecto, el punto de partida para lograr un cuarto poder no puede ser otro que el de una praxis social y política que consiga la creación de nuevas instituciones y espacios de participación y trabajo en el estado de derecho desde los cuales los ciudadanos puedan determinar lo que es común a todos y que, en consecuencia, merecería ser protegido por los poderes públicos y privados. El estado de derecho requiere de nuevas instituciones que sostengan y defiendan lo que es de todas las personas que conviven en una misma comunidad y sin lo cual la vida en común desaparece. Es necesario, por tanto, impulsar un proyecto social y político que promueva la participación de individuos y organizaciones sociales en la creación de un espacio público político no estatal desde el que se pueda realizar una praxis transformadora de los significados y de las instituciones instituidas, esto es: practicar la política como algo propio, como autoinstitución, y no como heteroinstitución (Barcellona 1996, 78-79). La creación de un cuarto poder en el estado de derecho permitiría llevar adelante este proyecto al mismo tiempo que ayudaría a consolidar la cultura y las prácticas promotoras del principio democrático.

2.4 el cuarto poder como nuevo espacio público no estatal

El embrión del cuarto poder está en los movimientos sociales, las iniciativas ciudadanas y las asociaciones y organizaciones de la sociedad civil. Estas pueden promover la creación de instituciones públicas no estatales, que manteniendo un pie en la sociedad civil y el otro en las instituciones del estado de derecho, den forma a la democracia de apropiación realizando funciones de contrademocracia y protegiendo los comunes, derechos y bienes fundamentales ante los poderes sociales y las instituciones de gobierno. El cuarto poder formaría parte, por tanto, de la esfera pública organizada desde la que los miembros de la comunidad podrían deliberar y decidir sus reivindicaciones para luego negociarlas con los poderes públicos correspondientes (Wainwright 2005, 210). Recordemos que Habermas concibe a la esfera pública política como un “sistema de comunicación intermediador” entre, por un lado, la opinión pública formada desde la sociedad civil y, por otro, las deliberaciones y negociaciones del sistema político (2009, 159). El cuarto poder sería la concreción, desde el punto de vista institucional y jurídico, de esta esfera pública habermasiana.

En la esfera pública es donde se forma la opinión pública que, al mismo tiempo, se convierte en fuerza política (Fraser 2008, 146). Ahora bien, para conseguir esto último la opinión pública debe encontrar los canales para llegar a las instituciones que le permitan incidir con eficacia y plena legitimidad en el sistema político. Esta sería una de las funciones centrales del cuarto poder: realizar una labor de intermediación entre la esfera pública y el sistema

político. El cuarto poder no pretende suplantar o dejar de lado a los mecanismos de representación y participación institucional existentes, sino que busca construir un nuevo espacio institucional regulado por la ley que haga de mediación entre la sociedad civil y su esfera pública y las instituciones del sistema político. Actuaría como motor de transformación de los poderes públicos ya instituidos, desempeñando funciones de seguimiento y control de los órganos de gobierno y de elaboración de nuevas propuestas políticas, buscando un mejor gobierno y más democracia. Se integraría así en la filosofía de que es posible “cambiar el mundo sin tomar el poder”, como propone Wainwright siguiendo el sendero que en su día abrió Holloway. Como sostiene la autora inglesa las posibilidades de conseguir cambios y transformaciones sociales dependen de las correlaciones de fuerzas que en cada momento haya entre el poder político y el poder social, tanto en el interior de las instituciones políticas como en las organizaciones sociales (2005, 197).

Esta propuesta de institucionalización de un cuarto poder en el seno del estado de derecho para articular mejor las relaciones entre la esfera pública y el sistema político comparte muchas de las ideas y planteamientos de Habermas y Fraser sobre el papel de la esfera pública en la democracia deliberativa, de la propuesta de “democracia asociativa” Cohen y Roger (1998, 9), del “estado como novísimo movimiento social” de Sousa Santos (1999) y de Mouffe con su idea de “radicalizar la tradición democrática moderna” (1992).

De la propuesta de “democracia asociativa” de Cohen y Rogers es importante destacar la apuesta que hacen sobre el papel que pueden desempeñar las asociaciones secundarias en los asuntos públicos, en el gobierno democrático de la comunidad y en la lucha, precisamente, contra el corporativismo y el faccionalismo de los intereses particulares. La idea central de la “democracia asociativa”, escriben, es “la contención del faccionalismo mediante una política deliberativa de asociaciones que encaje en el marco de un gobierno igualitario-democrático (...) actuar directamente sobre el medio asociativo de la acción pública de forma tal que las asociaciones caigan menos en el faccionalismo y se conviertan en soportes de las normas igualitario-democráticas” (Cohen-Rogers 1998, 58).

Por su parte Sousa Santos, en *Reinventar la democracia, repensar el Estado* (1999), defiende la necesidad de democratizar el estado pero también el tercer sector¹⁸ a través de la creación de un espacio público no estatal que articule la democracia representativa y la democracia participativa. En este nuevo espacio los ciudadanos y las instituciones públicas pondrían en práctica nuevos valores, como los de cooperación, solidaridad y democracia (Sousa Santos 1999, 81). Santos busca una “reinención solidaria y participativa del estado” a través de una doble tarea: por un lado, la refundación democrática del tercer sector y de los poderes que integran la administración pública y, por otro, conseguir articular la lógica de la reciprocidad,

¹⁸ La denominación “tercer sector” da cuenta de un vasto conjunto de “organizaciones sociales que se caracterizan por no ser ni estatales ni mercantiles, es decir, todas aquellas organizaciones sociales que, siendo privadas, no tienen fines lucrativos y que, aunque respondan a unos objetivos sociales, públicos o colectivos, no son estatales: cooperativas, mutuas, asociaciones no lucrativas, ONGs, organizaciones de voluntarios, comunitarias o de base” (Santos 1999, 60)

propia del principio de comunidad, con la lógica de la ciudadanía, propia del principio del Estado (1999, 82,85).

La propuesta del cuarto poder comparte también el objetivo de Mouffe de “radicalizar la tradición democrática moderna”. En “Ciudadanía democrática y comunidad política” (1992) propone reformar y transformar las instituciones democráticas liberales para conseguir nuevos en espacios de participación democrática. Para ello es necesario superar las premisas individualistas y racionalistas que contaminan a esas instituciones y reivindicar un nuevo modelo de ciudadano: el ciudadano democrático radical (2012, 11-13).

Mouffe define al ciudadano democrático radical como un individuo libre, moral e ideológicamente plural, con derechos políticos y que se preocupa e interesa por los asuntos que afectan al gobierno de la comunidad. Es un ciudadano, por tanto, comprometido dispuesto a deliberar con otros sobre los asuntos que forman parte de sus preocupaciones (Mouffe 1999-101-105). Estas preocupaciones configuran un “vínculo común” entre los ciudadanos que los llevaría a implicarse en los asuntos de la comunidad. Ahora bien, que exista este vínculo no quiere decir que los ciudadanos tengan que compartir, para Mouffe, también un ideal sustancial del bien común. El “ciudadano democrático radical” está más allá de la dicotomía que pueda plantearse entre aquellos que defienden la libertad individual ante los que promueven la participación cívica.

En el debate entre liberales y republicanos Mouffe opta por seguir una posición intermedia y compartir ideas de ambas teorías. De la posición liberal se queda con la concepción de una ciudadanía integrada por individuos libres e iguales, el respeto y la salvaguarda de los derechos individuales, la defensa del pluralismo, la idea de la ausencia de un bien común sustancial y la prioridad de la justicia como virtud principal de las instituciones sociales y políticas. Comparte con los liberales la idea de que en un estado de derecho democrático no existe un bien común predeterminado y compartido entre todos los miembros de la comunidad. Al contrario, las únicas reglas que son comunes son las que regulan las normas de conducta y los procedimientos que se deben seguir a la hora de resolver las preocupaciones comunes (Mouffe 2012, 98)¹⁹. En este sentido, Mouffe coincide con Kelsen de que en una sociedad democrática no puede haber una idea sustancial de bien común en el sentido de algo objetivamente determinable y cognoscible por el pueblo y, por tanto, formador de la voluntad de éste (Kelsen 1988, 209). Y no lo puede haber porque la

¹⁹ En este punto coincidirá con el segundo Rawls, quien parte del hecho de que los ciudadanos que participan en el acuerdo son conscientes de sus limitaciones y que por ello están dispuestos a asumir compromisos para poder tener una vida en común (Greppi 2012, 168). En otras palabras, la convivencia depende de que los miembros de la comunidad apuesten por la existencia de un proyecto político común y, en consecuencia, pongan entre paréntesis sus propios intereses y verdades en aras de alcanzar acuerdos mayoritarios.

democracia es la suma de unos procesos de democratización, que pueden ir para adelante o para atrás en sus logros, y que en función de las distintas voluntades de los miembros de la comunidad decidirá en cada momento qué es lo común, en un proceso constante y siempre conflictivo y reversible de toma de posición. Por eso la democracia, señala Kelsen, no es el gobierno “para el pueblo” sino “del pueblo”, donde todos sus miembros pueden participar más o menos directamente y en base a unos procedimientos en la elaboración del bien común. El único contenido previamente determinado es precisamente el que regula los procedimientos de toma de decisión, para que el pueblo decida. Por tanto, como escribía Kelsen, “el elemento procedimental ocupa siempre el primer plano, mientras que el elemento liberal -como contenido particular del ordenamiento social- es de importancia secundaria” (1988, 211).

Del republicanismo, Mouffe rescata la importancia del valor de la participación política, el papel central que tiene la inserción del ciudadano en la comunidad política, la relevancia de la acción cívica y la preocupación por los asuntos comunes o de interés general (Mouffe 1999, 93-99). Para Mouffe, por tanto, el compromiso cívico es compatible con las distintas ideologías y morales existentes en la sociedad y el respeto de los derechos de la persona. También ella considera que los derechos siempre están por encima de cualquier idea de bien sustantivo que se reivindique. Pero asimismo está de acuerdo con la idea de los republicanos clásicos de que el único camino que hace libre al ciudadano es aquél en el que éste se hace cargo y participa en el sistema político y en el gobierno de las instituciones de su comunidad. Esta búsqueda, dice Skinner, es el mejor instrumento y el medio indispensable para defender el ideal de “gobierno libre” (2012, 278-279). Al respecto, Mouffe piensa que para que el proceso de democratización en las sociedades contemporáneas avance hay “que restablecer la conexión perdida entre ética y política”. Hay que conseguir que ciudadanos preocupados y comprometidos con el bien común se impliquen y participen en el gobierno de su comunidad, respetando los derechos, el pluralismo ideológico y las conquistas conseguidas hasta ahora con la democracia (1999, 95).

Ahora bien, una vez admitidas la idea del conflicto permanente ante la pluralidad de posturas para definir las políticas, los derechos y bienes comunes surgen otras preguntas. Porque si no hay una verdad y todo es relativo, en función de los distintos intereses e ideologías, qué es lo que lleva al ciudadano, se pregunta Greppi, a escoger a la democracia y no a otro régimen político que defienda mejor sus intereses y valores. En segundo lugar, cómo podemos explicar que los ciudadanos escojan vivir en democracia, por considerarla el mejor régimen de gobierno, cuando no hay una opinión pública libre sino que está teledirigida, y es el resultado de un proceso de creación de significados por parte de los grandes medios corporativos de comunicación de masas. Por otro lado, pensar, como hace Mouffe, en ciudadano activo, responsable y dispuesto a participar activamente en el gobierno de su comunidad significa también presuponer que estamos ante un ciudadano que ha sido correctamente socializado en sociedades plurales y tolerantes, dispuesto, además, a ceder en sus convicciones privadas en aras de buscar decisiones para todos -una verdad temporal y

concreta- mediante procedimientos deliberativos abiertos a todos (Greppi 2012, 164-170, 174).

En relación con estas preguntas e inquietudes ha surgido un interesante debate entre posiciones *doxásticas* y *epistémicas* sobre la democracia. Los primeros conciben a la democracia como una suma de derechos y garantías que regulan la toma de decisión entre valores, derechos e intereses que están en conflicto. Frente a estos están los epistémicos que consideran que lo relevante de la democracia son sus resultados y la forma cómo se participa en la toma de decisión. La posición epistémica pone énfasis en la importancia de los procedimientos democráticos, plurales y abiertos a todos, que permiten la toma de decisiones con el máximo consenso posible (Greppi 2012, 166)²⁰.

La respuesta de Habermas al porqué los miembros de la comunidad escogerían a la democracia como mejor forma de gobierno pasa precisamente por entender que el proceso deliberativo democrático cumple una función cognitiva en relación a los miembros de la comunidad siempre y cuando se cumplan unas condiciones: el proceso de participación esté abierto a todos los afectados, las deliberaciones sean transparentes, haya igualdad de oportunidades para la participación y se puedan obtener resultados racionales. Una “institucionalización adecuada de las deliberaciones”, escribe Habermas, puede cumplir diferentes funciones, como, por ejemplo: promover temas de discusión y pretensiones relevantes, aportar informaciones necesarias y argumentos a favor y en contra, favorecer la adopción de decisiones racionalmente motivadas según el procedimiento establecido (Habermas 2009, 145). La dimensión epistémica de la democracia deliberativa ha sido corroborada por investigaciones empíricas que han podido comprobar cómo la participación en los procedimientos deliberativos tiene “un impacto favorable sobre la formación de las opiniones razonadas”, llevan a los participantes a buscar información para poder debatir mejor, a reflexionar y a discutir sobre argumentos y a ampliar sus respectivas perspectivas personales (Habermas 2009, 148-149). El ciudadano democrático radical de Mouffe comparte también esta idea epistémica sobre la democracia. Los procedimientos deliberativos y participativos permiten que los ciudadanos compartan entre sí sus preocupaciones y decidan en común qué es lo mejor para ellos. Hay que concebir, escribe Mouffe, “un modo de asociación política que, aunque no postule la existencia de un bien

²⁰ Los que se identifican con la posición epistémica consideran que las decisiones de gobierno son legítimas si son el resultado de un acuerdo entre sujetos libres e iguales que buscan el bien común mediante un debate de argumentos racionalmente motivado. Y conciben a los procedimientos y foros de discusión como instrumentos ideales para la convivencia en una sociedad democrática: promueven el intercambio de información e ideas, la formación de opinión pública y propuestas, y ayudan a corregir preferencias irracionales o posibles manipulaciones. En suma, los procedimientos de la democracia constituyen el instrumento más adecuado para alcanzar acuerdos compartidos. Para un análisis más en detalle sobre las doctrinas doxásticas y epistémicas sobre la democracia y sobre los límites que tiene asimismo la solución epistémica para la democracia ver Greppi (2012, 165-170).

común sustancial, implica la idea comunalidad, de un vínculo ético que crea un lazo entre los participantes en la asociación, lo que nos permite hablar de una ‘comunidad’ política” (1999, 97)²¹.

Pero las preguntas y respuestas no se acaban aquí. Porque, sin embargo, qué sucedería si los procedimientos no funcionan como se supone que deberían hacerlo, como la realidad nos muestra dos por tres, o bien cuando no existen las condiciones para la formación de una cultura democrática que actúe como motor y fundamento de todo el proceso (Greppi 2012, 174).

La respuesta pasa otra vez por Habermas, quien en sus últimas publicaciones²² ha introducido algunos cambios relevantes en su forma de entender el ideal discursivo (Greppi 2012, 177). Así, de su tesis inicial consistente en defender la deliberación por la ineludible necesidad de alcanzar acuerdos para conseguir una convivencia democrática en la comunidad y de la defensa de la democracia por su valor epistémico, pasa a incorporar en sus reflexiones de los últimos años elementos no epistémicos, como los prejuicios personales, la desigualdad y la falta de libertad, que ponen en cuestión en última instancia la viabilidad y sentido de los discursos deliberativos. Tras este giro el objetivo del proceso deliberativo ya no sería tanto el de alcanzar un consenso final sino “encontrar, escribe Greppi, *respuestas tentativas y provisionales* a los desajustes entre nuestros prejuicios, que hunden sus raíces en el mundo de la vida, y una obstinada realidad que no se pliega a nuestro antojo” (2012, 177). Pues bien, a pesar de esto y de tener presente una realidad desigual y llena de conflictos de intereses, Habermas continúa considerando a las instituciones deliberativas como instrumentos centrales para los procesos de aprendizaje social y los procesos de democratización. Desde esta perspectiva, los ciudadanos participarían en la esfera pública bajo la convicción de que obtendrán más ganancias que pérdidas, incluso a pesar de tener que renunciar a sus convicciones personales. Esto no significa desconocer que detrás de estos procesos, de las fuerzas que los mueven, hay conflictos sociales, intereses y necesidades antagónicos entre los grupos de la comunidad. Y esto es así porque en el proceso participativo las decisiones que siguen a la deliberación siempre dan una respuesta parcial y temporal al conflicto. El cierre de una deliberación al mismo tiempo abre otra para que el proceso de deliberación continúe y la decisión que hoy se adopta el día de mañana pueda ser distinta en función de hechos nuevos y de otros consensos y disensos (Greppi 2012, 178-179). En la esfera pública se elaboran contenidos concretos bajo procesos deliberativos que no tienen fin, cuando acaba

²¹ Una definición de democracia deliberativa que integra el elemento epistémico es la dan A. Gutmann y D. Thompson: es “una forma de gobierno en la que los ciudadanos libres e iguales (y sus representantes) justifican sus decisiones por medio de un proceso de intercambio de razones que son mutuamente aceptables y generalmente accesibles, con el propósito de alcanzar conclusiones vinculantes en el momento presente para todos los ciudadanos, pero que permanecen abiertas a la discusión en el futuro” (cit. en Greppi 2012, 192-193).

²² Ver Habermas (2002, 9-62).

uno comienza otro. El ciudadano democrático radical de Mouffe también participa en esta concepción conflictiva sobre la democracia. Este ciudadano, al hacer suyos los principios de libertad e igualdad y comprometerse con su comunidad y participar en la *respublica*, contribuye también a ampliar y extender la libertad y la igualdad bajo una dialéctica de toma de decisiones constantes ya que la libertad y la igualdad nunca se colman del todo (Mouffe 2012,103-105).

La propuesta de crear un cuarto poder comparte con la concepción epistémica la idea de que la posibilidad de disponer de espacios de deliberación y de contrademocracia supone una consolidación del principio democrático en el marco actual del estado de derecho constitucional. Y está de acuerdo también con Mouffe que la implantación de este cuarto poder requiere que los ciudadanos compartan una idea de comunalidad, esto es, el interés en participar en el gobierno de las cuestiones que les preocupan como miembros de una comunidad. El cuarto poder se presenta en este texto como un instrumento más que puede aportar las instituciones y los procedimientos necesarios que ayuden a consolidar el principio democrático desde la esfera pública en el estado de derecho.

2.4.1 lo común: el principio político que da fundamento al cuarto poder

El cuarto poder se fundamenta en el principio de lo “común”. Este principio es definido por Laval y Dardot en *Común* (2015) como “el principio político” por excelencia que da fundamento a la actividad política de los integrantes de una comunidad. Por “político” hay que entender, dicen Laval y Dardot, la “actividad de deliberación con la que los hombres se esfuerzan por determinar juntos lo justo, así como la decisión y la acción que proceden de esa actividad colectiva” (2015, 660). Es una actividad consistente “en poner en común las palabras y los pensamientos”. Y es el principio más importante porque funciona como arché, en el sentido de fuente primaria de la que se deriva todo lo demás. Por ello común no puede ser confundido con el bien común. Este último es el resultado de la deliberación, lo que se busca y determina conjuntamente. En cambio, común es algo previo a toda objetivación, no es un fin. Como principio político común convierte a la participación en un proceso deliberativo o en una actividad el fundamento de la obligación política. Común “significa a un tiempo la ‘obligación’ y la ‘actividad o la tarea’”(2015, 661). La participación se convierte en el fundamento por excelencia de la obligación política. “La obligación política, escriben Laval y Dardot, procede enteramente del actuar común, extrae toda su fuerza del compromiso práctico que vincula a todos aquellos que han elaborado juntos reglas de su actividad y sólo es válida respecto a los coparticipantes de una misma actividad ... lo común es entonces el principio que hace que se busque ese objeto que es el bien común” (2015, 661-662). En este sentido, común es el principio que lleva a que los miembros de una comunidad decidan buscar o determinar el bien común. Para la determinación del bien común es necesario querer participar en una actividad de deliberación común. Lo común es siempre lo primero y el bien

común lo segundo. Por tanto, tampoco se puede confundir “común”, como principio político, con lo que en derecho se considera común y que pueden ser tanto una cosa material -el agua, los bienes patrimonio de la humanidad- como una cosa inmaterial -las ideas, los descubrimientos científicos (2015, 661-662). En relación con esto Laval y Dardot proponen abandonar la categoría jurídica de “cosa común” (*res communis*) ya que “separa las cosas de la actividad, mientras que sólo por la actividad las cosas pueden ser verdaderamente hechas comunes” (2015, 662). Ellos prefieren hablar de *los comunes* para designar lo que es “tomado a cargo por una actividad de puesta en común, esto es, lo que por ella es *convertido* en común” y no lo que es común a todos. De este modo, lo común es el resultado de una práctica de decisión colectiva, esto es: del hecho de un conjunto de personas que deciden el carácter común de una cosa o de un conjunto de cosas. No hay, por tanto, cosas en común en sí o por naturaleza, sino lo que una práctica deliberativa convierte en común (Laval-Dardot 2015, 662). Los comunes será lo que habrá que instituir, es decir, convertir en común mediante su reconocimiento y salvaguarda por parte de las instituciones políticas. Lo común como principio no necesita ser instituido, sino “sólo ser recordado intelectualmente y de un modo práctico” (Laval-Dardot 2015, 663). En cambio, el resultado de lo común, los comunes, sí que deben ser instituidos y reconocidos por el derecho como cosas comunes.

El cuarto poder está fundamentado en este principio de lo común, en el hecho de los miembros de la comunidad quieren hacerse cargo del funcionamiento de su sistema político. Es la idea, como veíamos, de comunalidad de Mouffe, en el sentido de que los miembros de la comunidad comparten un vínculo común -un compromiso- que les impele a atender los asuntos de la comunidad que les preocupan o interesan desde sus respectivas ideologías y visiones sobre el bien común y los intereses generales (1999, 98). Para buscar el bien común hay que poner en práctica el principio de lo común, lo que a su vez requiere un fuerte compromiso cívico con la comunidad. En este sentido, las preocupaciones sobre aquello que es común a todos es el punto de partida para poner en práctica el principio democrático y, a su vez, de la creación de un cuarto poder en el estado de derecho.

Los miembros de la comunidad cuando participan en los procesos deliberativos para decidir, por ejemplo, cuáles son los bienes fundamentales de la comunidad, realizan una labor instituyente, creadora de nuevos significados e instituciones. Junto a esta labor instituyente de nuevos significados, convertidos en demandas y decisiones, el cuarto poder realiza también otras funciones, como las de control y supervisión de las políticas de los poderes públicos y privados, como, por ejemplo, si estas políticas respetan los bienes instituidos como fundamentales. Las instituciones que integran el cuarto poder actúan como poder constituyente y, a su vez, como instituciones garantes y supervisoras de los derechos y bienes regulados en el ordenamiento jurídico.

La dialéctica entre lo instituyente y aquello que ya está instituido en el seno del cuarto poder es fundamental para dar una respuesta democrática al conflicto social que siempre está presente en el orden social. Por ello el objetivo del cuarto poder es ir más allá del mero establecimiento de procesos de negociación entre distintos intereses privados. Ofrece

espacios de participación y opinión que encaucen el conflicto y, en consecuencia, para que las distintas opiniones existentes sobre la justicia y el gobierno de la comunidad tomen forma en acuerdos parciales y temporales. Como dice Mouffe, siguiendo a Schmitt, la política no se puede reducir “a la racionalidad precisamente porque la política indica los límites de la racionalidad” (1999, 160).

En relación a la pluralidad moral existente en la comunidad Mouffe piensa que la filosofía política puede jugar un papel importante en la formación de una ciudadanía democrática. Lo puede hacer proponiendo varios significados e interpretaciones de conceptos como los de justicia, libertad e igualdad y cuestionando de este modo la intención de algunas doctrinas de dar un único significado -el verdadero- de estos conceptos. Haciendo esto se consigue que distintas identidades políticas tomen forma, usando distintos lenguajes y teorías, para luego entrar en competencia en el proceso deliberativo (Mouffe 1992, 160). Todo ello, en conjunto, configura una comunidad política, plural, diversa, integrada por grupos en permanente conflicto pero que comparten el compromiso cívico de que la comunidad sea un espacio de convivencia regido por el principio democrático.

2.4.2 las instituciones del cuarto poder

El cuarto poder está integrado por tres tipos de instituciones: las de control, las de juicio y las deliberativas. Las de control se ocupan de supervisar el uso de los recursos públicos por parte de los poderes públicos y privados y las de juicio de analizar y valorar el grado de cumplimiento de los derechos y bienes fundamentales por parte de estos poderes. Por su parte, las deliberativas son las que posibilitan que desde la sociedad civil los ciudadanos y las asociaciones debatan y hagan propuestas sobre intereses generales o bienes comunes. El fin de estas instituciones es el de poner en práctica las dos almas que tiene el principio de participación de la democracia deliberativa: por un lado, la que concibe a la participación como una vía para aumentar la capacidad de autodecisión y autoorganización de las comunidades y, por otro, la que piensa en la participación más como un medio para mejorar el control de los ciudadanos sobre los recursos e instituciones del estado (Wainwright 2005, 84).

El conjunto de estas instituciones, por tanto, forman los espacios de participación y los canales de comunicación a través de los cuales los miembros de la comunidad pueden participar e influir en la agenda pública y en las instituciones de gobierno de la comunidad (Politikon 2014, 263). Abren la puerta a que los ciudadanos puedan participar en los asuntos generales de la comunidad y transmitir su voz a las instituciones de gobierno, además de supervisar el funcionamiento de estos últimos y velar por el respeto y el cumplimiento de los derechos, obligaciones y bienes definidos como básicos y fundamentales por la comunidad. De este modo, el cuarto poder, articulando la sociedad civil con el sistema político, e

institucionalizando controles y canales de comunicación con los poderes públicos, se convierte en un instrumento-motor del principio democrático en la comunidad.

Para conseguir estos objetivos y obtener legitimidad el cuarto poder debe cumplir también unas condiciones, algunas de ellas coincidentes con las que se exigen a la democracia deliberativa. Estas son: *a)* que las instituciones estén abiertas a la participación de toda persona que pueda verse afectada por las decisiones que se adopten en ellas y además deben existir mecanismos para que los ciudadanos que optan por no participar puedan entrar en contacto con los que sí lo hacen. Para organizar el proceso participativo se tendrán en cuenta los conocimientos y las competencias de cada uno de los participantes. Un punto importante a considerar es que la participación en estas instituciones debe seguir, como principio general, la no remuneración. Con ello se trata de evitar que la participación sea concebida como un instrumento para obtener un lucro, y se fundamente plenamente en la voluntad de participar de forma desinteresada y por compromiso con la comunidad; *b)* las normas y decisiones que se adopten deben ser el resultado del común acuerdo y negociadas de forma abierta y transparente; *c)* deben funcionar como instituciones independientes al sistema administrativo para mantener al máximo su autonomía de acción y decisión. Esto no quiere decir que no puedan estar interconectadas unas y otras, pero es necesario que se impida que las instituciones del cuarto poder puedan ser colonizadas por las del sistema político representativo. Es importante evitar caer en la trampa de la “gobernanza democrática” donde la participación ciudadana se ha convertido en sinónimo de recibir información; y *d)* deben crearse formas de comunicación y de trabajo con las instituciones de gobierno (Wainwright 2005, 210-211). El cuarto poder ganaría legitimidad con la realización de estas condiciones.

Pasando al terreno de la eficacia es importante también conseguir canales de comunicación y de colaboración con las instituciones representativas del sistema político. Para avanzar en el proceso de democratización el cuarto poder debe promover “procesos democráticos abiertos que conecten la participación de la ‘comunidad’ local con el proceso político más amplio” (Wainwright 2005, 213). Así sucedió en los procesos participativos de Porto Alegre, Manchester, Luton y Newcastle. Esta conexión además debe estar regulada en la legislación. En Porto Alegre, por ejemplo, la participación ciudadana en la elaboración del presupuesto está regulada en las leyes. Esta regulación ha consolidado la participación y ha creado instituciones duraderas, a través de las cuales los ciudadanos han conseguido un incremento importante de su poder de influencia y mejoras notables en las condiciones de vida (Wainwright 2005, 118-119)²³. Los cambios ideológicos y de conciencia son importantes, pero lo son aún más cuando van acompañados con cambios en las leyes y en la estructura institucional. Es más, cuando ambos elementos van de la mano los ciudadanos ganan en “comprensión, autoconfianza y sentido de la dirección” (Wainwright 2015, 218). Conseguir estos cambios institucionales, articulando el cuarto poder con el resto de los poderes públicos,

²³ De la experiencia participativa en Porto Alegre hay que destacar también los programas de educación popular que el PT ha puesto en marcha para precisamente dar más protagonismo y empoderar a los ciudadanos en sus derechos y en los procesos de participación (Wainwright 2005, 118-119).

es imprescindible para evitar lo que sucede en muchos barrios, por ejemplo, de EEUU, donde a pesar de tener buenos niveles de participación vecinal la falta de regulación legal y de políticas públicas que ayuden a la participación dificultan o impiden que las reivindicaciones y propuestas de la sociedad civil lleguen hasta el poder político²⁴.

2.4.3 embriones del cuarto poder

Un ejemplo de instituciones de control del uso de los recursos públicos fueron los comités que se crearon en el ayuntamiento de Luton en Gran Bretaña, según nos cuenta Wainwright, a partir de la puesta en marcha del Nuevo Acuerdo para las Comunidades (NAC). Para poner en marcha las inversiones económicas el NAC necesitaba disponer también de nuevos procedimientos de administración del dinero. Con este fin el comité gestor del proyecto creó en Luton una junta integrada por ocho miembros de agencias asociadas y dieciséis de la propia comunidad, y tres comités complementarios con poderes delegados: el comité ejecutivo, el comité de evaluación de proyectos y el comité de recursos humanos (Wainwright 2012, 161).

Comités cívicos de este tipo, con funciones de control del uso de los recursos públicos se pueden crear hoy en el estado constitucional en correspondencia con las distintas áreas de gobierno -sanidad, educación, servicios sociales, transportes, vivienda y urbanismo, presupuestos y gasto público- y en los distintos niveles de la administración pública -local, regional, estatal y europeo. Estos comités podrían estar integrados por cualquier miembro de la comunidad interesado en participar en el seguimiento y control de las políticas realizadas en alguna de estas áreas, como también por especialistas o expertos en las distintas áreas. Es más, en muchos casos ante la complejidad de los asuntos que deben ser sometidos a control hasta sería necesario y recomendable la participación de estos expertos. Y al ser instituciones

²⁴ Esto sucede en muchos barrios de EEUU, donde a pesar de haber una importante participación vecinal, sus habitantes ven limitadas sus posibilidades de presentarse a las elecciones locales y regionales por los elevados costes económicos que tiene la elaboración de las candidaturas electorales. Así, al no haber una regulación estatal en este tema y la falta de ayudas públicas que subvencionen la participación política dificulta que desde los barrios surjan candidatos para las elecciones. Otro ejemplo de la importancia de que haya regulación legal se da cuando los servicios pasan a manos privadas y no hay una legislación que determine las competencias de las instituciones que deberían hacer el seguimiento y control de esta prestación de servicios. Sin una regulación específica es casi imposible conseguir que incluso los poderes públicos obliguen a las empresas privadas a rendir cuentas. Algo similar ocurre en otros países como Cuba y Mozambique donde también la participación popular está muy extendida en los barrios y en los lugares de trabajo. Pero aquí las dificultades son de otro tipo y surgen sobre todo por la manera como está organizada la transmisión de las demandas y reivindicaciones vecinales o laborales. El segundo nivel de interlocución con los poderes públicos suele estar controlado por personas vinculadas al partido regional o a los órganos gubernamentales o al propio gobierno central, con lo que las demandas pierden efectividad (Wainwright 2005, 214).

abiertas, donde cualquier persona tiene el derecho a integrarse y participar en el caso de que hubiera muchos candidatos, tanto de ciudadanos como de expertos, incluso se podrían implementar procedimientos de selección como, por ejemplo, por sorteo y/o por elección.

En la sociedad española existen instituciones de tipo consultivo-informativo, orgánicamente situadas a medio camino entre la sociedad civil y la administración pública, y que también podrían actuar como embriones de estas nuevas instituciones del cuarto poder. Por ejemplo, en la ciudad de Barcelona existe una amplia red institucionalizada de participación y representación de las familias en el sistema educativo y en los centros escolares. En este sistema, los consejos escolares de los 10 distritos en que se divide la ciudad y las 14 comisiones de garantías de preinscripción y matriculación existentes en ésta, podrían convertirse en unos de los agentes motores para la creación de este espacio público no estatal en el ámbito de la educación. Es decir, las más de 50 personas, padres y madres, que participan en estos consejos y comisiones, podrían actuar como el germen de unas instituciones que, desde la sociedad civil, realicen una función de evaluación y supervisión de las políticas públicas en educación. A estos padres y madres se le podrían sumar otras personas que también quisieran aportar sus conocimientos y competencias en esta materia – como profesionales, técnicos juristas especializados en temas educativos, o profesores jubilados- o bien estén interesados en la protección y el desarrollo de la educación. Todas ellas, padres y madres, profesionales en la materia u otras personas interesadas en defender el bien común, darían forma e integrarían unas instituciones no estatales que desde la sociedad civil, en este caso, velarían por la protección y el desarrollo del derecho fundamental a la educación, la igualdad de oportunidades y la permanencia y funcionamiento del sistema educativo.

Pero donde más se ha avanzado en esta propuesta de construir un cuarto poder es en algunos países de Latinoamérica que han introducido en sus constituciones nuevos órganos de control y participación con la finalidad de integrar en la estructura institucional-administrativa mecanismos de control y participación (ver Palacios Romeo 2012). Uno de estos países es Ecuador que con la Constitución de 2008 da un salto cualitativo en el constitucionalismo contemporáneo al establecer las bases para construir un cuarto poder en la estructura institucional del estado. El constituyente abre las puertas de los poderes del estado a la participación ciudadana, le garantiza derechos de participación y control, y explicita las funciones que se derivan de la participación ciudadana. Pero sobre todo porque en el título IV de la Participación y Organización del Poder el capítulo primero de la Constitución está dedicado a la “participación en democracia”, con una sección específica a la “participación en los diferentes niveles de gobierno” y, lo que es más importante, porque junto a las funciones legislativa, ejecutiva y judicial establece una nueva función, la de “transparencia y control social” y que realizarán cuatro órganos -el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Contraloría General del Estado, la Superintendencia y la Defensoría del Pueblo. Esta cuestión es central porque pone sobre la mesa de forma clara lo que venimos defendiendo en este texto: la necesidad de repensar la estructura de poderes constitucionales

heredada de la revolución francesa para abrir nuevos espacios dentro de las instituciones de gobierno de la comunidad a la participación ciudadana.

En Ecuador, por tanto, los ciudadanos tienen derecho a participar en todos los asuntos de interés público a través de los mecanismos de democracia representativa, directa y comunitaria y se les reconoce su derecho a participar “de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes, en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano” (art. 95 Constitución de Ecuador). Así mismo la constitución reconoce “todas las formas de organización de la sociedad, como expresión de la soberanía popular para desarrollar procesos de autodeterminación e incidir en las decisiones y políticas públicas y en el control social de todos los niveles de gobierno, así como en las entidades públicas y de las privadas que presten servicios públicos” (art. 96). Se establece también que en todos los niveles de gobierno se crearán instancias de participación integradas por autoridades electas y representantes de la sociedad. Para el ejercicio de esta participación el constituyente ecuatoriano reconoce que se podrán organizar distintos tipos de espacios de participación como audiencias públicas, veedurías, asambleas, cabildos populares, consejos consultivos, observatorios y otras instancias promovidas por la ciudadanía (art. 100). Pero es muy importante que el constituyente haya integrado en la norma fundamental el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social con la finalidad de promover e incentivar el ejercicio de los derechos relativos a la participación ciudadana, impulsar y establecer mecanismos de control en los asuntos de interés público (art. 207). Este Consejo estará integrado por personas propuestas por las organizaciones sociales y la ciudadanía después de pasar por un proceso de selección y un concurso de oposición y méritos. (art. 207.3). Este órgano juega un papel importante en el estado ecuatoriano porque tiene amplias competencias de control sobre toda la estructura orgánica del estado, promoción de la participación y rendición de cuentas, así como de selección de autoridades centrales del estado como la Procuraduría General del Estado, la Defensoría del Pueblo, Defensoría Pública, Fiscalía General, y Contraloría General del Estado, los miembros del Consejo Nacional Electoral art.5 LOCPCCS).

De todo este nuevo marco de regulación de la participación ciudadana y el control social vale la pena destacar la figura de las veedurías ciudadanas. Estas son mecanismos de creación temporal, a instancias de la ciudadanía, o de las organizaciones sociales o del Consejo de Participación, con el objetivo de realizar labores de “seguimiento, vigilancia, fiscalización y control social de la gestión pública, de las personas naturales o jurídicas de derecho privado que manejen fondos públicos, presten servicios públicos o desarrollen actividades de interés público, con el objeto de conocer, informarse, monitorear, opinar, presentar observaciones, previo, durante o posterior a su ejecución, así como exigir rendición de cuentas y contribuir al mejoramiento de la administración de lo público” (art. 5 RVC). No son órganos del estado ni son dependientes del Consejo de Participación, al contrario, el ejercicio de la veeduría

tiene carácter cívico, voluntario y proactivo. Su accionar deberá ser objetivo e imparcial, podrán crearse por iniciativa ciudadana en forma colectiva, por iniciativa de las organizaciones de la sociedad y por el Consejo de Participación y estarán integradas por personas naturales en el ejercicio de sus propios derechos o en delegación de organizaciones de la sociedad (arts. 6-7 RVC). De este modo, con este sistema de veedurías la sociedad ecuatoriana se dota de una manera legal y organizada, con unas leyes específicas para ello, de unas instituciones que permiten que la ciudadanía y las organizaciones sociales activen y promuevan la fiscalización de la gestión pública y de todas aquellas instituciones, también privadas, que prestan servicios públicos o que manejan fondos públicos.

Que las constituciones europeas avancen por este camino es el desafío que tiene que afrontar la propuesta que hemos intentado esbozar brevemente en este texto sobre la creación de un cuarto poder en el estado de derecho.

BIBLIOGRAFÍA

Barcellona, P. (1992), *Postmodernidad y Comunidad. El regreso de la vinculación social*, Trotta, Madrid, [ed. original de 1990, *Il ritorno del legame sociale*, Bollati-Boringhieri, Torino].

Barcellona, P. (1996), *L'individuo sociale*, Genova, Costa&Nolan.

Bentley, T. (2005), *Everyday Democracy*, Demos, London.

Bertomeu, M.J. (2004), “De la apropiación privada a la adquisición común originaria del suelo. Un cambio metodológico “menor” con consecuencias políticas revolucionarias”, en *Isegoría*, n. 30.

Bertomeu, M.J. (2004a), “Property and Basic Income”, en <http://www.basicincome.org/research/>

Bertomeu, M.J. (2010), “Contra la teoría (de la Revolución Francesa), en *Res publica*, n. 23.

Cohen, J. y Sabel, Ch. (1997), “Directly-deliberative Polyarchy”, en *European Law Journal*, n. 3-4.

Cohen, J. y Rogers, J. (1998), “Asociaciones secundarias y gobierno democrático”, en *Zona Abierta*, n. 84-85

Capella J.R. (1997), *Fruta Prohibida*, Trotta, Madrid.

CommDH (2013), *Informe Nils Muiznieks*, Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, Estrasburgo, 9 de octubre.

Crouch, C. (2004), *Postdemocracia*, Taurus, Madrid.

Domènech, A. (2005), “Tres amenazas presentes a la democracia. Una visión republicana”, en *Polis. Revista de la Universidad Bolivariana*, n. 10.

- Domènech, A. (2009), “Dominación, derecho y economía política popular. (Un ejercicio de historia de los conceptos)”, en www.sinpermiso.info (29 de noviembre 2009).
- Domènech, A. (2013), “La humanidad es una sola, no un cúmulo de culturas cerradas”, entrevista en La Habana, en www.sinpermiso.info, (7 de enero 2013).
- Domènech, A. (2013a), “La metáfora de la fraternidad republicano-democrática revolucionaria y su legado al socialismo contemporáneo”, en *Revista de Estudios Sociales*, n. 46.
- Estévez Araujo, J.A., Messina, G. (ed.) (2015), *La democracia en bancarrota*, Trotta, Madrid.
- Ferrajoli, L. (2001), “Derechos fundamentales”, en L. Ferrajoli, *Los Fundamentos de los derechos fundamentales* (ed. A. de Cabo y G. Pisarello), Trotta, Madrid.
- Ferrajoli, L. (2008), *Democracia y garantismo*, (M. Carbonell ed.), Trotta, Madrid.
- Ferrajoli, L. (2011), *Poderes salvajes. La crisis de la democracia*, Trotta, Madrid.
- Ferrajoli, L. (2011a), *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, (vol. I-Teoría del derecho), (vol. II-Teoría de la democracia), Trotta, Madrid.
- Ferrajoli, L. (2014), *La democracia a través de los derechos*, Trotta, Madrid.
- Ferrara, A. (2014), *El horizonte democrático. El hiperpluralismo y la renovación del liberalismo político*, Herder, Barcelona.
- Fraser, N. (2008), *Escalas de justicia*, Herder, Barcelona.
- García Manrique, R. (2012), *La libertad de todos. Una defensa de los derechos sociales*, El Viejo Topo, Barcelona.
- Greppi, A. (2006), *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*, Trotta, Madrid.
- Habermas, J. (1981), *Historia y crítica de la opinión pública*, Gustavo Gili, Barcelona.
- Habermas, J. (1998), *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid.
- Habermas, J. (2002), “Introducción: El realismo después del giro lingüístico-pragmático”, en Id., *Verdad y justificación*, Trotta, Madrid.
- Habermas J. (2009), “¿Tiene aún la democracia una dimensión epistémica? Investigación empírica y teoría normativa”, en Id., *¡Ay, Europa!*, Trotta, Madrid.
- Habermas J. (2012), *La Constitución de Europa*, Trotta, Madrid.
- Kelsen, H. (1988), *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, Debate, Madrid.
- Laval, Ch. y Dardot, P. (2015), *Común. Ensayo sobre la revolución en el siglo XXI*, Gedisa,

Barcelona.

Mair, P. (2014), *Gobernando el vacío. La banalización de la democracia occidental*, Alianza, Madrid.

Marramao, G. (2011), “La lógica del capital está en una fase terminal, al igual que la lógica de la democracia”, en El jinete insomne (blog), 30 de octubre.

Méndez Baiges, V. (ed.) (1993), *El Discurso Revolucionario 1789-1793*, Barcelona, Sendai.

Miller, D. (2011), *Filosofía política: una breve introducción*, Alianza, Madrid.

Mouffe, Ch. (1999), *El retorno de lo político*, Paidós, Barcelona.

Mouffe, Ch. (ed.), (2012), *Dimensiones de democracia radical*, Prometeo, Buenos Aires.

Ovejero, F. (2008), *Incluso un pueblo de demonios: democracia, liberalismo y republicanismo*, Katz, Madrid.

Ovejero, F. “Culturas democráticas y participación (Para una crítica del elitismo democrático)”, en <http://www.oei.es/cultura2/ovejero.htm>.

Palacios Romeo, F. (2012), *Nuevo Constitucionalismo Participativo en Latinoamérica*, Thomson Reuters-Aranzadi, Madrid.

Pedrol, X. (2015), “Repensar las garantías de los derechos”, en Estévez Araujo-Messina (ed.), *La democracia en bancarrota*, Trotta, Madrid, 2015.

Politikon (2014), *La urna rota*, Debate, Madrid.

Prieto Sanchís, L. (2013), *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Trotta, Madrid.

Rodotà, S. (1999), *Repertorio di fine secolo*, Laterza, Roma.

Rodotà, S. (2012), *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Roma, [trad. en español: *El derecho a tener derechos*, Trotta, Madrid, 2014].

Rosanvallon, P. (2007), *La contrademocracia. La política en la era de la desconfianza*, Manantial, Buenos Aires.

Rosanvallon, P. (2010), *La legitimidad democrática*, Paidós, Barcelona.

Silveira, H. (1997), *La "microfísica de la emergencia" en el "caso italiano" (Los límites de la concepción procedimental de la democracia)*, Libro en Microforma, 1997, Publicacions Universitat de Barcelona

Silveira, H. (1998), *El modelo político italiano*, EUB, Barcelona.

Skinner, Q. (2009), “Sobre la justicia, el bien común y la prioridad de la libertad”, en Mouffe, Ch. (ed), *Dimensiones de democracia radical*, Prometeo, Buenos Aires.

Sousa Santos, B. de (1999), *Reinventar la democracia, reinventar el estado*, Sequitur, Madrid.

Sousa Santos, B. de (2003), *Crítica de la Razón Indolente. Contra el desperdicio de la experiencia. Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*, vol. I, Desclee de Brouwer, Bilbao.

Wainwright, H. (2005), *Cómo ocupar el Estado. Experiencias de democracia participativa*, Icaria, Barcelona.